PRZEGLĄD PRAWA I ADMINISTRACYI

REDAKTOR:

Prof. Dr. ERNEST TILL

ZE STAŁYM SPÓŁUDZIAŁEM PROF. UNIWERSYTETÓW LWOWSKIEGO I KRAKOWSKIEGO ORAZ PRAWNIKÓW ZAWODÓW PRAKTYCZNYCH.

SPÓŁREDAKTOR:

JÓZEF MÜNZ

ROK XXXVI

ROZPRAWY I ZAPISKI LITERACKIE

WE LWOWIE
CZCIONKAMI DRUKARNI JAKUBOWSKIEGO I SP., PIEKARSKA 11
1911

BIBLIOTHECA
VNIV. IAGELL.
CRACOVIENSIS
100203 III

SPIS RZECZY

zawartych w XXXVI. roczniku.

Rozprawy.

Str.

Allerhand M. dr.: O rozwodzie małżeństwa żydowskiego 517

Bernfeld Edmund dr.: O spółdziałaniu sądu w sprawie zastępstwa dzieci pod władzą ojcowską zostających 409

Biegeleisen Leon dr.: Postępowanie spadkowe włościańskie na tle niezgodności ksiąg gruntowych ze stanem faktycznym posiadania . . . 877

Bossowski Franciszek dr.: O żegludze powietrznej ze stanowiska prawa prywatnego . . . 559

Caro Leopold dr.: Laesio enormis 589

Chlamtacz Marceli prof. dr.: O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w cywilnem prawie austryackiem 607

Chwalewik Edward: Z badań statystyczno-ekonomicznych nad klasą robotniczą w Królestwie Polskiem 853

Dubanowicz Edward dr.: Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego 89, 207, 268, 346, 439, 1088

Fall Leon: Kwestya młodocianych przestępców w ustawodawstwie zagranicznem i austryackiem 31, 128, 183, 464

Str.

Grossman Henryk: Polityka przemysłowa i handlowa rządu Terezyańsko-Józefińskiego w Galicyi (1773—1790) 1045

Longchamps Roman dr.: Studya nad istotą osoby prawniczej 47, 114, 364, 426

Łyszkowski-Koschembahr Ignacy prof. dr.: O stanowisku prawa rzymskiego w powszechnej ustawie cywilnej dla cesarstwa austryackiego . . 659

Makowski Wacław: Środki ochronne w obec recydywistów i przestępców anormalnych . . 840

Nowotny J. dr.: Dobrowolne zaniechanie usiłowania i czynny żal w projekcie do nowej ustawy karnej (§§ 16. i 17.) 249, 329, 451

Nussbaum-Hilarowicz Tadeusz: Ochrona nazwiska i pseudonimu w rządowym projekcie noweli do austr. kodeksu cywilnego 281

Ohanowicz Alfred dr.: Nowe poglądy na stanowisko sędziego cywilnego przy stosowaniu ustaw . 1016

Peretiatkowicz A. dr.: Prąd nowy w prawoznawstwie 962

Reinhold Józef dr.: Ustępstwo pierwszeństwa wedle noweli do ustawy cywilnej 169

Rundstein Szymon: Nowe poglądy na stanowisko sędziego cywilnego przy stosowaniu ustaw . 797

Starzyński Stanisław prof. dr.: Sejmowa reforma wyborcza 1908—1910 1

Trawiński Karol dr.: Zwyczaje handlowe . . 17

Till Ernest prof. dr.: Teorya kodeksu cywilnego o tytule i sposobie nabycia 659

Zoll Fryderyk senior prof. dr.: Przyczynek do nauki o t. zw. służebnościach nieprawidłowych . . 747

Zwisłocki Eugeniusz dr.: Paragraf 440 ustawy cywilnej w judykaturze 760

Zapiski literackie.

Str.

Adler L. Dr. und Clemens R. Dr.: Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen. T. XIII. Wiedeń 1910 (przez R...r) 87

Allerhand M. dr.: Podstęp w procesie. Lwów 1908 (przez dr. Augusta Balasitsa) 148

Anders Josef dr. Freiherr von. Grundriss des Familienrechts. 2. bearbeitete und erweiterte Auflage. Lipsk 1911 (przez E. Tilla) 871

Bienaime Georges: La diète de Galicie. Paris 1910 (przez P.) 86

Bobczew Stefan: Istorija na starobiełgarskoto prawo. Sofia 1910 (przez dr. P. Dąbkowskiego) . . 78

Buzek Józef dr.: Rozsiedlenie ludności Galicyi według wyznania i języka. (przez R...r) 241

Dniestrzański Stanisław dr.: Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7. AB GB). Wiedeń 1911 (przez E. T.) 1042

Ehrenreich Max Leopold dr.: Oesterreichische Gesetzkunde. Kommentar zum Gebrauche für Juristen und Nichtjuristen. I. Bd. Das allg. bg. Gesetzbuch gemeinverständlich erläutert von Dr. Max L. Ehrenreich, Dr. Oswald Kastner und Dr. Josef Kraus. Mit einem Geleitwort von Hofrat Dr. Leopold Pfaff. Wiedeń 1911 (przez E. T.) . 494

— II. Band. Strafrecht und Strafprozess. Wiedeń 1911 962

Ferrini C.: Fontes iuris romani anteiustiniani. In usum scholarum ediderunt: S. Riccobono, I. Baviera, C. Ferrini. Florentiae 1909 (przez Dr. Adolfa Bergera) 67

Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. bgl. Gesetzbuches vom 1. Juni 1911. I. und II. Teil. Wiedeń 1911 (przez E. Tilla) . . . 958, 1118

Geller Leo dr.: Vorschriften betreffend die Landesschanksteuer in Galizien und der Bukowina und die allg. (Reichs) Schanksteuer. Wiedeń 1911 (przez R...r). 165

Str.

Gradenwitz Otto: Fontes iuris romani antiqui, edidit Carolus Georgius Bruns. Post curas Th. Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitas septimum edidit... Tubingae 1909 (przez Dr. Adolfa Bergera) 67

Grotowski Żelisław: Rozwój zakładów dobroczynnych. Warszawa 1910 (przez R...r.) . . . 242

Jolles Herman I. dr. und Geller Josef dr.: Oberstgerichtliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des bürg. Rechtes in dem Jahrzent 1900—1909. Wiedeń 1910 (przez R...r.) 243

Kasznica Stanisław dr.: Skład wyznaniowy i zawodowy rad gminnych 242

— Wydatki i dochody gmin podlegających ustawie z r. 1866 242

Kausen Joseph dr.: Die Radiotelegraphie in Völkerrecht. München 1910 (przez Dr. S. Druksa) . 231

Krasnopolski Horaz: Oesterreichiches Obligationenrecht. Aus dessen Nachlass herausgegeben und bearbeitet von Dr. Bruno Kafka. Lipsk 1910 (przez Ernesta Tilla) 496

Krzyżanowski Adam dr.: Teorya Malthusa (przez Dr. Karola Krzetuskiego) 317

Marriott I. A. R.: English Political Institutions. Oxford 1910 (przez Ludwika Ehrlicha . . . 312

Marylski-Łuszczewski Antoni: Historya włościan w Polsce. Warszawa 1910 (przez Helenę Polaczkównę 238

Maściuch Wasyłyj dr.: Cerkowne prawo supruże z osobływszym uwzhladneniem prawa hr. kat. halyckoji prowincyi, wostocznych antokefalnych cerkwej i horożańskich zakoniw w Austryi i na Uhorszczyni. Peremyśl 1910 (przez X. Dr. Tadeusza Gromnickiego) 309

Meissner Emil dr.: Das oesterr. Gewerberecht in bezug auf die gewerblichen Genossenschaften. Wiedeń 1910 (przez R...r.) 167

Str.

Osterrieth Albert Prof. dr.: Kunst und Recht. Berlin 1909 (przez Dr. Wilhelma Rappego) . . . 228
Piwocki Jerzy: Zbiór ustaw i rozporządzeń administracyjnych. Wydanie II. przy spółudziale Dr. Władysława Stesłowicza i Józefa Münza. Tom I. Ustawy konstytucyjne i gminne. Lwów 1909.— Tom II. Organizacya władz, postępowanie administracyjne, stosunki służbowe urzędników i sług państwowych. Lwów 1910 (przez Dr. Zdzisława Próchnickiego) 156
Plahner Zygmunt: Nowoczesne kwestye prawne z praktyki cywilno-sądowej. Kraków 1911 (przez E. T.) 1118
Randa Antonin dr.: K revisi rak. všeob. občanskeho zakonnika. Praga 1911 (przez Ernesta Tilla) . 492
Rappaport dr. Achill.: Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allg. b. G. B. Wiedeń 1911 (przez E. Tilla) 1116
Renauld Victor: Loi générale autrichienne sur le livres fonciers du 25. juillet 1871 traduit par... précédée d'une notice par le Dr. Emanuel Tilsch. Bruxelles 1910 (przez E. T.) 495
Serkowski Józef dr.: Ochrona dzieci i przymusowe wychowanie zaniedbanej młodzieży. Tom I. Lwów 1911 (przez R...r.) 163
Stefko Kamil dr.: O omieszkaniu wedle austryackiej procedury cywilnej. Kraków 1907 (przez Dr. Augusta Balasitsa) 60
Szerer Mieczysław: Kara. Szkic socyologiczny. Kraków 1910 (przez prof. dr. Juliana Makarewicza) 303
Taubenschlag Rafał: Historya zadatku w prawie rzymskiem. Kraków 1910 (przez Zygmunta Lisowskiego) 385
— do tego polemika. 504
Tilsch Emanuel: Le Cote civil général autrichien, son origine et son développement. Bruxelles 1911 (przez E. T.) 495

Str.

— Das allgemeine bürg. Gesetzbuch und die Gewohnheilen im Wandel des Jahrhunderts. Wiedeń 1910 (przez E. Tilla) 957
Zoll Fryderyk starszy: Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego. Tom III. Zobowiązania. Kraków 1910 (przez Dr. Adolfa Bergera) . 307

Kronika.

Canstein Raban † 962
Jellinek Jerzy † 247
Kółka prawnicze młodzieży 245
Prawnik czeski 508
Towarzystwo prawnicze lwowskie 509
V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich . 876, 1044

Sejmowa reforma wyborcza 1908—1910.

napisał

Prof. Dr. Stanisław Starzyński.

Od czasu, kiedy zdawaliśmy w tem piśmie ostatni raz sprawę z przebiegu reformy wyborczej sejmowej[1]), posunęła się ona bardzo znacznie naprzód. Wtedy doprowadziliśmy nasze sprawozdanie do r. 1907. t. j. do końca poprzedniej kadencyi sejmowej. Gdy z wiosną r. 1908. został wybrany nowy Sejm i gdy się zebrał w jesieni tegoż roku, sprawa reformy wyborczej wypłynęła na nim odrazu na nowo. Cała lewica sejmowa, czyli wszystkie zjednoczone w niej stronnictwa zaproponowały podwyższenie ogólnej liczby posłów na 200, pozostawienie dotychczasowych wirylistów i stworzenie kombinacyi powszechnego głosowania z reprezentacyą kół zawodowych, a to w miejsce dotychczasowych kuryi. W tej kombinacyi miało mieć powszechne głosowanie silną przewagę, gdyż miałoby dawać stu czterdziestu posłów wybranych na zasadzie czysto czteroprzymiotnikowego głosowania. Do nich przyłączać się miało 22 posłów, wybieranych przez koła rolników, 2 posłów wybieranych przez Izby adwokackie i notaryalne, 2 wybieranych przez Izby lekarskie, 1 wybierany przez Izbę inżynierską, 6 wy-

[1]) Patrz nasz artykuł p. t. „Sejmowa reforma wyborcza w ostatniem sześcioleciu", Przegl. prawa i admin. r. 1908.

bieranych przez dzisiejsze trzy Izby handlowe i przemysłowe (a więc każda z nich po dwóch), 4 wybieranych przez Izby rękodzielnicze (związki stowarzyszeń przemysłowych) we Lwowie i w Krakowie: każda taka Izba po dwóch, 2 posłów wybieranych przez galicyjskie Towarzystwo gospodarskie i krakowskie Towarzystwo rolnicze: razem tedy 39 posłów wybieranych przez różnego rodzaju kurye, ze znacznem tychże kuryi pomnożeniem.

Celem ochrony narodowych mniejszości zaproponowano, by uprawnieni do głosowania w mniejszych okręgach wyborczych, a należący w danym okręgu do mniejszości, mieli pewne prawo opcyi, tj. prawo oddania swego głosu w najbliższym okręgu wyborczym, w którym ich narodowość jest we większości. Projekt wymienia też wyraźnie te okręgi sąsiednie, w których wolnoby oddać ten optowany głos.

Koła rolnicze, wybierające 22 posłów, miałyby być podzielone na trzy wielkie okręgi wyborcze: krakowski, lwowski i stanisławowski, złożone z dzisiejszych okręgów wyborczych wielkich posiadłości ziemskich. Czynne prawo wyborcze jest tu zależne od opłacania najmniej 150 K rocznie podatku gruntowego W innych wyżej wymienionych kołach zawodowych zależy ono od prawa brania udziału w wyborze przewodniczącego dotyczącej Izby czy związku. W okręgach powszechnego głosowania jest ono oczywiście wolnem od cenzualnych ograniczeń z wyjątkiem jednorocznego zamieszkania; ponadto głosują tam i kobiety, o ile opłacają jakiekolwiek podatki bezpośrednie albo pozostają w służbie publicznej, albo posiadają stopień akademicki, albo nawet jeżeli są uprawnione do uczęszczania na Uniwersytet w charakterze zwyczajnych lub nadzwyczajnych słuchaczek. Głosować miałyby odtąd osobiście.

Stosownie do rozszerzonego składu Sejmu miałby i Wydział krajowy zostać powiększony do 8 członków, z których czterech wybieraliby posłowie z powszech-

nego głosowania, trzech pełny Sejm, jednego zaś posłowie wybrani z kół zawodowych.

Drugi projekt, wniesiony już tylko przez samo stronnictwo narodowo-demokratyczne, opiera się także na głosowanie powszechnem, ale zamiast kół zawodowych tworzy nowe głosy wirylne, dając je prezesom Izb handlowych i przemysłowych, Izb rękodzielniczych, Towarzystw rolniczych i t. p., tak że razem zasiadłoby w Sejmie 21 wirylistów. Dla ochrony interesów narodowych wprowadza kataster narodowy, polegający na osobistem zgłaszaniu się, z pewnemi szczegółowemi kautelami, i na tej podstawie opiera tworzenie osobnych okręgów wyborczych polskich a osobnych ruskich. Z powszechnego głosowania ma wyjść 140 posłów, wybieranych w 136 okręgach wyborczych, z których 55 przypada na Galicyę zachodnią czysto polską, 50 na okolice kraju o mięszanej ludności, a 31 na okolice ruskie. Czynne prawo wyborcze miałoby przysługiwać, oprócz wszystkich mężczyzn, także i tym kobietom, które je posiadały dotąd, tudzież tym, które ukończyły szkołę żeńską lub seminaryum nauczycielskie. Ponadto przyznaje projekt kobietom także i wybieralność do Sejmu, chce więc uczynić Sejm nasz podobnym do finlandzkiego, norwegskiego i australskiego, gdzie od lat 1902, 1906, względnie 1907 kobietom prawo wyborcze bierne przysługuje i gdzie z wyjątkiem Commonwealth australskiego, one też rzeczywiście były już do Sejmów wybierane i w nich czynny jakkolwiek podobno nie bardzo dodatni udział brały [1]).

Sejmowe stronnictwo ludowe zażądało przez usta p. Stapińskiego, by Sejm wezwał Wydział krajowy do przedłożenia sobie w nieprzekraczalnym terminie trzydziestodniowym projektu ustawy, wprowadzającej powszechne, równe, bezpośrednie i tajne prawo wybor-

[1]) Patrz Starzyński: Studya konstytucyjne tom drugi 1909 str. 1—32: Prawo wyborcze kobiet.

cze do Sejmu; samo jednak nie wystąpiło z takim szczegółowo opracowanym projektem.

Ze strony ruskiej zgłoszono wnioski z obu obozów, p. Oleśnickiego i p. Korola. Pierwszy z nich jest dokładnem powtórzeniem wniosku tegoż posła z r. 1907, omawianego w tem piśmie w r. 1908., drugi różni się od niego tylko większą liczbą posłów i wynikającem stąd korzystniejszem dla stronnictwa staroruskiego ugrupowaniem okręgów wyborczych, a mianowicie większą ilością okręgów gmin wiejskich. Kurye wielkich posiadłości ziemskich i Izb handlowych znikają, wedle obu wniosków, bez śladu; — jak wogóle niema być żadnych zawodowych kół ani kuryi. Czynne prawo wyborcze ma być powszechnem i zależnem od półrocznego zamieszkania w gminie. Sejm ma się składać, wedle wniosku p. Oleśnickiego, z dotychczasowych 12 wirylistów i ze 148 wybranych posłów, razem 160; wedle wniosku p. Korola z tychże 12 wirylistów i z wybranych 163 posłów, razem 175; z wybranych miało przypadać, wedle wniosku p. Oleśnickiego, 37 na okręgi wyborcze miejskie a 111 na okręgi wiejskie, wedle drugiego zaś 38 na okręgi miejskie a 125 na okręgi wiejskie. Oprócz tego wprowadza p. Korol, analogicznie z dzisiejszym sposobem tworzenia Rady Szkolnej krajowej wedle ustawy z 15. lutego 1905 Nr. 39 d. u. kr., taki sam sposób tworzenia Wydziału krajowego, a mianowicie, że ze siedmiu członków Wydziału (bo tylu ich ma być wedle wniosku p. Korola), trzech musi być narodowości ruskiej; wszyscy zaś mają być wybierani nie przez kurye, jak po części dotąd, ale przez pełny Sejm.

Powyższe wnioski odesłane zostały do komisyi dla reformy wyborczej, która przeprowadziwszy nad nimi rozprawę ogólną odesłała je do subkomitetu, w którym rozpoczęto dyskusyę nad podstawowemi zasadami prawa wyborczego i zgodzono się jeszcze w ciągu tego Sejmu na jeden punkt, tj. na zasadę powszechności w tem słowa znaczeniu, iż należy rozszerzyć

czynne prawo wyborcze na wszystkich tych, którzy je mają przy wyborach do Rady Państwa.

Gdy się zebrał we wrześniu 1909 ponownie Sejm galicyjski na dalszy ciąg sesyi, zażądał poseł ruski Dr. Konstanty Lewicki w drodze wniosku nagłego, by Sejm polecił komisyi dla reformy wyborczej, aby ona przedłożyła Sejmowi swe sprawozdanie, wraz z projektem ustawy o reformie wyborczej, osnutym na podstawie przydzielonych już komisyi wniosków (tj. wniosków pp. Oleśnickiego i Korola) najdalej do dni czternastu. Wniosek ten nie uzyskał nagłości, wskutek czego nie wszedł już później wcale pod obrady Sejmu. Natomiast postawił p. Skołyszewski w imieniu stronnictwa ludowego szczegółowy wniosek, obejmujący cały projekt reformy wyborczej opartej na następujących zasadach: Sejm składa się z dzisiejszej ilości członków t. j. 161, a mianowicie z dotychczasowej liczby wirylistów, i z 149 posłów wybranych przez powszechne, równe, bezpośrednie i tajne głosowanie; z tych 41 w okręgach wyborczych miast i miasteczek, a 108 wreszcie miejsko-wiejskich okręgów wyborczych. Lwów ma wybierać posłów 9, Kraków 8, Tarnów, Przemyśl, Kołomyja, Tarnopol, Stanisławów po dwóch posłów, trzynaście miejsko-wiejskich okręgów wyborczych również po dwóch posłów, a to w celu ochrony narodowych mniejszości polskich w środkowej i wschodniej Galicyi, reszta okręgów wyborczych wybiera po jednym pośle. Tak czynne jak i bierne prawo wyborcze przysługiwać ma nie tylko mężczyznom ale i kobietom, z czego wynika, że przez ten wniosek opowiedziało się polskie stronnictwo ludowe przy najgłówniejszym postulacie ruchu feministycznego i walki kobiet o równouprawnienie polityczne, i zasłużyło sobie na wdzięczność u tej deputacyi kobiet, która w październiku 1910 jawiła się w licznej asystencyi u Marszałka kraju, żądając od niego, by przeprowadził swym wpływem w Sejmie prawo wyborcze i wybieralność dla płci pięknej bez żadnych ograniczeń.

W miejsko-wiejskich okręgach wyborczych, w których wybiera się po dwóch posłów celem ochrony narodowej mniejszości, głosuje każdy wyborca tylko na jednego kandydata: pierwszym wybranym jest ten, kto ma za sobą więcej jak połowę oddanych głosów, drugim ten, kto uzyskał więcej jak jedną czwartą część oddanych głosów. Wszystko tu tak urządzone, jak przy wyborze posłów z dwumandatowych okręgów gmin wiejskich do Rady Państwa, i z tym samym błędem, bo z dopuszczeniem drugiego i trzeciego (ściślejszego) terminu wyborczego. Równocześnie wybierać się ma i zastępców, będących tylko następcami posłów, i tu znów konstrukcya aktu wyborczego jest taka sama, jak przy wyborze zastępców poselskich do Rady Państwa[1]).

Wydział krajowy miałby się składać wedle tego projektu z dziesięciu członków, pod przewodnictwem Marszałka kraju; z tych wybierają 2 członków wirylliści i posłowie wybrani z miast i miasteczek w liczbie 41; dwóch członków wybierają posłowie okręgów dwumandatowych reprezentujący mniejszość narodową polską wraz z posłami polskich okręgów wyborczych, dwóch członków wybierają posłowie okręgów dwumandatowych reprezentujący większość narodową (ruską) wraz z posłami ruskich okręgów wyborczych; czterech wreszcie członków wybiera pełny Sejm; wszyscy dziesięciu wybierani są z własnego grona Sejmu. Marszałek krajowy otrzymuje drugiego zastępcę do kierowania obradami Sejmu, wybranego przez Sejm z jego własnego grona.

Klub prawicy sejmowej nie stawiał wprawdzie formalnego projektu reformy wyborczej, ale na żądanie innych stronnictw sejmowych określił dokładnie granice, do jakich mógłby się posunąć, i podstawy refor-

[1]) Patrz o tem Starzyński: O zastępcach poselskich (Czasopismo prawnicze i ekonomiczne 1908) i cytowaną tamże literaturę.

my, do których przyjęcia mógłby dopuścić. Te granice i zasady podał klub prawicy do wiadomości innych polskich stronnictw sejmowych. One opiewają:

I. Czynne prawo wyborcze w gminach wiejskich i w miastach rozszerza się na wszystkich obywateli, mających już to prawo wyborcze do Rady Państwa, i wykonywane jest bezpośrednio.

II. Nowych wyborców wiejskich wciela się do dotychczasowej kuryi gmin wiejskich.

III. Nowych wyborców miejskich wciela się do dotychczasowej kuryi gmin miejskich, albo też tworzy się dla nich osobną kuryę uzupełniającą.

IV. Okręgi wyborcze gmin wiejskich dzieli się na a) wydzielone, b) pozostałe czyli ogólne. Wydzielone okręgi tworzy się z gmin, w których mieszka stosunkowo więcej Polaków, przyczem dopisuje się ex offo do tych okręgów tych wszystkich wyborców obrządku rzymsko-katolickiego, którzy żyją w okręgach ogólnych. Okręgów wydzielonych tworzy się około 15 we wschodniej części kraju.

V. Zarówno wydzielone jak i niewydzielone okręgi wyborcze gmin wiejskich dzieli się na dwa koła, z których każde wybiera jedną część posłów z tej kuryi. Pierwsze koło tworzy się z wyborców gminnych z pierwszego gminnego koła wyborczego, drugie koło z wyborców gminnych drugiego i trzeciego gminnego koła wyborczego wraz z nowymi wyborcami sejmowymi.

VI. W kuryi gmin miejskich, jako też w drugiem kole okręgów wyborczych gmin wiejskich wprowadza się wielokrotność głosowania idącą co najmniej do 3 głosów. W razie atoli wprowadzenia osobnej kuryi uzupełniającej w miastach ma wielokrotność zastosowanie tylko w tej nowej kuryi, nie ma zaś w kuryi miejskiej dotychczasowej.

VII. Tworzy się pewną ilość nowych mandatów dla wielkiego przemysłu.

VIII. W razie dalszego powiększenia ogólnej ilości mandatów sejmowych, ma uledz dotychczasowy wymiar mandatów każdej poszczególnej dawnej kuryi odpowiedniemu podwyższeniu w tym kierunku, by dotychczasowy stosunek cyfrowy każdej z tych kuryi — z wyjątkiem kuryi Izb handlowych i przemysłowych — do ogólnej liczby mandatów sejmowych pozostał niezmieniony.

IX. W razie, gdyby daty statystyczne wykazały, że dla zabezpieczenia narodowych interesów polskich we wschodniej części kraju, stosowniejszym jest system wyborów proporcyonalnych, mają być urządzone wybory w całej kuryi gmin wiejskich w całym kraju na zasadzie proporcyalności. W takim razie odpada wykrawywanie okręgów polskich tudzież odpada podział tej kuryi na dwa rodzaje kół wyborczych, natomiast wchodzi w całej tej kuryi w zastosowanie wielokrotność głosów j. w.

Przyjęcie tych zasad przez prawicę było poprzedzone próbą oparcia nowego prawa wyborczego na podstawie szerszej organizacyi społecznej, tj. różnych interesów zawodowych i grup społecznych, związków prawno-publicznych i t. p. w połączeniu z rozszerzeniem prawa wyborczego na wszystkich tych, którym ono do Rady Państwa przysługuje, i z przyznaniem każdemu tylu głosów, do ilu grup, związków i organizacyi on należy, czyli w duchu znanych idei Benoista i Schäfflego[1]). Próba ta, przedsięwzięta pro foro interno, nie znalazła jednak powodzenia, czego naszem zdaniem żałować wypada.

Wkrótce po ogłoszeniu tych zasad reformy, pojmowanych przez prawicę jako maksymalna granica jej ustępstw na rzecz rozszerzenia i zdemokratyzowania prawa wyborczego, uchwalił Sejm na żądanie

[1]) Patrz o nich Starzyński: Studya z zakresu prawa wyborczego, Lwów 1897. Adolf Suligowski: O prawie wyborczem do ciał prawodawczych, Warszawa 1909.

stronnictw lewicy ustawę o ogłoszeniu komisyi reformy wyborczej za nieustającą. Wedle tej ustawy z 14. grudnia 1909 Nr. 1 d. u. kr. ex 1910. komisya nieustająca może być czynną i podczas odroczenia Sejmu krajowego, ale nie podczas zamknięcia. Obrady jej są tajne, zakres działania odnosi się oczywiście tylko do zmian statutu krajowego i sejmowej ordynacyi wyborczej krajowej i gdyby wyczerpała przedmiot swych obrad, zamknie ją Marszałek krajowy, a nawet i przed wyczerpaniem obrad i ukończeniem przedmiotu może ją odroczyć względnie zamknąć Cesarz; a wtedy o ile Cesarz nie zarządził zamknięcia lecz tylko odroczenie, może komisya podjąć swe czynności tylko wskutek i na podstawie osobnej nowej uchwały sejmowej. Dla każdego członka komisyi wybiera Sejm równocześnie i zastępcę.

Obrady komisyi nieustającej oraz jej subkomitetu nie doprowadziły wprawdzie do ułożenia pozytywnego projektu reformy wyborczej, — co było z góry do przewidzenia wobec tego, iż członkowie komisyi nie mogli się w czasie nieobecności Sejmu odnosić do swoich stronnictw, a nie mogli i nie chcieli działać zbyt samodzielnie i na własną rękę. Natomiast wydały te narody jeden bardzo dodatni a dla dalszego przebiegu sprawy reformy wyborczej korzystny rezultat, będący wogóle premissą przeprowadzenia jakiejkolwiek reformy, tj. ustaliły powszechne przekonanie, iż reforma nie może być przeprowadzona drogą majoryzacyi, drogą zwycięstwa jednych stronnictw nad drugiemi, lecz jedynie drogą kompromisu. Wynikiem tego przekonania było, iż stronnictwa lewicy, widząc, że prawica uważa nierówność prawa wyborczego i zachowanie systemu kuryalnego wraz z pozostawieniem kuryi wielkiej posiadłości ziemskiej w nieuszczuplonym jej kształcie, za conditio sine qua non wszelkiej reformy, zrzekły się hasła powszechnego głosowania a weszły na drogę kompromisową i zgodziły się na zatrzymanie systemu kuryalnego. Wskutek tego stał się projekt prawicy na

jakiś czas nawet faktycznym substratem obrad komisyi nieustającej, jak to skonstatowałem w imieniu prawicy na posiedzeniu Sejmu krajowego d. 18. listopada 1910.

Przez czas trwania tej sesyi sejmowej przeniósł się jednak punkt ciężkości obrad nad reformą ze subkomitetu i komisyi — które czasowo przerwały swoje posiedzenia — do konwentu prezesów względnie prezydyów klubów polskich, które, znosząc się od czasu do czasu z prezesami klubów ruskich, pracowały niezmordowanie nad projektem reformy wyborczej, aż go wreszcie ułożyły. Projekt ten idący znacznie dalej poza pierwotny projekt prawicy i uchylający nową kurye wielkiego przemysłu, ratyfikowała komisya reformy wyborczej d. 16. listopada b. r. — posłowie ruscy jednak zajęli wobec niego stanowisko nieprzejednane, przedłożyli swoje żądania zgoła odmienne a obalające cały projekt, gdy zaś żądania te zostały odrzucone przez komisyę, opuścili salę obrad komisyjnych, nie wnosząc votum seperatum, ale zastrzegając sobie zwalczanie projektu komisyjnego w pełnej Izbie najdalej idącymi środkami.

Projekt komisyi nie przedstawiał jeszcze gotowego sformułowanego projektu ustawy, lecz zawierał tylko podstawy, na których ona ma być opartą, dołączając wezwanie do komisyi, by na tych podstawach swe dalsze obrady oparła i pozytywny projekt osnuła. Brzmi on:

„Wysoki Sejm raczy uchwalić:

I. Poleca się nieustającej komisyi dla ref. wyb. wypracowanie przy współudziale Wydziału krajowego i przedłożenie na najbliższej sesyi sejmowej projektu ustawy, zmieniającej statut krajowy i ordynacyę wyborczą na zasadzie, że: Sejm składać się ma ze 192 członków, a mianowicie: z dotychczasowej liczby wirylistów powiększonej o 3 prorektorów, dalej ze 177 posłów wybieranych głosowaniem bezpośredniem i tajnem, a to: z dotychczasowej liczby posłów z więk-

szej własności, z 5 posłów z Izb handlowych i przemysłowych, z 2 posłów z Izb rękodzielniczych[1]), z 36 posłów dotychczasowej kuryi miejskiej, z 10 posłów z powszechnego i równego głosowania z miast należących do kuryi miejskiej[2]), z 80 posłów z reszty gmin z powszechnego głosowania, z pluralnością podatkową dla dotychczas uprawnionych, z dwuletnią osiadłością, i przy zabezpieczeniu mniejszości narodowych przez zastosowanie wyborów proporcyonalnych, oraz na zasadzie powiększenia liczby członków Wydziału krajowego o dwóch z przyznaniem w tych granicach odpowiedniego powiększenia zastępstwa posłom ruskim, wreszcie na tej zasadzie, że skład Sejmu i zabezpieczenie mniejszości narodowych może być zmienione tylko w obecności 154 posłów[3]). Rezolucya niniejsza nie przesądza w kwestyi rozdziału mandatów pomiędzy narodowość polską a ruską.

II. Wzywa się c. k. Rząd, aby po uchwaleniu projektu reformy przez komisyę nieustającą dla załatwienia reformy statutu i ordynacyi wyborczej zwołał ile możności jak najrychlej osobną sesyę sejmową".

Zaś ostateczne żądania postawione w komisyi przez ruskich posłów w sprawie zasad reformy wyborczej do Sejmu galicyjskiego opiewały:

I. Procentowy stosunek mandatów poselskich dla ruskiej narodowości ma być oznaczony na 31%.

II. Liczba wirylistów ma pozostać bez zmiany t. j. 12.

III. Do kuryi miejskiej dodaje się 10 posłów z klasy uzupełniającej.

IV. Liczba posłów z gmin wiejskich ma być powiększoną z 74 na 86.

---

[1]) Nowa kurya.

[2]) Druga nowa kurya.

[3]) Postanowienie to opiera się na ustawie krajńskiej z d. 26. sierpnia 1908, która dla zmian statutu krajowego i ordynacyi wyborczej sejmowej wymaga obecności 42 posłów na 50, czyli 84% obecnych.

V. Pluralność ma być uchylona.

VI. Zabezpieczenie mniejszości narodowych polskich i ruskich wogóle ma być przyjęte, z uchyleniem proporcyonalności.

VII. Dwuletnia osiadłość ma być zmieniona na półroczną.

VIII. Petryfikacya ma odpaść.

IX. Wybór członków Wydziału krajowego ruskiej narodowości dokonuje się przez wszystkich członków Sejmu ruskiej narodowości.

X. Członkowie Sejmu ruskiej narodowości tworzą razem ruską reprezentacyę, uprawnioną do wyboru członków Wydziału krajowego ruskiej narodowości, do wyboru ruskich członków komisyi sejmowych i do krajowych instytucyj, do których Sejm wybiera swych zastępców, jako też do wyboru ruskich członków kuryi dyscyplinarnej i biura sejmowego.

W ciągu obrad sejmowych d. 18. listopada zmienił jednak sprawozdawca Dr. Rutowski pierwotną rezolucyę komisyjną na rezolucyę więcej ogólnikową, która brzmiała:

„Wysoki Sejm raczy uchwalić:

Sejm poleca komisyi dla reformy wyborczej, aby na tle zasad w rezolucyach komisyjnych zawartych, które nie przesądzają rozdziału mandatów między obie narodowości i po dokładnem rozpatrzeniu wszystkich szczegółowych wniosków i poprawek wypracowała projekt sejmowej ordynacyi wyborczej w porozumieniu z wydziałem kraj. i przedłożyła go na najbliższej sesyi sejmowej.

Sejm wzywa rząd, aby po uchwaleniu projektu reformy przez komisyę nieustającą dla załatwienia reformy statutu i ordynacyi wyborczej zwołał bezzwłocznie osobną sesyę sejmową.“

Tę zmienioną rezolucyę uchwalił też Sejm krajowy d. 18. listopada głosami wszystkich posłów polskich przeciw głosom ruskim, poczem komisya nieu-

stająca zebrała się d. 19. listopada i wybrała referentem posła Dra Głąbińskiego.

Rzeczowy rozbiór zasad reformy, uchwalonych przez komisyę, a ratyfikowanych przez Sejm, zostawiam sobie na później, gdy na tle tychże zostanie zbudowany pozytywny projekt ustawy; na razie odsełam w tej mierze, jako też co do politycznego znaczenia tej reformy i sposobu jej traktowania na ostatnim Sejmie, do mojej mowy w tej sprawie, wypowiedzianej na posiedzeniu Sejmu krajowego d. 29. października 1910.

W ostatnich czasach przeprowadzono rozszerzenie względnie reformę sejmowego prawa wyborczego w bardzo wielu krajach koronnych, a mianowicie w Gorycyi-Gradysce (ustawa z 12. września 1907), w Istryi (ustawa z 17. maja 1908), w Krainie (ustawa dawniejsza z 5. listopada 1898 i nowsza z 26. sierpnia 1908), w Tryeście (ustawa z 26. sierpnia 1908), w Austryi dolnej (ustawa z 21. października 1907), w Austryi górnej (ustawa z 29. stycznia 1909), w Solnogrodzie (ustawa z 15. lutego 1909), w Styryi (ustawa z 19. lutego 1909), w Przedarulanii (ustawa z 13. stycznia 1909) i na Bukowinie (ustawy z 11. maja 1909 i z 26. maja 1910), pomijając już dawniejsze ustawy z 5. września 1902 dla Karyntyi i z 27. listopada 1905 dla Morawii. Nigdzie jednak nie wprowadzono powszechnego a równego głosowania, ani też nie projektuje go rząd, jak wiadomo z jego przedłożeń, dla Sejmu czeskiego, gdzie także rząd pozostawia system kuryalny a proponuje jedynie rozszerzenie prawa wyborczego na wszystkich nieposiadających go dotąd, oraz wprowadzenie nowej kuryi t. j. posłów obieranych przez Radę kultury krajowej. My osobiście życzylibyśmy sobie bardzo wprowadzenia takiej kuryi i w Sejmie galicyjskim, i dlatego ubolewamy bardzo nad tem, iż Sejm nie zdołał dotąd uchwalić żadnej ustawy o organizacyi rolników, pomimo że ma od lutego 1910 przedłożony sobie a gotowy projekt ustawy o utworzeniu Rady kultury krajowej, i pomimo,

że ze sfer prawicy sejmowej bardzo nalegano podczas ostatniej sesyi na stworzenie klasy wyborczej średniej własności ziemskiej. Na powszechne a równe głosowanie nie godził się rząd i tam, gdzie niektórzy posłowie wprowadzać je chcieli, jak n. p. w Sejmie śląskim. Ustawa śląska uchwalona 30. października 1908 wprowadzała tylko piątą kuryę powszechnego głosowania i wszędzie bezpośredność głosowania. Nie otrzymała wprawdzie sankcyi monarszej [1]), ale stało się to z zupełnie innych powodów.

Najdalej odbiega od dotychczasowego typu ustawa dolno-austryacka, przeprowadzona po cofnięciu poronionego projektu p. ex-ministra Gessmana; albowiem nie poprzestaje ona na stworzeniu nowej, piątej kuryi t. zw. powszechnej z 58 mandatami, ale przenosi całe miasto Wiedeń do tej kuryi, pozbawiając je zarazem prawa głosowania w kuryi miejskiej, tak że wiedeńczycy mają tylko jeden głos, mieszkańcy zaś wszystkich innych gmin w całym kraju po dwa głosy. Sejm wiedeński składa się dziś tedy z wirylistów, z 16 posłów wielkiej posiadłości ziemskiej, z 4 posłów wiedeńskiej Izby handlowej i przemysłowej, z 46 posłów miast, miasteczek i gmin wiejskich i z 58 posłów kuryi powszechnej. Ustawa dla ziemi przedarulańskiej stwarza tylko piątą kuryę uzupełniającą, ograniczoną do tych, którzy nie mają prawa wyborczego ani w miastach, ani w gminach wiejskich, a zawarunkowaną pewnym cenzusem podatkowym lub cenzusem trzechletniego zamieszkania w gminie: — i daje tej kuryi 5 mandatów. — Ustawa styryjska stwarza kuryę uzupełniającą z 10 mandatami, wolną od wszelkich cenzusów, z wyjątkiem jednorocznego zamieszkania, ustawa solnogrodzka wprowadza czwartą klasę wyborczą z 6 mandatami; z tych przypadają 2 na miasto Salzburg i kil-

[1]) Dlatego mylnie wymienia ją Dr. Rutowski w sprawozdaniu komisyi reformy wyborczej jako jedną z ustaw niedawno wprowadzonych w życie.

ka innych większych gmin, a prawo głosowania mają tu tylko ci, którzy go nie mają w tychże gminach w kuryi miejskiej, cztery zaś przypadają na gminy wiejskie, a prawo głosowania mają tu wszyscy, tak że cztery mandaty stanowią niejako prawdziwą kuryę powszechną. — Ustawa górno-austryacka stwarza kuryę powszechną, dającą prawo wyborcze wszystkim obywatelom państwa bądźto na podstawie dwuletniego zamieszkania w gminie, bądź, w braku tegoż, na podstawie pewnego minimalnego podatku zarobkowego lub urzędu publicznego. Na tę kuryę przypada 11 mandatów.

Ustawa dla Gorycyi-Gradyski tworzy piątą kuryę powszechną z sześcioma mandatami, ustawa istryjska takąż kuryę z ośmioma mandatami, wedle ustawy krainskiej przybywa powszechna piąta kurya o jedenastu mandatach, wedle ustawy dla Tryestu z okręgiem powstaje nowe, czwarte koło wyborcze do Rady miejskiej, będącej zarazem Sejmem, do którego to koła należą wszyscy pełnoletni austryaccy obywatele, zamieszkali przynajmniej od 3 lat w Tryeście, a nieprzynależni do żadnego z poprzednich trzech kół wyborczych. Ogólna liczba członków Rady miejskiej została podniesioną na 83. — Ustawa bukowińska z r. 1909 wprowadza bezpośredność i tajność głosowania, ustawa z r. 1910 wprowadza piątą kuryę powszechną o 17 mandatach, rozdzielonych na wzór morawski, na podstawie katastru narodowościowego pomiędzy Rumunów (6 mandatów), Rusinów (6 mandatów), Niemców (4 mandaty) i Polaków (1 mandat). W obu niemieckich okręgach wyborczych wybiera się po dwóch posłów, we wszystkich innych po jednym.

Jeżeli tedy zestawimy wszystkie kraje austryackie, okaże się, że we wszystkich krajach, oprócz Galicyi, Czech, Dalmacyi i Tyrolu, wyborcy parlamentarni mają już także prawo wyborcze do Sejmu, a to na Bukowinie, na Morawie, w Austryi Dolnej, Austryi Górnej, częściowo w Solnogrodzie, dalej w Karyntyi.

Krainie, Gorycyi-Gradysce i Istryi we formie kuryi powszechnej, t. j. razem z dawnymi wyborcami kuryalnymi, zaś w Styryi, w Przedarulanii i częściowo w Solnogrodzie we formie osobnej kuryi uzupełniającej. Nigdzie jednak, powtarzamy, żaden Sejm nie uchwalił ani nie zamierzał uchwalić powszechnego a równego głosowania.

Razem z reformą wyborczą uchwaliły Sejmy: dolno-austryacki, górno-austryacki, solnogrodzki, przedarulański i tryestyński osobnemi ustawami z 21. października 1907, 29. stycznia 1909, 15. lutego 1909, 13. stycznia 1909 i 26. sierpnia 1908 przymus wyborczy sejmowy; w Górnej Austryi jednakże z ograniczeniem go do wyborców z nowej kuryi powszechnej.

Zwyczaje handlowe.

Z aktów Izby handlowej i przemysłowej we Lwowie z lat 1900—1909

zebrał i opracował

Dr. Karol Crawiński.

(Dokończenie).

b. Przesyłka, ważenie i t. p.[1]).

199. Niema istotnej różnicy co do znaczenia wyrazów „frachtfrei“ i „franco“. Różnica polega tylko na tem, że przy klauzuli „frachtfrei“ odbiorcy służy prawo odliczania kosztów przewozu od należytości faktury, jeżeli wysyłający nie zapłacił kosztów przewozu z góry, zaś klauzula „franco“ nakłada na wysyłającego obowiązek opłacenia z góry kosztów przewozu. Zarówno przy użyciu wyrażenia „frachtfrei“ jak „franco“ uważa się za koszta, które ponieść winien wysyłający, tylko koszta powstałe przy załadowaniu towaru i narosłe w czasie przewozu aż do przybycia do stacyi odbiorczej, podczas gdy koszta wyładowania i wszelkie inne na stacyi odbiorczej ponosi sam odbiorca. (14. IV. 1905. L. 1727).

200. Klauzula „mit unserer Frankatur der Waren bis Station N.“ oznacza, że sprzedający jest obowiązany zapłacić przewoźne do stacyi N. (7. V. 1908. L. 2792).

[1]) Vide Nr. 121., 183., 186.

201. Klauzula „ab Bahn“ oznacza tylko dostawę do stacyi, dopiero klauzula „ab Waggon“ obowiązuje sprzedającego do załadowania towaru. (24. X. 1903. L. 4036).

202. Przy sprzedaży towaru „ab Bahn“ zazwyczaj kupujący (odbiorca) opłaca koszta przewozu towaru i potrąca je potem z kredytowanej ceny kupna. (6. XI. 1902. L. 5014).

203. Klauzula „ab Bahn N.“ oznacza, że sprzedający ma obowiązek dostawić towar na swój koszt na stacyę kolejową w N., względnie do tamtejszych magazynów kolejowych. Natomiast sprzedawca nie jest obowiązany ponieść kosztów załadowania do wagonu na stacyi N., jeżeli nie wskazuje na to wyraźna klauzula tej treści, jak „franco Waggon“. (30. VIII. 1909. L. 1365).

204. Przy sprzedaży towarów loco miejsce kupującego sprzedający jest obowiązany ponieść oprócz kosztów przewozu (fracht) także należytości stacyjne (Stationsgebühren). (5. VI. 1908. L. 3152).

205. Kupujący drzewo opałowe ponosi z własnych funduszów wydatki jak: należytość za prowizyę przy zaliczkach, należytość za wyładowanie (Ausladung), tudzież należytość za zawiadomienie pocztą o nadejściu posyłki.

Co do należytości tytułem dodatku do przewoźnego za dotrzymanie terminu dostawy niema jednolitego zwyczaju handlowego. Do poniesienia tej należytości sprzedający mógłby być obowiązany tylko w tym wypadku, jeżeliby zarządzenie terminu dostawy nastąpiło z jego winy, a mianowicie, jeśliby tak się opóźnił z dostawą drzewa, że koniecznem jest nadanie posyłki za dotrzymaniem terminu dostawy. (19. VI. 1905. L. 2579).

206. Postanowienie terminatki o kupno-sprzedaż odpadków drzewa tartego, że dostawa towaru, względnie zapłata ceny kupna ma nastąpić „ab Waggon N.“, oznacza, że sprzedawca ma obowiązek załadowania

towaru własnym kosztem do wagonu w stacyi kolejowej N. i postarania się o wagony potrzebne w tym celu. (10. II. 1909. L. 786).

207. Przy sprzedaży drzewa „franko wagon" jest obowiązkiem sprzedawcy dostarczyć na własny koszt listów przewozowych, potrzebnych do załadowania sprzedanego drzewa. (7. IV. 1906. L. 1736).

208. Ajencye dzienników, dostarczające dzienników i czasopism kawiarniom, restauracyom i t. p. przedsiębiorstwom przemysłowym, zazwyczaj obliczają takim przedsiębiorcom tylko cenę prenumeracyjną podaną w nagłówku każdego pisma, do tej ceny zaś nie doliczają żadnych dalszych kosztów, w szczególności kosztów dostawy do rąk odbiorcy. (9. I. 1904. L. 123).

209. Klauzula w fakturze „Parität N." względnie „Frachtparität N." oznacza, że odbiorca winien ponieść koszta przewozu towaru z N. do miejsca przeznaczenia, bez względu na stacyę, z której towar istotnie wysłano. W szczególności więc odbiorca obowiązany jest dopłacić dostawcy różnicę przewoźnego, jeżeli nadano towar na stacyi bliższej miejsca przeznaczenia niż N., względnie może żądać od dostawcy zwrotu różnicy przewoźnego, jeżeli zapłacił za transport więcej, niż wynosi należytość przewozowa z N. do miejsca przeznaczenia. Klauzule te, w handlu śliwkami zwyczajnie używane, mają tedy znaczenie niejako podstawy rachunkowej przy kalkulacyi kupieckiej. Wynika z tego, że klauzule takie nie określają wcale miejsca dopełnienia umowy

Także co do znaczenia klauzuli „Parität N." z jednej strony, a „Frachtparität N." z drugiej, zachodzą pewne różnice. Słowa „Parität N." oznaczają podobnie jak „loco miasto N.", że odbiorca ma ponieść koszta transportu towaru z miasta do stacyi kolejowej, zaś „Frachtparität N.", podobnie jak „loco stacya N.", że obowiązek powyższy ciąży na dostawcy. (28. IX. 1909. L. 5054)[1]).

[1]) Vide Nr. 61., 62., 63., 121.

210. Wyrażenie w liście kupującego naftę „Parität Hamburg B.“ jest podstawą rozrachunku, a równoczesne żądanie przy zamówieniu, aby cysternę nafty wysłano do stacyi Cöln-Gereon nie zmienia kalkulacyi, albowiem kupujący może potem polecić wysłanie towaru dla siebie do którejkolwiek stacyi.

O ile sprzedający sprzedał towar „Parität Hamburg B.“, winien ponosić wszelkie koszta przewozu towaru ze stacyi nadawczej aż do stacyi Hamburg B. Kupujący ma zatem prawo potrącić z ceny kupna jedynie koszta transportu ze stacyi nadawczej do stacyi Hamburg B. na podstawie istniejącej dla tej stacyi taryfy, natomiast wszelkie inne wyższe koszty spowodowane wysłaniem cysterny do innej stacyi, względnie do Cöln-Gereon, ma sam ponosić, bez regresu do sprzedającego. Kupujący bezwarunkowo nie ma prawa potrącania kosztów transportu obliczonych według wyższej taryfy ze stacyi nadawczej do Cöln-Gereon, albowiem sprzedaż względnie kupno zawarto „Parität Hamburg B.“, a więc na podstawie uprzywilejowanej taryfy do Hamburga, którą w danym wypadku sprzedający, a najpewniej także kupujący wciągnęli do kalkulacyi. Desygnując cysternę do nieuprzywilejowanej stacyi i powodując tem samem wyższe koszta przewozu, obciąża kupujący tylko siebie, a sprzedający nie ma obowiązku kalkulowania nieuprzywilejowanej i wyższej taryfy do Cöln-Gereon, skoro raz sprzedał na podstawie uprzywilejowanej taryfy ważnej dla Hamburga B., czyli „Parität Hamburg B.“. (16. IV. 1909. L. 1420).

211. W razie zawarcia umowy o kupno i sprzedaż benzyny pod warunkiem dostarczenia przez odbiorcę własnych cystern, określonym wyrazami „in unseren mietfrei beizustellenden Zisternen“, kupujący winien dostarczyć cystern do stacyi, w której mają być załadowane. Kupujący nie ma prawa liczyć użytkowej wartości cysterny ani za czas biegu tam i napowrót, ani za czas stójki na stacyi aż do chwili udzielenia awiza kolejowego adresatowi, ani za czas potrzebny

do sprowadzenia cysterny do rafineryi, ani wkońcu za czas stójki na stacyi kolejowej po oddaniu stacyi cysterny napełnionej do ekspedycyi. Sprzedawca winien cysterny prawidłowo awizowane i otrzymane napełnić i wysłać w przeciągu 24, najwyżej zaś 72 godzin po otrzymaniu awiza. Jeżeli sprzedawca tego obowiązku nie dopełnił, odpowiada mimo warunku „mietfrei" za wartość użytkową czyli wartość najmu cysterny. (25. IV. 1908. L. 2098).

212. Przy kupnie-sprzedaży spirytusu „pod czeskimi warunkami" sprzedawca odpowiada za wszelkie ewentualności, na które przesyłka jest narażona podczas przewozu. W szczególności w zastrzeżeniu tem mieści się postanowienie, że sprzedawca odpowiada za ubytek, przenoszący 1% dozwolonego zaniku spirytusu podczas przewozu z gorzelni do miejsca przeznaczenia, względnie do domu składowego, oraz że jest obowiązany do uiszczenia podatku konsumcyjnego, któryby ewentualnie z tego tytułu wymierzono. Przy kupnie-sprzedaży spirytusu „pod czeskimi warunkami" sprzedawca również ponosi koszta składowego i grzywny (poenale), któreby zarząd kolejowy wymierzył, jeżeli wóz cysternowy nadesłany przez kupującego w terminie właściwym, oznaczonym przez sprzedawcę, stał dłużej niż 3 dni na stacyi kolejowej, a sprzedawca nie dostarczył spirytusu. Obowiązki te sprzedawcy wypływają same z zastrzeżenia „pod warunkami czeskimi", a dla uzyskania powyżej przytoczonych skutków nie potrzeba zawarcia osobnej umowy. (18. VII. 1907. L. 3640).

213. Przestrzegane wedle zwyczaju handlowego w Galicyi warunki kupna-sprzedaży spirytusu rozróżniają postanowienia „bez kosztów ekspedycyi" („erstköstlich") i „bez żadnych kosztów" („spesenfrei"). Postanowienie „bez kosztów ekspedycyi" oznacza, że kupujący nie ponosi kosztów przewozu spirytusu z gorzelni do stacyi kolejowej, lecz że sprzedawca ma obowiązek dostawy spirytusu z gorzelni do kolei własnym

kosztem. Natomiast wszelkie inne koszty, w szczególności koszty odbioru spirytusu w gorzelni na podstawie obliczenia c. k. straży skarbowej, koszty naczyń t. j. beczek do przewozu spirytusu z gorzelni do stacyi kolejowej, ewentualne ubytki spirytusu podczas przewozu, koszty załadowania spirytusu do wagonu, tudzież potrzebnego przy tem nadzoru, ponosi kupujący. Zazwyczaj przeto w razie sprzedania spirytusu „bez kosztów ekspedycyi" („erstkostlich") dodaje się postanowienie „loco kolei" czyli „ab Bahn".

Postanowienie „bez żadnych kosztów" („spesenfrei") oznacza, że wszelkie wspomniane wyżej koszty ponosi sprzedawca. Zazwyczaj też przy sprzedaży spirytusu „bez żadnych kosztów" („spesenfrei") dodaje się postanowienie „franco wagon kolei".

Ceny spirytusu we Lwowie, czyli „loco Lwów" bywają rozumiane z dostawą i oddaniem loco rafineryi. Za podstawę obrachunku służy w tym wypadku obliczenie c. k. straży skarbowej przy odbiorze spirytusu w wolnym składzie rafineryi we Lwowie. Wszelkie koszty przewozu do wolnego składu rafineryi, jak niemniej ewentualne ubytki powstałe w czasie przewozu ponosi sprzedawca.

Ceny spirytusu normują się przeto stosownie do szczególnych warunków kupna-sprzedaży, przestrzeganych wedle zwyczajów handlowych w Galicyi. (19. I. 1909. L. 230).

214. Przy umowach o kupno-sprzedaż zboża zobowiązanie sprzedawcy do zważenia zboża przy nadaniu go na stacyi nadawczej jest tak ogólnie przyjęte, niejako zwyczajowo ustalone i uważane za kardynalny warunek umowy, że nie bywa wcale w dotyczących umowach wyraźnie zastrzegane. Waga bowiem urzędownie na stacyi nadawczej stwierdzona jest miarodajna i stanowi dla sprzedawcy dowód na wypadek sporu lub wątpliwości, tak że za brak takiego dowodu sprzedawca odpowiada kupującemu, mającemu w tym wypadku regres do sprzedawcy. Odebranie

zboża na stacyi odbiorczej odbywa się zwyczajowo po ponownem przeważeniu przesyłki na koszt odbiorcy, a za ewentualne braki, t. j. za różnicę między wagą sprawdzoną urzędownie na stacyi nadawczej, a wagą stwierdzoną na stacyi odbiorczej, cięży odpowiedzialność na zarządzie kolejowym jako przewoźniku w myśl postanowień regulaminu ruchu. (9. II. 1906. L. 920).

215. Jeżeli między sprzedawcą węgla a kupującym niema innej specyalnej umowy, podstawą wzajemnego rozliczenia się jest waga oznaczona w liście przewozowym, wystawionym przez kopalnię, która pod kontrolą organów kopalni i magazyniera zaprzysiężonego na rzecz skarbu kolejowego napełni wagon kolejowy węglem do pełnej wagi pojemności, na zewnątrz wagonu uwidocznionej. Niema zaś powszechnego zwyczaju handlowego, wedle którego sprzedawca byłby obowiązany zarządzić urzędowe ważenie węgla na stacyi nadawczej. Sprzedawca ma ten obowiązek tylko wówczas, jeżeli strony tak się umówiły. Urzędowego zważenia na stacyi odbiorczej może żądać tylko kupujący. Koszta urzędowego ważenia tak w stacyi nadawczej, jak w stacyi odbiorczej ponosi w braku odmiennej umowy tylko kupujący. (31. III. 1908. L. 1933).

216. W handlu papą dachową oznacza się cenę zazwyczaj albo „loco fabryki“ z przyznaniem rabatu, albo „franco lub loco stacya odbiorcy“ jednakowoż bez opustu.

Z postanowienia, że sprzedaż papy dachowej ma nastąpić „franco wagon N.“, wynika, iż sprzedawca zamieszkały w X. ma obowiązek opłacić koszta przewozu papy dachowej i dostawić towar aż do wagonu stacyi N. Nabywca ma stosownie do tego postanowienia na swój koszt wyładować towar z wagonu i odebrać w N.

Jeżeli przy kupnie-sprzedaży papy dachowej za umówioną cenę i z rabatem, „franco wagon N.“, sprzedawca nie opłacił frachtu, lecz uczynił to na jego rachunek nabywca, wydatek ten należy potrącić z efek-

tywnej należytości sprzedawcy, t. j. z ceny kupna po poprzedniem potrąceniu z niej rabatu. Odmienny sposób obliczenia, a mianowicie potrącenie przewoźnego bezpośrednio z ceny kupna, a dopiero od reszty obliczenie rabatu, nie odpowiada zwyczajowi handlowemu. (3. VI. 1909. L. 2986).

217. W braku osobnej umowy przy sprzedaży grysu refakcya frachtów kolejowych przypada sprzedającemu (nadawcy), a to nawet wówczas, gdy należytość za przewóz przesyłki opłaca kupujący (odbiorca). (7. I. 1907. L. 92).

218. Jeżeli przedsiębiorstwo budowy kolei nie zawarło z dostawcą materyałów budowlanych wyraźnej umowy co do zasady obliczenia wynagrodzenia za przewóz materyałów, obliczenie tego wynagrodzenia dokonywa się zazwyczaj na podstawie faktycznej odległości w sposób następujący:

W przypadkach, w których idzie o przewóz materyałów między miejscami położonemi przy trasie budującej się lub budować się mającej kolei żelaznej, przyjmuje się faktyczną długość linii kolejowej jako odległość dla przewozu i oblicza się wynagrodzenie za przewóz wedle ilości kilometrów kolejowych.

W przypadkach zaś, w których przewóz materyałów odbywa się ze składów poza trasą kolejową położonych, wynagrodzenie za przewóz z miejsca poza trasą leżącego aż do miejsca położonego przy trasie oblicza się wedle faktycznej odległości tych miejsc w kilometrach drogowych. O ile jednak dalszy przewóz materyałów odbywa się wzdłuż trasy kolejowej, wynagrodzenie za ten dalszy przewóz, czyli od początku transportu wzdłuż trasy kolejowej aż do miejsca przeznaczenia przy trasie kolejowej, oblicza się wedle faktycznej długości tych miejsc wzdłuż trasy kolejowej, a więc wedle ilości kilometrów kolejowych. (15. III. 1909. L. 1447).

7. Zastrzeżenie własności [1]).

219. Wedle zwyczaju panującego w handlu maszynami firmy sprzedające maszyny lub motory na raty zastrzegają sobie prawo własności sprzedanych maszyn lub motorów aż do zupełnego uiszczenia ceny kupna. Zwyczajnie drukowane warunki sprzedaży i dostawy maszyn i motorów zawierają wyraźne zastrzeżenie tej treści. (25. IV. 1908. L. 2224).

III. Interesa bankowe.

220. Niema powszechnie przyjętego zwyczaju handlowego, aby firma bankierska, zagroziwszy klientowi swemu, że w razie nienadesłania do pewnego ściśle oznaczonego czasu pokrycia z powodu zniżki kursu sprzeda jego papiery wartościowe stanowiące zabezpieczenie, była obowiązana w owym ściśle oznaczonym terminie sprzedać te papiery, jeśli klient nie nadeszle pokrycia. Decyzya o tem zależy od towarzyszących faktowi okoliczności, tak że mimo zagrożenia sprzedaż papierów pozostawiona jest firmie bankierskiej wyłącznie do woli. (10. X. 1903. L. 3538).

221. Wedle zwyczaju przyjętego powszechnie w tutejszych zakładach finansowych i bankach rachunki bieżące bywają zamykane półrocznie, a to zawsze z dniem 30. czerwca i 31. grudnia każdego roku. (5. VII. 1905. L. 3037).

222. Instytucye bankowe, nabywając drogą cesyi pretensye, uwiadamiają zwyczajowo o tem dłużników. Dopóki dłużnik nie otrzyma zawiadomienia ze strony instytucyi bankowej, ma stosować się do dyspozycyi pierwotnego wierzyciela. (30. XII. 1909. L. 7213).

IV. Interesa komisowe.

1. Znamiona umowy komisowej. Rozliczenie.

223. Istotne znamiona umowy komisowej są wedle zwyczaju handlowego zupełnie takie same, jak je

[1]) Vide Nr. 223.

określa kodeks handlowy. Komisyoner nie występuje w stosunku do komitenta jako kupujący lub sprzedający, lecz jako pośrednik, który za czynność swoją pobiera pewną prowizyę, mając zarazem obowiązek zwrotu komitentowi całej ceny sprzedaży. Wobec tego nie można uważać za komisową umowy, wedle której kupujący płaci pewną stałą cenę „komitentowi", a następnie sprzedaje towar za dowolną cenę.

Zdarza się jednak często, że sprzedawca, nie chcąc lub nie mogąc kredytować towaru kupującemu, zawiera z nim pozorną umowę komisową (Schein-Kommissionsgeschäft). W takim razie oddaje sprzedający towary pozornie w komis, zastrzegając sobie w ten sposób prawo własności aż do uiszczenia ceny kupna. Uzyskane przez „komisyonera" nadwyżki ponad ceny ustalone przez „komitenta", a właściwie sprzedawcę, należą oczywiście do niego, podczas gdy „komitent" otrzymuje tylko pierwotnie umówioną cenę.

Umieszczone na listach napisy „Kommissions-Nota" mają ogólne znaczenie potwierdzenia zamówienia, na podstawie którego wystawia się dopiero zwykle fakturę. Sam dla siebie nie może być uważany taki napis za dowód istnienia umowy komisowej.

Również z wyrazów „offene Forderung", „offen stehende Forderung", oraz z żądania przesłania pieniędzy „a conto" nie można wnioskować na istnienie umowy komisowej, ponieważ powyższe wyrażenia oznaczają ogólnie istnienie pretensyi, mogącej pochodzić z jakiegokolwiekbądź interesu, czy to komisowego (niezapłacona prowizya i t. p.), czy to stosunku bezpośredniego między kupującym a sprzedającym. (26. VI. 1908. L. 3850).

224. Przy interesach, które obok szeregu artykułów stanowiących przedmiot przedsiębiorstwa handlowego obejmują komisową sprzedaż innego artykułu, wykonywaną w spółce w ten sposób, iż przedsiębiorstwo wszystkie interesy sprzedaży tak całego szeregu swoich artykułów, jak i podlegający na spółce specy-

alny interes komisowy łącznie załatwia i łącznie ponosi wszelkie potrzebne koszty, rozliczenie wydatków połączonych z interesem spółkowym i wydatków połączonych z resztą interesów odbywa się wedle zwyczaju kupieckiego na następującej zasadzie, o ile spólnicy nie zawarli wyraźnej umowy co do zasady obrachunku i o ile wydatki nie dadzą się ściśle oznaczyć na podstawie ksiąg przedsiębiorstwa:

Zlicza się cały obrót przedsiębiorstwa i wszystkie koszty i rozdziela się koszty w stosunku do obrotu artykułów, wchodzących w zakres interesu spółkowego z jednej strony i artykułów nie objętych interesem spółkowym z drugiej strony. (6. IV. 1908. L. 2100).

2. Obowiązki komisanta.

225. Stosunek między komitentem a komisantem sprzedaży owoców polega w ogólności na zaufaniu. Handlarz, wysyłając kupcowi w komisową sprzedaż owoce bez zamówienia, zdaje się tem samem na komisanta. Zdarza się często, że owoce w czasie dłuższego transportu ulegają zepsuciu, tak że komisant z otrzymanej przesyłki małą tylko ilość może sprzedać. O ile wszakże owoce te sprzedał hurtownie, a nie wyłącznie sposobem detajlicznym, i o ile prowadzi sam ewidencyę, nie ociąga się uczciwy kupiec z przedkładaniem komitentowi ile możności wykazu odbiorców owoców i szczegółowego zestawienia poniesionych wydatków. Atoli powszechnie w tym kierunku panującego zwyczaju nie można stwierdzić. (7. IV. 1906 L. 1933).

226. Wobec terminu wyraźnie w fakturze oznaczonego komisant jest obowiązany w tym oznaczonym czasie złożyć komitentowi rachunek, czyli podać mu, ile z towaru w komis otrzymanego sprzedał, oraz wezwać komitenta do rozporządzenia resztą towaru. Jeżeli komisant zaniechał tego i ani czynności komisowej nie wykonał, ani w inny sposób nie zadysponował towarem w komis otrzymanym, lecz zatrzymał

towar nadal u siebie, należy uważać, że komisant po upływie terminu w fakturze oznaczonego towar zatrzymał dla siebie i na własny rachunek, po fakturowanej cenie. (28. XI. 1906. L. 5621).

227. Książki nowe, czyli nowości księgarskie, sprowadzane w komis na rachunek pewnego roku, winny być zwrócone najdalej w połowie kwietnia roku następnego, gdyż w przeciwnym razie interes komisowy przechodzi w interes kupna-sprzedaży. Powyższy zwyczaj odnosi się atoli tylko do księgarń, zaś nie do antykwarń, albowiem antykwarniom nie wolno sprzedawać książek nowych w znaczeniu literackiem i księgarskiem. (5. XI. 1909. L. 5390).

3. Prawa komisanta.

228. Prowizya płacona przeciętnie komisantowi pośredniczącemu przy kupnie chmielu wynosi zwyczajowo bez względu na cenę chmielu i czas kupna 4 do 6 koron od 50 kg chmielu. Komisanci czynią zazwyczaj różnicę między handlarzami chmielu krajowymi i obcokrajowymi i pobierają od pierwszych prowizyę w kwocie 4 kor., zaś od drugich w kwocie 6 kor. (4. III. 1909. L. 1253).

229. Komisyonerowie, którym polecono zakupno chmielu, otrzymują — o ile nie było między stronami innej umowy — od dających zlecenie prowizyę w wysokości 4 koron od 50 kg, oraz zwrot kosztów podróży i poniesionych podczas podróży wydatków (dyet). (9. V. 1909. L. 2555).

230. W handlu jajami sprzedający obowiązany jest w braku specyalnej umowy zwrócić komisantowi zasadniczo koszta wszystkich telegramów koniecznych, oraz takich, których nadanie komisant w dobrej wierze uważa za potrzebne i leżące w interesie komitenta. W szczególności n. p. należy się komisantowi zwrot depesz odnoszących się do zawarcia interesu, reklamacyi, odwołania zamówienia, depesz ofertowych, za-

wierających sprawozdania o cenach targowych, konjunkturze i t. d. Kosztów takich telegramów nie wlicza się zwyczajowo w prowizyę, ponieważ komisant często byłby narażony na jej utratę z powodu wyczerpania kosztami nadanych depesz, koniecznych wedle dobrej wiary komisanta do zawarcia danego interesu. (17. XII. 1909. L. 6473).

231. Z powodu braku większych magazynów składowych kupieckich nie istnieje w okręgu Izby zwyczaj handlowy co do wysokości składowego. Należytość składowa zależy od jakości, ilości i rozmiarów towaru, oraz od miejsca, w którem towar ma być złożony. Składowe oznacza się przeto zwykle w każdym wypadku z osobna na podstawie każdorazowej umowy stron. (8. III. 1909. L. 1296).

V. Przewoźnictwo.

232. Wyładowanie towaru z magazynu kolejowego na peron kolejowy i doręczenie listu frachtowego lub jego kopii uważane jest samo przez się za oddanie tego towaru do dalszego przewozu nowemu przewoźnikowi, jeżeli poprzedni przewoźnik wskazał przedtem towar i zarazem oznaczył rzeczywistą ilość pak do dalszego przewozu nowemu przewoźnikowi. (3. X. 1901. L. 3310).

B) Prawo wekslowe.

233. Nie da się stwierdzić jako powszechnie panujący taki zwyczaj handlowy, według którego kupiec otrzymawszy od drugiego kupca zawiadomienie, że wystawił na jego imię weksel, winien byłby oświadczyć się, czy weksel przyjmuje, zaniechanie zaś odpowiedzi miałoby być uważane za milczący objaw woli nieprzyjęcia weksla. (14. II. 1903. L. 636).

234. Jeżeli kupiecki dług wekslowy w myśl umowy ma być w dniu zapadłości tylko wedle możności

uiszczony, a w razie niemożności uiszczenia z góry przyrzeczono prolongatę, jednakże bez wyraźnego ustalenia umową czasu prolongaty i ilości prolongat, nie jest w zwyczaju handlowym, aby zapłata takiego kupieckiego weksla musiała nastąpić najdalej w ciągu roku lub dwu lat. Tak zwane weksle ratalne (Ratenwechsel) spłaca się zwyczajowo najwyżej w 10 ratach kwartalnych, czyli w $2^1/_2$ roku. (5. XI. 1904. L. 5692).

235. Niema powszechnego zwyczaju handlowego, wedle którego towarzystwa zaliczkowe i wogóle instytucye kredytowe miałyby prawo dopisywać samowolnie i wedle potrzeby na wekslach u nich eskontowanych klauzulę domicylu, chociażby weksel był co do adresu zupełnie wypełniony. W poszczególnych instytucyach praktykowane jest takie postępowanie, ale nie tak ogólnie, aby uchodzić mogło za zwyczaj handlowy. (13. I. 1910. L. 7130/09).

Kwestya młodocianych przestępców w ustawodawstwie zagranicznem i austryackiem

z szczególnem uwzględnieniem austr. projektu ustawy o karno-prawnem traktowaniu i karno-prawnej ochronie młodocianych.

Napisał

Leon Fall.

Motto: Parum est coercere improbos poena, nisi probos efficias disciplina.

Wstęp[1]).

Ustawodawstwo współczesne zostaje pod znakiem polityki kryminalnej. „Nowe horyzonty“ otwarte przez włoską szkołę antropologiczną i znaną pracę Mittelstädta: „Gegen die Freiheitsstrafen“ (1879), rozszerzone przez prace prof. Liszta i założony przez niego, prof. Prins'a i prof. von Hamel'a „Międzynarodowy Związek kryminalistyczny“ (I. K. V. 31/XII 1888), jakoteż przez prądy anglo-amerykańskie, zyskiwały sobie coraz liczniejszych zwolenników, ogarniając w końcu wpływem swoim czynniki najkonserwatywniejsze tj. ciała ustawodawcze poszczególnych państw. Stać się to musiało w chwili, gdy wyniki badań statystyczno-kryminalnych dowiodły, że zbrodnia nie jest w życiu społeczeństw faktem oderwanym, przypadkowym, lecz jest chorobą organizmu społecznego, zjawiskiem socyalno-patologicznem o objawach stałych i regularnych,

[1]) Szkic polityki kryminalnej, zawarty w niniejszym wstępie, jest w przeważnej części wyciągiem z programowych rozpraw prof. Liszta.

a co więcej przerażająco stale i regularnie się zaostrzających. Z chorobą zaś przedewszystkiem trzeba walczyć. O tem zaś zapomniała, a raczej nie wiedziała wcale starsza szkoła prawa karnego. Bo i skądżeby wiedzieć mogła, skoro siły swoje zużywała na metafizyczne spekulacye, na roztrząsanie zagadnień o istocie zbrodni i kary, winy i odpłaty i t. p., skoro po ojcu swoim duchowym, Heglu, wzięła w spadku pogardę dla faktów, skoro zaciekle uprawiała metafizykę tam, gdzie życie wielkim głosem domagało się dyagnostyki i terapii? „Już od całych dziesięcioleci nauka prawa karnego w osobach swych najznakomitszych przedstawicieli coraz bardziej obcą się stawała życiu. W bezpłodnych walkach rozbijała swe siły; zatopiona w czysto abstrakcyjnej pracy myślowej, nie spostrzegała, co poza nią się działo. Mniemała, że jak dawniej cugle władzy ciągle jeszcze dzierży w swych dłoniach, gdy tymczasem życie dawno już przestało o nią się troszczyć" (Liszt: Der Zweckgedanke im Strafrecht). Nic przeto dziwnego, że w chwili gdy Binding w r. 1878. ogłaszał urbi et orbi wielką wiktoryę absolutnych teoryj nad relatywnemi i zapowiadał, że te ostatnie nie mogą już wcale rościć sobie pretensyi do zajęcia jakiegoś stanowiska w nauce prawa karnego, ta rzekomo zduszona zupełnie hydra już znowu podnosiła głowę do walki, tym razem mającej wszelkie widoki zwycięstwa.

Nowa szkoła na uboczu pozostawiła wszelką metafizykę, a natomiast żywo się zajęła życiem i faktami. A życie i fakta głośno i wyraźnie wołały, że organizm społeczny jest poważnie zagrożony, że z dniem każdym wzrasta liczba zbrodniarzy wogóle, zbrodniarzy recydywistów, nałogowych czy niepoprawnych i przestępców młodocianych, że charakter popełnianych przestępstw i sposób ich popełniania świadczy o coraz gorszym upadku moralnym i zdziczeniu niższych warstw społecznych, że dotychczasowe środki i sposoby walki z przestępstwem nie wystarczają i że trzeba szukać

nowych. Na ten wzrost liczby zbrodniarzy i spotęgowanie instynktów zbrodniczych liczne złożyły się przyczyny: Tysiące ludności, wyrwane z chroniącej je ziemi rodzinnej, zostały rzucone w wir wielko-miejski, w którym jednostki słabe aż nazbyt łatwo zostają zmiażdżone, by dostać się następnie do owej wielkiej, szarej masy, która jako wielkomiejski proletaryat tworzy najżyźniejsze podłoże dla zarazków zbrodni. Dalej wskazać należy na rozpętanie się bezwzględnej walki o byt, która wysuwa naprzód indywidua mocniejsze kosztem słabszych. Na niebywały rozwój całego naszego życia społecznego, które pomnażając punkta styczne i płaszczyzny tarcia stwarza niezliczone nowe pobudki i sposobności do zbrodni: które wzmaga potrzeby, nie dostarczając w równym stopniu środków do ich zaspokojenia; które niszczy siłę nerwów i najbardziej znamienne następstwo znajduje w neurastenii. Na wzmożone nadużycie alkoholu, którego niszczące działanie właśnie w degeneracyi potomstwa zwykło się objawiać. Na polityczne i społeczne walki, które wrzą w każdem państwie. Na wstrząśnienie religijnych i etycznych przekonań właśnie w owych kołach, które dostarczają największego kontyngentu dla zbrodni; wstrząśnienie, które nie może być zrównoważone przez wpływ szkoły, ponieważ ta stara się jedynie o kształcenie umysłu uczniów, zaniedbuje natomiast zupełnie wzmacnianie charakteru.

Wszystkie te i niezliczone inne zmiany w naszem życiu społecznem musiały z konieczności pociągnąć za sobą znaczny wzrost liczby przestępstw, nie stojący bynajmniej w stosunku proporcyonalnym do wzrostu ogółu ludności, skutkiem czego przestępność, która sama przez się należy do niemiłych wprawdzie, ale z konieczności każdemu społecznemu współżyciu ludzi towarzyszących zjawisk, przestała być normalnem zjawiskiem społecznem, a stała się zjawiskiem patologicznem. Społeczeństwo względnie państwo nie mogły się obojętnie przypatrywać temu stanowi, grożącemu

im poważnem niebezpieczeństwem, nie mogły zamknąć oczu na fakt, że niestosunkowo wzrasta liczba popełnianych wogóle zbrodni, że rośnie liczba recydywistów i że wzmaga się stale już i tak bardzo poważny udział młodocianych — i z konieczności musiały podjąć walkę z tym anormalnym stanem. Środków i sposobów do tej walki miała dostarczyć przez pół wieku zaniedbana, a z końcem lat siedemdziesiątych XIX. w. w nową fazę rozkwitu wchodząca — polityka kryminalna.

„W szerszem znaczeniu rozumiemy przez ten termin systematyczny, zbiór wszystkich, na naukowem zbadaniu przyczyn zbrodni jako też skutków kary, opartych zasad, podług których państwo z pomocą kary i pokrewnych jej urządzeń ma prowadzić walkę ze zbrodnią". Liszt: Kriminalpolitische Aufgaben). Podstawą zatem polityki kryminalnej jest zbadanie przyczyn zbrodni, jej zadaniem walka z nią. Wspomniane badania wychodzą z założenia, drogą obserwacyi uzyskanego, że każda poszczególna zbrodnia powstaje z współdziałania dwóch grup czynników: indywidualnych właściwości zbrodniarza z jednej strony, otaczających go fizykalnych, społecznych a w szczególności gospodarczych stosunków z drugiej strony. Każda z tych grup jest przedmiotem osobnej nauki, pierwsza biologii — druga socyologii kryminalnej.

Biologia kryminalna zajmuje się naukowem zbadaniem fizycznej i duchowej właściwości zbrodniarza i leżących w niej warunków zbrodni. Nauka ta, znana bardziej pod mianem antropologii kryminalnej, zawdzięcza powstanie swe pracom Maurycego Benedikta (Anatomische Studien an Verbrechergehirnen 1879), a w znacznie większej mierze zmarłego niedawno Cezarego Lombrosa (Uomo delinquente 1871—1876). O typie „spływających się brózd mózgowych" Benedikta niema już dzisiaj mowy. Jako straszak dla kroczących dawnymi szlakami przedstawicieli prawa karnego nie odgrywa już Benedikta „mózg zbrodniarza" żadnej roli.

Natomiast badania i poglądy Lombrosa do dziś dnia nie utraciły siły przyciągającej. Dokoła niego skupiła się cała rzesza uczniów, Ferri i Garofalo na ich czele, która z większą lub mniejszą samodzielnością w dziełach i artykułach, w czasopismach i na kongresach broni nauk nowej szkoły. Z nazwiskiem Lombrosa wiąże się walka za i przeciw antropologii kryminalnej — i to całkiem niesłusznie, gdyż antropologia kryminalna będzie istniała, choćby wszystkie twierdzenia Lombrosa miały być odparte. Idą one w dwóch kierunkach: stwierdzają istnienie typu zbrodniarza i zawierają hipotezę co do istoty zbrodni. W pierwszym kierunku dał L. dokładny i szczegółowy opis cielesnych i duchowych właściwości zbrodniarza, przyczem jednak sam przyznaje, że właściwości te znalazł tylko u części zbrodniarzy, u t. zw. zbrodniarzy urodzonych, które to pojęcie jednak bardzo niejasno określa; w drugim kierunku stawia hipotezę, że każda zbrodnia jest atawistycznem cofnięciem się do charakteru i zwyczajów pierwotnego człowieka. Obie te teorye mocno są zwalczane przez cały szereg antropologów, ale najbardziej szkodzą im ich wewnętrzne sprzeczności. Zresztą zasługa Lombrosa i jego zwolenników nie leży bynajmniej w stawianych przez nich teoryach, ani w zebranych przez nich faktach, ani też w wyciągniętych przez nich wnioskach. Zasługą Lombrosa jest, że badań antropologicznych nie ograniczył do czaszki i mózgu, lecz rozszerzył je na całego człowieka, wynajdując nowe punkty widzenia i zużytkowując nowe metody badań. Zasługą jego jest, że prawników i intelligencyę wszystkich stanów zainteresował dla swych badań i że także naukę prawa karnego pobudził do zajęcia się kwestyami antropologii kryminalnej, obudziwszy ją z metafizycznego snu i przypomniawszy jej, że człowieka a nie pojęcie należy karać.

Z badaniem biologicznem zbrodni musi iść ręka w rękę badanie socyologiczne. Rozumiemy przez to „naukowe zbadanie zbrodni jako szczególnego zjawiska

życia społecznego i oparte na tem wyjaśnienie społecznych warunków zbrodni". Warunki te mają na dojście do skutku czynu zbrodniczego w znacznej części wypadków wpływ o wiele większy niż indywidualność sprawcy. Nadto dają się indywidualne warunki zbrodni częściowo wprost sprowadzić do jej społecznych warunków. Nędza mas jest żyznem podłożem, na którem wschodzi nie tylko sama zbrodnia, lecz także i zwyrodnienie na podstawie dziedzicznego obciążenia, „dziedziczna degeneracya", która ze swej strony znowu prowadzi do zbrodni. Ta zależność przestępności od ekonomicznego położenia ludu jest rzeczą dawno znaną, faktami stwierdzoną i niedającą się zaprzeczyć. Wynikające ze złego położenia ekonomicznego anormalne stosunki życiowe w obrębie klas pracujących, jak niezdolność do pracy, bezrobocia zawinione i bezwinne, nizkie płace, zbyt długi czas pracy, stosunki mieszkaniowe, zupełne rozłużnienie życia rodzinnego i t. d., stanowią najpotężniejszą grupę niekorzystnie na przestępność wpływających czynników. To też rozumna polityka socyalna, skierowana świadomie i celowo na poprawę położenia klas pracujących, stanowi zarazem najlepszą i najkorzystniejszą politykę kryminalną. Zbadanie zaś wpływu tych stosunków na przestępność wogóle, jakoteż społecznych warunków pewnych szczególnych rodzajów zbrodni jest zadaniem socyologii kryminalnej, która w badaniach swoich posługuje się dwojaką metodą: systematyczną obserwacyą jednostkową i systematyczną obserwacyą masową. Tę ostatnią w jej zastosowaniu do zbrodni i kary zowiemy statystyką kryminalną, a jest ona już dzisiaj, po krótkiem oficyalnem istnieniu, uznaną podstawą i pierwszym warunkiem wszelkich kryminalno-politycznych reform, wszelkiej wogóle pracy legislatywnej w zakresie prawa karnego.

Dopiero przy pomocy wszystkich tych badań biologiczno- i socyologiczno-kryminalnych (włączając w to szczególnie ważną statystykę kryminalną) uzyskujemy

rzeczową podstawę, odpowiedni materyał naukowy, który następnie zużytkowuje — wyłącznie praktyczne cele na oku mająca — polityka kryminalna w ściślejszem znaczeniu, której zadaniem zwalczanie zbrodni przez indywidualizujące oddziaływanie na zbrodniarza. Oddziaływanie to odbywać się może za pomocą całego szeregu środków, wśród których pierwsze i naczelne miejsce zajmuje kara. Wychodząc z założenia, że kara jako funkcya społeczna ma na celu ochronę dóbr społecznych i zapobieganie naruszaniu tychże, żąda polityka kryminalna, by się kara tak pod względem rodzaju jak i miary stosowała do indywidualności zbrodniarza, którego przez wyrządzenie mu jakiegoś zła chce na przyszłość powstrzymać od popełniania dalszych zbrodni. Kara to przymus, skierowany przeciwko woli zbrodniarza. Przymus ten może być dwojaki:

a) Pośredni przymus psychologiczny czyli motywacya. Kara poddaje zbrodniarzowi brakujące mu motywa, które zdolne są przeciwdziałać popełnianiu zbrodni, istniejące zaś motywa pomnaża i wzmacnia. Przedstawia się ona jako sztuczne przystosowanie zbrodniarza do społeczeństwa i to albo

α) przez poprawę, t. j. zaszczepienie i wzmocnienie altruistycznych, społecznych motywów:

β) przez odstraszenie, t. j. zaszczepienie i wzmocnienie egoistycznych, ale w skutkach swych z altruistycznymi spływających się motywów.

b) Bezpośredni mechaniczny przymus czyli gwałt. Kara jest sekwestracyą zbrodniarza; przemijającem lub trwałem unieszkodliwieniem, wypchnięciem ze społeczeństwa lub też internowaniem pośród niego. Jest to jakby sztuczny dobór społecznie niezdatnego indywiduum. „Natura — jak powiada Ihering — rzuca tego, kto przeciwko niej wykroczył, na łóżko, państwo rzuca go do więzienia“.

Poprawa, odstraszenie, unieszkodliwienie — oto są zatem bezpośrednie skutki kary, przy pomocy których wykonywa ona ochronę dóbr prawnych. Rzecz

oczywista, że w poszczególnym przypadku te trzy skutki względnie cele kary wzajemnie się wykluczają: że kara tak pod względem rodzaju jak i wymiaru musi być dostosowana do tego celu, którego osiągnięcie w danym przypadku jest konieczne albo możliwe. Wogólności tedy stosując karę, będziemy się zawsze starali o:

1) poprawę zdolnych do poprawy i potrzebujących poprawy zbrodniarzy,

2) odstraszenie nie potrzebujących poprawy zbrodniarzy,

3) unieszkodliwienie niezdolnych do poprawy zbrodniarzy.

Pomijam zupełnie trzecią grupę, jako nieobjętą przedmiotem niniejszej rozprawy. Odnośnie do drugiej wspomnę tylko pokrótce, że należy tu wielka liczba tych, których nazywamy przestępcami okolicznościowymi: t. j. tych wszystkich, dla których czyn popełniony jest tylko epizodem, przeważnie przez zewnętrzne wpływy spowodowanem potknięciem, u których przeto niebezpieczeństwo powtórzenia popełnionego czynu karygodnego jest minimalne, a zatem i systematyczna poprawa zupełnie bezcelowa. Tu ma kara jedynie przywrócić naruszony autorytet przekroczonej ustawy; ma ona być odstraszeniem, pewnego rodzaju dosadnem przypomnieniem, „pamiątką“ dla samozachowawczego instynktu przestępcy. Tu jeszcze najmniej potrzeba specyalnych kryminalno-politycznych urządzeń, wystarczą na ogół — po wprowadzeniu warunkowego wykonania kary i warunkowego wypuszczenia — kary zagrożone dzisiejszą ustawą względnie projektem. Tem gwałtowniej natomiast domaga się reformy dzisiejszy sposób wykonania kary. Jak silnie odczuwaną jest jego niedostateczność, świadczy fakt, że cały ruch reformowy rozpoczął się walką przeciwko opanowującej dzisiejszy nasz wymiar sprawiedliwości krótkoczasowej karze ścieśnienia wolności, która w dzisiejszym sposobie zastosowania ani nie poprawia, ani

nie odstrasza, ani nie unieszkodliwia, za to jednak często nowicyusza już na stałe spycha na drogę zbrodni. Odpowiednia, w duchu nowożytnym przeprowadzona reforma wykonania kary (w szczegóły nie wchodzę, gdyż za daleko by nas to doprowadziło) byłaby zarazem częściowem rozwiązaniem kwestyi poprawy zdolnych do poprawy i potrzebujących jej przestępców, ale tylko w odniesieniu do dorosłych, gdyż zupełnie odmiennego i odrębnego traktowania domaga się kwestya, obejmująca olbrzymią większość członków tej grupy, najbardziej może piekąca ze wszystkich kwestyi kryminalno-politycznych, kwestya młodocianych przestępców.

ROZDZIAŁ I.

Ustawodawstwo zagraniczne.

1. Pogląd ogólny.

Kwestya to nie nowa. Augsburskie prawo miejskie z r. 1276. postanawia: „Was Kinder tun, die ze Iren tagen nit komen sind, das soll ir vater richten und nieman anders unz hinze 15 Jaren: ist aber sin vater tod, so soll es der nechst Pfleger richten und hat weder vogt noch nieman damit ze schaffen nit, wenn das Kind dennoch ze sinen Tagen nit komen ist“. Już wtedy rozumiano tę wielką prawdę, że dziecko przedewszystkiem na obywatela wychować potrzeba, a zanim wychowania nie ukończono, ojciec względnie opiekun, który wychowaniem kieruje, w razie potrzeby także i karać je powinien, zaś władza państwowa, skoro do wychowania się nie miesza, także i karanie dziecka, jak długo ono nie dojrzało, jak długo praw swoich i obowiązków nie jest świadome, jak długo dla porządku prawnego należytego zrozumienia nie ma ani mieć nie może, wyłącznie ojcu względnie opiekunowi zostawić powinna. Potem nastały inne czasy. Zabrakło ojców, którzyby sądzili i opiekunów, którzyby ich zastępowali. Władza państwowa, która sądziła się wszech-

mocną, zaczęła opiekuńcze swe skrzydła także i nad niesfornemi dziećmi roztaczać. W tym kierunku poszedł rozwój prawny i rozwój ustawodawstwa. Zamiast rozszerzyć władzę opiekuńczą, zdano się w zupełności na potęgę kodeksu karnego. A im bardziej komplikowało się życie społeczne, im bardziej pogarszały się stosunki ekonomiczne, im cięższe stawały się warunki życiowe klas pracujących, im bardziej mnożyły się pobudki i sposobności do zbrodni, tem głośniej reklamowano i tem gorliwiej aplikowano więzienie jako jedyne i wyłączne lekarstwo na wszystkie choroby społeczne, a już jako niezawodne specificum na coraz bardziej rosnącą przestępność. I zapełniały się szybko więzienia, budowano wciąż nowe i nowe, zamykano na długo, zamykano na krótko, zamykano razem, zamykano osobno, powstawały coraz inne systemy zamykania, próbowano wszystkich, a każda próba kosztowała miliony — a tymczasem, jak gdyby pociągane perspektywą ukończenia państwowej akademii zbrodni (była to i jest po dziś dzień dla proletaryatu bądź co bądź najtańsza szkoła), rosły zastępy zbrodniarzy, a wśród nich coraz więcej było dzieci i niedorostków. Z czasem wytworzyło się błędne koło, którego winę ponosi przedewszystkiem anormalny układ społeczny. Skoro ojciec rodziny przez dzień cały pracuje w fabryce lub w innem zajęciu a równocześnie matka, zmuszona ekonomicznem położeniem rodziny, również szuka pracy poza domem, to nieuniknionem tego następstwem jest moralne, duchowe i fizyczne zaniedbanie podrastających dzieci. Dzieci takie opuszczone i same sobie pozostawione, często gęsto głodem i chłodem przymierające, wszelkich hamulców etycznych pozbawione, których od zetknięcia się z zawodowymi przestępcami nikt i nic nie chroni, których dziecinne oczy dzięki stosunkom mieszkaniowym proletaryatu, od najmłodszych lat na najgorsze brudy i męty życia patrzeć muszą, wcześnie wchodzą w kolizyę z kodeksem karnym. Ileż to dzieci z tych sfer

dzięki rozbiciu życia rodzinnego wogóle wychowania rodzinnego, które ma dać podstawę całemu przyszłemu życiu, nie zaznało, a z jaką szkodą dla siebie świadczy znany fakt, że dzieci nieślubne, sieroty bez obojga lub jednego z rodziców i dzieci rozwiedzionych lub nieżyjących z sobą rodziców, dostarczają największego kontyngentu przestępców. Wszystkie zaś one z chwilą, kiedy po raz pierwszy przestąpiły próg więzienny, są dla społeczeństwa — z małymi wyjątkami — na zawsze stracone. Bo czem są nasze więzienia, zwłaszcza mniejsze, z któremi młodociany przestępca na początek, po pierwszem przekroczeniu, znajomość zawiera — wiadomo już dzisiaj każdemu. „Verführungspepinieren“ nazwał je Arnim w r. 1803 — w odniesieniu do niemieckich, ale austryackie chyba tylko gorsze być mogą — a od tego czasu nic się prawie nie zmieniło. Oto co o nich mówi tajny radca Krohne, dyrektor więzienia berlińskiego, a więc człowiek chyba najbardziej fachowy, na kongresie Związku niemieckich urzędników więziennych we Wiedniu w r. 1885.: „Przedewszystkiem podniesiono w obradach komisyi wszystkie te długoletnie i z najrozmaitszych stron dochodzące skargi o niedostatecznem wykonaniu kary w małych więzieniach. Zwrócono uwagę na to, że o poważnej, jakieś trwałe wrażenie robiącej karze w małych więzieniach ani mowy niema, że kara w tych więzieniach zamiast przez poprawę albo odstraszenie od nowych zbrodni powstrzymać, najczęściej do nowych zbrodni wychowuje; że zamiast wpoić respekt przed prawem karnem lub przed karzącą sprawiedliwością, jeszcze ją w oczach przestępców poniża, by już ostrzejszego wyrazu nie użyć. Stwierdzono, że wszelkie ulepszenia dokonywane w wielkich więzieniach, do których się już gotowego zbrodniarza odstawia, są bezużyteczne, jak długo zbrodniarz początkujący swoją pierwszą, najczęściej krótką karę w małych więzieniach odsiaduje. Z tych powodów byłoby rzeczą najsłuszniejszą wszystkimi do dyspozycyi stoją-

cymi środkami nastawać na zupełne zniesienie małych więzień, przynajmniej jako więzień karnych, gdyż nawet w razie zupełnego ich przekształcenia usunięto by co najwyżej najjaskrawsze i najbardziej w oczy bijące braki, gdy tymczasem planowe i skuteczne wykonanie kary w więzieniach tych nigdy nie byłoby możliwe".

Nie trzeba chyba lepszego świadectwa na dowód, że wcale nie są przesadne te głosy, które areszta i więzienia pomniejsze zowią wylęgarniami zbrodni i które zarzucają państwu, że zapełniając areszta i więzienia za byle co dziećmi i niedorostkami, samo wychowuje armię zawodowych zbrodniarzy, przyszłą plagę społeczeństwa, a stałych lokatorów wielkich zakładów karnych. Te masy dzieci i niedorostków, przestąpiwszy raz próg, więzienia skazane są bezpowrotnie na zgubę. W wesołem towarzystwie do gruntu zepsutych i zdemoralizowanych starszych współwięźniów, często zawodowych zbrodniarzy, gdyż i tym przytrafia się nieraz za drobne jakieś przewinienie odsiadywać karę w areszcie czy mniejszem więzieniu, zatracają nowicyusze resztki wstydu i poczucia moralnego, wyzbywają się tej jakiejś instynktownej trwogi i obawy, która dziecko przed więzieniem napełnia, nabywają wyższego wykształcenia w kunszcie złodziejskim, a gdy w dodatku po wyjściu z więzienia, odepchnięci przez rodzinę, wzgardzeni przez otoczenie, pozbawieni zarobku, którego im wtedy nikt nie udzieli, znajdą się na bruku, bez środków do życia i bez nadziei powrotu do dawnych stosunków, na czem im zresztą często wcale już nie zależy — wówczas los ich jest już przypieczętowany, dalsza karyera — zawodowych zbrodniarzy — zadecydowana. Tak tedy stają się te masy młodocianych przestępców niewyczerpanym rezerwoarem, z którego ciągłą, nieprzerwaną strugą przelewają się całe zastępy młodych, najczęściej tylko nieszczęśliwych, ludzi w bagno występku i zbrodni: z tego niewysychającego nigdy źródła zasila się bezustannie armia

zbrodniarzy, będąca prawdziwą plagą nowożytnych społeczeństw: tak się marnuje drogocenny materyał ludzki, który zamiast pomnażać produkcyjne siły społeczeństwa, stale je umniejsza, zmuszając społeczeństwa do bezustannej, a w tych warunkach beznadziejnej walki, narażającej i tak przeciążone budżety państwowe na olbrzymie, zupełnie bezużyteczne i nieproduktywne wydatki.

Długi czas trwał ten stan bez żadnej zmiany. Aż dopiero, gdy w latach 70-tych u. w. (w Anglii jak zobaczymy o wiele wcześniej) pod wpływem wymienionych na wstępie czynników rozpoczął się żywy ruch reformatorski pod hasłem polityki kryminalnej, zwrócono także uwagę na kwestyę młodocianych przestępców, a do kwestyi tej zabrano się z takim zapałem i z taką energią, że z jednej strony wysunęła się ona na czoło całego ruchu, jednając mu gorące sympatye w najszerszych sferach, z drugiej strony zainteresowano nią czynniki prawodawcze i rządy wszystkich prawie państw — i to w takim stopniu, że w przeciągu niedługiego stosunkowo czasu, kwestya ta — jedyna z szeregu zagadnień kryminalno-politycznych — wszędzie prawie doczekała się ustawowego uregulowania. Ale bo też nie próżnowano. Poruszono niebo i ziemię. Literatura tej kwestyi stanowi dziś już sporą bibliotekę, urosła ona w przeciągu tych kilku dziesięcioleci tak, że się w niej rozejrzeć trudno. Międzynarodowy Związek kryminalistyczny poświęcił jej kilka swoich kongresów, członkowie Związku, szczególnie zaś prof. Liszt, który był niezmordowanym apostołem tej sprawy, omawiali ją w niezliczonej ilości dzieł, rozpraw i wykładów, zajął się nią Niemiecki Zjazd prawników (Deutscher Juristentag 1904), nie było w całej Europie kongresu prawniczego, pedagogicznego, filantropijnego, któryby się sprawą tą nie zajmował, nawet w Austryi odbył się — swoją drogą trochę późno, bo dopiero w r. 1907. — specyalny kongres dla ochrony dzieci pod przewodnictwem byłego Ministra handlu Baernreuthera, powitany oficyalnie w imieniu

Rządu austr. przez ówczesnego Ministra sprawiedliwości Fr. Kleina, który zresztą w chwili, gdy otwierał kongres ten, pracował już nad projektem ustawy o młodocianych przestępcach. Potężniej jednak niż wszystkie te kongresy, zjazdy, wykłady, dzieła, broszury i artykuły, niż cały ten hałaśliwy i gwarny aparat, podziałał żywy przykład Anglii i Stanów Zjednoczonych Ameryki. Państwa te trapione również plagą wzrastającej coraz bardziej przestępności i straszliwym pauperyzmem, zrozumiały najwcześniej związek między jednem a drugiem zjawiskiem, że tylko wtedy wyschnie rzeka, gdy się zatamuje źródło. Uświadomiwszy sobie w całej pełni społeczne znaczenie kwestyi zaniedbanej i przestępnej młodzieży, zabrały się z właściwą rasie anglosaskiej przedsiębiorczością a bez krzyku i hałasu do dzieła reformy i osiągnęły w przeciągu krótkiego czasu rezultaty, które rozentuzyazmowały całą Europę i stały się potężnym bodźcem do przyspieszenia tych reform na europejskim kontynencie.

Reforma rozpoczęła się pod hasłem rzuconem przez Amerykę: „Lepiej wychowywać dzieci, niż karać zbrodniarzy". Przy obraniu tego punktu wyjścia cały kierunek dokonać się mających reform sam się narzucał. Chodziło przedewszystkiem o to, by się państwo wczas zajęło wychowaniem dzieci opuszczonych i zaniedbanych, chroniąc w ten sposób przed niebezpieczeństwem kolizyi z kodeksem karnym całe legiony dzieci, któreby w przeciwnym razie prędzej czy później musiały wpaść w ramiona występku: dalej o to, by dzieci, które już się jakiegoś przestępstwa dopuściły, o ile możności, o ile tylko natura przestępstwa i charakter przestępcy na to pozwalają, uchronić przed karą t. j. od bezpośredniego zetknięcia się z atmosferą zbrodni; dalej o to, by w wypadkach w których kara wykonana być musi, miała ona na celu wyłącznie cel poprawczy — i by wykonanie jej w ten sposób zostało urządzone, żeby przez karę tę

przestępca nie tylko żadnej szkody moralnej nie poniósł, lecz przeciwnie o ile możności zupełnie przez nią poprawiony został; a wreszcie o to, by młodocianego przestępcę po wykonaniu kary nie pozostawić własnemu losowi, lecz by się nim państwo — o ile to w danym wypadku potrzebne — zajęło, wedle okoliczności albo oddając go jeszcze na wychowanie do Zakładu wychowawczego, albo też dostarczając mu w razie potrzeby odpowiedniego zarobku.

Oto suchy schemat reform mających rozwiązać kwestyę młodocianych przestępców. Dadzą się one ująć w następujące charakterystyczne formułki:

1) Państwowe wzgl. przez państwo dozorowane wychowanie moralnie zaniedbanych i — częściowo — przestępnych dzieci i młodocianych; 2) zmiana systemu kar; 3) reforma wykonania kary; 4) opieka nad wypuszczonymi więźniami. Jak widać nie są to same reformy karno-prawne, lecz zarazem socyalno-polityczne i filantropijne. Komplikowało to ogromnie sprawę, czyniąc ją w praktycznem przeprowadzeniu zawisłą od całego szeregu zupełnie odmiennych czynników. To też reformy te, choć na pozór tak proste i mimo wszystkich sprzyjających okoliczności, z trudem tylko torowały i torują sobie drogę i tylko krok za krokiem wdzierają się do ustawodawstw poszczególnych państw. Wszyscy wprawdzie zgadzają się na to, że reformy są koniecznie potrzebne, ale do zgody co do ich treści jeszcze daleko. Odnosi się to szczególnie do reform karno-prawnych, co do których zwłaszcza o ile chodzi o pewne instytucye pochodzenia anglo-amerykańskiego, mające charakter wyłącznie celowy i wolne zupełnie od idei odwetu — toczy się zawzięta walka między zwolennikami nowej i starej szkoły. Prof. Liszt spisał już tomy w obronie warunkowego darowania kary i nieoznaczonych wyroków (wzgl. oznaczonych tylko najdłuższym i najkrótszym czasem trwania), doczekał się przyjęcia pierwszej z tych instytucyi do całego szeregu ustawodawstw, ale z pewnością jeszcze

żadnego ze swych kolegów ze starej szkoły nie przekonał. Nic przeto dziwnego, że w każdem państwie, zależnie od przewagi zwolenników jednej lub drugiej szkoły i naturalnie całego szeregu innych jeszcze czynników, reformy te inaczej wypadły. To też w szczegółach ustawodawstwa poszczególnych państw ogromne wykazują różnice, o czem nas najlepiej opuczy przegląd najważniejszych z pośród nich.

(C. d. n.).

Studya nad istotą osoby prawniczej.

Napisał

Dr. Roman Longchamps.

(Ciąg dalszy.)

5. Uczonym, który z całą energią pojęcie interesu do definicyi prawa podmiotowego wprowadził, był Ihering. Jego definicya brzmi: Rechte sind rechtlich geschützte Interessen. (Geist des röm. Rechts III. § 60, 61, Zweck im Recht I. str. 443 nast., II. str. 212. Tak samo Gareis, Encyklopädie u. Methodologie der R. wissenschaft, wyd. 2, str. 16). Definicya Iheringa zawiera myśl słuszną, że istotnym elementem prawa podmiotowego nie jest władztwo lecz subjektywnie korzystne położenie uprawnionego. Jednak w dwóch kierunkach definicya nasza różni się od definicyi Iheringa.

Przedewszystkiem zdaniem naszem prawo nie jest, jak sądzi Ihering, chronionym interesem, lecz chronioną możliwością zaspokojenia interesu [1]). Interes, jak powiedzieliśmy wyżej, jest to stosunek pewnej istoty do świata zewnętrznego polegający na tem, że ta istota ze względu na cel, do którego dąży, czegoś od świata zewnętrznego potrzebuje, a ta potrzeba może być zaspokojona. Człowiek głodny chce i potrzebuje zjeść; ten, kto drugiemu pożyczył pieniędzy, potrzebuje ich

[1]) Por. definicyę Regelsbergera, Pand. § 14: die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses, oraz Lehmann u Stobbego l. c., str. 53.

zwrotu; mąż potrzebuje różnych świadczeń od żony: dzieci potrzebują opieki i utrzymania od rodziców i t. p. To są interesy. Te interesy istnieją tak samo wtedy, gdy ktoś ma prawo je zaspokoić, jak i wtedy, gdy tego prawa nie ma; innemi słowy sam interes nie zostaje przez prawo dotknięty, bo on polega w czysto faktycznym stosunku pewnej istoty do świata zewnętrznego. Natomiast dotknięte i zmienione przez prawo ze względu właśnie na ten interes zostaje coś innego, a mianowicie: możliwość zaspokojenia tego interesu. Możliwość zaspokojenia interesu jest to stan, w jakim się podmiot interesów, ze względu na swoje interesa znajduje i polega w tem, że istnieją pewne dobra, które na zaspokojenie jego interesów mogą być użyte, oraz istnieje sposób użycia ich w tym celu: głodny może zjeść kawałek chleba, wierzyciel może dostać od dłużnika świadczenie, żona może świadczyć mężowi powinność małżeńską i t. p. I ta możliwość zaspokojenia interesu, podobnie jak sam interes, nie bywa dopiero stworzona przez porządek prawny, lecz istnieje faktycznie, a dana jest już z powstaniem interesu. Ale porządek prawny tę możliwość czyni bez porównania pełniejszą, bo usuwa przeszkody, jakie mogą stawiać urzeczywistnieniu tej możliwości inni członkowie społeczeństwa. Mówimy więc, że porządek prawny chroni możliwość zaspokojenia pewnego interesu dla podmiotu tego interesu istniejącą.

Druga różnica, jaka istnieje między naszą definicyą a definicyą Iheringa, odnosi się do momentu woli w prawie podmiotowem. Ihering w swej walce z teoryą, która w prawie podmiotowem władztwo woli upatruje, postąpił zbyt radykalnie i moment woli całkiem z definicyi prawa podmiotowego usunął. Skutkiem tego jednak definicya jego stała się za szeroką, gdyż ochronę interesów może porządek prawny przeprowadzić także w innej formie niż zapomocą praw podmiotowych, jak to słusznie podnoszą: Binder (l. c. str. 36), Michaud (l. c. str. 103), Saleilles (l. c. str. 539)

i inni. Także i w prawie karnem i administracyjnem mamy prawnie chronione interesy a przecież z reguły nie użyto tu formy praw podmiotowych. Istotną cechą praw podmiotowych, w odróżnieniu od innych sposobów ochrony interesów przez prawo, jest, że chroniona przez porządek prawny możliwość zaspokojenia pewnego interesu pozostawiona jest samemu interesowanemu do zrealizowania (Regelsberger, Pand. str. 76). Przy prawie podmiotowem sam interesowany autonomicznie zaspokaja pod ochroną prawa przedmiotowego swój interes. Porządek prawny uważa bowiem ów interes za indywidualny interes uprawnionego a jego zaspokojenie za tegoż prywatną sprawę, chociażby nawet zaspokojenie tego interesu było także pożądane dla ogółu i chociażby korzyść z zaspokojenia tego interesu miała przypaść komu innemu niż interesowanemu. Zaspokojenie tego interesu pod ochroną prawa następuje więc nie na skutek woli ogółu, z punktu widzenia interesów ogółu powziętej, jak to ma miejsce z reguły w prawie administracyjnem lub karnem, lecz na skutek woli indywidualnej, powziętej z punktu widzenia interesów uprawnionego indywiduum, a więc bądź własnej woli uprawnionego, bądź woli jego prawnie upoważnionego zastępcy [1]).

W wypadkach, gdzie o zaspokojeniu interesu pod ochroną prawa decyduje psychologicznie własna wola uprawnionego, a więc o ile chodzi o prawa podmiotowe ludzi własnowolnych, uprawniony ma niewątpliwie władztwo prawne w obec innych ludzi t. j. możność przeprowadzenia swej woli wbrew woli innych, co Ihering również niesłusznie zapoznaje. Wada definicyj, które określają prawo podmiotowe jako władztwo woli, Willensmacht, nie leży w tem, że one się

[1]) O konieczności uwzględnienia momentu woli w prawie podmiotowem p. Bernatzik l. c. § 12, str. 260, Saleilles, De la personnalité juridique, 1910, str. 536 i Michaud, La theorie de la personnalité morale, 1906. I., str. 102.

w prawie podmiotowem władztwa dopatrują, lecz w tem, że one to władztwo widzą w niem wyłącznie i zawsze, podczas gdy w rzeczywistości prócz władztwa jest w prawie podmiotowem jeszcze coś więcej, mianowicie materyalna możliwość zaspokojenia pewnego interesu a nadto władztwo nie zawsze jest z prawem podmiotowem połączone: niema go wtedy, gdy o zaspokojeniu interesu pod ochroną prawa decyduje nie wola uprawnionego samego lecz jego zastępcy, a przynajmniej ustawowego zastępcy. O tem jeszcze będzie mowa niżej.

6. Uzupełnienie definicyi Iheringa, przez wprowadzenie do niej momentu woli zawierają także definicye prawa podmiotowego Bernatzika i Michaud'a. Bernatzik (Krit. Studien über den Begriff der jurist. Person w Archiv f. öffentl. Recht, V., 1890., str. 263) określa prawo podmiotowe jako „ludzki interes, którego urzeczywistnienie zapewnione jest przez wolność woli" albo „ludzki cel, dla zrealizowania którego porządek prawny uznaje możliwość władztwa woli, łącząc z niem prawne skutki bez względu na to, od kogo ta wola pochodzi". Michaud (Theorie de la personnalité morale 1906, str. 105) określa podobnie prawo jako „interes człowieka lub grupy ludzi, prawnie chroniony zapomocą władztwa przyznanego woli, powołanej do jego reprezentowania i chronienia".

Podobnie także określał prawo podmiotowe Jellinek w pierwszem wydaniu swego: System der subjectiven öffentl. Rechte, 1892, str. 42, jednak później ją porzucił i w drugiem wydaniu tegoż dzieła (1905) umieszcza definicyę, o której była mowa wyżej pod 1.

Definicye te, jakkolwiek wykazują one niewątpliwie postęp w obec definicyi Iheringa, trafia jednak tensam zarzut, jaki podnieśliśmy przeciw Iheringowi a mianowicie, że prawo nie jest interesem lecz jedynie możliwością zaspokojenia interesu. Interes jest czemś co leży poza prawem, jest przedmiotem uprawnienia, nie należy go więc mięszać z samem prawem (Saleilles, l. c. str. 536 i 540).

Natomiast bardzo zbliżoną do definicyi, przez nas postawionej, jest definicya prawa podmiotowego Saleilles'a, który je określa jako możność, moc, oddaną na usługi interesów o charakterze socyalnym i wykonywaną za pośrednictwem woli autonomicznej (un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome. De la personnalité juridique, 1910, str. 545).

Pozornie wydawałoby się, że definicya ta należy do szeregu definicyj, określających prawo jako pewnego rodzaju władztwo woli, gdyż wyraz „pouvoir" odpowiada zwykle wyrazom: „Willensmacht, Macht, Gewalt, władztwo, moc, władza, władztwo woli". Jednak Saleilles wyraźnie zaznacza, że jego „pouvoir" nie jest identyczne z niemiecką „Willensmacht" czyli z władztwem we właściwem znaczeniu (l. c. str. 542). Jego „pouvoir" oznacza raczej możność i zbliża się do tego, co my nazwaliśmy prawnie chronioną możliwością (zaspokojenia swego interesu), gdyż zdaniem jego „pouvoir" może służyć komuś, kto woli nie posiada i być wykonywanem przez drugiego, władztwo woli zaś może mieć tylko ten, kto ma wolę. Wskutek takiego pojmowania istoty tego „pouvoir" różni się definicya Saleilles'a stanowczo od definicyi teoryi władztwa woli (Windscheida, Höldera, Jellinka i innych) a zbliża się do naszej. Sądzimy jednak, że zawsze lepiej jest unikać w definicyi takich wyrazów, których znaczenie jest chwiejne, w życiu codziennem nieustalone i wielorakie. Do takich wyrazów należą niewątpliwie wyrazy jak władztwo, moc, możność, Gewalt, Macht, Willensmacht i pouvoir. Wszystkie te wyrazy mają znaczenie pokrewne i w życiu codziennem bywają z reguły używane na oznaczenie stanów, mających pewną łączność z wolą tych, do których je odnosimy. W nauce zaś, a to zwłaszcza dzięki filozofii i nauce prawa niemieckiej zostały one tak silnie związane z pojęciem woli, że użyte inaczej, mogą prowadzić do nieporozumień. Dlatego w naszej definicyi unikamy nawet słowa „możność",

które niewątpliwie jest słabsze niż „moc, władztwo", ale zawsze pewien pierwiastek woli podmiotu, będącego „w możności" zawiera.

A dalej zatrzymanie w terminologii prawniczej niemieckiego pojęcia mocy, władztwa w znaczeniu władztwa woli, ma tę zaletę, że pozwala nam wyrazić należycie różnicę między prawnem stanowiskiem tego podmiotu prawa, który je sam wykonuje (własnowolnego) a stanowiskiem tego, kto je wykonuje przez zastępcę (niewłasnowolnego). Mówimy mianowicie, że pierwszy ma władztwo (t. j. władztwo woli), drugi zaś nie (t. j. ma tylko możliwość zaspokojenia swego interesu, ale sam nią nie włada, lecz włada nią jego zastępca). Tak samo nie ma uprawniony władztwa wtedy, gdy n. p. śpi, ale prawo wtedy ma tak samo, jak na jawie, bo i wtedy możliwość zaspokojenia jego interesu istnieje i jest prawnie chroniona.

Definicya Saleilles'a, określając prawo jako pewnego rodzaju „pouvoir" i nie podając podstaw tego „pouvoir", nie odróżnia go też dostatecznie od innych rodzajów możności n. p. od możności faktycznej, opartej na sile fizycznej. Skutkiem tego pod tę definicyę podpada także stan, w którym znajduje się n. p. złodziej w stosunku do skradzionej rzeczy, gdyż i on ma „un pouvoir, mis au service d'interêts de caractère social et exercé par une volonté autonome"! A przecież on nie ma prawa na tej rzeczy.

Natomiast bardzo słusznie podnosi definicya Saleilles'a, że wykonywanie prawa następuje na skutek woli autonomicznej t. j. woli powziętej z punktu widzenia interesów uprawnionego a nie interesów ogółu. Jednak z podanych wyżej powodów woleliśmy w naszej definicyi wymienić wprost źródło, z którego pochodzi wola decydująca o wykonaniu prawa, gdyż wobec niedoskonałości naszego systemu prawnego, jak wogóle dzieł ludzkich, skuteczność prawna musi być przyznana każdej woli, z powyższego źródła pochodzącej, chociażby ona w danym wypadku nie była po-

wzięta z punktu widzenia interesów uprawnionego a więc nie była jego „wolą autonomiczną“ w ścisłem znaczeniu.

Wypada nam jeszcze zająć stanowisko wobec definicyj, które tem się zbliżają do naszej, że przez prawo podmiotowe rozumieją także pewne korzystne stanowisko, położenie pewnej istoty, wytworzone prawem przedmiotowem. Mamy na myśli definicyę Leonharda i Pinińskiego.

Leonhard określa prawo podmiotowe jako: „położenie pewnej istoty, dla której przez możliwość wykonalnego przymusu prawnie zagwarantowane jest swobodne przedsiębranie czynności lub spełnienie się oczekiwanego świadczenia (Ein Beitrag zur allg. Zivilrechtslehre, Grünhuts Zschft. X., str. 27).

O ile Leonhard upatruję istotę prawa podmiotowego w wytworzonem przez prawo przedmiotowe, korzystnem stanowisku pewnej istoty, o tyle zgadzamy się z nim w zupełności. Jednak nie możemy zgodzić się z jego twierdzeniem, że prawo podmiotowe jest to położenie, w którem zagwarantowane jest komuś swobodne wykonanie czynności lub spełnienie się pewnego świadczenia, gdyż porządek prawny nie daje żadnej gwarancyi, że świadczenie będzie dopełnione: jeżeli mi dłużnik nie płaci, bo nie ma z czego płacić i już egzekucya okazała się bezowocną, to nie mogę udać się do państwa i żądać na podstawie jakiejś „gwarancyi“ wypłacenia mi odszkodowania. Dalej nie występuje dość wyraźnie w tej definicyi właściwy prawu podmiotowemu czynnik woli, zaznaczony tylko słabo w słowach: „swobodnego (ungestört) działania“ i „oczekiwanego świadczenia“. Wreszcie sądzimy, że użyty przez nas zwrot „możliwość zaspokojenia oznaczonego interesu“ maluje lepiej rzecz, o którą w prawie podmiotowem chodzi, i obejmuje więcej, niż zwrot: działanie lub spełnienie się świadczenia, bo obejmuje wogóle wszelkie sposoby, jakimi czyjś interes zaspokojony być może, a które nieraz trudno podciągnąć pod pojęcie działania

lub świadczenia. (N. p. servitus altius non tollendi! Gdzie tu działanie albo świadczenie? Chyba że świadczeniem nazwiemy samo zaniechanie).

Krótszą i właściwszą definicyę prawa utrudniało Leonhard'owi niewłaściwe pojęcie interesu. Interesem nazywa on albo 1) to, czego ktoś sobie życzy, na czem komuś zależy, albo 2) to, co mu służy do jego dobra. Pierwsze określa jako Wunsch, życzenie, interes podmiotowy, drugie jako korzyść, Vorteil, interes przedmiotowy, a ponieważ oba te pojęcia leżą poza prawem, przeto eliminuje też z definicyi prawa pojęcie interesu. Tymczasem w ścisłem znaczeniu ani jedno ani drugie nie jest interesem, lecz jest nim tylko stosunek człowieka lub innej istoty do świata zewnętrznego, polegający w tem, że ona od świata czegoś potrzebuje, a ta potrzeba może być zaspokojona.

Piniński określa prawo podmiotowe jako: „zapewniony jednostce zakres swobodnego działania, dążący do celu, który prawo przedmiotowe uznaje za uzasadniony" (O pojęciu i granicach prawa własności, 1901, str. 5)[1]). Jeżeli dobrze myśl autora rozumiemy, upatruje i on istotę prawa podmiotowego w wytworzonem przez prawo przedmiotowe korzystnem stanowisku jednostki ze względu na jej interesy. Określenie jednak tego stanowiska jako zakres swobodnego działania w pewnym celu jest pod pewnym względem za ciasne a pod innym za szerokie. Jest za ciasne, gdyż są prawa, których wykonywanie nie wymaga żadnego działania n. p. służebności in non faciendo. Jest jednak i za szerokie, bo i zakres działania urzędnika państwowego lub ustawowego zastępcy jest „zapewnionym jednostce zakresem swobodnego działania, dążącym do celu, który prawo podmiotowe uznaje za uzasadnio-

[1]) W niemieckiem wydaniu powyższej rozprawy p. t. Begriff und Grenzen des Eigenthumsrechts, Wien 1902, określa Piniński prawo podmiotowe jako „der, einer Person von der Rechtsordnung zugestandene und mit Rücksicht auf seinen Zweck gebilligte Willensbereich".

ny" a przecież nie jest prawem podmiotowem tego urzędnika lub zastępcy. Wreszcie definicya Pinińskiego nie wypowiada, w jaki sposób ten swobodny zakres działania jest jednostce zapewniony. Wszak i siła fizyczna zapewnia także temu, kto nią rozporządza, duży zakres swobodnego działania, a przecież czysto faktyczny stosunek władztwa opartego na sile fizycznej nie jest jeszcze prawem. Żaden z tych zarzutów naszej definicyi nie trafia, gdyż powiadamy w niej, że prawem jest nie tylko zapewniona jednostce możliwość działania, ale wogóle każda możliwość zaspokojenia interesu, choćby bez żadnego działania, że jednak chodzi zawsze tylko o zaspokojenie swojego interesu i za wolą, z punktu widzenia swoich interesów przez siebie lub drugiego powziętą, a nie o zaspokojenie interesów cudzych t. j. innej jednostki lub ogółu i za wolą z punktu widzenia cudzych interesów powziętą, jak to ma miejsce przy wykonywaniu urzędu lub ustawowego zastępstwa, a wreszcie, że możliwość tę zapewnia jednostce ochrona ze strony porządku prawnego a nie jakaś inna siła [1]).

7. Podobnie jak Ihering, odróżniamy w prawie podmiotowem dwa elementy, materyalny i formalny, oba jednak pojmujemy nieco inaczej niż Ihering.

Element materyalny prawa podmiotowego stanowi możliwość zaspokojenia swego oznaczonego interesu za wolą swoją lub swego prawnie uznanego zastępcy. Tego elementu porządek prawny nie stwarza,

[1]) Zbliżona do omawianych wyżej jest też definicya Kohlera, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts 1904, § 44: das subjective Recht ist die besondere Beziehung eines Rechtssubjectes zu einem bestimmten Inhalt an Lebensgütern in der Art, dass die übrigen Rechtssubjecte mehr oder minder von diesem Kreis ausgeschlossen sind und dieser Kreis dem einen Rechtssubject vorbehalten bleibt. Dernburg, Pand I. wyd. 5, § 39 określa prawo podmiotowe jako „udział w dobrach życiowych, jaki przypada osobie w społeczeństwie ludzkiem" („Anteil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt").

gdyż możliwość zaspokojenia pewnego interesu istnieje faktycznie niezależnie od prawa. Ale porządek prawny tę faktyczną możliwość odpowiednio niejako modeluje i podnosi do godności elementu prawnego, nadając jej prawną ochronę. Mianowicie porządek prawny usuwa te wszystkie przeszkody w urzeczywistnieniu tej możliwości, które stanowić może sprzeczne z interesem uprawnionego zachowanie się osób trzecich. Mianowicie porządek prawny daje uprawnionemu środki wpływania na to zachowanie się w kierunku korzystnym dla urzeczywistnienia możliwości zaspokojenia jego interesu a więc, o ile zachowanie się to jest wynikiem sprzecznej z interesem uprawnionego woli osób trzecich, środki zniweczenia tej woli, przyczem zaznaczyć należy, że przez tę wolę osób trzecich, która zaspokojeniu interesu uprawnionego może przeszkadzać, rozumiemy tak wolę tych wszystkich, którzyby jego czynności, do zaspokojenia interesu wiodącej, mogli przeszkadzać, jak i wolę oznaczonej jednostki (zobowiązanego), którąby swoją czynnością mogła interes wierzyciela zaspokoić, a nie chce. Na tem odróżnieniu polega znany podział praw podmiotowych na bezwzględne i względne.

Przez powyższą ochronę faktyczna możliwość zaspokojenia interesu zmienia się, staje się bowiem pełniejszą, jej wartość się podnosi, gdyż zmniejsza się ilość przeszkód, mogących spełnieniu się tej możliwości stanąć w drodze. To co było tylko stanem faktycznym, zmienia się w stan prawny i stanowi materyalny element prawa podmiotowego.

Mimo tej ochrony jednak, możliwość zaspokojenia pewnego interesu nie przestaje być nadal tylko możliwością i nie staje się pewnością zaspokojenia interesu, gdyż zawsze jeszcze może się stać coś takiego, co zaspokojenie interesu udaremni. Oprócz bowiem woli samego uprawnionego, który może nie zechce z powyższej możliwości korzystać, jest jeszcze szereg ewentualności, którym porządek prawny zapobiedz nie

zdoła, a które do zaspokojenia interesu mogą niedopuścić: Rzecz może przypadkiem zniszczeć, zwierzę zginąć, egzekucya na majątku dłużnika może okazać się bezskuteczną i t. p. Z tego wynika, że definicya Merkla (w czasopiśmie Grünhuta VI., str. 387), wedle której prawo podmiotowe jest to zaspokojenie pewnego interesu (Befriedigung eines Interesses) nie jest słuszna, gdyż prawo nie jest jeszcze zaspokojeniem interesu, lecz tylko spotęgowaną możliwością jego zaspokojenia.

Źródłowski uważa za materyalny element prawa pożytek i określa prawo podmiotowe jako pożytek, służący komuś według prawa w znaczeniu przedmiotowem (Instytucye pr. rz. str. 215). Jednak pożytek jest dopiero skutkiem prawa ale nie prawem samem. Są prawa, które w rzeczywistości nikomu pożytku nie przynoszą albo przynoszą go komuś innemu niż ich podmiotowi. Tylko chroniony prawnie stan, przedstawiający się jako możliwość osiągnięcia pożytku a raczej zaspokojenia interesu (bo czasem interes mój właśnie w tem może polegać, aby ktoś inny odniósł pożytek z mojego prawa) jest prawem.

Pojęcie interesu nie może być także i z tego powodu z definicyi prawa usunięte, ponieważ właśnie interes stanowi czynnik indywidualizujący prawa podmiotowe. Służebność przechodu od służebności brania wody, prawo własności od prawa zastawu tem się różnią od siebie, że każde z nich stanowi spotęgowaną, dzięki ochronie prawnej, możliwość zaspokojenia innego interesu. Ponieważ więc wedle różnic interesów, odróżniamy poszczególne rodzaje praw podmiotowych, przeto niezbędnem jest podkreślenie w definicyi prawa podmiotowego tego indywidualizującego znaczenia momentu interesu, co uczyniliśmy w naszej definicyi w słowach: „oznaczonego interesu".

Dalszą charakterystyczną cechą materyalnego elementu prawa podmiotowego jest, że stanowiąca jego istotę możliwość zaspokojenia pewnego interesu pozo-

stawiona jest woli interesowanego, wzgl. jego zastępcy a więc woli, którą porządek prawny musi uważać za wolę, powziętą z punktu widzenia interesów uprawnionego, czyli, jak mówi Saleilles, za jego wolę autonomiczną. I prawo karne i administracyjne chroni często i potęguje już istniejącą możliwość zaspokojenia interesów jednostki. A jednak nie powstaje przez to żadne prawo podmiotowe, bo urzeczywistnienie tej możliwości nie jest wcale zależne od woli interesowanej jednostki, bo ona nie może korzystać lub nie korzystać według swej woli z tej możliwości, lecz zaspokojenie jej interesu, jeżeli rzeczywiście nastąpi, następuje tylko na życzenie ogółu, z punktu widzenia i w myśl interesów ogółu. Natomiast inaczej jest w tych działach prawa, gdzie spotykamy się z prawami podmiotowemi n. p. w prawie prywatnem. Tu istniejąca możliwość zaspokojenia pewnego interesu pozostawiona jest interesowanemu do zrealizowania. Zaspokojenie interesu pod ochroną autorytetu prawa a ewentualnie przy pomocy społeczeństwa następuje wyłącznie na życzenie, pochodzące od interesowanego i z punktu widzenia jego interesu, chociażby nawet w zaspokojeniu jego interesu leżał także interes ogółu.

Z drugiej strony jednak, jak z tego widzimy, znaczenie momentu woli w prawie podmiotowem ogranicza się tylko do tego, że o zaspokojeniu interesu pod ochroną prawa rozstrzyga nie wola, wychodząca z punktu widzenia interesów ogółu, lecz wola prywatna, wychodząca z punktu widzenia interesu uprawnionej jednostki. Natomiast nie jest konieczne, aby to była psychologicznie własna wola uprawnionego, będąca wytworem jego mózgu, objawem jego duszy, emanacyą jego etycznej osobowości. Ten wymóg musi stawiać teorya, wedle której zadaniem prawa jest chronić etyczno-duchową osobowość człowieka, objawiającą się w jego woli, dla której więc prawo podmiotowe jest prawnie chronioną wolnością woli. Ale także i teorya, która w prawie podmiotowem upatruje władz-

two woli, musi stać na tem samem stanowisku, gdyż mieć władztwo znaczy: módz swoją wolę wbrew woli obcej przeprowadzić, a zatem trzeba tę swoją wolę mieć. I dlatego dla tych teoryj powstaje trudność wytłómaczenia, jakim sposobem mogą posiadać prawa osoby niewłasnowolne. Jeżeli nie ja, lecz mój ustawowy zastępca może w moim interesie swoją wolę przeprowadzić, w takim razie nie ja, lecz on ma władztwo woli a zatem nie ja, lecz on miałby prawo, gdyby prawo było rzeczywiście władztwem woli.

Inaczej przedstawia się ta rzecz z naszego stanowiska. Wedle naszej definicyi istotną cechą prawa podmiotowego nie jest wcale, by o zaspokojeniu interesu pod ochroną prawa rozstrzygać miała psychologicznie własna wola uprawnionego, aby ten uprawniony miał zawsze władztwo woli. Chodzi tylko o to, aby to była wola, powzięta nie z punktu widzenia ogólnego interesu lecz z punktu widzenia interesu uprawnionej jednostki. Taką wolą może być nie tylko wola samego uprawnionego. Możliwe jest także, jak już o tem wyżej była mowa, że ktoś inny powezmie wolę w zastępstwie i z punktu widzenia interesów drugiego. Z tej możliwości porządek prawny korzysta i pewnych ludzi upoważnia do powzięcia woli z punktu widzenia interesów drugiego. Wówczas taka wola nadaje się także do wykonania prawa podmiotowego, gdyż jest tak samo, jak wola samego uprawnionego, powzięta z punktu widzenia jego interesów, co jedynie jest dla pojęcia prawa podmiotowego niezbędne, fakt zaś, że to nie jest psychologicznie własna wola uprawnionego i że skutkiem tego nie można uprawnionemu przypisać władztwa woli, jest dla pojęcia prawa podmiotowego obojętny.

Z powyższego określenia znaczenia momentu woli w prawie podmiotowem wynika też, że istota zastępstwa nie polega wcale, jak sądzi Hölder (l. c. str. 335) na fikcyi tej treści, że wola zastępcy jest wolą zastąpionego. W tych bowiem wypadkach gdzie skutecz-

ność prawna woli zależy jedynie od tego, by ona była powzięta z punktu widzenia interesów pewnej jednostki, jak to właśnie ma miejsce przy prawie podmiotowem, wola zastępcy, jako powzięta z punktu widzenia interesów zastąpionego, posiada, jako taka, wszelkie warunki do wywołania skutków prawnych dla zastąpionego i nie potrzeba wcale zmyślać, że ona jest wolą zastąpionego. Natomiast w tych wypadkach, gdzie chodzi o psychologicznie własną wolę pewnej osoby n. p. przy odpowiedzialności karnej, wola zastępcy nic nie znaczy, bo ona nie jest psychologicznie wolą zastąpionego. Najlepszy to dowód, że zastępstwo nie polega na fikcyi, bo fikcya byłaby tu możliwa.

(C. d. n.).

Zapiski literackie.

Dr. Kamil Stefko. O omieszkaniu wedle austr. procedury cywilnej. Kraków, 1907, str. 524.

O tej obszernej książce da się krótko powiedzieć: wyczerpuje temat do dna. A temat ten „omieszkania", pośród każdej procedury cywilnej, najwięcej może przysparza trudności, bo liczne i trudne nastręcza kwestye, które się wiążą niemal z każdą instytucyą procesową, nawet z prawem dowodowem. Ze względu zaś na rozmaite oryginalne pomysły prawa austr., więcej tu, aniżeli w jakiemkolwiek innem prawie, kwestyj trudniejszych i ważniejszych. Niemal na każdą instytucyę procesową przepisy o omieszkaniu terminów głównie dlatego cień swój rzucają, że właśnie tym przepisom częstokroć braknie prawodawczej jasności i stanowczości, tak że również i ze względu na ich wykładnię i zastosowanie ciągle powstają wątpliwości i niepewności, tak w praktyce jak i w nauce, i kto wie, czy kiedykolwiek znikną bez pomocy interpretacyi autentycznej. Autor nie pominął ani jednej z tych kwestyj i nie ominął żadnej choćby najtrudniejszej i każdą z nich, choćby najwięcej wątpliwą,

stara się zbadać i rozjaśnić. Za tem poszło, że rozprawa jego, chociaż konsekwentnie i metodycznie nigdy ani na krok z wytkniętej drogi nie zbacza, zajmuje się niemal każdem zagadnieniem aktualnem w zakresie procedury cywilnej, nawet dosyć głęboko wrzyna się w prawo dowodowe, tak, że prócz nauki o temacie, w tytule książki zapowiedzianym, zajmuje się prawie całem prawem procesowem cywilnem i to nie tylko austryackiem. Autor bowiem sięgnął do bezpośrednich pierwowzorów: do procedury francuskiej i niemieckiej (str. 469—483), wychodząc oczywiście z procesu rzymskiego i przebrnąwszy szczęśliwie przez wody procesu kościelnego (str. 457 i nast.). Ów historyczny „essay" na tle tematu dzieła, zamieścił autor w ostatniej tegoż części (IV. — str. 456 i n.) i zakończył go, a więc i pracę swoją treściwem przedstawieniem „teoretycznych zapatrywań na przewodnie zasady postępowania zaocznego" (str. 485 i n.) razem ze swoimi właściwymi wnioskami końcowymi. Wygląda to wszystko na coś w rodzaju filozofii zaoczności. Wywody i objaśnienia tej części IV, ze stanowiska historyczno-filozoficznego są bez zarzutu: historyczne zgodne z prawdą, filozoficzne porządnie uzasadnione.

Ale treść właściwą, odpowiadającą zamierzonemu zadaniu, pomieścił autor w pierwszych trzech częściach książki, t. z., że one zawierają dokładną i wyczerpującą naukę o omieszkaniu terminów i zaoczności według prawa austr. Ta część całej książki, zawierająca dogmatykę zaoczności według prawa austr., nadaje tejże prawdziwej wartości i powinna autorowi już dzisiaj zapewnić piękne imię w nauce prawa austr. Zasługą jego jest, że korzystając z obranego tematu dał nam dokładny obraz całokształtu nowego procesu austr. o tyle, o ile go dotychczas praktyka i nauka naszkicowały, i że sam się do jego wypełnienia nie mało przyczynił, chociaż dużo jeszcze wody upłynie, zanim będzie wykończony i w stosowne ramy ujęty. Zaletą zaś tego dzieła jest, że mimo nieustannych wycieczek na wszystkie strony, nigdy autor nie traci wątku, zawsze się trzyma tematu z naukową wytrwało-

ścią i sumiennością. Nie należy przez to jeszcze umniejszyć zasług poprzedników jego w opracowywaniu tego samego tematu (jak u nas Szuberta, Męcińskiego i i.); ale wobec nich już to na korzyść autora przemawia, że się tego zadania nie jął przedwcześnie.

Wprawdzie nauka procedury niemieckiej jeszcze nie opuściła okresu młodzieńczego, a w Austryi bodaj czy już przebyła ząbkowanie, ale mimo to już obecnie na tyle postąpiła, że można już myśleć o wynalezieniu formuły wyklęcia tej zmory zaoczności, która jest plagą każdej nowoczesnej procedury cywilnej, a naszej tem większą, że, jak się wyżej nadmieniło, odpowiednie przepisy prawne są poniekąd nieszczęśliwie zredagowane. Autor należycie uwydatnił, w czem tu ustawa niedomaga i stara się takie jej nadać znaczenie, aby zgodnie z duchem prawa rzymskiego, ku któremu najnowsze ustawy się zwracają, prawa opieszałego jak najmniej ucierpiały i prawda rzeczywista nie ustąpiła prawdzie li formalnej (str. 533 i n.). Oto zdobycz naukowa autora (oby trwała była i uznana!), którą autor wynosi z walki z błędami i z polemiki, ciętej a ostrożnej, uzbrojony w rzetelną wiedzę, która się liczy z każdym, tylko na pozór drobnym szczegółem.

Na samym końcu tej recenzyi pokaże się, z jakim trudem i skrzętnością autor zbierał rozmaite drobiazgi, które w gruncie rzeczy nimi nie są, ale łatwo giną przed okiem niewprawnem; pokaże się dalej, że autor jak najsilniej opanował cały ogromny obszar procesu cywilnego i w gęstym jego lesie zna każdą polanę, ścieżynę, i wie, jak się przedzierać należy przez jego gąszcze.

Młodziutka nauka procedury austr. jeszcze nie zdołała ani jednej tezy zdeterminować, jakiej autor do zbadania swego tematu potrzebował. A gdy się tenże łączy z każdą niemal instytucyą procesową, z każdem postępowaniem, więc też autor był zniewolony każdą z tych tez z osobna opracować, postawić na właściwym gruncie naukowym, ratując niejedną z chaosu wątpliwości i nieuctwa, w jaki ją kazuistyka prawa dawniejszego i dyle-

tantyzm nowszego pogrążyły. Wobec tych ciemnych potęg nie mogą jeszcze wystarczyć młode siły nauki postępowej, na tle prawa zreformowanego podjętej. Odczuł to autor z należytą intuicyą naukową i sam sobie radzić postanowił. W tym celu prawie każdą ważniejszą kwestyę proceduralną poruszył i samoistnie opracował, a gdzie mu już materyał naukowy nie dopisał, tam się ratuje szczęśliwą kazuistyką (np. na str. 57.). Nigdzie mu nie można zarzucić niedokładności ani braku naukowej ścisłości lub pominięcia istotnych szczegółów. Sposób zaś przedstawienia jasny, a w drugiej części nawet zwięzły. Tylko w pierwszej części grzeszy rozwlekłością, której się pozbywa w miarę jak praca postępuje.

Autor omawia nierównie więcej, aniżeli rejestr rzeczowy (na str. 543) wymienia. I tak między innemi:

1) potrąca nawet o prawo ubogich (str. 211), o kwestyę kosztów udaremnionej audyencyi (str. 224), zaprzeczenia prawdziwości dokumentu pryw. i przymusu adwokackiego na pierwszej audyencyi (str. 91); o dodatkowych pismach przygotowawczych (str. 150 uw. 8); nawet taka na pozór błaha kwestya go zajmuje, czy naganienie z § 197. p. c. ma być ustnem, czy pisemnem, bo i to dla niego ważne, czyli opuszczenie w tej lub owej formie przedmiotową istotę omieszkania stanowi;

2) bada autor zasadę ustności i bezpośredniości postępowania, bardzo troskliwie i do ciekawych dochodzi rezultatów, bo pragnie ocalić ją także dla postępowania zaocznego (na str. 155);

3) nie uszła jego uwagi rzecz o obowiązku lojalności i prawdomówności (§ 178 p. c.), bo mu była potrzebną w badaniu kwestyi sprawdzenia faktów w postępowaniu zaocznem (str. 158. uw. 14);

4) gdy się autor zastanawiał nad wpływem wyroku karnego na zaoczny wyrok cywilny i nad przerwą postępowania w przypadku § 191. p. c., to napisał traktacik na tle § 268. p. c., zawierający także bardzo pożądaną interpretacyę tegoż § (str. 162 i n.);

5) także o notoryjności autor gruntownie rozprawia (na str. 169 i. n.), bo nawet jej pojęcie rozwija i zastanawia się nad wyrazem „sąd“ (str. 170 uw. 30), aby zadać sobie pytanie, czy prywatna wiadomość sądu do przyjęcia notoryjności wystarcza i jakie rozmaite rodzaje notoryjności rozróżnić należy, aby zdeterminować jej wpływ na wyrok zaoczny;

6) na str. 181 mamy nawet obszerniejszą rzecz o domniemaniach, bardzo dobrze obmyślaną i napisaną;

7) ze względu na środek procesowy restytucyi, jako najsilniejszy w celu obalenia wyroku zaocznego, rozprawia autor obszernie o tej instytucyi procesowej (na str. 367 i n.); obok tego, że wyczerpuje wszystkie szczegóły, któreby się w jakikolwiekbądź sposób łączyły z zaocznością, nie pomija autor nawet kwestyi pochodzenia tejże od ius aequum i bardzo szczęśliwie występuje przeciw poglądom, które jej tego pochodzenia odmawiają;

8) do najlepszych ustępów należą te, które autor poświęca skardze nieważności i skardze o wznowienie, bo świadczą o jego zdolności naukowego ujęcia kwestyj najtrudniejszych w celu pokonania sprzeczności i niepewności, jakich pełno w zakresie owych instytucyj procesowych (str. 299 i n.);

9) autor kilkakrotnie potrąca o spoczywanie procesu (str. 145 i n.); mówi o zarzucie sprawy na sąd polubowny zapisanej (str. 118), o stanowisku sędziego, prowadzącego pierwszą audyencyę (na str. 96), o t. z. wymogach i przeszkodach procesowych, o przyczynach nieważności (na str. 100 i 126 i n.), wchodzi nawet w subtelną różnicę między wymogami istnienia a ważności procesu (na str. 104); kilkakrotnie w tekście i uwagach bada i oświetla znaczenie przyczyny nieważności z § 477 l. 4 (str. 375 uw. 7; 397 uw. 7 i i.);

10) zmiana skargi i prawo do niej, służące powodowi, ex re tematu głównego kilkakrotnie zajmuje autora (na str. 147, 282), wszechstronnie rzecz tę rozbierającego, bo się zastanawia nie tylko nad istotną zmianą skargi, ale również nad tem, co w ustawie jako zmiana się przed-

stawia, którą § 235 p. c. powodowi, niezależnie od pozwanego i sądu, zasadniczo dozwala. Należy tu uznać biegłość autora w zestawieniu i pogodzeniu sprzecznych opinij i niedokładnych przepisów;

11) osobny rozdział poświęca autor ekscepcyi potrącenia (str. 302—322), której istotę i znaczenie samoistnie bada i ocenia, aby poznać, jak sąd się z nią powinien obchodzić, gdy pozwany popadnie w zaoczność na rozprawie kontradyktoryjnej. Temat ten opracował autor z dokładną znajomością prawa cywilnego;

12) szczegółowy rozbiór sprawy omieszkania w ciągu postępowania przygotowawczego (na str. 239 i n.), sam przez się zwraca uwagę na niedogodności, jakie mogą wyniknąć z powodu wdrożenia tego procederu, mimo pozornych jego korzyści dla instrukcyi sprawy, i usprawiedliwia zjawisko, że praktyka go unikała dotąd niby intuicyjnie. Obecnie gdy autor rzucił na te niebezpieczeństwa światło nauki, może praktyka stronić od tego postępowania z pełną świadomością, bo już nauka wypowiedziała swą ważną przestrogę.

Ten wykaz tematów i kwestyj, na tle głównej tezy poruszonych i opracowanych, nie jest wyczerpujący, bo tylko przykładowy. Wobec tego, co wyżej o stanie obecnej nauki procedury cyw. powiedziano, nie tworzy to zbytecznego balastu, lecz przeciwnie pochwalić za to należy autora, że się zabrał do zadania, którego spełnienie nauka i praktyka usilnie pragną, mimo, że go dotąd nie mogły należycie przygotować. Sam autor był zniewolony uzupełnić niedostatki dotychczasowych badań naukowych, zanim przystąpił do rozwiązania zamierzonego tematu głównego. Wprost kolosalną pokonał pracę, wyjątkowe przezwyciężył trudności i można śmiało powiedzieć, że się znakomicie wywiązał ze swego zadania. Oczywiście nie bez „ale". Niepodobna się spodziewać — nie uchodzi żądać od niego, aby się nigdzie nie pomylił. Wystarczy dla niego, gdy się powie: nigdzie nie dopuścił się bezkrytycznej niekonsekwencyi.

Co wyżej przedstawiono o tem, czem się autor zajmował, dążąc ku rozwiązaniu trudnego zadania — co w tym celu zbadał i ustalił, to są niejako kamienie przydrożne, drogowskazy na ciężkim szlaku, który autor przebył i pokonał, aby nareszcie stanąć u mety, na której wypisał ręką pewną tę oto tezę wyżej wskazaną: do postanowień prawnych o skutkach omieszkania terminów, należy stosować wykładnię ścieśniającą (interpretationem restrinctivam), a więc ustawę tak rozumieć i tłumaczyć, że ona jak najmniej korzyści odbiera opieszałemu i że wogóle omieszkanie, jakiego tenże się dopuścił, jak najmniej krępuje normalną swobodę działania innym podmiotom procesu (sądowi i stronie pilniejszej) przyznaną; a co się tyczy samego postępowania zaocznego, to w niem jeszcze bynajmniej nie bankrutują sterujące zasady procesu nowożytnego, jak n. p. swobodne ocenienie dowodów, bezpośredniość postępowania i t. d. Z tem zgoda zupełna. Autor pierwszy pomiędzy austryackimi procesualistami (sądzę, że raz na zawsze) oczyścił prawo austryackie od zarzutu wstecznictwa w materyi zaoczności. I w tem jego wielka zasługa i prawdziwa wartość niniejszej książki, wprost nieoceniona dla nauki i sądownictwa.

Wobec tego wypada autora, który przy danej sposobności kilka trafnych uwag o interpretacyi przepisów prawnych wypowiada (na str. 225), zapytać, dlaczego on przyjmuje, że w przypadku omieszkania czasokresu do pisemnej odpowiedzi na skargę trybunalską, prekluzya już z urzędu ma miejsce a nie dopiero na wniosek? Dlaczego on potem, na audyencyi do rozprawy kontradyktoryjnej odbiera powodowi możność doprowadzenia do wyroku kontradyktoryjnego, bo tylko dwie mu pozostawia ostateczności: wniosek na wyrok zaoczny, albo spoczywanie postępowania?! Czy to nie znaczy tyle, że mu nic innego nie pozostało, jak tylko wyrok zaoczny, i gdzie się w takim razie podziała swoboda korzystania z zaoczności lub jej odrzucenia w duchu zasady: contumacia non accusata non nocet?! Ma wprawdzie autor za

sobą powagę najw. trybunału i ministeryum, bo się trzyma interpretacyi wypowiedzianej w rozp. min. z 3. grudnia 1907. r. Atoli za mało uwzględnił, co inni przeciw temu podnieśli — i co najważniejsza, poszedł w kierunku przeciwnym a nie w tym, który sobie wytknął w swej głównej i pięknej tezie.... Razem z tymi, z którymi autor tam się zapędził, miałby on tylko jedno usprawiedliwienie, a mianowicie: ustawa na odmienną interpretacyę nie pozwala! Możeby zechciał kiedyś pod tym względem swą książkę uzupełnić!

Balasits.

Nowe zbiory źródeł prawa rzymskiego.

1) Fontes iuris romani antiqui, edidit Carolus Georgius Bruns. Post curas Th. Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitas septimum edidit Otto Gradenwitz. Pars I: Leges et negotia (pagg. XX, 435); Pars II: Scriptores (pagg. VIII, 91). Tubingae, 1909.

2) Fontes iuris romani anteiustiniani. In usum scholarum ediderunt: S. Riccobono, I. Baviera, † C. Ferrini. Pars I. Leges (ed. Riccobono, pagg. XVII, 376); Pars II: Auctores (ed. Baviera), leges saeculares (ex lingua syriaca latine vertit et adnotationibus instruxit C. Ferrini, pagg. XVII, 684). Florentiae, 1909.

Pocieszającym objawem świadczącym o ciągłym rozwoju nauki prawa rzymskiego i badań nad niem są pojawiające się w ostatnich czasach nowe edycye źródeł prawa rzymskiego. Już kilkakrotnie miałem sposobność w tem czasopiśmie zwrócić uwagę na tego rodzaju wydawnictwa, uwzględniające najnowsze rezultaty z tej dziedziny i odpowiadające wymaganiom, jakie doń stawiają nowe kierunki i zadania w badaniu prawa rzymskiego (Por. Roczn. 33 [1908] str. 1035, 1036 n, roczn. 34 [1909] str. 420 n). W niniejszem sprawozdaniu wypada mi znów omówić dwie nowe edycye źródeł prawa rzymskiego,

obejmujące źródła z czasów przedjustyniańskich. Zaraz na wstępie zaznaczam, że oba wydawnictwa zasługują na zupełne uznanie, gdyż w niejednym kierunku wyróżniają się korzystnie od dotychczasowych tego rodzaju wydawnictw.

Głównem zadaniem nowych edycyj źródeł prawa rzymskiego, poza obrębem Corpus iuris leżących, jest przedewszystkiem uwzględnienie świeżo odkrytych, a dotąd nieznanych pomników prawa rzymskiego, których niemało w ostatnich latach wydobyto na światło dzienne. Nowe inskrypcye łacińskie i greckie, z których niejedna porusza ważne dla historyi prawa rzymskiego kwestye, są częstokroć dla prawników trudno dostępne, gdyż są rozrzucone po kilkunastomowych Corpora inscriptionum i po całym szeregu czasopism filologicznych i archeologicznych. Ponadto otworzyła się dla romanisty w ostatniem dziesięcioleciu nowa dziedzina badań: papirusy, które obecnie liczą się już na tysiące a które odzwierciedlając życie prawne w Egipcie także w czasach, kiedy Egipt był prowincyą rzymską, przedstawiają prawo rzymskie w jego zastosowaniu w obrocie prawnym na prowincyi. W ten sposób stanowią papirusy źródło poznania prawa prowincyonalnego i dlatego są przedmiotem systematycznych opracowań, w których subtelniejsi badacze niejednokrotnie odkrywają refleksy klasycznego prawa rzymskiego i do zainangurowanego przez Mitteisa nowego działu w badaniach nad historyą pr. rz., o stosunku tzw. „Reichsrecht“ do „Volksrecht“, cenne dorzucają przyczynki. Z drugiej jednak strony znajdujemy tu i ówdzie na papirusach wprost odpisy z konstytucyj cesarskich lub obszerniejsze wzmianki o nich, tak, że te zabytki nabywają znaczenia bezpośrednich źródeł prawa rzymskiego. I właśnie papirusy tej drugiej kategoryi znajdują uwzględnienie w nowych wydawnictwach źródeł prawa rzymskiego.

Nie dziw więc, że przy tym obfitym wzroście nowych materyałów siódme wydanie znanych „Brunsa Fontes“, bardzo starannie opracowane przez Graden-

witza, urosło znowu o kilkadziesiąt stronic, przynosząc cały szereg nowości. Nie są to oczywiście rzeczy publikowane po raz pierwszy, gdyż znane one są już z publikacyj zaraz po odkryciu dokonanych i ważniejsze z nich mają nawet już swoją literaturę. Nowem jest tylko pojawienie się w zbiorze czysto prawniczym; samo przez się rozumie się, że ponowne opracowanie tych materyałów przez wybitnego romanistę tej miary, co Gradenwitz, korzystającego ponadto z pomocy całego szeregu uczonych fachowców (por. praef. I. str. 5), musiało całej publikacyi wyjść na dobre. Na najważniejsze nowości w obecnem wydaniu Brunsa Fontes — których część znaną już jest z podobnej publikacyi francuskiej (P. F. Girard, Textes de droit romain, 3. wyd. Paryż, 1903) — chcę tu pokrótce zwrócić uwagę. Od podawania szczegółowej treści zwalnia mnie wymienianie literatury przy każdem źródle przez wydawcę. Muszę jednakże zauważyć, że u Gradenwitza nie jest ona bynajmniej wyczerpująco podaną, niejednokrotnie dają się uczuwać dotkliwe braki, które w ciągu niniejszego sprawozdania będę się starał uwzględnić.

W nowem wydaniu zachowany jest dawny podział na Leges i Negotia. Szereg nowych leges rozpoczyna — pomijając t. zw. lapis niger („cippus antiquissimus in Foro Romano repertus", str. 14 n.), którego charakter nie całkiem jest jasny (lex regia?), zob. obecnie Costa, Storia delle fonti del diritto romano 1909 [1]), str. 2 [3], — lex Tarentina (nr. 27), z pierwszej połowy I. w. przed Chr., zawierająca dosyć duży urywek z ordynacyi municypalnej dla miasta Tarentu, por. Costa j. w. str. 175. Z łacińskiego papirusu B. G. U. II. 611 pochodzą Orationes Claudii de decuriis iudicum et de accusatoribus coërcendis (nr. 53). Z pierwszej Oratio zachowanej w nieznacznej części tylko, dowiadujemy się o wieku przepisanym przez Klaudyusza dla rekuperatorów, por.

[1]) Omówiona przezemnie w tem czasopiśmie, tom 34 (1909) str. 1012 nast.

Lenel Edictum [2] str 26/7 |że fragment ten nie jest bez znaczenia dla prawa cywilnego, por. Brassloff, Ztschr. d. Sav.-Stift. R. A. 22, 167 nn.|; druga dotyczy postępowania w sprawach karnych. — Również na papirusie o łacińskim tekście zachowany jest edykt Oktawiana o przywilejach weteranów, B. G. U. II. 628 verso (nr. 69). |B. G. U. II 628 recto zawiera Edictum de temporibus accusationum, tu wydane pod nrem 78|.

Bogatą literaturę papirologiczną posiada ogłoszony jako nr. 73 edykt prefekta Egiptu Mettiusa Rufusa o księgach gruntowych w Egipcie z r. 89 po Chr., znany poprzednio z publikacyi papirusowej P. Oxy. II 237 VIII 27 nn. O edykcie tym nadarzy się może sposobność pomówienia innym razem, tu wymieniam tylko najświeższą literaturę, późniejszą od opracowania Gradenwitza: Lewald, Beiträge zur Kenntnis des röm.-äg. Grundbuchrechts 1909, str. 1 nn.; Eger, Zum ägyptischen Grundbuchwesen in röm. Zeit 1909, passim; Rob. de Ruggiero w bardzo obszernej recenzyi poprzednio wymienionych dzieł: Libri fondiari e ordinamento catastale nell' Egitto greco-romano (odb. z Bull. dell' ist. di dir. rom. 21, 1910, str. 257 nn.); Preisigke, Girowesen im Griech. Ägypten 1910, str. 373 nn. i ostatnio Mitteis, Über die privatrechtliche Bedeutung der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων*, Berichte der sächs. Ges. d. Wiss. 62, 1910, Heft 9, tudzież Partsch w znakomitej recenzyi dzieła Preisigkego, Gött. gel. Anz. 1910, nr. 11, str. 743 nn.

Z dziedziny uchwał senatu nowe jest S. C. de artificibus graecis (nr. 40) z r. 112/1 przed Chr. dotyczące sporów między związkami artystów greckich *(τεχνῖται)*, ateńskim i istmickim. Inskrypcya ta przedtem ogłoszona u Dittenbergera, Sylloge inscr. gr.[2] II 930 (nie 936, jak podaje Gradenwitz), traktuje o niej obszerniej obecnie Poland, Geschichte des griech. Vereinswesens, 1909 str. 132 n., 136 n.

W zakresie konstytucyj cesarskich mamy cały szereg nowych źródeł, dzięki ostatnim publikacyom papirusowym. I tak: dla nauki o longi temporis

praescriptio stanowią ważne przyczynki B. G U. I 267 (nr. 87 u Gradenwitza) i P. Strassb 22 (nr. 192), oba zawierające ten sam reskrypt cesarzy Sewera i Karakalli z r. 199 o tzw. *μακρᾶς νομῆς παραγραφή*. O pierwszym z tych dokumentów traktował obszernie Partsch w dziele: Die longi temp. praescr. im klassischen röm. Recht 1905, w którem trafnie zużytkował materyał papirusowy; drugi zaś omówił pierwszy Wenger, w recenzyi dzieła Partscha, Ztschr. d. Sav.-Stift. 27, 374. Dziwnym trafem obie te prace pominięte są u Gradenwitza. Por. także Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. 28, 390. — P. Fay. 20 (= Bruns[7], nr. 96) zawiera edykt cesarza Juliana o tzw. Aurum coronarium (z r. 361); zob. o tem Marquardt, Röm. Staatsverwaltung, II[2], 295. Dla historyi zarządu domen państwowych w prowincyach, w pierwszym wieku monarchii absolutnej, stanowią ważny przyczynek: Epistulae Valentiniani, Valentis, Gratiani de provincia Asia (nr. 97, z r. 370/1); — ordynacyę domanialną stanowi także nr. 114, Lex de villae Magnae colonis data, ad exemplum legis Mancianae, posiadająca bardzo bogatą literaturę. Wyczerpujące zestawienie jej we włoskiem wydawnictwie Fontes I, 352, bez porównania dokładniejsze niż u Gradenwitza I 295.

Pod nrem 113 publikuje Gradenwitz jako 'Fragmentum legis metalli Vipascensis' inskrypcyę, odkrytą na tablicy spiżowej w r. 1906, znalezionej na tem samem miejscu, gdzie Lex metalli Vipasc. przed trzydziestu laty. Czy jednakże inskrypcya ta stanowi rzeczywiście część owej lex, jest wątpliwe (przeciw temu oświadcza się Riccobono, we włoskiem wyd. Fontes, I. 364), w każdym razie jakiś związek między niemi istnieje, bo lex metalli Vipasc. (Bruns[7] nr. 112) we w. 59 wspomina o przepisie, który się w tej niedawno odnalezionej tablicy znajduje. Zabytek bardzo cenny.

Korzystając z tego, że referat niniejszy pojawia się w około półtora roku po wydaniu opracowania Gradenwitza, chcę zwrócić uwagę na kilka n o w y c h zabytków, w międzyczasie ogłoszonych, które niewątpliwie przejdą

do następnego wydania zbioru Brunsa. Wymieniam tylko rzeczy najważniejsze, nie starając się bynajmniej o wyczerpujące wyliczenie. Z końcem r. 1908 ogłosił znany epigrafik G. Gatti w Bullettino della commissione archeologica comunale di Roma napis z tablicy bronzowej, w którym wódz Gn. Pompeius Strabo nadaje na podstawie Lex Julia de civitate (z r. 90 przed Chr.) obywatelstwo rzymskie oddziałowi konnicy, złożonemu z Hiszpanów, zwanemu Turma Salluitana. Do szczupłych wiadomości, jakie o tej lex posiadamy, inskrypcya ta stanowi cenny dodatek. Komentarz prawniczy do niej dał znany romanista E. Costa w Rendic. delle Sessioni della R. Accad. delle scienze dell' Ist. di Bologna, cl. di scienze morali, sess. giur. 1908/9 p. t. Di una iscrizione recentemente scoperta in Roma e relativa alla Lex Julia de civitate (Osob. odb. str. 1—4). — Na uwagę zasługuje notyfikacya o wstąpieniu Nerona na tron, P. Oxy. VII, 1021 (ogł. 1910; „*Νέρων Καῖσαρ ἀποδέδειχται*"). O wstąpieniu Hadryana na tron donosi P. Giss. I 3, lecz ten zabytek więcej zainteresuje filologów aniżeli prawników ze względu na polot poetycki, z jakim jest skreślony (por. referat mój o publikacyi papirusów z Giessen w „Eos", tom XVI, zesz. 2 [obecnie w druku]). — Niezmiernie cennym jest również P. Giss. I 40, zawierający między innymi fragment ze słynnej Constitutio Antoniniana cesarza Karakalli [1]), wydany ze znakomitym komentarzem historyczno-prawniczym przez P. M. Meyera. O papirusie tym miałem sposobność mówić na innem miejscu (por. „Eos" j. w., zob. także „Przegląd pr." 34, str. 1017). — W niedawno wydanym VII. tomie papirusów z Oxyrhynchos znajdujemy (nr. 1020) dwa reskrypta cesarzy Sept. Sewera i Karakalli (a. 198—201), stojące w związku z przepisami prawa rzymskiego o in integrum restitutio. Znanemu z konstytucyj cesarskich wyrażeniu „aetatis auxilium" odpowiada, jak to trafnie wykrył Mitteis, greckie

[1]) Ostatnia większa praca o tym edykcie jest: A. Lefranc, l'edit d'Ant. Caracalla sur le droit de cite, Bordeaux 1907.

ἡ ἐκ τῆς ἡλικίας βοήθεια. — Nie bez wartości dla poznania administracyi wojskowej jest P. Oxy. VII 1022, papirus łaciński, dotyczący wciągnięcia sześciu rekrutów na listę żołnierzy, należących do kohorty. O reskrypcie ces. Gordiana III, P. Tebt. II 285, zob. niżej.

Dział drugi w zbiorze Brunsa, „Negotia" zawiera kilkanaście nowych ustępów, w których zreprodukowane są dokumenty prywatno-prawne, w przeważnej mierze wybrane z papirusów. Wybrano co najcenniejsze; nie ulega jednak wątpliwości, że wybór ten możnaby jeszcze dalszymi dokumentami uzupełnić. Bardzo słusznie też wydawcy włoscy odłożyli wydanie dokumentów prywatno-prawnych do osobnego później wydać się mającego tomu, zaznaczając w przedmowie: „cum esset horum documentorum, potissimum illorum, quae in papyris traderentur, magna his diebus copia, censebamus nullius fere pretii aut certe parvae utilitatis opus nos esse facturos, si delectum quendam quamvis diligentissime confectum, praeberemus".

Nowości, które ten dział u Brunsa-Gradenwitza przynosi, są następujące: Z dziedziny prawa osobowego zasługuje na szczególne wyróżnienie nr. 193, testatio professionis liberorum z r. 148 po Chr., zawierająca poświadczenie, że Rzymianin Tib. Julius Dioscurides zgłosił narodziny swej córki Julii. Jest to pierwszy dokument zawierający podobne zgłoszenie, dotyczące dziecka rzymskiego w Egipcie. Szczupłe wiadomości o tej t. zw. professio liberorum ze źródeł nieprawniczych (Julius Capitolinus, Apuleius) znajdują w tym zabytku znakomite uzupełnienie. Wytknąć należy, że Gradenwitz nie zwrócił uwagi na niezmiernie pouczający artykuł Wilckena, w Arch. f. Papf. IV, 251 nn., do powyższego zgłoszenia się odnoszący, tem bardziej, że Wilcken podaje tamże pewne ulepszenia lekcyi. Podobne zgłoszenie do album professionum liberorum natorum zawiera P. Oxy. VI, 894 (przez Gradenwitza jeszcze nie uwzględniony), również w języku łacińskim napisany, lecz w nieznacznych tylko

szczątkach zachowany (z r. 194—6 po Chr.). W związku z powyższymi dokumentami wymieniam wydany już po pojawieniu się zbioru Gradenwitza P. Tebt. II 285, zawierający reskrypt ces. Gordiana III z r. 239, postanawiający, iż zaniechanie deklaracyi nie może ślubnym dzieciom odebrać charakteru ślubności, jak z drugiej strony zgłoszenie narodzin nie może nieślubnych dzieci uczynić ślubnemi, por. Cod. Iust. 7, 16, 15. O tym reskrypcie por. Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. 28, 385, tudzież włoskie wydanie „Fontes" I nr. 74 (ed. Riccobono), w którem jest bardzo cenna poprawka tekstu. Bardzo ciekawą jest Manumissio inter amicos accepta pecunia (nr. 164), (z pap. Lorda Amherst), która zachowana jest w łacińskim i greckim tekście. Mylnem jest tłómaczenie słowa ἐξωδίασα przez „donavi" (str. 369 [5]); ἐξοδιάζειν jest wyrażeniem technicznem na oznaczenie zapłaty w drodze przekazu bankowego (por. Preisigke, Girowesen im griech. Aegypten 1910, str. 203), ogólnie oznacza „wypłacić".

Dla prawa rzeczowego ważny jest wyciąg z katastru gruntów miejskich w Arausio „fragmentum tabulae censualis" (nr. 142); wymienieni są mancipes kilku gruntów i ich fideiussores. W uw. 2 do tego fragmentu znajduje się przykra omyłka druku, „etuum" zamiast „perpetuum".

Z zakresu prawa opiekuńczego wymienić należy nr. 195 (= P. Oxy. IV 720), prośbę o ustanowienie opiekuna (a. 247 p. C.) bardzo pouczającą i zgodną z wiadomościami, jakie skądinąd posiadamy o ustanowieniu opieki, tudzież nr. 158, ważny dla nauki o opiece kobiet. W dokumencie tym (= P. Lond. II 470) zwalnia opiekuna kobiety z odpowiedzialności za jego auctoritas przy akceptylacyi, mąż tejże kobiety z tej racyi, iż kobieta należne jej pieniądze rzeczywiście otrzymała. Dla prawa prywatnego zużytkował ten papirus Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. 25, 375. — Od siebie dodaję do tej dziedziny papirus B. G. U. IV 1113 omówiony przezemnie na innem miejscu (por. „Eos", Tom 15 str. 206, tudzież pracę moją: Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden [Lipsk 1911, B. G. Teubner] str. 196 n.).

W przedstawieniu prawa spadkowego będzie się musiało w przyszłości uwzględnić znany testament C. Longina Castora z r. 189 (nr. 119 = B. G. U. 326); do literatury tego papirusu należy dodać bardzo trafne uwagi u Arangio-Ruiz'a, La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii, 1906 str. 221 n. Następnie zasługują na uwagę Cretiones Serapiadis (z r. 170, nr. 124); łacińskiemu „adire hereditatem, odpowiada greckie „προσέρχεσθαι τῇ κληρονομίᾳ"; — wreszcie Declaratio bonorum propter vicesimam hereditatis facta (a. 246 p. Chr. nr. 125 = P. Amh. II 72), jest to deklaracya w celach podatkowych wspominająca o agnitio bonorum possessionis. O papirusie tym kilka uwag znaleźć można u Egera, Zum ägyptischen Grundbuchwesen 1909, str. 123[2], 126[1].

P. Lips. 33, ogłoszony przez Gradenwitza jako nr. 191, ważny jest dla prawa procesowego extra ordinem, w szczególności dla poznania tzw. denuntiatio ex auctoritate iudicii facta (a. 368 p. Chr.); wspomina też o niej już Mayr w tłum. Girarda Manuel na str. 1172[3]. Pięknie zużytkował ten papirus Mitteis w Ztschr. d. Sav.-Stift. 27, 350 nn. i 28, 391 nn.[1]). Dla nauki o przedawnieniu ważny jest nr. 194 (a. 88 p. Chr.). Jest to wyimek z P. Fior. 61; por. także Partsch, Griechisches Bürgerschaftsrecht I 122 n., 240, 316[1].

Jak już wspomniałem, dokumentów takich, które stoją w ścisłym związku z prawem rzymskiem możnaby naliczyć znacznie więcej; nie tu jednak miejsce wchodzić w szczegóły, zaprowadziłoby nas to za daleko. Wspomnę tylko, że papirusy z epoki bizantyńskiej są niejednokrotnie żywem odbiciem konstytucyj późniejszych cesarzy i Justyniana, niejednokrotnie przebija z nich język nowel. Że zaś właśnie była mowa o prawie procesowem, niech mi będzie wolno zwrócić uwagę na dwa papirusy z VI w. po Chr., w ostatnim czasie publikowane, które sięgają w mało znane dziedziny procesu justyniańskiego. Pierwszy

[1]) Do literatury nru 189 (= C. P. R. 18) dodać należy Arangio-Ruiz j. w. str. 46 n.

z nich to P. Oxy. VI 893, w którym występuje tzw. iusiurandum necessarium (por. do tego dokumentu Wenger, Ein nachjustinianisches Urteil auf Papyrus, w *Στρωματεῖς*, Grazer Festgabe zur 50. Versammlung deutsch. Philologen 1909), — drugi wyświetlający instytucyę tzw. *ἐκβιβαστής*, o którym traktują Nov. 96 i 112 c. 2, to papyrus publikowany pierwotnie z obszernym komentarzem przez J. Maspero, Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale VI, 1908, nr. 2 (por. doń bardzo cenne wywody Wilckena, Arch. f. Papf. V 285 nn.), obecnie ponownie wydany z licznemi poprawkami tekstu w Catalogue général des antiquités égyptiennes du musée du Caire T. 51 (1910) między „Papyrus grecs d'époque byzantine" jako nr. 67032.

Drugi tomik zbioru Brunsa, zawierający wyimki z dzieł nieprawników („Auctores") nie uległ żadnej znaczniejszej zmianie; można tylko zauważyć kilka poprawek redakcyjnych i nieliczne dodatki u Festusa i Varrona.

Przystępuję do omówienia włoskiego wydawnictwa „Fontes iuris romani". Włoscy wydawcy — trzej wybitni romaniści, z których jeden, Ferrini, nie dożył niestety ukończenia wydawnictwa — przejęli z edycyi niemieckiej tylko tytuł; w treści różni się edycya włoska znacznie od niemieckiej. Niema tu, jak już zaznaczyłem wyżej, działu obejmującego „negotia", niema też owych wyimków o prawniczej treści z dzieł nieprawników, stanowiących drugi tomik wydania Brunsa. I to stanowisko włoskich wydawców da się zupełnie usprawiedliwić. Zapewne, że nie jest pozbawionym wartości zbiorek tego rodzaju, jaki dają Bruns-Gradenwitz, zawierający fragmenty z dzieł kilku gramatyków i komentatorów, ale w porównaniu z tem, co można wydobyć z literatury rzymskiej nieprawniczej, jest to część minimalna[1]), gdyż prawie u każdego autora łacińskiego — ale także i u greckich —

[1]) O znaczeniu literatury nieprawniczej por. Łyskowski, Przegląd prawa 33 (1908) 351 nn. i bardzo cenne wywody Costy w Storia delle fonti (1909) 205—226.

znaleźć można enuncyacye ważne dla historyi prawa rzymskiego i w tem znaczeniu cała literatura klasyczna stanowi niewyczerpaną skarbnicę dla badań z tej dziedziny. Dlatego też zbiór taki urywków z dzieł nieprawników jest rzeczą niewykonalną, raz dlatego, że urósłby do olbrzymich rozmiarów, powtóre dlatego, że często chybiły celu, bo jakże n. p. ocenić ustęp z mowy Cycerona bez związku z całością? To też rzeczą każdego badacza jakiejś kwestyi specyalnej jest ów materyał nieprawniczy zebrać i uwzględnić: pracę tę ułatwiają liczne, coraz bardziej mnożące się leksyka, Thesaurus linguae latinae i inne podobne wydawnictwa.

Natomiast dają Włosi całą „iurisprudentiam anteiustinianam", a więc to, co zawarte jest u Huschke'go względnie w Collectio librorum iuris anteiustiniani (Mommsen-Krüger-Studemund) a nawet znacznie więcej. Jest więc Gaius, Ulpian, Paulus, są Fragmenta Vaticana, Mosaicarum et Romanarum legum Collatio, Consultatio itd. itd., ale jest także Gai Epitome, po raz pierwszy pojawiająca się w wydaniu obliczonem na popularność, są Fragmenta interpretationis Gai Augustodunensia, Scholia Sinaitica, Edictum Theodorici, Lex Romana Burgundionum (nie Burgundiorum, jak pisze Baviera) i i. Ozdobę zbioru stanowi łacińskie tłumaczenie księgi prawnej rzymsko-syryjskiej według manuskryptu londyńskiego, w opracowaniu Ferriniego.

Obfita ta kollekcya mieści się w niewielkiej książeczce, dzięki cienkiemu a trwałemu papierowi, którego użyto do druku. Na pochwałę wydawców podnieść należy, że pracowali z wielką sumiennością, a samodzielność ich pracy stwierdzić można na każdym kroku. Zwracam uwagę na staranne wydanie XII tablic. Obfitość zapisków bibliograficznych, zebranych z wielką dokładnością, zawierających niejednokrotnie mimo szczupłości miejsca, jakiem wydawcy rozporządzali, znacznie więcej, aniżeli opracowanie Gradenwitza, odda każdemu pracującemu na niwie romanistyki dobre usługi. We wstępach do poszczególnych zabytków znajdzie czytelnik zawsze kilka trafnych

uwag, wprowadzających go doskonale w treść i znaczenie przytoczonego źródła. Wydawcy dodają także obfity aparat krytyczny i porównawczy, uwzględniając ustępy analogiczne z innych źródeł. Urządzenie to, odpowiadające w zupełności celowi wyrażonemu na karcie tytułowej „in usum scholarum" powitać należy z wdzięcznością i uznaniem.

W jednym tylko kierunku obu wydawnictwom, zarówno niemieckiemu jak i włoskiemu, uczynić można zarzut: korekta nie była dość staranną. Na szczęście jednak braki wskutek tego powstałe są łatwe do usunięcia i głównie w tych ustępach występują, które z pod pióra redaktorów pochodzą; teksty źródeł są bardziej poprawne. Widocznie jest to brak, którego w podobnych pracach niepodobna uniknąć. *Dr. Adolf Berger*

Bobczew Stefan, Istorija na starobiełgarskoto prawo (Lekcii i izsliedwanija), Sofia 1910, str. XII+560.

W początkowych latach XX stulecia objawiło się w nauce historycznej niektórych praw słowiańskich dążenie do ujęcia w jeden całokształt wyników dotychczasowych badań naukowych. Dążenie to widoczne jest np. bardzo wyraźnie w nauce prawa polskiego. Naukę polską wyprzedziła pod tym względem, do pewnego przynajmniej stopnia, nauka bułgarska. Profesor uniwersytetu sofijskiego Bobczew, przedstawił w podanem powyżej dziele system całego prawa starobułgarskiego. Bez przesady można powiedzieć, że nikt bardziej nie był powołany do napisania tego dzieła, jak profesor Bobczew. Jego działalność literacka i naukowa obejmuje długi okres lat 43, począwszy od roku 1867, kiedy jako 14-letni chłopiec począł wydawać dziennik rękopiśmienny p. t. Utro. Wśród bardzo licznych, w najrozmaitsze dziedziny wkraczających prac autora, znajdujemy szereg poświęconych historyi prawa starobułgarskiego, zwłaszcza historyi źródeł i prawu państwowemu (jak n. p. prace o prawie zwyczajowem, o t. zw. Zakonie sudnym ludiom i zakonach cara Kru-

ma). Autor jest ponadto znawcą współczesnego prawa bułgarskiego, a w hierarchii sądowniczej bułgarskiej wysokie piastował stanowiska. Od r. 1902 jest Bobczew profesorem historyi prawa bułgarskiego przy uniwersytecie w Sofii, dzieło też jego opiera się w znacznej części na wykładach uniwersyteckich. Nie tylko jednak powyższa działalność naukowa wywołała to dzieło. Życie autora związane jest bardzo ściśle z powstaniem nowego państwa bułgarskiego, a w wypadkach politycznych brał on udział czynny i wybitny. Stąd i dzieło powyższe jest wynikiem nie tylko studyów naukowych, ale zarazem jednym z objawów gorącego przejęcia się sprawami ojczystemi.

Nie mamy zamiaru poddawać fachowej krytyce tego cennego w każdym razie dzieła, chcemy jedynie zwrócić na nie uwagę nauki polskiej i podać w głównych zarysach jego treść. Praca prof. B. nie jest bez znaczenia i dla nauki prawa polskiego, może ona posłużyć do porównania i wyjaśnienia pewnych wytworów prawnych analogicznych (por. n. p. wywody autora o kniaziu i kmieciach, str. 318—327. 352, zwłaszcza zaś uderzające analogie w przewodzie sądowym). Podnieść należy z uznaniem erudycyę autora, który nie ogranicza się do literatury bułgarskiej, ale uwzględnia ponadto literaturę naukową słowiańską i zachodnio-europejską (każdy rozdział poprzedzony jest literaturą). Autor powołuje zwłaszcza często literaturę francuską, rzadziej niemiecką, do pewnego stopnia także angielską. Z literatur słowiańskich uwzględnia w bardzo szerokim zakresie rosyjską. Po części jest to wynikiem tej okoliczności, że nauka rosyjska najwięcej stosunkowo zajmowała się zarówno samem prawem bułgarskiem, jak i ogólnem prawem słowiańskiem, po części znowu wynikiem zapatrywań politycznych autora. Pod wpływem literatury rosyjskiej okazuje autor pewną skłonność do abstrakcyjno-filozoficznych wywodów o prawie, jego celu i zadaniach (przytoczone zapatrywania na prawo całego szeregu filozofów, jak Wika, Herbera, Hobbesa, Bentama, str. 23—27), co w dziełach poświęconych

historyi prawa wydaje się mniej odpowiednie. Nie obcą jest też autorowi literatura czeska, nawet z lat ostatnich, tudzież literatura prawnicza polska. Ta ostatnia jednak przeważnie starsza i to w sposób bynajmniej nie wyczerpujący (prace Maciejowskiego, Bandtkiego, Hubego). Cały rozkwit literatury prawniczej polskiej nowszej (z wyjątkiem kilku prac prof. Balzera) pozostał przez autora nieuwzględniony. Niemniej jednak podnosi autor słusznie zasługi dawniejszej nauki polskiej, położone na polu historyi praw słowiańskich, mianowicie Maciejowskiego i Hubego, a z nowszych Balzera. Autor uwzględnia nie tylko literaturę polską, sięga nawet do samych źródeł, powołuje się na ustawodawstwo Kazimierza W., statut warcki, ustawy Kazimierza Jagiellończyka i statut I litewski.

U autora widoczna jest pewna skłonność do przedstawienia przedmiotu w sposób porównawczy. Z postanowieniami prawa bułgarskiego zestawia odnośne przepisy innych praw słowiańskich, a nawet germańskich, romańskich (str. 440—441). Sięga on jeszcze dalej, powołuje się nawet na prawodawstwo chińskie (str. 446), jakkolwiek zestawienia te są przeważnie jedynie czysto zewnętrzne, bez uwidocznienia ściślejszego wewnętrznego związku (np. na str. 442). Tam gdzie brak źródeł bułgarskich nie pozwalał wyjaśnić pewnego pytania, stosował autor analogię z prawa rosyjskiego (str. 375). Zaznaczyć wreszcie należy, że autor nie poprzestaje jedynie na samem przedstawieniu pozytywnych wyników dotychczasowych badań ale zajmuje się rozbiorem rozmaitych teoryj naukowych.

Po wstępie (str. 1—57) następuje część ogólna (58—204), zawierająca źródła prawa bułgarskiego. Część pierwsza (205—364) obejmuje prawo państwowe, druga (365—410) sądowe, trzecia (411—481) karne, czwarta wreszcie (482—560) prawo prywatne. Powyższe działy prawa nie zostały opracowane równomiernie. Najdokładniej opracowano dział o źródłach i prawo państwowe, mniej dokładnie prawo procesowe i karne, dość pobieżnie prawo prywatne.

We wstępie mówi autor o znaczeniu, zadaniu, metodzie i pojęciu historyi prawa bułgarskiego, którą, idąc za wzorem dawniejszej nauki niemieckiej, dzieli na historyę zewnętrzną i wewnętrzną. Bardzo szczegółowo omawia nauki pomocnicze historyi prawa i podział prawa bułgarskiego na okresy.

Część ogólna zajmuje się źródłami prawa bułgarskiego, o których nawiasowo można powiedzieć, że w porównaniu z źródłami prawa polskiego, przedstawiają się bardzo skromnie. Przedstawiając prawo zwyczajowe, jego zbiory i znaczenie, poddaje autor krytycznemu rozpatrzeniu zapatrywania pod tym względem nauki niemieckiej, zwłaszcza zaś Puchty i Savigny'ego. Z kolei przechodzi autor do prawa ustawowego, podając pojęcie ustawy (zakon). Wyczerpujące przedstawienie prawa zwyczajowego i ustawowego umożliwiły autorowi jego poprzednie w tym kierunku monograficzne prace.

Z pomników prawodawstwa bułgarskiego wybijają się zwłaszcza zakony cara Kruma, responsa papae Nicolai I ad consulta Bulgarorum z r. 866 i starobułgarskie „kormcze". Nazwa kormcza odpowiada greckiemu nazwaniu nomokanon (zbiór praw świeckich i kościelnych). Oparta na nomokanonie Jana Scholastyka z w. VI. bułgarska kormcza została przełożona na język starobułgarski i zastosowana do potrzeb miejscowych w r. 988. Druga jej redakcya pochodzi od władcy bułgarskiego Świętosława z w. XIII. Moc obowiązującą tych ksiąg w ziemiach słowiańskich, ich wydania, system i treść dokładnie opisuje autor. Równie szczegółowemu co do literatury, znaczenia, pochodzenia, autora i treści poddaje autor zbadaniu t. z. Zakon sudnyj ludiom. W następnym rozdziale jest mowa o Syntagmie Macieja Własteria, przełożonej z języka greckiego na słowiański w pierwszej połowie w. XIV, o zakonach cara Justyniana i cara Stefana Duszana, o t. z. manuale legum Constantini Harmenopuli (z r. ok. 1345), tudzież o Zemledielnym Zakonie. Dalszemi źródłami są chrysobule, t. j. przywileje carskie opatrzone złotą pieczęcią. Dyplomatyczna strona tych do-

kumentów, doniosłość ich dla badań historycznych w ogóle, a dla historyi prawa bułgarskiego państwowego, sądowego, karnego i prywatnego w szczególności zostały należycie podkreślone. Oprócz bułgarskich jako źródła posłużyć mogą chrysobule mołdawskie i firmany tureckie. Także z umów międzynarodowych, latopisów, kronik i nadpisów można powziąć nie jednę wiadomość o prawie bułgarskiem. Czy jednakże wyliczenie takich umów międzynarodowych (str. 191—195), tudzież wyliczenie kronikarzy arabskich, bizantyjskich, zachodnio-europejskich słowiańskich i bułgarskich w systemie prawa jest rzeczą odpowiednią, możnaby powątpiewać.

W części pierwszej, poświęconej prawu państwowemu, mówi autor o najwcześniejszem zasiedleniu półwyspu bałkańskiego, plemionach słowiańskich, ich ustroju rodowym i szczątkach ustroju prabułgarskiego w prawie nowem. W historyi prawa państwowego odróżnia epokę pogańską i chrześcijańską, w tej ostatniej znowu okres cara Borysa (852—888), najświetniejsze czasy rozwoju za cara Symeona W. (893—927), rozpad państwa bułgarskiego na wschodnie i zachodnie, okres panowania bizantyjskiego (1018—1186), okres drugiego carstwa bułgarskiego (1186—1396), które uległo najazdowi tureckiemu. Z tą datą zamyka autor swe przedstawienie. Przechodząc do dogmatycznego skreślenia prawa dzierżawnego, zwraca autor uwagę najpierw na czynnik terytoryalny. Przytacza nazwy, używane na oznaczenie państwa bułgarskiego (zwanego także Zagorą), opisuje jego granice w rozmaitych okresach czasu, podział na terytorya (oblast', chora, żupa), wspomina o zamkach, miastach, wsiach. Zaznaczywszy, że obok Bułgarów zamieszkiwał Bułgaryę szereg innych narodowości, przedstawia podział społeczeństwa na stany (bojarzy, ludzie swobodni, zawiśli i duchowieństwo), pochodzenie szlachty w ogóle, a bułgarskiej w szczególności, rozróżnienie bojarów na wielkich i małych, wewnętrznych i zewnętrznych, ich stanowisko prawne, stanowisko duchowieństwa w epoce pogańskiej i chrześcijańskiej, duchowieństwa świeckiego i zakonnego. Do ludzi

swobodnych należeli mieszczanie, kupcy, włościanie, do ludzi zawisłych parycy, otrocy, technitary. Parycy odpowiadali rzymskim kolonistom. Autor polemizuje ze zdaniem, jakoby parycy byli niewolnikami, wywodząc, że w starej Bułgaryi nie było niewoli w znaczeniu prawa rzymskiego, wyrażenia zaś rob. rab, oznaczały jedynie jeńców wojennych. W szczególności miało prawo bułgarskie nie znać także śmierci cywilnej (str. 315). Na czele państwa stał książę (kniaź, chan, kachan, car), którego władza nie była początkowo absolutna, wywodziła się ona z władzy całego narodu. Władzę dzielił on z t. z. synklitem i narodnym soborem a osiągał ją przez wybór albo sukcesyę. Księciu służyła władza ustawodawcza, rządowa, sądownicza, on reprezentował też państwo na zewnątrz. Obok panującego stała rada bojarska (bolierski sowiet, synklit, senat), tudzież narodny sobór. Skład, zakres działania, czas i miejsce zbierania się obu tych ciał zostały dokładnie omówione.

Obok organów rządu centralnego istniały organy zarządu prowincyonalnego i miejscowego. Do pierwszych należeli despot, sewastokrator (obaj wysocy urzędnicy do szczególnych poleceń panującego), wielki logotet (kanclerz), protowestiar (naczelny szatny), protosewast (mający nadzór nad sędziami), protostrator (naczelnik gwardyi nadwornej) i inni. Do organów zarządu prowincyonalnego liczyli się żupani, kefalowie czyli katepany (naczelnicy miast niektórych), desetkary (urzędnicy skarbowi) i inni. I wsie posiadały organy zarządu miejscowego, a były dwojakie, zajmujące się rolnictwem (rolne) albo hodowlą bydła (skotne, zwane także kolibami, katunami). Obszerniej zastanawia się autor nad znaczeniem słowa kmieć. Część pierwszą zamyka rozdział uprawnieniom władzy pod względem policyjnym, wojskowym i skarbowym poświęcony, do czego nawiązano przedstawienie obowiązków ludności w robociznach i daninach.

Część drugą wypełnia prawo sądowe. W ustroju sądowym rozróżnia autor epokę pogańską i chrześcijańską. Najstarszym sądem był samosąd, potem sąd jednaczy.

Sąd książęcy rozwinął się z sądu domowego, t. j. sądu głowy rodziny. W epoce chrześcijańskiej powstały obok świeckich sądy duchowne. Osobno istniały jeszcze sądy zakonne. Do sądów świeckich należał sąd książęcy, żupny (okręgowy), sądownictwo niższe było złożone w rękach kełałów, sewastów. W najstarszej dobie nie było odróżnienia na przewód cywilny i karny. Postępowanie przed sądem rozpadało się na trzy stadya, pozew (pogon, wuka na sud), rozprawa przed sądem i egzekucya. Początkowo stawały strony (iściec i otwietnik) przed sądem razem z krewnymi. Przymusowem przystawieniem przed sąd strony niejawiącej się zajmował się prystaw. Najdawniejszy przewód sądowy polegał na pojedynku sądowym (dwuboj), który był odpowiedniem przekształceniem samosądu. Z pojedynkiem sądowym łączył się znowu sąd boży (ordalia) ognia, wody zimnej i gorącej i trucizny. Z sądu bożego przez truciznę wykształciła się przysięga. Ten wewnętrzny związek, jaki autor wykazuje pomiędzy powyższemi instytucyami prawnemi, jest bardzo zajmujący. Oprócz przysięgi środkami dowodowymi były przyznanie, świadkowie, którzy rozwinęli się ze społem przysięgających, dokumenty. Rozdziałem o zwodzie (t. j. odwołaniu się na isca), licu, o odpowiedzialności ciał zbiorowych w razie niewykrycia właściwego sprawcy przestępstwa, o przekleństwie, egzekucyi i odwołaniu, kończy się druga część.

W części trzeciej, zajmującej się prawem karnem, podane jest porównanie prawa karnego dawniejszego z nowożytnem, określone pojęcie przestępstwa w prawie dawnem z zaznaczeniem, że pierwotnie nie było różnicy między przestępstwem karnem a cywilnem. Z kolei mówi autor o czynniku subjektywnym w działaniu przestępnem, podmiotach działania przestępnego (zauważyć jednak należy, że autor nie wspomina o odpowiedzialności karnej zwierząt), o uczestnikach przestępstwa i samem działaniu przestępnem, o podziale przestępstw. Pierwszy dział tworzyły przestępstwa przeciw osobie, w szczególności przeciw życiu człowieka (mężobójstwo, okaleczenie, rany

krwawe), przeciw swobodzie osobistej i czci, przeciw mieniu (kradzież, rabunek, podpalenie i inne), dalsze działy przestępstwa przeciw związkowi krwi i związkowi małżeńskiemu (wielożeństwo, kradzież żony), przeciwko państwu, religii i cerkwi. Przechodząc do kar zastanawia się autor nad karą w dawnem i nowem prawie, nad jej celem. Najdawniejsza kara objawiała się w prawie zemsty (mest'), z którego rozwinął się odkup, w prawie późniejszem znajdowały zastosowanie kary śmierci, wygnania, konfiskaty i kary duchowne.

Część czwarta, której przedmiotem jest prawo prywatne, rozpoczyna się rodzajem części ogólnej. W niej jest mowa o osobach fizycznych i prawniczych (takiej nazwy używa autor), do ostatnich zaliczone cerkwie, monastery, miasta, wsie, żupy, państwo. Ograniczenia zdolności prawnej wynikały z płci, wieku, zdrowia fizycznego i umysłowego, stanu społecznego, obcopoddaństwa. Wedle autora ograniczenia, jakim ulegali cudzoziemcy w państwach zachodnio-europejskich, nic były znane prawu bułgarskiemu, owszem cudzoziemcy cieszyli się tam licznymi przywilejami. Na tem wyczerpuje autor dosyć szczupłe, jak widzimy, zasady pospolite prawa prywatnego. Stosunkowo najdokładniej opracował autor z prawa prywatnego prawo rodzinne, zwłaszcza zaś rozdział o zadrudze, monograficzne studya autora o tym właśnie przedmiocie umożliwiły taką dokładność. Dawniejszą formą zawarcia małżeństwa było porwanie względnie ucieczka kobiet (kobiety takie zwały się biegałki) i kupno. Jedną z przeszkód zawarcia małżeństwa było pokrewieństwo sztuczne, przedmiotowi temu poświęca autor w tem właśnie miejscu (może mniej właściwie) dokładną uwagę. Następują rozdziały o rozwiązaniu małżeństwa, stosunkach osobowych i majątkowych między małżonkami. Tym ostatnim poświęcono zaledwie wierszy cztery (na str. 524). Ustępy o władzy rodzicielskiej i opiece zamykają prawo rodzinne. Równie pobieżnie traktowane jest prawo spadkowe. Skreśliwszy rozwój tego prawa, wyjaśnia autor porządek dziedziczenia wedle ustawy i zwyczaju, porządek dziedzicze-

nia w pewne dobra specyalne, porządek dziedziczenia testamentowy. Prawa rzeczowego tworzą treść podział rzeczy na ruchome i nieruchome, własność, baszczyny, t. j. imienie pochodzące od przodków (polskie dobra rodowe), dobra proniarskie, t. j. dobra nadane za zasługi, które autor porównuje z lennami zachodniemi. Prawu obowiązkowemu, które zamyka część czwartą i całe dzieło, poświęcił autor niecałych dziewięć stron.

Dr. P. Dąbkowski.

La diète de Galicie — ses tendances autonomiques, par Georges Bienaimé. — docteur en droit. Paris, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éditeur 1910 (Str. XIX + 259).

Przyzwyczajeni w literaturze obcej o Polsce do powierzchownych pochwał lub równie powierzchownych napaści, z tem większem zadowoleniem czytamy książkę, która z rzadką sumiennością i staraniem o dokładność, a zarazem z objektywną, sprawiedliwą życzliwością omawia najtrudniejsze sprawy polityki krajowej galicyjskiej. Autor, ożeniony z Polką i znający język polski o tyle, aby w oryginale czytać polskie źródła, przystępuje do pracy ze znacznem ogólnem wykształceniem prawnem, politycznem i ekonomicznem a zarazem z wielką znajomością i umiłowaniem przedmiotu, o którym pisze.

Przedmowa na 19 stronach podaje zwięzłe wiadomości geograficzne o Galicyi, o jej granicach, obszarze, gęstości zaludnienia, górach i rzekach, głównych miastach i ogólnym wyglądzie wsi, o zamieszkujących kraj narodowościach i o położeniu gospodarczem kraju. Następnie rozdział pierwszy (Notions préliminaire stron 9) charakteryzuje ogólne położenie polityczne Polaków, daje najważniejsze wiadomości o wymawianiu nazwisk i nazw polskich, wreszcie przedstawia genezę historyczną dzisiejszego terytoryum galicyjskiego. Rozdział drugi (stron 16) podaje historyę polityczną Galicyi od r. 1772 do 1860, trzeci (stron 56) historyę prawno-polityczną Gali-

cyi od roku 1860 aż do parlamentarnej reformy wyborczej z r. 1907 włącznie, czwarty wreszcie rozdział (stron 18) streszcza dokładnie dzisiejszy statut krajowy galicyjski i sejmową ordynacyę wyborczą. Rozdział piąty (stron 42) omawia działalność sejmu i zakres dzisiejszej autonomii galicyjskiej, a mianowicie administracyjne i finansowe prawa sejmu, jego kompetencyę w sprawach podatkowych, udział Galicyi w budżecie państwa, budżet własny kraju i źródła dochodów funduszu krajowego. Rozdział szósty (stron 28) omawia sprawę sejmowej reformy wyborczej i poszczególne jej projekty, a w związku z tem przedstawia programy i charakterystykę wszystkich ważniejszych stronnictw galicyjskich. Rozdział VII (stron 46) omawia sprawę ruską i żydowską oraz przyszłość sejmu; wreszcie rozdział VIII (stron 21) mówi o stosunku Galicyi do Austryi. Dziesięć stron bibliografii, z której autor korzystał, kończy książkę, dając zarazem cudzoziemskiemu czytelnikowi sposobność i podnietę do głębszych studyów nad tematem, przez autora zajmująco i sympatycznie opracowanym. *P.*

Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen begr. von Dr. L. Adler u. Dr. R. Clemens, fortges. von Dr. Josef Friedländer, — T. XIII. Nr. 2418—2670. Wiedeń 1910 Manz. Cena k. 11 w opr. k. 12 60.

Tom niniejszy znanego zbioru obejmuje orzeczenia publikowane w czasopismach od początku 1905 do końca 1907, lecz sięgające datą dawniejszych jeszcze lat (od 1901), zebrane starannie i streszczone dokładnie, tak, że status causae jasno czytelnikowi się przedstawia. Zajmumujące są orzeczenia odnoszące się do działalności zagranicznych spółek akcyjnych i z ogr. odp. (2637, 2664, 2589, 2624) — o interesach terminowych (2608), o przesyłkach pieniędzy w listach rekomendowanych (2621), cały szereg orzeczeń o zastosowaniu zasad ustawy cyw. i innych ustaw do prawa handlowego, o obowiązku regestrowania firmy rzemieślników jak piekarzy, tokarzy

i t. d. wrazie, jeśli podatek ich dosięga wysokości przepisanej, liczne orzeczenia o spółkach z ogr. odp., o dopełnieniu zobowiązań handlowych, o odpowiedzialności przewoźników i kolei na przewóz towarów, o stowarzyszeniach zarobkowych i wiele innych, przeważnie bardzo dokładnie i trafnie motywowanych. Dla sędziów i adwokatów zbiór ten przedstawia obfite źródło informacyi tem bardziej, że informuje nie tylko o interpretacyi ustawy lecz i prawa zwyczajowego, które, w powszechnem prawie cywilnem wykluczone, szerokie zastosowanie ma w prawie handlowem. — Tu w zakresie ruchu handlowego dobitniej aniżeli gdzie indziej występuje na jaw, jak ważnem jest prawnikowi wejście w środowisko życia, a jak suchem i bezpłodnem byłoby zamykanie się w ramach paragrafu, oderwanego od życia i jego potrzeb. *R... r.*

Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Napisał

Dr. Edward Dubanowicz.

Uzasadnieniem prawa wywłaszczenia własności prywatnej na rzecz jakichkolwiek celów jest podług zgodnego brzmienia ustawodawstwa wszystkich prawnie urządzonych krajów użyteczność publiczna tych celów, bez względu na to, czy przedsiębiorstwa wiodące do urzeczywistnienia ich są podejmowane przez państwo, czy osoby prawne, czy prywatne.

Ustawy krajów romańskich, więc ustawy francuskie, belgijskie, włoskie, hiszpańskie mówią tu o „utilité publique“, „bien public“, „intérêt public“, „intérêt général“, „pubblica utilità“, „utilidad publica“; szwajcarskie takie o „bien général“, „intérêt commun“, albo o „bien“, lub „intérêt de la Confédération, ou d'une grande partie du pays“; ustawy niemieckie wymieniają „das gemeinschaftliche Wohl“, „das Wohl des gemeinen Wesens“, „das allgemeine Beste“, „öffentliche, nothwendige, oder gemeinnützige Zwecke“, „das öffentliche Wohl“, „öffentlicher Nutzen“, „das öffentliche Interesse“ i t. d.; praktyka amerykańska idąc za angielską podaje „public necessity“, „p. utility“, „p. need“, „p. use“, „p. good“, „p. benefit“, „p. adventage“, „p. welfare“, „p. improvement“, lub „public exigencies“,

albo „public purposes" jako wystarczającą i jedyną podstawę prawa wywłaszczenia.

Innego uzasadnienia prawa wywłaszczenia nie znajduje też i teorya[1]). Nic słuszniejszego nad jej rozumowanie: Kto nie przestaje opierać budowy porządku

[1]) Oczywiście z nielicznymi wyjątkami: Tak już J. H. Fichte „System der Ethik" Leipzig 1850—1. (II. „Güterlehre" str. 74 i n.): „Es ist daher die Pflicht des Eigenthümers, nicht blos sein Recht, sein Eigenthum möglichst nutzbar zu machen, und ihm gegenüber ist das Recht des Staates anzuerkennen, darin ihn zu beaufsichtigen und durch Massregeln der Gesetzgebung und Verwaltung zu solcher höchstmöglichen Benutzung anzutreiben, oder wenn dies unmöglich, gegen vollständige Entschädigung, wie sich versteht, es in die Hände des rechten Eigenthümers zu legen" (str. 76).

Dalej idzie A. Wagner („Allg. od. theor. Volkswirtschaftslehre" Leipzig u. Heidelberg 1876 t. I.). Pojęcie „użyteczności publicznej" odrzuca on jako zupełnie niejasne („ein zu wages Prinzip") a w jego miejsce szuka innej zasady: „Ein solches Prinzip — czytamy tam na str. 693 i n. — muss nothwendig aus der Beziehung der Privateigenthumsordnung und der Vertheilung des Eigenthums zur Volkswirtschaft und Gesellschaft und zu deren bei deren geschichtlicher Entwickelung abgeleitet werden". „Das Prinzip für die Begründung und Begrenzung der Enteignung — czytamy na str. 698 — liegt in demjenigen öffentlichen Interesse, welches gebieterisch eine der beiden Hauptveränderungen im volkswirtschaftlichen Productionsprocesse fordert, - eine wesentliche Umgestaltung der Organisation der Volkswirtschaft und des einzelwirtschaftlichen Productionsbetriebs, speziell der Bodenbenutzung — weil und soweit diese Veränderungen eine wesentliche Bedingung für die Fortentwickelung des Volkslebens anerkannt werden".

Z czasem też, zdaniem A. Wagnera, będzie miało wywłaszczenie, nierównie powszechniejsze zastosowanie, przedewszystkiem dla zaspokojenia wskazanych przez autora potrzeb socyalnych. „Dieses Gebiet — czytamy na str. 708 wsp. dzieła — würde allgemeinere Enteignungen aus Gründen des Vertheilungsinteresses und damit, wie immer zusammenhängend, der Sozialpolitik betreffen, namentlich um etwaige Enteignungen zur Herstellung der Bedingungen für die gleichmässigere Vertheilung des Productionsertrags mittelst Hinüberleitung von jetzigem privaten Renteneinkommen des Kapitalisten und Grundeigenthümers in das Einkommen der Zwangsgemeinwirtschaftlichen (Staat, Gemeinde) oder auch direkt dar, des eigenen Privateigenthums an Pro-

prawnego na zasadzie prywatnej własności i prawnej równości, a zarazem przyznaje, że wywłaszczenie stanowi pod obu tymi względami rzeczywiste naruszenie praw jednostki, że nadto, mimo odszkodowania pełnej wartości ekonomicznej zabranego mienia pozostawia ono niczem niepowetowane i wyjątkowe ścieśnienie sfery indywidualnej wolności, — ten w konflikcie zasad, zgodzić się musi, że prawo jednostki może być poświęcone tylko wobec takiego celu, który będąc niezbędnie potrzebny dla dobra powszechnego, jest tem samem, pośrednio, czy bezpośrednio, użyteczny dla jednostki, naruszonej w swych prawach.

Skoro tak jest, warto zapytać, co to jest „użyteczność publiczna", jaka jest treść tego pojęcia pod względem prawnym, jakie to są znamiona, po których sądząc, ocenić można, czy jakiś cel jest w rzeczywistości celem „użyteczności publicznej", czy też nim nie jest.

Praca niniejsza jest poświęcona rozbiorowi zasady „użyteczności publicznej" w tem rozumieniu. Nie jest to pierwsza próba w tym kierunku. Kwestya „użyteczności publicznej" w ustawodawstwie ekspropryacyjnem była owszem przedmiotem bardzo wielu, niektórych pierwszorzędnych rozstrząsań naukowych. Jedni z autorów szukali jej rozwiązania niejako „sub specie aeternitatis", na polu filologiczno-filozoficznej analizy pojęcia „użyteczności publicznej", drudzy, nierównie liczniejsi, ograniczyli się do ustalenia, czem jest pojęcie „użyteczności publicznej" w takiem rozumieniu, w jakiem się przyjęło i rozpowszechniło w teoryi na-

ductionsmitteln entbehrenden, sogen. arbeitenden Klassen". Sposobem analogicznym i znowu najzupełniej w literaturze naukowej odosobniony, rozszerza A. Wagner pojęcie celów „użyteczności publicznej" także na fiskalne, prywatne interesy państwa.

Poglądy te, szerzone dzisiaj powszechnie w agitacyjnej literaturze socyalistycznej (por. już F. Lassalle „Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze" Lipsk 1861 str. 193 i n.) pozyskały już namiętną, pożądliwą aprobatę w mniej lub więcej szerokich kołach ludności niemal wszystkich krajów.

ukowej, pod wpływem pozytywnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego rozmaitych krajów.

Autor tej pracy poszedł śladami tych ostatnich a i tu, nie kusząc się bynajmniej o stworzenie nowej, oryginalnej definicyi pojęcia „użyteczności publicznej", poprzestał na tem dążeniu, ażeby ile możności najwierniej przedstawić to, co w sądach wypowiedzianych w danej materyi, wydaje się jako bezsprzeczne, a przynajmniej jako najpoważniej poparte.

Potrzebna tu jedna uwaga. Niektórzy autorowie skłonni są widzieć osobną a istotną granicę pojęcia „użyteczności publicznej" już w tem samem, że w niektórych państwach deklaracya „użyteczności publicznej" zastrzeżona jest wyłącznie władzy ustawodawczej lub w tem, że w niektórych z tych państw, gdzie deklaracya „użyteczności publicznej" jest powierzona władzy wykonawczej, władza ta w orzeczeniach, stwierdzających istnienie „użyteczności publicznej" nie może przekroczyć granic wynikających z wyczerpującego wymienienia celów „użyteczności publicznej" przez ogólną lub też przez specyalne ustawy ekspropryacyjne.

W istocie, w ustroju rozmaitych państw stwierdzić można pod tym względem istnienie trzech głównych[1]), odmiennych systemów:

Jedną grupę stanowią te państwa, które idąc wzorem ustawodawstwa angielskiego i amerykańskiego zastrzegły moc stwierdzania „użyteczności publicznej" samej tylko władzy ustawodawczej, a to w ten sposób, że

a) albo jak Dania, Szwajcarski związek, Saksonia, poniekąd także Austrya, nie mają żadnej ogólnej ustawy ekspropryacyjnej a upoważnienie do wywłaszczania, powierzają władzy wykonawczej tylko w ściśle określonych granicach ustaw specyalnych, albo (jak

[1]) Odmiennie od wszystkich innych państw, na mocy ustawy z 1879 r. przekazane jest w Hiszpanii orzekanie o „publicznej użyteczności" przedsiębiorstwa władzy sądowniczej, a mianowicie trybunałom cywilnym.

w zasadzie dotąd jeszcze w Anglii) nawet ustaw indywidualnych,

b) albo jak Bawarya, Sachsen-Weimar, Węgry, Meklemburg, Luzerna, Uri, Szwyc, Glarus, Friburg, St. Gall, Grisons, określają dokładnie odpowiedni zakres działania administracyi w ogólnych ustawach ekspropryacyjnych, w których są z góry wymienione wszystkie cele lub wszystkie kategoryc celów „użyteczności publicznej".

Drugą, najliczniejszą i rosnącą w czasach najnowszych grupę stanowią państwa i państewka niemieckie (Prusy, Sachsen-Koburg, Sachsen-Gotha, Württemberg, Anhalt, Lubeka, Hamburg, Brema etc.), których ustawy ekspropryacyjne wyliczają cele „użyteczności publicznej" tylko przykładowo, pozostawiając poza tem swobodne pole działaniu administracyi państwowej.

Grupę trzecią, pośrednią, stanowią te państwa, które jak Francya, Belgia, Włochy, nie wymieniają w swych ogólnych ustawach ekspropryacyjnych wyczerpująco celów „użyteczności publicznej" lecz stosownie do natury i do doniosłości przedsiębiorstw [1]), pozostawiają deklaracyę „użyteczności publicznej" bądź ustawom specyalnym, bądź administracyi

Otoż jeżeli po porównaniu pierwszego i drugiego systemu chciałoby się w zasadzie przyznać wyższość pierwszemu z nich, to powodem po temu nie może być twierdzenie, jakoby w tym systemie była zapewniona ściślejsza granica samego pojęcia „użyteczności publicznej", ale chyba tylko wzgląd na to, że przy tym systemie są z góry wykluczone nadużycia władzy administracyjnej, które w systemie drugim mogą wyniknąć ze zbyt swobodnej interpretacyi pojęcia „uży-

[1]) Innego rodzaju system mięszany istnieje w niektórych kantonach szwajcarskich (Zürich, Thurgovie) a polega na tem, że przy przedsiębiorstwach państwowych do orzekania o „publicznej użyteczności" ich powołaną jest sama administracya, zaś przy przedsiębiorstwach, podejmowanych przez osoby prywatne, władza ustawodawcza.

teczności publicznej", ale które przecież, jako nadużycia, nie rozszerzają granic pojęcia celów „użyteczności publicznej", ale muszą być zniesione. Na materyalną treść pojęcia „użyteczności publicznej" nie ma zatem wpływu fakt, jakiej władzy powierzoną jest deklaracya „użyteczności publicznej" a tylko fakt, czy w danem państwie, u czynników rządzących, ma pojęcie „użyteczności publicznej" pewne i wyraźne granice, urobione przez wykształcony i zdrowy zmysł prawny na podstawie obowiązujących, choćby najogólniejszych norm prawnych.

W rzeczywistości, w praktyce okazuje się też, że administracya państw prawnie urządzonych, w których pojęcie „użyteczności publicznej" ma takie granice, nie okazuje bynajmniej dążenia do nadużyć, nawet mimo zostawionej sobie większej formalnie swobody, kiedy tymczasem, jeżeliby wogóle słuszną miała być obawa, że pojęcie „użyteczności publicznej" zostanie kiedyś rozszerzone i przekształcone, trzebaby przypuszczać raczej, że sprawczynią tej przemiany stanie się właśnie władza ustawodawcza, jeżeli zamiast ograniczać się sama, przełamie te szranki, które jej stawiają często ustawy zasadnicze, a zawsze poszanowanie tych podstaw prawnych, na których wykwitła dzisiejsza cywilizacya.

I.

W praktyce i teoryi ekspropryacyjnej francuskiej ustaliło się pojęcie „użyteczności publicznej" i najwcześniej co do czasu i najostrzej, to jest najdokładniej, ze względu na granice prawne, któremi treść tego pojęcia ujęto.

Zmieniały się wprawdzie terminy, których używano na określenie „użyteczności publicznej" i ona to właśnie, ta zmiana, nasuwa przypuszczenie czy i samo pojęcie nie ulegało pewnej ewolucyi, jednak, jeżeli porównamy teksty ustaw i zasięgniemy zdania autorów

francuskich okaże się, że taki nawet przeskok od terminu „konieczności" (nécessité) do nazwy „użyteczności" (utilité) publicznej nie oznaczał zmiany samego pojęcia[1]), a był jedynie tylko odbiciem tego niewątpliwego faktu, że prawo wywłaszczenia, do którego jeszcze na początku XIX. wieku, nawet we Francyi uciekano się w wypadkach niezbyt częstych, rychło, z rozwojem kultury materyalnej i jej potrzeb, traciło charakter zjawiska wyjątkowo rzadkiego i stawało się zwyczajną potrzebą dnia.

Idzie zatem o określenie tylko jednego pojęcia, które owe rozmaite terminy oznaczały.

Według opinii twórców § 545 kodeksu napoleońskiego i ustawy ekspropryacyjnej z r. 1810 — sam fakt, że dany cel może być uważanym za pożyteczny dla ogółu lub dla jego części, nie wystarcza do uznania go za cel, upoważniający do wywłaszczenia.

Portalis[2]) mówi o „poważnych motywach użyteczności publicznej", które jednostce, ponoszącej „ofiarę osobistą" wynagradzają uszczerbek w jej prawie indywidualnem w ten sposób, że i ona może korzystać z celu, użytecznego dla wszystkich.

---

[1]) Il ne faut pas conclure — pisze Dalloz („Jurisprudence générale". T. XXIII. Paris 1852 § 46) objaśniając kolejne następstwo terminów: „nécessité" i „utilité" — toutefois dans les mots qu'il y ait eu changement dans la chose". Por. Deltheil („Loi du 3. mai 1841". Paris 1855 str. 80): „M. Grenier, suivant nous a très-bien expliqué le pensée du législateur de 1791 en disant: „Pour que l'expropriation puisse avoir lieu, il faut que le bien qu'on enleve au propriétaire soit réclamé nécessairement par l'exécution des travaux... Ainsi, le mot nécessité, dans la constitution de 1791, avait le même sens que le mot utilité dans la loi du 3. mai et dans l'art. 545 du Code Napoléon".

[2]) „La législation civile... ou Commentaire..." par M. le baron Locré T. VIII. Paris 1827.: „Pour que l' Etat soit autorisé à disposer du domaine des particuliers, on ne requiert pas cette nécessité rigoureuse et absolue qui donne aux particuliers mêmes quelque droit sur le bien d'autrui. Des motives graves d'ulitité publique suffisent, parceque, dans l'intention raisonnablement présumée de ceux qui vivent dans une societe civile,

Grenier[1]) wymaga, ażeby wywłaszczenie okazywało się jako niezbędne a sama „użyteczność publiczna, która w społeczeństwie nie różni się od konieczności, była użytecznością realną".

Cesarz Napoleon[2]) stawia ustawie z r. 1810 żądanie, ażeby użyteczność publiczna była stwierdzona planem robót i ażeby z niego wynikała.

Te zastrzeżenia, które miały niebawem zdobyć sobie zastosowanie w praktyce przyjęła teorya francuska jako normy powszechnie obowiązujące. „Ustawodawca chciał powiedzieć — objaśnia Dalloz termin „użyteczności publicznej", — że należy, ażeby własność, której poświęcenie (sacrifice) jest wymagane, była niezbędną do wykonania takiego dzieła (travail), któreby nie będąc samo przez się absolutnie niezbędne, było przecież wymagane przez interes publiczny..." „Myślą wszystkich ustaw — pisze tensam autor po przytoczeniu definicyi Portalisa — które kolejno po sobie regulowały materyę wywłaszczenia, było, można — jak nam się zdaje — powiedzieć, że żądaniem ustawodawcy jest z jednej strony, użyteczność publiczna celu zamierzonego przez administracyę; z drugiej zaś niez-

il est certain, que chacun s'est engagé à rendre possible par quelque sacrifice personel, ce qui est utile à tous" (t. VIII. str. 143 ...„dans la séance du Corps législatif du 26. nivose an XII. (17. stycznia 1804).

[1]) „L'intérêt général, auquel tout autre intérêt doit être subordonné, peut exiger qu'un particulier céde sa propriété; mais le projet y met ces deux conditions, que l'utilité publique, qui dans l'etat social, ne se distingue point de la nécessité, soit réelle; que le propriétaire reçoive préalablement une juste indemnité". (Tamże t. VIII. str. 194—195).

[2]) „Napoléon dit que l'article I-er (projektu do ustawy z 1810 r.) pose un principe fécond en consequences... mais il désire qu'on ajoute au second (= „Les tribunaux ne peuvent prononcer l'expropriation qu'autant que l'utilité en a été constatée dans les formes établies par la loi") que l'utilité sera constatée aussi par le plan et par la décision de la commission dont le projet parlera dans la suite". (Tamże t. IX. str. 686: „Discussions au Conseil d'Etat"...).

będność wywłaszczenia dla osiągnięcia tego celu. Ten postulat zdaje się godzić wszelkie różnice redakcyi, które się znajdują w języku ustawodawczym. Gdyby wykonywanie prawa wywłaszczenia było ograniczone do wypadków absolutnej konieczności, byłoby ono niezmiernie wyjątkowe. Istotnie, nie można powiedzieć, ażeby było koniecznością dosłowną, n. p. otwieranie nowych dróg komunikacyi, skoro one istnieją już, jakkolwiek niedoskonałe i niewystarczające mogłyby się one wydawać skądinąd. Ustawodawca postąpił więc mądrze, nie zamykając prawa tak cennego granicami tak wązkiemi: lecz dodajemy niemniej za Puffendorf'em, że wypadkom użyteczności publicznej nie należy dawać zbyt wielkiej rozciągłości, i że raczej należy miarkować jej dobrodziejstwa, ile to jest możliwe, przez miarę słuszności“ [1]).

Na pytanie, kto jest podmiotem użyteczności publicznej, odpowiada tenżesam autor:

---

[1]) „Jurisprud. gén. § 46. Por. też Herson A. „De l'expropriation pour cause d'utilité publique. Paris 1843 str. 7 (jako drugi warunek prawa wywłaszczenia) i str. 21.; Solon V. H. „De l'expr. p. c. d'u. p.“ Paris 1850 str. 4 (1-e règle); De Peyronny et Delamare „Comment. théoretique et pratique des lois d'expr. p. c. d'u. p.“ Par. 1859 str. 13.; Bauny de Récy „Théorie d'expr. p. c. d'u. p.“ Par. 1871 str. 82.; De Lalleau „Traité d'expr. p. c. d'u. p.“ T. I. Par. 1892 str. 104—5 (3-e règle).

Że ten pogląd przyjął się wiernie w innych krajach romańskich, wystarczy przykładowo przytoczyć: Martino E. „Sulla espropriazione per causa di publica utilità. Commento alla Legge del 25. Giugno 1865“ Milano 1869 str. 15: „L'utilità pubblica dev' essere lo scopo dell'opera; ma la necessità dell'oggetto che vuolsi espropriare, è la causa giustificatrice della espropriazione medesima“. Jeszcze rygorystyczniej pojmuje „użyteczność publiczną“ Ocantos J. E. „De la expropriation por causa de utilidad pública“ Buenos Aires, 1881 str. 15 i n.: „La utilidad commun — objaśnia autor, mówiąc o terminie użytym w ustawach z 1815, 1817, 1819 (art. 109), 1826 (art. 159) i obow. ustawie z 1879 r. (art. 17) — no es otra, que aquella que degenera en necesidad. Admitido el principio de la expropriacion forzosa, debe limitarse á los casos en que una necesidad pública evidende y manifesta la reclamen“.

Przez te słowa: użyteczność publiczna, ustawa nie pojmuje pożytku całego ogółu obywateli. Wystarcza, ażeby interes departamentu lub gminy wymagał wywłaszczenia, ażeby ono stało się przyczyną, prawem dozwoloną... Lecz pożytek jednej lub więcej jednostek nie może nigdy być motywem, ażeby zmusić inną jednostkę do poświęcenia jej własności, nawet, gdyby stąd wynikał dla jednej strony największy możliwie pożytek, zaś dla drugiej strony bardzo niewielkie naruszenie prawa" [1]).

Dwa zatem za Dalloza ustaliły się warunki poświęcenia własności prywatnej na rzecz celu „użyteczności publicznej": 1. Przedsiębiorstwo, o które idzie, musi przedstawiać korzyść bezpośrednią dla wszystkich mieszkańców kraju, albo przynajmniej dla mieszkańców terytoryalnej części kraju, więc departamentu albo gminy. 2. Przedsiębiorstwo to nie może być urzeczywistnione bez poświęcenia odpowiedniej własności prywatnej.

Warunki te wymagają jednakże dalszych objaśnień, a przedewszystkiem: W jaki sposób władza, wypowiadająca deklaracyę „użyteczności publicznej" (w systemie francuskim, na podstawie ustawy z 3. maja r. 1841-go. deklaracya „użyteczności publicznej" jest wypowiadana, w miarę doniosłości przedsiębiorstwa, albo w formie ustawy specyalnej albo rozporządzenia władzy administracyjnej) ma stwierdzić istnienie owej zapowiadającej się korzyści.

Częściowe objaśnienie tej kwestyi w ustawodawstwie ekspropryacyjnem francuskiem można znaleźć już w tem, że ustawodawstwo to wymienia jako cele,

[1]) „Jurisprud. gèner." § 48, 49. Por. też De Caudaveine et Thery „Traitè de l'expr. p. c. d'u. p." Paris 1839 str. 9: „Des travaux à exécuter sont réputés d'utilité publique lorsqu'il doivent tourner à l'avantage de la société considerée en general, ou des individus formant l'une des fractions constitutives de cette même société: le département, l'arrondissement, enfin la commune".

dla których deklaracya „użyteczności publicznej jest dopuszczalna, jedynie tylko: „roboty publiczne" („travaux d'utilité publique" — w ustawie z r. 1841), lub: „roboty i przedsiębiorstwa użyteczności publicznej" (a mianowicie Senatus-consulte z d. 25. grudnia r. 1852 dodaje do „robót publicznych": „et toutes les entreprises d'intérêt général"), a nadto i w tem, że w charakterze przedsiębiorcy tych robót publicznych, występuje tu z reguły — jak to widoczne już z określenia użytego przez Dalloza — administracya publiczna[1]).

Jeżeli zatem ustawa z 1841 r. (art. 2. i. 4) wypowiada zasadę: „que... l'immeuble soit nécessaire a l'execution des travaux publics ordonnés ou autorisés" — wynika z tego nietylko sama przez się zrozumiała konsekwencya wyprowadzona przez Hersona[2]): „qu'aucune expropriation ne peut être reguise si des travaux publics n'ont été ordonnes ou autorisés", ale i druga, niemniej oczywista, że autoryzacya danych robót, a zarazem i deklaracya „użyteczności publicznej" tych robót może nastąpić tylko na podstawie konkretnego planu robót — wyjątkowo zaś, jeżeli odpada potrzeba przeprowadzenia robót w znaczeniu dosłownem (a idzie tylko n. p. o to, ażeby dany budynek zająć dla pomieszczenia urzędu publicznego, albo, ażeby dane źródło mineralne, znajdujące się dotąd w posiadaniu

[1]) „Pour definir l'expropriation d'utilité publique — pisze Polier L. („De l'expr. p. c. d'u. sociale" Paris 1905, str. 32), au sens large, c'est-à-dire l'expropriation au benefice de l'administration ou de buts pursuivis par l'administration"... Z tego też powodu ujmuje Polier owe nieliczne wypadki, w których w charakterze przedsiębiorcy występuje nie administracya, ale osoba prywatna (mimo, że i tu celem przedsiębiorstwa nie jest korzyść prywatna, ale pożytek publiczny) nową nazwą „wywłaszczenia dla celów socyalnych", nazwą—dodajmy nawiasowo—zupełnie tu nieodpowiednią i zdolną przez to sprowadzić pewną niejasność w teoryi wywłaszczenia.

[2]) „De l'expr. p. c. d'u. p." str. 7, 9.

prywatnem oddać na użytek publiczności [1]), na podstawie konkretnego, projektu przedstawiającego sposób zużytkowania przedmiotu.

Ustawodawca wypowiada zatem zawsze deklaracyę „użyteczności publicznej na podstawie projektu podejmowanego przedsiębiorstwa [2]).

Tym zaś sposobem może nietylko ocenić, o ile dane przedsiębiorstwo odpowiada potrzebom ogółu, ale co więcej, w granicach przybliżonego prawdopodobieństwa może zważyć i ocenić wielkość jego pożytku dla ogółu. Sam fakt, że przedsiębiorstwo jest podejmowane przez administracyę państwa, departamentu lub gminy nie jest jeszcze przy tej ocenie motywem rozstrzygającym. Wszak i administracya państwa, departamentu lub gminy może obok dzieł niewątpliwej „użyteczności publicznej" podejmować także przedsiębiorstwa, służące jedynie prywatnym interesom państwa, departamentu, czy gminy!

Poza tem istnieje w systemie francuskim jeszcze inny, realny wyraz, którym się „użyteczność publiczna" danego celu objawia na zewnątrz: Oto własność prywatna, z chwilą, w której formalnie została poświęcona celowi „użyteczności publicznej", nawet w tym wypadku, gdy przedsiębiorstwo zostało podjęte przez

[1]) Por. Dalloz „Jurispr. gén." § 50; De Peyronny et Delamare „Comm." str. 14 i t. d.

[2]) „L'utilite publique se constate au moyen d'une enquête. Les avant — projets, les plans des travaux préparés par les ingénieurs, avec une appréciation sommaire des dépenses sont soumis au public, qui est appelé à donner son avis sur l'utilité du travail projété, d'une manière générale... Il est formé au chef-lieu de chacun des départements que la ligne des travaux doit traverser, une commission de neuf membres au moins, et de treize au plus, pris parmi les principaux propriétaires de terres, de bois, de mines, les négotians, les armateurs et les chefs d'etablissements industriels. Les membres et le président de cette commission sont désignés par le prétet, dés l'ouverture de l'enquête... Après l'enquête intervient un act de l'autorité, qui déclare l'utilité publique". Aucoc L. „Conférences sur l'administration" Paris 1885—6. T. I., str. 555—7.

osobę prywatną [1]), przechodzi [2]) do majątku publicz-

[1]) Garsonnet („L'expr... § 55) wylicza, że prawo ekspropryacyi może być przyznane: „1-o à l' Etat, aux départements et aux communes (en vertu de l'article 3 de la loi du 3. mai 1841); 2-o aux personnes aux quelles ils ont concédé leur travaux (en vertu des articles 3 et 63 de la même loi); 3-o aux institutions qui ont le caractère officiel d'établissements publics; 4-o aux associations syndicales autorisées; 5 exceptionnellement à des particuliers ou établissements privés non dans leur intérêt privé, non pour l'augmentation de leur fortune personnelle, mais dans les rapports de l'établissement, dont il s'agit avec l'intérêt privé".

Por. De Lalleau: Traité... j. w. str. 105.

Por. także ze względu na ustawodawstwo szwajcarskie: De Weiss („De l'expr. pour c. d'u. p." Lausanne 1897 str. 90): „La Constitution fédérale Suisse (1874) prévoit à son art. 23 que „le droit d'expropriation pourra être accordé en faveur de travaux intéressant la Suisse ou une partie considerable du pays".

Tenże autor określa roboty „użyteczności publicznej" podług tekstu ustawy hiszpańskiej z r. 1879 jako: „ceux qui ont pour effet direct de procurer à l' Etat, à une ou plusieurs provinces, à une ou plusieurs villes, tout usage ou avantage se rapportant au bien général, et qui sont éxécutés, soit par l' Etat, les provinces ou les villes, soit par des compagnies ou entreprises particulières dûment autorisées" (j. w. str. 89—90).

Podobnie w odniesieniu do ustawodawstwa ekspropryacyjnego w Belgii: Giron A. (Dictionnaire de droit adm. et de droit public. Bruxelles, 1895; art.: L'expropriation § 5): „Il y a utilité publique lorsqu'une entreprise est avantageuse à la société en général. L'utilité d'une entreprise peut être générale, provinciale, ou communale, sans cesser d'être publique. Il importe peu, d'ailleurs, qu'elle profite spécialement a une localité déterminée... Il importe peu que l'entreprise se faise directement aux frais de l'Etat, d'une commune ou même d'un particulier qui en a obtenu la concession. C'est la nature des travaux qu'il faut considérer pour savoir s'ils sont utiles a la société". Naodwrót, zdaniem Giron'a dla swych celów prywatnych mogą zarówno państwo jak i gminy nabywać własność jedynie w drodze dobrowolnego wkładu (cession à l'amiable).

[2]) Wyjątkowo nawet i bez zmiany technicznego przeznaczenia przedmiotu: „Pour que l'utilité publique de l'acquisition d'un immeuble puisse être déclarée, il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'y effectuer de travaux qui le doivent transformer; il suffit, qu'il y ait utilité publique à ce que cet immeuble tout-

nego[1]) i jak długo trwa jej obecne przeznaczenie, nie może stać się napowrót własnością prywatną, ale służy wyłącznie pożytkowi ogółu.

Postulat, ażeby przedmiot „użyteczności publicznej" stał się częścią majątku publicznego i ażeby w tej formie służył pożytkowi ogółu — sformułowany w systemie francuskim z bezwzględną wyrazistością[2])

en conservant sa nature et sa destination actuelle, appartienne à l'Etat ou „au public, au lieu de rester propriété privée" Daffry de la Monnoye Théorie et pratique de l'expr. p. c. d'u. p." Paris 1879, t. I str. 56.

[1]) „Non dans le domaine de l'Etat — podnosi z naciskiem Prof. Cabantous („Des effets de la loi du 23. mars 1855 par rapport à l'expropr. p. c. d'u. p." — Revue crit. de législation et de jurisprudence — Paris 1855. T. VII. str. 102) — mais le domaine public". Dalloz nie wprowadza jeszcze tego odróżnienia, i stąd ekspropryacyę określa wprost (por. § 52) jako: „dépossession au profit de l'Etat".

[2]) Same też terminy „domaine public" i „l'affectation à l'usage public" mają tak ściśle określone znaczenie w teoryi francuskiej, że użycie w ich miejsce terminów pozornie równoznacznych („oeffentliches Gut" i „oeffentlicher Gebrauch" u Grünhuta i jego następców, a „das oeffentliche Unternehmen... ein Stück oeffentlicher Verwaltung" u O. Mayera) na gruncie nie francuskim doprowadziło niejednokrotnie do fatalnych nieporozumień. Dlatego okazuje się bardzo potrzebnem bliższe objaśnienie tych terminów:

„Le domaine public — czytamy u Proudhon'a („Traité du domaine public ou de la distinction des biens" Dijon 1845 T. I. str. 238 i n.) — embrasse généralement tous les fonds qui sans appartenir proprietairement a personne (. więc z wyłączeniem: „domaine privé de l'Etat") ont été civilement consacrés au service de la société". Ten majątek publiczny dzieli Proudhon na: „domaine public national, qui s'applique aux fonds et établissements, qui sont immédiatement à la charge de l'Etat" i „domaine public municipal,... une fraction locale du domaine public national".

W takiem znaczeniu tedy używa terminu „domaine public" prof. Batbie w definicyi wywłaszczenia: „L'expropriation consiste dans la prise de possession, moyennant indemnité préalable, d'une propriété immobilière et foncière qui est attribuée au domaine national, départemental ou communal pour l'exé-

jest wszakże nie tylko wyrazem, którym się owa użyteczność na zewnątrz objawia i stwierdza; jest on

cution de travaux d'utilité publique" („Traité théorique et pratique de droit public et admin." Paris 1861, str. 345).

Jako czas przejścia nieruchomości do majątku publicznego oznacza prof. Ducrocq („Traité de ventes domaniales avant et depuis la loi du 1. juin 1864, qui règle l'aliénation des biens du domaine de l'Etat". Paris 1865, str. 140–141 i „Cours de droit administratif et de législation française des finances". Paris 1897. T. III. str. 642, § 1246) nie moment po orzeczeniu wywłaszczenia (skutkiem „jugement d'expropriation" jest przeniesienie przedmiotu „dans le domaine privé de l'Etat, du département ou de la commune") ale dopiero moment, kiedy przedmiot wywłaszczony uzyska właściwe przeznaczenie („recevra une destination à laquelle la loi attache la domanialité publique".

Wyjątkowo wtedy tylko takie przejście przedmiotu wywłaszczonego do majątku publicznego nie jest potrzebne, gdy przedmiot już poprzednio należał do majątku publicznego. W tych wypadkach, zależnie od tego, czy dany przedmiot stanowił część majątku publicznego państwowego, czy też gminnego następuje jedynie, zdaniem prof. Garsonnet'a („Expropriation" art. w „Répertoire du droit administratif" T. XVI. Paris 1899 str. 207) zmiana przeznaczenia danego przedmiotu przez akt zwany „act de désaffectation ou de déclassement", albo przez zastosowanie form, ustalonych przez ustawę z 3. maja 1841 r. To zdanie podziela też autor art. „Expropriation" w: „Pandectes françaises. Nouveau répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence" T. XXXI. Paris 1899. § 227 — gdy odmiennie, De Lalleau („Traité de l'expr." T. I. str. 112) trzymając się z bezwzględną ścisłością definicyi wywłaszczenia jako „transmission d'une propriété privée au domaine public" (str. 83) — nie widzi w tym wypadku właściwej ekspropryacyi ale niejako „affectation paternelle". Podobnie prof. Hauriou („Précis de droit administratif et de droit public" Paris 1907, str. 579 i n., 640 i n.) odrzuca możliwość zastosowania wywłaszczenia do majątku publicznego choćby tylko w pojęciu. „Il y a — czytamy tam — expr. p. c. d'u. p. toutes les fois que le propriétaire d'un immeuble corporel ayant subi une dépossession définitive et totale, la propriété de l'objet se trouve acquise par une administration pour son domaine public". Wywłaszczenie może zatem, zdaniem prof. Hauriou dotknąć prywatnego majątku ciał publicznych („domaine privé des personnes administratives"), ale nigdy majątku publicznego, którego istotną cechą w porównaniu z tamtym jest, że tylko jego części składowe są, że użyt-

bowiem z drugiej strony jej warunkiem i gwarancyą, prawną granicą deklaracyi „użyteczności publicznej".

jemy dosłownie słów autora: „inaliénables et imprescriptibles par leur destination d'utilité publique et par leur affectation".

Gdy tym sposobem przeważna część autorów francuskich jest zgodna co do istoty danej kwestyi, to jest, co do stosunku łączącego przedmiot „użyteczności publicznej" z majątkiem publicznym (odmiennej, ale niepopartej tezy broni Rousset J. „De l'expr. et de ses effets" Rochefort 1875, str. 159, 199), pozostaje jeszcze pytanie, w jaki sposób umożliwiony i zapewniony jest udział ogółu w korzystaniu z przedmiotu „użyteczności publicznej".

I pod tym względem, co do interpretacyi terminów: l'affectation à l'usage public", czy (jak u Greffier'a „Des Concessions en matière d'expr. p. c. d'u. p." — La France Judiciaire. Paris 1882—3, str. 74) „l'affectation aux besoins de l'être moral, qu'on appelle le public et dont l'Etat, le département ou la commune sont la personification administrative, géographique et locale", czy wreszcie „en vue d'une service public" (Aucoc L. „Conférences sur l'administration" str. 589) — zgadzają się wszyscy autorowie w tem, że udział ogółu może być bezpośredni lub pośredni (n. p. co do zakładów wojskowych, do których dostęp jest ograniczony, ale których istnienie jest niemniej dla ogółu pożyteczne), a określony jest zawsze powszechnymi prawami obywateli i ustawami specyalnemi.

Wprawdzie, pod wpływem teoryi niemieckiej, a w związku ze znanem nam już odróżnieniem wywłaszczenia dla celów „użyteczności publicznej" a „użyteczności socyalnej", podjął Polier („De l'expr." str. 19 i n.) próbę rozszerzenia zakresu celów „użyteczności publicznej". Obok tych, mianowicie, których pożytek polega na bezpośredniem korzystaniu publiczności z odpowiednich urządzeń („l'usage public") i tych, które poświęcone służbie publicznej (service public) są zwykle tylko pośrednio pożyteczne ogółowi, należałoby zdaniem autora postawić jeszcze i cele, które przynosząc ekonomiczną korzyść w pierwszym rzędzie przedsiębiorcom prywatnym (fabryka, regulacya gruntów), podnoszą także dobrobyt ogólny. Mimo wszakże, że myśl tę popiera autor skądinądsłusznym argumentem, że w razie przeciwnym mogłoby państwo, podejmując samo niektóre z tego rodzaju przedsiębiorstw, rozszerzyć znacznie zakres swych zadań i zbliżyć się przez to do ideału socyalizmu państwowego (por. str. 24), wywody jego pozostały odosobnione. „Je reconnais volontiers — pisze prof. Hauriou („Précis", str. 644 u w. 1.) — que certaines entreprises privées fort intéressantes méritent des privilèges et doivent pouvoir vaincre les résistances des propriétaires voisins, mais

„Affektacya na użytek publiczny — pisze Dufour[1]) — oto granica naznaczona tak niezwykle daleko idącemu, a jednak tak usprawiedliwionemu prawu wywłaszczenia dla celów użyteczności publicznej: oto gwarancya przeciwko nadużyciom, którym mogłoby ono służyć, i jakkolwiek ciężkieby mogły przyjść czasy, ta gwarancya, lojalnie przestrzegana, wystarczy zawsze dla ochrony obywateli. O ile tylko rząd nie zwraca się przeciwko własności i nie narusza jej w innym jak tylko w tym celu, ażeby daną własność przenieść z używania prywatnego do używania publicznego, „de privato ad publicum", nic nie jest więcej słuszne a mniej niebezpieczne, aniżeli prawo, które tą drogą wykonywuje. Jest to istotnie słuszne, ażeby interes i prawo społeczeństwa mogły mieć oparcie w stosunku do interesu i prawa jednostki, a ażeby interes i prawo jednostki znajdowały, w razie potrzeby, osłonę przeciw zbyt wielkim i nieużytecznym ofiarom w interesie, jaki mieć będzie samo państwo, ażeby nie rozszerzać ponad miarę majątku publicznego, majątku, którego wzrost i zachowanie nie mogą być nigdy inne jak uciążliwe dla skarbu. Lecz w dniu, w którymby było dopuszczalne, ażeby państwo wdarło się do majątku prywatnego i pod pozorem poddania tego majątku pod uprawę bardziej korzystną dla ogółu, wywłaszczyło właściciela, ażeby się podstawić w jego miejsce w celu posiadania i użytkowania jego mienia, lub w celu przeniesienia jego na osobę inną, w dniu

j'estime qu'on doit leur donner un pouvoir de coercition par des procédures autres que celle de l'expropriation pour cause d'utilité publique, tout simplement pour ne pas mélanger les genres et confondre les catégories. C'est ainsi, que les lois de 1845 et 1847 ont établi au profit de propriétaires arrosants des sorvitudes d'appui et d'aqueduc avec indémnités reglées par le juge civil et sans procedure d'expropriation". Natomiast (str. 640 uw. 1) przedmiot wywłaszczony musi być poświęcony: „soit au public, soit aux services publics".

[1]) „Traité général de droit administratif appliqué" Paris 1868. T. V., str. 644 i n. § 638.

tym państwo byłoby wszystkiem, a obywatel niczem, socyalizm święciłby swój tryumf. Pojął to ustawodawca dobrze, ponieważ postarał się o normę, ażeby w razie, jeżeli tereny nabyte dla robót użyteczności publicznej nie otrzymają tego przeznaczenia, dawni właściciele lub ich spadkobiercy mogli domagać się jego zwrotu i ponieważ w affektacyi dla użytku publicznego postawił państwu absolutny warunek prawa naruszania i strzeżenia własności prywatnej".

Po tych objaśnieniach, tak w ostatecznem sformułowaniu, przedstawiają się nam materyalne warunki, którym musi zadosyćuczynić każde przedsiębiorstwo „użyteczności publicznej", ażeby mogło uzyskać prawo wywłaszczenia:

Celem przedsiębiorstwa musi być pożytek, dający się stwierdzić i ocenić na podstawie planu przedsiębiorstwa a zaspokajający potrzeby ogółu przez przeznaczenie przedmiotu wywłaszczenia na publiczny użytek mieszkańców państwa, departamentu lub gminy; pożytek ten musi być zarazem tego rodzaju, że osiągnięcie jego bez uciekania się do prawa wywłaszczenia jest zupełnie wykluczone.

Ilość i jakość nieruchomości wywłaszczonych na rzecz przedsiębiorstwa jest oznaczona niezbędną potrzebą, wynikającą z planu przedsiębiorstwa.

Jakoż rzeczywiście, obok innych warunków wywłaszczenia[1]), te właśnie warunki, w mniej lub więcej dokładnem sformułowaniu, ustaliły się powszechnie w systemie francuskim jako granice wywłaszczenia ze względu na cel i zakres przedsiębiorstwa „użyteczności publicznej"[2]).

---

[1]) Są to warunki odnoszące się do formy deklaracyi „użyteczności publicznej" (ustawa lub rozporządzenie), do przedmiotu wywłaszczenia (nieruchomość) i do odszkodowania (oszacowanie przez „jury" i wypłata odszkodowania przed ustąpieniem z posiadania).

[2]) Por. Herson (j. w. str. 7), Solon (j. w. str. 4 i n.), Bauny de Recy (j. w. str. 83 i n.), Picard E. („Traité général de l'expr.

niż autorytet normy prawnej lub przymus organów państwowych. A mianowicie na sile fizycznej, na obyczaju, na religii i t. p. Takie władztwo istnieje tak dobrze z prawem, jak i bez prawa, prawo na nie nie ma wpływu i ono do pojęcia prawa nigdy nie należy. Istotę prawa, a mianowicie jego materyalny element stanowi możliwość zaspokojenia pewnego interesu, która oczywiście dla tego, kto ma zarazem n. p. fizyczne władztwo nad przedmiotem, do zaspokojenia tego interesu służącym, istnieje w wyższym stopniu, niż dla tego kto takiego władztwa nie posiada. Aby z tej faktycznej możliwości zaspokojenia pewnego interesu, chociażby nawet fizycznem władztwem popartej, powstało prawo, potrzeba, aby porządek prawny dał ochronę temu, dla kogo ta faktyczna możliwość i to fizyczne władztwo istnieje. I teraz dopiero w razie jeżeli podmiot tego prawa jest własnowolny, powstaje dla niego razem z prawem nowy rodzaj władztwa, władztwo prawne. Z tego widzimy, że władztwo prawne należy ściśle odróżnić od tamtego władztwa fizycznego lub obyczajowego. Władztwo prawne w technicznem znaczeniu, wynika z posiadania prawa podmiotowego i polega na tem, że uprawniony może wolę swoją w celu zaspokojenia swego interesu przeprowadzić przy pomocy porządku prawnego wbrew woli innych jednostek.

Stosunek władztwa prawnego do innych rodzajów władztwa występuje dobitnie w następującym przykładzie: wypadek a: ktoś (A) trzyma w ręku kawałek chleba i pragnie go spożyć, wypadek b: ktoś (B) pożyczył drugiemu pieniędzy i pragnie ich zwrotu.

Przypuśćmy najpierw, że żadna z tych osób nie ma prawa podmiotowego. W takim razie w obu wypadkach istnieje tylko faktyczna możliwość dla każdego z nich zaspokojenia swego interesu. W pierwszym wypadku silniejsza, bo połączona z władztwem fizycznem nad rzeczą, w drugim słabsza, bo bez takiego władztwa. W obu wypadkach zaspokojenie interesu

nie jest pewne, bo chleb może ktoś z ręki A. wyrwać i sobie zabrać, a dłużnik może wierzycielowi B. nie zapłacić.

Jakże teraz przedstawia się rzecz, gdy obaj interesowani A. i B. nabędą prawa podmiotowe: A. prawo własności na kawałku chleba a B. pretensyę o zwrot pożyczki? W obu wypadkach faktyczna możliwość zaspokojenia interesu trwa nadal a nadto w pierwszym wypadku fizyczne władztwo także, ale prócz tego porządek prawny, udzielając możliwości zaspokojenia interesu ochronę autorytetem swej normy i zagrożeniem oraz ewentualnie rzeczywistem udzieleniem pomocy społeczeństwa na wypadek, gdyby trzecie osoby chciały tę możliwość zaspokojenia interesu interesowanemu utrudnić lub udaremnić, zmienia tę faktyczną możliwość zaspokojenia interesu w prawo podmiotowe a zarazem, w wypadku, gdy obaj interesowani A. i B. są własnowolni, nadaje im pewien rodzaj władztwa, władztwo prawne.

Nietrudno też spostrzedz różnicę między władztwem prawnem a fizycznem lub obyczajowem. Podczas gdy władztwo fizyczne ugruntowane jest na sile fizycznej, władztwo patryarchalne na naturalnym węźle krwi, to władztwo prawne oparte jest na autorytecie normy prawnej i egzekutywie organów porządku prawnego. Podczas gdy władztwo fizyczne n. p. istnieje wobec rzeczy, władztwo prawne istnieje wobec innych osób. Podczas gdy władztwo fizyczne istnieje niezależnie od prawa i pod jego wpływem się nie zmienia, władztwo prawne istnieje tylko wskutek posiadania prawa i gaśnie z jego zgaśnięciem. Wreszcie podczas gdy władztwo fizyczne może mieć i dziecko nawet, władztwo prawne ma tylko własnowolny. Niewłasnowolny ma prawo, ale bez władztwa. Władztwo ma tylko jego ustawowy zastępca, a to bądź jako skutek jego własnego prawa do zastępstwa, bądź, a to zwłaszcza w wypadku, gdy zastępca nie jest osobą i praw sam mieć nie może jak n. p. rzymski niewol-

nik, jako działanie odbłaskowe (Reflexwirkung), jakie dla niego wywołuje fakt, że porządek prawny uznaje jego wolę, jako powziętą w interesie zastąpionego, za prawnie skuteczną [1]).

Z powyższego przedstawienia wynika, jak niewłaściwie jest określać prawo własności jako „pełne władztwo prawne osoby nad rzeczą" [2]) i jak słuszną jest Pinińskiego krytyka takiego pojmowania prawa własności (Piniński, O pojęciu i granicach prawa własności § 1). Po pierwsze bowiem władztwo nad rzeczą nie jest prawne, lecz fizyczne, które i bez prawa istnieje. Powtóre władztwo prawne, jakie prawo własności nadaje, nie jest władztwem nad rzeczą lecz nad innymi ludźmi, którzy mogliby właścicielowi w używaniu rzeczy przeszkadzać [3]). Po trzecie i to jest najważniejsze, prawo własności nie wyczerpuje się ani we władztwie fizycznem nad rzeczą, ani we władztwie prawnem wobec innych ludzi lecz polega w chronionej przez porządek prawny i zasadniczo nie ograniczonej możliwości użycia pewnej rzeczy zmysłowej na zaspokojenie swego interesu za wolą swoją lub swego prawnie uznanego następcy [4]). Władztwo fizyczne z reguły jest z prawem własności połączone, ale może też brakować

[1]) Słusznie Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I. str. 86 odróżnia władztwo prawne — die Rechtsmacht — od władztwa faktycznego — die tatsächliche Macht oder Herrschaft, „die durch die Rechtsordnung gefördert und geschützt, aber nie direkt geschaffen werden kann". Por. też Schey l. c. str. 758.

[2]) Por. n. p. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. § 192 i uw. 2.

[3]) Gdyby takich ludzi nie było, prawo własności nie dawałoby żadnego władztwa prawnego.

[4]) Definicya prawa własności Pinińskiego brzmi: „zapewniona pewnej osobie przepisami prawnymi możność wyłącznego gospodarskiego korzystania z jakiejś rzeczy fizycznej". Jest ona nieco za ciasna, gdyż właściciel może swojej rzeczy użyć nie tylko w sposób, jaki z jej gospodarczego przeznaczenia wynika, ale wogóle w celu zaspokojenia swego interesu i porządek prawny daje mu w tym celu ochronę. N. p. wolno mi moje krzesło spalić w braku innego opału i nikt mi w tem nie może przeszkadzać.

n. p. w wypadku t. z. nuda proprietas lub gdy właścicielowi rzecz zostanie n. p. ukradziona, gdy ją wynajmie i t. p. Władztwo prawne łączy się z prawem własności wtedy, gdy jego podmiot jest własnowolny, w przeciwnym razie również brakuje. Pierwsze nie jest wcale, drugie nie jest istotnym elementem prawa własności.

Stanowisko momentu władztwa w pojęciu prawa podmiotowego określamy zatem w następujący sposób: władztwo prawne jest nieistotnym elementem prawa podmiotowego, t. j. takim, który wprawdzie zwyczajnie jest z prawem podmiotowem połączony i wówczas do pojęcia prawa też należy, który jednak może bez szkody dla pojęcia i istnienia konkretnego prawa podmiotowego brakować. Ten ostatni wypadek ma miejsce wtedy, gdy podmiot prawa nie posiada własnej woli, prawnie doniosłej. Wówczas o wykonaniu jego prawa rozstrzyga wola jego zastępcy i ten zastępca ma władztwo prawne. Ale to władztwo prawne nie jest już wcale elementem składowym prawa osoby zastąpionej. Jeżeli zastępca sam jest, jako taki, osobą, t. j. zdolnym podmiotem prawa, wówczas to władztwo prawne jest elementem (nieistotnym) jego prawa do zastępstwa. Jeżeli zastępca nie jest, jako taki, osobą (n. p. niewolnik lub organ osoby prawniczej o czem niżej), wówczas to władztwo prawne jest skutkiem odblaskowym (Reflexwirkung) uznania woli zastępcy jako prawnie skutecznej dla zastąpionego [1]).

Wśród autorów, którzy władztwo prawne za istotny element prawa podmiotowego uważają a zatem do przedstawicieli t. z. teoryi władztwa woli należą, nie wszyscy przypisują temu elementowi władztwa jednakie znaczenie. W szczególności Till, którego definicyę, zawartą w najnowszem wydaniu jego systemu prawa austryackiego (tom. I., wyd. trzecie) podaliśmy

[1]) Por. Michaud, l. c. I. str. 149.

wyżej pod IV. 1, uważa władztwo woli jedynie za formalny element prawa podmiotowego. Elementem materyalnym prawa jest pożytek, jaki ono przynosi. Pożytek jest treścią, materyą prawa a władztwo woli jest formą, środkiem do osiągnięcia tego pożytku. Oba te elementy razem są jednak dla prawa istotne, oba razem dają dopiero pojęcie prawa podmiotowego.

Odróżniając w prawie element materyalny i formalny i pojmując element materyalny jako pożytek, z prawa płynący, zbliża się Till bardzo do szkoły Iheringa, która również pożytek (interes, możność zaspokojenia interesu i t. p.) za materyalny element prawa uważa. W odróżnieniu jednak od szkoły Iheringa upatruje Till formalny element prawa nie w ochronie prawnej lecz we władztwie woli, uprawnionemu przez ochronę prawną nadanem. Skutkiem tego władztwo woli staje się również istotnym elementem prawa, a definicya Tilla wyrazem (silnie zmodyfikowanej) teoryi władztwa woli. Trudność, jaka skutkiem tego powstaje przy konstrukcyi praw osób niewłasnowolnych, które władztwa woli mieć nie mogą, rozwiązuje Till w ten sposób, że tylko materyalny element prawa, t. j. pożytek uważa za taki, który musi być zawsze w osobie uprawnionego urzeczywistniony. Natomiast formalny element prawa t. j. władztwo woli może być, zdaniem Tilla, od podmiotu prawa odłączony i połączony z inną osobą. Można odnieść korzyść a więc mieć prawo w materyalnem znaczeniu, choć władztwo woli, do tego potrzebne, będzie miał kto inny, mianowicie zastępca ustawowy.

Powstaje jednak pytanie, czy można tak oddzielać formalny element prawa od materyalnego i na inną osobę, n. p. na ustawowego zastępcę przenosić. Nam się zdaje, że skoro coś raz jest istotnym elementem prawa, to musi się zawsze w osobie uprawnionego urzeczywistniać bez względu na to, czy jest elementem materyalnym czy formalnym. Element formalny może być w danym razie ważniejszym i bar-

dziej zasadniczym niż materyalny. Wszak o to, który czynnik w prawie podmiotowem jest ważniejszy, materyalny czy formalny, toczy się właśnie zacięty spór między zwolennikami Iheringa z jednej a Thona (o którego teoryi niżej) z drugiej strony. Cały szereg autorów uważa właśnie formalny element prawa za jedynie istotny dla pojęcia prawa podmiotowego, a więc za taki, który musi być zawsze w osobie podmiotu prawa urzeczywistniony, bo w przeciwnym razie brakłoby łącznika między podmiotem prawa a prawem. Wprawdzie nie zgadzamy się z tą ostatnią teoryą (Thona), jednak sądzimy, że wobec istnienia i nawet dużego rozpowszechnienia takiej teoryi samo określenie władztwa, jako formalny element prawa podmiotowego, przy równoczesnem zatrzymaniu jego charakteru jako elementu istotnego, nie może uzasadnić twierdzenia, jakoby ten element bez rozerwania i zniszczenia pojęcia prawa, jako przysługującego pewnej istocie korzystnego położenia, mógł być od tej istoty oderwany i na inną przeniesiony. Skoro raz określa się prawo jako władztwo woli na pewien pożytek skierowane, trudno równocześnie twierdzić, że można mieć prawo nie mając władztwa woli.

Dlatego sądzimy, że rozwiązanie problemu leży jedynie w zupełnem usunięciu momentu władztwa z szeregu istotnych elementów prawa, w uznaniu go za element nieistotny prawa podmiotowego. Jako elementy istotne pozostają wówczas: 1) możliwość zaspokojenia pewnego interesu za wolą swoją lub swego zastępcy i 2) ochrona tej możliwości a raczej stan ochronny wytworzony około niej przez prawo przedmiotowe. Pierwsza jest elementem materyalnym prawa, materyą, którą porządek prawny już w życiu społecznem znajduje i ją tylko kształtuje na prawo podmiotowe. Druga jest elementem formalnym, formą, zapomocą której porządek prawny z faktycznej możliwości zaspokojenia interesu urabia prawo podmiotowe. Obie razem dają dopiero pojęcie prawa podmiotowego

i obie zawsze muszą być w osobie podmiotu prawa urzeczywistnione.

10. Odróżniając w pojęciu prawa podmiotowego zgodnie z Iheringiem element materyalny i formalny musimy się jeszcze rozprawić z zarzutem, podniesionym przeciw Iheringowi, że w takim razie tylko ów element formalny, t. j. ochrona prawna, der Rechtsschutz, stanowi właściwe prawo, ów zaś element materyalny, t. j. interes wzgl. możliwość zaspokojenia pewnego interesu, do pojęcia prawa nie należy, lecz leży poza niem. Nawiązując do porównania, użytego przez Iheringa, że czynnik materyalny stanowi jądro prawa, den Kern, zaś czynnik formalny chroniącą jądro łupinę, die schützende Schale, twierdzą przeciwnicy Iheringa, że prawem jest właśnie tylko ta ochronna łupina a nie samo jądro: „lediglich die Schale bildet das Recht, der Kern gehört nicht mehr zu ihm[1]). Badać istotę prawa podmiotowego znaczy tedy badać istotę i formę tej ochrony prawnej jaką prawo nadaje i określenie tej ochrony prawnej wystarcza do określenia pojęcia prawa podmiotowego.

Zwolennikami powyższego kierunku są głównie: Thon, Schey i Seuffert, z polskich pisarzy Jaworski, Wróblewski, Bossowski, z czeskich Tilsch. Odmiennie od Iheringa, który, jak widzieliśmy, upatruje element formalny prawa czyli ochronę prawną w skardze wzgl. przymusie, który może być z pomocą państwa wykonany, rozumieją wyżej cytowani uczeni przez ochronę prawną: nadane przez prawo uprawnionemu roszczenia (Schey, Seuffert) wzgl. stan oczekiwania na roszczenia (Anwartschaft auf Ansprüche — Thon) i identyfikują z tak pojętym elementem ochrony prawnej pojęcie prawa podmiotowego. „Jedes subjective Recht geht, formell genommen, auf in (einem oder mehreren) An-

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, str. 219; v. Schey l. c. str. 761 i uw. 51 (tam cytowani); także Thon, Der Rechtsbegriff w czasop. Grünhuta VII. str. 259.

sprüchen" (Schey, Über Rechtsverwandlungen, czasop. Grünhuta, VII. str. 766) „das subjective Recht besteht in der Anwartschaft auf Ansprüche" (Thon, Rechtsnorm u. subjectives Recht, str. 218, 282) „prawo podmiotowe powstaje przez zapewnienie ewentualnych roszczeń, polega na oczekiwaniu, że te roszczenia będą zapewnione" (Jaworski, Komentarz do austr. kodeksu cyw. I. str. 218)[1]).

Pomijamy fakt, że zwolennicy powyższego zapatrywania niewłaściwie określają element formalny ochrony prawnej, w prawie podmiotowem zawarty, jak to już zaznaczyliśmy wyżej pod 8. Obecnie chodzi nam o wykazanie, że upatrywanie w prawie podmiotowem jedynie tej ochrony prawnej, tego formalnego elementu, z pominięciem materyalnego elementu interesu, a raczej możliwości jego zaspokojenia jest niedopuszczalne bez względu na to, jak się tę ochronę prawną pojmuje, czy jako skargę, czy roszczenie, czy, jak my, jako wytworzony autorytetem norm prawnych i groźbą użycia przymusu przez społeczeństwo stan ochronny.

Niedopuszczalność tego zapatrywania polega mianowicie na tem, że element formalny ochrony prawnej nie ma bytu samoistnego i nie da się oderwać od elementu materyalnego t. j. od tej chronionej prawnie możliwości zaspokojenia pewnego interesu. Stan ochronny może istnieć tylko razem w związku z przedmiotem chronionym a od niego oderwany przestaje istnieć, ochrona przestaje być ochroną. Jeżeli Thon całkiem słusznie mówi, że co innego jest piwnica a co innego kłódka, która ją chroni (l. c. str. 219), to jednak niemniej słusznem jest, że kłódka daje ochronę tylko wtedy, gdy jest w związku z piwnicą lub inną ubikacyą. Kłódka zawieszona na drzewie nie jest za-

[1]) Por. też Wróblewski, Posiadanie, str. 14, Bossowski, O pojęciu prawa zastawu, Czasop. prawn. i ekonom. 1906, Tilsch. Občanské právo rakouzké Čast všeobecna 1910 str. 80. Seuffert, czasop. Grünhuta XII. str. 617. Bierling, Jur. Prinzipienlehre I. str. 160.

dną ochroną, ani nie daje żadnej ochrony. Tylko kłódka, zamykająca jakąś ubikacyę, daje ochronę i piwnica zamknięta na kłódkę stanowi inną gospodarczą jednostkę i ma inną wartość, niż piwnica otwarta.

Możliwość zaspokojenia pewnego interesu i ochrona tej możliwości czyli element materyalny i formalny w prawie podmiotowem stoją do siebie w tak nierozerwalnym stosunku jak bryła marmuru i kształt nadany jej przez rzeźbiarza: tak samo jak kształt, nadany bryle marmuru ręką rzeźbiarza tylko z nią razem istnieje i bez niej bytu nie ma, tak samo i udzielona przez porządek prawny ochrona możliwości zaspokojenia interesu pewnego tylko w związku z tą możliwością jest ochroną, a oderwana od niej przestaje jako taka istnieć. I dlatego tak, jak marmur razem z kształtem daje pojęcie posągu, tak samo możliwość zaspokojenia pewnego interesu razem z ochroną, jaką jej normy prawa pozytywnego wzgl. organa państwowe dają, stanowi pojęcie prawa podmiotowego [1]). Porządek prawny, udzielając komuś ochrony prawnej przy zaspokojeniu jego interesu stwarza dla niego z prostej, faktycznej możliwości zaspokojenia tego interesu możliwość spotęgowaną, bo prawnie chronioną, czyli prawo podmiotowe podobnie, jak rzeźbiarz, przez nadanie kształtu bryle marmuru stwarza posąg, lub właściciel zamykając piwnicę na kłódkę, stwarza z niej bezpieczny schowek. Tak jak kształt niema samoistnego znaczenia, lecz razem z zakutym weń materyałem wchodzi w pojęcie posągu, tak, jak kłódka ma tylko wartość i znaczenie w związku z ubikacyą, którą zamyka, tak i prawna ochrona możliwości zaspokojenia pewnego interesu nie ma znaczenia samoistnego lecz

[1]) Słusznie mówi Michaud, l. c. II. (1909) str. 497, że prawo to nie jest forteca, chroniąca miasto, lecz ufortyfikowane miasto i nie jest skorupą ostrygi lecz ostrygą w skorupie; że porządek prawny, dając mi prawo nie daje mi pustej skorupy lecz dobro, korzyść, którą z tego uznania mego prawa mogę odnieść.

razem z tą możliwością stanowi pojęcie prawa podmiotowego.

Przeciw zapatrywaniu, że do pojęcia prawa podmiotowego należy tylko ochrona prawna „die schützende Schale“ a nie chroniony interes, der Kern, podnosi słusznie Binding (Krit. Vjschr. XXI. str. 563), że w takim razie praca ustawodawcy byłaby czysto negatywna, prawem podmiotowem byłaby „dziura w środku koła zakreślonego przez normy prawne“. Jeżeli na to v. Schey odpowiada, że „das Recht die Kreise seiner Pflichten nicht um ein Vacuum zieht, sondern um leibhaftige, triebkräftige Interessen, dass es durch seine Befehle die lebendige Substanz der Rechtsgüter formt und bildet, wenn-gleich es nicht wähnen kann, diese Substanz geschaffen zu haben (l. c. str. 767) i jeżeli porównuje w tym względzie pracę prawa z pracą Fidjasza, który także przez „negatywne obrabianie marmuru i kości słoniowej tworzył swe wielkopomne dzieła a przecież nie zrobił żadnego vacuum, lecz — Zeusa olimpijskiego“, to ma najzupełniejszą słuszność, ale w takim razie musi też przyznać, że do pojęcia Fidjaszowego Zeusa olimpijskiego należy nie tylko kształt nadany mu przez znakomitego rzeźbiarza ale i materyał, z którego go wyrzeźbiono. Zeus olimpijski Fidjasza to nie czcza forma abstrakcyjna lecz bryła marmuru i kości słoniowej przez Fidjasza w cudowną rzeźbę wykuta.

C. d. n.

Kwestya młodocianych przestępców w ustawodawstwie zagranicznem i austryackiem

z szczególnem uwzględnieniem austr. projektu ustawy o karno-prawnem traktowaniu i karno-prawnej ochronie młodocianych.

Napisał

Leon Fall.

(Ciąg dalszy).

2. Anglia.

Na czele tego ruchu reformatorskiego kroczy Anglia, która już w r. 1854. (Reformatory Schools Act) rozpoczyna długi szereg usiłowań ustawodawczych, zmierzających do poddania przestępców młodocianych przymusowemu wychowaniu, któreby odbiegało daleko od zwykłego wykonania kary. Inicyatywę do tego ruchu dała agitacya całego szeregu jednostek, z pośród których John Hovard już w r. 1758. i Mary Carperter około r. 1850. głoszą, że przez intellektualne i moralne kształcenie, przez wyuczenie rzemiosła lub pracy na roli należy spróbować, czy nie uda sie dokonać przystosowania młodocianego przestępcy do społeczeństwa, przedewszystkiem zaś trzeba usunąć karę odpłatną.

Akcya w tym kierunku podjęta była już choćby z tego względu nadzwyczaj trudna, że według common law t. j. angielskiego prawa zwyczajowego, już dzieci między 7-ym a 14-ym rokiem życia mają być do odpowiedzialności pociągane, o ile w poszczególnym przypadku zostanie udowodnione, że działały ze zdolnością rozpoznawczą. Stąd do zastąpienia kary

środkami wychowawczymi najrozmaitszego rodzaju droga daleka.

Pierwszym krokiem była ustawa (R. S. A.) z r. 1854., która pozwala sądowi młodocianego niżej lat 16-u, skazanego za czyn zagrożony ciężkiem lub zwykłem więzieniem na co najmniej 10 dni więzienia, oddać po odcierpieniu kary do Zakładu poprawczego. Doświadczenia jednak poczynione z poprzedzającem przymusowe wychowanie wykonaniem kary, były tak niekorzystne, że zainicyowany przez sędziego Hilla ruch, zmierzający do wywalczenia sędziemu prawa zupełnego zrzeczenia się wykonania kary i zarządzenia w miejsce tejże wychowania przymusowego, znalazł wreszcie — po wielu przejściach — wyraz ustawowy w ustawie (R. S. A.) z r. 1893. Według tej ustawy nastąpić mogło oddanie młodocianego między 12—16 r. życia do Zakładu wychowawczego (Ref. School) albo w związku z jakąkolwiek karą (a nie jak przedtem z pewną specyalną) albo też zamiast kary, tak że odtąd sąd w prawnej drodze mógł każdemu młodocianemu przestępcy przyznać to, co przedtem tylko drogą łaski mógł uzyskać t. j. zamianę prawnie zasłużonej kary na wychowanie przymusowe.

Dla zwalczania przestępności młodocianych korzysta Anglia z dwóch kategoryi zakładów: z przeznaczonych dla starszej i bardziej zepsutej młodzieży Reformatory Schools i z zakładów zwanych Industrial Schools, których głównem zadaniem była początkowo poprawa dzieci zaniedbanych i zepsutych. Dopiero ustawa z r. 1866 (Ind. Sch. Act.) zezwoliła, by także dzieci przestępne, niżej lat 12-tu, o ile tylko nie zostały uznane winnemi zbrodni (w Szkocyi specyalnie kradzieży) i zasłużyły jeno na więzienie lub jeszcze lżejszą karę, były oddawane do Industrial Schools. Ta zamiana zakładu poprawczego, jakim jest Ref. Sch., na zakład wychowawczy, jakim jest Ind. Sch. zależy od tego, czy wiek przestępcy i okoliczności przypadku przemawiają za tem, by zaoszczędzić dziecku zetknię-

cia się z bardziej zepsutą i starszą młodzieżą, zapełniającą Ref. Sch.

Celowe traktowanie młodocianych przestępców z głównym naciskiem na element poprawczy dało w Anglii początek pewnej specyalnej instytucyi dziś już po całym świecie rozpowszechnionej t. j. warunkowemu darowaniu kary. Pierwszym, który tę instytucyę — zdawna już zresztą w zwyczajowem prawie angielskiem istniejącą — już w r. 1841-ym celowo stosować począł, był wspomniany już Matthew Davenport Hill, sędzia miejski w Birmingham i on też jest powszechnie za jej twórcę uważany. Według tego jak się ta instytucya w zaczątkach swych przedstawiała było to właściwie: warunkowe odroczenie wydania wyroku z równoczesnem uwolnieniem na próbę. Polegała ona na tymczasowem przerwaniu postępowania karnego, już po nabraniu przez sędziego przekonania o winie oskarżonego, przyczem wina mogła być albo przez ławę orzeczona albo też zadowalał się sędzia własnem przekonaniem; w każdym razie wyrok nie zapadał. Oskarżonego wypuszczano tylko za złożeniem kaucyi lub za dostarczeniem ręczycieli, że albo na wezwanie zjawi się w sądzie celem odebrania wyroku albo też będzie dotrzymywał przyrzeczonego pokoju. Wyrok zapadał i kaucya przepadała, jeśli nie dotrzymał przyrzeczenia. Wypuszczony nie uchodził bynajmniej za skazanego, a gdy go wypuszczono bez wydania orzeczenia o winie, nawet nie za winnego. Instytucya ta była zresztą stosowana nie tylko do młodocianych, ale i do dorosłych przestępców. Oznacza się ją jako postępowanie poprawcze (reformatory treatment), które ma w ostrem przeciwieństwie do kary odpłatnej — jedynie przez świadomość grożącego zakończenia postępowania karnego i wpływ zagrożonej kaucyi lub poręki działać prewencyjnie. Jest ona wyłącznie zarządzeniem zapobiegawczem.

Ustawowo była ta instytucya aż trzy razy regulowana, za każdym razem z pewnemi zmianami; po

raz ostatni w r. 1907. przez Probation of Offenders Act, który znosząc odnośne postanowienia poprzednich ustaw, całą instytucyę zupełnie na nowo uporządkował. Mimo to jednak obowiązuje obok tej ustawą uregulowanej instytucyi odroczenia wyroku także i nadal sędziowskie prawo odroczenia wyroku podług prawa zwyczajowego. Ostatnia ta ustawa postanawia ogólnie, że godne uwzględnienia powody dla zastosowania odroczenia wyroku leżeć mogą albo w osobie przestępcy (charakter, życie dotychczasowe, wiek, zdrowie, stan umysłu) lub też w naturze czynu karygodnego (błahe znaczenie lub okoliczności łagodzące, wśród których został popełniony). W każdym razie sędzia powinien nabrać przekonania, że skazanie na jakąkolwiek inną karę niż nominalna byłoby niekorzystne, nieodpowiednie. Czas próby nie może wynosić więcej niż trzy lata. Odroczenie wyroku jest o tyle warunkowe, że winny zobowiązuje się uczciwie się sprawować i w każdej chwili na wezwanie zgłosić się do sądu. Zobowiązanie to, które winny na żądanie sędziego poprzeć ma kaucyą lub przedstawieniem ręczycieli, jest formalne i połączone być może z nadzorem opiekuńczym. Ma on zapewnić dopełnienie przyjętych przez wypuszczonego zobowiązań, jak również starać się o to, by wypuszczony mógł zarobić na utrzymanie. Organa tego nadzoru (tzw. Probation Officer) mianuje odpowiednia władza sądowa. Dla dzieci niżej lat 16-tu mianuje się osobne organa nadzoru, którymi mogą być także kobiety. Obowiązkiem tych organów jest:

a) odwiedzać wypuszczonego i odbierać od niego w stałych okresach jego sprawozdania,

b) dopilnować wypełnienia poszczególnych zobowiązań,

c) zdawać relacyę sądowi o jego prowadzeniu się,

d) udzielać rad wypuszczonemu, pomagać mu, wspierać go, a w razie potrzeby starać się o odpowiednie zatrudnienie dla niego.

Honoraryum i zwrot wydatków otrzymuje Probation Officer z pieniędzy sądowych: może być w każdym czasie uwolniony ze swoich obowiązków i zastąpiony przez inną osobę.

Winnemu prócz ustanowienia nadzoru nad nim można jeszcze nałożyć pewne specyalne zobowiązania. Tu należą:

a) zakaz obcowania z przestępcami lub innemi podejrzanemi osobami jakoteż odwiedzania podejrzanych miejsc;

b) nakaz abstynencyi od alkoholu, jeśli zachodzi przestępstwo pijaństwa lub czyn karygodny pod wpływem pijaństwa popełniony;

c) ogólny nakaz prowadzenia uczciwego i pracowitego życia.

Sąd procesowy może w każdym czasie zobowiązania te zmienić, a jeśli jest zadowolony z prowadzenia się wypuszczonego i uważa już nadzór za niepotrzebny, wogóle go z pod niego wypuścić.

Nieudanie się próby skutkiem złego prowadzenia się musi być udowodnione przez stwierdzone przysięgą doniesienie, poczem następuje wezwanie lub uwięzienie wypuszczonego. Młodociani niżej lat 16-tu mogą w tym wypadku, jak w ogólności zamiast do więzienia śledczego, być oddani pod prywatną opiekę. Do rozstrzygania o skutkach prawnych złego prowadzenia się właściwy jest wyłącznie sąd procesowy, który może bez nowego postępowania dowodowego orzec winę i wydać wyrok.

Dla młodocianego jednak ma ustawa jeszcze i teraz specyalne względy, gdyż pozwala już po cofnięciu odroczenia wyroku i mimo równoczesnego zasądzenia, zamiast wykonać prawnie zasłużoną karę, oddać go do zakładu wychowawczego (Ind. Sch.), o ile tylko zachodzą inne ustawowe warunki[1]).

[1]) A. Lenz: Die Anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht. 1910.

Pozatem do dzieci i młodocianych w najobszerniejszem znaczeniu odnosił się cały szereg ustaw jako też osobnych postanowień w najrozmaitszych ustawach. Wszystkie te ustawy i postanowienia zniosła najnowsza, wielka „ustawa o dzieciach“ (Children Act, 1908) z 21. grudnia 1908 r., wydana „celem zebrania i poprawienia ustawodawstwa odnoszącego się do ochrony dzieci i młodocianych osób, do zakładów wychowawczych i poprawczych, młodocianych przestępców, jak również celem poprawy ustawodawstwa odnośnie do dzieci i młodocianych osób“.

Ustawa ta, będąca pomnikowem dziełem angielskiej polityki socyalnej i kryminalnej, stara się rozwiązać całą kwestyę dzieci i młodocianych, zarówno przestępnych jak i opuszczonych względnie zaniedbanych. Zawiera ona szczegółowe przepisy o ochronie życia niemowląt i małych dzieci oddanych na wychowanie, o ochronie fizycznego i moralnego zdrowia dzieci i młodocianych osób, o umieszczeniu zagrożonych w odpowiednich ochronkach, o paleniu tytoniu przez młodzież, zakaz wpuszczania dzieci na rozprawy sądowe, do szynków i t. p. a nadto niejako osobne prawo karne dla młodocianych wraz z postanowieniami o zakładach poprawczych i wychowawczych. Pod tym ostatnim względem ustawa nie wprowadza żadnych zasadniczych reform, lecz tylko porządkuje i uzupełnia obowiązujące dotychczas postanowienia.

W swej nowej szacie przedstawia się angielskie prawo karne dla młodocianych następująco:

„Jeżeli Sąd uważa dziecko (od lat 14-tu) lub osobę młodocianą (14—16), oskarżoną o jakiś czyn karygodny, za winną tego czynu, wówczas ma rozważyć, którego z następujących środków najstosowniej byłoby użyć:

Może on:

a) odrzucić oskarżenie, albo

b) sprawcę za zobowiązaniem się wypuścić, albo

c) sprawcę w ten sposób wypuścić i poddać go pod nadzór urzędnika opiekuńczego, albo

d) sprawcę powierzyć opiece krewnego lub innej stosownej osoby, albo

e) sprawcę oddać do zakładu wychowawczego, albo

f) sprawcę oddać do zakładu poprawczego, albo

g) sprawcę skazać na karę chłosty, albo

h) sprawcę skazać na zapłacenie kary pieniężnej, odszkodowania lub kosztów, albo

i) ojca lub opiekuna sprawcy skazać na zapłacenie kary pieniężnej, odszkodowania lub kosztów, albo

j) ojca lub opiekuna sprawcy skazać na danie zabezpieczenia co do jego przyszłego dobrego sprawowania się, albo

k) sprawcę kazać umieścić w zamknięciu (place of detention), albo

l) sprawcę, jeżeli jest młodocianą osobą, skazać na więzienie, albo

m) postąpić w danym wypadku w inny, ustawowo dopuszczalny sposób". (§ 107).

Oto ogół środków, które stoją do dyspozycyi angielskiemu sądowi wobec czynów karygodnych młodocianych przestępców poniżej lat 16. Z pośród nich na pierwszy plan wysuwają się zakłady wychowawcze i poprawcze, które stanowią podstawę całego systemu i są żywym przykładem nowożytnej i postępowej polityki kryminalnej. Do zakładów tych odnoszą się następujące postanowienia:

Młodociani między 12. a 16. rokiem życia, którzy popełnili czyn karygodny, zagrożony karą zwykłego lub ciężkiego więzienia, mogą być skazani obok albo zamiast ustawowej kary na umieszczenie w zakładzie poprawczym. Obok oddania do zakładu, nie wolno jednak orzec na karę więzienia. Dawniejsze połączenie kary z wychowaniem wskutek niechęci sędziów do skazywania dzieci i młodocianych na karę więzienia, jak również skutkiem tego, iż odcierpienie kary więzienia utru-

dniało a nieraz udaremniało wszelką pożniejszą akcyę wychowawczą i poprawczą, zniesiono zupełnie.

Dzieci między 12. a 14. rokiem życia, nieposzlakowane, które popełniły czyn zagrożony karą ciężkiego więzienia lub lżejszą, mogą być zamiast do zakładu poprawczego oddane do zakładu wychowawczego, jeżeli nie należy się obawiać złego z ich strony wpływu na innych wychowanków zakładu.

Dzieci niżej lat 12-tu, które popełniły czyn karygodny, zagrożony karą ciężkiego więzienia lub lżejszą, może być przez sąd, jeżeli tenże uzna to za wskazane, oddane do zakładu wychowawczego.

Wielkie znaczenie mają zakłady wychowawcze dla sprawy dzieci zaniedbanych i opuszczonych. I tak mogą sąd oddać do zakładu wychowawczego każde, przez kogokolwiek przed sąd przyprowadzone dziecko niżej lat 14-u, które

a) żebrze lub przyjmuje jałmużny, choćby pod pozorem śpiewania, grania, pokazywania sztuk i t. p.,

b) włóczy się bez domu i dachu, bez środków do życia, czy to dlatego, że nie ma rodziców ani opiekuna, czy też dlatego, że ci się o nie nie troszczą,

c) chociaż za życia rodziców lub jednego z nich lub jako nieślubne dziecko matki, przebywającej w więzieniu, zostanie znalezione w opuszczeniu,

d) pozostaje w opiece jednego z rodziców lub opiekuna, który z powodu swoich zbrodniczych lub pijackich skłonności nie jest odpowiedni do sprawowania opieki nad dzieckiem,

e) jest ślubną lub nieślubną córką mężczyzny, skazanego za czyn przeciwny moralności, popełniony na własnej córce,

f) przebywa w towarzystwie notorycznego złoczyńcy lub prostytutki,

g) nocuje lub mieszka w budynku, służącym nierządnicy do celów nierządu lub skądinąd w takich żyje warunkach, które mogą sprowadzić lub ułatwić uwiedzenie lub prostytuowanie dziecka.

Nadto może sąd oddać dziecko do zakładu wychowawczego na żądanie rodziców lub kierowników domów sierocych, jeżeli jest niesforne, a na żądanie władzy szkolnej — celem przymusowego wykonania nakazu uczęszczania do szkoły.

We wszystkich powyższych wypadkach może sąd zamiast do zakładu wychowawczego oddać dziecko krewnemu lub innej odpowiedniej osobie, a ewentualnie nadto jeszcze poddać je pod nadzór urzędnika opiekuńczego.

Nakaz umieszczenia dziecka w zakładzie może być natychmiast wykonany lub wykonanie jego ze względu na wiek lub stan zdrowia dziecka odroczone.

Pobyt w zakładzie może trwać:

a) w razie umieszczenia młodocianego przestępcy w zakładzie poprawczym nie mniej niż 3, a nie więcej niż 5 lat, nigdy jednak poza uk. 19. r. życia,

b) w razie umieszczenia dziecka w zakładzie wychowawczym tak długo, jak to sąd uzna za konieczne dla wychowania i wykształcenia dziecka, nigdy jednak poza uk. 16. r. życia.

Kierownik zakładu może za zgodą Sekretarza Stanu, albo jeśli upłynęło 18 miesięcy pobytu dziecka w zakładzie, bez czyjejkolwiek zgody pozwolić, by wychowanek mieszkał u imiennie w pisemnem pozwoleniu nazwanej, zaufania godnej i uczciwej osoby, która gotowa przyjąć go i nim się zaopiekować.

Takie pozwolenie ważne jest aż do odwołania lub też tak długo, dopóki nie zgaśnie skutkiem niedotrzymania postawionych w niem warunków (rodzaj warunkowego wypuszczenia). Czas, który wychowanek na podstawie takiego pozwolenia spędzi poza zakładem, liczy się jako pobyt w zakładzie.

Każdy młodociany przestępca, oddany do zakładu poprawczego, pozostaje po upływie czasu przytrzymania, o ile w tym czasie nie ukończył jeszcze 19. r. życia, aż do uk. 19. r. pod nadzorem kierownika zakładu. Dziecko, oddane do zakładu wychowawczego, pozostaje już

po upływie czasu przytrzymania pod nadzorem kierownika tego zakładu do ukończenia 18. r. życia.

Kierownik zakładu może każdej takiej pod jego nadzorem pozostającej osobie udzielić podobnego jak wyżej pozwolenia. Może on jednak pozwolenie takie w każdej chwili, jeżeli to uzna za konieczne dla dobra byłego wychowanka, odwołać i nakazać mu powrót do zakładu. Każda w ten sposób napowrót do zakładu powołana osoba może być w nim najwyżej trzy miesiące przytrzymana, poczem musi być ponownie za pisemnem pozwoleniem wypuszczona.

Sekretarz Stanu może w każdym czasie zarządzić, by zawieszony w ten sposób nad wychowankiem nadzór ustał zupełnie.

Również tylko Sekretarz Stanu może zarządzić w każdej chwili całkowite wypuszczenie wychowanka z zakładu (poprawczego lub wychowawczego) i to albo bezwarunkowe albo pod podanymi przez siebie warunkami; w tym ostatnim wypadku może on w razie, jeżeli warunki nie zostały dotrzymane, wypuszczenie odwołać, poczem młodociany przestępca względnie dziecko musi powrócić do zakładu.

Za zgodą Sekretarza Stanu może być młodociany przestępca niżej lat 14-u przeniesiony z Zakładu poprawczego do wychowawczego, a dziecko wyżej lat 12. z wychowawczego gdzie wywierało zły wpływ na resztę wychowanków, do poprawczego.

Wychowanka, który w zakładzie lub w razie tymczasowego wypuszczenia poza zakładem, jak również byłego wychowanka, który, pozostając pod nadzorem, dobrze się sprawuje, mogą kierownicy za jego zgodą umieścić w jakimś zawodzie, rzemiośle, lub służbie, włączając w to służbę w wojsku lub w marynarce. Takie postanowienie kierowników zakładu co do przyszłości wychowanka jest tak samo ważne, jak gdyby pochodziło od jego rodziców.

Tak wygląda najważniejsza i najistotniejsza instytucya angielskiego systemu karnego w odniesieniu do

młodocianych, a zarazem „clou" angielskiej polityki kryminalnej. A trzeba przytem zaznaczyć, że ani zakłady poprawcze ani tem mniej wychowawcze, w niczem nie przypominają naszych więzień. Świadczy o tem najlepiej ich ustawowa definicya: „Zakład poprawczy jest to zakład dla przemysłowego wychowania młodocianych przestępców, w którym ci mieszkają, jak również otrzymują odzież, pożywienie i naukę". To samo zadanie spełnia zakład wychowawczy wobec dzieci (§ 44.).

Tak więc nawet w określeniu stara się ustawa wszystkiego uniknąć, coby przestępnemu dziecku skutkiem jego pobytu w zakładzie mogło być przeszkodą w jego dalszem życiu. W dążeniu swojem do uchronienia młodocianych, jak długo to tylko możliwe, przed więzieniem i jego skutkami czyni ustawodawstwo angielskie coraz większe ustępstwa i coraz większe postępy. A dziś już nie tylko przed więzieniem, ale i przed zakładem poprawczym stara się ich uchronić, jakkolwiek podług dzisiejszego stanu ustawodawstwa nie jest on niczem innem, jak zakładem wychowawczym dla już przestępnej młodzieży.

To wzmożone znaczenie zakładów wychowawczych wyjaśnia prof. Henryk Reicher w sposób następujący:

„Dążenie ustawodawstwa do stosowania opieki możliwie jak najwcześniej, a tem samem w właściwym jeszcze czasie, znajduje w Anglii swój wyraz w tem, że główny nacisk kładzie się na zwalczanie zaniedbania, jako stadyum poprzedzającego zbrodnię, i czyni się wszystko możliwe, by do przestępności młodocianych wcale nie dopuścić. Z tych względów obok zakładów poprawczych (Ref. Sch.), do których przyjmuje się dzieci przestępne celem ich poprawy i wychowania, założono także zakłady wychowawcze (Ind. Sch.), mające z początku służyć jedynie do przytrzymania dzieci-włóczęgów i dzieci żebrzących, z coraz wyraźniejszą w dalszym rozwoju tendencyą i prze-

znaczeniem dla takich dzieci, których stosunki życiowe wskazują na grożący im moralny upadek i idącą za tem przestępność. Do czynności karygodnej, początkowo jedynego i wyłącznego tytułu przytrzymania w zakładzie poprawczym, przyłączył się cały szereg ustawowych stanów faktycznych, w których występuje na jaw zaniedbanie dziecka, jako tytuł przytrzymania w zakładzie wychowawczym. Bezpośredniem tego następstwem jest fakt, że podczas gdy cyfra frekwencyjna zakładów poprawczych podniosła się tylko z 3276 w r. 1859. na 5750 w r. 1901., wykazuje wzrost frekwencyi w zakładach wychowawczych bez porównania wyższą progresyę. Liczba wychowanków w tych zakładach powiększyła się od r. 1864., w którym wynosiła 1668, na 24.156 w r. 1901.

Ustawodawstwo angielskie rozbiło pojęcie zaniedbania stosownie do jego objawów na cały szereg stanów faktycznych, które stanowią dzisiaj tyleż tytułów do zarządzenia wychowania opiekuńczego, umożliwiają zwalczanie zaniedbania w jego początkach, chronią przed rozszerzaniem się zaniedbania, zapobiegają czynnościom karygodnym i stają na przeszkodzie wzrostowi przestępności".

W tej walce z wzrostem przestępności prócz zakładów poprawczych i wychowawczych stoi sądowi angielskiemu do dyspozycyi — jak widzieliśmy poprzednio — cały szereg innych środków. Wśród nich zaledwie na ostatniem miejscu spotykamy najpopularniejszy u nas i prawie jedyny: karę więzienia. Czyżby to miała być omyłka? Bynajmniej! § 102. omawianej „ustawy o dzieciach" mówi wyraźnie:

„1. Dziecko nie może być ukarane za czyn karygodny ciężkiem lub zwykłem więzieniem, ani też z powodu niezapłacenia kary pieniężnej, odszkodowania lub kosztów nie może być zamknięte do więzienia.

2. Osoba młodociana nie może być za czyn karygodny ukarana ciężkiem więzieniem.

3. Osoba młodociana nie może być za czyn karygodny ukarana więzieniem ani też z powodu niezapłacenia kary pieniężnej, odszkodowania lub kosztów nie może być zamknięta do więzienia, chyba że jest ona zdaniem sądu tak niesforna, że nie może być trzymana w przewidzianem tą ustawą zamknięciu, lub też tak jest zepsuta, że umieszczenie jej w tem zamknięciu nie wydaje się rzeczą odpowiednią".

Z wyjątkiem zatem tych wypadków, gdzie idzie o osobę młodocianą (między 14—16 r. życia) bardzo niesforną lub zepsutą, mogą być młodociani bez względu na rodzaj popełnionego przez nich przestępstwa umieszczeni jedynie w „zamknięciu" (place of detention) n. b. o ile nie wystarczają w danym wypadku inne łagodniejsze środki. Tylko wówczas, gdy dziecko lub młodociany dopuści się zbrodni zagrożonej karą śmierci, musi on być skazany na zamknięcie — i to na czas nieograniczony (during His Majesty's pleasure). Jest to jedyny wypadek, w którym sąd musi orzec karę zamknięcia. A już w razie, gdy młodociany dopuści się usiłowanego morderstwa, zabójstwa lub ciężkiego uszkodzenia ciała, sąd nie ma tego obowiązku i tylko może, o ile jest zdania, że żadna inna z dopuszczonych ustawą kar nie wystarcza, skazać sprawcę na zamknięcie na czas w wyroku oznaczyć się mający.

W obu powyższych wypadkach Sekretarz Stanu oznaczy, w jakiem miejscu i na jakich warunkach zasądzona osoba ma być w zamknięciu trzymana. Jemu też przysługuje prawo osobę taką w każdej chwili za pisemnem pozwoleniem (on licence) wypuścić. Pozwolenie to może mieć taką formę i zawierać takie warunki, jak to Sekretarz uzna za stosowne.

W razie popełnienia przez dziecko lub młodocianego jakiegokolwiek innego przestępstwa, zagrożonego ciężkiem lub zwykłem więzieniem albo też więzieniem w razie niezapłacenia grzywny, odszkodowania lub kosztów, może sąd, o ile żadnego z innych przewidzianych ustawą zarządzeń nie uzna za wskazane, po-

stanowić, by sprawcę umieszczono w zwyczajnem zamknięciu. To postanowienie sądowe musi wskazać zamknięcie (w okręgu jednego sądu może ich być kilka i ewentualnie może być każde z nich do innego celu przeznaczone) i oznaczyć czas trwania pobytu w niem. Pobyt ten nie może trwać dłużej niż kara więzienia, na którą dorosły w danym wypadku mógłby być skazany, a nigdy dłużej niż jeden miesiąc.

Zamknięcie to jest najnowszą zdobyczą angielskiej polityki kryminalnej. Instytucya ta pojawia się po raz 1-y w omawianej „ustawie o dzieciach", a weszła powszechnie w życie dopiero od 1. stycznia 1910. r. Czem ona jest w swej istocie, trudno określić, gdyż ani w Austryi ani w innych państwach kontynentalnych nic podobnego nie mamy. Tyle jednak można powiedzieć, że z więzieniem nietylko z nazwy, ale i z istoty swej poza ścieśnieniem wolności nic nie ma wspólnego. Ustawa zresztą wyraźnie zaznacza, że tylko w dwóch wypadkach, poprzednio przytoczonych, pobyt w takiem zamknięciu uważa się za ustawowy areszt (gesetzliche Haft). I tylko w tych dwóch wypadkach następuje ono z wyroku, we wszystkich innych na mocy uchwały. W tych ostatnich można je uważać za przedsionek do zakładu poprawczego i za pewnego rodzaju ustępstwo na rzecz idei odwetu — o tyle, by młodociany przestępca po popełnieniu jakiegoś cięższego przestępstwa nie dostawał się odrazu do zakładu poprawczego, lecz musiał poprzednio odbyć pewien rodzaj moralnej pokuty. Stworzenie tej instytucyi było w tych warunkach konieczne, gdyż z jednej strony więzienie — ze słusznych powodów — wychowania poprawczego poprzedzać nie może, z drugiej — jak już wiemy — ustawodawstwo angielskie wszelkimi sposobami stara się młodocianego jak najdłużej przed więzieniem uchronić.

Instytucya ta zorganizowana została w ten sposób, że każda władza policyjna obowiązana jest postarać się w swoim powiecie o istnienie potrzebnych

zamknięć dla każdego okręgu sądu pokoju. W tym celu może albo ugodzić się z właścicielem jakiegoś budynku, że budynek jego służyć ma temu celowi, albo też sama takie zamknięcie urządzić. Przed zawarciem ugody z właścicielem takiego budynku władza policyjna ma się upewnić, że właściciel ten zdolny jest mieć pieczę i staranie (Obhut und Fürsorge — a nie nadzór!) nad powierzonemi jego zamknięciu dziećmi i osobami młodocianemi, jak również, czy poczynione przez niego urządzenia odpowiadają celowi. Właściciel takiego zamknięcia jest odpowiedzialny za pieczę nad trzymanymi tam dziećmi i młodocianymi. Sekretarz Stanu może ustanowić ogólne zasady odnośnie do miejsc, które mają służyć jako zamknięcia i kontroli nad niemi, jak również odnośnie do rozdziału, traktowania i zajęcia trzymanych tam dzieci i młodocianych.

Jak widać z powyższych postanowień, instytucya ta nie zawiera żadnych elementów kary. I tu także dzieci i młodociani, którzy dopuścili się jakiegoś przestępstwa, nie stają się skazańcami, więźniami, zbrodniarzami, lecz jak przy wszystkich innych zarządzeniach angielskiego sądu są tylko zaniedbanymi pupilami, którym potrzeba pilnego nadzoru, starannej opieki i sumiennego wychowania.

Równocześnie omówione zamknięcie spełnia także inne ważne zadania: służy w razie potrzeby jako areszt śledczy; do tymczasowego internowania zaniedbanych dzieci, doprowadzonych do sądu z powodu żebractwa, włóczęgostwa i t. d., dopóki nie zostaną oddane do zakładu wychowawczego; do tymczasowego przytrzymania dzieci i młodocianych, przekazanych zakładowi wychowawczemu lub poprawczemu, których oddanie do zakładu z jakichkolwiek przyczyn nie może bezwłocznie nastąpić, — ale we wszystkich tych wypadkach tylko o tyle, o ile nie można dziecka lub młodocianego powierzyć na ten czas krewnemu lub innej odpowiedniej osobie.

Tak się przedstawia w ogólnych zarysach ta nowa instytucya, która jest dalszem, ale nie ostatniem ogniwem w systemie angielskiej polityki kryminalnej.

Dalszem takiem i na razie ostatniem ogniwem jest inna nowa instytucya, którą wprowadza „ustawa o zapobieganiu zbrodniom“ z 21 grudnia 1908. r. (Prevention of Crime Act 1908), wydana „w tym celu, ażeby poczynić starania, by młodociani przestępcy zostali poprawieni“. Instytucyą tą są zakłady „Borstal“, nie będące niczem innem jak specyalnym zakładem poprawczym dla starszych przestępców młodocianych. Wspomniana ustawa podaje następującą ich definicyę: „Są to zakłady, w których młodociani przestępcy mają być trzymani w uwięzieniu i podczas tegoż otrzymywać przemysłowe wychowanie jakoteż i inną naukę, a zarazem podlegać takim dyscyplinarnym jak również i moralnym wpływom, które mogą się przyczynić do ich poprawy jak i do zwalczania zbrodni“. Zakłady te przeznaczone są dla pewnej specyalnej kategoryi młodocianych przestępców. I tak:

„Jeżeli kto zostanie uznany winnym czynu karygodnego, zagrożonego ciężkiem lub zwykłem więzieniem — i wydaje się sądowi,

a) że sprawca ma nie mniej niż 16, a nie więcej niż 21 lat, i

b) że ze względu na jego zbrodnicze przyzwyczajenia lub skłonności lub ze względu na jego obcowanie z osławionemi osobami jest wskazane trzymać go w uwięzieniu tak długo, przy takiej nauce i w takiej karności, jak to się wydaje najodpowiedniejszem, by się przyczynić do jego poprawy i do zwalczania przestępstwa, może sąd zamiast na ciężkie lub zwykłe więzienie skazać sprawcę na uwięzienie (przytrzymanie) na czas nie krótszy, niż jeden rok i nie dłuższy, niż trzy lata.

Sąd, zanim powezmie uchwałę, ma zasięgnąć opinii Naczelnej Władzy nadzorczej więzień, czy dany przypadek nadaje się do traktowania w takim zakładzie,

i ma zbadać, czy wnosząc z charakteru, stanu fizycznego i duchowego sprawcy, można uważać za rzecz prawdopodobną, że tenże odniesie jakąś korzyść z pobytu w takim zakładzie.

Sekretarz Stanu może rozporządzić, że instytucya powyższa może być stosowaną także do osób starszych, co najwyżej jednak do takich, które nie ukończyły jeszcze 23. r. życia.

Skoro skazaniec płci męskiej przebył już w zakładzie 6 miesięcy, skazaniec zaś płci żeńskiej 3 miesiące, może Naczelna Władza nadzorcza więzień, jeśli nabrała przekonania, że skazany prawdopodobnie nie popełni więcej czynu karygodnego i będzie wiódł pożyteczne, pracowite życie, pozwolić, by go z zakładu wypuszczono — pod warunkiem, że zostanie poddany pod nadzór opiekuńczy w pisemnem pozwoleniu wymienić się mającego Towarzystwa lub osoby, które zechcą go wziąć pod swoją opiekę.

Naczelna Władza nadzorcza więzień może na skutek zlecenia Sekretarza Stanu dane pozwolenie w każdej chwili odwołać. Pozwolenie gaśnie samo, jeżeli wypuszczony uchyla się z pod nadzoru lub nie spełnia warunków w pozwoleniu zawartych. Czas spędzony przez tymczasowo wypuszczonego poza zakładem liczy się tak, jak czas pobytu w zakładzie.

Po upływie czasu kary pozostaje skazany przez dalszych 6 miesięcy pod nadzorem Naczelnej Władzy nadzorczej więzień. Do tego nadzoru stosują się te samo postanowienia, co do nadzoru wykonywanego przez kierownika zakładu poprawczego.

Na tem wyczerpałem przegląd istniejących dzisiaj w Anglii na podstawie najnowszego ustawodawstwa instytucyi kryminalno-politycznych, poświęconych zwalczaniu zaniedbania i przestępności dzieci i młodocianych. Cechuje je wszystkie usilne dążenie, by młodzież — w najszerszem tego słowa znaczeniu — możliwie jak najdłużej uchronić przed więzieniem i jego skutkami, i wyraźna tendencya, by w całem prawie karnem dla

młodocianych urzeczywistnić zasadę: „wychowanie zamiast kary!“ Że Anglia pod tym względem najlepszą obrała drogę, świadczy dowodnie ogromne obniżenie się cyfr przestępności. Cyfry te są bardziej przekonywującym dowodem, niż tomy teoretycznych wywodów.

W r. 1882. liczono w Anglii 8801, w r. 1900. już tylko 1353 zbrodniarzy niżej lat 16-u; w r. 1882. było dorosłych zbrodniarzy 175.360, w 1900. r. już tylko 144.964. Sapienti sat!

Charakterystyczną cechę angielskiego ustawodawstwa odnośnie do młodocianych stanowi wielkie bogactwo oryginalnych instytucyi o znaczeniu wybitnie kryminalno-politycznem, które sprawia, że sędzia mając sądzić dziecko lub niedorostka — a nie zapominajmy, że w Anglii dziecko od ukończenia 7-go roku życia może odpowiadać za swe czyny karygodne — nigdy nie znajdzie się w kłopocie, co z tym fantem począć. Może on zupełnie zapomnieć o tem, że oskarżeni ci są przestępcami według postanowień ustaw karnych, a pamiętać tylko o tem, że najczęściej wcale nimi nie są kryminalno-politycznie, że popełnili czyn nie skutkiem złych skłonności i nizkiego charakteru, lecz czyto z lepszych pobudek, czyto skutkiem braku zrozumienia istoty czynu, niedojrzałości, lekkomyślności, skutkiem nędzy, uwiedzenia, złego przykładu itd., i że potrzeba im nie kary, lecz odpowiedniego kierownictwa i rozumnego wychowania, a zrobią na przyszłość lepszy użytek z wolności. Sędzia angielski nigdy nie znajdzie się w tem położeniu, co np. sędzia niemiecki lub austryacki, który młodocianego przestępcę nieraz woli puścić wolno niż ukarać, choć to tylko bardzo połowiczne wyjście z sytuacyi, ale zawsze większą ono daje gwarancyę, że młodociany ten nie popełni żadnego więcej przestępstwa, niż gdy go ukarze aresztem czy więzieniem. Dzięki bogatemu arsenałowi środków, którymi rozporządza, sędzia angielski ma możność indywidualizowania zdarzeń i osób, może

w każdym wypadku zastosować środek najbardziej celowi odpowiadający. A do celu tego: zwalczenia przestępności młodocianych — dąży wytrwale ustawodawstwo i sądownictwo angielskie, osiągając w tej walce świetne rezultaty i zwracając rok rocznie społeczeństwu legiony młodych, pracowitych pożytecznych obywateli, którzy inaczej niechybnie byliby zgubieni i powiększyliby armię zawodowych zbrodniarzy.

(C. d. n.).

Zapiski literackie.

Dr. M. Allerhand. Podstęp w procesie. Lwów 1908, str. 344.

Zadaniem tej pracy jest poprawa i udoskonalenie urządzeń procesu cywilnego w ten sposób, aby tegoż podstępne wyzyskanie w celach pozaprocesowych stało się niemożebnem. Główną tedy osią, około której obracają się wywody autora, są kwestye de lege ferenda.

W części pierwszej (do str. 201) zajmuje się autor, niemal wyłącznie, procesem zgodnie a więc obustronnie symulowanym, który strony, w pełnem i ciągłem ze sobą porozumieniu, tylko pozornie prowadzą, aby osiągnąć korzyści lub zapewnić sobie skutki prawne, które z celem procesu cywilnego nie mają nic do czynienia. Zgodnie z Wachem przyjmuje autor (na str. 35 i n.; 55 i n.), że jedynym i właściwym celem procesu jest urzeczywistnienie tak zw. roszczenia prawnej ochrony (Rechtsschutzanspruch). Posługując się dalej teoryą O. Bülowa o t. zw. warunkach zaistnienia i rozwoju procesu (Processvoraussetzungen), uzupełnia je autor dowolnie tem, że również i zamiar dochodzenia owego roszczenia do tych warunków należy. W chwili zatem — ciągnie autor dalej — w której sąd ustalił, że strony w innym celu zgodnie się prawują, a to od samego początku, lub cel ten w ciągu sporu odpadł (np. w skutku zasądowego zagodzenia sprawy), proces, jako nieważny, powinien być zastanowiony, a względnie wyrok unicestwiony. Należy bowiem zagrozić nieważnością brak po-

wyższego warunku procesowego, gdyż przez to strony nadużywają procesu in fraudem legis, choćby to nawet nikomu żadnej szkody nie przyniosło. I to nie lada jaką nieważnością. Ma to być przyczyną nullitatis insanabilis, a więc do obecnych dodana jeszcze jedna przyczyna uzasadniająca skargę nieważności na wyrok prawomocny (§ 529 pr. c.). Także ugoda sądowa, in fraudem legis zawarta, ostać się nie powinna (str. 191 i n.). Prócz tego ma być wymierzona kara za symulacyę (str. 200 i n.). Więc ją chyba autor za rodzaj pieniactwa uznaje, chociaż tego wyrazu unika. Wyśledzenie i ustalenie symulacyi ma też być sędziemu cywilnemu w szczególny, dotąd niepraktykowany sposób umożebnione i ułatwione.

Autor odwołuje się niejako do całej społeczności, nakładając na każdego obowiązek obywatelski doniesienia o wiadomym mu przypadku symulacyi w procesie wiszącym, z tym skutkiem, że sąd nad tem doniesieniem nie może przejść do porządku dziennego (str. 42 lit. a). Wzmogłaby się tedy liczba uczestników procesu i powiększył t. zw. obowiązek sędziowski. Pragnie też autor państwo pociągnąć do stałego nadzoru nad sądownictwem cywilnem o tyle, że prokuratorye skarbu winny się wmieszać do każdego sporu, gdy otrzymają zawiadomienie od sądu, że zachodzi podejrzenie symulacyi (str. 191 i n.). Ochrona sądownictwa od zakażenia go tem złem, jednem z najgorszych, leży w dobrze zrozumianym interesie publicznym. Widzimy zatem, że autor pragnie cel oczyszczenia jurysdykcyi od tej rdzy gryzącej osiągnąć zapomocą środków prewencyjnych i represyjnych.

Zamiar to chwalebny i racyonalny. Ale uznanie symulacyi za przyczynę bezwzględnej nieważności byłoby bezprzykładnem novum, czyniącem wyłom zasadniczy w obecnych systemach nieważności wyroków. Ani skarga bezzasadna (§ 45 pr. c.) ani kłamliwa skarga lub obrona (§ 408 pr. c.), same przez się, nie są dotąd za nieważne uznane (§ 477 pr. c). Mogą być tylko karcone jako pienne (ibid). Wogóle nie było dotąd nieważności za to, że

czynność procesowa jest bezzasadną, czy dla braku zgodności prawnej wniosku z faktami, czy dlatego, że przytoczone fakty nie są prawdziwe, a zwłaszcza gdy są zmyślone. Strona wprawdzie naruszyła wtedy obowiązek prawdomowności (§ 178 pr. c.), atoli bez skutków karnych (lex imperfecta), chyba, że się jednostronnie dopuściła swawolnego kłamstwa (§ 408 pr. c.). Przypadkami obustronnej symulacyi prawo procesowe wcale się nie zajmuje, pozostawiając to prawu karnemu lub cywilnemu (Anfechtungsgesetz). Słusznie tedy autor, chociaż tylko pośrednio, ustawodawstwu cywilno-procesowemu wytyka, dlaczego w konsekwencyi nie zajmuje się dwustronną symulacyą, skoro jednostronna jest w niem uwzględniona, a to tem bardziej, że inne prawa (karne, cywilne, administracyjne) nie są w stanie uchronić procesu cywilnego od tej wielkiej klęski. W tem też jego nie wyłączna wprawdzie, ale też nie mała zasługa, jak się to jeszcze z późniejszego pokaże. Wątpliwość zachodzi tylko w tem, czy procedura cywilna ma się chwycić radykalnego środka nieważności, czy też mają być dalej rozwinięte i uzupełnione postanowienia o pieniactwie, a zwłaszcza rozszerzone na obustronną symulacyę, jako na przypadek pieniactwa najcięższy, z zastosowaniem jak najsilniejszej prewencyi i najsroższej represyi, na jakie tylko procedura cywilna zdobyć się może, bez narażenia istotnych zasad i urządzeń procesu cywilnego. Do tych zasad należy teorya oświadczenia w odróżnieniu od teoryi woli. Na przykład, nasza procedura cywilna tylko w nielicznych, wyjątkowych przypadkach pozwala sędziemu na badanie, czy wola oświadczona zgadza się z wewnętrznem postanowieniem, i to jedynie wtedy, gdy odpowiedni stan duszy (opieszałość, zamiar, swawola) jest oczywisty i da się stwierdzić bez osobnego dochodzenia (§ 44, 45, 179, 408 pr. c.), lub gdy tak samo brak animi confitendi może być ustalony (§ 266 pr. c). Autor jednak trzyma się teoryi woli. Każe sędziemu schodzić w głąb duszy podmiotu działającego i badać jego zmienne nastroje (str. 47 i n.). Do dotych-

czasowych obowiązków sędziowskich ma być dodany nowy szczegół, który nie pozwoli mu ani być biernym widzem, gdy symulacya jest oczywistą, ani zaniechać jej badania, gdyby choć najlżejsza co do jej istnienia zachodziła wątpliwość (ibid.). Zawsze i ciągle ma sędzia obowiązek badania z urzędu, ażali dany proces jest rzeczywisty, czy też udany (str. 51 i n.). Wracając kilkakrotnie do tego poglądu, autor nigdy go się nie wyrzeka, nawet wtedy, gdy dobrze sobie zdaje sprawę z trudności, na jakie musi natrafić prawodawcze unormowanie tej zasady (str. 179 i n.). W tej kwestyi, jak w wielu innych, przedstawia się autor jako radykalny burzyciel istniejącego porządku.

Nie mógł też autor, swój temat symulacyi i podstępu należycie persekwując, pominąć kwestyi, dotąd w nauce nierozstrzygniętej, co do rozmaitego pojmowania stanowiska strony (i innych działaczy) pod tym względem, czy na niej cięży obowiązek działania, czy też jej działanie jest wynikiem jej prawa do działania? Mamy tedy kwestyę obowiązku albo prawa do działania, pośród której mieszczą się rozmaite subtelności, jak np. różnica między obowiązkiem do oświadczeń (Erklärungspflicht), a przymusem do wdania się (Einlassungszwang), gdy się kto za teoryą obowiązku oświadczył, jak to właściwie czyni autor. Kwestyę tę połączył autor z uwagami o zaoczności (str. 123 i n.), której również nie mógł zejść z drogi, ku swemu celowi zmierzając. Autor bada istotę zaoczności z punktu widzenia teoryi obowiązku do działania i przyznać trzeba, że dochodzi do wcale ciekawych rezultatów.

Na mnogie inne kwestye procesowe natknął się autor w pochodzie ku swej mecie, i trzeba to uznać, że nie pominął żadnej, począwszy od przyznania i uznania, które wbrew poważnym zdaniom odmiennym słusznie za jednostronne oświadczenia uznaje (str. 139 i n.); następnie jak się wobec symulacyi przedstawia zarzut sprawy osądzonej i wiszącej (str. 122 i n.), tudzież kompromisu? (str. 149 i n.). Na szczególną uwagę i uznanie

zasługuje, co autor w § 7 (str. 162 i n.) o wpływie procesu symulowanego na prawa i obowiązki osób trzecich przedstawia i jak tę rzecz szczegółowo i umiejętnie zdołał rozprowadzić. Następnie coraz więcej w głąb rzeczy zstępując, wydobył z niej jeden jaskrawy argument, który, na pierwszy rzut oka za nieważnością procesu symulowanego przemawiać się zdaje (str. 189 i n.). W przeciwnym bowiem razie możnaby z ducha przepisów §§ 412 i 478 pr. c. wnioskować, że dowody w procesie symulowanym na niekorzyść trzecich (np. skarbu państwa) przeprowadzone, należy uwzględnić w procesie powtórzonym, a zatem temu uwzględnieniu tylko nieważność zapobiegnie, bo zasadniczo tylko dowody w procesie unieważnionym przeprowadzone, zostają w zupełności unicestwione § 478 pr. cyw.).

We wstępie historycznym (str. 1 i n.) tudzież w § 8 „De lege ferenda" (str. 191 i n.) nie pominął autor i tego, że pozorne akty procesowe (np. in iure cessio) w historyi rozwoju prawa cywilnego, wielką i dobroczynną odegrały rolę. To prowadzi go do głębszego ujęcia istoty symulacyi (str. 6—19) i do zaznaczenia możebnej różnicy między procesem pozornym a symulowanym, która jednak obecnie już się zupełnie zatarła. Autor w sposób przekonywający bliżej uzasadnia, że niema już potrzeby aktów pozornych jako legalnej formy aktów prawnych, za czem idzie, że każdy taki akt jest symulacyą, będącą obejściem prawa i naruszeniem prawnego porządku (str. 192 i n.).

Są też w tej rozprawie omawiane kwestye, z głównym tematem bliżej nie powiązane, które z jednej strony świadczą o braku rutyny naukowej w omijaniu zbytecznych incydentaliów, ale z drugiej strony są dowodem, że autor chciał być gruntownym.

I tak, między innemi, wplótł na str. 132 i n. rzecz o istocie postępowania wekslowego na tle t. z. zaoczności antycypowanej.

Wartość naukową tej części I. niniejszej rozprawy nadaje i zasługę autora stanowi to, że

1) z całej obszernej literatury, praktyki i własnych spostrzeżeń skrzętnie, sumiennie i umiejętnie korzystając, udało mu się obmyśleć i zestawić szemat przypadków i zgubnych konsekwencyj procesu symulowanego w zdumiewającej obfitości i że o tyle, o ile się ułożeniem tego szematu zajmuje (str. 44—120), panuje w nim ład należyty i ścisłość naukowa, która dąży do zupełnego wyczerpania przedmiotu, bo np. nie pomija nawet ubocznej, ale co prawda, nader praktycznej kwestyi ponoszenia kosztów procesu symulowanego (str. 120); jako też, że

2) pomijając niezgodny z obecnym stanem nauki pomysł ustanowienia symulacyi, jako przyczyny nieważności, w każdym razie tak sprawę jej uwzględnienia de lege ferenda poruszył i postawił, że może się to przyczynić do szerzenia, a względnie do umocnienia przekonania, że obustronna symulacya, chociażby in concreto nie ubliżała innym prawom (cywilnemu, karnemu lub administracyjnemu), jest sama przez się naruszeniem prawa procesowego i że dlatego jej pominięcie w ustawach proceduralnych, jest opuszczeniem prawodawczem, które tem więcej w oczy bije, ile że te ustawy mniej niebezpieczną jednostronną symulacyę uwzględniają.

W części drugiej (str. 201 do końca), z napisem: „Nadużywanie (śc. podstępne) poszczególnych aktów procesowych“, traktuje autor szereg przypadków z praktyki zaczerpniętych lub wymyślonych, które w tem się zasadniczo od tematu części I różnią, że mamy tu do czynienia z procesem rzeczywistym, w którym powód niewątpliwie dochodzi roszczenia ochronnego, a względnie pozwany broni się wobec zaczepki rzeczywistej. A więc musi tu autor opuścić wymyśloną przezeń tezę, że gdzie niema owego roszczenia, tam zachodzi nieważność. Ale mimo to stawia dalszą, a mianowicie, że i tam się nieważność wylęgła, gdzie jedna strona, na własną rękę, bez porozumienia się z przeciwniczką, wyzyskuje podstępnie przepisy i urządzenia prawa proc., aby skargę lub obronę w korzystniejszych przeprowadzić warunkach, aniżeli na to procedura pozwala. Należą tu przedewszystkiem przy-

padki, w których strona, zmyśleniem lub przekręceniem faktów, przeniosła sprawę do sądu niewłaściwego, albo prowadzi proces pod fałszywem nazwiskiem, lub zyskuje przerwę z § 190 pr. c. przez to, że wynosi skargę fikcyjną i t. p. Autor żąda zatem uzupełnienia § 178 pr. c. rygorem nieważności, aby w ten sposób ta lex imperfecta na perfecta się przemieniła. Chodzi autorowi o to, aby w ten sposób uchronić przeciwnika lub osobę trzecią od możebnych skutków niekorzystnych, jakie dla nich z podobnego podstępnego zachowania się strony w procesie wiszącym mogą wyniknąć. Ale i tam, gdzie owe niekorzyści nie są możebne, należy nieważność postanowić, albowiem tego rodzaju zachowanie się jest contra bonos mores. Szczególnie jaskrawe i niebezpieczne przypadki i ewentualności w praktyce spostrzeżone, są te, w których strona cesyą fikcyjną zdołała sobie zapewnić rolę świadka (na str. 245) lub też przeciwnika pozbawić świadka (str. 247) lub też to osiągnąć, że zapomocą fikcyjnego wymienienia poprzednika zapadł wyrok przeciw osobie, wobec której egzekucya okazała się bezsilną (str. 281). Autor w sposób ściśle naukowy i przekonywający unaocznił, że w tych i podobnych przypadkach, do nieba o pomoc wołających, prawo karne i cywilne są bezwładne, a więc same prawo procesowe swoich urządzeń bronić powinno od skazy i zatraty. Ale jak? Odpowiadając na to pytanie, autor sam sobie przeczy albo zapomina o tem, co w tej mierze sam zasadniczo wypowiada, a mianowicie: 1) że w kwestyi nieważności poszczególnych czynności obojętną jest rzeczą, że podstęp był poza procesem przygotowany (np. żądaniem i przyrzeczeniem niestawiennictwa na audyencyi), albowiem nie chodzi tu o to, „że strony poza procesem działają, lecz o czynności procesowe“ (str. 202), 2) akty już dokonane nie mogą być uchylone dla tego, że strona je spełniła pod wpływem podstępu (str. 315). Mimo to autor nieważność de lege ferenda zaleca, ale jedynie o tyle, że ma być to nullitas sanabilis, którą prawomocny wyrok usuwa (str. 136, 145, 245, 246). Z tej niekonsekwen-

cyi chce się autor wyratować teoryą O. Bülowa o warunkach procesowych (Processvoraussetzungen). Ale niewiadomo, czy mylnie, czy z umysłu, zalicza podstępne działania do owych warunków, chociaż o tem się nie śniło ani Bülowowi ani Heysslerowi, który teoryę Bülowa na tle prawa austryackiego rozwinął i ustalił. W ten sposób autor warunki ważnego rozwoju procesu, poza program twórców ich teoryi, o jeden taki warunek wzbogacił — a może o więcej. I tak np. niewłaściwość usuwalna lub niedozwolone towarzystwo sporu, nie są dotąd przyczynami nieważności. Według autora powinny być niemi, gdy w celu ich pokrycia i pozornego usprawiedliwienia zmyślone fakty przytoczono (str. 248). Także radby autor, w tych przypadkach z gruntu zmienić obowiązek sędziowski. Obecnie bada sędzia obydwie te kwestye na podstawie gołosłownych twierdzeń powoda. Autor chce go zniewolić, aby z urzędu badał prawdziwy stan rzeczy i wobec ustalonego podstępu postępowanie zastanowił (str. 248).

W innych przykładach chce autor przegranę in merito zastąpić nieważnością, jak np. wtedy, gdy braknie leg. ad causam (zmyślona cesya). Są to najrozmaitsze przypadki, wymagające rozmaitych środków zaradczych. Autor zna tylko jeden środek uniwersalny: nieważność. Jakby nie myślał o tem, coby się z procesem stało, gdyby upior nieważności na każdym kroku straszył i ubezwładnił jego działaczy?!

Oprócz niekonsekwencyi wyżej wykazanej, popełnił autor jeszcze dwie naukowe niedokładności:

1) nie wykazał, że środki zaradcze, jakie obecne prawo w niektórych przypadkach ustanawia (§ 408 pr. c.), nie są wystarczające; i nie mówi nic o tem, czy one mają mimo nieważności, obok niej nadal pozostać, i

2) mnożąc system warunków ważnego rozwoju procesu nic o tem nie wspomina, że dążeniem nowszej teoryi jest zredukowanie owych warunków do minimum, i nie usprawiedliwia się, dlaczego płynie przeciwko temu prądowi naukowemu.

Mimo to rozprawa jest i w tej części dobrą, albowiem to jej nadaje rzetelną wartość naukową, że swoją gruntownością i dobrą metodą w przedstawieniu nadużyć urządzeń procesowych, już praktykowanych lub w przyszłości możebnych, przekonywająco wykazuje, że poprawa jest konieczną.

Dobra dyagnoza jest pierwszym warunkiem wyleczenia. Inna sprawa, czy zaleczona metoda leczenia jest odpowiednia. W tej mierze mógł się autor pomylić! Ale niema na razie widoków, aby nauka i prawodawstwo rychło pokonały złe, które dzięki autorowi bliżej poznać mamy sposobność. *Balasits.*

Zbiór ustaw i rozporządzeń administracyjnych, opracowany przez Jerzego Piwockiego, szefa sekcyi w ministerstwie spraw wewnętrznych w Wiedniu. Wydanie 2-gie przy spółudziale dr. Władysława Stesłowicza, sekretarza lwowskiej Izby handlowej, i Józefa Münza, referenta Banku hipotecznego we Lwowie.

Tom I. (Str. V. + 565. Zeszyt 1—8) Ust. konstytucyjne i gminne. Lwów 1909 r.

Tom II. Organizacya władz, postępowanie administracyjne, stosunki służbowe urzędników i sług państw. (Zeszyt 8—15, str. XVI + 603). Lwów 1910.

Od pierwszego wydania tego zbioru upłynęło lat 11; przybyło przez ten czas sporo nowych ustaw i nowej judykatury. Dla ich uwzględnienia autor przy pomocy nowych spółpracowników podjął obecnie nowe wydanie. W przeciwieństwie do pierwszego wydania, podzielonego tylko na 5 bardzo grubych tomów, wydanie II. podzielone jest praktyczniej na większą liczbę tomów: i tak, dwa pierwsze tomy odpowiadają razem co do treści I. tomowi I. wydania, przewyższając go tylko rozmiarami — przy jednakowym druku i formacie — o 117

stron, co się tłómaczy przyrostem nowych ustaw i judykatury.

Pierwsze 4-ry zeszyty i początek 5-go (str. 1—322) zawierają ustawy konstytucyjne, opracowane w I. wydaniu przez prof. Starzyńskiego i wydane wówczas przez niego w pewnej ilości osobnych odbitek jako odrębna całość pod nazwą „Codex iuris politici“. W tym dziale dodano: reskrypt ministerstwa domu ces. i spraw zewn. z d. 6 stycznia 1867 Dz. u. p. Nr. 10, uchylający tytuł „króla Lombardyi i Wenecyi“; ustawę o anneksyi Bośnii i protokół ugody z Turcyą w tej sprawie; układ dodatkowy z Węgrami z r. 1907 w sprawie spólnego długu państwowego i wszystkie nowe ustawy obejmujące ugodę austryacko-węgierską z r. 1907; nową ordynacyę wyborczą do Rady państwa z roku 1907 oraz związane z nią zmiany ustawy zasadniczej o reprezentacyi państwa; główne postanowienia reskryptów wykonawczych ministerstw spraw wewnętrznych i skarbu do tej ordynacyi wyborczej i instrukcyę dla komisarzy wyborczych; ust. o ochronie swobody wyborów i zgromadzeń; obwieszczenie min. spraw wewn. z d. 23. września 1907 o prostowaniu omyłek w Dzienniku ustaw państwowych; zmiany ust. o trybunale administracyjnym, dokonane ust. z 21 września 1905, i nowy regulamin tegoż trybunału z 22 sierpnia 1907; zmiany statutu krajowego aż do „lex Sala“ włącznie.

Dodano również w odsyłaczach do poszczególnych paragrafów ustaw konstytucyjnych zasady nowszych orzeczeń trybunału państwa i trybunału administracyjnego, co prawda niewiele i nie wszystkie, któreby mogły być potrzebne (np. przy art. XIX u. z. o powsz. prawach obywateli nie jest cytowane słynne orzeczenie tryb. p. w sprawie uniwersytetu lwowskiego); korzystanie z tych odsyłaczów jest jednak cokolwiek utrudnione wskutek tego, że orzeczenia Tr. p., wydane po r. 1891, są cytowane nie według liczb zbioru Hyego, lecz według przypadkowych liczb protokołu Tr. p. Było to uzasadnione w r. 1898, w chwili I-go wydania, bo wówczas istniało

tylko 1-szych 9 tomów Hyego, doprowadzonych do roku 1891; obecnie jednak zbiór ten doszedł już do tomu 12-go. Nie zacytowano również przy art. XIX ust. zas. o powsz. prawach obywateli (gdzie są przytoczone wszystkie przepisy językowe obchodzące Galicyę) ani krajowej ust. z r. 1907 o języku władz autonomicznych, ani ust. kr. z tegoż roku o seminaryach nauczycielskich (zamiast niej przytoczono za 1-szem wydaniem statut seminaryów z r. 1874, już nie obowiązujący). Pierwsza z tych ust. podana jest zresztą później na str. 562—565 w dziale ustaw gminnych; nie ulega oczywiście kwestyi, że tak samo i druga podana będzie na właściwem miejscu wśród ustaw szkolnych.

Opuszczono natomiast z pierwszego wydania, niekoniecznie słusznie, ustawę o liście cywilnej i regulaminy delegacyi, Izby panów, Izby posłów, Izby obrachunkowej i Sejmu kraj., oraz instrukcyę Wydziału krajowego. Opuszczenie to nie jest ani teoretycznie ani praktycznie usprawiedliwione, gdyż regulaminy te pod względem prawnym stoją na równi z rozporządzeniami i są tak samo ważne, a może dla życia publicznego ważniejsze, jak regulaminy trybunału państwa i trybunału administracyjnego, które w zbiorze pozostawiono.

Po ustawach konstytucyjnych następuje, podobnie jak w 1-szem wydaniu, prawo gminne. I tutaj uwzględniono wszystkie nowe ustawy z ostatniego 10-ciolecia, a więc ustawę z d. 4. lutego 1908 o pożytkach z dobra gminnego, ustawę z d. 13. stycznia 1909 o gminnych dodatkach do podatków, ustawę z 9 listopada 1903 o prawie wyborczem dyplomowanych weterynarzy, ustawę z 13. lipca 1898 o zatwierdzaniu niektórych uchwał rad miejskich przez Wydział powiatowy (nieuwzględnioną w 1-szem wydaniu), ustawę z 9. lipca 1907 o zastępcach członków Wydziału powiatowego, ustawę z 12 lipca 1905 o utracie mandatu do Rady powiatowej i o komplecie, potrzebnym do uchwał Rady, ustawę z 15 maja 1907 o powiatowych dodatkach do podatków, ustawę z 25 maja 1909 o zmianie statutu miasta Lwowa, nowy sta-

tut miasta Krakowa z 6 października 1901 ze zmianą z 12 kwietnia 1905, ustawę o wielkim Krakowie (bez daty i liczby), a wreszcie ustawę krajową o języku urzędowym władz autonomicznych. Również uwzględniono starannie orzeczenia trybunału admin. aż po najnowsze czasy.

Tom II. obejmuje organizacyę władz, postępowanie administracyjne i stosunki służbowe urzędników i sług. Dodatki i zmiany w tym dziale są z natury rzeczy jeszcze liczniejsze niż w tomie I-szym.

I tak, w zakresie działania ministerstwa spraw wewnętrznych podano w przypisach rozporządzenie z d. 5. sierpnia 1906 o wydzieleniu agend weterynaryjnych i ustawę z 5. lutego 1907 o wydzieleniu pewnych spraw przemysłowych z kompetencyi tego ministerstwa; dalej podano w całości statut państwowej Rady archiwalnej z r. 1894, zarysy służby przy niej i regulamin archiwów rządowych, rozporządzenia z 3. kwietnia 1897 o radzie przybocznej do spraw obrotu żywnością i z d. 30. marca 1888 o radzie przybocznej asekuracyjnej. W zakresie politycznych władz krajowych i powiatowych podano dzisiejszy etat osobowy namiestnictwa galicyjskiego, dzisiejsze starostwa galicyjskie (jeszcze bez Oświęcimia i Skolego, utworzonych już po wyjściu odnośnego zeszytu), jedno orzeczenie trybunału administracyjnego i dwa orzeczenia ministerstwa spraw wewnętrznych z lat 1908/9; w zakresie władz policyjnych obwieszczenia namiestnictwa z 27. listopada 1906 o rozszerzeniu terytoryalnej kompetencyi policyi krakowskiej, oraz z d. 29. kwietnia 1899 i 27. listopada 1906 o rozszerzeniu okręgu policyjnego w Przemyślu; w zakresie ministerstwa oświaty statut komisyi centralnej do badania i zachowywania zabytków sztuki i pomników historycznych z 14 marca 1899. W zakresie ministerstwa handlu podano nowy statut rady przemysłowej z 23. lutego 1909, statuty rady rękodzielniczej z 21. grudnia 1908, statut komisyi do zapobiegania wypadkom z d. 13. maja 1900, statut urzędu statystyki pracy w brzmieniu ustalonem rozp. z 18. stycznia 1905

i 16. czerwca 1908; statuty nieustającej komisyi wartości handlowych z 9. czerwca 1877 i z 27. marca 1901, przybocznej rady cłowej z 12. czerwca 1906, dyrekcyi budowy dróg wodnych i rady przybocznej do spraw budowy tych dróg z d. 11. października 1901.

W zakresie ministerstwa kolejowego znajdujemy obwieszczenie ministerstwa z d. 1. lipca 1909 o rozszerzeniu kompetencyi dyrekcyi kolejowych celem uproszczenia toku czynności, nowe statuty państwowej Rady kolejowej i dyrekcyjnych Rad kolejowych z d. 20. kwietnia 1909. — W zakresie ministerstwa rolnictwa podano rozporządzenie ministr. z d. 5. sierpnia 1906, o oddaniu agend weterynaryjnych ministerstwu rolnictwa, statut centralnej Rady przybocznej chowu koni z d. 30. października 1907 r., nowy statut Rady rolniczej z 23. lutego 1909 r., rozporządzenie z d. 13. stycznia 1907 r. o przybocznej Radzie weterynaryjnej, a nadto w przypiskach do rozporządzenia o zarządzie domen i lasów wspomniano o ces. postanowieniu z d. 3. czerwca 19 7, łączącem dwa dawne działy galic. Dyrekcyi domen w jedną całość, i o nowych przepisach egzaminowych z 3. lutego i 1903 i 1. maja 1907 r.

W dalszym ciągu podano przepisy o ministerstwie robót publicznych i podwładnych mu organach, a mianowicie ustawę z 27. czerwca 1908 roku i obwieszczenie wszystkich ministerstw z 6. lipca 1908 o utworzeniu tego ministerstwa i jego kompetencyi, statut centralnej komisyi do spraw szkolnictwa przemysłowego z d. 22. grudnia 1908 i statut przybocznej Rady popierania przemysłu rękodzielniczego; tu również przeniesiono dawne przepisy o państwowych władzach budowniczych i górniczych, podległych teraz ministerstwu robót publicznych.

W zakresie ministerstwa skarbu podano statut Rad przybocznych znawców opodatkowania piwa, wódki, nafty i cukru z 12. maja 1905 r., reskrypt z d. 17. kwietnia 1906 o zakresie działania krajowych władz skarbowych i rozporządzenie z 19. marca 1907 o straży skarbo-

wej; nadto w przypiskach wspomniano o niektórych zmianach kompetencyi okręgowych dyrekcyj skarbowych, dokonanych rozporządzeniem o trafikach z 1899 i ustawą o taryfie cłowej z d. 13. lutego 1906, oraz o niektórych (nie wszystkich) zmianach kompetencyi prokuratoryi skarbu, mianowicie tylko o zmianach, dokonanych rozporządzeniami z d. 18. stycznia i z d. 7. czerwca 1898.

Na polu udziału władz politycznych i gmin w sądownictwie, uwzględniono ustawę z d. 27. lutego 1907, zmieniającą przepisy o gminnych urzędach rozjemczych, poza tem dział ten pozostał niezmieniony, a wytknąć tylko należy dwukrotną omyłkę drukarską, polegającą na podaniu daty ustawy o procedurze cywilnej 1. sierpnia 1905, zamiast 1. sierpnia 1895. Ta sama omyłka jest także w spisie rzeczy.

W zakresie postępowania administracyjnego uwzględniono dość licznie nowsze orzeczenia trybunału administracyjnego aż do pierwszych miesięcy r. 1909.

W dziale języka urzędowego podano po dawnemu tylko rozporządzenie z r. 1869 o wewnętrznym języku urzędowym; rozporządzenia z r. 1860 o zewnętrznym języku urzędowym, oraz rozporządzenia językowe uniwersyteckie, w poprzedniem wydaniu pominięte zupełnem milczeniem, tym razem wspomniano w przypisku, ale bez podania ich tekstu. Jest to dotkliwy i niczem nie usprawiedliwiony brak tego zbioru, gdyż zwłaszcza rozporządzenie z 4 lipca. 1860 r. o zewnętrznym języku urzędowym jest ciągle w praktyce potrzebne, ciągle przez Rusinów, a niekiedy i przez Niemców powoływane i nadużywane, a w żadnym polskim zbiorze — za wyjątkiem książki Bobrzyńskiego „Z dziejów odrodzenia Galicyi“ — nie jest wydrukowane i dla Polaków bardzo trudno jest dostępne, podczas gdy Rusini w swoich wydawnictwach je mają i ciągle z niego robią ekstenzywny użytek. Brak to tem dotkliwszy, że rozporządzenie to, jako przepis partykularny, z reguły także w niemieckich zbiorach ustaw się nie znajduje, a ponieważ nie było ogłoszone

w dzienniku ustaw państwa ani kraju, więc trzeba po nie sięgać dopiero do dzienników rozporządzeń ministerstw lub do książki Fischla „Sprachenrecht“. Byłoby bardzo wskazanem, aby wydawcy jeszcze dodatkowo w którymkolwiek z następnych tomów to rozporządzenie wydrukowali.

Jako nowy dodatek w dziale postępowania administracyjnego, podano obszerną instrukcyę z roku 1909 w sprawie korespondencyi władz politycznych i policyjnych ze stronami i władzami wspólnemi poza obrębem monarchii.

W zakresie stosunków służbowych urzędników i sług uwzględniono oczywiście ustawy z 24. maja 1906 i 19. lutego 1907 o podwyższeniu płac urzędników, z 25. czerwca 1906 o wyższych adjutach, z 26. grudnia 1899 i 25 września 1908 tudzież rozporządzenie z d. 22. listopada 1908 o płacach sług, reskrypty z d. 24 maja 1899 i 18. września 1907 o zaliczkach na place, z d. 25. marca 1905 o taksach, rozporządzenia z d. 19. i 20. lipca 1902. 15. lipca 1906 i 23. marca 1907 o pomocnikach kancelaryjnych i statut zakładu zaopatrzenia dla nich, z 15 października 1902 o sługach pomocniczych, z d. 5. lutego 1900 o ich ubezpieczeniu na wypadek choroby, liczne drobne reskrypty w sprawie kosztów podróży urzędowych, ustawy z 19. lipca 1902, z 24. maja 1906, z 19. lutego 1907 i z 14. lipca 1910 o emeryturach i pensyach wdowich wraz z rozporządzeniami wykonawczemi, wreszcie rozporządzenie z d. 5. czerwca 1909 o zapobieżeniu nienależnym wypłatom poborów zaopatrzenia. Uwzględniono również nowszą judykaturę do dawniejszych ustaw z tej dziedziny.

Już te pierwsze tomy świadczą, że nowe wydanie tego zbioru jest niezbędne także i dla tych, którzy mają wydanie pierwsze. Świadczą również, że będzie ono miało tesame zalety i tesame wady, co pierwsze wydanie. Jako taką wadę, spólną obu wydaniom, należy uważać stanowczo ograniczenie się wyłącznie do ustaw państwowych i ustaw krajowych galicyjskich, bez żadnego uwzględnienia ustaw krajowych innych krajów koron-

nych, choćby tylko Śląska, Bukowiny, Moraw i Dolnej Austryi, które przecież ze względu na tak liczną tam ludność polską, a w szczególności ludność z Galicyi pochodzącą, są każdemu Polakowi, a zwłaszcza każdemu urzędnikowi galicyjskiemu niejednokrotnie potrzebne. Przykład wydawnictw niemieckich Gellera i Manza świadczy, że takie porównawcze wydanie ustaw wszystkich nawet krajów koronnych da się uskutecznić — dzięki całemu szeregowi przepisów wspólnych — dosyć niewielkim nakładem miejsca.

Wadą zbioru jest również poniekąd nie całkiem równomiernie opracowanie wszystkich działów: niektóre z nich są widocznie opracowane przez specyalistów, z uwzględnieniem niedrukowanych reskryptów ministeryalnych i judykatury, inne poprzestają tylko na surowem podawaniu in extenso przepisów, dostępnych każdemu w dzienniku ustaw państwa. Tę nierównomierność należałoby w następnych tomach w miarę możności usunąć.

Godzi się wreszcie wytknąć jeszcze jedno: zbyt powolne tempo w pojawianiu się nowych zeszytów. Grozi to drugiemu wydaniu tym samym losem, jaki w swoim czasie spotkał pierwsze wydanie, że pierwszy tom był już przestarzały, zanim wyszedł ostatni. W interesie wydawnictwa, a zarazem w interesie prawników galicyjskich, a zwłaszcza urzędników administracyjnych, dla których ta książka jest nie tylko bardzo pożyteczną, ale wprost niezbędną, leży koniecznie przyspieszenie tego tempa, a zarazem uwzględnianie zmian późniejszych w formie zeszytów czy tomów dodatkowych.

Dr. Zdzisław Prochnicki.

Dr. Józef Serkowski: Ochrona dzieci i przymusowe wychowanie zaniedbanej młodzieży. Tom I. Lwów 1911. Zienkowicz i Chęciński. — Warszawa, Wende i Ska.

Autor, poświęcający się z gorliwością prawdziwego uznania godną idei ochrony dzieci, podał nam w tej

książce nową wiązankę materyałów, owoc własnej, mozolnej a skrzętnej pracy, podejmowanej w interesie tej idei, dla społeczeństwa naszego tak ważnej. W niej bowiem tkwi nie tylko sentymentalizm, który lituje się nad nędzą i opuszczeniem dziatwy, lecz — śmiało można powiedzieć — cała przyszłość narodu. Niewątpliwie zdziczenie i rozwydrzenie całych warstw społecznych, bandytyzm i anarchizm nie byłyby się tak rozwielmożniły, gdyby się wcześniej pomyślało było o zaopiekowaniu się wyrastającą bez nadzoru i przytułku dziatwą, gdyby dawniej już byli znaleźli się tacy, którzyby tę dziatwę ogarnęli ciepłem rodzinnem, postarali się o wpojenie w nią zasad religii i moralności i nadali jej wychowaniu kierunek pożyteczny. — Dlatego hasło, które rzucił monarcha w swym roku jubileuszowym, ma wielką i trwałą doniosłość, a zorganizowanie rozumne i rozważne opieki nad wiekiem dziecinnym nie tylko jest aktem czystej filantropii, lecz aktem samoobrony społeczności, przygotowującej sobie lepszą przyszłość.

Autor zebrał starannie wszelkie daty, odnoszące się przedewszystkiem do stanu obecnego ochrony dzieci i wychowania zaniebanej młodzieży w Galicyi. Obrachunek taki jest konieczny do ułożenia planu na przyszłość. W drugiej części zamierza podać przegląd na urządzenia w innych krajach. W tomie niniejszym podaje urządzenia angielskie. Trzecia część zawierać będzie, jak zapowiada w przedmowie, teoryę ogólną i krytykę porównawczą i wnioski organizacyjne.

Trudno na tem miejscu streszczać wielką ilość szczegółów, jakie autor zebrał w 1. części, odnoszącej się do Galicyi. Szczegóły te sprawiają wrażenie, że w krótkim stosunkowo czasie wiele u nas zrobiono, ale o wiele więcej jeszcze do zrobienia pozostaje. Rozumne, celowe zarządzenia są jeszcze zawsze objawami sporadycznymi, chociaż przy inicyatywie i pomocy władz, w szczególności prezydyów obu sądów apelacyjnych w kraju coraz bardziej się upowszechniają. Daty, jakie autor przytacza co do zaopatrzenia ubogich a ochrony dzieci i zaniedbanej

młodzieży osobno dla powiatów i dla miast Lwowa i Krakowa, stanowić będą cenny materyał każdemu, kto w tej sprawie działać zamierza. Równie pouczające i naśladowania godne są wzory instrukcyi dla gminnych rad sierocych i statutu powiatowych Towarzystw opieki nad sierotami i zaniedbaną młodzieżą tudzież instrukcyi dla nieletnich skazańców w aresztach sądów powiatowych. Autor kreśli dalej akcyę kraju po koniec r. 1908 i krajowych komitetów ochrony dzieci, zawiązanych skutkiem uchwał kongresu wiedeńskiego z r. 1907 za inicyatywą i pod kierunkiem prezydentów sądów apelacyjnych we Lwowie i w Krakowie i wyczerpuje w ten sposób wszystko, co zebrać zdołał do r. 1908, kończy zaś tom I. dokładnym opisem ustawodawczych urządzeń angielskich ku zapobieżeniu okrutnemu obchodzeniu się z dziećmi, dalej opieki władz i organizacyi dobroczynności publicznej dla dzieci i młodzieży, które stanowią wzór sposobu, w jaki działalność ta, celowo obmyślana, urządzona być powinna.

Życzyć wypada, aby książka ta jak największe uzyskała rozpowszechnienie, gdyż zdolna jest zachęcić jednostki i związki społeczne do inicyatywy i gorliwego popierania idei. *R....r.*

Vorschriften betreffend die Landesschanksteuer in Galizien und der Bukowina und die allgemeine (Reichs-) Schanksteuer. Mit einer geschichtlich kritischen Einleitung und der Erläuterungen von Dr. Leo Geller. Wiedeń, 1911. Perles.

Odmiennie od zwyczajnej przy wydawnictwie ustaw zachowywanej praktyki, wedle której wstęp wydawcy ogranicza się do przedmiotowej historyi powstania ustaw w zbiorze zawartych, — w wydaniu niniejszem, poprzedza treść i objaśnienia ustawy wywód wydawcy wprawdzie historyczny, lecz zabarwiony subjektywną krytyką, polemicznie zwróconą zarówno przeciwko materyalnej treści jak i przeciw formie tychże ustaw. Znany zarówno z głębokości swych prac jak i z ciętego pióra wydawca

we wstępie „przejechał się" po ustawach galicyjskiej i bukowińskiej o opłatach szynkarskich w sposób tak dosadny, że — jak to mówią — zdrowej na nich nie pozostawił nitki. Nie czujemy się powołani do występowania w obronie rzeczonych ustaw ani pod względem treści ani formy, przyznajemy nawet, że autor, w swoim wstępie (który jest — z małemi zmianami — powtórzeniem artykułu jeszcze w 1906 r. — gdy ustawy te były dopiero projektami, w Zentralbl. zamieszczonego) nader zręcznie wyświetlił słabe ich strony. Nie możemy się jednak zgodzić na ryczałtowe potępienie całej wielkiej akcyi wykupna prawa propinacyi, którą autor, krok za krokiem niszczącej poddaje krytyce. Jakąkolwiek, rzecz biorąc historycznie, byłaby podstawa tego prawa, pewnem jest, że dla ostatnich posiadaczy, którzy bynajmniej nie byli wyłącznie ani nawet przeważnie szlachtą, ani też wcale w różowych stosunkach majątkowych, było ono prawem nabytem i — o ile nie było od przodków wprost odziedziczonem, co rzadko się zdarzało — zapłaconem. Jeżeli więc autor z pewnym przekąsem wyraża się o tem, że uprawnieni starali się za utratę prawa otrzymać wynagrodzenie i tem długi płacili lub nowe majętności zakupywali, to nie widzę, aby to ich stanowisko nie było usprawiedliwione. Czyż mieli poddać się bez odpłaty ekonomicznej amputacyi, którąby ich do ruiny doprowadzić mogła? I dla kogo mieli to uczynić? Czy dla konsumentów, alkoholików, aby im ułatwić zaspokajanie pragnienia tańszą ceną napojów, czy dla tych, którzy po nich potrafiliby zagarnąć zyski? Słusznie więc oddali swe prawo za odpowiedniem wynagrodzeniem krajowi t. j. ogółowi i słusznie kraj z tego korzystał, a nie państwo, boć przecież jasną jest rzeczą, że ani Czesi, ani Tyrolczycy, a nikt po za Galicyą do tego nie miał tytułu. — A że akcya cała przechodziła pewne stadya, rozwijała się stopniowo, a nie jakimś jednorazowym rozmachem, usprawiedliwia się tem, że tylko tym powolnym, stopniowym sposobem uniknięto kataklizmów ekonomicznych, wysuwając termina daleko naprzód i zyskując w ten sposób czas, z któ-

rego mogli i powinni byli skorzystać interesowani dla przygotowania się do nowego stanu rzeczy. A gdy i dzierżawy krajowe się skończyły, czyż można było żądać od ogółu, t. j. od kraju, aby zrzekł się dochodów dobrze, bo kapitałem 124 milionów nabytych, znowu w interesie potanienia wódki albo na rzecz szynkarzy? Nie możemy też uznać, by opłaty, choćby wysokie, od trunków były potępienia godne ze stanowiska społecznego lub ekonomicznego. Prawo propinacyi, jak długo było przywilejem większej posiadłości, nie odpowiadało swą formą średniowieczną duchowi epoki; gdy się stało własnością ogółu, nie wykraczało przeciw żadnym ekonomicznym ani społecznym postulatom, a podrożenie napojów wyskokowych nie sprzyja bynajmniej rozpowszechnieniu się alkoholizmu, lecz jest znakomitym środkiem zapobiegania tej zarazie. Co do krytyki samych ustaw w wielu punktach zgadzamy się z autorem, który jasno wykazał ich wadliwość o szczegółach. *R....r.*

Das oesterreichische Gewerberecht inbezug auf die gewerblichen Genossenschaften. Syst. Darstellung u. Erläuterung von Dr. Emil Meissner, Adv. in Deutsch Brod. Wiedeń, 1910. Perles.

Książka ta mieści w sobie w systematycznym porządku objaśnienie przepisów ustawy przemysłowej zawartych głównie w rozdziale VII. (o stowarzyszeniach) w brzmieniu dzisiejszem i wszystkich w związku z tem zostających przepisów, przeznaczone dla użytku praktycznego. Jestto owoc sumiennej i mozolnej pracy. Kto wie, jaki las dodatków, zmian, ustawowych rozporządzeń, ministeryalnych orzeczeń Trybunału administracyjnego utworzył się w około każdego postanowienia ustawy z r. 1859, uzna, że autor niełatwe postawił sobie zadanie. Sposób przedstawienia zastosowany jest do praktycznego celu; nie należy więc szukać tam naukowych wywodów; natomiast praktyk znajdzie w tej książce przystępne, jasne i gruntowne wyjaśnienia wszystkich kwestyi, wiążących się z przedmiotem. Autor w przedmowie kreśli metodę,

jaką zastosowywał przy układaniu swej książki a która ją trafnie charakteryzuje. W każdym rozdziale wychodził z pierwotnej ustawy przem. z r. 1859, porównywał odnośne postanowienia z nowelami, któremi zmieniona została, tam zaś, gdzie zmiana nastąpiła nowelą najnowszą z r. 1907, porównywał materyały parlamentarne a to wszystko w tym celu, aby dojść, jakie zmiany zostały zaprowadzone. Następnie badał wszystkie odnośne orzeczenia trybunałów administracyjnego i sądowego, tudzież rozporządzenia, instrukcye i okólniki władz administracyjnych i na tej, historycznej drodze doszedł do rezultatów, które w książce zebrał. Gdzie zdanie, jakie na tej podstawie sobie urobił, okazuje się niezgodnem z praktyką, uzasadnia je dokładnie. Z tych powodów książka ta bardzo dobre wyświadczyć może usługi praktyce przemysłowej szczególnie zaś zarządom stowarzyszeń przemysłowych. *R....r.*

Ustępstwo pierwszeństwa wedle projektu noweli do ustawy cywilnej.

(Odczyt wygłoszony na kursach sędziowskich w Krakowie dnia 4. stycznia 1910).

Napisał

Dr. Józef Reinhold.

I. Istota i natura prawna ustępstwa pierwszeństwa.

Ustępstwo pierwszeństwa (Prioritätsabtretung, Vorrangseinräumung)[1]) jest aktem prawnym, polegającym na tem, że porządek pierwszeństwa praw, zaintabulowanych na nieruchomości, ulega wskutek dyspozycyi stron zmianie. Za podstawę ma umowę o ustępstwo pierwszeństwa, t. j. umowę, mocą której jeden wierzyciel hipoteczny odstępuje drugiemu porządek pierwszeństwa dla swego prawa hipotecznego, a ten drugi to ustępstwo przyjmuje. Umowa o pierwszeństwo zawiera tedy cesyę prawa cedenta do uzyskania zaspokojenia w porządku pierwszeństwa swego prawa hipotecznego na rzecz cesyonaryusza[2]).

---

[1]) Różniczkowanie tego pojęcia, w szczególności dystynkcya między „Prioritätsabtretung im engeren Sinne“ a „Rangabtretung“ (Dawid, a. ö. Gerichts-Zeitung 1877, Nr. 98) lub „Satzweichung“ (Strohal, Die Prioritätsabtretung, Graz 1880) jest pozbawioną głębszego usasadnienia i — co za tem idzie — wielkiej wartości. Por. też Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig 1876, Str. 483[9].

[2]) Podobnie orzeczenie z 28. listopada 1901, Zbiór Schey'a-Krupsky'ego N. F. Tom IV. Nr. 1648; inaczej Exner, l. cit. str. 506, który widzi w tej umowie negotium sui generis, najbardziej zbliżone do podzastawu; podobnie, Jaworski, Ustawy o księgach publicznych, Tom I., str. 211—212.

Zupełna skuteczność prawna aktu ustępstwa pierwszeństwa zależy od. wpisu ustępstwa do ksiąg publicznych.

Umowa o ustępstwo pierwszeństwa poza księgami publicznemi zdziałana rodzi — jak każda umowa — skutki czysto obligatoryjne: zobowiązanie jednego i uprawnienie drugiego kontrahenta i stanowi res inter alios acta; z chwilą zaś wpisu ustępstwa pierwszeństwa do ksiąg publicznych prawo czysto osobiste cesyonaryusza zmienia się (także w dosłownem tego słowa znaczeniu) w in rem scripta obligatio i przybiera charakter prawa rzeczowego o tyle, że ustępstwa pierwszeństwa dochodzić można nie tylko wobec cedenta i jego uniwersalnych sukcesorów, ale także wobec jego księgowych i pozaksięgowych następców singularnych, że akt ustępstwa używa ochrony publica fides i że sędzia egzekucyjny musi ustępstwo pierwszeństwa z urzędu (officio iudicis) uwzględnić przy podziale ceny uzyskanej ze sprzedaży licytacyjnej [1]).

Ustępstwo pierwszeństwa objawia swój skutek prawny w chwili rozdziału ceny licytacyjnej: wierzyciel prawa uprawnionego aktem ustępstwa ma roszczenie prawne do zaspokojenia na miejscu ustępującego prawa w miarę jego treści i natury.

Skutek ten może być dwojaki:

a) bezwzględny (absolutny), t. z. ustępstwo pierwszeństwa jest skuteczne od chwili wpisu do ksiąg publicznych bez względu na późniejszy los ustępującego prawa;

b) względny (relatywny), t. z. ustępstwo traci skuteczność prawną mimo wpisu hipotecznego, jeżeli

[1]) Por. Exner, l. cit., str. 509, który reasumując skutki wpisu ustępstwa powiada: Es wird durch dieselbe (scil. Verbücherung der Nachstehung) die aus dem Nachstehungsvertrag entsprungene Obligation „verdinglicht"...

ustępujące prawo hipoteczne zostanie wykreślone po wpisie ustępstwa pierwszeństwa [1]).

Za absolutną skutecznością ustępstwa pierwszeństwa przemawiają następujące powody: pewność obrotu kredytowego na nieruchomościach i chęć wprowadzenia jasności w stosunek między wierzycielami hipotecznymi [2]). Niezależność aktu ustępstwa od losu wierzytelności ustępującej chroni uprawnionego przed utratą zdobytego kosztem materyalnych ofiar stanowiska wskutek jednostronnej czynności lub działania kontrahenta i zapobiega temu, by cały akt prawny nie stał się illuzorycznym stosownie do woli promittenta.

Zwolennicy teoryi względnej argumentują w sposób następujący:

Ustępstwo pierwszeństwa objawia swój skutek tylko na wypadek, jeżeli oba prawa hipoteczne, uprawnione i ustępujące, spółubiegają się razem przy podziale ceny, uzyskanej ze sprzedaży licytacyjnej, ergo jeżeli w czasie rozdziału oba prawa istnieją i nie są wykreślone. Jeżeli posuwające się naprzód prawo w chwili tej już nie figuruje w księgach, to ustępstwo hipoteczne staje się bezprzedmiotowe: ustępujący wierzyciel bowiem staje się wskutek odpadnięcia prawa uprawnionego wolnym od zobowiązania, które na nim wobec tego prawa ciążyło, a cały porządek pierwszeństwa praw zaintabulowanych pozostaje mimo ustępstwo pierwszeństwa niezmienionym. Jeżeli zaś

[1]) Zob. Till, Prawo prywatne austryackie, Tom II, str. 494 i literaturę tamże podaną. — Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des allgemeinen öster. Privatrechts, 4. wyd., Tom I (Wiedeń 1905), str. 845 10^b, 10^c i podaną tam literaturę teoryi absolutnej i relatywnej; por. także nieprześcignione dotąd przedstawienie obu teoryj i ich konsekwencyj u Exnera, l. cit. str. 489 i nast.

[2]) Por. zwłaszcza: Nowak. Die Vorrangseinräumung (A. ö. Gerichts-Zeitung, 1881, Nr. 22—26), tudzież objaśnienia do projektu rządowego (Nr. 2. załączników do stenograficznych protokołów Izby panów, XX. sesya 1909) str. 102.

w chwili podziału ceny licytacyjnej ustępujące prawo hipoteczne jest już wykreślone, to stosunek, stworzony ustępstwem hipotecznem między obu prawami, jest rozwiązany, a wypadek, w którym ustępstwo miało swój skutek objawić, wcale nie zaistniał.

Jednem słowem, nie można zgoła mówić ani o pierwszeństwie przed wykreślonem z ksiąg publicznych prawem, ani o ustępowaniu takiemu prawu — w chwili rozdziału kwoty uzyskanej ze sprzedaży licytacyjnej, ponieważ na wykreślone prawo w tym wypadku nic nie przypada[1]).

II. Ustępstwo pierwszeństwa w obowiązującem prawie.

1) Kwestya pierwszeństwa hipotecznego jest unormowaną w prawie austryackiem w dwu ustawach: w ustawie hipotecznej i w ordynacyi egzekucyjnej.

§ 30. ogólnej ustawy hipotecznej z d. 25. lipca 1871, D. u. p. Nr. 95, brzmi:

„Wierzyciel hipoteczny ma prawo ustąpić pierwszeństwa przed swoją wierzytelnością hipoteczną wierzytelności hipotecznej równocześnie lub później wpisanej. Nie narusza to praw i pierwszeństwa innych wierzycieli".

Ten sposób uregulowania ustępstwa pierwszeństwa jest ciasny i niewyczerpujący. Ust. mówi tylko o wierzytelnościach hipotecznych jako o przedmiocie ustępstwa, nie wspominając o innych prawach (służebności, wymowa i inne prawa w § 9 wymienione), stanowiących przedmiot wpisu do ksiąg publicznych; nadto — co najważniejsza — brak wszelkich norm co do skutków prawnych ustępstwa pierwszeństwa.

---

[1]) Por. Exner, l. cit. str. 497, do którego w zupełności przyłącza się judykat Nr. 159 najwyższego trybunału, przyjmując (bez cytowania) nawet dosłownie argumenta Exnera.

2) § 218. Ordynacyi egzekucyjnej zawiera w ustępie drugim następujące postanowienie:

„Wskutek wpisanego w księgach ustępstwa pierwszeństwa wstępuje wierzytelność hipoteczna, na rzecz której ustąpiono pierwszeństwa, w miejsce ustępującej wierzytelności hipotecznej. Jeżeli wierzytelność posuwająca się naprzód jest większą od wierzytelności ustępującej, natenczas w braku innej umowy stron wyprzedza ona i w swojem pierwotnem miejscu wierzytelność ustępującą".

Postanowienie to pozostaje w ciasnym obrębie, stworzonym przez ustawę hipoteczną, a więc przedewszystkiem zna tylko wierzytelności hipoteczne jako przedmiot ustępstwa pierwszeństwa: natomiast uzupełniając § 30. wymienionej ustawy, zawiera określenie skutków prawnych ustępstwa pierwszeństwa. Ordynacya egzekucyjna określa te skutki w myśl teoryi absolutnej: mianowicie ustępstwo pierwszeństwa wywołuje wymianę miejsc, a zatem późniejszy los jednej z wierzytelności, objętych aktem ustępstwa, nie wpływa bynajmniej na skuteczność tego aktu.

3) Zdawałoby się, że tego rodzaju interpretacya, odpowiadająca zd. m. jedynie brzmieniu ustawy i mająca silne poparcie w teoryi [1]), znajdzie powszechne uznanie; w rzeczywistości okazało się, że widocznie tekst ustawy nie jest dość wyraźny i jednoznaczny, by wykluczyć wszelkie wątpliwości. Tak tedy dla praktyki pozostała kwestya skutków prawnych ustępstwa pierwszeństwa otwartą, a następstwem tego stanu rzeczy — był szereg rozstrzygnień i orzeczeń, pozostających ze sobą w rażącej sprzeczności, tak, że ministerstwo sprawiedliwości uznało potrzebę spowodowania judykatu co do tej kwestyi po myśli § 16

[1]) Por. Krainz-Pfaff, wydania poprzednie (aż do trzeciego włącznie); Demelius, Grundriss des Sachenrechts, str. 67; Stubenrauch, wyd. 8., Tom I., str. 676 i nast.

lit. f. patentu ces. z d. 7. sierpnia 1851, Dz. u. państ. Nr. 325.

Orzeczeniem z d. 12. stycznia 1904, l. Präs. 98 ex 1902 [1]) (judykat Nr. 159) stanął trybunał najwyższy na stanowisku teoryi relatywnej [2]), ustanawiając zasadę:

Ustępstwo pierwszeństwa traci swoją skuteczność, jeżeli ustępująca wierzytelność po wpisie ustępstwa do ksiąg gruntowych zostanie wykreśloną.

Wyjątek od tej zasady zachodzi wedle powyższego orzeczenia tylko w dwu wypadkach:

a) jeżeli ustępujące, jak i posuwające się naprzód prawo bezpośrednio po sobie następują w porządku pierwszeństwa;

b) jeżeli i „pośredni“ wierzyciele hipoteczni, t. zn. ci wierzyciele, których prawa hipoteczne znajdują się między wierzytelnością ustępującą, a wierzytelnością posuwającą się naprzód, również ze swej strony ustępują pierwszeństwa uprawnionej wierzytelności.

W obu tych wypadkach następuje wymiana miejsc; ustępstwo pierwszeństwa ma ten skutek, że bez względu na właściwość prawa ustępującego rzecz traktuje się tak, jak gdyby od początku prawo ustępujące zostało wpisane po prawie posuwającem się naprzód, innemi słowy: w obu tych wypadkach ustępstwo pierwszeństwa rodzi absolutny skutek prawny [3]).

Judykat zajmuje się nie tylko kwestyą skutków prawnych ustępstwa pierwszeństwa, ale rozszerza nadto § 218, ust. 2. ordynacyi egzekucyjnej na wszyst-

[1]) Zbiór orzeczeń (cywilnych) Nowaka, Neue Folge, Tom V. Nr. 655.

[2]) Na wprost przeciwnem stanowisku stoją orzeczenia z d. 19. stycznia 1892, l. 488 (Zbiór orzeczeń Glasera-Ungera Nr. 14.081) i z d. 29. maja 1889, l. 5.856 (Zbiór Glasera-Ungera. Nr. 12.760.

[3]) Por. Exner, l. cit. str. 486, którego stanowisko — jak zaznaczyłem — judykat w zupełności przyjął.

kie rodzaje praw, którym przysługuje porządek pierwszeństwa księgowego, a zatem i na prawa nieprzenośne, jak osobiste służebności lub wymowa[1]). Wskutek zajęcia tego stanowiska okazała się w konsekwencyi konieczność unormowania ustępstwa pierwszeństwa między hipotecznemi prawami rożnorodnemi, n. p. między wierzytelnością hipoteczną a wymową. Trybunał najwyższy powiada w dalszym ciągu: Jeżeli ustępujące prawo jest służebnością, wymową lub prawem ograniczonem przez warunek lub czasokres, a nie zachodzą wypadki, w których następuje wymiana miejsc, wówczas uprawnione prawo należy z ceny licytacyjnej tylko w tej mierze i w ten sposób zaspokoić, o ile ustępujące prawo samo uzyskałoby zaspokojenie; w szczególności należy prawu uprawnionemu przy wymowie przyznać odszkodowanie pieniężne z kapitału (Deckungskapital) obliczone za świadczenia wymowy, nie zaś sam kapitał.

Wywody judykatu w tej ostatniej kwestyi opierają się na pozór na interpretacyi, w rzeczywistości zaś są „swobodnem odnajdywaniem prawa".

III. Ustępstwo pierwszeństwa w noweli[2]).

1. Objaśnienia do projektu rządowego noweli oznaczają go nie jako próbę rewizyi, ale raczej jako

[1]) Ciekawą jest logiczna strona wywodów judykatu: zamiast wprost powołać się na analogię, zaczyna orzeczenie interpretacyą logiczną § 9. ust. hip., by w końcowem zdaniu argumentować: „. . . und es dürfte wohl nicht zweifelhaft sein, dass die Rangordnung zwischen beiden (i. e. dinglichen Rechten und Hypotheken), ebenso wie jene zwischen Hypotheken untereinander durch Parteidisposition geändert werden kann..." Zaprawdę najsłabszym i najnieudolniejszym argumentem dla wątpliwej kwestyi jest powoływanie się na brak wątpliwości, oczywistość i t. d.

[2]) Zob. przedłożenie rządowe, Nr. 2 załączników do stenograficznych protokołów Izby, sesya XX. 1909 — i Beschlüsse des Subkomitees der juridischen Kommission des Herrenhauses über die Novelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch

pierwszą ratę na poczet rewizyi, jako początek wielkiego dzieła reformy; stąd też poddano rewizyi tylko postanowienia, wymagające bezwzględnie i niezwłocznie reformy, już to ze względu na treść, niezgodną z duchem czasu, już też ze względu na potrzeby obrotu.

Do rzędu postanowień ostatniego rodzaju należą przepisy o ustępstwie pierwszeństwa (§ 72—78) projektu rządowego, § 84—90 projektu, opracowanego przez komitet komisyi prawniczej Izby panów). Postanowienia te wyszły z jednej strony z chęci usunięcia wątpliwości i chwiejności co do pojmowania skutków prawnych tej dla obrotu nieruchomego tak ważnej instytucyi, z drugiej strony zaś zawdzięczają swe przyjęcie do noweli stanowisku judykatury wyrażonemu w judykacie Nr. 159, stanowisku, którego — jak zobaczymy — nowela nie podziela i któremu pragnęła przeciwstawić ustawowe normy, wręcz przeciwne.

2. Ustępstwo pierwszeństwa przychodzi do skutku przez intabulacyę lub prenotacyę[1]), ma zastosowanie do wszystkich praw, będących przedmiotem wpisu do ksiąg publicznych (§ 84).

3. Podstawą wpisu jest umowa o ustępstwo pierwszeństwa. Umowę tę zawierają dwaj wierzyciele hipoteczni; wyjątkowo wymagane jest do ważności ustępstwa przystąpienie trzecich osób, a mianowicie:

a) jeżeli ustępujące prawo jest wierzytelnością hipoteczną, wymagane jest zezwolenie właściciela nieruchomości.

(Juli 1909). — W dalszym ciągu przez nowelę rozumiem tylko ten drugi projekt; do niego też odnoszą się paragrafy cytowane bez dodatku.

[1]) Kwestya formy wpisu ustępstwa pierwszeństwa w obowiązującem prawie jest dotychczas sporna. Praktyka stoi na stanowisku, że wpis ustępstwa następuje w drodze adnotacyi, skąd też nie wymaga legalizacyi; innego zdania Exner, cit. 485 [13], Jaworski, cit. Str. 210.

Projekt rządowy nie przyznawał właścicielowi żadnego wpływu na ustępstwo pierwszeństwa; skutkiem tego postanowienia o ustępstwie pierwszeństwa pozostawały w sprzeczności z postanowieniami projektu, przyznawającemi właścicielowi prawo rozporządzania pierwszeństwem wykreślonej wierzytelności hipotecznej, wskutek ustępstwa pierwszeństwa zaś, a więc wskutek aktu zdziałanego między osobami trzeciemi bez, a nawet wbrew jego woli, to prawo właściciela mogło stać się illuzorycznem. Dla usunięcia tej niezgodności postanowień, na którą zwrócił uwagę zwłaszcza Krasnopolski [1]), przyjął subkomitet w swym projekcie powyższe postanowienie.

b) Jeżeli ustępujące prawo jest obciążone prawem trzeciego, wymaga projekt zezwolenia tego ostatniego (§ 84).

Treść umowy stanowi ustępstwo pierwszeństwa dla prawa hipotecznego w rozmiarach i stosownie do właściwości ustępującego prawa; jeżeli ustępujące prawo jest ograniczone warunkiem lub czasokresem, to przed ziszczeniem się warunku lub przed upływem czasokresu posuwające się naprzód prawo może uzyskać zaspokojenie z ceny licytacyjnej tylko w tej kwocie, która na nią przypada na pierwotnem miejscu. W braku innej umowy uprawnione prawo uzyskuje pierwszeństwo przed ustępującem prawem na nowem i na pierwotnem miejscu (§ 85).

Co do formy umowy, nowela nie zawiera osobnych postanowień; skoro jednak umowa ta ma stanowić podstawę wpisu do ksiąg publicznych, przeto co do jej formy obowiązują przepisy §§ 31 i 32 ust. hipotecznej; w braku tej formy umowa jest ważną, t. zn. pociąga za sobą uprawnienie i zobowiązanie kontrahentów i ich następców prawnych, którzy o niej

[1]) H. Krasnopolski, Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (Vortrag), Wien, Manz 1908, str. 14 i 15.

wiedzą, nie stanowią jednak zdatnej podstawy do uzyskania wpisu do ksiąg gruntowych[1]).

Wpis ustępstwa pierwszeństwa nie narusza innych praw na nieruchomości wpisanych — ani co do treści ani co do pierwszeństwa (§ 84).

4. Skutek prawny wpisu ustępstwa pierwszeństwa jest absolutny, t. z. późniejsze zmiany w istnieniu i w zakresie ustępującego prawa nie wywierają żadnego wpływu na porządek pierwszeństwa, uzyskany przez uprawnione prawo (§ 89).

Wyjątek zachodzi wtedy, jeżeli ustępstwo nastąpiło między dwoma różnorodnemi prawami hipotecznemi (n. p. wierzytelnością, a służebnością lub wymową) i jeżeli ustępujące prawo zostało przejęte przez nabywcę na swem pierwotnem miejscu bez wliczenia w cenę licytacyjną, wówczas przy podziale ceny licytacyjnej należy uwzględnić uprawnione prawo na miejscu pierwotnem.

Wyjątek ten uzasadniają trudności, wynikające z konieczności uwzględnienia zasady nietykalności praw wierzycieli „pośrednich“, bez naruszenia tych praw niemożliwem bowiem byłoby obliczenie wartości pieniężnej ustępującego prawa i oznaczenie kwoty, przypadającej na uprawnione prawo na miejscu ustępującego[2]). W tym wypadku skutek rzeczowy ustęp-

---

[1]) Por. orzeczenie sądu krajowego we Wiedniu z d. 13. grudnia 1901, l. 16.143 (Fellner-Ohmeyer, Die öster. Executionsordnung in der Spruchpraxis des Wiener Landes- als Berufungs- und Rekursgerichtes 439). — Ustawa cywilna niemiecka wymaga do ważności umowy o ustępstwo w §§. 880 i 873, u. II. formy notaryalnej lub sądowej, oświadczenia przed urzędem ksiąg gruntowych lub zezwolenia na wpis, udzielonego przez uprawnionego w formie, odpowiadającej przepisom ordynacyi hipotecznej.

[2]) Trudności te dają się usunąć przed odpowiednią zmianę postanowień ordynacyi egzekucyjnej o podziale ceny licytacyjnej, jak tego dowodzi unormowanie tej kwestyi w prawie niemieckiem (§ 880 ust. cyw. niem. i §§. 44 i nast., 52, 62, 92 ustawy o przymusowej sprzedaży); por. Willspacher, Kritische

stwa ustępuje miejsca stosunkowi czysto obligatoryjnemu między cedentem a cesyonaryuszem pierwszeństwa.

Natomiast w dwu wypadkach ma ustępstwo pierwszeństwa i między różnorodnemi prawami (wyjątek od wyjątku!) skutek absolutny:

a) jeżeli oba prawa, ustępujące i posuwające się naprzód, bezpośrednio po sobie następują,

b) jeżeli wszyscy wierzyciele „pośredni“ ustąpili posuwającemu się naprzód prawu i ze swej strony pierwszeństwa (§ 87)[1]).

4. Ustępstwo pierwszeństwa może mieć miejsce na rzecz kilku praw[2]). Dla cedenta pierwszeństwa ustępstwo pociąga niewątpliwie ten skutek, że jego prawo hipoteczne znajduje zaspokojenie z ceny licytacyjnej dopiero po zupełnem zaspokojeniu praw hipotecznych uprawnionych wskutek ustępstwa; co do tych spółuprawnionych cesyonaryuszy natomiast wyłania się kwestya, w jakim porządku mają być zaspokojone ich prawa hipoteczne: czy w porządku pierwszeństwa wpisu tych praw, czy też w porządku pierwszeństwa wpisu ustępstw pierwszeństwa.

Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, Wien, 1908, str. 40. Redaktorowie noweli woleli jednak dla uniknięcia tej ewentualności zrezygnować z konsekwentnego przeprowadzenia absolutnej teoryi i stworzyli wyjątek.

[1]) Ze stanowiska techniki legislatywnej i ze względu na związek logiczny należy uznać ugrupowanie tych postanowień za niezbyt szczęśliwe: nowela rozpoczyna bowiem wyjątkiem od reguły (§ 86), następnie przytacza wyjątek od wyjątku (§ 87), by dopiero na końcu unormować regułę (§ 89). Ten chybiony porządek zdradza nie tylko nieudolność legislatywną, ale zaciemnia zasadniczą myśl projektu. Por. też Wellspacher, l. cit. str. 39—40.

[2]) Przykład: Wierzyciele hipoteczni są w następującym porządku wpisani: 1) A. z wierzytelnością 15.000 kor., 2) B. 3) C. i 4) D — każdy z wierzytelnością po 5.000 kor. A ustępuje pierwszeństwa B, C i D równocześnie lub najpierw D, w miesiąc później B, a w 2 miesiące potem C.

Nowela rozstrzyga to pytanie w następujący sposób:

Jeżeli kilka praw wstępuje w miejsce innego prawa na podstawie równocześnie wpisanego ustępstwa pierwszeństwa, wówczas rozstrzyga o pierwszeństwie tych praw na nowem miejscu ich dotychczasowy porządek pierwszeństwa (§ 88); w przeciwnym razie, t. z. jeżeli ustępstwo dla każdego z tych praw zostało w różnym czasie wpisane, wówczas rozstrzyga o ich pierwszeństwie na nowem miejscu chwila wpisu ustępstwa pierwszeństwa (argumentum a contrario z § 88).

IV. Uwagi końcowe.

Nowela, postawiwszy sobie za zadanie unormowanie ustawodawcze skutków ustępstwa pierwszeństwa, miała do wyboru między stanowiskiem teoryi względnej lub stanowiskiem teoryi bezwzględnej i oświadczyła się za tą ostatnią w przeciwieństwie do trybunału najwyższego.

Zdaniem mojem nowela poszła drogą trafną. Główny argument, przytaczany przez zwolenników teoryi względnej, kulminuje z jednej strony w chęci ochrony interesów prawnych wierzycieli pośrednich[1]), z drugiej strony opiera się na wskazywaniu wierzycielowi prawa posuwającego się naprzód możności zabezpieczenia sobie skutku absolutnego przez uzyskanie ustępstwa pierwszeństwa od wszystkich wierzycieli poprzedzających jego prawo.

Co się tyczy pierwszego zarzutu, to przyznać należy, że mimo zagwarantowanej ustawą nietykalności praw wierzycieli pośrednich, przez ustępstwo pierwszeństwa ich ogólne położenie prawne może ucierpieć, w szczególności ten akt może ich pozbawić korzyści,

[1]) Por. Exner, cit. str. 494, świeżo Till, Der Entwurf der österreichischen Zivilgesetznovelle vom Jahre 1907 (Vortrag), Wien, Manz 1908, Nr. 22.

któreby bez niego mogli uzyskać. Jeżeli ten argument ze stanowiska obowiązującego prawa nie jest pozbawiony pewnej słuszności, zwłaszcza dla tych, którzy przyznają wierzycielom hipotecznym prawo posuwania się naprzód (Vorrückungsrecht)[1]), to wobec stanowiska noweli, wprowadzającego prawo właściciela rozporządzania wykreśloną hipoteką (Eigentümerhypothek)[2]) argument ten traci wszelkie oparcie.

Dalsze twierdzenie, że cesyonaryusz pierwszeństwa powinien zawrzeć umowę o ustępstwo ze wszystkimi wyprzedzającymi go wierzycielami hipotecznymi, nie liczy się z praktyką i z potrzebami obrotu; w rzeczywistości bowiem wyjątkowo tylko ustępstwo pierwszeństwa obejmuje wszystkie prawa poprzednie (n. p. u instytucyj kredytowych, rozwijających w ogólności nadzwyczajną ostrożność); z reguły zaś zadowalnia się wierzyciel ustępstwem pierwszeństwa ze strony jednego prawa[3]). Natomiast przyznanie ustępstwu pierwszeństwa bezwzględnego skutku odpowiada bardziej właściwości tego aktu, uzyskującego przez wpis do ksiąg charakter prawa rzeczowego — i zapobiega utracie stanowiska, zdobytego przez jednego kontrahenta, wskutek jednostronnego działania drugiego kontrahenta.

Nowela jednak poszła za daleko w określeniu skutków prawnych ustępstwa, ustanawiając, że późniejsze zmiany w istnieniu ustępującego prawa nie wpływają na osiągnięte pierwszeństwo prawa uprawnionego.

Cóż, jeżeli ustępujące prawo zostanie zniesione z powodu pierwotnej nieważności? Czy pierwszeń-

---

[1]) Tak n. p. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig cit. str. 844; Till, cit. str. 21; innego zdania Exner, cit. str. 478, Nowak, cit. (a ö. Gerichts-Zeitung 1881, Nr. 24), Strohal cit. i i.

[2]) Por. Till, cit. str. 18—19, który konsekwentnie zwalcza też i tę instytucyę.

[3]) Por. Exner przeciw Dawidowi, cit. str. 494, Nowak, cit. Nr. 23.

stwo, osiągnięte ustępstwem prawa nieważnego, prawnie nie istniejącego, pozostanie w mocy?. Trafnie powiada § 880, ustęp 4. ustawy cywilnej niemieckiej (wzór noweli, w tej kwestyi niesłusznie porzucony):

„Pierwszeństwa przyznanego prawu posuwającemu się naprzód nie traci się przez to, że ustępujące prawo zostanie zniesione aktem prawnym“ [1]).

[1]) „Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, dass das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird“. — Por. też Krasnopolski, cit. 24; Wellspacher, cit. 39 i trafne uwagi Ehrenzweiga o stosunku noweli do niemieckiej ustawy cywilnej w Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Wien, Manz 1908, str. 11 i nast.

Kwestya młodocianych przestępców w ustawodawstwie zagranicznem i austryackiem

z szczególnem uwzględnieniem austr. projektu ustawy o karno-prawnem traktowaniu i karno-prawnej ochronie młodocianych.

Napisał

Leon Fall.

(Ciąg dalszy).

3. Stany Zjednoczone Ameryki.

Postępowanie wobec przestępstw młodzieńczych w Stanach Zjednoczonych półn. Ameryki tworzy pod niektórymi względami rozwój dalszy, pod wieloma radykalne przekształcenie pierwowzoru angielskiego, który ze względu na konserwatywny charakter prawodawstwa angielskiego nie mógł się w tak krótkim czasie tak daleko posunąć.

Północno-amerykański ruch opiekuńczy rozpoczyna się z założeniem pierwszych prywatnych towarzystw opiekuńczych z początkiem XIX. w. Z jednej strony słaby rozwój prawa opiekuńczego, które uboższym sierotom nie potrafiło nawet zabezpieczyć z urzędu ustanowionego opiekuna, z drugiej powszechne przekonanie o wysokiem społecznem znaczeniu wychowania młodocianych — stworzyły czysto empiryczną budowę szeregu sądowych i administracyjnych urządzeń, służących zarówno zaniedbanej jak i przestępnej młodzieży. W przeciwieństwie do stanowiska Anglii, która podobnie jak i ustawodawstwo kontynentalne poczytuje przestępstwo młodzieńcze na równi z czynem karygodnym dorosłego jako publiczne zła-

manie stanu prawnego, dające państwu prawo do sprawiedliwego odwetu przez karę, a tylko ze względu na smutny stan wychowania publicznego daje się skłonić do reform, więcej potrzebę wychowania niż odwetu uwzględniających, uważa Ameryka czyny karygodne młodocianych wyłącznie za zło społeczne, za wyższy stopień niebezpiecznego dla społeczeństwa stanu zepsucia młodzieży, który trzeba zwalczać przy pomocy publicznych zarządzeń wychowawczych, zastępujących prywatne, a tylko w razie widocznej bezskuteczności tych środków przy pomocy kary. Wspomniany brak opieki nad sierotami z jednej strony, a z drugiej powszechne przekonanie, że władza ojcowska nie jest wykonywaniem prawa prywatnego, lecz sprawowaniem przez ogół ojcom poruczonego publicznego urzędu, ułatwił prawodawstwu północno-amerykańskiemu spełnienie tego zadania i sprawił, że sądy od pierwszej chwili, bez oglądania się na jakieś prywatnoprawne uprawnienia ojca czy opiekuna, miały wolny wybór między środkami wychowawczymi a karą.

Pod względem materyalnym społeczne pojmowanie przestępstwa młodzieńczego w tem się przejawia, że pobudkę do sędziowskiego wkroczenia tworzy nie, jak u nas, urzeczywistnienie jakiegoś w ustawie pojęciowo określonego stanu faktycznego, że nie naruszenie dóbr prawnych uzasadnia obowiązek państwa do wkroczenia, lecz już sam taki stan fizycznego lub duchowego zaniedbania, lub zbrodniczych skłonności, który jest opisany w ustawie przez wyliczenie jego oznak czyli symptomów. Jeżeli stan ten zachodzi, to sąd nie troszczy się wcale o poczytalność lub jej brak u przestępcy, lecz rozważa tylko, który środek ze stanowiska wychowania go do normalnego życia w społeczeństwie jest najodpowiedniejszy — i ten środek następnie stosuje. Na tem tle rozwinął się cały szereg urządzeń, mających na celu poprawę młodocianych (a raczej wogóle początkujących) przestępców i zapobieżenie recydywie, które składają się na klasyczny

obraz nowoczesnej polityki kryminalnej. Przypomnę najważniejsze jej instytucye, o ile się odnoszą do młodocianych:

1. Uwolnienie po upomnieniu przestępcy lub udzieleniu rady względnie upomnienia rodzicom lub opiekunowi.

2. Odroczenie wydania wyroku (suspension of the sentence) względnie odroczenie wykonania wyroku (suspension of the execution — t. zw. u nas „warunkowe darowanie kary) bez dalszych zarządzeń lub pod warunkami, które sąd przystosowuje do każdego poszczególnego przypadku, licząc na to, że warunki te, gdy zostaną spełnione, zapobiegną popełnieniu nowego czynu karygodnego.

3. „Probation" t. j. oddanie uznanego winnym przestępcy pod dozór probation officer'a, który jest dla niego pomocnym doradcą i wyrozumiałym opiekunem, który jednak także upominać i ganić może, a którego wpływowi tak często się udaje doprowadzić swego pupila do tego, że się w następstwie trwale przystosowuje do norm i instytucyi porządku społecznego. Probation jest zarządzeniem dodatkowem, połączonem zwykle z odroczeniem wyroku, oddaniem przestępcy własnej rodzinie lub z umieszczeniem go u obcej rodziny lub w zakładzie wychowawczym.

4. Oddanie przestępcy do zakładu poprawczego i przygotowanie poprawieńców do odpowiadającego ich indywidualnym zdolnościom zawodu i planowe przyzwyczajenie ich do panowania nad sobą — we wzorowych „reformatories" (zakładach poprawczych).

5. Zasądzenie na karę ścieśnienia wolności bez oznaczenia czasu jej trwania (indeterminate sentence — lub z oznaczeniem tylko najwyższej jej granicy), której ukończenie zawisło w zupełności od zachowania się uwięzionego, gdyż kończy się ona wtedy dopiero, gdy zdaje się być dostatecznie pewnem, że można uwięzionego przywrócić wolnej społeczności, nie narażając jej na nowe niebezpieczeństwa.

6. Nadzór opiekuńczy nad wypuszczonymi, aż do czasu, gdy przyzwyczają się do życia na wolności, której przez dłuższy czas byli pozbawieni i której rozsądnie używać nigdy nie umieli (parole system).

7. Specyalną instytucyą dla młodocianych, gdyż poprzednie mogą także być stosowane do dorosłych przestępców, jest sąd dla młodocianych (Juvenile lub Children's Court). Z reguły jest on właściwy dla tych wszystkich, którzy w chwili odstawienia ich do sądu nie przekroczyli 16-go r. życia. Sędzia młodzieńczy jest niejako specyalistą dla spraw młodzieży i ma on zupełną swobodę zarządzania tego wszystkiego, co dla dobra tej młodzieży i to zarówno przestępnej jak i zaniedbanej i zepsutej jest konieczne, łączy zatem w sobie kompetencyę i funkcye naszego sędziego karnego i opiekuńczego. W bardziej postępowych stanach przyznaje mu ustawa daleko idące prawa nad wszystkimi, którzy z młodocianym w jakiejś pozostają styczności, a więc nad zaniedbującymi swe obowiązki rodzicami, opiekunami, pracodawcami i t. p., wogóle nad każdym, kto działa na szkodę młodocianego. Sędzia dla młodocianych łączy w swych rękach wszystkie nici związane z losem dziecka. Jest on centralą opieki nad młodzieżą i zarazem niejako koroną całego amerykańskiego systemu walki z przestępnością młodocianych, będącego najskuteczniejszą i najbardziej wartościową dziedziną amerykańskiej, świadomej celu i energicznej polityki kryminalnej.

Wszystko, co wyżej powiedziałem dla charakterystyki ustawodawstwa angielskiego w omawianej kwestyi, to z większym jeszcze naciskiem powtórzyć należy w odniesieniu do amerykańskiego. Bo gdy w Anglii podstawą kary jest bądź co bądź idea odwetu, a wprowadzane reformy są tylko wyłomem w istniejącym stanie prawnym, to Ameryka z żadnemi wogóle teoryami się nie liczy, pamiętna zasady: „Grau ist jede Theorie“, a kieruje się jedynie dobrem społecznem, potrzebami życia. Nadto nie ma Amery-

ka żadnych historycznych tradycyi na polu prawa, dzięki czemu odpada tam zupełnie dobrze znany gdzie indziej argument wszystkich przeciwników jakichkolwiek śmielszych reform, że ta lub owa instytucya „nie odpowiada duchowi naszej ustawy".

Ameryka tylko z żywymi a nie z duchami chce mieć do czynienia i dlatego wszystko, co żywym korzyść może przynieść, gorących tam znajduje zwolenników. Dzięki temu, jako też dzięki wrodzonej Amerykanom śmiałości i przedsiębiorczości, która ojczyźnie ich zaskarbiła u Niemców zaszczytny przydomek: „das Land der unbegrenzten Möglichkeiten", nie cofają się oni przed żadnym, choćby najradykalniejszym eksperymentem, byle tylko wynaleźć wreszcie najskuteczniejsze środki dla ochrony społeczeństwa przed szkodnikami i dla ratowania drogocennego materyału ludzkiego, dla którego Ameryka daleko lepsze ma pomieszczenie niż areszta i więzienia. Przykładem tego nieubłaganego radykalizmu jest fakt, że celem zabezpieczenia się przed przyszłem pokoleniem zbrodniarzy Stan Indiana ustawą z 9/III 1907 r. uchwalił kastracyę tych wszystkich zbrodniczych jednostek, których potomkowie według wszelkiego prawdopodobieństwa nie mogą być pożytecznymi członkami społeczeństwa. Ale audaces fortuna adiuvat. Jak dotąd Ameryka nie tylko nie miała powodu żałować swego radykalizmu, ale przeciwnie już dziś spogląda na świetne rezultaty swoich dotychczasowych wysiłków, stwierdzone na miejscu i następnie z entuzyazmem sławione przez cały szereg europejskich uczonych, między innymi przez b. austr. ministra Baernreithera w dziele „Jugendfürsorge in Amerika" (1905). Pod względem organizacyi walki z przestępnością młodocianych i opieki nad zaniedbaną i przestępną młodzieżą jest dziś Ameryka wzorem dla wszystkich cywilizowanych państw, które stamtąd czerpią przykład i zachętę do doniosłych i zbawiennych w skutkach reform u siebie. Pod jednym tylko względem trudno państwom europejskim

naśladować Amerykę: pod względem zainteresowania się społeczeństwa kwestyami kryminalno-politycznemi i współdziałania tegoż w akcyi państwowej, pod względem śmiałej inicyatywy prywatnej i pełnej poświęcenia pracy jednostek. Wszak nazwiska niektórych Amerykańskich sędziów, Dyrektorów więzień lub Zakładów wychowawczych znane są całemu światu, a ich działalność, ich metody i wyniki przez nich osiągnięte szeroko są omawiane w kołach fachowych. Ale to już są czynniki z prawem karnem nic wspólnego nie mające, czynniki związane z właściwościami rasy anglosaskiej, przymiotami duszy amerykańskiej, z narodowym charakterem Jankesów i ich państwową organizacyą. Inaczej się pracuje tam, gdzie „salus rei publicae suprema est lex", a inaczej tam, gdzie horyzont społeczny szerokich warstw nie sięga poza złoty kołnierz i emeryturę.

4. Francya [1]).

Przechodząc do kontynentalnych państw europejskich, należy na pierwszem miejscu wymienić Francyę, gdyż jakkolwiek dziś już ją wyprzedziły na tem polu niektóre inne państwa, to jednak pod wieloma względami Francya była wzorem i przykładem dla innych państw. I tak n. p. francuska formułka, określająca problematyczną niedojrzałość dostała się żywcem do wszystkich prawie ustaw karnych europejskich, między innemi do niemieckiej i do dawniejszych projektów austryackich. Instytucyę warunkowego darowania kary przyjęły państwa kontynentalne we formie nadanej jej przez ustawę francuską, zaś instytucya rehabilitacyi jest czysto francuskiego pochodzenia i stąd dopiero rozeszła się po całym świecie.

Tylko na jednym punkcie nie znalazła Francya naśladowców, na punkcie określenia poczytalności

[1]) Przy przedstawieniu reszty ustawodawstwa zagranicznego korzystałem przeważnie z cytowanego już dzieła prof. A. Lenza: Die angloamerikanische Reformbewegung im Strafrecht.

młodocianych. Francya wraz z Belgią, której kodeks karny wzorowany jest zupełnie na francuskim, do niedawna jedyne, bo dopiero w r. 1901-ym poszły za ich przykładem Niderlandy, nie znały i nie znają dotąd dolnej granicy wieku, czyli t.zw. okresu nieletniości, w którym poczytalność karna zupełnie jest wykluczona. We Francyi kwestya poczytalności młodocianego nie zależy wcale od jego wieku, lecz wiąże się ściśle z pytaniem, czy działał ze zdolnością rozpoznawczą (ze zrozumieniem — avec discernement) czy też bez niej (sans discernement). W pierwszym wypadku skazany zostaje na karę w ustawie przepisaną, ale złagodzoną w stosunku dokładnie przez ustawę oznaczonym, w drugim wypadku zostaje uwolniony, przyczem według dawniejszych ustaw mógł być oddany na wychowanie aż do 20 r. życia do domu poprawy, w którym przebywał razem z młodocianymi, skazanymi na karę więzienia. Późniejsze ustawy uregulowały tę kwestyę w ten sposób, że uwolnionych z powodu braku zdolności rozpoznawczej jako też skazanych na karę od 6 miesięcy do 2 lat więzienia umieszczało się w jednym rodzaju zakładów, zwanych colonies pénitentiaires, młodocianych skazanych na więcej, niż na 2 lata więzienia, jako też opornych, wyrzuconych z poprzednich zakładów — w drugim rodzaju zakładów, zwanych colonies correctionelles. Dopiero ustawa z 19/IV. 1898 pozwoliła sędziemu oddać młodocianego w razie uwolnienia go z powodu braku zdolności rozpoznawczej—nie, jak dotąd, tylko rodzinie lub do colonie penitentiaire, gdzieby się razem ze skazanymi wychowywał, lecz także „publicznej służbie opiekuńczej", t. zw. Assistance publique, względnie prywatnemu opiekunowi lub Tow. opiekuńczemu. Postanowienie to jest pierwszem wtargnięciem w zakres władzy ojcowskiej, jedynie dobrem dziecka się kierującem, podczas gdy dotąd ustawa francuska, podobnie zresztą jak wszystkie prawie kontynentalne, rzymskim pojęciom o patria potestas hołdująca, dopuszczała takie wtargnięcie tylko w razie

nadużycia lub grubego zaniedbania obowiązku t. j. w ogólności w razie zawinienia dzierżyciela władzy ojcowskiej. Ustawa zaś wspomniana dopuściła publiczno-prawny nadzór opiekuńczy niezależny od zawinienia wychowawcy i zbliżyła się w ten sposób do amerykańskiego systemu wolnego wyboru między najodpowiedniejszymi dla dziecka środkami wychowawczymi, bez względu na to, czy mają być zastosowane za zgodą czy też bez zgody dzierżyciela władzy ojcowskiej.

Dalszym krokiem w tym kierunku była ustawa z 12/IV. 1906., podwyższająca granicę wieku, poniżej której badać należy, czy młodociany działał ze zdolnością rozpoznawczą, z 16-go na 18-y rok życia: zarazem dopuszcza ona przytrzymanie uwolnionych z powodu braku tejże młodocianych w wychowaniu opiekuńczem do pełnoletności t. j. do 21. roku życia.

Jeszcze dalej idzie praktyka sędziowska, która wbrew wyraźnemu brzmieniu litery ustawy — we Francyi tworzenie nowych zasad prawnych drogą praktyki praeter a nawet contra legem nikogo nie oburza — pod wpływem prądów reformowych dąży wprost do wyrzucenia pytania co do poczytalności młodocianych, a chcąc ich o ile możności uchronić od krótkoczasowych kar ścieśnienia wolności, szafuje gęsto wyrokami uwalniającymi z powodu rzekomego braku zdolności rozpoznawczej, byle tylko módz zastosować do przestępnego środki wychowawcze. W ten sposób ustawa francuska, nie zrzekając się formalnie służącego jej prawa karania młodocianych każdego wieku, ma równocześnie możność zastosowania zamiast kary środków natury zapobiegawczej. Tak tedy przeszła ustawa francuska od traktowania przestępstw młodzieńczych, jako podstawy do stosowania kary odpłatnej, do traktowania ich jako pobudki do rozwinięcia opieki społecznej, od tradycyjnego systemu odpłaty do nowoczesnego systemu wychowania.

O warunkowem darowaniu kary, wypuszczeniu i rehabilitacyi zarówno w odniesieniu do Francyi jak i do innych państw kontynentalnych będę mówił osobno, w związku z austryackim projektem.

5. Belgia.

Belgia, przyjąwszy do swej ustawy karnej z r. 1867. system francuski, przez długi czas stała na tem samem co Francya stanowisku, w którem nieznaczny tylko wyłom zrobiła nowela, zarządzająca oddanie wszystkich młodocianych żebraków i włóczęgów do osobnych zakładów wychowawczych, dających swym wychowankom naukę i robotę.

Dopiero reformy ministra sprawiedliwości Le Jeune'a wprowadziły do ustawodawstwa belgijskiego idee angielskie. Ustawa z r. 1891. i nowela z r. 1897. stoją wprawdzie zasadniczo na stanowisku zawinienia i przestępności młodocianego, który działał ze zdolnością rozpoznawczą; zezwalają jednak, a nawet w pewnych okolicznościach nakazują zamianę kary odpłatnej na wychowanie opiekuńcze.

I tak do państwowych zakładów wychowawczych mają być oddani:

1. Młodociani niżej lat 16-u za czyn zagrożony karą policyjną — i to nawet w razie recydywy, o ile działali ze zdolnością rozpoznawczą i o ile w danym wypadku nie wystarczy nagana.

2. Młodociani niżej lat 16-u w razie popełnienia zbrodni lub występku, o ile działali bez zdolności rozpoznawczej.

3. Młodociani niżej lat 18-u oskarżeni o nałogowe żebractwo, włóczęgostwo lub o korzystanie z cudzego nierządu (Zuhälterei).

4. Młodociani do lat 18-u, których oddania do Zakładu wychowawczego zażąda gmina, do której są przynależni:

5. nadto po odcierpieniu kary tacy młodociani niżej lat 18-u, którzy z powodu jakiegoś czynu karygodnego skazani zostali na karę więzienia.

Szczególną uwagę zwrócić należy na pierwszą grupę lżejszych przestępców, którzy bezwarunkowo uchronieni zostają od wpływów więziennych, a o ile się sami nie poprawią, prędzej czy później (bo nawet w razie recydywy) dostają się do Zakładu wychowawczego, skąd po pewnym czasie wracają na wolność materyalnie (gdyż mają jakiś zawód w rękach) i moralnie uzbrojeni przeciw pokusom zbrodni, którym w przeciwnym razie niechybnie byliby ulegli.

6. Niderlandy.

W Niderlandach trzy ustawy o młodocianych z r. 1901. przeprowadziły daleko idące reformy. Górną granicę wieku, aż do której czyny karygodne młodocianych doznają specyalnego traktowania, przesunięto do 18-go r. życia, dolną zaś, do której ściganie ma być zupełnie wykluczone — na wzór Francyi i Belgii — wogóle zniesiono. Karę ścieśnienia wolności zorganizował prawodawca w ten sposób, że jej cel wychowawczy występuje na pierwszy plan. W myśl systemu anglo-amerykańskiego zaniechano zupełnie badania zdolności rozpoznawczej, rezygnując przytem aż do 16. r. życia całkowicie ze stosowania do młopocianych kary odpłatnej, a wprowadzając zamiast niej cały szereg zarządzeń zapobiegawczych, między któremi kara wychowawcza (peine pédagogique) ostatnie zajmuje miejsce.

Sędzia może skazać:

na naganę, przyczem dopuszczalne jest warunkowe jej odroczenie,

na umieszczenie w szkole przymusowej z dołączeniem nagany lub bez niej i ewentualnem odroczeniem wykonania kary,

może oddać młodocianego do dyspozycyi rządowi aż do pełnoletności t. j. do 21. r. życia, poczem ministerstwo sprawiedliwości rozstrzyga, czy młodociany ma być u rodziny jakiejś czy też w zakładzie poprawczym umieszczony: może go skazać na karę pie-

niężną do 90 fl., ściąganą z zarobku przez pracodawcę, a wreszcie

w razie popełnienia którejś z najcięższych zbrodni przez młodocianego między 16-ym a 18-ym rokiem życia może skazać go na zwykłą karę więzienną, która ma być wykonana w areszcie odsobnionym.

Wychowanie opiekuńcze może być również zarządzone na podstawie fizycznego lub moralnego zaniedbania i to nawet wtedy, jeżeli ojciec mimo uczciwych starań nie jest w stanie dać dziecku należytego wychowania. Lecz w tym wypadku władza ojcowska tylko czasowo zostaje mu odebrana i to tylko za jego zgodą a bez jakiejkolwiek ujmy dla jego czci.

7. Norwegia.

W Norwegii widzimy wysoko rozwiniętą opiekę nad młodzieżą i dobrze obmyślony stosunek między karą a wychowaniem przymusowem. Ustawa karna z 22. maja 1902. r. idzie za nowszą metodą w ustaleniu dolnej granicy wieku i ustanawia jako taką ukończony 14. rok życia, do którego to czasu odpowiedzialność jest wogóle wykluczona. W razie popełnienia czynu karygodnego między 14-ym a 18-ym rokiem życia, wyrok nie może opiewać na karę dożywotniego więzienia, a nadto czas trwania kary może być skrócony w obrębie tego samego rodzaju kary poniżej zagrożonego ustawą minimum. Władza oskarżająca może warunkowo zaniechać ścigania karnego odnośnie do młodocianego między 14-ym a 16-ym rokiem życia, jeżeli uważa środek wychowawczy za wystarczający. W tym wypadku także i pokrzywdzony czynem karygodnym nie może wnosić skargi.

Wychowanie przymusowe może być zarządzone:

1) skutkiem popełnienia czynu karygodnego z moralnego zepsucia, bez względu na to, czy zachodzi odpowiedzialność karna, czy nie, jeżeli tylko umieszczenie w zakładzie poprawczym wydaje się odpowiednie

dla osiągnięcia poprawy lub dla zapobieżenia recydywie (Ust. z 26. czerwca 1896. — tytuł karno-prawny):

2) jeżeli dziecko skutkiem zepsucia lub niedbałości rodziców albo wychowawców bywa zaniedbywane, lub dręczone albo upada moralnie lub jest tem zagrożone, a upomnienia nie wydają się dostateczne, by sprowadzić zwrot ku lepszemu (tytuł prywatno-prawny):

3) jeżeli się okaże, że środki wychowawcze domu i szkoły bez winy rodziców lub wychowawców są bezskuteczne, lub jeżeli z powodu innych okoliczności wydaje się rzeczą konieczną umieścić dziecko poza domem, by je ochronić przed moralną zagładą. We wszystkich wypadkach można najpierw próbować, czy nie wystarczy nagana i upomnienie udzielone rodzicom i dziecku, poczem wraz z zarządzeniem przymusowego wychowania może także nastąpić odebranie władzy ojcowskiej.

8. Szwecya.

W Szwecyi ustawa karna z 16. lutego 1864 dopuszcza odpowiedzialność karną od ukończonego 15. r. życia, dla zbrodni zagrożonych karą śmierci lub robotami karnemi wyżej lat dwóch — od 14. r., o ile zbrodniarz działał ze zdolnością rozpoznawczą. Nowela z 27. czerwca 1902 r. wprowadziła ukończony 15-y rok życia jako dolną granicę poczytalności karnej dla wszystkich przestępstw bez badania zdolności rozpoznawczej, znosząc zupełnie odnośną formułkę.

Za zbrodnie popełnione między 15-ym a 18-ym rokiem życia wymierzyć należy ustawową karę, ale w odpowiednim stosunku zmniejszoną. Nadto zbrodnia w tym czasie popełniona nie powoduje zaostrzenia kary w razie późniejszej recydywy.

Zarządzenia wychowawcze jak chłostę i oddanie do zakładu wychowawczego dopuszcza ustawa karna tylko względem przestępców niedojrzałych (niżej 15. r.

życia), nowela zaś z r. 1902. także względem młodocianych między 15-ym a 18-ym rokiem życia, a mianowicie wolno zastąpić karę wychowaniem opiekuńczem, o ile kara nie przekracza 6-u miesięcy więzienia i o ile zachodzą okoliczności łagodzące.

Nadto reguluje ta nowela przymusowe wychowanie dzieci zaniedbanych moralnie i zdemoralizowanych. Mają one o ile możności być umieszczone tylko w domach prywatnych (do 16. r. życia), bardzo zaś zepsute, jako też te, które się już dopuściły jakiegoś przestępstwa — w osobnych ochronkach (do 18. r.). Jedne i drugie mogą już po roku być warunkowo wynajęte do roboty.

9. Dania.

W Danii według ustawy karnej z 10. lutego 1866. r. dzieci do ukończenia 10. r. życia uważane były za niedojrzałe, między 10-ym a 15-ym poczytalność ich zależała od tego, czy działały ze zdolnością rozpoznawczą, od skutków czynu i rodzaju kary, zagrożonej za popełnione przez nie przestępstwo.

W razie wymierzenia kary nie mogła ona przenosić 2 lat domu poprawczego. Między 15-ym a 18-m rokiem życia kara zagrożona może być zmniejszona o połowę, a nie może przenosić 8 lat robót karnych. Nadto dopuszczalne są między 15-ym a 18-tym rokiem kije, zaś między 10-ym a 15-ym rózgi (także dla dziewcząt ale tylko między 10-ym a 12-ym rokiem), natomiast wykluczony jest post.

Już wedle tej starej ustawy kara orzeczona na poczytalnych przestępców między 10-ym a 15-ym r. mogła być zamieniona na wychowanie, jeżeliby dla dorosłego najniższa kara za to samo przestępstwo nie była ostrzejsza nad zamknięcie w domu poprawy.

Nowela karna z 1. kwietnia 1905. i ustawa o wychowaniu opiekuńczem z 14. kwietnia 1905. rozszerzają niedojrzałość karną aż do ukończenia 14. r. życia, okres zaś problematycznej dojrzałości od 14. do 18. r. —

i wprowadzają nadto cały szereg środków zapobiegawczych, jak: nadzór nad wychowawcą, polecenie oddania dziecka do szkoły roboczej lub zakładu roboczego, polecenie wychowawcy, by zastosował karę cielesną (zatrzymaną również w systemie państwowych środków karnych), umieszczenie dziecka przy porządnej rodzinie lub w ochronce przy równoczesnem przeniesieniu praw wychowawcy na odpowiednią osobę, ewentualnie poprzednie zagrożenie wychowawcy powyższa karą.

Odnośnie do przestępców między 14-m a 18-ym rokiem, którzy działali ze zdolnością rozpoznawczą, mogą karę zastąpić zarządzenia wychowawcze, jeżeli kara nie przeniosłaby lekkiego stopnia robót przymusowych — i to tylko warunkowo. Czas próby sięgać może do 21. r., przyczem wypuszczony na próbę musi pozostawać pod nadzorem osoby prywatnej lub Towarzystwa. Nadto zarządza ustawa środki wychowawcze dla niedojrzałych przestępców i w połączeniu z karą dla dojrzałych, jeżeli z czynu widoczne jest przedwczesne zepsucie moralne, a wreszcie dla nieprzestępnych niżej lat 15-u, którym grozi zepsucie skutkiem niedbałości rodziców, jako też dla tych, których rodzice dręczą w taki sposób, że zdrowie ich lub ich rozwój fizyczny są zagrożone.

10 Węgry.

Na Węgrzech poczytanie rozpoczyna się z ukończeniem 12. r. życia, między 12-ym a 16-ym w razie braku zdolności rozpoznawczej sąd zarządza oddanie do zakładu poprawczego aż do 20. r. życia, w przeciwnym razie skazuje na karę, w ściśle przez ustawę określonym stosunku zmniejszoną (zamiast kary śmierci lub dożywotniego ciężkiego więzienia — więzienie od 2—5 lat i t. d.).

Sąd może w niektórych wypadkach zarządzić zamiast zamknięcia w areszcie odosobnionym oddanie do zakładu poprawczego na przeciąg 6-u miesięcy.

W razie popełnienia przekroczenia kara dłuższa nad 3 dni może być odcierpiana w zakładzie poprawczym. Od 1880 r. Zarząd sprawiedliwości buduje ciągle takie zakłady, obecnie tworzy się centralne więzienia dla młodocianych niżej lat 20-u.

11. Kroacya i Slawonia.

W Kroacyi i Slawonii obowiązuje austr. ustawa karna z 27. maja 1852., o której będzie później mowa, — i nowela z 6. lutego 1902. o wychowaniu przymusowem, które należy zastosować do niedojrzałych t. j. między 10-ym a 14-ym r. w razie popełnienia zbrodni zamiast kary z § 270. u. k. Jest to jedyny w Monarchii austr.-węg. wypadek sędziowskiej zamiany kary odpłatnej na środek wychowawczy przy ciężkich przestępstwach.

W razie popełnienia występku lub przekroczenia lub w razie objawionej skłonności do próżniactwa, włóczęgostwa i żebractwa można zarządzić wychowanie przymusowe w razie braku lub bezkuteczności wychowania domowego lub szkolnego. Rozstrzyga o oddaniu do zakładu sąd opiekuńczy.

12. Włochy.

We Włoszech niełetniość karna trwa tylko do 9. r. życia, co się tłumaczy gorącym klimatem, wśród którego dzieci znacznie prędzej niż na północy dojrzewają. W tym okresie w razie popełnienia ciężkiego przestępstwa może prezydent Sądu opiekuńczego upomnieć rodziców i zagrozić im karą lub zarządzić odwołalne oddanie dziecka do zakładu wychowawczego lub poprawczego. Od 10. do 14. roku odpowiedzialność karna zależy od istnienia lub braku zdolności rozpoznawczej. W pierwszym przypadku zarządza się środki wychowawcze, w drugim skazuje się na karę, ale zmniejszoną, którą odbywa się w osobnej casa di corezione. Zakaz sprawowania urzędów publicznych i dozór policyjny tak w tym okresie jak i w następnym (14—18) — podobnie jak na Węgrzech — niedopuszczalny.

13. Niemcy.

W Niemczech ustawodawstwo odnośnie do młodocianych jest jeszcze bardzo zacofane. Postanowienia niemieckiej ustawy karnej z 15. maja 1871. r. są prawie te same, co przytoczone wyżej postanowienia węgierskiej ustawy z 1878., która się na niemieckiej wzorowała — z tą tylko różnicą, że okres dojrzałości problematycznej trwa aż do ukończenia 18. r. życia (na Węgrzech do 16. r.), że żadnej kary ani też części kary nie wolno odsiadywać w zakładzie poprawczym, że natomiast za występek lub przekroczenie w szczególnie lekkich wypadkach może sąd orzec naganę. Od r. 1871 postanowienia te, jak i cały kodeks, żadnej nie doznały zmiany, jakkolwiek był on zupełnie niewystarczający do tłumienia wzrastającej przestępności wogóle, a już specyalnie bezsilny okazywał się wobec młodocianych, gdyż krótkoczasowa kara ścieśnienia wolności, która opanowała niemiecki system kar i stosowana bywa w 70% wszystkich wypadków, o ile szkodliwą jest nawet dla dorosłych, początkujących przestępców, o tyle wprost fatalną okazywała się dla młodocianych. To upieranie się przy przestarzałych i bezużytecznych postanowieniach, gdy cały szereg państw ościennych wskazał Niemcom własnym przykładem drogę reform, którą iść należy, jest tem dziwniejsze, skoro zważymy, że w Niemczech padły pierwsze hasła reformy, że tam dojrzała polityka kryminalna w zwarty system, na szerokich naukowych podstawach, a przedewszystkiem na znakomicie prowadzonej statystyce kryminalnej oparty, że tam od przeszło 30-u lat działa prof. Liszt, najgorliwszy propagator idei kryminalno-politycznych i w teoryi może najradykalniejszy, ale w praktyce do najskromniejszych choćby reform nawołujący, że stamtąd t. j. właśnie od prof. Liszta wyszła inicyatywa do założenia Międzynarodowego Związku kryminalistycznego (I. K. V.), rozciągającego się dzisiaj na cały świat cywilizowany, a którego Oddział niemiecki (Deutsche Landesgruppe)

należy do najpracowitszych i najliczniejszych i wpływem swoim ogarnął szerokie koła prawników. Dwadzieściadziewięć tomów organu prof. Liszta: „Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft", piętnaście tomów organu Związku p. t. „Mitteilugen der I. K. V.", nadto cały szereg dzieł i rozpraw zawiera ogrom materyału z zakresu teoryi i praktyki kryminalno-politycznej, w tem mnóstwo gotowych, szczegółowych projektów do ustaw. Przez to wszystko jak „Leitmotiv" przewija się Lisztowskie ceterum censeo — ogólne: zdolnych do poprawy poprawiać, niepotrzebujących poprawy odstraszać, niepoprawnych unieszkodliwiać — i specyalne: lepiej wychowywać dzieci niż karać zbrodniarzy. W tym duchu oświadczył się cały szereg korporacyi i kongresów, nawet najpoważniejszy z nich, bo obejmujący cały niemiecki świat prawniczy „Niemiecki Zjazd prawników" (Deutscher Juristentag) stwierdził w 1904 r., że „Obecne ustawodawstwo o karnoprawnem traktowaniu młodocianych osób domaga się koniecznie bezzwłocznej (dringend) zmiany". Kongres ten był prawdziwym tryumfem dla prof. Liszta i jego szkoły i zasłużoną nagrodą za długoletnią, wytrwałą, niczem zniechęcić się nie dającą pracę, a raczej walkę, gdyż uchwalone przez kongres wytyczne punkta reformy dowiodły, że głoszone przez nową szkołę zasady i stawiane przez nią postulaty już prawie powszechne zdobyły sobie uznanie wśród praktycznych prawników wszelkich kategoryi. Z uchwał tych wymienię najważniejsze, a będące zarazem powtórzeniem postulatów Liszta z przed ćwierć wieku — tem bardziej, że i rząd austr. oparł się na nich przy układaniu nowego projektu ustawy o młodocianych przestępcach:

I. Odnośnie do ustawy karnej.

1. Okres nieletności należy podwyższyć do ukończenia 14. r. życia — z zastrzeżeniem stworzenia wystarczających środków dyscyplinarnych i opiekuńczych.

2. Przeciwko osobom między 14. a 18. rokiem tylko wtedy nastąpić ma kara, jeżeli osoby te są tak dalece rozwinięte, że cel kary może być osiągnięty.

6. Zakres zastosowania nagany i kary pieniężnej należy rozszerzyć przy równoczesnem prawnem uregulowaniu tych środków karnych pod względem treści i wykonania.

8. Zamiast lub obok kary może sędzia karny zarządzić dozorowane przez państwo wychowanie młodocianego.

II. Odnośnie do procedury karnej.

1. Ograniczenie obowiązku prokuratoryi co do oskarżania; w miejsce oskarżenia może nastąpić doniesienie sądowi opiekuńczemu celem zarządzenia odpowiednich środków.

3. Udział odpowiednich osób dla stwierdzenia duchowej i etycznej dojrzałości młodocianego.

4. Konieczna obrona.

5. Ograniczenie jawności postępowania; dopuścić należy jedynie osoby pozostające z oskarżonym w osobistych stosunkach.

III. Odnośnie do wykonania kary.

1. Wszystkie kary ścieśnienia wolności mają być wykonane w osobnych oddziałach lub zakładach.

2. Ich urządzenie i kierownictwo jakoteż traktowanie młodocianych w ten sposób ma być uregulowane, by obok powagi kary duchowe, moralne i fizyczne wychowanie młodocianych w całej pełni zostało uwzględnione (daß die Erziehung der Jug. zu ihrem vollen Rechte kommt).

3. Należy w szerszym zakresie stosować odroczenie kary i tymczasowe wypuszczenie.

4. Opiekę nad całkowicie lub tymczasowo wypuszczonymi jakoteż nad warunkowo uwolnionymi w razie wprowadzenia tej instytucyi (na razie istnieje tylko odroczenie kary z widokami na ułaskawienie)

należy w ten sposób uregulować, by państwo współdziałało przy tem przez swe organa opiekuńcze.

5. Kara młodocianych ma być wykreślona z rejestrów karnych (idzie tu o t. zw. rehabilitacyę), jeżeli się przez czas odpowiadający czasowi zadawnienia, najmniej 2, a najwyżej 10 lat wynoszący, nienagannie sprawowali.

Jak z tego zestawienia widać, cała prawie karnoprawna część programu kryminalno-politycznego w odniesieniu do młodocianych została w uchwałach Niemieckiego zjazdu prawników przyjęta. Uchwały te jednak, jak tyle innych odnośnie do tej kwestyi w Niemczech zapadłych, pozostały dotąd uchwałami. Wspomnieć jeszcze należy, że i sam Rząd nie jest bynajmniej reformom przeciwny, jak to widać z wprowadzenia instytucyi warunkowego darowania kary, jakkolwiek przez oparcie jej o monarsze prawo łaski formalnie znacznie zmienionej, — i z rozporządzenia ministeryalnego, zalecającego sądom skazywanie młodocianych na dłuższe kary ścieśnienia wolności, by w ten sposób umożliwić zastosowanie do nich systematycznej akcyi wychowawczej. Przyczyna tego ciekawego zjawiska, że mimo wszystkie przytoczone wyżej fakty dotąd do żadnej reformy nie doszło i wszystko zostało po staremu, leży w walce dwóch szkół prawa karnego, starej i nowej t. j. szkoły klasycznej i szkoły doświadczenia kryminalistycznego, względnie w zaciętym oporze, ze względów zasadniczych stawianym przez szkołę klasyczną wszystkim tym reformom, które naruszały odpłatny charakter kary, a miały jej nadać charakter przedewszystkiem celowy, ochronny. Od 30-u lat wre walka na katedrach, w literaturze i na kongresach. Prof. Birkmeyer dziś, jak przed 3000 lat ustawodawstwo mojżeszowe, głosi zasadę: ząb za ząb, oko za oko („Dasselbe Quantum Übel, das du durch dein Verbrechen gesetzt hast, soll dir in der Strafe wiederfahren, nicht mehr aber auch nicht weniger“) i z oburzeniem pyta: „Was lässt v. Liszt vom Straf-

recht übrig?“ Liszt drwi z fanatyków wymiernej sprawiedliwości i pyta, według jakiej miary oznaczy sędzia niemiecki, która z 1825 możliwych kar za zwykłą kradzież (od 1 dnia do 5 lat) będzie najsprawiedliwszą odpłatą za popełnione przestępstwo i t. d. Oczywista rzecz, że gdzie idzie o tak zasadnicze przeciwieństwa i gdzie od tych zasadniczych kwestyi zawisły jest charakter całego ustawodawstwa karnego, o porozumieniu mowy być nie może i spór ten prędzej czy później zwycięstwem jednej ze stron walczących zakończyć się musi. Której? — to dzisiaj, gdy nowej szkole z dniem każdym przybywa zwolenników i gdy zasady jej i żądania znajdują oddźwięk w najszerszych kołach społeczeństwa, żadnej już nie może ulegać wątpliwości. Na razie jednak siły obu stron są jeszcze mniej więcej równe, a wobec tego Rząd niemiecki, liczący się zawsze z opinią świata uczonych, także i w tym wypadku, mimo gorąco odczuwanej potrzeby zmian, od zasady tej odstąpić nie chce i całą reformę kodeksu karnego, nad której przygotowaniem zresztą koła prawnicze bynajmniej pracować nie przestają, odkłada ad calendas graecas, względnie do czasu, gdy toczący się obecnie spór naukowy tak lub owak będzie rozstrzygnięty.

Tylko na polu ustawodawstwa opiekuńczego Niemcy nie pozostają dziś (t. j. od r. 1900.) w tyle za innemi państwami. Wobec tego jednak, iż ustawodawstwo to należy do kompetencyi Sejmów poszczególnych państw związkowych, jest ono z natury rzeczy bardzo różnorodne, a przeto, pomijając inne, choć do niedawna między niemi właśnie znajdowały się najbardziej postępowe, ograniczę się do omówienia pruskiego, które jest bądź co bądź najważniejsze a od wydania ustawy z roku 1900., dla całego państwa typowe.

Pierwsza ustawa pruska, pochodząca z roku 1878. postanowiła, że nad dziećmi niżej lat 12, które popełniły czyn karygodny, ma być zarządzone wychowanie

opiekuńcze przez umieszczenie ich u rodziny jakiejś lub w zakładzie poprawczym, jednak tylko w takim razie, jeżeli to jest konieczne celem uchronienia ich przed zupełnem zepsuciem. W ciągu lat 20 wzięto w opiekę 31.000 dzieci i wydano mnóstwo pieniędzy, by się w końcu przekonać, że przestępność dzieci wzrosła. Powodem było to, że nie zastosowano ustawy także do tych dzieci zaniedbanych i zepsutych, które nie zetknęły się jeszcze ze sądem, a które stanowią wielki zbiornik, z którego przestępność młodocianych coraz nowe czerpie dopływy. Tu nie pojedyncze jakieś zarządzenia mogą pomódz — powiada Baernreither — lecz tylko kompletny system odpowiednich, wzajemnie się uzupełniających instytucyi,— które zapobiegając, wychowując, a jeśli konieczne — karząc, starają się uchwycić cały ten łańcuch opuszczonych, zaniedbanych, zepsutych i przestępnych dzieci i przerwać niebezpieczne w nim związki, — może tu odnieść pożądany skutek.

Zrozumiała to druga ustawa pruska z roku 1900., która zakreśliła wychowaniu opiekuńczemu o wiele szersze, niż dawniejsza, granice. Korzystając z postanowień nowej ustawy cywilnej (B. G. B.), która nakazuje interwencyę sądu opiekuńczego w razie, jeżeli ojciec lub opiekun prowadzi się nieuczciwie lub dziecko swe zaniedbuje — i pozostawia ustawodawstwu krajowemu zarządzenie w tym razie wychowania przymusowego, — zarządza ustawa pruska przekazanie nieletnich wychowaniu opiekuńczemu aż do ukończenia 18-go roku życia, jeżeli dzieciom wskutek zawinionego albo i bezwinnego zachowania się rodziców grozi demoralizacya, lub gdy wychowawcze oddziaływanie rodziców i szkoły nie wystarcza dla zapobieżenia zupełnemu zepsuciu moralnemu. Wychowanie dziecka pozostawione być może rodzinie jakiejś lub też zakładowi. W ogólności daje się rodzinom pierwszeństwo przed zakładem, do którego oddaje się dziecko wtedy tylko, gdy ma skłonność do włóczę-

gostwa, do spełniania czynów karygodnych, jest już bardzo zepsute (verwahrlost) lub potrzebuje szczególnej opieki ze względu na stan zdrowia.

Dla każdego wychowanka umieszczonego przy rodzinie ustanawia się osobnego opiekuna (może nim być mężczyzna lub kobieta), tak samo i dla tych, którzy po krótszym lub dłuższym pobycie w zakładzie zostają na próbę umieszczeni przy rodzinie lub u jakiegoś służbodawcy. Opiekun taki ma ogromnie ważne zadanie osobistym swoim wpływem doprowadzić do poprawy i umoralnienia swego pupila, wykonywać nadzór nad jego uczęszczaniem do szkoły, nad jego umieszczeniem, wyżywieniem i wychowaniem w domu wychowawcy lub służbodawcy. To unikanie szablonu, równomiernej dyscypliny zakładowej i dopuszczenie wpływów indywidualnych przypomina silnie amerykański Probation System a wspomniany opiekun (Fürsorger) probation officer'a — i niewątpliwie też odnośne urządzenia amerykańskie były wzorem dla nowej ustawy pruskiej. Pozostała tylko jedna wielka różnica: Prusy stosują tę metodę tylko do młodzieży zaniedbanej, Ameryka zaś przedewszystkiem do przestępnej w związku z warunkowem darowaniem kary, ale to już jest różnica zasad a nie systemów.

* * *

Obserwując zmiany dokonywujące się w zakresie ustawodawstwa dla młodocianych, dostrzeżemy, że zwolna przechodzi ono od systemu odwetu do systemu wychowawczego. Gdy dawniej pod wpływem francuskiego Code pénal całe specyalne traktowanie młodocianego ograniczało się do pytania co do jego poczytalności, dziś pod wpływem prawa amerykańskiego na pierwszy plan wysuwa się pytanie co do najodpowiedniejszych środków wychowawczych. Starszego systemu trzymają się dziś jeszcze Francya, Belgia, Niemcy, Węgry, Włochy i większość kantonów Szwajcaryi, stosując w razie popełnienia przestę-

pstwa karę, której jednak przez wykonywanie w specyalnych zakładach poprawczych nadają cel przedewszystkiem poprawczy.

Pośrednie stanowisko zajmują te ustawodawstwa, które zezwalają w ograniczonej mierze na zastąpienie zasłużonej kary zarządzeniami wychowawczemi, jak to czyni Belgia wobec żebractwa i włóczęgostwa, a Dania i Szwecya wobec lżejszych, w ustawie dokładnie określonych przestępstw. Cięższe przestępstwa pociągają za sobą bezwarunkowo karę odpłatną.

System wychowawczy przyjęły z państw kontynentalnych Niderlandy i Norwegia, odstępując od badania zdolności rozpoznawczej i wykluczając do 16-go roku życia stosowanie kary odpłatnej. Państwa te jednak idąc za wzorem Anglii uznały potrzebę przewagi elementu wychowawczego tylko w ograniczonej mierze, dzięki czemu środki stosowane w stworzonych przez nie zakładach wychowawczych, podobnie jak w angielskich Reformatory Schools, nie wiele odbiegają od wykonania kary. Stosowanie jej zresztą ogranicza i tak coraz bardziej stale podwyższana dolna granica poczytalności, która w Niederlandach (ukończony 16-y rok życia) doszła już chyba do swego szczytu. Chodzi tu o wykluczenie kary odpłatnej dla czynów karygodnych najwcześniejszej młodości i o umożliwienie stosowania środków wychowawczych bez zasadniczego odstępstwa od stanowiska sprawiedliwej odpłaty.

W jakim stosunku pozostają środki wychowawcze do kary odpłatnej, to zależy od tego, czy dane ustawodawstwo więcej się trzyma systemu odwetu, czy też bardziej się zbliżyło do systemu wychowawczego. I tak Code pénal dopuszcza środki wychowawcze w razie braku discernement i uwzględnia je przy wykonaniu kary; z państw uznających dwie granice wieku, nieletności i problematycznej dojrzałości, które mogą wychowywać swoich nieletnich i względnie dojrzałych, uwolnionych z powodu braku zdolności

rozpoznawczej, skazanych zaś po odcierpieniu kary, — jedne jak Włochy i Niederlandy czynią to wychowanie zależnem od rodzaju i wielkości zbrodni, podczas gdy inne, jak Dania w ust. z 1905. roku, idąc za przykładem Ameryki, przypisują jej tylko znaczenie symptomatyczne to jest uwzględniają ją tylko o tyle, o ile w czynie objawia się przedwczesne zepsucie lub brak wszelkich moralnych podstaw. Konsekwentny system wychowawczy — z dopuszczeniem kary odpłatnej jedynie w najcięższych i wykluczających poprawę wypadkach — przeprowadziły dotąd tylko Stany Zjednoczone półn. Ameryki [1]) (C. d. n.).

Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Napisał
Dr. Edward Dubanowicz.

(Ciąg dalszy.)

II.

W nauce niemieckiej dają się ze względu na pojmowanie celów „użyteczności publicznej“ w ustawodawstwie ekspropryacyjnem wyróżnić trzy odmienne grupy pisarzów.

Pierwsza z nich, poprzestając na stanowisku formalnem, nie sili się bynajmniej na ujęcie celów „użyteczności publicznej“ w jakiekolwiek granice prawne ze względu na ich istotę, ale utożsamia je po prostu z celami, względnie potrzebami państwa. Należą tu definicye Thiel'a, Laband'a, G. Meyer'a, Stengel'a, Rönne'go.

Thiel[1]) znajduje zarówno dla ekspropryacyi jak i dla prawa t. zw. „konieczności państwowej“ (obie te instytucye prawne nie są jeszcze u niego odróżniane), uzasadnienie w potrzebach państwa: „Państwo musi swe potrzeby w ten sposób zaspokajać, że, jeżeli tego, co jest niezbędne dla jego istnienia, nie może zdobyć drogą dobrowolnego układu, bierze je tam, gdzie je znajduje. Przeciwko nadużyciu tego prawa, które samo przez się

[1]) „Das Expropriations-Recht u. das Expr. Verfahren nach dem neuesten Standpunkt der Wissenschaft u. d. Praxis“ Berlin 1866, str. 12.

nasuwa niepokojące uwagi (höchst bedenklich), chronić może tylko ustawa".

Podobnie Laband[1]): „Tylko z celu państwowego, jaki ma osiągnąć dane, oznaczone państwo daje się wysnuć zasada dla wypadków, w których wywłaszczenie jest dopuszczalne, i tylko podług prawa publicznego daje się osądzić, czy in concreto można dopuścić wywłaszczenia".

„Państwo — dodaje G. Meyer[2]) potrzebuje dla przeprowadzenia swych zadań często określonych przedmiotów majątkowych, które się znajdują w ma-

[1]) „Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation" Archiv. f. civilist. Praxis. Heidelberg 1869, str. 170. „Daraus ergibt sich — dodaje autor — dass das Expropriationsrecht kein subjektives Recht einer (vermögensrechtlicher) Person ist, sondern der Inbegriff von Regeln des objektiven Rechts,... Anwendung und Ausführung einer staatsrechtlichen Vorschrift auf den concreten Fall seitens der Staatsverwaltung".

[2]) Stengel's: Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes. Art. G. Meyer'a p. t. „Enteignung" § 3. Freiburg in B. 1889. „Wir setzen — pisze tenżesam autor na innem miejscu („Das Recht der Expropriation" Leipzig 1868, str. 178 i n.) — an die Stelle der öffentlichen Interessen den Staatszweck und halten die Expropriation dann für gerechtigt, wenn sie in Anwendung gebracht wird einmal zur Erhaltung des Staates selbst, dessen Existenz ja Vorbedingung der Erfüllung des Staatszweckes ist, und zweitens zur Erfüllung derjenigen Aufgaben, deren Inbegriff wir als Staatszweck bezeichnen". Z tego dopiero stanowiska, drogą dedukcyi winna — zdaniem autora — nauka określić cele „użyteczności publicznej": „Den Begriff — (j. w. str. 179) — des Staatszwecks für den concreten Staat festzustellen und ihn genau zu präcisiren ist die Aufgabe der Wissenschaft". Takim celem państwa, a więc celem „użyteczności publicznej" jest zdaniem autora: „die Aufgabe der Volkswirtschaft- und Culturpolitik" (j. w. str. 180). Dla zapobieżenia wszakże nadużyciom władzy wykonawczej, „de lege ferenda" wskazuje autor potrzebę ustawowego wyliczenia wszystkich celów „użyteczności publicznej". „Der Willkür der Verwaltung kann leicht vorgebeugt und der gesetzgebenden Gewalt können die notwendigen Befugnisse reservirt, anderseits aber auch die Überbürdung der letzteren mit überflüssigen Geschäften verhindert werden, wenn im Gesetz von vorn herein die vorauszusehenden Expropriationsfälle bestimmt werden, für unvorgesehene Fälle aber der

jątku osób prywatnych. W tym wypadku występuje kolizya potrzeby państwowej (des Staatsbedürfnisses) z prawem jednostki. To ostatnie musi w tej kolizyi ustąpić".

„Wywłaszczenie — pisze Freih. v. Stengel[1]) — jest środkiem niezbędnym, jeżeli administracya do przeprowadzenia publicznych robót potrzebuje oznaczonych przedmiotów majątkowych, których uprawnieni albo odstąpić nie chcą, albo z prawnych powodów (fideikomis i t. d.) odstąpić nie mogą".

Najdalej idące podporządkowanie „użyteczności publicznej" pod pojęcie „dobra państwa" (Staatswohl) znajdujemy w komentarzu państwowego prawa pruskiego, pióra L. v. Rönne'go[2]). Nie tylko własność prywatną jednostki, ale całą kategoryę praw, a więc i prawo własności gruntowej i prywatnej wogóle można usunąć aktem ustawodawczym, jeżeli tego wymaga „dobro państwa".

„Art. 9. (konstytucyi)[3]) — pisze wspomniany autor (w związku z swą teoryą „der unhaltbargewordenen Rechte") — nie dopuszcza tylko samowolnej ekspropryacyi przez władzę wykonawczą, żadną miarą nie ogranicza jednak ustawodawstwa w tym względzie,

---

Erlass eines Spezialgesetzes vorbehalten, und ausserdem vielleicht noch ausdrücklich für Nothfälle der Verwaltung ein sofortiges Einschreiten gestattet wird" (j. w. str. 258). Z tego punktu widzenia gani autor później ustawę ekspropryacyjną pruską z r. 1877-go (por. „Das Recht der Enteignung des Grundeigenthums in Preussen nach dem Gesetze v. 11. Juni 1874 — Ztschft f. d. deutsche Gesetzgebung u. f. einh. d. Recht. Berlin 1874, T. VIII. str. 547—609).

Por. tegoż autora: „Lehrbuch des d. Verw. Rechtes" Leipzig 1883 Innere Verwaltung str. 264 i n.; „Der Staat u. d. erworbenen Rechte" Leipzig 1895, str. 14 i n.; „Der Eigenthumserwerb bei der Enteignung" Berlin 1899; „Lehrbuch des d. Staatsrechtes" Leipzig 1905, str. 801 i n.

[1]) „Lehrbuch des deutschen Verw. Rechtes" Stuttgart 1886, str. 197—8.

[2]) „Das Staatsrecht der preussischen Monarchie" Leipzig 1899—1906 T. II., str. 216 uw. 4.

[3]) „Das Eigenthum ist unverletzlich . . . . . .

ażeby ono nie było uprawnione znosić za odszkodowaniem, albo i bez niego te prawa, które uzna jako niezgodne z dobrem państwa".

Drugą grupę stanowią ci autorowie, którzy usiłują cele „użyteczności publicznej" w ustawodawstwie ekspropryacyjnem określić praktycznie przez stwierdzenie ich głównego, względnie jedynego kierunku.

Prof. Pražak ogranicza je do gospodarczo-ekonomicznych celów ogółu (wirtschaftliche Interessen der Gesammtheit); że zaś urzeczywistnienie tych celów należy do państwa, zatem — konkluduje autor — gdy mowa o celach „użyteczności publicznej", trzeba przez to rozumieć gospodarcze zadania administracyi [1]).

Podobnie Randa: „W prawnem uzasadnieniu wywłaszczenia, względnie w jego celu moralnym, którym jest popieranie rozwoju ogólnego dobrobytu (öffentliche Wohlfahrt pflichtgemäss zu fordern), leży ograniczenie wywłaszczenia w dwojakim kierunku: Raz, nie może uchylenie własności sięgać dalej, aniżeli tego dobro ogółu (das Gemeinwohl) koniecznie wymaga; powtóre, musi być jednostce, zmuszonej do poświęcenia (Aufopferung) swej własności, zwrócona pełna jej wartość ekonomiczna" [2]).

Ze stanowiska pozytywnego ustawodawstwa austryackiego uzupełnia poprzednie określenia w następujący sposób prof. Ulbrich: „Idzie tu albo o przed-

[1]) „Das Recht der Enteignung in Österreich unter Berücksichtigung der auswärtigen Gesetzgebungen und der einheimischen Sprachpraxis" Prag 1877, str. 11 i n. Stąd definicya wywłaszczenia: „Wir können... die Enteignung... als jene Funktion der Verwaltung bezeichnen, Kraft welcher dieselbe im Grunde freien Entschlusses ein dem einzelnen Individuum in Ansehung einer bestimmten Sache zustehendes Recht behufs Erreichung eines ausserhalb des betreffenden Vermögensobjektes liegenden staatlichen, auf Beförderung der wirtschaftlichen Wohlfahrt gerichteten Zweckes zu Gunsten einer gemeinnützigen Unternehmung gegen Gewährung vollständiger Entschädigung aufhebt oder beschränkt" (str. 18).

[2]) „Die Enteignung". Ztschft f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart. Wien 1883, str. 615 i n.

siębiorstwa, które zaspokajają gospodarczy interes ogółu (volkswirtschaftliches Interesse) bez względu na to, czy w roli przedsiębiorcy występuje państwo, ciało autonomiczne, związek osób, czy jednostka fizyczna, albo też o takie wypadki wywłaszczenia, które zaspokajają bezpośredni interes państwa (Staatsinteresse) w dziedzinie zarządu skarbowego lub wojskowego“ [1]).

Do grupy trzeciej wreszcie zaliczyliśmy autorów, którzy podjęli się rozwiązać pytanie, jaką jest istotna natura, względnie, jakie są granice celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Punktem wyjścia tych badań było przeczenie, ażeby wogóle można było określić bliżej pojęcie celów „użyteczności publicznej“.

„Interes publiczny“ — pisze Treichler — „publiczne dobro“, „powszechne dobro“, „dobro państwa“, są to pojęcia tak obszerne i wieloznaczne, że można pod nie podciągnąć wszystko możliwe. Jakoż doświadczenie poucza, że największe gwałty i najbardziej krzyczące niesprawiedliwości były usprawiedliwiane interesem państwa, albo publicznem dobrem. Jest zatem przeciwne duchowi dobrego ustawodawstwa tak wielki zakres władzy pozostawiać mocy niewielu ludzi, żądnych panowania, a rozwiązanie tak ważnej kwestyi zbywać ogólnikiem“.

[1]) „Das Staatsrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie“ Freiburg i. B. u. Tübingen 1884, str. 44. Że jednak tylko w wypadkach pierwszej kategoryi ma Ulbrich na myśli właściwe wywłaszczenie dla celów „użyteczności publicznej“, a podając kategoryę drugą ma na myśli instytucye prawne odrębne, jakkolwiek pokrewne z wywłaszczeniem, świadczy o tem dalszy ciąg tego wywodu: „Zu den Fällen der ersten Art gehört z. B. die Enteignung für Strassenbauten, zur Regulirung der Gassen und Plätze in den Ortschaften, für Eisenbahnen, für Wasserbauten, beim Bergbau, die Entziehung von Privilegien. Zu den Expropriationsfällen der zweiten Art gehört die Expropriation von Salzquellen im Interesse des Salzmonopols, die Expropriation der Grundstücke für militärische Zwecke. Auch die Sachleistungen für das Heer gehören hier“.

Jako jedyną granicę wywłaszczenia — obok postulatu formalnego, ażeby mianowicie wywłaszczenie dekretowane było każdorazowo drogą ustawy — stawia zatem Treichler wymaganie, ażeby „przedsięwzięcia, do których wykonania władza administracyjna jest zobowiązana, musiałyby być tego rodzaju, żeby ich bez uchylenia praw prywatnych, nie można było wykonać“ [1]).

[1]) „Über zwangsweise Abtretung von Eigenthum und anderen Rechten“. Ztschft f. deutsches Recht u. deutsche Rechtswissenschaft. Tübingen 1848, str. 135 i n. Jako pierwszych autorów tej grupy wymienić trzeba już Schmitthenner'a, Burckhardt'a, Bluntschli'ego, Stahl'a i Brinz'a, którzy jednak określają cele „użyteczności publicznej“ albo tylko negatywnie, albo bardzo ogólnikowo: Schmitthenner Fr. („Zwölf Bücher vom Staate“ III. Bd. VII. Buch, Giessen 1845 str. 289 i n.) nie oddziela jeszcze pojęcia wywłaszczenia dla celów „uż. publ.“ od prawa „konieczności państwowej“ (Nothrecht). Jako warunki wywłaszczenia w takiem znaczeniu stawia: 1) ażeby ono odnosiło się do istotnej potrzeby (nie wystarcza istnienie samego interesu: „nie ein blosses Interesse“); 2) ażeby interes prywatny wchodził rzeczywiście w kolizyę z publicznym. Dalsze warunki odnoszą się do formy wywłaszczenia („Gesetz“) i do odszkodowania. — Burckhardt („Zur Lehre von den Expropriationen“, Ztschft f. Civilrecht u. Prozess. Giessen 1848, str. 220 i n.) odróżnia już właściwe wywłaszczenie („eigentliche Zwangsentäusserung“) od prawa „konieczności państwowej“ („ius extremae necessitatis“): „Man muss dabei stets im Auge behalten, dass sich die Verfügung der Staatsgewalt über Privateigenthum wegen eines Nothstandes von vorn herein und ohne weitere Unterlagen rechtfertigt, dass es insoweit keines besonderen Ermächtigungsgesetzes bedarf, weil in dieser Schranke die Befugniss in der Natur der Sache liegt und insoweit allgemein anerkannt wird; dass es sich hingegen mit einem Eingriffe in das Eigenthum dann anders verhält, wenn nicht neben unzweifelhafter Dringlichkeit das Bestehen, sondern nur der Nutzen des Staates und seiner Bewohner in Frage ist, wenn es sich namentlich um die Erhaltung und Belebung des Verkehres, um die Erhebung der Landeskultur, wie z. B. bei Bewässerungsanlagen, oder um einen sonstigen Staatsvortheil handelt“. Jako dalsze, istotne różnice między obiema instytucyami wymienia autor: konieczność nagłego działania i niemożność przewidzenia ani jakości ani ilości praw, które mają być uchylone; i jedno

Podobnie i Stein nie znajduje ścisłych granic dla określenia celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, a to tem więcej, że nie odróżniając instytucyi wywłaszczenia od historycznie zamkniętych w sobie reform i procesów agrarno-społecznych, jak zniesienie praw dominikalnych, uwłaszczenie gruntowe, podział wspólności gminnej, rozwiązanie serwitutów i t. d. ujmuje je wszystkie razem ogólnem i niejasnem pojęciem: „Entwährung“.

„Prawdziwą podstawą prawną wywłaszczenia — (w tem znaczeniu!) jest to, że w niem leży warunek zasady pełnego rozwoju społeczeństwa i wolnego indywidualnego nabywania. Niema tedy żadnej nadziei, ażeby prawne pojęcie wywłaszczenia wysnuć z istoty prawa i państwa“.

Nie da się wywłaszczenie uzasadnić prawem państwa. „Jest rzeczą jasną, że zarówno państwo, jak i po-

---

i drugie jest właściwe prawu konieczności państwowej, obce wywłaszczeniu. — Bluntschli J.: „Allgemeines Staatsrecht geschichtlich begründet“ (II. Aufl. München 1850, T. I. str. 122 i n. 331 i n.) wyprowadza pojęcie wywłaszczenia z konfliktu między prawem jednostki a dobrobytem ogółu („öffentliche Wohlfahrt“). Stwierdzenie istnienia celu „użyteczności publicznej“ jest kwestyą polityki rządowej („eine Regierungsfrage“). Wypadki „potestas eminens“ jeszcze nie dosyć wyraźnie oddzielone. „Ein gewissenhafter Gebrauch derselben — pisze o nich autor za wzorem Grotius'a i Puffendorf'a — in ernster und dringender Gefahr des Staates kann zu dessen Rettung unentbehrlich sein, eine leichtsinnige und willkürliche Anwendung aber ist ein moralisches Verderben des Staates selbst“. — Stahl („Die Philosophie der Rechts- und Staatslehre auf Grundlage christlicher Weltanschauung“) Heidelberg 1850 6, żąda dla uzasadnienia wywłaszczenia nie samej tylko użyteczności celu („Gemeinnützigkeit“), ale jego niezbędności („Nothwendigkeit“); zakreśla jednak tak szerokie granice pojęciu tej niezbędności, że schodzi się ono właściwie z pojęciem użyteczności. — Brinz („Bluntschli's Staats-Wörterbuch“ Stuttgart u. Leipzig 1857, T. III. art. „Expropriation“) wyłącza z pomiędzy celów użyteczności publicznej cel samej tylko przyjemności („blosses Vergnügen“) i interes prywatny, chociażby panującego („blosses Privatinteresse, selbst des Regenten“).

jęcie publicznego dobra spoczywają przedewszystkiem na podstawie wszelkiego rozwoju, na nietykalności i samodzielności jednostki. Niewola, publiczne zepsucie zaczynają się zaś właśnie tam, gdzie wobec ogółu jednostka stoi bezbronna i niesamodzielna; ani więc państwo, ani dobro publiczne nie wystarczają, ażeby miały swą własną podstawę, wolną i samodzielną jednostkę, dla której same istnieją, pozbawić jej indywidualnej samodzielności, która jest jej siłą... Tak samo znowu jest rzeczą niejasną powoływać się na to, iż wywłaszczenie staje się dlatego prawem, bo je przepisuje ustawa. Abstrahując od tego, że nazwa i pojęcie ustawy nie oznaczają prawa, ale tylko jego moc obowiązującą („Gültigkeit“) i że powinno się zaniechać mieszania prawa z pojęciem jego mocy, — każdy wie, ile jest i było praw, które nigdy nie stały się ustawami — to w każdym razie jest widoczne, że ustawa jest tylko wyrazem prawnym istoty stosunków, że zatem prawo musi istnieć, zanim się ustawa ukaże“.

Jako warunek zasady pełnego rozwoju społeczeństwa winno mieć wywłaszczenie w tem granice, że „państwo nie może nigdy brać tego dobra, które może ono zdobyć sobie samo, a powtóre, że tam, gdzie państwo bierze dobro jednostki, nie może wziąć więcej jak tyle ile dla jego zadań okazuje się jako dowodnie („unabweisbar“) niezbędne. Pierwsze wyklucza wywłaszczenie wszędzie, gdzie tylko jest możliwe wolne nabywanie potrzebnego dobra, drugie pociąga za sobą konieczność, ażeby po pierwsze oznaczyć dokładnie dobro, które ma być wywłaszczone, a powtóre wziąć z niego tylko to, czego państwo nie może dostarczyć sobie samo, poza właścicielem“ [1]).

Na właściwą i pewną drogę weszły te badania dopiero z tą chwilą, kiedy ostatecznie od wypadków wywłaszczenia oddzielono wypadki t. zw. „prawa konie-

[1]) „Verwaltungslehre VII. Innere Verw. L. III. Hauptgebiet: Die wirtschaftliche Verwaltung“. Stuttgart 1868, str. 295 do 299.

czności państwowej". Mimo, że oba te pojęcia prawne, związane niegdyś ze sobą w teoryi H. Grotiusa o „dominium eminens", oddzieliła i określiła jasno nauka francuska już w początku ubiegłego wieku, połączenie ich wspólnem mianem: „ius eminens", „ius extremae (supremae) necessitatis" utrzymywało się długo w literaturze niemieckiej i zaciemniało jasność sądu zarówno o wymykającem się poza granice stosunków prawnych t. zw. prawie „konieczności państwowej" jak i o naturze prawnej wywłaszczenia dla celów „użyteczności publicznej".

Już u Burckhardt'a[1]) uwalnia się teorya wywłaszczenia od wypadków t. zw. prawa „konieczności państwowej. Häberlin oddziela ostatecznie i pod względem formalnym i materyalnym od wypadków wywłaszczenia owe wypadki polegające na uchyleniu lub ograniczeniu osobistych i majątkowych praw indywidualnych, w razie, gdy bytowi lub bezpieczeństwu państwa czy ogółu zagraża klęska elementarna lub jakiekolwiek nagłe niebezpieczeństwo („vis major". — Häberlin zalicza tu („Nothfälle"): „Überschwemmung, Feuergefahr, Erdbeben, Kriegsereignisse, Hungersnoth oder entstehende Krankheiten")[2]) — i stając na pewniejszym już gruncie prawnym, dąży do określenia,

[1]) Por. także: Zoepfl: „Grundsätze das allg. u. deut. Staatsrechts". Heidelberg-Leipzig 1855 T. II. str. 712—713; Held: „Grundzüge des altg. Staatsrechts" Leipzig 1868 str. 173—4, 215, 316 (z powołaniem się na wyniki kapitalnego dzieła Bischof'a: Das Nothrecht der Staatsgevalt". 1860) t. t. d.

[2]) Oddzielenie obu tych pojęć prawnych, które dzisiaj uznane jest powszechnie za „communis opinio" pozwoliło też niebawem, wymienionym już wyżej pisarzom: Prażakowi (j. w. por. str. 17 i n.) i Randzie (j. w. str. 617 i n.) na sformułowanie celów „użyteczności publicznej" w ustawodawstwie ekspropryacyjnem jako celów gospodarczo-ekonomicznych. Obaj ci autorowie uzupełniają też poczet wypadków t. zw. „prawa konieczności" (Nothstandrecht), a ostatni modyfikuje o tyle pogląd Burckhardt'a, że i t. zw. „prawo konieczności" może się wyrażać nie tylko w formie zarządzenia administracyi („Administrationsverfügung") ale także, jak dowodzą przytoczone tam przykłady, w formie ustawy.

jakie to są motywy (nazywa i je jeszcze: „Gründe der dringendsten Nothwendigkeit"), które są uzasadnieniem samego, właściwego wywłaszczenia. Owem uzasadnieniem (autor odróżnia tu jeszcze: uzasadnienie instytucyi wywłaszczenia wogóle: „der Grund der Expropriation" — i „Expropriationsgrund (= Expropriationszweck), oder Grund aus welchem im einzelnen Falle das Expropriationsgesetz ausgeübt werden kann") jest, zdaniem Häberlin'a tylko pozytywny: „interes publiczny albo, co jest pojęciem jeszcze uchwytniejszem i ściślejszem, „pożytek publiczny" („der öffentliche Nutzen"), stwierdzony przez ustawę na podstawie planów przedsiębiorstwa.

„Jako interesy publiczne — brzmi tedy konkluzya — rozumieć należy interesy państwa, gminy i publiczności („Publikum"), któreto ostatnie, jako interesy nieokreślonej i trudnej do określenia liczby ludzi, również stanowczo muszą być zaliczone do interesów publicznych. Jednakże tylko to można uznawać za interes publiczny, co zdąża do pożytku i dobra państwa, gminy albo publiczności, czego ten pożytek, czego powszechne dobro nieodzownie (gebieterisch) wymaga... Dokładniej nie dadzą się interesy publiczne oznaczyć;.. musi raczej, w każdym szczególnym wypadku podług przyjętych zasad być rozstrzygane, czy pewna rzecz, pewien zakład, albo urządzenie leży w interesie publicznym, czy przez publiczne dobro jest wymagane, czy do korzyści państwa, gminy, publiczności się przyczynia" [1]).

Żądanie pożytku, niewątpliwego i pozytywnego pożytku powtarza się odtąd stale u autorów niemieckich, zabierających głos w danej kwestyi. Po przyjęciu zaś tej zasady — podobnie jak to stało się w literaturze francuskiej — zjawiają się także u tych autorów próby określenia najbardziej typowych rodzajów

[1]) „Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation", Archiv f. civilist. Praxis. Heidelberg 1856, str. 148, 159—160, 217—218.

tego pożytku[1]), a obok nich negatywne określenia, wyłączające z liczby celów „użyteczności publicznej" cele samego tylko upiększenia lub samej tylko przyjemności[2]). Tym sposobem, granice celów „użyteczności publicznej" w literaturze niemieckiej zbliżają się do tych, które widzieliśmy już ustalone w nauce francuskiej. Brak tylko tego, co było tam nie tylko warunkiem, ale i gwarancyą prawną „użyteczności publicznej" danego dzieła, t. j. brak żądania, ażeby przedmiot wywłaszczenia stał się częścią majątku publicznego i ażeby w tej formie był oddany na użytek ogółu. Niebawem pojawia się i ten warunek w klasycznem — ze względu na teoryę wywłaszczenia w nauce niemieckiej — dziele Grünhuta[3]).

---

[1]) Por. M. v. Stubenrauch („Zur Lehre von der Expropriation". Österr. Vierteljahresschrift f. d. Rechts u. Staatswissenschaft. Wien 1859, T. III. str. 159 i n.): „Es genügt also an einem öffentlichen (gemeinen) Nutzen wie auch der Ausdruck „das allgemeine Beste" im § 365. des allg. bürg. Ges. Buches anzudeuten scheint. Hierbei ist es denn gleichgiltig, von welcher Art dieser Nutzen sei; ob ein materieller, wie bei der Anlegung von Strassen, Kanälen, Wasserleitungen, Häfen u. dgl., oder ein mehr intellektueller, wie bei Sicherung von Kunstschätzen oder wirtschaftlichen Sammlungen gegen Feuers- oder andere Gefahr; ferner ob die Anlage dem Staate im Ganzen wie bei der Erbauung von Festungswerken zur Vertheidigung des Landes — oder einzelnen Gebietstheilen, wie bei den sogenannten Provinzialstrassen, oder gar nur einer einzelnen Staat — oder Landgemeinde zum Vortheile gereiche" (str. 166). — K. J. Mittermeier (Art. „Expropriation" — Karl v. Rotteck's u. Karl Welcker's Staatslexikon — Leipzig 1860, str. 199—201) dąży do uwydatnienia pojęcia pożytku przez oznaczenie go kilku terminami („das öffentliche Wohl, die Nothwendigkeit oder öffentlicher Nutzen") uważanymi przez autora za równoznaczne.

[2]) Por. Häberlin (j. w. str. 161); Stubenrauch („nicht blosse Verschönerungsrücksichten, das blosse Vergnügen, die blosse Bequemlichkeit" — j. w. str. 167); Mittermeier (j. w. str. 201), Brinz (j. w.), Grünhut („Das Enteignungsrecht" Wien 1873, str. 82) i t. d.

[3]) „Das Enteignungsrecht" Wien 1873, str. 2; por. tegoż autora art. „Enteignung", Handwörterbuch der Staatswissenschaften herausgeg. v Conrad, Lexis etc. II. Aufl. T. III. Jena 1900.

Z dziełem Grünhut'a wchodzimy w ostatnie stadyum rozwoju danej kwestyi w nauce niemieckiej. Wszystkie ustalone dotąd granice odnoszące się do przedsiębiorstwa „użyteczności publicznej" są tu zebrane razem: Jest tu więc i zasada, ograniczająca przedsiębiorstwo „użyteczności publicznej" ze względu na niezbędną ilość i jakość przedmiotów, które wywłaszczone, mają być oddane na zrealizowanie celów przedsiębiorstwa[1]); jest i zasada domagająca się istnienia „poważnego ogólnego interesu, rzeczywistego motywu celowości czyli publicznego pożytku" [2]).

Zebrane są także określenia negatywne, nie domagające się już, ażeby cel „użyteczności publicznej" miał cechę „surowej absolutnej konieczności" („gdyż inaczej trzebaby zaniechać przedsiębiorstw często najważniejszych dla dobra moralnego i materyalnego")[3]) ale wykluczające stanowczo cele samej tylko przyjemności[4]). Nowem, także negatywnem, uzasadnionem

---

[1]) „Aus der Rechtsbasis der Enteignung folgt, dass die Staatsgewalt das Einzeleigenthum nur dann entziehen darf, wenn zur Erfüllung ihrer Aufgaben ein anderes weniger verletzendes Mittel nicht genügen sollte; es müssen ausreichende Bürgschaften dafür gegeben werden, dass dieser tiefe Einschnitt in das individuelle Recht nicht zu missbräuchen benützt werde, dass er nicht zuletzt zur völligen Absorbirung der berechtigten Einzelinteressen und der individuellen Lebensgestaltung durch angebliche Interessen der Gesammtheit führen werde" (j. w. str. 11). „Die Enteignungsfälle .. sind eben dann gegeben, wenn der Zweck einer Anlage oder Einrichtung als ein solcher erkannt wird, dessen Verwirklichung durch das allgemeine Interesse geboten, dessen Ausführung aber ohne Anwendung der Enteignung nicht möglich ist" (str. 82).

[2]) „Das Vorhandensein eines ernstlichen allgemeinen Interesses eines wirklichen Motives der Zweckmässigkeit oder des öffentlichen Nutzens" (j. w. str. 82).

[3]) j. w. str. 82.

[4]) j. w. str. 82. Stąd o wywłaszczeniu „strefami" w ustawodawstwie francuskiem, belgijskiem, włoskiem i węgierskiem sąd autora nie jest wolny od wątpliwości: „Unter dieser anscheinenden Förderung des allgemeinen Interesses liegt in der That eine grosse Gefahr für das allgemeine Interesse verborgen" (j. w. str. 83).

w literaturze niemieckiej przez pojawienie się doktryny socyalistycznej i doktryny wszechwładzy państwowej jest określenie, że nie wszystkie cele państwowe są eo ipso celami „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego [1]).

Wszystkie te zasady, z jeszcze silniejszemi zastrzeżeniami co do celów państwowych [2]) (wyraźnem i sta-

[1]) Państwo istnieje bowiem, zdaniem Grünhut'a nie samo dla siebie, ale ze względu na dobro obywateli: ... der Staat soll keineswegs als Selbstzweck, also das letzte Ziel der Menschheit hingestellt, das Individuum, die Einzelpersönlichkeit ihm aufgeopfert werden; ... keineswegs soll der Einzelne nur als eine unter den unzähligen Federn an der Riesenmaschine „Staat“ in Betracht kommen, welche ausschliesslich zu ihrem eigenen Vortheile zu functioniren hätte“ (j. w. str. 8). Stąd też interes wyłącznie tylko skarbowy nie jest celem „użyteczności publicznej“ (str. 79).

[2]) Kiedy mianowicie u Grünhut'a poza ogólnem zastrzeżeniem, zwróconem przeciwko utożsamianiu celów „użyteczności publicznej“ z celami państwa, niema wyraźnego wykluczenia celów fiskalnych państwa z liczby celów „użyteczności publicznej“, pisarze późniejsi, o ile o celach fiskalnych wspominają, wykluczają je wyraźnie i stanowczo. Tak już Pražak (j. w.) wyklucza wyraźnie „das finanzielle Interesse des Staates“. Jeszcze dokładniej Randa: „Wenn nämlich feststeht, dass das Individualeigenthum nur dann geopfert werden muss, wenn und soweit dies das Gesammt- oder öffentliche Interesse, „Die Gemeinnützigkeit des Unternehmens“ (§ 1. Eis. Ent. Ges. v. 1878)... erfordert, so ist damit nich ausschliesslich „das Staatswohl oder der Staatszweck“ gemeint; die Gemeinnützigkeit reicht doch gewiss vielfach über das „Staatswohl“, über den unmittelbaren „Staatszweck“ hinaus. Soweit man es übrigens als Aufgabe des Staates betrachtet, den Fortschritt des Gemeinwesens auf allen Gebieten der menschlichen Thätigkeit zu fördern, und zu diesem Ende Hindernisse zu beseitigen, welche die Kraft des Einzelnen zu überwinden nicht vermag, ist nichts gegen die Formulirung einzuwenden.... (odwołuje się na opinie Grünhut'a, Rohland'a, G. Meyer'a, Pražaka)... Aber blos Rücksichten der Gemeinnützigkeit — nicht auch Rücksichten der Annehmlichkeit oder der Verschönerung, noch weniger blos fiskalische Interessen können bei der grundsätzlichen Untastbarkeit des Privateigenthums die Enteignung rechtfertigen“ (j. w. str. 621—622). Podobnie inni pisarze późniejsi, o ile o celach fiskal-

nowczem wykluczeniem celów fiskalnych), poczynionemi w czasach najnowszych ustaliły się w nauce niemieckiej, po dziele Grünhut'a ponad wszelkie wątpliwości.

Po raz pierwszy wszakże w nauce niemieckiej podniósł Grünhut zasadę, która chociaż w praktyce zawsze przestrzegana, doczekała się jednak, jak widzieliśmy także i w nauce francuskiej najpóźniej ze wszystkich wyraźnego sformułowania:

---

nych w związku z daną kwestyą wogóle wspominają. W czasach najnowszych najbardziej szczegółowy wyraz dał tej zasadzie O. Mayer („Deutsches Verwaltungsrecht". Bindings: Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft VII., 2. Leipzig 1895, str. 12—14): „Es wird... vor allem die Enteignung versagt, zur Verfolgung fiskalischer I teressen, die ja wohl noch ein staatliches Unternehmen vorstellen könnte. Für die eigentlichen fiskalischen Verwaltungen ist das ganz selbstverständlich; Erweiterung und Abrundung der Staatsdomänen z. B. kann nicht in dieser Weise geschehen. Hier handelt es sich überhaupt nicht um öffentliche Verwaltung... Aber auch gelegentlich der Besorgung von Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung kann die Enteignung nicht benutzt werden, um Grundstücke zu erwerben, die nicht dem Unternehmen selbst dienen (autor ma na myśli wywłaszczenie „strefami") sondern durch ihre Weiterveräusserung einen Gewinn abwerfen sollen. Wenigstens ist die normale Enteignung für solche Spekulation nicht gegeben... Unzulässig ist in diesem Sinne auch die Enteignung, wenn es sich bloss darum handelt, die Besitzverhältnisse zwischen den Einzelnen zu ändern, so dass das Grundstück gar nicht an ein öffentliches Unternehmen übergeht. Man denke etwa an eine Enteignung von Grossgrundbesitz zur Vertheilung an die Bauern oder von Fabriken behufs genossenschaftlicher Unternehmungen der Arbeiter... Ebensowenig würde sich aus der allgemeinen Enteignungsermächtigung eine Entziehung von Privateigentum rechtfertigen, die nur bezweckte, die Störungen zu beseitigen, die aus der bisherigen Benützung dem öffentlichen Interesse bereitet werden mögen: Verunstaltungen des Anblicks der öffentlichen Strasse, Gesundheitswidrigkeiten u. dergl. Hier soll das Grundstück nicht dienen, sondern nur aufhören zu schaden".

„Prawem wywłaszczenia we właściwem znaczeniu — pisze Grünhut — jest prawo władzy państwowej, które polega na przymusowem uchyleniu prywatnego prawa własności i na przeniesieniu go do majątku publicznego („Übertragung desselben in das öffentliche Gut"), względnie na przymusowem ustanowieniu na cudzej rzeczy przymusowego prawa dla publicznego majątku, w ogólnym interesie, za odszkodowaniem" [1]).

... „Wywłaszczona nieruchomość staje się częścią majątku publicznego (państwowego, gminnego etc.), a rzeczą administracyi jest jej użycie dla zaspokojenia celów publicznych" [2]).

Wszelako ta ostatnia zasada nie dała się w systemie niemieckim przeprowadzić w teoryi z taką ścisłością jak w systemie francuskim, a to z tej przyczyny, że pod innymi względami między obu systemami wywłaszczenia zachodzą znaczne różnice: tam przedmiotem wywłaszczenia dla celów „użyteczności

[1]) j. w. str 2 i n.

[2]) j. w. str. 80. W konsekwencyi akceptuje też Grünhut teoryę francuską o „majątku publicznym" i o wywłaszczeniu w stosunku do majątku państwa: „Beide, sowohl das öffentliche Gut als auch das Staatsgut stehen im Eigenthum des Staates; soweit es sich aber um öffentliches Gut, um res publicae in usu publico im eigenen Sinn handelt, so ist eine Enteignung, an denselben nicht möglich, denn der Zweck der Enteignung ist begrifflich darauf gerichtet, das individuelle Eigenthum an einem Grundstück, oder ein dingliches Recht an demselben zu opfern, um es dem öffentlichen Gebrauch zu widmen; steht aber das Grundstück als res publica in usu publico bereits im öffentlichen Gebrauche, so bedarf es nicht erst einer solchen Uebertragung in den öffentlichen Gebrauch" (str. 76). „Wohl aber kann das Staatsgut enteignet werden; denn rücksichtlich des Staatsgutes, patrimonium fisci. ist der Staat wie ein Privatmann anzusehen (str. 78). Sposobem, który już widzieliśmy w nauce francuskiej, modyfikuje ten pogląd O. Mayer (j. w. str. 23) o tyle, że wskazuje praktyczną możliwość wywłaszczenia także wobec części publicznego majątku państwa po poprzedniej zmianie jej przeznaczenia, dokonanej aktem władzy państwowej („Auflassung, Aufhebung, Deklassierung").

publicznej“ mogła być tylko nieruchomość — tu, w rozmaitych krajach niemieckich, w Austryi i kantonach szwajcarskich także rzeczy ruchome, nawet prawa rzeczowe; tam jako podmiot wywłaszczenia występywała z reguły administracya publiczna — tu równie często przedsiębiorca prywatny.

Jak więc z jednej strony samo określenie „przedsiębiorstwa“ musiało w systemie niemieckim stracić na swej uchwytności [1]), podobnie i zasada, że przedmiot wywłaszczony musi się stać częścią majątku publicznego i w tej formie zostaje oddany na użytek ogółu, mogła mieć bezwzględne zastosowanie tylko w odniesieniu do nieruchomości; zresztą zaś trzeba było poprzestać na „użytku“ publicznym [2]) („öffentli-

[1]) Takie też określenie „przedsiębiorstwa“ publicznego w systemie niemieckim (ze szczególniejszem uwzględnieniem pruskiej ustawy expropryacyjnej z r. 1874 znajdujemy w dziele Layer'a M. (Prinzipien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902, str. 244): „Freilich kann das Resultat der Unternehmung (z. B. Eisenbahn) wieder eine „Unternehmung“ sein (Eisenbahnbetrieb), aber nicht immer; auf eine Festung beispielsweise passt der Ausdruck Unternehmung sicherlich nicht. Und doch handelt es sich auch im preussischen Recht in erster Linie um die Enteignung für jenes Resultat der Unternehmung. Aber aus der Entstehungsgeschichte des preussischen Enteignungsgesetzes geht hervor, dass man mit jenem Ausdrucke „Unternehmung“ nur sagen wollte, das es sich im Gegensatze zu polizeilichen Beschränkungen oder Vernichtungen, wegnahme von Sachen etc., um eine Inanspruchnahme zum Gebrauch im öffentlichen Interesse handeln müsse“.

[2]) Zasada publicznego „użytku“ została w czasach najnowszych sformułowana w sposób jeszcze uchwytniejszy. Potrzeba oddania przedmiotu wywłaszczonego na bezpośredni użytek publiczny stała się dla komisyi parlamentarnych obu izb pruskich w czasie obrad nad ustawą wywłaszczającą z r. 1874 głównym motywem, dzięki któremu ustalono tu ostateczne pojęcie wywłaszczenia przez wykluczenie odmiennych chociaż pokrewnych instytucyi prawnych. „Ausgeschlossen sind alle aus anderen Gründen dem Privateigenthum auferlegten Beeinträchtigungen, nämlich die gesetzlichen und polizeilichen Beschränkungen, die Entschädigungsansprüche aus polizeilichen

cher Gebrauch"), którego przedmiotem może być zatem — jak to widzieliśmy w definicyi Grünhut'a —

Verfügungen, die auf besonderen Gesetzen oder dem Gewohnheitsrechte beruhende Entziehung oder Einschränkung des Grundeigenthums im Interesse des Bergbaues und der Landes Triangulation. Von einigen Seiten wurde es zwar für wünschenswerth erachtet, die Eingriffe ins Privateigenthum durch polizeiliche Massregeln in Nothfällen und die nachträgliche Ermittlung und Feststellung der Entschädigung hierfür seitens des Staats mit in den Bereich des Gesetzes zu ziehen; die Mehrheit der Kommission war aber mit der Staatsregierung darin einverstanden, dass zwischen solchen polizeilichen Eingriffen und der Expropriation ein wesentlicher Unterschied besteht, weil bei jenen gar nicht die Absicht vorwaltet, Eigenthum zu entziehen... (Siegfried H. „Das neue preussische Expropriationsgesetz über die Enteignung vom Grundeigenthum erläutert unter Benutzung der ämtlichen Motive sowie der Kommissionsberichte und Verhandlungen der beiden Häuser des Landtages. Berlin 1874, str. 7—8). (Takież, najzupełniej stanowcze oddzielenie instytucyi wywłaszczenia od wypadków t. zw. „stanu konieczności" znalazło wyraz w ustawie heskiej z r. 1884. Por. Fuld L.: Das Enteignungsrecht in Grossherz. Hessen, Hirth's Annalen. 1885, str. 58, 63). — Por. też Rohland v. W. (Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechtes) Leipzig 1875, str. 2—9. — Sieber J. („Das Recht der Expropriation — mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechte" Zürich 1889, str. 21) odróżnia w kwestyi publicznego użytku dwa odmienne żądania: pierwsze, ażeby przedmiot wywłaszczony był dostępny na równi wszystkim bez wyjątku i żądanie, ażeby był użyty dla celu publicznego. Sformułowanie pierwszego żądania przypisuje (niesłusznie) Grünhut'owi i je odrzuca. Natomiast potrzebę drugiego żądania uznaje i wtedy, kiedy przedsiębiorcą jest osoba prywatna i tak je określa: „Freilich steht dem Expropriantem über letztere (Sachen) nicht die mit dem freien Eigenthum verbundene Dispositionsgewalt zu, dieselben müssen vielmehr demjenigen öffentlichen oder Privatunternehmen dienen, zu dessen Gunst das Expropriationsrecht ertheilt wurde". — Niezupełnie wystarczające jest też odpowiednie określenie u G. Meyer'a (j. w. str. 13). Zdaniem jego w danej kwestyi wystarczy, „dass es (Eigenthum) civilrechtliches Eigenthum des Subjektes der öffentlichen Verwaltung werden und bleiben soll, um als solches dem öffentlichen Unternehmen zu dienen". (Brak tu mianowicie uwzględnienia wypadku, gdy przedsiębiorcą jest osoba prywatna). — Braki te uzupełniają dwie najnowsze monografie o wywłaszczeniu,

nie zawsze rzecz z majątkiem publicznym złączona, lecz czasem tylko prawo majątku publicznego ustanowione na rzeczy cudzej, albo tylko na prawie rzeczowem cudzem.

Po tem zastrzeżeniu możemy stwierdzić, że za sprawą tych pisarzy, których zaliczyliśmy do ostatniej grupy, przyjęły się także w Niemczech te same ograniczenia celów „użyteczności publicznej", w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, które widzie-

---

pierwsza uwzględniająca szczególniej ustawodawstwo szwajcarskie, druga niemieckie. „Les personnes privées — pisze G. de Weiss (j. w. str. 57) — qui ont entrepris les travaux, ne possèdent que ad usum publicum et comme res extra commercium". U Layer'a zaś czytamy (j. w. str. 608—10): „Da nach den Grundsätzen der Enteignung sich dieselbe nur auf konkrete Objekte bezieht und nur so weit zulässig ist, als der Objekt für die Erfüllung des öffentlichen Zweckes nothwendig ist, so ergiebt sich daraus schon, dass die enteignete Sache ein notwendiges Mittel für die Erfüllung des öffentlichen Interesses darstellen, selbst unmittelbar dem öffentlichen Interesse gewidmet sein, ihm dienen muss". Afektacya na użytek publiczny nastąpić może w dwojaki sposób: „Entweder die Sache kann unmittelbar den Interessen eines öffentlich-rechtlichen Verbandes als Mittel zur Erfüllung seiner publizistischen Aufgabe dienen, also als Mittel der öffentlichen Verwaltung, welche ja prinzipiell das öffentliche Interesse verwirklicht... eine Sache kann aber noch in anderer Weise dem öffentlichen Interesse dienen, insofern sie nämlich... der Befriedigung der Bedürfnisse und Interessen einer grossen nicht geschlossenen und fluctulerenden Personenzahl.... dienen. Während die vorherrschende Form des Gebrauches der früher erwähnten, öffentlichen Zwecken gewidmeten Sachen die des Gebrauches durch die Organe des betreffenden öffentlichen Verbandes... ist, kommt hier... Gebrauch durch die Glieder der Interessengemeinschaft d. i. der Gemeingebrauch („usage commun") in Betracht... Für die Enteignung scheint obige Unterscheidung von grosser Wichtigkeit. Den nach den vorhin rekapitulierten Grundsätzen über die Zulässigkeit der Enteignung wird eine solche nur dort angängig sein, wo eine Sache unmittelbar den öffentlichen Zwecken in jenem prägnanten Sinne zu dienen bestimmt ist, welche die Sache selbst zur öffentlichen werden lassen".

liśmy ustalone w systemie francuskim. Celami takimi będą mianowicie tylko te cele, które zapowiadają rzeczywisty (materyalny czy moralny) pożytek, które — powtóre — dla bezpośredniego zaspokojenia potrzeb ogółu muszą być oddane na odpowiedni tym potrzebom użytek publiczny i które wreszcie, nie mogą być urzeczywistnione bez użycia wywłaszczenia.

Że zaś owe zasady przyjęły się u przeważnej części autorów niemieckich, zabierających głos w danej kwestyi, a nadto, że zasady te nie mają bynajmniej charakteru apryorycznej koncepcyi naukowej, ale odpowiadają i to najzupełniej rzeczywistym granicom prawnym, poza które nie wykroczyło ustawodawstwo ekspropryacyjne niemieckie aż do czasów ostatnich — między celami uznanymi przez to ustawodawstwo za cele „użyteczności publicznej“ przy wywłaszczaniu nieruchomości, niema takich, którychby nie było w systemie francuskim [1]) — wolno ten rozdział zamknąć twierdzeniem, że wymienione wyżej zasady są rzeczywiście granicami prawnemi celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu niemieckiej teoryi i praktyki ekspropryacyjnej.

Istnieje wprawdzie — jak to zaznaczono na samym początku — poważna grupa prawników niemieckich, których określenie celów „użyteczności publicznej“ jako „celów państwowych“ mogłoby w swych następstwach, przy nieoględnej interpretacyi doprowadzić do takiego, nowego pojmowania celów „użyteczności publicznej“, wobec którego nie ostałyby się tamte ustalone granice prawne. Ich stanowisko wszakże zawsze jeszcze jest odosobnione, nawet w teoryi, z przyczyn budzących bardzo poważne wątpliwości.

Cele państwowe w znacznej części pokrywają się rzeczywiście z celami „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, ale nie

[1]) Najpełniejszy ich obraz z uwzględnieniem Szwajcaryi podaje Sieber J.: Das Recht der Expropriation, Zürich 1889, str. 155—160.

pokrywają się tak zupełnie, ażeby te ostatnie można pierwszymi zastąpić albo im podporządkować. Ani nie są wszystkie cele „użyteczności publicznej“ celami państwowymi (że wymienimy n. p. tylko budowę kościołów), ani cele państwowe nie są zawsze (że znowu przypomnimy tylko cele fiskalne) celami użyteczności publicznej [1]).

Co najwyżej, powiedzieć można, że do celów „użyteczności publicznej“ w pierwszym rzędzie trzeba caliczyć znaczną część celów państwowych, to jest zadań, do spełnienia których jest państwo wyłącznie, albo przedewszystkiem powołane. W takim też związku zalicza Layer, autor ostatniej monografii o wywłaszczeniu, do celów „użyteczności państwowej“ przedewszystkiem t. zw. „bezpośrednie interesy państwowe“ [2]).

Ale i po tej jeszcze modyfikacyi, tak dotkliwe dla teoryi o „celach państwowych“, pojęcie tych celów nie jest w stanie dać bliższych objaśnień co do natury celów „użyteczności publicznej“, co pochodzi z tej przyczyny, że samo pojęcie „celów państwowych“, czy też „bezpośrednich interesów państwowych“, nie jest wcale łatwiejsze, a owszem nawet trudniejsze do określenia. Gdy bowiem dla określenia granic celów „użyteczności publicznej“ wystarczał najzupełniej wzgląd na obowiązujące zasady prawne, nie można kusić się nawet o określenie granic celów państwowych bez wkroczenia na bardzo rozległy a bynajmniej nie pewniejszy grunt polityki państwowej. Tam rozstrzygał

[1]) Nie zawsze też mogą za cele „użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego uchodzić t. zw. „mocarstwowe cele państwa“. Tak zdaje się tę rzecz rozumieć Layer (j. w. str. 202), kiedy pisze, że cele te („Machtzwecke“) mogą wejść w kolizyę z interesami gospodarczymi samego państwa.

[2]) Layer (j. w. str. 221 i n.): „Unmittelbares Staatsinteresse“ w przeciwstawieniu do „soziales Interesse“. Jakie to jednak interesy państwowe uważać trzeba za „bezpośrednie interesy państwowe“ tego mimo podania granicy pomiędzy tymi ostatnimi a „interesami socyalnymi“ jasno wiedzieć nie można.

o danej kwestyi jedynie wzgląd na to, co jest prawne, a co nieprawne, tutaj, obok tamtego rozstrzyga często wzgląd na to, co jest dogodne, a co niedogodne, a nawet co uczciwe, a co nieuczciwe. Że zaś te względy nawet przez rządy państw niezawsze są rozstrzygane w tymsamym sensie, nie wydaje się rzeczą ani potrzebną, ani bezpieczną, ażeby o celach „użyteczności publicznej“ rozstrzygać ze stanowiska „celów państwowych“. (C. d. n.).

Zapiski literackie.

Professor Dr. Albert Osterrieth. Kunst und Recht.—Berlin 1909.—Puttkammer & Mühlbrecht.

Autor zaznajamia nas z nową ustawą niemiecką o prawie autorskiem na dziełach sztuki plastycznej i fotografii z d. 9 stycznia 1907 r. Dz. p. p. Nr. 7. Czyni zaś to w niezwykłej w literaturze prawniczej formie swobodnego dyalogu, toczącego się między malarzem i wytwórcą w dziedzinie przemysłu artystycznego Geistem, właścicielem zakładu graficznego Stoffem i autorem. Nowa ustawa obowiązująca w miejsce ustawy z d. 9 stycznia 1876 r. zajmuje się ochroną fotografii i dzieł sztuki plastycznej, zaliczając do tej ostatniej wytwory przemysłu artystycznego.

Ze stanowiska prawnego określa autor dzieło sztuki plastycznej jako utwór uformowany w przestrzeni, noszący znamię indywidualnej twórczości. Ochrona tej indywidualnej twórczości jest celem ustawy, która winna z jednej strony zapewnić twórcy wyłączną korzyść ekonomiczną z dzieła, z drugiej zaś strony chronić dobrą cześć autora. W przeciwieństwie do austryackiej ustawy autorskiej z 26. grudnia 1895 Dz. p. p. Nr. 198 doznają w niemieckiej ustawie ochrony również dzieła architektury, o ile mają na względzie artystyczne cele. Określenie powyższe nie jest zbytnio szczęśliwe. Ustawodawca bowiem chciał tylko wyrazić dobitnie, że ochrony doznaje tylko rozwiązanie problemu architektonicznego,

koncepcya artystyczna a nie konstrukcya techniczna, jak wogóle przedmiotem ochrony jest indywidualny wpływ artysty, chociażby ze stanowiska sztuki był banalny. Ustawa unika też starannie wyrazu „Kunstwerk“. Gdy bowiem co do objektywnego pojęcia sztuki niema zgody wśród filozofów i estetów, przyjęcie wyrazu tego do ustawy wprowadziłoby niepewność w stosunkach prawnych, wobec rozbieżnych orzeczeń znawców.

Wśród podmiotowego prawa autorskiego na dziełach sztuki i fotografii rozróżnia autor uprawnienia osobowe i materyalne, przechodząc według tego podziału postanowienia ustawy. Normy pierwszej kategoryi mają na celu strzeżenie idealnego niejako stosunku autora do dzieła, normy drugiej kategoryi mają zapewnić twórcy wyłączną korzyść ekonomiczną z utworu.

Przedmiotem praw osobowych nie jest oryginał lub jego kopie lecz „dzieło niematerialne“, będące wyrazem artystycznej osobowości autora; treścią zaś jego to, że jedynie twórca decydować może, czy i w jakiej formie utwór ma być dostępny publiczności. Prawo osobowe jest niepozbywalne i gaśnie ze śmiercią twórcy, przysługuje zaś autorowi względem osób trzecich i względem nabywcy materyalnych uprawnień, w którym to wypadku ogranicza się do tego, że nabywca nie może zmienić dzieła lub jego oznaczenia bez zgody autora (§ 12 ustawy).

Prawo oznaczenia utworu nazwiskiem autora jest wyłączną prerogatywą twórcy dzieła, § 13 bowiem zabrania tego komu innemu, nawet po śmierci autora i zgaśnięciu prawa autorskiego. Inne postanowienia omawianej ustawy, będące wynikiem „prawa osobowego“ twórcy, znane są obowiązującej ustawie austryackiej lub dawnej ustawie niemieckiej.

Uprawnienia osobowe i materyalne połączone są z reguły w osobie twórcy, dopiero z chwilą pozbycia się praw materyalnych rozróżnienie to nabiera praktycznej doniosłości.

Do uprawnień materyalnych twórcy zalicza ustawa (§ 15) obok wyłącznego prawa reprodukcyi, prawo roz-

prowadzania dzieła sposobem przemysłowym, także rozpowszechnianie dzieła przez aparaty optyczne, coraz częściej, w praktyce zastosowywane.

Natomiast nie obejmuje prawo materyalne autora wyłącznej możności wystawiania dzieła. Spornem jest zaś, czy autor ze względu na swoje prawo osobowe może zakazać wystawiania obrazu, sprzedanego bez wyraźnego zakazu wystawiania. Samo bowiem wystawienie obrazu nie narusza jeszcze czci autorskiej, naruszeniem dobrej sławy twórcy byłoby dopiero wystawienie dzieła niepodpisanego n. p. wzorów dla przemysłu artystycznego. Wychodząc z założenia, że ochrony doznawać winna każda twórczość indywidualna, chroni nowa ustawa w przeciwieństwie do austryackiej (§ 37) także bezprawnie zrobione kopie (n. p. sztych z portretu olejnego), o ile są wyrazem samoistnej twórczości.

Przechodząc z kolei postanowienia ustawy o sposobach naruszenia prawa autorskiego, zwraca autor uwagę na przepis, że niedozwolonem jest również kopiowanie dzieł rzeźby lub architektury zapomocą malarstwa lub grafiki i odwrotnie, motyw bowiem dawnej ustawy i ustawy austryackiej, że odmienna zupełnie technika, jaką posługuje się malarz i rzeźbiarz, zaciera niejako identyczność przedmiotu, nie mógł się ostać wobec zapatrywań dzisiejszej nauki.

Postanowienia ustawy względem utworów rzeźby, malarstwa i architektury odnoszą się z małemi zmianami i do fotografii. Ustawa bowiem hołdując teoryi, że fotografia nie jest sztuką, użycza jej płodom ochrony z czysto praktycznego stanowiska, zaliczając do niej dzieła stworzone przez zastosowanie energii światła wogóle n. p. zapomocą promieni Röntgena, promieni radialnych i t. p.

Poświęciwszy szereg uwag tak zwanemu „prawu własnej podobizny (§ 22 i 23 ust.) przeprowadza prof. Osterrieth paralelę między nową ustawą niemiecką a ustawą austryacką, którą przyrównywa do wazy o misternie cyzelowanej powierzchni, ulepionej atoli z lichej gliny.

W rzeczywistości ustawa austryacka z 26. grudnia 1895 Dz. p. p. Nr. 198, o ile dotyczy prawa autorstwa na dziełach sztuki i fotografii, nie liczyła się zbytnio z wymogami praktyki, wzorującej się w przeważnej części na postanowieniach starej ustawy niemieckiej. Do takich przestarzałych przepisów zalicza autor postanowienie § 4 ust. chroniące przed naśladownictwem jedynie plany i projekty robót architektonicznych, a odmawiające ochrony gotowym już dziełom architektury.

Motyw tego postanowienia, że architekt zarabia dostatecznie wskutek wykonania jego planu i że w interesie popularyzacyi sztuki leży możność kopiowania wybitnych utworów architektury, zapoznaje istotny cel ustawy autorskiej.

Również nie użycza austryacka ustawa ochrony wytworom przemysłu artystycznego, które jedynie przez zarejestrowanie na podstawie ustawy o ochronie znaków i modeli zabezpieczone być mogą przed naśladownictwem.

Zasady dawnej ustawy niemieckiej przyjęte również zostały w postanowieniach ustawy austryackiej o ochronie dzieł fotografii; chronione są bowiem jak wiadomo jedynie egzemplarze datą, nazwiskiem i miejscem zamieszkania autora zaopatrzone.

Zamierzony cel osiągnął prof. Osterrieth w zupełności, wyłożył bowiem zasady nowej ustawy autorskiej ze stanowiska zarówno teoryi i praktyki, w sposób mogący służyć za wzór, jak najbardziej zawiłe problematy prawne ująć można w wykwintną pod względem literackim formę. *Dr. Wilhelm Rappe.*

Die Radiotelegraphie im Völkerrecht. Von Joseph Kausen, Dr. iuris et rerum politicarum. München 1910. Verlag der J. J. Lentnerchen Buchhandlung (E. Stahl).

Wyrazem „radiotelegrafia“ obejmuje autor wszystkie systemy telegrafowania bez drutu. Zasadniczy proceder techniczny jest im spólny. Polega on na zużytkowaniu elek-

trycznych fal w powietrzu. Są to zw. fale Hertzowskie, powstające przy wyładowaniu się elektryczności o wysokiem napięciu w odpowiednich przewodnikach. Fale te, wytworzone przez aparat stacyi nadawczej, dosięgają aparat odbiorczy. Tu wywołują skutki podobne, jak przy telegrafie Morsego. — Kwestye, nasuwające się przy próbie prawnego unormowania radiotelegrafii, łączą się przedewszystkiem z „prawem powietrza“. Teoretyczne próby kodyfikacyi tego prawa są niedawne. (Jurisch: Grundzüge des Luftrechtes, Berlin 1897, Fleischmann: Grundgedanken eines Luftrechtes 1910 i t. p.). Aktualnemi stały się w miarę rozwoju żeglugi powietrznej i radiotelegrafii.

Nastąpiły rozważania prawne — sprzeczne ze sobą. Z jednej strony proklamowano charakter prawny słupa powietrznego jako przynależności terytoryum. Z drugiej strony postawiono postulat: „l'air est libre“. — Rozpatrując prawo „żeglugi powietrznej“ posługiwano się analogią norm prawnych, odnoszących się do żeglugi na morzu. Stosowano zasadę „mare liberum“ do powietrza. — Paweł Fauchille wystąpił jako obrońca poglądu o wolności powietrza. W roku 1906 przedłożył na kongresie instytutu prawa międzynarodowego projekt prawa międzynarodowego o telegrafii bez drutu, którego zasadniczy artykuł I. brzmi: „l'air est libre. Les états n'ont sur lui, en temps de paix et en temps de guerre, que les droits nécessaires à leur conservation“.

Artykuł ten został przez instytut przyjęty. (Vide: Annuaire de l' institut de droit international XXI. str. 327). Zwolennikami tego poglądu są Nys, Hilty, Meili i Gareis. Jednakowoż tę wolność powietrza uznają od pewnej wysokości słupa powietrznego. — Bluntschli i Rivier dla oznaczenia tej wysokości posługiwali się teoryą „strzału armatniego“, stosowaną przy określaniu zakresu władztwa państwa nad morzem przybrzeżnem.

Takie oznaczenie granicy równałoby się dziś zaprzeczeniu teoryi o „wolności powietrza“. Najnowsze bowiem armaty Kruppa, służące do ostrzeliwania balonów, wyrzucają strzały na wysokość 11.500 metrów. — Fauchille

rozróżnia zatem różne sfery powietrza. — Do wysokości zabudowanej (największa 330 metrów, licząc wysokość wieży Eiffla na 300 metrów oraz 30 metrów dla antenny t. j. dla przewodnika radiotelegraficznego) przyznaje państwu własność przestrzeni powietrznej. Nadto rozróżnia przestrzeń powietrzną do wysokości 1500 metrów jako sferę ochronną podczas pokoju, gdyż z tej wysokości możliwe jeszcze szpiegowanie z balonów zapomocą zdjęć fotograficznych.

Wogóle zwolennicy poglądu o „wolności powietrza“ ograniczają ją tak, że w praktyce zbliżają się do konsekwencyi poglądu drugiej teoryi t. zw. teoryi władztwa (Souveränitätstheorie). Wedle niej władztwo terytoryalne państwa rozciąga się na słup powietrza nad terytoryum. We władztwie tem mieści się pozytywne prawo używania tej przestrzeni i negatywne zakazu i wyłączenia każdego innego z używania.

Nie jest to bynajmniej prawo własności powietrza. Samo powietrze jako res communis omnium — nie może być przedmiotem własności w znaczeniu publicznoprawnem. Jest to raczej władztwo nad przestrzenią, zawierającą powietrze. (Przepis § 905 u. c. niem. wyraża się: prawo właściciela gruntu rozciąga się na przestrzeń nad powierzchnią gruntu i t. d.).

Teoryę władztwa (Souveränitätstheorie) reprezentują von Liszt (Völkerrecht, 5. wydanie 1907). Meurer, Fleischmann. Wedle Meurera rozwój prowadzi w kierunku od prawa państwowego do prawa narodów: zatem wolność powietrza istnieje tylko we formie prawnopaństwowego zezwolenia, koncesyi, którą wykazać trzeba w każdym wypadku. Powstaje zatem kwestya: czy państwo ma władztwo nad przestrzenią powietrza od chwili powstania państwa, czy też potrzebny do tego akt okupacyi? Wedle autora przestrzeń powietrza nie jest przedmiotem nadającym się do okupacyi. Okupacya może nastąpić przy istnieniu kilku konkurujących o osiągnięcie własności. Wtedy prior tempore jest też potior iure.

Należy przeto władztwo nad przestrzenią powietrza pojąć jako konieczny składnik władztwa terytoryalnego. Wynika to z ogólnej woli państwa do wyłącznego władztwa nad całem terytoryum państwowem. Oznaczenie wysokości przestrzeni powietrznej — jest kwestyą czysto faktyczną a nie prawną. W rezultacie autor rozróżnia: 1) przestrzeń powietrza wolną t. j. nie podlegającą wyłącznemu władztwu jednego państwa (przestrzeń nad otwartem morzem); dla żeglugi powietrznej i radiotelegrafii wchodzą w zastosowanie międzynarodowe zasady obowiązujące dla mare liberum; 2) przestrzenie powietrza bezpaństwowe — nad terytoryum dotąd jeszcze nie okupowanem; 3) niewolne przestrzenie (gebundene Lufträume) podlegające władztwu państwa terytoryalnego.

Ustalenie zasad ogólnych „prawa powietrznego“ może stanowić podstawę dla unormowania prawa dotyczącego radiotelegrafii. Zresztą do radiotelegrafii stosować można zasady międzynarodowe przyjęte dla telegrafii, o ile oba rodzaje wykazują momenta podobne.

Odrębnie zaś uregulowaną została riadotelegrafia — międzynarodową konwencyą riadotelegraficzną z 3. XI. 1906. Przyszła do skutku w Berlinie. Brały w niej udział prawie wszystkie państwa kulturalne, naturalnie także Austrya. Konwencya normuje komunikacyę radiotelegraficzną między stacyami wybrzeży (stations côtières) a stacyami okrętowemi (stations de bord). Nosi ona cechę wzajemnych koncesyj państw traktatowych. Ujawnia się w niej wyraźnie zasada władztwa każdego państwa nad swą przestrzenią powietrzną. Przyjęto w niej również zasadę równouprawienia wszystkich systemów radiotelegraficznych. Przedtem bowiem miał w Anglii monopol system Marconiego, używany przez towarzystwo „Marconi-Wireless-Telegraphie-Company“. Stacye Lyodu brytyjskiego nie przyjmowały telegramów innego systemu jak tylko Marconiego. Stąd niektóre okręty niemieckie linii Hamburg-Ameryka nie mogły się komunikować ze stacyami systemu Marconiego. Dopiero art. 3. konwencyi orzekł o obowiązku przyjmowania telegramów

bez różnicy systemów. Brzmi on: „les stations côtières et les stations de bord sont tenues d'echanger reciproquement les radiotélégrammes sans distinction du systeme radiotelegraphique adopté par ces stations". Do konwencyi dodano też umowę dodatkową (Engagenment additionel") nie podpisaną przez Brytanię, Japonię, Włochy, a zatem dla tych państw nie obowiązującą. Umowa ta dodatkowa stanowi o obowiązku wzajemnej komunikacyi okrętów między sobą a nie tylko ze stacyami wybrzeży — bez różnicy systemu radiotelegraficznego. — Organem administracyjnym dla celów radiotelegrafii dla państw traktatowych jest międzynarodowe biuro zarządu telegrafów w Bernie. Wreszcie uznano możność zastosowania szeregu postanowień międzynarodowej konwencyi telegraficznej w Petersburgu z dnia 10/7 1875 do radiotelegrafii.

Właściwa różnica między radiotelegrafią a zwykłą telegrafią polega na tem, że telegrafia komunikuje wiadomości zapomocą drutu, stanowiącego własność jednostki, poprzez przestrzeń powietrzną, należącą do oznaczonej ilości właścicieli gruntów względnie państw, podczas gdy radiografia posługuje się atmosferą, stanowiącą res omnium communis, aby przez przestrzeń powietrzną nieoznaczonej ilości właścicieli gruntów względnie państw dojść do celu. — Niektóre państwa subsumują radiotelegrafię pod ogólny państwowy monopol telegrafii, a zatem przyjmują charakter monopolistyczny radiotelegrafii jako założenie samo przez się zrozumiałe: inne zaś wyraźnie oznaczają radiotelegrafię jako monopol państwa. — Do pierwszych należą Niemcy, Francya, Włochy. Wskazuje na to ich obszerna definicya pojęcia monopolu telegrafów. Do drugich należą Portugalia, Wielka Brytania, Szwecya, Dania, których definicya ustawowa urządzeń telegraficznych jest zbyt ciasna. — Włochy jednak nie skorzystały ze swej ustawowej definicyi monopolu telegrafów, gdyż dotąd Towarzystwo Marconiego ma stanowisko monopolistyczne. Mniejsza zaś grupa państw jak n. p. Stany Zjednoczone Ameryki wcale nie zmonopolizowały zakładów telegraficznych.

Z zasady władztwa państwa nad swą przestrzenią powietrzną wynika prawo wywierania represalij przeciw przesyłaniu fal elektrycznych (fal Hertza) na swe terytoryum. Prawo to jest nawet konsekwencyą teoryi o wolności powietrza, uznającej przecież władztwo państwa aż do wysokości 330 metrów słupa powietrznego. Ta sfera głównie bowiem wchodzi w rachubę przy radiotelegrafii. To też instytut prawa międzynarodowego przyjął (z małą odmianą) pogląd Fauchille'a wyrażony w art. 4. jego referatu: „chaque état a la faculté... d'interdire... le passage d'ones hertziennes...". Konwencya radiotelegraficzna zawiera jednak zupełne zrzeczenie się tego prawa dla komunikacyi morskiej. — Komunikacya zaś radiotelegraficzna lądowa nie jest jeszcze w ten sposób unormowana. Możliwe tedy jest wstrzymanie fal elektrycznych, względnie ich zaburzenie na lądzie. Ostateczne ustalanie kwestyi, dotyczącej pewności komunikacyi radiotelegraficznej na lądzie, jest rzeczą przyszłości. Autor sądzi, że radiotelegrafia stanie się z czasem spólnem regalem ewentualnej światowej unii radiotelegraficznej.

Konwencya ma na względzie głównie stosunki międzynarodowej radiotelegrafii dla komunikacyi morskiej. — Wedle regulaminu wykonawczego L. VI. prywatni przedsiębiorcy mogą urządzać i utrzymywać stacye na okrętach (Bordstationen) tylko za zezwoleniem państwa, któremu okręt podlega. Wynika to z zasady wolności morza, wypowiedzianej przez Bynkershoeka w dziele „de dominio maris" (1702) i odtąd ogólnie uznanej. Kształtowanie publicznego i prywatnego prawa morskiego jest rzeczą każdego państwa. Zatem państwo uprawnione jest wydawać przepisy o urządzeniu połączeń radiotelegraficznych dla okrętów pod jego flagą płynących. Sporną zaś jest kwestya uprawnienia do wydawania takich przepisów co do wykonywania radiotelegrafii. Tu grozi kolizya z prawami innych państw. Regulamin dołączony do konwencyi zawiera szereg takich przepisów, obowiązujących państwa traktatowe.

Uwagi godne są przyjęte do konwencyi (art. 17) niektóre przepisy międzynarodowej telegraficznej konwencyi petersburskiej. Tak n. p. przepis art. 1. petersb. konwencyi, iż każdy ma prawo korespondowania zapomocą międzynarodowej telegrafii a zatem i radiotelegrafii, przepis art. 2. o tajemnicy depesz, art. 7. o prawie kontroli i w ślad zatem zatrzymania telegramów prywatnych, zagrażających bezpieczeństwu lub dobrym obyczajom. Zgodne też jest stanowisko obu konwencyi w kwestyi odpowiedzialności za ścisłość i punktualność depesz.

Wielkie jest znaczenie radiotelegrafii jako środka komunikowania wiadomości w czasie wojny. Brak dotąd pozytywnych przepisów prawnych, określających stosunki międzynarodowe radiotelegrafii na wypadek wojny. Autor uważa za odpowiednią zasadę, iż przestrzeń nad neutralnem terytoryum ma być również uznana jako neutralna. Nadto dla skonstruowania szeregu przepisów, dotyczących tej kwestyi, wzoruje się częściowo na poglądach wypowiedzianych przez Scholza (w książce Krieg und Seekabel. Berlin 1904) w odniesieniu do telegrafu podmorskiego. Wreszcie proponuje, by przy zaistnieniu światowego regalu radiotelegraficznego — ewentualnie unia międzynarodowa oznaczyła dokładnie na wypadek wojny niektóre połączenia radiotelegraficzne, służące jedynie komunikacyi publicznej i usunięte z pod ingerencyi państw prowadzących wojnę. Na terytoryum neutralnem nie wolno państwu, prowadzącemu wojnę urządzać stacyj radiotelegraficznych. Wypowiada to wyraźnie art. 3 konwencyi w Hadze z r. 1907 („il est interdit aux belligérants d'installer sur le territoire d'une Puissance neutre une station radiotelegraphique"). Urządzenie zatem połączenia radiotelegraficznego między oblężoną twierdzą Port Artur a rosyjskim konsulatem w Czifu — podczas wojny rosyjsko-japońskiej — było niezgodne z neutralnością Chin.

Nie może też państwo prowadzące wojnę korzystać z ius angariae, stosowanego za Ludwika XIV i jeszcze podczas wojny niemiecko-francuskiej. Sprzeczne bowiem

z nowoczesnem prawem o neutralności jest owo „droit d'angarie“, wedle którego państwo prowadzące wojnę miałoby prawo w konieczności zabrać materyały neutralne (w danym wypadku aparaty radiotelegraficzne) dla swych celów — za odpowiedniem wynagrodzeniem.

Wogóle państwo neutralne nie ma obowiązku zamykania lub ograniczania swych połączeń telegraficznych lub radiotelegraficznych dla wojujących.

Niezależnie jednak od tego, może ono odpowiadać za pewne udzielenie pomocy tego rodzaju jednemu z państw wojujących, o ileby to było wyraźnem naruszeniem neutralności. Z tem łączy się kwestya szpiegostwa przez udzielanie nieprzyjacielowi wiadomości z terenu operacyi przeciwnika zapomocą komunikacyi radiotelegraficznej z przestrzenią, odgraniczoną przez blokadę. Autor nie uważa komunikacyi radiotelegraficznej z przestrzeniami, odgraniczonemi przez blokadę za naruszenie blokady. Opiera to na artykułach 1—21 londyńskiej „deklaracyi prawa wojny morskiej z 26/5 1909“, wedle której naruszenie blokady zachodzi tylko w przypadku, gdy okręt neutralny fizycznie stara sie przełamać granicę geograficzną blokowanego wybrzeża.

Wkońcu autor streszcza odnoszące się do radiotelegrafii zasady międzynarodowe de lege lata i konstruuje również zasady de lege ferenda dla ochrony radiotelegrafii w czasie pokoju i wojny. *Dr. S. Druks* (Rohatyn).

Marylski-Łuszczewski Antoni. Historya włościan w Polsce. Czasy najdawniejsze do początków XIII. wieku. Wolna ludność wieśniacza. Warszawa. Gebethner i Wolff. 1910. 8⁰ str. 214. III.

Niezawodnie wyczuwano od dłuższego czasu w literaturze polskiej brak całokształtu historyi włościaństwa, na najnowszych wynikach badań opartego. Nie znaczy to, żeby o włościanach u nas nic się nic pisało, owszem dziś dzięki licznym monografiom możemy sobie na tę kwestyę wyrobić pogląd dość dokładny, ale przez to wła-

śnie, że ją dotychczas przedstawiano tylko monograficznie, często nawet ubocznie przy omawianiu innych warstw społecznych, obrazu całości nie mieliśmy dotychczas. Lukę tę miała wypełnić praca autora, którą omówić pragniemy. Już część krytyki warszawskiej przyjęła ją entuzyastycznie; dowód to, jak bardzo była potrzebna; czy jednak można podzielić ten entuzyazm bez zastrzeżeń, to pytanie! Praca autora jest dopiero częścią dzieła, i to częścią pierwszą, do początków XIII. wieku, po której co najmniej trzech innych wyczekiwać mamy. (Zwracamy uwagę, że autor przyjmuje podział ustroju Polski na 4 okresy według Balzera).

Przystępując do pracy nad historyą włościaństwa autor miał dwie drogi: jedną, oparłszy się na całym dostępnym materyale źródłowym, przy uwzględnieniu istniejących już monografij, dać własny pogląd ze źródeł wysnuty i wobec monografij zająć stanowisko krytyczne; drugą, skupiwszy to wszystko, co inni autorowie o tym przedmiocie fragmentarycznie powiedzieli, złożyć z ich badań całokształt historyi włościan w Polsce. Pierwsza droga ciężka i żmudna, przyszły historyk włościaństwa, który jej pracę poświęcić zechce, życie całe nad nią spędzić będzie musiał. Autor poszedł drogą łatwiejszą: stworzył kompilacyę z wyników dotychczasowych badań. Nie czynimy mu z tego powodu zarzutów. Już choćby dla przeglądu tego, co wiemy o włościaństwie, kompilacya taka była potrzebna tem więcej, iż autor, przystępując do niej, uczynił to z całą sumiennością. Nie pominął żadnej rozprawki, która z materyą jego stała w związku, tu i ówdzie dla ilustracyi użyczył głosu kronikom i dyplomatom. Wyeliminowawszy zręcznie to wszystko, co się z historyą włościaństwa bezpośrednio nie łączy, dał rzut oka tylko na inne warstwy społeczne, aby w tych ramach lepiej uwydatnić przedmiot właściwy. Próbował nawet rzecz traktować porównawczo, dając krótkie zestawienia ze współczesnymi stosunkami włościan w krajach słowiańskich i innych. Czytelnik na podstawie tego dzieła dowie się nietylko o stanie badań nad kwestyą włościań-

ską u nas, ale znajdzie w przypisach całą obszerną bibliografię tak ogólną, jak szczegółową. Te rzeczy są niezawodnie wielkiem „plus“ dzieła. Lecz ma ono i swoje „minus“ nie tyle z winy autora, ile z winy tego, na co cierpieć muszą wszystkie kompilacye. Póki autorowie rozlicznych monografij są w swoich zapatrywaniach zgodni, póki hipotezy ich zapadają jednomyślnością, póty rzecz czyta się gładko; czy to gdy mowa o ustroju rodowym lub początku nazwy osad w Polsce. Sprawa przedstawia się jednak mniej korzystnie, gdy natkniemy się na dwie hipotezy sobie wprost przeciwne lub gdy autor stanie wobec hipotezy, wprawdzie jedynej, która jednak wydaje mu się mniej prawdopodobną. Jakże sobie w takim wypadku poczyna? Po prostu całkiem idzie za głosem większości lub mniemania, za którem przemawia jego własny rozsądek. Kiedy trzyma się pierwszej zasady, a kiedy drugiej, określić niepodobna. Zdaje się, że stosuje obie dowolnie według swego uznania. I tak, dając pierwszeństwo hipotezie o powstaniu państwa polskiego drogą samodzielnej ewolucyi (str. 73) przed hipotezą podboju przez najezdnicze plemię, hołduje autor zasadzie większości. Gdy zaś wybiera gospodarstwo żarowe Rostafińskiego nad karczunkowe Piekosińskiego (str. 132), idzie za głosem zdrowego rozsądku, nie bacząc, że już sam Piekosiński i Balzer w „Zadrudze słowiańskiej“ podkopali silnie prawdopodobieństwo twierdzeń Rostafińskiego. Wogóle ta druga zasada zdrowego rozsądku płata autorowi częstokroć figle. Na tej zasadzie oparty autor jednem zdaniem rozcina niekiedy wątpliwości, nad których rozwiązaniem pracowali usilnie wybitni uczeni, n. p. gdy przyczyną zemsty rodowej mieni wybuch żywiołowego gniewu zbiorowej jednostki czyli rodu (str. 61) lub gdy wspólnoty rodowe uważa „za przeżytki lub też za sporadyczne nawroty myśli ludzkie ku formom dawno pogrzebanym“ (str. 64). W kwestyi pierwszej nieznaną widać jest autorowi praca Ciszewskiego „Wróżda i pojednanie“, który przyczynę zemsty rodowej upatruje w pogańskiej teoryi animistycznej, pogląd dzisiaj już w nauce ustalony. W kwe-

styi drugiej, przekreślając jednem zdaniem mistrzowskie wywody Balzera w „Zadrudze“, daje nam dylemat, z którego widać czytelnik sam sobie wybrać musi, czem była wspólnota: przeżytkiem czy nawrotem.

„Historyę włościaństwa w Polsce“ poczyna autor od człowieka dyluwialnego i wędrówek ludów. Zapytujemy, cui bono? Ze względu na sam temat, do którego zdążał, mógł autor przedstawić te odległe epoki tylko szkicowo, pobieżnie, więc pierwsze 32 strony jego książki będą dla uczonego bez wartości. Jeżeli zaś chodzi o inteligentny ogół, to ten z podręczników szkolnych wyniósł już chyba potrzebny zasób wiadomości historycznych o tym przedmiocie, a rzecz ta z historyą włościaństwa stoi w tak luźnym związku, że lepiej było pominąć ją zupełnie.

Musimy podnieść jeszcze jeden zarzut co do metody pisarskiej autora. Zamiast dać własne sprawozdanie z danego przedmiotu autor każe odpowiadać na pytanie poszczególnym pisarzom. Tym sposobem książka jego robi miejscami wrażenie jakiejś szachownicy, złożonej z opinij różnych autorów, między które wsuwają się nieśmiało własne jego sądy, często nawet nie sądy, lecz łącznikowe powiedzenia między końcem jednego, a początkiem wywodu następnego autora (exempli gratia por. str. 78—81, o charakterze władzy panującego). Okoliczność ta jest powodem, iż praca robi wrażenie czegoś nieprzetrawionego, nieprzyswojonego dostatecznie. Mamy nadzieję, że w następnych częściach swego dzieła potrafi autor uniknąć szczęśliwiej zaznaczonych usterek.

Helena Polaczkówna.

Wiadomości statystyczne o stosunkach krajowych wydane przez kraj. biuro statystyczne pod redakcyą prof. Dra Tadeusza Pilata.

Tom XXI. Zesz. II. — Rozsiedlenie ludności Galicyi według wyznania i języka. Opracował Dr. Józef Buzek.

Tom XXII. Zesz. I. Skład wyznaniowy i zawodowy rad gminnych. Opracował Dr. Stanisław Kasznica.

Tom XXII. Zesz. II. Wydatki i dochody gmin podlegających ustawie 1866 r. Cz. I. Opracował Dr. St. Kasznica.

Obfitość materyału statystycznego, dla ekonomisty i polityka niezmiernie aktualnego i umiejętne jego zestawienia, czyni wydawnictwo bardzo interesującem. Zestawienie cyfr opiera się na spisie ludności z r. 1900, a gdy z końcem r. 1910. nowy spis ludności nastąpił, porównanie rezultatów będzie pouczającem i ciekawem. *R...r.*

Rozwój Zakładów dobroczynnych w Warszawie, napisał Żelisław Grotowski, Warszawa, Wende i Sp. 1910.

Autor podjął się żmudnego zadania przedstawienia historyi instytucyj dobroczynnych warszawskich, podając przytem starannie zebrany i umiejętnie spożytkowany materyał statystyczny i historyczny. Historya ta wykazuje, że, jak wszędzie, w pierwotnej fazie akcyi filantropijnej przeważa pierwiastek duchowny, — a począwszy od 15. wieku występują na arenę bractwa, ogół zaś dopiero później bierze w akcyi tej udział i państwo poczyna występować z czynną inicyatywą. Autor kończy swą gruntowną pracę pozytywnymi wnioskami zmiany metody wspierania ubogich w duchu systemu elberfeldzkiego i połączenia z akcyą filantropijną akcyi wychowawczej. *R...r.*

„Das Männerrecht". — Erste unparteiische deutsche Halbsmonastsschrift. Für Männerinteressen — gegen Frauenrechtelei..

Zwykle akcya wzbudza reakcyę. Tak też surmy wojenne feministek pobudzają powstanie prądu przeciwnego, który możnaby nazwać chyba — maskulinizmem. Jednym z objawów jest czasopismo, które w marcu 1910 poczęło wychodzić w Dreźnie, a które ma zadanie: die Wah-

rung des Männerrechts, die Sicherung der Männerinteressen gegenüber den Auswüchsen und immer dreister auftretenden Anmassungen einer bereits in wahrhaft gefährliche Bahnen geratenen Frauenbewegung, die sich moderne nennt. Pod względem „siarczystości“ stylu, w jakim pisane są liczne artykuły, czasopismo to nie pozostawia nic do życzenia. Artykuły te przewidują skutki ruchu kobiecego takie, jak zniszczenie społeczeństwa, państwa, narodowości, kultury i rodziny i wzywają w pierwszym rzędzie wszystkich „deutsche Männer“ do popierania celów pisma prenumeratą i spółpracownictwem.

Nie jesteśmy wcale zwolennikami emancypantek ani sufrażystek, a szczególnie sposobu, w jaki walczą o swoje „prawa“, — nie możeny jednak na seryo podzielać obaw o społeczeństwo, kulturę, rodzinę i t. d. Mamy owszem nadzieję, że egzaltowana i w sztuczny sposób podtrzymywana walka feminizmu minie niebawem jako objaw choroby dziecięcej tego kierunku. O ile ruch kobiet w naszych stosunkach społecznych jest uzasadniony, nie da się on powstrzymać najdobitniejszymi artykułami dziennikarskimi; — o ile te granice przekracza, niebawem ustąpić będzie musiał spokojnemu rozwojowi rzeczy. Monopolu czynności zarobkowej my mężczyźni nie posiadamy i nie możemy też wymagać, aby kobiety, pozbawione rodziny i majątku, oddawały się wyłącznie prostytucyi tylko dlatego, aby nam mężczyznom nie robić konkurencyi na innych polach zarobkowania. *r. r.*

Oberstgerichtliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des bürg. Rechtes in dem Jahrzehnt 1900—1909. Systematisch geordnet und bearbeit von Dr. Hermann J. Jolles und Dr. Josef Geller. Wiedeń 1910. Perles.

Dobry pomysł i dobre wykonanie! Książeczka nie wielka podaje przegląd judykatury najwyższego trybunału z ostatnich lat dziesięciu z zakresu materyalnego prawa cywilnego, ułożony podług systemu ogólnie przyjętego, a zawierający zasady prawne w jasnem, przejrzystem

streszczeniu. Orzeczeń takich zebrali wydawcy 1295. Jestto dziełko dla praktyka i teoretyka nadzwyczajnie pożyteczne. Przy każdej zasadzie prawnej podana jest data orzeczenia i cytowane miejsce, gdzie orzeczenie w całości zostało publikowane w Gellera Zentralblatt. Szkoda tylko, że autorowie nie zacytowali jeszcze swojej Praxis d. ob. Gerichtshofes i znanego zbioru Pfaffa i Scheya. Nie każdy bowiem ma pod ręką komplety Zentralblattu.

R...r.

Neuer österreichischen Juristen-Kalender, 1911. Herausgegeben von der „Gerichtsqalle" — M. Breitenstein, Wiedeń IX/3.

W znanej formie dotychczasowej i o dotychczasowej, uzupełnionej w wielu kierunkach treści, okazał się rocznik 1911 nowego kalendarza prawniczego, wydanego przez redakcyę pisma „Gerichtshalle".

Oprócz części kalendarzowej zawiera także hardzo obszerną część informacyjną, wreszcie też raptularz kieszonkowy, o tyle praktycznie urządzony, że da się z kalendarza wyłączyć i osobno nosić.

Specyalną zaletą tego kalendarza jest spis wszystkich sądów oraz adwokatów Austryi i Węgier, a także najważniejszych konzulatów austro-węgierskich i adwokatów urzędujących w ważniejszych miejscowościach zagranicznych.

Żałować wypada, że w dziale towarzystw prawniczych (str. 179 n.) niema wzmianki o towarzystwach prawniczych we Lwowie i Krakowie. *at.*

Kronika.

Z Kółek prawniczych młodzieży. W grudniu 1908 r. powstało w łonie lwowskiej Czytelni akademickiej Kółko prawno historyczne celem samokształcenia młodzieży w zakresie przedmiotów t. zw. prawno-historycznych. Założenie Kółka było reakcyą przeciw obniżaniu się poziomu naukowego młodzieży prawniczej wskutek braku zainteresowania pracą naukową. Wnet po rozpoczęciu (luty 1909) działalności Kółka okazała się potrzeba rozszerzenia zakresu działania Kółka na inne przedmioty nauki prawniczej. Dziś Kółko liczy 8 sekcyj; są one następujące:

1) sekcya prawa kościelnego pod kierownictwem prof. dra Abrahama, która zajmowała się dotychczas głównie polską literaturą kanonistyczną (przeważnie prace prof. Abrahama) tudzież prawem patronatu;

2) sekcya slawistyczna pod kierownictwem prof. Dra Balzera zajmuje się zagadnieniami z zakresu ustroju historyi Polski (głównie prace prof. Balzera), polskiego prawa prywatnego, nadto innemi ustawodawstwami słowiańskiemi;

3) sekcya prawa rzymskiego pod kierownictwem prof. dra Chlamtacza zajmuje się głównie posiadaniem (dotychczas omówiono wyczerpująco stanowisko Savigny'ego i Pinińskiego) i innymi stosunkami prawa rzeczowego (własność, zastaw, służebności); obecnie podjęto badania nad kodeksem Hammurabi'ego w stosunku do prawa rzymskiego i t. d.;

4) sekcya ekonomiczna pod kierownictwem prof. dra Grabskiego, założona w ostatnich czasach, zajmie się porównawczem badaniem stosunków i idei społeczno-gospodarczych w trzech dzielnicach Rzpltej dziś i w całej epoce porozbiorowej;

5) sekcya ustrojowa pod kierownictwem prof. dra Halbana zajmuje się zagadnieniami t. zw. wiedzy o państwie, zwłaszcza ogólnej nauki o państwie i nauki polityki. Dotychczas omówiono tam prof. Milewskiego „Zagadnienie narodowej polityki", Jellinka „Allgemeine Staatslehre" tudzież „Verfassungsänderung und Verfassungswandlung", Ryszarda Schmidta „Allgemeine Staatslehre" z dawniejszych Montesquieu'go „Esprit des lois" i inne. Obecnie poświęcono szereg posiedzeń ustrojowi państwa angielskiego;

6) sekcya dziejów prawa rzymskiego w Polsce, której pracą, wkraczającą w zakres dotychczas mało znany, kieruje prof. dr. Łyskowski. Prócz ogólnego programu i metody tych badań omówiono dokładnie wpływ prawa rzymskiego na Ostroroga „Monumentum pro republicae ordinatione". Obecnie przyjdzie kolej na autorów późniejszych;

7) sekcya prawa prywatnego pod kierownictwem prof. dra Tilla zajmowała się dotąd sprawą wynagrodzenia szkody tudzież rozpoczęła pracę samoistną nad zagadnieniem własności na kolumnie powietrza;

8) sekcya dziejów prawa niemieckiego w Polsce pod kierownictwem prof. Dra Winiarza, w której dotychczas omawiano odnośną literaturę polską i obcą a nadto przedsięwzięto próby samoistnej interpretacyi polskich pomników prawa niemieckiego.

W ciągu dwu pierwszych lat istnienia odbyło Kółko po 30 posiedzeń. Razem wygłoszono 10 odczytów, 48 referatów i przedstawiono 2 próby interpretacyi.

Na czele Kółka stoją na podstawie wyborów dokonanych przez Walne Zgromadzenie w grudniu 1910 r. Ludwik Ehrlich przewodniczący (po raz trzeci), Klaudyusz Żylski zastępca przewodniczącego, Ferdynand Śliwiński

sekretarz, Stanisław Zagórski zastępca sekretarza, Michał Browiński, Grzegorz Chomicki, Stefan Pasławski i Artur Wiśniewski członkowie Zarządu.

Nekrologia.

† **Jerzy Jelinek,** jeden z najznakomitszych naszych myślicieli, profesor w Heidelbergu, zmarł tamże 12. stycznia b. r. Urodzony w Lipsku r. 1851. odbył nauki prawne w Wiedniu, Heidelbergu i Lipsku, uzyskał stopień doktora filozofii w r. 1872 w Lipsku a doktora praw w r. 1874 w Wiedniu, poczem tamże wstąpił do służby rządowej, lecz ją niebawem porzucił, aby się oddać w zupełności pracom naukowym. W r. 1879 habilitował się w Wiedniu dla filozofii prawa i uzyskał rozszerzenie veniae legend i na prawo państwowe i pr. narodów. W r. 1883 zamianowany został nadzwyczajnym profesorem prawa narodów. Gdy jednakże przyrzeczonego ordynaryatu nie otrzymał, rozgoryczony złożył profesurę i porzucił Austryę, habilitując się na nowo w Berlinie (1889). Zanim rozpoczął wykłady, powołany został na ordynaryusza w Bazylei, w r. 1890 zaś objął katedrę w Heidelbergu. Pierwszą jego większego znaczenia pracą była rozprawa: Ueber die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht u. Strafe (1878). Usiłuje w niej określić pojęcie etyki w tym celu, aby dojść do pojęcia prawa, które określa słynną definicyą, że prawo jest to minimum etyki. W r. 1882 pojawiło się dzieło: Die Lehre von der Staatenverbindungen, w r. 1887 dzieło: Gesetz und Verordnung, które obok bardzo obfitego materyału historycznego, mieści w sobie mistrzowskie wywody dogmatyczne. W niem bada autor metodą porównawczą formy, w których objawia się wola państwa i wiążące się z tem zagadnienia. Jednem z dzieł, które ustaliły sławę jego, była publikowana w r. 1892. praca: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tu oddaje się autor całkowicie ulubionym swym badaniom nauki o państwie, ścisłemu formułowaniu praw publicz-

nych i rozgraniczeniu pojęć praw podmiotowych z jednej a skutków odblaskowych z drugiej strony. Z początkiem XX stulecia pojawił się I. tom najgłówniejszego dzieła jego: Recht des modernen Staates, obejmujący ogólną naukę o państwie. Już w r. 1905. wyszło drugie tego tomu wydanie, a wśród pracy nad 3. wydaniem dosięgła autora śmierć. Pierwszy ten tom nauki o państwie uważają za dzieło mistrzowskie; — zapewniło ono autorowi jedno z pierwszych miejsc między niemieckimi badaczami prawa publicznego. — Obok tych wielkich dzieł publikował Jellinek wielką ilość mniejszych rozpraw, odczytów i opinij t. p., odznaczających się zarówno treścią jak i formą wykwintną. — Z pomiędzy tych mniejszych rozpraw najgłośniejszą stała się rozprawa o prawach ludzkich i obywatelskich, w której dowodził, że słynna déclaration des droit de l'homme et de citoyen nie jest pochodzenia francuskiego lecz amerykańskiego. — Jako profesor odznaczał się J. znakomitym wykładem i był ubóstwiany przez słuchaczów.

Dobrowolne zaniechanie usiłowania i czynny żal w projekcie do nowej ustawy karnej (§§ 16 i 17.).

napisał

Dr. J. Nowotny.

Pojęcia „dobrowolne zaniechanie usiłowania“ i „czynny żal“, obejmują przypadki, w których sprawca z własnej woli, dobrowolnie, odstępuje od zamiaru doprowadzenia do końca już przezeń wykonywanego przedsięwzięcia przestępnego [1]), względnie przeciwdziała dokonaniu przestępstwa, albo też, dokonane już przestępstwo działalnością swą po dokonaniu tegoż, względnie osiągnięciu zamierzonego skutku rozwiniętą, unicestwia.

Przypadek pierwszy odnosi się do usiłowania nieskończonego i skończonego, przypadek drugi zaś do przestępstw dokonanych faktycznie, lub też ze względów techniki kodyfikacyjnej za takie uznanych.

W przypadku pierwszym możliwe jest dobrowolne zaniechanie w znaczeniu negatywnego lub też pozytywnego zachowania się sprawcy, w przypadku drugim natomiast, możliwe jest dobrowolne zaniechanie tylko pod formą czynnego żalu, ile że sprawca uczynił już wszystko to, co należy do przedmiotowej istoty danego czynu karygodnego, a dalsza po dokonaniu

[1]) Krzymuski — Wykład prawa karnego tom I., str. 367.

tegoż rozwinięta czynność, skierowaną być może tylko do zniweczenia osiągniętego już, lub też odwrócenia grożącego jeszcze, dalszego skutku przestępnego[1]).

W tej formie spotykamy instytucyę „dobrowolnego zaniechania usiłowania“ i „czynnego żalu“ w ustawie obowiązującej.

W § 8 będącym ustawową konstrukcyą pojęcia usiłowania, nie normuje jednak ustawa wprost warunków bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania, lecz uznaje znaczenie tegoż jedynie pośrednio, implicite, przez to, że wyliczając w odnośnym paragrafie warunki uzasadniające karygodność usiłowania, przyznaje tem samem, iż w braku ich zaistnienia, niema usiłowania[2]). Kryteryum dobrowolności jako antyteza pojęć: „obca przeszkoda lub niemoc sprawcy“, nie stanowi zatem ustawowo unormowanego momentu, wykluczającego lub też znoszącego karygodność usiłowania; skutek związany z zaistnieniem powyższego kryteryum wynika z ustawy tylko pośrednio, implicite, innemi słowy, ma on znaczenie skutku wykluczającego nie tylko karygodność ale i winę sprawcy tak jak w przypadku, w którym dla braku jednego z wymogów istoty czynu, niema przestępstwa, a temsamem ipso jure i kary[3]).

W tej formie instytucya „dobrowolnego zaniechania usiłowania“ wynikająca z ustawy tylko pośrednio, wytwarza, rzecz naturalna, pewne trudności natury

---

[1]) Zestawieniem panującej w literaturze kontrowersyi w kwestyi terminologii, zajmuje się obszernie i wyczerpująco, Hatzig: „Über den Rücktritt v. Versuch und die sogenannte tätige Reue“ — 1897 str. 14. i d.

[2]) § 8: Samo już usiłowanie wykonania złego uczynku jest zbrodnią, skoro tylko kto w złej myśli przedsięwziął czynność, do rzeczywistego wykonania zbrodni prowadzącą, a dokonanie zbrodni tylko z przyczyny niemocy, nadejścia obcej przeszkody, lub przypadku nie nastąpiło.

[3]) Orzecz. Tryb. kasac. z 22. lutego 1902 L. 14053 Nr. zb. 2702.

procesowej. Sąd w razie przyjęcia usiłowania odnośnie do zarzuconego sprawcy przestępstwa, musi w wyroku stwierdzić, że czyn pozostał w stadyum usiłowania z powodu okoliczności od woli sprawcy niezależnych. W przypadku kompetencyi sądu przysięgłych, pytanie ławie przysięgłych w kierunku winy postawione, zawierać musi wobec tego wszystkie ustawowe znamiona usiłowania, a ława pytanie w całej rozciągłości jako takie zatwierdzić lub też zaprzeczyć może. W razie zaistnienia kryteryum dobrowolności zaniechania, sąd nie może postawić odnośnego pytania ławie przysięgłych, lecz jedynie w drodze pouczenia prawnego przez przewodniczącego trybunału, spowodować ławę do zaprzeczenia pytania obejmującego wszystkie znamiona pojęcia usiłowania[1]). Niedogodność tę natury procesowej chciały też usunąć projekty do nowej ustawy karnej przez rozdzielenie pojęcia usiłowania na dwa odrębne przepisy natury ogólnej, z których jeden traktuje o karygodnem usiłowaniu, drugi zaś o warunkach znoszących karygodność sprawcy poprzestającego na usiłowaniu. W ten sposób zapobiedz chciano różnym niespodziankom natury procesowej i umożliwić odrębne postawienie pytań ławie przysięgłych.

Instytucya „czynnego żalu“ występuje w ustawie obowiązującej pod dwojaką formą:

1. odnośnie do przestępstw, które tylko ze względów techniki kodyfikacyjnej noszą charakter prze-

[1]) „Die Zulässigkeit und Möglichkeit einer speziellen Fragestellung nach freiwilligem Rücktritte vom Versuche überhaupt nicht zugegeben werden kann“. Następnie: „ist die Freiwilligkeit des Rücktrittes vom Versuche die natürliche logische Folge der Verneinung der Bedingungen der Strafbarkeit der Versuchshandlung, dann ist klar, dass die richtige Lösung dieser Frage nicht im Wege spezieller Fragestellung, sondern nur im Wege der Rechtsbelehrung erfolgen kann“ (orzecz. Tryb. kasac. z 22. lutego 1902 L. 14053 Nr. zb. 2702.)

stępstw dokonanych, a zatem odnośnie do zdrady głównej (§ 62), pojedynku (§ 165), podpalenia (§ 168)

2. odnośnie do kradzieży, przeniewierzenia (§§ 187, 188, 466), występku lichwy (§ 7 ust. z 28. maja 1881. L. 47. Dz. u. p.), przestępstw z § 4. 5 i 6 ust. z 27. maja 1885 L. 134. Dz. u. p. (§ 10).

Różnica między pojęciem czynnego żalu w obu powyższych przypadkach związana jest ściśle z charakterem przestępstw, do których się odnosi.

W przypadku pierwszym, sprawca doprowadziwszy działanie przestępne do pewnego punktu, staje się winnym przestępstwa dokonanego, choć z działania jego żaden jeszcze skutek nie nastąpił. Czynny żal polega w przypadkach tych na rozwinięciu przez sprawcę działalności celem zapobieżenia nastąpieniu zamierzonego skutku (actus contrarius).

W przypadku drugim natomiast, sprawca zamierzony skutek przestępny już osiągnął: czynny żal polega zatem na rozwinięciu przezeń działalności po osiągnięciu zamierzonego skutku pod formą zniweczenia tegoż, wynagrodzenia względnie usunięcia wyrządzonej już popełnionem przestępstwem, szkody.

§ 1. Projekt najnowszy do ustawy karnej[1]) wprowadza w instytucyi „dobrowolnego zaniechania usiłowania" i „czynnego żalu" daleko sięgające zmiany tak

[1]) Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetze. September 1909.

§ 16: „Wer freiwillig und nicht wegen eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses von seiner Tätigkeit absteht, bevor er sie beendet hat, oder wer freiwillig und nicht weil er weiß, dass seine Tat entdeckt ist, den Erfolg verhindert oder abwendet, ist wegen Versuches nicht mehr strafbar".

§ 17: „Wer eine strafbare Handlung vorbereitet, ist in den vom Gesetze bezeichneten Fällen strafbar. Die Strafbarkeit erlischt, wenn der Täter freiwillig und nicht wegen eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses von seiner Tätigkeit absteht und bewirkt, daß die vorhandenen Mittel oder Werkzeuge zur Verübung strafbarer Handlungen unbrauchbar werden".

pod względem formalnym jak i co do zakresu powyższej instytucyi, a to w następujących kierunkach:

I. w części ogólnej:

a. przez rozdzielenie ogólnych znamion karygodnego usiłowania, od warunków znoszących karygodność sprawcy na dwa odrębne przepisy, (§ 14 i § 16) zapobiega projekt różnym niespodziankom i konfliktom natury procesowej w postępowaniu przed trybunałem sądu przysięgłych:

b. pojęcie „dobrowolnego zaniechania usiłowania" definiuje jasno, stwarzając wyraźną różnicę między warunkami w przypadku usiłowania nieskończonego, a skończonego.

W przypadku pierwszym wymaga projekt, obok kryteryum „dobrowolności", braku zaistnienia przeszkody od woli sprawcy niezawisłej, w przypadku drugim zaś warunku, „aby sprawca dobrowolnie a nie dlatego, iż wie, że czyn jego został odkryty", na usiłowaniu poprzestał.

c. W § 17 normuje dalej identycznie z przepisem § 16 ust. 1. warunki bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego odstąpienia od przygotowania w przypadkach, w których ta forma usiłowania podpada pod sankcyę ustawy karnej, jako delictum sui generis, a zatem w przypadkach zdrady głównej" (§ 112), fałszowania publicznych dokumentów lub znaków (§ 216), fałszowania pieniędzy lub papierów wartościowych (§ 229), oraz zbrodni dynamitowej (§ 420), przyczem do zaistnienia bezkarności sprawcy wymaga jeszcze pewnego plus w porównaniu z przepisem § 16 ust. 1., odnoszącym się do usiłowania nieskończonego, żąda bowiem, aby sprawcanie tylko zaniechał dalszego działania, lecz aby spełnił czynność natury pozytywnej (actus contrarius), polegającej na zniszczeniu środków lub narzędzi do wykonania zbrodni służących.

II. w części szczegółowej zaś:

d. normuje warunki bezkarności sprawcy odnośnie do kilku przestępstw o charakterze zagrożenia

(delicta sui generis) pokrewnych charakterem przestępstwom z pod lit. *c* a to w przypadkach § 128 (urządzanie służby wywiadowczej w celach zdrady), §§ 230. 473. 474.[1]) (zagrożenie bezpieczeństwa obrotu pieniężnego) i t. p., dalej odnośnie do przestępstw: buntu (§ 162), zakłócenia miru publicznego (§ 234), fałszywych zeznań i oszczerstwa (§§ 183, 189), nakłaniania do czynów karygodnych (§ 240) i pojedynku (§ 308)[2]), przy których zamierzony skutek przestępny częściowo osiągnięty już został, sprawca dzierży jednak jeszcze władzę nad możnością odwrócenia skutku dalszego, zapobieżenia grożącemu niebezpieczeństwu większego niejako stopnia[3]).

e. rozszerza instytucyę dobrowolnego zaniechania pod formą „czynnego żalu“[4]) na przypadki, w których usiłowanie ustawa traktuje ze względów techniki kodyfikacyjnej jako przestępstwa dokonane, pod warunkiem jednak, aby z działania sprawcy żadna jeszcze szkoda nie wynikła, względnie aby tenże o usunięcie jej na czas się postarał.

Należą tu przestępstwa: zdrady głównej (§ 111) oraz gwałtu skierowanego przeciwko krajom korony

[1]) Als Vorbereitungshandlung, wenn auch nicht im technischen Sinne des Wortes stellt sich auch die im § 128 — mit Strafe bedrohte Handlung dar. Dasselbe Bild zeigen die Straufhebungsgründe i t. d. Allein die Übereinstimmung ist eine äußerliche (motywa str. 45).

[2]) Die strafbare Handlung trägt den Charakter eines Gefährdungsdeliktes. Odnosi się to do wszystkich powyższych przestępstw (motywa str. 184., 211 i d.).

[3]) Dieser Gedanke kann auch dann verwirklicht werden, wenn zwar ein Übel bereits eingetreten ist, das den Tatbestand erfüllt, aber ein weiteres schwereres noch droht, und ein dem Rücktritte gleichkommendes Verhalten (a więc „czynny żal“) des Täters das erstere aufhebt oder doch abschwächt i t. d. (str. 44).

[4]) Terminologii tej „tätige Reue“ projekt jednak nie używa.

węgierskiej (§ 138), przeciwko Bośnii i Hercogowinie (§ 140) oraz państwu obcemu (§ 141)[1])

Nie zna natomiast projekt pojęcia „czynnego żalu“ w rozumieniu rozwiniętej przez sprawcę działalności po zupełnem już ukończeniu dokonania przestępstwa, osiągnięciu zamierzonego skutku przestępnego, działalności polegającej na zniweczeniu tegoż, wynagrodzeniu względnie usunięciu wyrządzonej już popełnionem przestępstwem szkody, na wzór ustawy obowiązującej[2]).

Zastanawiając się krytycznie nad stanowiskiem projektu w kwestyi „dobrowolnego zaniechania usiłowania“ względnie „czynnego żalu“, oraz specyalnego, innym projektom jako to niemieckiemu z roku 1909 i szwajcarskiemu z r. 1908 nieznanego przepisu § 17 normującego warunki bezkarności sprawcy traktowanych jako delicta sui generis czynności o charakterze przygotowawczym w przypadkach objętych §§ 112, 216, 229 i 420, nasuwa się pewna wątpliwość, czy stanowisko projektu uznać można za zupełnie konsekwentne, oraz w jakim kierunku przejawia się brak konsekwencyi ze szkodą dla ogólnej wartości projektu?

Zd. n. projekt grzeszy niekonsekwencyą:

1. o ile sprawcę poprzestającego na działaniu, nie wychodzącem poza stadyum przygotowania, traktuje

[1]) W przeciwieństwie do projektu austryackiego, projekt niemiecki i szwajcarski oprócz specyalnych przepisów dotyczących dobrowolnego zaniechania usiłowania względnie czynnego żalu w części ogólnej: § 77 (Freiwilliger Rücktritt und tätige Reue) oraz § 22 ust. 3. zawierają w części szczególnej nieliczne tylko, wyjątkowe przepisy normujące warunki bezkarności sprawcy w przypadku dobrowolnego zaniechania wzgl. czynnego żalu.

Projekt niemiecki: § 111, 132, 169, 223 i 225 oraz 248 (uwiedzenie pod przyrzeczeniem małżeństwa).

Projekt szwajcarski zaś tylko w przypadkach § 128 (uwiedzenie), § 215 i 216 odnośnie do fałszywych zeznań.

[2]) Projekt niemiecki i szwajcarski natomiast w przyp. § 248 wzgl. 128.

na przypadek dobrowolnego zaniechania gorzej jak sprawcę usiłowania, żądając odeń do zaistnienia bezkarności oprócz warunków z § 16 ust. 1, ponadto pewnego plus pod formą spełnienia czynności natury pozytywnej (zniszczenia środków lub narzędzi do dokonania czynu karygodnego służących):

2. o ile między kazuistycznie wyliczonemi przestępstwami o charakterze zagrożenia cudzych dóbr względnie interesów, przeprowadza nieuzasadnioną różnicę w tym kierunku, że dla jednej kategoryi przestępstw tego rodzaju stwarza ogólne warunki bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu w § 17 części ogólnej, dla drugiej natomiast warunki takiejże bezkarności w części szczególnej, podczas gdy odnośnie do innych przestępstw o charakterze zagrożenia, sprawca mimo dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu pod formą odwrócenia na czas grożącego niebezpieczeństwa, karany być musi.

Ogłoszone w roku 1910 motywa[1]) będące wyrazem teoretycznego stanowiska kodyfikatorów, nie dają bynajmniej dostatecznego substratu, zdolnego do wytłómaczenia, usunięcia poruszonych wyżej wątpliwości.

Odnośnie do punktu pierwszego znajdujemy w motywach jedynie usprawiedliwienie podciągnięcia pod sankcyę ustawy karnej niektórych czynności o charakterze przygotowawczym, potrzebą wzmocnionej ochrony pewnych dóbr, oraz specyficznym, typowym charakterem odnośnych czynności[2]). W części szczególnej wyjaśniają dopiero motywa, w czem przejawia się ten specyficzny, typowy charakter czynności przy-

[1]) Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines österr. Strafgesetzbuches i t. d. 1910.

[2]) Vorbereitungshandlungen bedroht der Entwurf nur in einigen wenigen Fällen, in welchen einerseits das Rechtsgut, auf das ein Angriff vorbereitet wird, eines besondern starken Schutzes bedarf und andererseits schon die Vorbereitungshandlungen ein typisches Gepräge aufweisen (str. 44).

gotowawczych objętych przepisami §§ 112, 216, 229 i 420. Przejawia on się wytworzonem już w tem stadyum działania przestępnego niebezpieczeństwem, zagrożeniem cudzych dóbr względnie interesów[1]), potrzeba wzmocnionej ochrony których, w przeciwieństwie do zasadniczej bezkarności czynności natury przygotowawczej, uzasadnia wystąpienie ze strony państwa z reakcyą pod postacią kary. Dlaczego jednak sprawca w przypadkach tych traktowany ma być gorzej w razie dobrowolnego zaniechania jak sprawca, którego działanie przestępne weszło już w stadyum usiłowania, dlaczego projekt nie zadawalnia się samem zaniechaniem, odstąpieniem od kontynuowania działania przestępnego, jak w przypadku usiłowania nieskończonego, lecz wymaga od sprawcy pewnego jeszcze plus w znaczeniu rozwinięcia akcyi polegającej na zniszczeniu środków i narzędzi do wykonania zbrodni służących? Dlaczego ten, kto zakupił maszynę do kopiowania i zdradził się przed zaufaną osobą[2]), że maszyny tej użyje do sfałszowania dokumentu publicznego, aby zapewnić sobie bezkarność z § 17 musi nietylko od przygotowania odstąpić, ale ponadto jeszcze zakupioną maszynę zniszczyć, podczas gdy ten kto rozpoczął już fałszowanie publicznego dokumentu zapewnia sobie bezkarność przez samo zaniechanie dalszego działania? W jaki sposób uczynić może zadość warunkom przepisu § 17 sprawca, który z reprezentantem obcego państwa omawia szczegóły zbrodni z § 110, w jaki sposób zniszczyć środki i narzędzia do wyko-

[1]) Die große Gefährlichkeit der Fälschung öffentlicher Urkunden rechtfertigt es, schon den zu strafen i t. d. str. 206 ad § 216. — albo:

Mit Rücksicht auf die große Gefahr, daß die einmal vorhandenen technischen Behelfe auch wirklich benützt werden... str. 210 ad § 229. i t. p.

[2]) Vorbereitungshandlungen sind daher nur solche Handlungen, in welchen der gegen ein bestimmtes Angriffsobjekt gerichtete Wille greifbar hervortritt und sich betätigt (motywa str. 160).

nania zbrodni służące, jeżeli ich wogóle do przygotowania zdrady głównej nie użył?

Te i tym podobne niekonsekwencye są następstwem tego, że projekt zamiast stworzenia jednolitego przepisu obejmującego warunki dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu jako okoliczności znoszącej karygodność sprawcy odnośnie do wszystkich przestępstw o charakterze zagrożenia, które dopuszczają tego pod formą odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, przeprowadza nieuzasadnioną różnicę między przestępstwami tego rodzaju, stwarzając dla jednej kategoryi ogólne warunki bezkarności w § 17 części ogólnej, dla drugiej zaś w części szczególnej, innym wreszcie warunków tych odmawiając, mimo, że premia bezkarności przyrzeczona sprawcy na wypadek zapobieżenia grożącemu niebezpieczeństwu, jeżeli zdolna jest faktycznie sprowadzić oczekiwany rezultat, to właściwość tę posiada odnośnie i do innych przestępstw o charakterze zagrożenia cudzych dóbr względnie interesów, a nie tylko uprzywilejowanych przez projekt, albo też wogóle, a zatem i co do tych rezultatu takiego nie rokuje.

Z argumentacyi kodyfikatorów naprowadzonej w motywach, trudno dopatrzeć się tej ratio legis w kwestyi specyalnego unormowania warunków bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu dla jednej kategoryi przestępstw o charakterze zagrożenia w części ogólnej, dla drugiej zaś w części szczególnej, skoro w obu przypadkach chodzi o stworzenie pewnego rodzaju prewencyi, aby grożącemu niebezpieczeństwu na czas zapobiedz.

Decydującym zatem tu i tam motywem unormowania warunków bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu były tylko i jedynie względy polityki kryminalnej.[1]) Czyż

[1]) Die strafaufhebende Wirkung des Rücktrittes soll den Täter zur Umkehr bewegen und dadurch dem Rechtsgüterschutze dienen (motywa str. 44). Derselbe Gedanke i t. d.

zatem te same względy, które były dla kodyfikatorów miarodajną podstawą zapewnienia ekscepcyonalnego stanowiska sprawcy pod formą unormowania warunków bezkarności tegoż dla pewnych tylko przestępstw o charakterze zagrożenia, przy równoczesnem nieuzasadnionem bynajmniej rozdzieleniu ich na dwie grupy i stworzeniu dla jednej ogólnego przepisu w części ogólnej (§ 17), dla drugiej zaś kilku odrębnych w części szczególnej, nie przemawiają za rozszerzeniem takiejże premii bezkarności i na inne przestępstwa o charakterze zagrożenia cudzych dóbr względnie interesów?

Dlaczego ta legislatywna zasada, którą projekt kieruje się przy unormowaniu warunków bezkarności sprawcy w razie czynnego żalu w przypadkach typowych przestępstw o charakterze zagrożenia jak z § 162, 234 i t. p., — nie znalazła ogólnego zastosowania do wszystkich przestępstw o charakterze zagrożenia, które dopuszczają dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu pod formą odwrócenia na czas grożącego niebezpieczeństwa?

Dlaczego matka, która porzuciwszy dziecko w zamiarze narażenia go na niebezpieczeństwo utraty życia, tknięta skruchą wraca natychmiast i bierze je z powrotem w swą opiekę, zanim dziecko to na niebezpieczeństwo narażone być mogło, a zatem temuż na czas zapobiega (§ 303), dlaczego mamka dotknięta chorobą weneryczną, która po zgłoszeniu się do służby dobrowolnie też opuszcza, aby powierzonego jej dziecka na niebezpieczeństwo infekcyi zakaźną chorobą nie narazić (§ 304 ust. 3), dlaczego ktoś, kto położywszy belkę na szynach przed nadejściem pociągu, w chwili krytycznej tknięty skruchą belkę tę usuwa, zapobiegając grożącemu niebezpieczeństwu (§ 311) i t. p. traktowani być mają gorzej, jak sprawca, który w przypadkach objętych projektem dobrowolnie zapobiega niebezpieczeństwu grożącemu dla porządku społecznego, obrotu pieniężnego, integralności państwa i t. p.?

Dlaczego sprawca działający z t. zw. dolus eventualis lub culpa, który grożącemu niebezpieczeństwu dobrowolnie na czas zapobiega, nie zasługuje również na te same ulgi, co sprawca przestępstwa działający z zamiarem bezpośrednim, który na usiłowaniu dobrowolnie poprzestaje[1])?

Dlaczego projekt zamiast kazuistycznego wyliczania całego szeregu specyalnych przypadków przestępstwa o charakterze zagrożenia i traktowania ich w sposób kazuistyczny jako delicta sui generis, nie skonstruował ogólnego pojęcia przestępstwa o charakterze zagrożenia cudzych dóbr względnie interesów[2]) oraz jednolitego przepisu normującego warunki bezkarności sprawcy na wypadek dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu?

Tak zatem względy powyższe jak i względy polityki kryminalnej stanowiące wedle motywów legislatywną zasadę, która kierowała ręką kodyfikatorów przy unormowaniu warunków bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu w pewnych tylko przypadkach przestępstw o charakterze zagrożenia, albo powinny konsekwentnie znaleźć zastosowanie do innych także przestępstw o powyższym charakterze, albo też wogóle, a zatem i w przypadkach przez projekt faworyzowanych nie powinny odgrywać roli „złotego mostu", zachęcającego sprawcę do odwrotu. Jeżeli tak, wówczas równie dobrze kwalifikują się do ochrony drogą prewencyi pod formą zapewnienia sprawcy bezkarności na wypadek dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu w znaczeniu zapobieżenia na czas grożącemu niebezpieczeństwu, tak dobro integralności życia, zdrowia,

[1]) Löffler, Versuch und Gefährdung. Vergl. Darst. d deutsch. u. ausl. Strafrechts tom V. część szczeg.

[2]) n. p. na wzór § 7 ust. obow.

Taką samą kazuistyką odnośnie do przestępstw o charakterze zagrożenia (Gefährdungsdelikte) odznaczają się projekty niemiecki i szwajcarski.

mienia ludzkiego, jak i szczególnie faworyzowane dobro obrotu pieniężnego. Forma, pod jaką to grożące niebezpieczeństwo się przejawia, oraz sposób w jaki mu sprawca przeciwdziała, w szczególności, czy niebezpieczeństwo to uzasadnione jest, a tem samem istnieje już przez samo posiadanie pewnych narzędzi lub środków do wykonania zbrodni zdatnych[1]), które sprawca z obiegu na czas usuwa, czy też dopiero przez odpowiednie działanie sprawcy zapomocą odpowiednich do tego środków, narzędzi, lub też i bez pomocy tychże, jest dla kwestyi zasadniczej zupełnie obojętną: decydującym jest jednolity charakter wszystkich przestępstw o charakterze zagrożenia cudzych dóbr względnie interesów, które projekt w specyalnych swych postanowieniach jako szczególnie niebezpieczne podciąga pod zagrożenia karne, oraz podniesiony przez kodyfikatorów motyw stworzenia skutecznej, spotęgowanej ochrony pewnych dóbr względnie interesów przed zagrożeniem tychże drogą prewencyi, pod formą zapewnienia sprawcy bezkarności na wypadek dobrowolnego odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, przez odpowiednie z jego strony działanie.

§ 2. Czy przepis § 16 projektu normujący warunki bezkarności sprawcy usiłowania ograniczyć należy tylko na przypadki dające się podciągnąć pod przepis

[1]) Der Tatbestand der Vorbereitung der Fälschung von Geld oder Wertpapieren (§ 229) unterscheidet sich vom § 473 wesentlich dadurch, daß die Mittel oder Werkzeuge zur Fälschung oder Verfälschung bestimmt sein müssen, während im § 473 nur die Eignung für diesen Zweck gefordert wird (motywa str. 3557).

W przypadku § 473 wystarcza zatem do karygodności sprawcy już sam fakt sporządzenia lub nabycia narzędzi do podrabiania pieniędzy zdatnych, w przypadku § 229 natomiast narzędzia odnośne muszą być do powyższego celu przeznaczone. Że ustalenie tej bezwątpienia nieuchwytnej granicy, w praktyce napotykać będzie na niepokonalne trudności, jest rzeczą jasną.

natury ogólnej § 14, czy też może być interpretowany ekstenzywnie odnośnie do przypadków, w których usiłowanie mieści w sobie równocześnie znamiona innego przestępstwa dokonanego, a zatem do przypadków tak zwanego usiłowania kwalifikowanego?

Motywa poruszają wyrawdzie tę z konstrukcyi § 16 wyłaniającą się wątpliwość, załatwiają się z nią jednak bardzo wygodnie, składając cały ciężar na barki interpretacyi [1]).

Podnoszą, że z reguły, o ile w usiłowaniu mieszczą się równocześnie znamiona jakiegoś innego czynu karygodnego, sprawca odpowiada zań mimo dobrowolnego zaniechania usiłowania. Czy i o ile reguła ta dopuszcza wyjątku projekt rozstrzygać nie chce.

Przypadki usiłowania kwalifikowanego dopuszczają dwóch ewentualności:

pierwszą, jeżeli przestępstwo usiłowane pozostaje w idealnej konkurencyi z przestępstwem dokonanem (innym czynem karygodnym) i

drugą, jeżeli zachodzi między obu przestępstwami tylko kolizya przepisów ustawy (Gesetzeskonkurenz).

W przypadku pierwszym, ponieważ § 16 mówi wyraźnie tylko o usiłowaniu, przeto tylko ta forma działania przestępnego pozostać może bezkarną w razie zaistnienia warunków objętych § 16, a zatem dobrowolnego zaniechania. O ile natomiast w usiłowaniu mieszczą się równocześnie znamiona innego czynu karygodnego, sprawca tegoż przestępstwa pozostającego w idealnej konkurencyi z przestępstwem usiłowanem, mimo dobrowolnego zaniechania karze bezwarunkowo podlega.

---

[1]) Wenn die dem Rücktritte vorausgegangene Tätigkeit zugleich den Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung darstellt, bleibt der Täter wegen dieser in der Regel strafbar. Ob von dieser Regel Ausnahmen zu machen seien, will der Entwurf nicht entscheiden, sondern der Auslegung überlassen (str. 44).

Jest to naturalną konsekwencyą tego, że w chwili, gdy działanie sprawcy przedstawia się już jako samoistne, pod sankcyę ustawy karnej podpadające przestępstwo, wdrożenie przezeń jakiejkolwiek akcyi, celem zaniechania względnie cofnięcia woli przestępnej skierowanej do popełnienia tegoż przestępstwa jest już niemożliwe; wedle przepisu zaś § 16 karygodność sprawcy uchyloną może zostać tylko na wypadek zaniechania dobrowolnego.

Jeżeli n. p. w usiłowanem morderstwie mieszczą się równocześnie znamiona ciężkiego uszkodzenia ciała, w usiłowanej kradzieży znamiona rozmyślnego uszkodzenia cudzej własności i t. p., wówczas sprawca w razie zaistnienia warunków dobrowolnego zaniechania odnośnie do usiłowanego morderstwa, usiłowanej kradzieży i t. p. podlega mimo to karze za samoistne, z temi przestępstwami w idealnej konkurencyi pozostające, dokonane przestępstwo ciężkiego uszkodzenia ciała, uszkodzenia cudzej własności i t. p.[1]).

Inaczej natomiast, jeżeli między obu przestępstwami zachodzi tylko kolizya przepisów ustawy, jeżeli przestępstwo dokonane, stanowi pojęciowo część składową, niejako konieczne stadyum przejściowe przestępstwa usiłowanego. W przypadku takim, przestępstwo dokonane ulegając naturalnej konsumcyi przez przestępstwo usiłowane, nie może podlegać odrębnej karze; de facto bowiem niema w przypadku tym zbiegu dwóch przestępstw, lecz istnieje pod względem prawno-karnym tylko jedno i to usiłowane, mieszczące się zaś w niem przestępstwo dokonane jako pojęciowa część integralna pierwszego, niema żadnego znaczenia.

Tak n. p. w przypadku dobrowolnego zaniechania usiłowanego zgwałcenia własnej córki, nie może być sprawca karany ani za usiłowane zgwałcenie, ani też za usiłowane kazirodztwo, skoro bowiem z tych

[1]) Orzecz. N. Tryb. z 27. marca 1907 L. 3463 Nr. zb. 3330.

dwóch przestępstw usiłowane zgwałcenie wyczerpuje całą treść kryminalną czynu karygodnego, przeto mamy do czynienia z jednem tylko przestępstwem, które wobec zaistnienia warunków z § 16 pozostaje w całej rozciągłości bezkarnem.

§ 3. Jak to już zaznaczyliśmy, projekt normuje w ust. 1 § 16 warunki dobrowolnego zaniechania dla usiłowania nieskończonego, w ust. 2. zaś tegoż §-u dla usiłowania skończonego, mimo, że w ogólnym przepisie § 14 stanowiącym ustawową definicyę pojęcia usiłowania, stopniowania tego bynajmniej nie przeprowadza[1]). Usiłowanie nieskończone ma miejsce wówczas, jeżeli działanie sprawcy skierowane ku osiągnięciu skutku przestępnego nie zostało jeszcze ukończone, jeżeli zatem do dokonania przestępstwa wymaga jeszcze dalszych z jego strony czynności.

Tylko w tem stadyum pochodu działania przestępnego może sprawca już przez samo negatywne zachowanie się, odstąpienie od kontynuowania skierowanej do osiągnięcia zamierzonego skutku czynności, uniemożliwić nastąpienie tegoż.

Tak projekt używając w ust. 1. § 16 słów: „wer absteht...“ jak i motywa,[2]) potwierdzają w zupełności powyższą interpretacyę.

Oczywiście nie jest wykluczonem, że w pewnych poszczególnych przypadkach, sprawca, aby zapewnić sobie bezkarność, nie może ograniczyć się jedynie do negatywnego zachowania się, lecz musi rozwinąć akcyę, przejść ze stanu biernego w stan czynny, celem zniweczenia stworzonych przez się warunków, zapobieżenia nastąpieniu skutku przestępnego.

[1]) § 22 projektu szwajcarskiego: „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht und mit der Ausführung begonnen hat, wird milder bestraft; führt er die verbrecherische Tätigkeit erfolglos zu Ende, so kann er milder bestraft werden“.

[2]) Solange der Täter seine Tätigkeit nicht beendet hat, genügt es zum Rücktritte, daß er seine Tätigkeit nicht fortsetzt (str. 43).

Dlatego też nie można użytych w projekcie słów: „wer... von seiner Tätigkeit absteht, bevor er sie beendet hat“, interpretować dosłownie w tem znaczeniu, jakoby dla zapewnienia sobie bezkarności w przypadku usiłowania nieskończonego wystarczało zawsze i bezwzględnie samo już negatywne zachowanie się sprawcy, jakoby stanowiło to ogólnie i kategorycznie obowiązującą zasadę, skoro niejednokrotnie ograniczenie się sprawcy do negatywnego stanowiska, do samego zaniechania rozpoczętej czynności, może być o tyle niewystarczającem, ile że taż siłą własnej ciężkości zdolna już jest sprowadzić zamierzony przez sprawcę skutek przestępny; zaczem pozostawienie jej dalszemu rozwojowi stałoby rzecz naturalna w zupełnej sprzeczności z kategorycznym przepisem § 16 „dobrowolnego zaniechania“.

Sporną może być kwestya, jak długo możliwem jest zaniechanie usiłowania, jeżeli działanie sprawcy zgodnie z jego wolą składa się z kilku części składowych.

N. p. jeżeli morderca strzela i trafia swą ofiarę, jednak nie rani jej śmiertelnie, wówczas przyjąć należałoby usiłowanie za skończone, a dobrowolne zaniechanie tegoż nie może mieć miejsca przez to tylko, że sprawca odstępuje dobrowolnie od dania strzału drugiego.

Jeżeli jednak sprawca a priori liczy się z koniecznością oddania n. p. sześciu strzałów dla osiągnięcia zamierzonego skutku, wówczas działania jego nie możnaby uważać za usiłowanie skończone, jeżeli już po czwartym strzale bezskutecznie oddanym, zaniechuje dobrowolnie strzału dalszego.

Większość kryminalistów rozstrzyga też kwestyę powyższą w ten sposób, że jak długo w ręku sprawcy leży możność kontynuowania lub też zaniechania zamierzonej czynności, jak długo taż nie doszła jeszcze do aktu ostatniego pochodu działania przestępnego, tak

długo sprawca w razie dobrowolnego zaniechania zapewnia sobie bezkarność.

Na przeciwnem stanowisku stoi nieliczny odłam teoryi, reprezentowany przez Zachariaego, Meyera, Hatziga i Allfelda.

Za przykładem Zachariaego przyznają oni dobrowolnemu zaniechaniu powtórzenia działania przestępnego wówczas tylko znamiona dobrowolnego zaniechania w rozumieniu § 46 obow. ust. niem., jeżeli zamiar sprawcy skierowany był do wypróbowania. Zapatrywanie to spotkało się jednak z opozycyą ze strony communis opinio, która zaniechanie powtórzenia działania przestępnego stawia w ostrym kontraście do pojęcia dobrowolnego zaniechania usiłowania.

Jeżeli bowiem powtórzenie działania przestępnego nie leży już w mocy sprawcy, wówczas musiałby być ukaranym. Dlaczego zatem ma on być gorzej traktowany w tym przypadku, jeżeli po strzale chybionym niema już do dyspozycyi więcej naboji, jak wtenczas, jeżeli z przezorności o naboje te się postarał i ze sobą je wziął? [1])

W ustępie 2-im § 16 normuje natomiast projekt warunki dobrowolnego zaniechania odnośnie do usiłowania skończonego.

W przeciwieństwie do stadyum usiłowania nieskończonego, ma ono miejsce wówczas, jeżeli sprawca do osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego wszystko potrzebne przedsięwziął, a tenże mimo to nie nastąpił.

O ile do dobrowolnego zaniechania usiłowania nieskończonego, wystarcza już wedle ust. 1. § 16 samo negatywne zachowanie się sprawcy, względnie zniweczenie stworzonych już warunków do osiągnięcia skutku przestępnego, o tyle dobrowolne zaniechanie usiłowania skończonego może mieć miejsce tylko zapo-

[1]) Franck, Vollendung und Versuch. Vergl. Darst. d. deutsch. u. ausl. Strafrechtes tom V. cz. og. str. 238.

mocą akcyi pozytywnej, polegającej na przeszkodzeniu lub też odwróceniu zamierzonego skutku [1]). Możliwem zaś to jest tylko w tych przypadkach, w których sprawca działanie przestępne doprowadził wedle powziętego zamiaru do końca, w ręku swem jednak dzierży jeszcze władzę nad nastąpieniem lub też odwróceniem skutku przestępnego. Konsekwentnie też nie może być mowy o dobrowolnem zaniechaniu usiłowania wedle ust. 2. § 16, jeżeli sprawca utracił już panowanie nad swojem działaniem, jeżeli mimo wdrożonej przezeń akcyi natury pozytywnej zamierzonego skutku przestępnego odwrócić już nie jest w stanie, gdyż ten siłą własnej ciężkości, siłą stworzonych przez sprawcę warunków nastąpić musi.

Dobrowolne zaniechanie usiłowania skończonego możliwe jest dalej tylko tak długo, jak długo istnieje możność nastąpienia zamierzonego skutku przestępnego. Możności tej brak w przypadku t. zw. przestępstw chybionych (delit maqué, delitto mancato), w których nienastąpienie zamierzonego skutku przestępnego z góry jest pewne [2]).

[1]) Wer freiwillig... den Erfolg verhindert oder abwendet...

[2]) Z wyjątkiem Liszta, który przez jakiś czas był zwolennikiem koordynacyi pojęcia przestępstwa chybionego z pojęciem usiłowania, literatura niemiecka zgodna jest pod tym względem, że przestępstwa chybione jako bynajmniej nierównorzędne z pojęciem usiłowania, nie dopuszczają tem samem dobrowolnego zaniechania.

Inaczej w literaturze włoskiej i francuskiej. Art. 61. codice penale traktuje o delitto tentato, art. 62 zaś o delitto mancato (compie tutto ciò che è necessario alla consumazione, se questa non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volonta). We Francyi powodem kontrowersyi jest brzmienie art. 2 codé pénal, odnoszącego się równocześnie do tentative i t. zw. délit manqué.

(Dok. nast.)

Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Napisał
Dr. Edward Dubanowicz.

(Ciąg dalszy.)

III.

Jakkolwiek już u Sir J. Kenta, jednego z pierwszych teoretyków prawa Stanów Zjednoczonych spotykamy się z wyraźnem odróżnieniem wypadków t. zw. „naglącej konieczności“ („urgent necessity“) i prawa wywłaszczenia dla celów „użyteczności publicznej“ („right of eminent domain“), obie te instytucye u niektórych autorów obejmowane są wspólną nazwą: „right of eminent domain“. Wynikło stąd u tych drugich autorów dwojakie pojmowanie zakresu prawa „of eminent domain“: W znaczeniu obszerniejszem obejmuje instytucya „of eminent domain“ także i wypadki uchylenia wszelkiego rodzaju praw indywidualnych dokonywanego przez państwo w t. zw. „stanie konieczności“ t. j. w stanie stworzonym przez klęski elementarne, zaburzenia i wojnę; w znaczeniu ściślejszem ogranicza się ta instytucya do wywłaszczenia dla celów „użyteczności publicznej“ („public uses“), którego przedmiotem jest wyłącznie tylko własność gruntowa[1]).

[1]) Odszkodowanie za naruszenie własności w razie klęsk elementarnych przyznane jest jednostkom jedynie na podstawie ustaw specyalnych poszczególnych Stanów; wypadki naruszenia praw

Tę dwoistość w pojmowaniu „right of eminent domain", wynikłą z przyjęcia obszernego terminu H. Grotius'a, a usuniętą ostatecznie u wszystkich nowszych teoretyków Unii, trzeba mieć ustawicznie na oku, chcąc zrozumieć jaką jest natura celów „użyteczności publicznej" podług teoryi amerykańskiej.

Do praktyki ustawodawczej nie dotarła nigdy owa dwoistość w pojmowaniu „right of eminent domain" nie tylko dlatego, że, jak wspomnieliśmy, właściwe wywłaszczenie odróżnia się wybitnie już przez swój przedmiot, którym jest wyłącznie własność gruntowa, ale przedewszystkiem dlatego, że tylko wywłaszczenie dla celów „użyteczności publicznej" („public uses") jest oparte o konstytucyę Unii i poszczególnych Stanów i wykonywane w formie specyalnych ustaw ekspropryacyjnych, a natomiast wypadki t. zw. „naglącej konieczności" — o ile wogóle są uwzględnione — normowane są w sposób odrębny: w drodze specyalnych ustaw partykularnych albo traktatów międzynarodowych.

Pozwólmy jednak mówić samym autorom.

---

prywatnych w razie wojny uregulowane są w traktatach międzynarodowych. Natomiast nie mają wszystkie te wypadki „naglącej konieczności" oparcia o konstytucyę Stanów, na której opiera się wyłącznie instytucya wywłaszczenia dla celów „użyteczności publicznej". Stąd znane są wypadki, w których — w razie braku odpowiedniej ustawy specyalnej w danym Stanie — sąd odrzucił żądanie odszkodowania w razie n. p. zniszczenia towarów, którego dokonano na rozkaz miejscowej władzy celem uniknięcia pożaru, a odrzucenie to motywował brakiem celu „użyteczności publicznej". Podobnie kiedy w r. 1872 uchwalił kongres, ażeby wypłacić odszkodowanie obywatelom, których mienie ucierpiało w wojnie domowej, prezydent zawiesił tę uchwałę, motywując ten krok objaśnieniem, że wypadki uchylenia lub ograniczenia praw indywidualnych w czasie wojny, nie mają nic wspólnego z prawem: „of eminent domain". Por. Rüttimann: „Das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz". Zürich T. II. 1867, str. 207—210.

Sir J. Kent nie umie jeszcze określić materyalnego znaczenia celów „użyteczności publicznej“ w sposób pozytywny:

„Określanie, kiedy „użyteczność publiczna“ (a raczej „publiczne potrzeby“: „public uses“) wymaga poświęcenia prywatnej własności — czytamy u tego autora — musi być bez wątpienia powierzone uznaniu ustawodawstwa; gdyby jednakże miało ono naruszyć własność prywatną dla celu niepublicznej natury, jak n. p. w tym celu, ażeby odjąć własność jednemu obywatelowi, aby ją oddać drugiemu, albo gdyby miało ono uchylić pod pozorem jakiegoś publicznego celu lub interesu prawne gwarancye własności czy innego prawa indywidualnego, tego rodzaju wypadki byłyby ciężkiem nadużyciem („gross abuses“) położonego w niem zaufania, zdradziecką napaścią („fraudulent attacks“) na prawa prywatne, sama zaś tego rodzaju ustawa byłaby niekonstytucyjna i nieważna („unconstitutional and avid“)“ [1]).

Skądinąd, nie wystarcza też, ażeby dany cel był w pewnym tylko stopniu, albo tylko pośrednio korzystny dla interesu publicznego [2]), ani nie wystarcza sam fakt, że dany cel jest podjęty przez państwo: cele fiskalne, są owszem wogóle wykluczone z liczby celów „użyteczności publicznej“ [3]).

---

[1]) „Commentaries on American Law“ New York 1844. T. II. str. 340.

[2]) ... „Nor can it be a rule than in all causes because the public interest in some degree will be promoted by such use, that it is therefore a public use“ Sir Fort. Dwarris „A general treatise on Statutes... with... notes and addition by Platt Potter“. New York 1871, str. 386. Por. Cooley Th. „A treatise over the Constitutional Limitations, which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union“. Boston 1868, str. 538.

[3]) Dwarris (j. w.) str. 379; Hare Cl. J. J. (American Constitutional Law. Boston 1889, T. I. str. 339) wymaga nadto w wypadkach, gdy przedsiębiorstwo „użyteczności publicznej“ podejmowane jest przez samo państwo, ażeby cel przedsiębiorstwa był przez konstytucyę oznaczony jako taki, który wyraźnie na-

Jakież zatem cele mogą być uwzględniane w ustawodawstwie ekspropryacyjnem?

Przedewszystkiem tylko takie, które nie mogą być urzeczywistnione bez wywłaszczenia.

„Wywłaszczenie („taking of land") — pisze Cooley — i pod tym względem zgadzają się z nim wszyscy następni pisarze — musi być zawsze ograniczone niezbędną potrzebą, a w następstwie tego nie można w żadnym wypadku zająć więcej, aniżeli przysądzi odpowiedni trybunał, uwzględniwszy potrzebę wynikającą z tego szczególnego celu, dla którego wywłaszczenie jest dozwolone" [1]).

Dalej, pożytek wynikający z danego celu ma być — jak to już częściowo wynika z przytoczonych wyżej zastrzeżeń — niewątpliwy i publiczny.

Duer[2]) i Cooley[3]), którzy jak wspomniano, obejmują nazwą: „right of eminent domain" także wypadki naglących potrzeb państwowych, uważają, że pożytek ten polega albo na zaspokojeniu odpowiednich potrzeb państwowych czyli publicznej konieczności („public necessity"), albo też na pozytywnej korzyści,

---

leży do zadań państwowych: „It follows that the right of eminent domain cannot be exercised by the General Goverument for any end which is not expressly or impliedly within the scope of enumerated powers of the U. S.".

[1]) Cooley (j. w.) str. 539—40.

[2]) Duer W. A. „A course of Lectures on the Constitutionel Jurisprudence of the U. S." Boston 1856, str. 41.

[3]) Cooley (j. w.) str. 530—532: „It is conceded, on all hands, that the purpose for which this right may be exercised, must be a public purpose; and that the legislative has no power, in any case, to take the property of one individual and pass it over to another withoat reference to a public use to which it is to be applied... Only where the government is supplying its own needs, or is furnishing facilities for citizens in regard to those matters of public necessity, convenience, or welfare, which, on account of their peculiar character and the difficulty in making provision for then otherwise, it is both proper and usual for the Government to provide it".

jaką z danego przedsiębiorstwa odnosi ogół („convenience", „welfare").

Z tego zewnętrznego związku z wypadkami „naglącej potrzeby", czy „konieczności" uwalnia wywłaszczenie dla celów „użyteczności publicznej" Tiedemann:

„Jest prawdą — czytamy u niego — że własność prywatna może być osobom prywatnym odjęta przymusowo dla potrzeby publicznej, gdy tego wymaga nagląca konieczność („extreme necessity"), n. p. w razie wojny lub powszechnego głodu: niemniej jednak, skoro uzasadnienie obu rodzajów tego przymusowego uchylenia prywatnej własności na rzecz publicznej potrzeby jest odmienne [1])..., sam rozum nakazuje, ażeby termin „eminent domain" ograniczyć wyłącznie do wywłaszczenia gruntowego, a używać innego [2]) terminu na oznaczenie urzędowego zawłaszczenia osobistej własności" [3]).

Ograniczywszy kwestyę do właściwego przedmiotu kładzie Tiedemann główny nacisk na to, że przedmiot wywłaszczenia, nieruchomość, „jest wzięta na powszechny pożytek ogółu („general use of public"), a zatem ma być oddana („devoted") na użytek publiczny" [4]).

---

[1]) Prawne uzasadnienie wypadków „naglącej konieczności" wyróżnia się zdaniem autora przedewszystkiem swym wyłącznie negatywnym charakterem, polega bowiem jedynie: „upon the illogical plea of urgent and overruling necessity".

[2]) Jako termin na określenie tych wypadków proponuje autor nazwę „public domain".

[3]) Tiedemann Chr. G.: „A treatise on the limitations of Police Power in the United States" St. Louis 1886, str. 371—2.

[4]) j. w. str. 379—80. „If in any one of these cases — pisze autor dalej — the land to be used by a few individuals... it would not be a taking for a public use, and consequently it would be unlawful" (str. 380). Jako akty przeciwne tym zasadom, a zatem nieprawne (na określenie ich właściwego charakteru używa autor wyrazów (por. str. 379): „act of robbery, the exercise of arbitrary power", wymienia Tiedemann bile angielskie wywłaszczające wielką własność angielską celem

Wyczerpujące objaśnienia pojęć: „pożytku" i jego „ogólności" przynoszą jednak dopiero dzieła Hare'a i Sedgwick'a.

„Użyteczność publiczna — pisze Hare — może być określona ogólnie, jako taka, która jest korzystna („beneficial") dla ogółu, a przez to dla jednostek, a nie jako korzystna dla jednostek, a przez nie dopiero dla ogółu. Każde przemysłowe przedsiębiorstwo, które stwarza zajęcie i przyczynia się do bogactwa kraju („State") jest korzystne dla ogółu („a public good"), ale niemniej nie musi tem samem stanowić „użyteczności publicznej" („a public use")..., dla której jest dozwolone wywłaszczenie...."

...„Użyteczność publiczna" musi, ogólnie biorąc, być taką, która dotyka i interesuje cały ogół, jakkol-

obdzielenia ziemią bezrolnej ludności irlandzkiej, zwłaszcza zaś bil z 1886 r. — i ustawę pruską, antypolską z tegoż roku. Ustawę angielską z r. 1886 usprawiedliwia autor częściowo z powodów ekonomicznych („economical and not constitutional"). Daleko surowiej piętnuje Tiedemann ustawę antypolską. Mimo, że słowa jego nie mogą odnosić się w całości do tej jeszcze ustawy (nie zawierała ona bowiem jeszcze, jak mniemał autor, dla komisyi kolonizacyjnej upoważnień ekspropryacyjnych) godzi się przytoczyć sąd tego autora: „In a less justifiable case, the Prussian landtag, at the instance of Prince Bismark, has expropriated the lands of the hostile polish population of Posen in order to provide for a German settlement. Any taking of land from one man and giving it to another in this country would at present day be unjustificable". Taksamo zdaniem Hare'a Cl. J. I. (j. w. T. I. str. 338—9) nawet takie wymagania wewnętrznej polityki, które są najzupełniej uzasadnione ze względów ekonomicznych, nie uprawniają do użycia prawa wywłaszczenia. Przytoczywszy wypadek, w którym orzeczenie sądowe pozbawiło skuteczności akt wywłaszczający, którego celem było zniesienie w Stanie Pensylwanii rentę gruntową, jakkolwiek bardzo uciążliwą i ze stanowiska ekonomicznego godną potępienia, pisze Hare: „It results from this decision, that considerations of policy, or what relation between landlord and tenants is most advantageous to the State, are not a sufficient warrant for a recourse to a power which should be exerted only when some specific thing is requisite for a public need which can be satisfied in no other way".

wiek pewne klasy albo i jednostki mogą mieć stąd większą korzyść („benefit") niż inne (n. p. z parku lub kolei żelaznej)... Ogół musi wszakże mieć zawsze możność bezpośredniego użytku dostępu, korzystania („the actual use, occupation or enjoyment") z danego gruntu lub urządzenia — czy to w ten sposób, że służy mu prawo dostępu, jeżeli to jest droga, czy prawo odpoczynku i zabawy, jeżeli to jest park publiczny, czy też prawo schronienia i leczenia się, jeżeli to jest szpital. Nie w tem leży istota rzeczy, ażeby użytek był rzeczywiście powszechny („universal"), lecz w tem, ażeby nie był ograniczony do pewnych tylko jednostek albo klas czyli w tem, ażeby był takim, w którymby mogli mieć udział wszyscy znajdujący się w danem, równem położeniu („in like circumstances")" [1]).

Formuła Hare'a odpowiadająca w zupełności praktyce ustawodawczej [2]), stanowi ostatni wyraz systemu amerykańskiego w danej kwestyi.

Pisarze późniejsi [3]) nie dodali w tym przedmiocie nic istotnie nowego, jakkolwiek nie można im odmówić tej niewątpliwej i niemałej zasługi, że wyłączywszy stanowczo wypadki nagłej konieczności z pra-

[1]) Hare Cl. J. I.: American Constitutional Law. Boston 1889, T. I. str. 283, 337 i n.

[2]) Por. orzeczenia sądowe znoszące skutki ustaw ekspropryacyjnych na rzecz celów, nie uznanych za cele „użyteczności publicznej" w powyższem rozumieniu; Sedgwick Th.: A treatise on the rules which govern the interpretation and construction of Statutes and Constitutional Law. New York 1874. str. 128 i n., 450 i n.

[3]) Mills H. E.: „On eminent domain" 2 ed. 1888. Lewis J.: A treatise on the law of eminent domain in the United States 2 ed. Chicago 1900. Pierwszy z tych autorów określa „right of eminent domain": „The power of eminent domain is exercised by the taking of private property and devoting it to public use" (j. w. § 62 str. 104). Drugi (j. w. str. 1): „Eminent domain is the right or power of a sovereign State to appropriate private property to peculiar uses, for the purpose of promoting the general welfare".

wa „of eminent domain"[1]) i odrzuciwszy niejasną ideę H. Grotius'a o „zwierzchniej własności" państwa (która jakoby miała obejmować cały obszar państwowy i wobec której własność prywatna musiała już dlatego ustępować, bo uchodziła za własność niepełną, niejako drugorzędną) postawili wywłaszczenie dla celów „użyteczności publicznej" pod względem ogólnej konstrukcyi prawnej na zupełnie tych samych podstawach, jakie ustaliły się na starym lądzie.

Zresztą, jak system francuski (do którego zbliża się system przyjęty w Stanach Zjednoczonych przez to szczególnie, że ogranicza wywłaszczenie dla celów „użyteczności publicznej" pod względem przedmiotu do własności gruntowej) i niemiecki, podobnie także praktyka i teorya amerykańska zadowala się przyjęciem powyższych granic celów „użyteczności publicznej" a nie kusi się o wyczerpujące wymienienie wszystkich celów, które możnaby za takie uważać. Inna rzecz, że zjawiają się i tu usiłowania, ażeby nakreślić główne kierunki pożytku, płynącego dla ogółu z urzeczywistnienia tych celów. Dwie próby zasługują pod tym względem na szczególniejszą uwagę.

Sedgwick[2]) dzieli cele „użyteczności publicznej" na trzy kategorye podług tego, czy przedsiębiorstwo),

[1]) „In time of war and public danger — charakteryzuje zwięźle te wypadki Burgess J. W. (Political science and comparative constitutional law. Boston 1890—1, T. I. str. 336) — when the life of the State is threatened, the goverument must have command of every element of power for its defende".

[2]) j. w. str. 446 i n. w rozdziale: What is a public use"? 1. „From thecases... it is beyond dispute that the use is public: Where the object is purely governmental as a fort, a public school house. Under this head will be included court — houses, and other governmental buildings. Here is the use for the State or United States, in its corporate capacity, every member of the body politic has a legal interest and a legal right.

2. In the case of highways, turnpikes, bridges, canals, railroads, ferries, and all other such public means of travel and of transport. In all the instances of this class, the use is legally for the entire public; the common interest and common

którego zadaniem jest zrealizowanie danego celu obejmuje swą działalnością obszar całego państwa (podmiotem przedsiębiorstwa jest tu samo państwo), czy tylko znaczną część państwa, czy wreszcie jedną tylko gminę to jest czy z urządzeń danego przedsiębiorstwa (które we wszystkich trzech wypadkach są równo dostępne dla każdego z obywateli) korzystają w praktyce wszyscy obywatele, czy przedewszystkiem obywatele pewnej terytoryalnej części kraju, albo przedewszystkiem mieszkańcy pewnej gminy.

Mills[2]) znowu odróżnia trzy główne kierunki celów „użyteczności publicznej" według tego, czy w danym wypadku uwzględnione („protected") jest dobro moralne („public moral"), materyalne („welfare"), czy interesy zdrowotności („health").

Wystarczy porównać obie te definicye, ażeby dojść do przekonania, że druga jest raczej objaśnieniem, aniżeli uzupełnieniem pierwszej: istotnie, przedsiębiorstwa wyliczone przez Sedgwick'a jako pierwsze, przedsiębiorstwa podejmowane przez państwo, mają na celu

right to the enjoyment of the use exist in the whole people of the State. It is a complete misconception of legal principes, and a perversion of legal terms, to say of such a use, that it is for the benefit solely of some particular locality, because the inhabitans of that locality most frequently avail themselves of its advantages. The very essence of such a use is that every member of the State has an equal right to enjoy the use.

3. There is a third class in which the use is restricted to a particular locality or community, and in which all the members of such community, or inhabitants of such locality, are necessarily interested in and benefited by the use — that is, by what makes the use public, rather than private. And it seems to us that the feature of all the instances of this class which has this public character, and in which all the members of the special community are thus necessarily interested, is the promotion of the common health. In this classe fall the cases which uphold the swamp draining, the sewerage of cities, the removal of dams and stagnant waters, and the like. Here also belongs the case of water supply for cities, water being a sanitary necessity for the whole community as much as air".

[2]) Mills H. E. „On eminent domain" 1888, str. 203.

przedewszystkiem dobro moralne, drugie rozwój materyalny kraju, a przedsiębiorstwa trzecie, gminne mają przedewszystkiem na oku cel zdrowotności.

Wracając do granic celów „użyteczności publicznej“ jako szczególniejszą właściwość teoryi amerykańskiej wypada podnieść osobliwy nacisk, położony przez wszystkich autorów na to, że z istoty wywłaszczenia, jako prawnego uchylenia indywidualnej własności prywatnej na rzecz „użyteczności publicznej“ musi wynikać żądanie, ażeby zarówno o tem, kto ma z danego przedsiębiorstwa korzystać, jak i o tem, kto ma być w swych prawach dotknięty, rozstrzygała bezwzględnie zasada równości wobec prawa. Nie jest to postulat nowy, nieznany teoryi starego lądu; gdy jednakże tam nie kładziono na ten postulat, a zwłaszcza na jego drugą część osobliwszego nacisku już z tego powodu, że wszystkie ustawy ekspropryacyjne zawierały bardzo szczegółowe przepisy natury administracyjnej i usuwały przez to jakąkolwiek obawę arbitralności przy wykonywaniu ustawy, w Stanach Zjednoczonych, przy systemie specyalnych ustaw ekspropryacyjnych mogła taka obawa rzeczywiście przyjść łatwiej na myśl. Stąd więc w teoryi amerykańskiej ten szczególniejszy nacisk i żądanie, ażeby z dziedziny ustawodawstwa ekspropryacyjnego usunąć nawet pozory arbitralnej „klasyfikacyi“ [1]).

---

[1]) Najgruntowniej została objaśniona ta kwestya w czasach ostatnich w dziele C. Stuart Patterson'a: The United States under the Constitution. Philadelphia 1904, str. 313 i n. „Arbitrary selection can never be justified by calling it classification... It is apparent, that the mere fact of classification is not sufficient, to relieve a statute from the reach of the equality clause of XIV. Amendment, and that in all cases it must appear not only that a classification has been made, but that it is one based upon some reasonable ground — some difference which bears a just and proper relation to the attempted classification and is not a mere arbitrary selection“. „The question in each case is whether the legislative has adopted the statut in exercise of a reasonable discretion, or whether its

Akty ustawodawcze, przekraczające tak wytknięte granice, a więc akty zawierające deklaracyę „użyteczności publicznej“ dla celów, które i bez wywłaszczenia mogą być urzeczywistnione, albo dla celów, które nie przynoszą rzeczywistego i ogólnego pożytku, w tem znaczeniu, jak wyżej określono, uważają tedy wszyscy powołani pisarze za niekonstytucyjne i nieważne, to jest pozbawione mocy obowiązującej.

„Jeżeliby akt kongresu — pisze W. A. Duer[1]) — był sprzeczny z konstytucyą, jest on ipso facto nieważny; a sądy mają moc, a nawet obowiązek stwierdzić ten fakt;... orzeczenie Najwyższego Trybunału musi być ostateczne i definitywne, ponieważ konstytucya daje temu Trybunałowi moc orzekania a nie ustanawia żadnego odwołania od jego orzeczenia“.

Deklaracya „użyteczności publicznej“ należy wprawdzie także w systemie amerykańskim, wyłącznie do zakresu działania władzy ustawodawczej[2]) (co odnosi

---

action be a mere excuse for an unjust discrimination, or the oppression or spoliation of a particuler class“. „The very idea of classification in that of inequality, so that it goes without saying that the fact of inequality in no manner determines the matter of constitutionality“. Przytaczając te opinie, wyjęte z orzeczeń sądowych, dochodzi autor do konkluzyi: „So also a statute is unconstitutional which, although general in its terms, is designed to limit the charges of a single stockyards company and which dses not limit the charges which may be made by similar companies doing like business... But a law is presumptively constitutional whenever it operates alike on all persons and property similarly situated, and while a state may not make a classification of the objects of legislation an excuse for an unjust discrimination, or the oppression or spoliation of a particular class, yet special legislation as such is not prohibited“.

[1]) „A course of lectures“ j. w. str. 126.

[2]) Por. Redfield J. F.: „The Law of Railways“ Boston 1873, T. I. § 63. al. 1, 2, str. 246: „The legislature must decide in the first instance, when the right of eminent domain may be exercised, but this is subject to revision of the courts, so

się także i do tych wypadków, w których wykonywanie prawa „of eminent domain" jest zastrzeżone nie Związkowi, ale poszczególnym Stanom). Ponieważ jednak wypowiadanie owej deklaracyi i to tylko na rzecz celów „użyteczności publicznej" ma sobie władza ustawodawcza powierzone przez konstytucyę, z drugiej zaś strony ponieważ czuwanie nad przestrzeganiem konstytucyi we wszystkich wypadkach nią objętych („all cases of law or equity arising under the Constitution")[1]) jest w ustroju Stanów Zjednoczonych (przez konstytucyę) powierzone władzy sądowniczej, jako władzy z ustawodawczą równorzędnej[2]), władza sądownicza, na skutek wniesionej skargi prywatnej, ma możność uznania danej deklaracyi — w razie gdy cel przedsiębiorstwa wykracza poza granice celu „użyteczności publicznej" — za prawnie nieobowiązującą. Formalnie może tedy ustawa taka — o ile nie zostanie przez właściwą wła-

far as the uses to which the property is applied, are concerned". Por. też Hare J. I. Cl. j. w. t. I. str. 345: „The question whether the use is so far public as to justify the taking, is in the first instance for the legislature; but their decision is not final, and the case may be brought into court, when the question will then be, is the end public, and not whether the measure is judicious, or well calculated to attain the end". Por. też. Sedgwick Th. j. w. str. 128 i n.; Tiedemann Chr. j. w. T. I. str. 372 i n. Mills H. E. j. w. § 64. str. 106. Jeżeli kwestya jest wyłącznie lokalnej doniosłości, zadanie władzy sądowniczej jest jeszcze szersze. Wówczas bowiem władza ustawodawcza powierza miejscowemu trybunałowi sądowemu rozstrzyganie co do potrzeby danego przedsiębiorstwa („question of necessity") i dopiero orzeczenie sądowe staje się podstawą formalnej deklaracyi „użyteczności publicznej", którą wypowiada, jak zawsze władza ustawodawcza. Por. Cooley Th.: A treatise over the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union. Boston 1868, str. 538.

[1]) Por. Burgess J. W.: Political science and comparative constitutional law, Boston 1890 1, T. I. str. 336.

[2]) Z tej równorzędności obu władz wynika wreszcie, że władza sądownicza może znieść skutki aktu niekonstytucyjnego, nie może jednak formalnie go unieważnić.

dzę ustawodawczą cofniona — istnieć nadal; jej skutki prawne zostają wszelako w zupełności zniesione [1]).

Tym sposobem nad zachowaniem tych samych zasadniczo granic prawnych, któremi powszechnie ograniczone jest pojęcie celów „użyteczności publicznej" w instytucyi wywłaszczenia, czuwa w ustroju Stanów Zjednoczonych oprócz samej władzy ustawodawczej każdy sędzia cywilny [2]).

---

[1]) „When a statute — pisze Cooley — („A treat... j. w. str. 188) — is adjudged to be unconstitutional, is it as if it had never been. Right cannot be built up under it; contracts which depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it before the decision was made. And what is true in an act void in toto is true also to any part of an act which is found to be unconstitutionel, and which, consequently, is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force".

[2]) Temu faktowi, iż dzięki ustrojowi Stanów Zjednoczonych jest zapewnione zwycięstwo prawa — w znaczeniu materyalnem — nad dowolnością legislatywy poświęca też Burgess (j. w. T. II. str. 365) ustęp natchniony zrozumiałą dumą narodową: „It is then the consciousness of the American people that law must rest upon justice and reason, that the constitution is a more ultimate formulation of the fundamental principles of justice and reason than mere legislative acts, and that the judiciary is better interpreter of those fundamental principles than the legislative... This consciousness has been... educated, by the fact that the political education of the people has been directed by the jurists..."

(C. d. n.)

Ochrona nazwiska i pseudonimu w rządowym projekcie noweli do austryackiego kodeksu cywilnego [1]).

Napisał

Tadeusz Nusbaum-Hilarowicz.

Punktem wyjścia dla wszelkich reform, czy to w dziedzinie prawa publicznego, czy też prywatnego, powinny być realne potrzeby społeczeństwa. Jednakowoż psychologia wszelkich reformatorów, a więc i reformatorów prawodawstwa, wykazuje częste pod tym względem zboczenia. Jak z jednej strony nie uwzględniają oni często potrzeb rzeczywistych, tak też z drugiej strony niejednokrotnie wprowadzają nowe przepisy i instytucye, których realna potrzeba jest co najmniej wątpliwa.

Uwaga ta stosuje się częściowo do rządowego projektu noweli do austr. kodeksu cywilnego z r. 1907 [2]). Rozdział I. tyt. 1. tego projektu zajmuje się ochroną nazwiska. § 1. postanawia:

„Wird jemandem das Recht zur Führung eines Namens (Decknamens) bestritten, so kann er auf Feststellung seines Rechtes klagen.

Wird jemand durch Anmassung seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlas-

[1]) Pierwszy rozdział z pracy „O prawach osobowych w projekcie noweli do austr. kodeksu cywilnego“, czytanej w lutym i marcu r. 1910. na seminaryum prawa cywilnego prof. dra Ernesta Tilla w uniwersytecie lwowskim.

[2]) Ponownie wniesiony w r. 1909.

sung dieser Anmassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen“ [1]).

Kwestya nazwisk rodowych należy jak dotychczas wyłącznie do zakresu kompetencyi władz politycznych, które ją załatwiają w drodze administracyjnej [2]). W objaśnieniach do projektu [3]) czytamy, że proponowane przepisy mają na celu wypełnienie dotkliwej luki w ustawodawstwie. Autorowie projektu motywują postanowienia § 1. w ten sposób [4]), że z publiczno-prawnych postanowień o noszeniu nazwiska wynika podmiotowe prawo prywatne jednostki do nazwiska. Nazwisko — czytamy dalej w objaśnieniach do projektu — reprezentuje na zewnątrz sławę, stanowisko i przynależność rodzinną osoby; to często tak ważne prawo wymaga ochrony. W niektórych przypadkach, w których nazwisko ma znaczenie dla obrotu, już dzisiejsze ustawodawstwo udziela takiej ochrony, jako to w kodeksie handlowym (art. 15, 21, 22, 27.), w noweli przemysłowej z 15. marca r. 1883. dz. u. p. nr. 39. § 46 — w ustawie o markach ochronnych z 6. stycznia r. 1890. dz. u. p. nr. 19, § 10, — w ustawie o prawie autorskiem z 26. grudnia r. 1895. l. 197. dz. u. p., § 11., 44., 53. — Niema jednak postanowień, tyczących się prywatno-prawnej ochrony interesu polegającego na bezspornem używaniu nazwiska i przeciw pokrzywdzeniu, spowodowanemu przez nieprawne noszenie czyjegoś nazwiska. W szczególności brak ustawowej podstawy zabezpieczenia przy nazwisku innych interesów, prócz prawno-majątkowych.

Nie ulega wątpliwości, że prawo do nazwiska jest uprawnieniem jednostki, i to uprawnieniem bardzo doniosłego znaczenia, i że tak ważne prawo wymaga

---

[1]) O zmianie jaką wprowadził subkomitet Izby Panów (lipiec 1909) ob. przy końcu niniejszego artykułu.

[2]) Ob. przepisy w E. Mayrhofer Pace — „Handbuch fur den politischen Verwaltungsdienst“, 1896. (str. 1109. i nast.)

[3]) „Erläuternde Bemerkungen“, Einleitung, str. 59.

[4]) „Erl. Bem.“, str. 61., 62.

ochrony. Ale zachodzi pytanie, czy skarga prywatnoprawna byłaby w tym wypadku zawsze uzasadniona, i czy mogłaby wogóle mieć jakieś praktyczne zastosowanie. Na pytanie to musimy odpowiedzieć przecząco. Weźmy pod uwagę konkretny przykład: Ktoś nazywa się, przypuśćmy, Paweł Nazwiński. Nazwisko to nosi on prawnie według przepisów ustawy cywilnej, gdyż jest synem ślubnym Piotra Nazwińskiego. Pierwszy ustęp § 1. projektu przewiduje wypadek taki, że ktoś mógłby mu zaprzeczać prawa do noszenia tego nazwiska („wird... das Recht bestritten"). Nie możemy sobie wprost wyobrazić, co autorowie projektu chcieli przez to zrozumieć i co mieli na myśli. Jeżeli ktoś zarzuci Pawłowi Nazwińskiemu, że on nie ma prawa do swego nazwiska, to tenże będzie mógł swego prawa dowieść, wykazując stosunek pewny, na którym się jego prawo do nazwiska opiera, a więc pochodzenie ślubne od Piotra Nazwińskiego, stosunek adopcyjny lub małżeński, dokonaną legitymacyę, pozwolenie władzy krajowej na zmianę nazwiska lub nadanie mu predykatu szlacheckiego, będącego właśnie w stosunkach austryackich drugiem nazwiskiem. We wszystkich tych przypadkach prawo do noszenia nazwiska rodowego nie jest jakiemś prawem samoistnem, któreby istniało samo przez się, w oderwaniu od innych stosunków prawnych, lecz opiera się zawsze na pewnym innym fakcie prawnym, przewidzianym bądźto w ustawie cywilnej, bądź też w przepisach politycznych. Jeżeli więc komuś zostanie zarzuconem, że nie ma prawa do noszenia pewnego nazwiska, to należy rozróżnić, czy ów stosunek lub fakt, na którym on to swe prawo opiera, jest jeszcze wątpliwym, czy już prawnie stwierdzonym i bezspornym, bo w pierwszym przypadku sama skarga o ustalenie prawa do nazwiska musiałaby pozostać bezskuteczną, poprzedzać by ją bowiem musiała skarga o ustalenie ślubnego pochodzenia, stosunku adopcyjnego i t. p., w drugim przypadku byłaby zbędną, gdyż prawo do nazwiska wynika ze stwierdzonego — jak przypuszczamy —

stosunku podstawowego (ślubnego pochodzenia, adopcyi i t. p.) i skutecznie zaprzeczone być nie może. Każdy może w takim wypadku dowieść tego swego prawa przez okazanie metryki, lub też — wedle okoliczności — innym odpowiednim dokumentem publicznym. Każdy taki dokument wystarczy do wykazania prawa do nazwiska wobec władzy publicznej, wobec tego, który mu tego prawa zaprzecza, i wobec każdego trzeciego.

Gdybyśmy chcieli w myśl intencyi autorów projektu być konsekwentnymi, to należałoby również wprowadzić prywatno-prawne skargi o stwierdzenie herbu i szlachectwa, i o stwierdzenie prawa do wyższych tytułów szlacheckich, gdyby komuś takiego prawa zaprzeczano. A prywatno-prawne skargi w takich sprawach, byłyby również zbyteczne i niepraktyczne, jak projektowana skarga o stwierdzenie prawa do nazwiska rodowego. Nie można zaprzeczyć, że bywają przypadki, w których stwierdzenie nazwiska jest w interesie jednostki, a to wówczas, gdy od tegoż nazwiska zależy jakieś inne prawo majątkowe lub idealne. W takim razie stwierdzenie nazwiska łączy się z dochodzeniem tegoż idealnego lub majątkowego prawa. Nie uczy nas jednak doświadczenie, iżby poza tymi przypadkami istniała potrzeba samodzielnego stwierdzenia nazwiska drogą procesu sądowego, wszędzie tam, gdzie pierwszemu lepszemu Nowi wpadnie do głowy koncept zaprzeczania komuś nazwiska. Jeżli przeprowadzę proces taki przeciw jednemu w trzech instancyach zwycięsko, muszę być mimo to przygotowany na to, że mi kto inny przy jakiej sposobności zaprzeczy nazwiska i t. d. in infinitum. Czy nie prosta rzecz, mieć swoje papiery legitymacyjne w porządku i tym sposobem być przygotowanym do odparcia swawoli, — która co prawda tak rzadko chyba się zdarza, że możnaby ją policzyć do owych „casus rariores“, którą już Marya Teresa w swej instrukcyi dla komisyi kodyfikującej prawo cywilne — pomijać kazała. — Wszak wyrok, stwierdzający moje prawo do

nazwiska, byłby znowu niczem innem, jak papierem legitymacyjnym, podobnie jak metryka chrztu lub umowa adopcyjna, z tą różnicą, że stwierdzałby prawność nazwiska siłą rei iudicatae tylko wobec przeciwnika procesowego.

Weźmy teraz pod uwagę ów wypadek, który stanowi przedmiot drugiego ustępu § 1. projektu. Ktoś ma być pokrzywdzonym przez to, że ktoś inny przywłaszcza sobie jego nazwisko; w tym wypadku może wnieść skargę o zaniechanie tego przywłaszczenia, a w razie winy może żądać wynagrodzenia szkody.

Wróćmy do naszego przykładu: Paweł Nazwiński dowiaduje się, że oprócz niego żyje na świecie jakiś inny Paweł Nazwiński. Jeżeli ten drugi Paweł Nazwiński nosi swe nazwisko prawnie, dajmy na to, jako ślubny syn Antoniego Nazwińskiego, to pierwszy Paweł Nazwiński nie będzie miał żadnej podstawy prawnej do wystąpienia przeciw drugiemu, również jak drugi przeciw pierwszemu. Podobnie miałaby się rzecz we wszystkich innych przypadkach, w których ktoś, noszący pewne nazwisko, dowiaduje się, że ktoś inny nosi to samo nazwisko na podstawie jakiegoś stosunku prawnego (n. p. kobieta przez zamążpójście); nie może on mieć żadnego prawa do wyniesienia skargi o wzbronienie temu drugiemu używania tego nazwiska, bo ten ostatni ma do tego nazwiska równie dobre prawo, jak pierwszy. Wszelkie niemiłe często następstwa takiej równości nazwiska, pierwszy Paweł Nazwiński ponosić musi wówczas jako zło nieuniknione.

Inaczej jeśli ktoś, nosząc urzędownie i prawnie, we wszystkich dokumentach publicznych pewne nazwisko — używa nazwiska należącego do kogoś drugiego prywatnie, a to n. p. podpisując niem swe prace literackie lub przybierając je fałszywie w życiu towarzyskiem lub politycznem. W tym wypadku może być prawny posiadacz tego nazwiska istotnie pokrzywdzonym, bądź przez to, że utwory literackie, fałszywie jego nazwiskiem podpisane, wprowadzają zamieszanie i ewen-

tualnie mogą mu w opinii publicznej szkodzić, bądź też przez to, że ktoś, przybierając fałszywie jego nazwisko, szkodzi jego dobrej sławie. Dlatego też w tym wypadku uważamy skargę dla ochrony dobra idealnego za uzasadnioną. Zawsze jednak pozostaje otwartą kwestya, czy skarga ta ma przybrać formę skargi prywatno-prawnej, czyli też zwróconego do władzy administracyjnej żądania uchylenia stanu bezprawnego. Za tą ostatnią drogą przemawiałby przedewszystkiem wzgląd na trudności dowodowe, jakieby zaciężyły na skarżącym drogą procesu sądowego. Trudności te dałyby się uniknąć na drodze administracyjnej tym sposobem, że władza ta ma obowiązek badania stanu rzeczy z urzędu. Nie chodziłoby wówczas o to, czy prawdziwy Paweł Nazwiński jest w swem prawie do nazwiska pokrzywdzony, lecz o to, czy drugi Paweł Nazwiński nosi to nazwisko prawnie czy bezprawnie.

Pod pewnym względem ochrona nazwiska istnieje już w ustawodawstwie obecnem, a mianowicie w ustawie o prawie autorskiem na dziełach literatury, sztuki i fotografii z dnia 26. grudnia 1895. nr. 197. dz. p. p. § 53. Jednakowoż karygodność czynu tego, który własne dzieło opatruje nazwiskiem innej osoby, zależy od dwóch warunków, a mianowicie od istnienia zamiaru: a) wprowadzenia w błąd, b) puszczenia dzieła w ten sposób oznaczonego w obieg. Ochrona taka jest niewystarczającą z dwóch powodów. Po pierwsze — bezprawne używanie cudzego nazwiska może się rozciągać daleko poza sferę prawa autorskiego: po drugie — konieczną jest ochrona prawno-prywatna, na ten wypadek, gdyby nie zachodziły znamiona czynu karygodnego, a jednak mielibyśmy do czynienia z bezprawnem używaniem cudzego nazwiska.

Uważamy za wskazane przytoczyć na tem miejscu poglądy Ihering'a[1]), tyczące się ochrony nazwiska ro-

[1]) „Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen". Jahrb. f. d. Dogm. d. heut. röm. und deutsch. Privatr., XXIII., 1885., str. 320 i nast.

dowego. Ihering zwraca słusznie uwagę na to, że przedmiotem ochrony nie ma być właściwie nazwisko jako takie, ale sława (Ruf), oczywiście w najobszerniejszem tego słowa znaczeniu, jaka się łączy z pewnem nazwiskiem. Dla znacznej większości ludzi byłoby na ogół obojętną rzeczą, gdyby się dowiedzieli, że ktoś inny nieprawnie używa ich nazwiska, bo z nazwiskiem ich, pospolitem i częstem, nie łączy się żadna szczególna sława. Żaden interes nie wchodzi tutaj w grę — przypuszcza Ihering — jeżeli jakiś Schmidt dowiaduje się, że jakiś Meier używa nazwiska Schmidt, i naodwrót. Ale oprócz takich nazwisk pospolitych istnieją nazwiska, z któremi łączy się pewna sława, które używane są przez niewiele tylko osób (hervorragende Unica in der Namenswelt). Jako skuteczny środek ochrony przeciwko bezprawnemu przybieraniu takich nazwisk uważa Ihering odpowiednią interwencyę u władz policyjnych. Odnośnie do tego musimy zauważyć, że ochrona taka może być skuteczną tylko w bardzo szczupłym zakresie, bo istnieją tereny, gdzie interwencya władzy policyjnej jest zgoła niemożliwą.

Kwestya prywatno-prawnej ochrony nazwiska nabiera zdaniem Iheringa aktualnego znaczenia w tych przypadkach, w których bezprawne przybranie cudzego nazwiska zmierza do tego, aby trzecie osoby zmylić odnośnie do identyczności osoby. W tych przypadkach nie chodzi już o samo nazwisko jako takie, ale o usprawiedliwiony interes tego, który je nosi, aby ktoś inny razem z jego nazwiskiem nie przywłaszczył sobie także jego stanowiska, które z tem nazwiskiem jest związane. Mało znana śpiewaczka, która przybiera nazwisko jakiejś śpiewaczki znakomitej, nie tylko łudzi w ten sposób publiczność, ale także naraża w ten sposób na szwank dobrą sławę artystyczną drugiej; ona stara się przez przybieranie cudzego nazwiska osiągnąć zarazem te korzyści, które połączone są z używaniem tego znanego nazwiska. W podobny sposób mógłby ktoś pod cudzem nazwiskiem dokonywać najbardziej niehono-

rowych czynów i naruszać przez to w sposób dotkliwy cudzą cześć obywatelską. — Stąd wywodzi Ihering, że obojętnem jest w tej mierze, czy wypadek taki nadaje się do karno-sądowego ścigania; jednostce prywatnej musi być otwartą droga do ochrony swych interesów na drodze prawa cywilnego.

Odnośnie do ochrony nazwiska zwraca Ihering[1]) uwagę na jednę kwestyę, aktualną i dla dziedziny austryackiej administracyi. Chodzi tutaj o ochronę nazwisk już istniejących przy sposobności procederu zmiany nazwiska, a mianowicie, aby nie przybierano przytem nazwisk, które przysługują już pewnym rodzinom. Kautela, jaką w tym względzie zna nasza administracya, jest niewystarczającą. Władza polityczna krajowa, zanim udziela zezwolenia na zmianę nazwiska rodowego, zasięga informacyi u władzy, prowadzącej spisy rodzin szlacheckich (wydział krajowy), czy nazwisko mające być przybranem, nie jest nazwiskiem szlacheckiem, a w razie odpowiedzi twierdzącej nazwiska tego przybrać nie pozwala. W ten sposób chronione są tylko nazwiska szlacheckie, nie zaś inne. Dlatego też wskazanem byłoby naśladowanie systemu francuskiego, który polega na publicznem ogłoszeniu przybrać się mającego nazwiska, aby każdy, komu takie nazwisko już przysługuje, mógł w przeciągu roku wystąpić z zarzutami dla ochrony swego prawa do nazwiska.

W braku norm ustawowych[2]) mogą władze polityczne austryackie w toku instancyi przestrzegać w tej mierze pewnych kautel na wzór systemu francuskiego, korzystając z tej okoliczności, że udzielenie zezwolenia na zmianę nazwiska rodowego podlega ich swobodnemu ocenieniu[3]).

---

[1]) l. cit. str. 321.

[2]) Odnośne przepisy u Piwockiego, zbiór ustaw i rozp. administr., III., 1910.

[3]) Zasada swobodnego w tej mierze ocenienia władzy politycznej jest w myśl dekretu kanc. nadw. z 5. czerwca 1826., zb. u. pol. t. 54., Nr. 36. (Piwocki, III.) ograniczoną w dwóch

II. Projekt daje także ochronę pseudonimowi. Autorowie projektu przyznają[1]), że używanie pseudonimu nie podlega wogóle żadnym ograniczeniom, ale z drugiej strony sądzą, że używanie pseudonimu, do którego od dłuższego czasu przywiązaną jest sława artysty lub pisarza, może stanowić przywłaszczenie i pokrzywdzenie ważnych i godnych ochrony interesów („eine unbefugte Anmassung und Beeintrachtigung wichtiger und schutzwürdiger Interessen"). Ochrona pseudonimu napotyka przedewszystkiem na rozliczne trudności technicznej natury. Jako pseudonimy bywają często używane inicyały, imiona lub (specyalnie ze względu na stosunki polskie) nazwy herbów rodowych. Jeżeliby więc ktoś używał jako pseudonimu nazwy swego herbu, swego imienia lub swych inicyałów, czyż możnaby mu tego zakazać, dlatego tylko, że ktoś inny przed nim i dotychczas takiego samego pseudonimu używał?

Zwolennicy prawnej ochrony pseudonimu, powołują się na analogiczne przepisy kodeksu handlowego o ochronie firm kupieckich, i twierdzą, że przy pseudonimach zachodzi zupełnie podobna „ratio legis",

wypadkach: a) nadania szlachectwa, b) przejścia na religię chrześcijańską, — ale tylko odnośnie do samej zmiany nazwiska. Nigdzie zaś nie jest ograniczoną zasada swobodnego ocenienia odnośnie do zezwolenia na brzmienie nazwiska, które ma być przybrane.

Za daleko idąca swoboda władz politycznych ma jednak także swe ujemne strony. I tak nadawanie żydom nazwiska w sposób, jak ono odbywało się za cesarza Józefa II. doprowadziło do tego, że Żydzi, otrzymując od ówczesnych urzędników nazwiska o brzmieniu wyłącznie niemieckiem, przywykli poczytywać się za Niemców, czem popartą została germanizacya ziem polskich do Austryi przyłączonych. Podobnie postępują Węgrzy, gdzie zmiana nazwiska na węgierskie jako środek madyaryzacyi jest bardzo ułatwiona, a zmiana na nazwiska o innem brzmieniu wcale nie dopuszczalną. Nasze władze, uważają pozwolenie na zmianę nazwiska za akt łaski, odmawiają często pozwolenia, chociaż zmiana taka byłaby pożądaną dla proszącego, jeśli tenże ma nazwisko brzydkie, śmieszne i t. p. (Przyp. Red.)

[1]) Erläuternde Bemerkungen (str. 62).

a mianowicie potrzeba ochrony interesu, z pewną nazwą związanego. Nie ulega wątpliwości, że o tyle pewna analogia rzeczywiście tutaj istnieje. Ale stwierdzenie tej analogii nastręcza nowe techniczne trudności. Jeżeliby bowiem nie wolno było używać jakiegoś pseudonimu li tylko dlatego, że ktoś inny takiego pseudonimu dotychczas używał i używa, to analogia z firmami handlowemi musiałaby konsekwentnie doprowadzić do postanowień wprost wyjątkowych, bo ograniczających swobodne używanie własnego nazwiska rodowego. Artykuł 20. austr. kodeksu handlowego postanawia: „Każda nowa firma musi różnić się wybitnie od wszelkich firm w tem samem miejscu lub w tej samej gminie już istniejących i do rejestru handlowego wpisanych. Jeżeli kupiec ma takie samo imię i nazwisko, jak kupiec wpisany już do rejestru handlowego, a chce także używać ich za firmę, zamieści w niej dodatek odróżniający ją wybitnie od firmy już wpisanej". Jeżeli więc analogicznie miałyby być chronione pseudonimy, to ochrona musiałaby konsekwentnie odnosić się i do tego przypadku, kiedy ktoś używa w piśmiennictwie swego imienia i nazwiska, a ktoś drugi, noszący przypadkowo to samo imię i nazwisko, chciałby go również w piśmiennictwie używać. W tym razie musiałby do swego własnego imienia i nazwiska dodać dodatek, odróżniający je wybitnie od nazwiska swego imiennika!

Nie mamy zamiaru na tem miejscu rozstrzygać ani też przesądzać kwestyi, w jakich granicach pseudonim mógłby ewentualnie doznawać ochrony. Chcieliśmy tylko wskazać na trudności techniczne, jakie się w tej mierze nasuwają, i zwrócić uwagę na to, jakie konsekwencye ze względu na używanie własnego imienia i nazwiska rodowego musiałaby pociągnąć za sobą bezwzględna ochrona pseudonimu i analogia z przepisami kodeksu handlowego o firmach kupieckich. Jeżeliby obrót wykazał rzeczywistą potrzebę ochrony pseudonimu, to prawodawstwo musiałoby tutaj oczywiście wkroczyć. Ale takiej realnej potrzeby w czasach

obecnych nie widzimy. Gdyby zaś istotnie zaszła kiedyś realna potrzeba ochrony pseudonimu, to znaczy, gdyby częste przybierania cudzych, znanych już zaszczytnie pseudonimów, wymagały interwencyi prawodawstwa, to, jak mówiliśmy, ochrony takiej należałoby udzielić. Ale nie możnaby tej kwestyi załatwić jednym lakonicznym paragrafem zamieszczonym w ustawie cywilnej. Gdyby kwestyę prawnej ochrony pseudonimu miano kiedyś rzeczywiście poważnie uregulować, to naszem zdaniem mogłoby to nastąpić jedynie osobną ustawą, podobnie jak się rzecz ma z ochroną patentów, marek ochronnych, własności literackiej i artystycznej i t. d. W ustawie takiej należałoby dokładnie określić, co to jest pseudonim, w jakich granicach i formach jest on chroniony, zamieścić przepisy o odpowiednim rejestrze i wpisach do niego i t. d., jednem słowem wyjaśnić wszelkie w tej mierze zachodzące wątpliwości.

Rzecz prosta, że nie zamierzamy na tem miejscu przedstawiać dokładnego projektu takiej ewentualnej ustawy o ochronie pseudonimu. To też tylko przykładowo, jedynie dla zaznaczenia, jak kwestya ta jest skomplikowaną, a bez najmniejszej pretensyi do jej szczegółowego wyczerpania, podajemy następujące wnioski do ewentualnej takiej ustawy:

1. Pseudonim jest to nazwisko, którego ktoś używa na polu działalności literackiej lub artystycznej, podpisując lub oznaczając niem swe utwory i dzieła albo też, występując pod niem publicznie, a nie mając do tego nazwiska prawa ani na podstawie przepisów powszechnej ustawy cywilnej, ani też na podstawie przepisów publiczno-prawnych (zmiana nazwiska, nadany predykat szlachecki[1]).

2. Kto chce zapewnić sobie wyłączne prawo używania pewnego pseudonimu, musi wyjednać zaciągnię-

[1]) Gierke (Privatrecht, I., str. 723.) zaznacza słusznie, że pseudonimy („Angenommene Namen") są używane „statt des bürgerlichen Namens".

cie go do rejestru, stosownie do osobnych w tym względzie postanowień...

3. Od zaciągania do rejestru są wyłączone, a przeto nie kwalifikują się do nabycia wyłącznego prawa używania takie pseudonimy, które:

a) składają się z samych tylko inicyałów lub cyfr,

b) stanowią wyrazy nieprzyzwoite i wywołujące powszechne zgorszenie, dalej te, które zawierają wyrażenia niezgodne z istotnymi stosunkami lub z prawdą i mogłyby łudzić ogół[1]),

c) stanowią prawne nazwisko osoby innej, która to nazwisko nosi na podstawie przepisów powszechnej ustawy cywilnej lub szczególnego przepisu publiczno-prawnego (Art. 1).

4. Władza, dozwalająca wpisu do rejestru pseudonimów, obowiązana jest przed udzieleniem swego pozwolenia, zasięgnąć wiadomości u władzy, prowadzącej spisy nazwisk szlacheckich, czy pseudonim mający być zarejestrowanym, nie stanowi nazwiska, używanego przez rody szlacheckie[2]). Jeżeli się okaże, że mający być przybranym pseudonim nie stanowi nazwiska szlacheckiego, to wtedy władza, dozwalająca jego zarejestrowania, nie ma obowiązku badania z urzędu, czy nazwisko identyczne z tym pseudonimem przysługuje komukolwiek jako nazwisko rodowe[3]), i powinna

---

[1]) N. p. jeżeli ktoś, nie będący lekarzem, zamieszczałby w swym pseudonimie tytuł „doktor wszech nauk lekarskich", „doktor medycyny" lub „lekarz", — albo też jeżeliby ktoś używał w swym pseudonimie wyższego tytułu szlacheckiego, nie mając zresztą do niego prawa. (Kwestya mogąca być sporną).

[2]) Podobny proceder zachodzi przy udzielaniu przez władzę krajową zezwolenia na zmianę nazwiska rodowego.

[3]) Badanie takie byłoby wprost niemożliwe, bo nie mamy nigdzie kompletnego spisu nazwisk nie-szlacheckich. — „Władza... nie ma obowiązku badania z urzędu", to znaczy, że gdyby władzy było wiadomem, że ktoś podobne nazwisko prawnie nosi, lub też, gdyby ktoś, dowiedziawszy się przypadkiem, że trzecia osoba chce przybrać jego nazwisko rodowe jako pseudonim, władzy tej o tem doniósł i ze swego prawa do nazwiska

na zarejestrowanie pseudonimu zezwolić. Gdyby jednak już po zarejestrowaniu pseudonimu zgłosił się uprawniony posiadacz nazwiska, identycznego z zarejestrowanym pseudonimem, to wtedy na jego żądanie władza powinna zarządzić wykreślenie pseudonimu z rejestru z tym skutkiem, jak gdyby zarejestrowanie nigdy nie nastąpiło. Prawo do takiego żądania wykreślenia z rejestru przysługuje jednak uprawnionemu tylko w ciągu sześciu miesięcy od ogłoszenia dokonanego wpisu[1]).

5. Gdyby ktoś już po zarejestrowaniu pewnego pseudonimu nabył nazwisko identyczne z tym pseudonimem, nie może w żadnym razie żądać wykreślenia tego pseudonimu z rejestru[2]).

6. Zgodne z przepisami ustawy niniejszej zgłoszenie kilku pseudonimów na nazwisko jednej i tej samej osoby, jest dozwolone.

7. Prawo do wyłącznego używania pseudonimu jest ściśle przywiązane do osoby uprawnionego, gaśnie wraz z jego śmiercią i nie może być na inną osobę przeniesione. Umowy przeciwne są nieważne[3]).

8. Dokonane zarejestrowanie pseudonimu winno być ogłoszone w przeznaczonych na to pismach. Ogłoszenie winno podawać fakt zarejestrowania pewnego pseudonimu. Prawdziwe nazwisko osoby, która dany

należycie się wylegitymował, to wtedy władza w myśl art. 2. lit. c. byłaby obowiązaną odmówić zarejestrowania.

[1]) Chodzi tu o to, aby ktoś nie był pozbawiony prawa wyłączności pseudonimu, które mu już przez dłuższy czas przysługiwało.

[2]) Chodzi tutaj o taki wypadek, gdyby n. p. ktoś już po zarejestrowaniu czyjegoś pseudonimu, a jeszcze przed upływem sześciu miesięcy (art. 4.), zmienił swe dotychczasowe nazwisko rodowe na nazwisko identyczne z już zarejestrowanym pseudonimem. W ten sposób bowiem możnaby przez obejście ustawy naruszyć cudze już nabyte prawo do wyłączności używania pewnego pseudonimu.

[3]) Pseudonim jest ściśle związany z indywidualnością pewnej osoby, a przeniesienie go na inną osobę łudziłoby publiczność i byłoby wprost niemoralnem.

pseudonim przybrała, może być w tem ogłoszeniu podane tylko na jej wyraźne żądanie.

Powyższe artykuły nie wyczerpałyby bynajmniej całej kwestyi ochrony pseudonimu. Nasuwają się w tej mierze jeszcze inne, liczne pytania, które musiałyby być rozstrzygnięte. I tak n. p. nasuwa się pytanie, czy nazwisko familijne („z domu"), używane przez mężatkę, która przecież podług prawa cywilnego nosi nazwisko rodowe swego męża, ma być uważane według art. 1. za jej pseudonim, czy za jej nazwisko. (Naszem zdaniem za nazwisko[1]). A dalej nasuwa się skomplikowana kwestya nazw herbów rodowych, specyalnie ze względu na heraldykę polską. O ile bowiem w heraldyce niemieckiej każda rodzina ma swój własny herb, noszący tę samą nazwę, co ta rodzina, o tyle właściwością

[1]) Powszechnem jest w literaturze zdanie, że „kobieta przez zamążpójście zmienia swe dotychczasowe nazwisko „panieńskie" na nazwisko męża". Nie chcąc się na tem miejscu nad tą kwestyą szerzej rozwodzić, zaznaczyć tylko musimy, że o zmianie zupełnej, bez zastrzeżeń, mówić tutaj nie można. W razie zmiany nazwiska rodowego, takiej n. p. jaka się dokonuje na prośbę interesowanego za zezwoleniem politycznej władzy krajowej, dawne nazwisko gaśnie w zupełności. Jeżeli komuś władza dozwoliła zmienić nazwisko X. na Y., to odtąd nosi on prawnie nazwisko Y., a do nazwiska X. nie ma on już żadnego prawa. Natomiast przy zamążpójściu kobiety nie możemy mówić o tak radykalnej, zupełnej zmianie. Gdyby ona bowiem swe nazwisko familijne w zupełności na nazwisko męża zmieniła, to w takim razie jak wytłomaczylibyśmy ten fakt, że adoptowany przez mężatkę przybiera nie nazwisko jej męża, ale jej nazwisko familijne. Gdyby bowiem jej dawne nazwisko („z domu") zgasło, to tem bardziej nie mogłoby być przeniesione na adoptowanego.

Podobnie też niemoglibyśmy wyjaśnić, dlaczego dziecko, uznane za nieślubne, dlatego, że chociaż urodzone przez mężatkę, jednak nie zostało spłodzone przez jej męża, przybiera dawne familijne nazwisko swej matki. Należy więc raczej powiedzieć, że kobieta przez zamążpójście nie zmienia (w ścisłem tego słowa znaczeniu) swego nazwiska, lecz tylko w myśl pozytywnego przepisu ustawy ma prawo i obowiązek używania nazwiska męża, a dawne jej nazwisko nie gaśnie, nie zmienia się, lecz tylko spoczywa, zachowując w pewnych przypadkach swe prawne znaczenie.

heraldyki polskiej są herby, noszące pewne nazwy, odrębne od nazwiska, a przysługujące całemu szeregowi rodzin o różnych nazwiskach rodowych. Gdyby więc ktoś chciał zarejestrować sobie wyłączne prawo używania takiego pseudonimu, jak n. p. „Ostoja“, to zachodziłyby tutaj trzy kwestye: Po pierwsze — czy może być w tym wypadku mowa o pseudonimie, bo przecież nazwa herbu wchodzi w skład pełnego nazwiska, przysługującego danej osobie. (Mówimy tu oczywiście o przypadku, gdy przybierający ten pseudonim jest rzeczywiście szlachcicem herbu Ostoja, a prawo jego do używania herbu tejże nazwy jest urzędownie stwierdzone). Po drugie — czy pseudonim taki może doznawać ochrony w drodze prawa do wyłącznego używania, a to ze względu na tę okoliczność, że nazwa takiego herbu wchodzi w skład nazwiska cywilnego całego szeregu innych osób. Po trzecie — czy to, cośmy powyżej zamieścili w podanym przez nas zarysie projektu ustawy o ochronie pseudonimu (Art. 3., lit. b), a mianowicie postanowienie o niemożliwości zarejestrowania pseudonimów, które „zawierają wyrażenia, niezgodne z istotnymi stosunkami lub z prawdą i mogłyby łudzić ogół“, stosowałoby się i do takiego wypadku, gdyby ktoś, niemający prawa do herbu n. p. „Ostoja“, chciał takiego herbu używać jako pseudonimu. A przecież cała ta kwestya jest ważną ze względu na wielką ilość piszących Polaków w państwie austryackiem, i ze względu na tę okoliczność, że pisarze polscy przybierają często jako pseudonimy nazwy pewnych herbów polskich.

Co się zaś tyczy niemieckich predykatów szlacheckich, to niewątpliwie są one drugiem nazwiskiem, przysługują jednej tylko rodzinie w związku z jej pierwszem nazwiskiem, a bardzo często bywają w życiu towarzyskiem i politycznem używane wprost jako nazwisko (n. p. pan Lexa von Aehrenthal nazywa się krócej „von Aehrenthal“, pan Simitsch von Hohenblum panem „von Hohenblum“ i t. d.): te predykaty szla-

checkie nie mogą więc naszem zdaniem żadną miarą być uważane za pseudonimy.

A przytem nie dotknęliśmy wcale tej kwestyi, o ile ochrona pseudonimu miałaby się rozciągać i na te przypadki, w których ktoś nie oznacza nimi swych utworów lub dzieł, ale występuje pod nimi na scenie teatralnej, na estradzie koncertowej lub na katedrze prelegenta. Przy sposobności wprowadzenia ochrony pseudonimu i nad tą kwestyą należałoby się zastanowić i jasne w tej mierze wprowadzić postanowienia. Tymczasem projekt rządowy kwestyi tej zupełnie nie porusza, pozostawiając otwarte pole dla wszelkich wątpliwości, czy i o ile ochrona miałaby się odnosić i do takich pseudonimów.

Przedstawiony powyżej zarys projektu nie zawiera też żadnych wniosków co do urządzenia rejestru pseudonimów.

W projekcie naszym skłanialiśmy się dość silnie na stronę analogii z ustawą o ochronie znaków towarowych z dnia 6. stycznia 1890 l. 19 dz. u. p., korzystając miejscami z wyrażeń tejże ustawy. I tu i tam chodzi bowiem o ochronę pewnych znaków, odróżniających bądź to wyroby przemysłowe, bądź też płody ducha — od innych; i tu i tam znaki takie różnią się od nazwiska cywilnego. Nie zachodzi natomiast w tej mierze żadna analogia pomiędzy pseudonimem a firmą handlową. Ta ostatnia bowiem, chociaż uchodzi za handlowe nazwisko kupca, jednakowoż reprezentuje pewne przedsiębiorstwo jako rzecz zbiorową, o czem przy pseudonimie nie może być mowy.

Nie możemy sobie wyobrazić, co autorowie projektu mogli rozumieć przez „prawo“ do używania pseudonimu („Wird jemandem das Recht zur Führung eines... Decknamens bestritten“). Przecież o „prawie“ do używania pseudonimu nie może być mowy; w stanie obecnym używanie pseudonimu jest faktem, nie mającym żadnego prawnego uzasadnienia. Jeżeli więc nie może być mowy o „prawie“ do używania pseudo-

nimu, to jak można wogóle skonstruować taki przypadek, w którymby komuś tego prawa zaprzeczano? Jak można zaprzeczać prawa, które wogóle nie istnieje?

Znamiennem jest, że w trakcie obrad nad niemieckim powszechnym kodeksem cywilnym, przy których kwestyę ochrony nazwiska rodowego rozważano szeroko i wszechstronnie, komisya była zgodnego zdania, że tej prywatno-prawnej ochrony nie należy rozciągać na pseudonimy („pseudonyme Bezeichnungen")[1]). Jest to zupełnie zrozumiałem z tego względu, że ustawodawcze unormowanie kwestyi pseudonimu napotyka na te rozliczne trudności, o których powyżej częściowo wspomnieliśmy. I nie dziw. Prawodawstwo musiałoby bowiem w tym wypadku wkroczyć na teren dziewiczy, gdzie brak jeszcze zupełnie nie tylko pewnej tradycyi w rozwoju historyczno-prawnym, ale, gdzie wprost niema jeszcze jasno urobionych pojęć. Stąd płynie prosta konsekwencya: Gdzie trudno jest ująć całą kwestyę w pojęcia zasadnicze, tam musi się zejść na tory kazuistyki, która przecież nie odpowiada nowożytnym pojęciom o technice prawodawczej.

A przytem nasuwa się nam jeszcze jedna uwaga. Zadaniem prawodawstwa cywilnego jest nie tylko stworzyć podstawy do załatwienia sporów, ale także z drugiej strony stosunki społeczne tak unormować, żeby jak najmniej sporów powstawało. I to drugie zadanie prawodawstwa jest bodaj czy nie bardziej doniosłe. Należy się więc zastanowić nad tem, czy ustawowe unormowanie ochrony prawa do pseudonimu, nie stałoby się w praktyce, — jeżeli użyjemy ad hoc skonstruowanego wyrażenia — „prowokacyą prawa cywilnego", czy nie wywołałoby właśnie takich sporów, których dzisiaj, w braku wszelkich norm ustawowych, zupełnie niema. Jeżeliby takie spory zdarzały się już i to często, należałoby w tę dziedzinę wkroczyć, ale

[1]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs I., 1897, str. 45.

ponieważ ich dotychczas niema, przeto może zachodzić uzasadniona obawa, że normy prawne, mające na celu prewencyę, stałyby się prowokacyą!

W każdym jednak razie, mówiąc o ochronie prawnej pseudonimu, należy się zastrzedz przeciwko temu, jakoby już w ramach dzisiejszego prawodawstwa pseudonim mógł na ogół doznawać ochrony; wszelkie wywody na ten temat mogą mieć jedynie znaczenie „de lege ferenda". Nie mówimy tutaj oczywiście o takich przypadkach, w których pseudonim jest chroniony w ramach innych instytucyj prawnych, n. p. jako część składowa marki ochronnej, jako firma o brzmieniu mitologicznego nazwiska i t. d. W przypadkach takich nie może być bowiem mowy o pseudonimie w ścisłem tego słowa znaczeniu.

Nie wydaje nam się dlatego słusznem zdanie Gierke'go[1]), jakoby już w myśl dzisiejszego ustawodawstwa pseudonim mógł doznawać ochrony prywatno-prawnej „aus dem allgemeinem Gesichtspunkte des Rechtes der Persönlichkeit".

Dlaczego nie możemy dzisiaj wogóle mówić o „prawie" do pseudonimu? Aby kwestyę tę załatwić z zasadniczego punktu widzenia, musimy przedewszystkiem wyjść od definicyi prawa podmiotowego. Nie wdając się na tem miejscu w szersze rozpatrywanie tak licznych w tej mierze teoryj, możemy prawo podmiotowe jednostki w dziedzinie prawa prywatnego określić w sposób negatywny, a mianowicie, jako upoważnienie, które może być jako takie w jakikolwiek sposób przez inne jednostki bezprawnie naruszone. Dlatego też nie możemy upoważnienia do używania pseudonimu, jakie obecnie każdemu przysługuje, żadną miarą według dzisiejszego stanu ustawodawstwa uważać za prawo podmiotowe jednostki. Co nie może być jako takie przez inne osoby naruszone, nie jest prawem podmiotowem. Dlatego też

[1]) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, I., 1895, str. 723, uw. 35.

nie możemy za prawo podmiotowe uważać n. p. służącej każdemu (nie mówię tutaj oczywiście o wyjątkach takich, jak n. p. odnośnie do duchownych lub wojskowych) wolności noszenia pewnego zarostu lub pewnego dowolnego ubioru. Można komuś ubranie zniszczyć, można mu grozić obiciem, jeżeli dawnego ubioru nie zaprzestanie nosić i t. d., ale wtedy narusza się dobra inne, jak cudzą własność prywatną lub wolność osobistą: nie można natomiast naruszyć upoważnienia do noszenia tego ubioru jako takiego. I dlatego też obojętnemi są dla sfery prawnej te wszystkie akty woli ludzkiej, których jako takich żadną miarą naruszyć nie można. Kładziemy nacisk na wyrażenie „jako takich". Kto używa n. p. jakiejś takiej części ubrania, jakiej dotychczas używał ktoś inny, to może pośrednio i w związku z okolicznościami naruszyć n. p. cudze prawa patentowe. Jeżeli zaś część ubrania jako przedmiot patentu lub skądinąd takiej specyalnej ochrony nie doznaje, to nie można nigdy naruszyć cudzego prawa przez to, że się przybierze strój z jego strojem zupełnie identyczny.

Aby naturalna swoboda jednostki przemieniła się w podmiotowe uprawnienie, na to trzeba specyalnego aktu ustawodawstwa. I charakterystycznem jest właśnie, że ustawodawstwo, stwarzając nowe uprawnienia podmiotowe, jednocześnie daje możność ich naruszania, a więc popełniania bezprawia. Co było dotychczas swobodą faktyczną, to staje się odtąd uprawnieniem: co było dotychczas tylko faktycznem, dla sfery prawnej obojętnem naruszeniem cudzych interesów, to staje się odtąd bezprawiem. Pojęcia uprawnienia i bezprawia są ze sobą tak ściśle związane, że jedno nie może istnieć bez drugiego.

Rozwój kultury nowożytnej stwarza coraz nowsze takie podmiotowe uprawnienia, które niższej kulturze były zgoła nieznane. Wystarczy choćby wskazać na całe ustawodawstwo o markach ochronnych, patentach, modelach, prawie autorskiem i t. d., które zostało wy-

wołane potrzebami obrotu. I coraz nowsze w tej mierze ujawniają się potrzeby! I tak n. p. w dziedzinie t. zw. nielojalnej konkurencyi kupieckiej są pewne objawy uważane przez społeczeństwo za nieetyczne, ale wobec braku norm ustawowych stanowią one jedynie faktyczne naruszenie cudzych interesów. Dopiero z chwilą, kiedy ustawodawstwo, idąc za głosem opinii i etyki publicznej, spowodowane realnemi potrzebami, uzna pewne akty nielojalnej konkurencyi za bezprawie i ich zakaże, to z tą chwilą faktyczne interesa strony w swych prawach naruszanej przemieniają się w podmiotowe uprawnienia.

Unormowanie prawnej ochrony pseudonimów byłoby więc jednym krokiem naprzód w rozwoju praw indywidualnych.

Z tego względu byłoby ono zupełnie usprawiedliwionem, ale pod jednym warunkiem — aby uznanie czegoś za bezprawie było poprzedzone przez faktyczne naruszenia cudzych interesów.

III. Drugi ustęp § 1. projektu rządowego zajmuje się wypadkiem, w którym ktoś jest pokrzywdzony przez przywłaszczenie sobie jego pseudonimu i dopuszcza skargę o zaprzestanie tego przywłaszczenia, podobnie jak przy nazwisku rodowem. O ile przy nazwisku skargę taką możnaby uznać za wskazaną, o tyle w odniesieniu do pseudonimu uważamy ją za nieuzasadnioną. Ustawa nie określa bowiem, co to jest pseudonim, jakie są jego granice i ewidencya, — jak więc można dawać skargę prywatno-prawną o zabronienie drugiemu używania pewnego pseudonimu, jeżeli nie mamy żadnej podstawy i żadnego kryteryum dla osądzenia, czy i o ile komuś prawo do pewnego pseudonimu służy [1]). Według obecnego stanu rzeczy i w braku jakichkolwiek bliższych postanowień prawa do pseudonimu wogóle niema, a więc nikt do takiej skargi

[1]) Wprowadzenie takiej osobnej skargi byłoby uzasadnionem jedynie w związku z ustawowem unormowaniem kwestyi pseudonimów (por. wyżej).

nie jest czynnie legitymowanym. Gołosłowne zaś postanowienie drugiego ustępu § 1. projektu tego stanu rzeczy nie zmienia, — i dlatego brak mu faktycznej podstawy.

IV. Projekt, jak widzimy, mówi także o wynagrodzeniu szkody, spowodowanej przez zawinione używanie cudzego nazwiska lub pseudonimu. Szkoda taka jest zupełnie możliwą. Ale, jak to autorowie projektu sami przyznają, w wypadkach takich można już na podstawie ogólnych zasad żądać wynagrodzenia szkody. Postanowienie końcowe drugiego ustępu § 1. projektu o wynagrodzeniu szkody jest więc zbytecznem. Wobec istnienia ogólnych zasad o wynagrodzeniu szkody, niepotrzebnem jest wymienianie w ustawie pojedynczego wypadku ich praktycznego zastosowania.

Zbierając w krótkości nasze dotychczasowe wywody, sądzimy, że § 1. rządowego projektu powinien zawierać tylko następujące postanowienie: „Wird jemand durch Anmassung seines Namens beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung dieser Anmassung klagen".

Subkomitet prawniczej komisyi Izby Panów zmienił w swych uchwałach postanowienia § 1. projektu rządowego[1]). Przedewszystkiem, co do strony technicznej, subkomitet wprowadza odnośne postanowienia w miejsce dotychczasowego § 43. austr. u. cyw., uważając § ten za niepotrzebny. — § 1. projektu według stylizacyi subkomitetu brzmi: „§ 43. a. b. G. B. erhält die Überschrift: „VIII. Schutz des Namens" und hat zu lauten: Wird jemandem das Recht zur Führung eines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen".

Projekt ten jest w odniesieniu do ochrony nazwiska i pseudonimu już znacznie lepszym od projektu

[1]) Beschlüsse des Subkomitees der juridischen Kommission des Herrenhauses über die Novelle zum a. b. Gesetzbuch (Juli 1909.) Wien 1909.

rządowego. Nie mówi bowiem o „prawie" do pseudonimu i pomija niepotrzebną prywatno-prawną skargę o stwierdzenie prawa do nazwiska. Natomiast wprowadza skargę o zaprzestanie w tym wypadku, jeżeli komuś zarzucają, że nie ma prawa do noszenia pewnego nazwiska; skarga ta ma być więc skierowaną na zaprzestanie odnośnych zarzutów. Skarga taka jest zupełnie uzasadniona. Nie chodzi tutaj bowiem o stwierdzenie prawa do nazwiska, lecz o zabronienie komuś bezpodstawnych zarzutów w odniesieniu do prawa już stwierdzonego i pewnego. Jeżeliby wskutek takich zarzutów ktoś poniósł szkodę, to można wynieść w razie winy skargę o odszkodowanie. Co się tyczy tego ostatniego postanowienia, to powtórzyć musimy na tem miejscu to samo, co już zaznaczyliśmy przy omawianiu projektu rządowego, a mianowicie, że postanowienie takie jest zbyteczne wobec istnienia ogólnych przepisów o wynagrodzeniu szkody.

Wyrażenie projektu subkomitetu „durch unbefugten Gebrauch seines Namens" uważamy za odpowiedniejsze, niż wyrażenie projektu rządowego „durch Anmassung seines Namens".

Jeżeli więc uzupełnimy ten projekt brzmienia § 1. projektu, jaki powyżej przytoczyliśmy — skargą o zaprzestanie zarzutów, wprowadzoną w § 1. projektu subkomitetu Izby Panów, i uwzględnimy inne jeszcze, powyżej wspomniane poprawki subkomitetu, to paragraf ten powinien naszem zdaniem brzmieć następująco:

„§ 43. a. b. G. B erhält die Überschrift „VIII. Schutz des Namens" und hat zu lauten: Wird jemandem das Recht zur Führung eines Namens bestritten oder wird jemand durch unbefugten Gebrauch seines Namens beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung klagen".

Zapiski literackie.

Mieczysław Szerer. Kara. Szkic socyologiczny. Kraków 1910 str. 204.

Nazwisko w literaturze dotychczas nieznane. Książka wydana starannie (Anczyc), język wytworny, pełen barwnych zwrotów, świetnych porównań, autor nie tylko myśli, ale nadto jakby myśl odczuwał, to też nie tylko myśl swą podaje, ale także ją obrazowo przedstawia. Książka nie tylko należy do filozofii prawa, ale także do literatury pięknej poniekąd. Czytać ją może każdy.

Treść i tezy pobudzają do dyskusyi, wywołują ducha opozycyi — ale to właśnie dobrze, nie jest to robota tuzinkowa, lecz śmiało zarysowany kontur własnych zapatrywań. Temperament wojowniczy.

P. Szerer występuje z teoryą socyologiczną kary. Chodzi mu o to, by uwypuklić związek zachodzący między społeczeństwem a karą. Z natury rzeczy wysunie się pierwsza kwestya, co to jest społeczeństwo? Zamiast odpowiedzi na to pytanie otrzymujemy powołanie się na Simmla (znana, a niezbyt szczęśliwa teorya Wechselwirkung): społeczeństwo jest tam, gdzie zachodzi wzajemne oddziaływanie na siebie ludzi w łączących ich stosunkach (str. 70), ale p. Szerer wychodzi nieświadomie poza Simmla, który mu jest zresztą, jak się zdaje, autorytetem w rzeczach socyologii. P. Szerer z całym naciskiem zwraca uwagę na organizacyę społeczną i to organizacyę specyalną złożoną z klasy panującej i podległej (podbitej str. 71). To niewątpliwie jednostronne pojęcie grupy społecznej i organizacyi społecznej uzasadnia obszernie (str. 31—69). Kara zaś powstaje tylko tam, gdzie jest organizacya, „skoro zaś środek ten — a jest nim kara — nie mógł z braku czynników powołujących go do życia powstać przed wytworzeniem się organizacyi, organizacya natomiast musi go posiadać — przeto jest on jej wyłącznie właściwy i z niej tylko czerpie uzasadnienie“ (69).

Krótko mówiąc, kara to broń w rękach klasy silniejszej dla zabezpieczenia zdobyczy przed jej utratą („bo rzeczywiście klasa wyzyskiwaczy stoi zawsze w ordynku bojowym" str. 65—66). Ponieważ jednak „i kannibale tuczą nieraz ofiarę, zanim ją spożyją uroczyście" (str. 98), to też kara może także chronić interesy klas słabszych wyzyskiwanych zresztą („w większej masie chronionych przez karę interesów łatwiej znajdą się takie, które właściwe są nie tylko klasom uprzywilejowanym, ale także i reszcie członków grupy czyli całemu ogółowi. O ile przeto chodzić będzie o takie wspólne interesy, to chroniąca je kara będzie miała charakter altruistyczny. Widome jednak, że charakter ten powstaje jako cecha wtórna, nie jako pierwotna racya stosowania kary" str. 100).

To jedna teza zasadnicza! Druga: kara ze swej istoty nie jest zemstą — oczywiście nie tylko tam, gdzie mści się pokrzywdzony, niema kary, ale nawet tam, gdzie mamy do czynienia z reakcyą społeczną („kara nie jest zemstą społeczną" str. 140). Kara jest naturalnym wrogiem zemsty, ponieważ jej przesłanką jest skrępowanie jednostki — w organizacyi — dla pewnego celu (str. 141).

Z tej przesłanki wynika oczywiście logicznie odrzucanie kary wszędzie tam, gdzie kara tego celu „utrzymania danego ukształtowania" nie ma osiągnąć.

„Wedle naszego socyologicznego pojęcia kara stoi celowością" (186).

Krytyka wobec tych dwu przesłanek: organizacyi społecznej identycznej z wyzyskiwaniem słabszych przez silniejszych i kary zawsze celowej, ma zadanie ułatwione.

Odpowiedź brzmi: autor wykroił sobie dowolnie pewne zjawiska z ogółu, inne dowolnie wyrzucił poza nawias, następnie oczywiście na podstawie tych przesłanek dojść musi do innych wniosków, niż kto inny. Polemika autora ogranicza się do Liszta, Kohlera, Krzymuskiego i Makarewicza.

Co do metody przedstawienia, to cechuje ją ta sama dowolność, co wybór założenia. Dla wytłómaczenia, dlaczego środki karne przybierają w miarę kultury coraz

to łagodniejszą formę, szuka odpowiedzi nie psychologicznej (we wyrafinowaniu kultury), lecz „socyologicznej": na niższym stopniu rozwoju jednostka jest niezawisłą od swej grupy, „może zbiec do obcej grupy i tam znaleść pożądaną gościnę" (str. 88), „natomiast na wyższym stopniu uspołecznienia jednostka jest niejako już aprjorycznie związana ze swą grupą". Stąd kara prymitywna jest surową, by jednostkę przykuć do grupy, na wyższym stopniu kultury, „może zelżeć nacisk kary zmuszającej do tego właśnie współdziałania" (str. 89). Nie wchodzę w związek przyczynowy, dość oryginalny, stwierdzam tylko, że teza, jakoby jednostka pierwotna była niezawisłą od grupy, sprzeciwia się wprost wszystkiemu, co mówi prawdziwa socyologia (oparta na sumiennych studyach historycznych i etnologicznych a nie na konstrukcyach od zielonego stolika).

Wszak jedną z najsurowszych kar grupy pierwotnej na równi z karą śmierci jest wykluczenie (wygnanie) członka grupy a w kodeksie nowszym wypędzenie (stosowane zwykle do obcych) jest zaledwo karą dodatkową. Jednostka pierwotna poza grupą, to rozbitek wydany na pastwę dzikich zwierząt i obcych a wrogich plemion, dziwnie też wygląda owo staranie się o przykucie do siebie członka grupy (surowemi karami!) tam, gdzie wypędzanie go jest na porządku dziennym.

Lecz nie tylko z dowolności autorowi należy uczynić zarzut, w pracach pisanych metodą dyalektyczną, nadającą znanym i utartym wyrazom inne, niż zwykle znaczenie, jest to zjawisko znane (wystarczy zacytować z nowszych pisarzy Stammlera, lub Simmla, który na naszego autora wywarł wpływ aż nadto widoczny), staję już nawet na stanowisku tem samem, gotów jestem na chwilę przyjąć pojęcie społeczeństwa i kary według p. Szerera, ale inny jeszcze zarzut podnieść należy: kontury pojęć się zacierają u autora, raz organizacya jest „skamienieniem danego faktycznego stanu rzeczy stwarzającym ubezpieczenie zysków, które czerpią z niego posiadający w społeczności przewagę" (str. 60) — drugi raz

organizacya oznacza coś innego: „regulatorów, którzy zajęli się ściganiem i karaniem zloczyńców“ (str. 185). Ten sam wyraz oznacza więc raz: budowę społeczną, drugi raz: organ grupy społecznej.

A sama kara? to pojęcie mieni się u autora barwami kameleona. Zasadniczo: to przejaw świadomej celu reakcyi społecznej — można się zgodzić, bo to kwestya gustu, można powiedzieć: ja uważam tylko karę celową za karę, inne przejawy pokrewne nie są karą. Ale p. Szerer nie żąda świadomości po stronie grupy.

Czytamy: „stopień uświadomienia celowości kary jest obojętny, może go nawet wcale nie być“ (str. 139). „Gdy chodzi o istotę zjawiska społecznego, obojętne jest, jak zapatrują się na nie współcześni“ (str. 142). „Kara może być dla nasycenia się wyzyskana przez rozpierzchłe po grupie pragnienie zemsty“ (str. 143).

Wynika stąd, że kara według p. Szerera to objaw społeczny, który może według spółczesnych uchodzić za akt zemsty społecznej, może nim być nawet rzeczywiście, może spółczesnym brakować chęci i świadomości jakiegokolwiek celowego działania, a jednak nie będzie to zemsta społeczna, lecz kara ów „naturalny wróg zemsty“ (str. 141), dlaczego? bo mimo wszystkiego, będzie celową. Któż jednak rozstrzygnie o tej celowości? P. Szerer! Nie będzie to zresztą nic nowego, wszak mieliśmy prawo natury, gdzie rozmaici powołani i niepowołani rozstrzygali o tem, co dobre a co złe, co jest prawem, co nie jest, a nawet i dziś są tacy, którzy mają gotową receptę na „słuszne prawo“ (Stammler).

P. Szerer ma zwyczaj obchodzić się niezbyt łaskawie ze zdaniami innych, szczególnie źle jest usposobiony dla rozprawki Kohlera: „wywody te są tak rozbrajająco naiwne, że polemizować z nimi zbyteczne“ (str. 176). A jednak... metoda p. Szerera, dyalektyczna, pełna dowolności, niezgodnych z życiem społecznem spostrzeżeń tak podobna do Kohlera (o ile chodzi o Wesen der Strafe). Mimo to będę grzeczniejszym, nie powiem, że wywody autora są rozbrajająco naiwne, a nawet z niemi —

polemizowałem. Autorowi, którego widoczne zamiłowanie do samoistnego myślenia i własnych konstrukcyi cenię, radzę tylko, by wyemancypował się z pod wpływu Simmla, a pogłębił swe wiadomości historyczno-prawne i etnologiczne; inaczej naprawdę „socyologiem" być nie można. *Makarewicz.*

Fryderyk Zoll (Starszy), em. profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego: Pandekta, czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego. Tom III. Zobowiązania. Kraków. Nakł. Spółki wydawniczej polskiej. 1910.

Pandekta prof. Zolla, nestora polskich romanistów, postępują raźno naprzód. Czcigodny autor, wolny od zajęć uniwersyteckich, ochoczo pracuje nad swem dziełem, dając czytelnikom prawie co roku duży, w treść obfity tom „Nauki rzymskiego prawa prywatnego". Tom trzeci — przedostatni — obejmuje zobowiązania, i to zarówno ich część ogólną, jak i szczególną. Metodą przedtem przyjętą — po wywodach autora następują teksty źródeł, nie rzadko wzbogacone cennemi uwagami — autor przedstawia poszczególne instytucje rzymskiego prawa obligacyjnego, uwzględniając także rozwój historyczny, oczywiście w rozmiarach nakreślonych celem jego dużej pracy, mającej stanowić w pierwszym rzędzie podręcznik dla studjów uniwersyteckich — i jej charakterem; jest to bowiem podręcznik pandektów, a nie specyalnie historya prawa rzymskiego. Że czasami można być innego zapatrywania, aniżeli autor, co do rozmiarów przedstawienia jakiejś kwestyi, to rozumie się samo przez się; zbytecznem byłoby w niniejszem sprawozdaniu zająć się tą stroną podręcznika. Zbyt dobrze bowiem wiadomo, że kto pisze podręcznik, obejmujący całokształt jakiejś nauki, nie z równem zamiłowaniem przystępuje do opracowania poszczególnych jej działów lub części. Wystarczy, jeżeli na ogół nie jest przekroczona miara, wskazana zadaniem podręcznika; w tym kierunku należy pracy prof. Zolla oddać zupełne uznanie.

Całą naukę o zobowiązaniach rozpatruje autor w następujących rozdziałach: I o pojęciu i podziale zobowiązań (str. 1—8), II o podmiotach zobowiązań (str. 9—31), III o przedmiocie zob. (str. 32—58,) IV o powstaniu zob. (str. 59—259), dział ten obejmuje szczegółową część zobowiązań, stąd też zajmuje dwie trzecie całego tomu), V o wzmocnieniu zob. (260—278), VI o przeistoczeniu zob. (279—287, nowacya i ugoda), VII o zgaśnięciu zob. (288—312). System ten przyjęty prawie we wszystkich innych podręcznikach pandektów, odbiega oczywiście znacznie od systemów przyjętych w podręcznikach, które baczą przedewszystkiem na historyczny rozwój prawa rzymskiego (por. n. p. najlepsze, jakie posiadamy: Girarda Manuel[4], Perozzi'ego Istituzioni di diritto romano [I, II] i najświeższy, przed kilku dniami wydany E. Costy, Storia del diritto romano privato, Torino 1911, będący obszerną przeróbką dawniejszego „Corso" tegoż autora), — ma jednak tę dobrą stronę, że pozwala szybko orjentować się w całości, co w książce dla młodzieży uniwersyteckiej ważną stanowi zaletę. Z uznaniem powitać należy alfabetyczny indeks rzeczowy na końcu dzieła, dający możność szybkiego odszukania szczegółów (indeks taki dla całego dzieła w ostatnim tomie byłby bardzo pożądany!).

Zapiski z dziedziny literatury są trafnie dobrane. Ze starszej literatury romanistycznej przeszło tylko co najważniejsze i podstawowe, nowsza została sumiennie uwzględniona. Do wyczerpującego spisu literatury nikt nie ma pretensyi. Natomiast we wstępie (str. IV) możnaby literaturę ogólną trochę „przeczyścić" i w miejsce przestarzałych dzieł wstawić nowe; w szczególności nie powinno braknąć wzmianki o znakomitych mojem zdaniem Pandektach Ferrini'ego (Manuale di Pandette, 3 wyd. 1908, we wydawnictwie Piccola biblioteca scientifica T. 6) ani też o wspomnianych wyżej Instytucjach Perozzi'ego (I 1906, II 1907, w Manuali Barbera); jest to bowiem praca nawskróś samodzielna i oryginalna, pełna nowych myśli, które, jakkolwiek często wymagają kontroli i poza granicę hipotezy nie sięgają, są niewyczerpanem źródłem tematów

dla nowych badań i dają impuls do żywszego zajęcia się niejedną kwestyą.

W pandektach prof. Zolla wielką część pracy zajmują odsyłacze do tekstów źródłowych, które we wielkiej mierze w całej rozciągłości są podane. Dla młodzieży uczącej się metoda ta, dająca łatwą możność przeczytania oryginalnych tekstów, bez sięgania do odstraszającego swymi rozmiarami Corpus iuris, ma wielkie zalety. Podnieść należy, że autor w doborze źródeł bardo trafnie postępuje, wymieniając jedynie najważniejsze; samodzielność pracy czcigodnego autora można także i tu skonstatować, gdyż niejeden cytat jest nowy, w innych podręcznikach (n. p. Windscheida) nieznany. Inna rzecz, czy nie należałoby unikać cytowania źródeł interpolowanych, lub przynajmniej, jeżeli się uznaje ich ważność dla jakiejś kwestyi, zaznaczyć ich zakwestyonowaną czystość: przykładowo przytaczam str. 14 uw. b i f (dla interpolacyi tamże naprowadzonych fragmentów odsyłam do wydania Dygestów Krügera). Rażą także niektóre omyłki druku, jak n. p. „współwierzycielom" zam. „współręczycielom" (str. 13 w. 16), „państwie" zam. „prawie" (str. 107 w. 9), albo w cytowanych tekstach łacińskich". (str. 95 uw. b w. 3) „volent" zam. „valent". Nieścisłe jest wyrażenie na str. 12 u góry: „dłużnik mógł odeprzeć skargę przez negatio actionis", gdyż denegatio actionis wychodzi od pretora (por. przedewszystkiem R. Schott, das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Zivilprozess 1903).

Drobne te usterki, które przytaczam jedynie z obowiązku sprawozdawcy, nie uszczuplają oczywiście wysokiej wartości rzeczowej tej pracy, którą uczącej się młodzieży gorąco polecam. Czcigodnemu autorowi zaś życzę rychłego i szczęśliwego ukończenia pięknego i pożytecznego dzieła. *Dr. Adolf Berger.*

Cerkowne prawo supruże z osobływszym uwzhladneniem prawa hr. kat. hałyckoji prowincyi, wostocznych autokefalnych cerkwej i horożańskich zakoniw w Austryi i na Uhorsz-

czyni — napysaw dr. Wasyłyj Maściuch profesor kanon. prawa i prefekt studyi pry hr. kat. duch. seminaryi w Peremyśli. Peremyśl 1910.

Podręczniki prawa kanonicznego pojawiają się zbyt często, tak, że przyjmuje się je z pewną nieufnością dlatego, że zazwyczaj nowo wydany bywa podobny do poprzednio wydanych. Jeżeli atoli w jakimś języku podręczników niema albo jest ich nie wiele, albo jeżeli jakaś kwestya została w najnowszym czasie ustawodawczo zmieniona, natenczas podręcznik zaciekawia czytelnika a w użytku może oddać ważne usługi.

W r. 1910 wyszedł pod powyżej przytoczonym tytułem podręcznik prawa małżeńskiego w języku ruskim, w którym dotychczas posługiwano się podręcznikiem Żukowskiego, wydanym we Lwowie jeszcze w r. 1886, ale on nie uwzględnił nowych orzeczeń kongregacyi a przedewszystkiem nie mógł uwzględnić wydanego w r. 1907 dekretu kongregacyi soborowej o formie zawierania zaręczyn i małżeństw, który obowiązuje katolików obrządku rzymsko-katolickiego. Praca X. dra Maściucha tem więcej zasługuje na uwagę, że uwzględnia prawo małżeńskie kościoła wschodniego, który we wielu względach różni się co do małżeństwa od kościoła zachodniego i pomimo zawartą z kościołem rzymskim unię, zachował prawnie swą odrębność w sprawach odnoszących się do zaręczyn i małżeństw.

Autor rozdziela materyał na trzy główne części. W I. podaje ogólne pojęcie małżeństwa i wyłuszcza jego sakramentalny charakter u chrześcijan, oraz przedstawia, jakie ustawodawstwo i w jakich rozmiarach wywiera wpływ na instytucyę małżeństwa. W II. części mówi o zaręczynach, egzaminie przedślubnym, zapowiedziach, przeszkodach zrywających i tamujących, o ich możliwem usunięciu, wreszcie o formie zawierania małżeństwa. W III. części omawia prawne skutki zawartego małżeństwa, konwalidacyę nieważnego związku i unieważnienie małżeństwa. W dodatkach mówi o prowadzeniu metryk zaślubionych osób, podaje wzory na rozmaite akty połączone ze

zawieraniem zaręczyn i małżeństwa a wreszcie instrukcye odnoszące się do małżeństw w Rusi halickiej.

Podział materyi zatrzymuje podobny, jaki został przyjęty w instrukcyi dla sądów małżeńskich w cesarstwie austryackiem, wydanej w r. 1855, którą synod prowincyonalny lwowski z r. 1891 przyjął za podstawę postępowania w sprawach małżeńskich. Sposób przedstawienia rzeczy jest jasny i wyczerpujący, autor korzystał z wielu nowszych i najnowszych dzieł kanonistycznych katolickich i oryentalnych, osobliwie rosyjskich. Na str. 69—75. przedstawia historyę prawa małżeńskiego na Rusi; wspominając o zaręczynach zaznacza, że kościół grecki uznaje dwa rodzaje zaręczyn, cywilne, na zasadach dawnego prawa rzymskiego i kościelne, błogosławione przez kapłana. Bardzo dobrze przedstawia poszczególne przeszkody małżeńskie i przeprowadza analogię między przeszkodami w kościele zachodnim i wschodnim. Zwięźle a jednak jasno określa podstawę przeszkody pokrewieństwa cywilnego, kiedy mówi o adoptio i arrogatio w prawie rzymskiem. Obszernie omawia władzę biskupów do udzielania dyspenz od przeszkód małżeńskich.

Wspomina o kwestyi rozwodów w kościele wschodnim. Praktycznie poucza, jak należy stylizować prośby o dyspenzy, jakie taksy są wymagane z okazyi udzielania dyspenz i jak należy postępować przy egzekucyi dyspenz. Wreszcie dołącza rzecz o prowadzeniu ksiąg metrykalnych małżeńskich na zasadzie rozporządzeń kościelnych i państwowych. Każdą kwestyę stara się przedstawić jasno i w zastosowaniu do praktyki, a są to niewątpliwe zalety jego pracy.

Obowiązek jednak recenzenta zniewala nas do zwrócenia uwagi na niektóre usterki i niedokładności, które zresztą nie mogą zadziwiać w książce o 670 stronicach objętości.

Na str. 27 powiada autor, że nawet małżeństwa niewiernych uważane są za święte i powołuje się na c. 11. X lib. I. tit 36 i na c. 8. X lib. IV. tit. 19. gdzie związki niewiernych nazwane są „sacramentum“. Otóż rozumowanie to nie jest właściwe, lecz raczej należało powie-

dzieć, że papieże Innocenty III. i Honoryusz III., którzy te dekretały ogłosili, upatrywali w związkach niewiernych mistyczne znaczenie „conjunctionis unius cum una“ i dlatego wspominali „de conjugii sacramento apud infideles“.

Uzupełniając wywód autora na str. 35 i 36, że w kościele wschodnim dopiero z biegiem czasu od 9. wieku poczęto uważać błogosławienie kapłana za konieczne do ważności małżeństwa, wspominamy, że w Rusi wprowadzono ten warunek dla osób poddanych zawierających małżeństwo dopiero w 15. wieku.

Na str. 59 powiada autor, że „cywilny związek może być ważnym wobec kościoła, kiedy został zawartym w obec dwu świadków, jeżeli zachodzą takie okoliczności, w których wolno nupturyentom zawrzeć małżeństwo bez parocha, ordynaryusza albo ich delegata“. Jest to wyrażenie nieścisłe, albowiem w takim razie nie małżeństwo zawarte cywilnie, ale zawarte wobec dwu świadków staje się ważnem w obliczu kościoła.

Na str. 64 powiada, że instrukcya austryacka dla sądów małżeńskich w Austryi, wydana w r. 1855, otrzymała aprobatę Stolicy apostolskiej. Należy tę rzecz bliżej wyjaśnić w ten sposób, że nie otrzymała ona wyraźnego zatwierdzenia Stolicy apostolskiej, lecz została poddana przez arcybiskupa wiedeńskiego Rauschera do zbadania wybitnym kanonistom rzymskim i ci jedynie prywatnie uznali ją za taką, która się nie sprzeciwia zasadom kanonów i apostolskich konstytucyi, co wyraźnie zaznaczyli przy końcu na str. 38 słowy: „Praesentem instructionem... archiepiscopus Rauscher nobis exhibuit, ut privatum nostrum de ea judicium aperiremus. Hujusmodi benignitati respondere cupientes, diligentiori examine opus subjecimus et... declaramus, nihil in eo nos invenisse, quod vel S. S. Canonum praescripto vel Apostolicarum constitutionum ordinationibus, vel probatorum doctorum sententiis conforme non sit“. Dlatego należy się zapatrywać na ową instrukcyę w ten sposób, że te ustępy w niej, które się odnoszą do postępowania w sądach małżeńskich, mają znaczenie jako prawo partyku-

larne, które uzupełnia zasady prawa powszechnego, a które biskupi w Austryi przyjęli i ogłosili.

Na str. 93 powiada autor błędnie, że w Niemczech mogą katolicy zawierać zaręczyny z akatolikami podług dawnego sposobu, to jest nie we formie przez dekret „Ne temere“ przepisanej, i powołuje się na konstytucyę „Provida“ i na orzeczenie kongregacyi soborowej z 1. lut. i 28. marca 1909 r., natomiast ani konstytucya „Provida“ ani wspomniane orzeczenia o takim wypadku nie mówią.

Na str. 133 w n. 16 stwierdza, że dekret „Ne temere“ udzielił ordynaryuszom władzy, żeby stale mogli ustanowić delegatów, którzyby mogli zezwalać parochom na assystencyę przy małżeństwach tułaczów, ale dodaje, że władzę tę posiadali już przedtem ordynaryusze, co jest błędne, albowiem na ogół oni tej władzy przedtem nie posiadali.

Na str. 207 powiada autor błędnie, że kanony kościoła nieunickiego zabraniają duchownym wyższych święceń po otrzymaniu rozwodu zawierać ponownie małżeństwo, dlatego, że tacy duchowni narażaliby się na wadliwość z powodu dwużeństwa (irregularitas propter bigamiam). Otóż należy dodać, że narażają się także na karę depozycyi, a według ogółu kanonistów oryentalnych małżeństwo duchownego wyższych święceń byłoby nieważnem na podstawie 27. nowelli Justyniana i na podstawie c. 3. a osobliwie c. 6 i 26 synodu trullańskiego, oraz na podstawie rozdziału 29. tytułu IX. w Nomokanonie Focyusza, który przyjął kościół oryentalny. Wyjątek stanowią bardzo nieliczni kanoniści oryentalni, którzy się powołują na nowelę 79. Leona Filozofa, w której on uchylił, ale tylko częściowo wspomnianą nowelę 27. Justyniana i dlatego sądzą, że małżeństwo duchownego wyższych święceń byłoby ważne. Sprawą tą obecnie zajmują się kanoniści oryentalni i znana jest ostra polemika między Milašem, biskupem w Dalmacyi a Veselinovičem. duchownym serbskim, o której zresztą sam autor wspomina na str. 221 w n. 28.

Na str. 208 w n. 39 pisze autor, że obywatele austryaccy, którzy zawarli małżeństwo we Węgrzech wbrew

§-wi 111. kod. cyw. austryackiego, jeżeli powrócą do Austryi, będą uważani za prawowitych małżonków i dodaje, że obywatel austryacki, który przyjął obywatelstwo węgierskie i na Węgrzech uzyskał rozwód, jeżeliby wrócił do Austryi, może tu zawrzeć małżeństwo, pomimo, że drugi małżonek żyje. Nam się jednak zdaje, że jest to niemożliwe, na podstawie orzeczenia najwyższego sądu z 18. czerwca 1907 r. zob. Archiv für kath. K R. t. 89., str. 364—367.

Na str. 310 pisze autor, że kto złożył ślub niewstąpienia w związek małżeński (votum non nubendi) a mimo to zawarł małżeństwo, złamał ślub, ale do niczego nie jest obowiązany. Autor poszedł w tym względzie za zdaniem Scherera (Handbuch des Krs. II., str. 404) ale nie wspomniał o tem, że ogół kanonistów i moralistów utrzymuje, że jeżeli votum non nubendi zostało złożone bezwzględnie, albo na całe życie, a ślubujący zawarł małżeństwo, to jak długo trwa jego związek małżeński, ślub pozostaje w zawieszeniu, a skoro związek zostanie zerwany, ślub napowrót obowiązuje i to jest racyonalne.

Wspomniany na str. 323 dekret S. Officii o klątwie na katolików, którzy zawierają małżeństwo wobec duchownego niekatolickiego „sacris addicto“ został wydany 11. maja 1892 r.

Na str. 396 w n. 9 autor słusznie podnosi, że twierdzenie biskupa polowego w Austryi, jakoby paroch wojskowy posiadał wyłączne prawo assystencyi przy małżeństwach, w których tylko jedna strona podlega jego jurysdykcyi, jest nieuzasadnione; otóż zaznaczamy, że w nr. IV. publikacyi: Pastoralblatt für die k. u. k. Militär und Marinegeistlichkeit z r. 1908 to twierdzenie zostało zrektyfikowane.

Na str. 398 autor twierdzi, że cicha delegacya „tacita delegatio“ wystarczy, iżby assystencya przy małżeństwie stała się ważną w tym wypadku, kiedy delegujący przesyła delegowanemu dokumenty nupturyentów. Zaznaczamy, że taka delegacya jest raczej domniemaną, a nie jest wskazana, albowiem w konkretnym wypadku może wzniecić wątpliwości, a nawet może stać się po-

wodem unieważnienia małżeństwa, co stwierdzają wyroki Roty rzymskiej z 23. lutego i 6. sierpnia 1910 r. (zob. Acta apost. Sedis Vol. II. str. 776).

Na str. 399 powiada, że pomocnicy parafialni (kooperatorowie) nie mogą być uważani za ogólnie delegowanych do assystencyi przy małżeństwach, dlatego, że oni powinni być posłusznymi parochom. Otóż zaznaczamy, że taki motyw nie wyklucza ważności ich asystencyi, lecz o ważności względnie nieważności ich assystencyi stanowi dokument ordynaryusza, w którym poruczа im zastępowanie parocha i jeżeli dokument upoważnia ich do zastępowania parocha we wszystkich funkcyach parafialnych, to na jego podstawie mogą ważnie asystować bez osobnego zezwolenia parocha, albowiem występują jako delegowani przez ordynaryusza. Zaznaczamy, że już po wydaniu omawianego dzieła Pius X. uznał za ważne małżeństwa, zawarte przy assystencyi pomocników parafialnych bez wyraźnej, osobnej delegacyi ich parochów (zob. orzeczenie kongregacyi de Disciplina Sacramentorum z 12. marca 1910 r. ad VI. a.) w Acta apost. Sedis vol. II. str. 193 sq.). Wspomniana kongregacya zaznaczyła też, że ważność assystencyi pomocników parafialnych zawisła od praw, jakie oni w danej prowincyi kościelnej posiadają (zob. l. c. ad VI. c.).

Na str. 400 autor twierdzi, że dekret „Ne temere" w art. VII. dozwala zawrzeć małżeństwo przed jakimkolwiek kapłanem, jeżeli nupturyenci nie mogą mieć parocha, ordynaryusza lub ich delegata, ale ogranicza ten wyjątek tylko do chorych, zostających na śmiertelnej pościeli, czyli do zostających „in articulo mortis", podczas kiedy art. VII. przyznaje to uprawnienie wszystkim osobom, które znachodzą się in periculo mortis, a więc nie samym tylko śmiertelnie chorym, lecz i takim, którzy są zdrowymi, ale znachodzą się w sytuacyi tego rodzaju, że mogą łatwo utracić życie.

Nie można się zgodzić z autorem, który twierdzi na str. 403, że Rusinów katolików w prowincyi halickiej to jest w Galicyi i Bukowinie obowiązuje dekret

„Ne temere". Zdanie swoje opiera on na fakcie ogłoszenia tego dekretu przez biskupów ruskich, lecz takie twierdzenie jest błędne. Skoro tylko został ogłoszony dekret „Ne temere" przez kongregacyę soborową, biskupi ruscy w prowincyi halickiej polecili go ogłosić wiernym jako obowiązującą kościelną ustawę. Kiedy kongregacya wspomniana na d. 1. lutego 1908 ad I. orzekła, że dekret nie obowiązuje wschodnich katolików, a o ile należałoby ich do niego zobowiązać, ma o tem powziąć decyzyę kongregacya Propagandy (zob. to samo orzeczenie ad II.), stało się jasnem, że dekret „Ne temere" nie obowiązuje Rusinów katolików, ale, że oni mają podlegać ustawie, która ich dotychczas obowiązywała, a która była zbudowana na podstawie dekretu „Tametsi" soboru trydenckiego. Ruski espikopat sądził jednak, że obecne odwołanie dekretu „Ne temere" sprowadziłoby zamieszanie wśród wiernych i duszpasterzów, a zatrzymanie poprzedniej ustawy mogłoby wyjść na niekorzyść greckiego obrządku, chociaż ta ewentualność zdaje się być wykluczona. Metropolita halicki zatem w imieniu episkopatu odniósł się do Propagandy z prośbą, by wprowadziła dla Rusinów katolików w jego prowincyi dekret „Ne temere". Propaganda jednak pod d. 2. sierpnia 1909 r. odpowiedziała, iż „sądzi, że na teraz będzie odpowiedniem pozostawić w prowincyi halickiej sprawę in statu quo do czasu, póki nie nastąpi orzeczenie definitywne, czy jest odpowiedniem rozciągnąć dekret na katolików różnych wschodnich obrządków". Otóż tej odpowiedzi episkopat ruski nie ogłosił i dlatego autor rozumuje, że obecnie dekret „Ne temere" obowiązuje Rusinów w prowincyi halickiej, albowiem został przez biskupów ogłoszony i nie został odwołany, chociaż z odpowiedzi Propagandy wypływa, że dekret ich nie obowiązuje, albowiem wyższa od biskupów władza centralna pozostawia w prowincyi halickiej status quo, co właśnie w ostatnich dniach na podstawie wyjaśnienia Propagandy zaznaczył X. dr. Roth w nr. 3 Gazety kościelnej z 13. stycznia 1911 r. na str. 78. Zwracamy uwagę, że wydarzył się obecnie podobny wy-

padek, jaki zaszedł w XVII. wieku w analogicznej sprawie. Synod prowincyi ruskiej kijowskiej, odprawiony w Kobryniu w r. 1626 ogłosił był za nieważne małżeństwa Rusinów, któreby w przyszłości zostały zawarte bez właściwego parocha i trzech lub dwu świadków, a jednak kongregacya propagandy i soborowa przez pismo z 2. grudnia 1628 nie zatwierdziły tej uchwały synodu, na podstawie, że dekret „Tametsi“ oryentalnych katolików nie obowiązuje, a synod prowincyonalny nie ma mocy zaprowadzenia przeszkody zrywającej małżeństwo i dopiero później dekret Urbana VIII. wprowadził dla Rusinów w Polsce ustawę analogiczną z dekretem „Tametsi“.

Zaznaczamy tu, że autor na str. 404 twierdzi, że dekret „Ne temere“ obowiązuje Rusinów w prowincyi halickiej, pomimo, że na str. 94 w n. 10 poprzednio przyznał, że Rusini, jeżeli zawierają między sobą zaręczyny, nie podlegają dekretowi „Ne temere“, co jest twierdzeniem zupełnie dowolnem. Nie zawsze też autor korzystał z najnowszych wydań dzieł, na które się powołuje: n. p. oparł się na Gasparriego wydaniu z r. 1900, chociaż wyszły później dalsze wydania; powołuje się na dzieło Pelczara, wydane w r. 1890, chociaż wyszło znacznie pomnożone w r. 1898.

Są to uwagi, które się nasunęły przy czytaniu dzieła; podnosimy je sine ira et studio i zastrzegamy, że na ogół, nie odbierają one wartości temu pracowicie i sumiennie napisanemu podręcznikowi. W tak obszernej książce znachodzi się stosunkowo nie wiele miejsc, które wymagają sprostowania, a podnieśliśmy je dlatego, żeby autor w następnem wydaniu starał się je uwzględnić.

X. Tad. Gromnicki.

Teorya Malthusa, napisał dr. Adam Krzyżanowski (Czasopismo prawnicze i ekonomiczne, Rocznik IX 1908, str. 147).

Ogólne i trwałe znaczenie teoryi Malthusa dla nauki ekonomii polega na tem, że po raz pierwszy z pewnością niemal apodyktyczną stwierdziła wyższość praw,

przyrody nad tendencyami społecznemi. Krzyżanowski zajmuje się też teoryą o niestosunkowym wzroście ludności i żywności z szczególnem uwzględnieniem stosunku tej teoryi do prawa zmniejszającego się dochodu z ziemi (law of diminishing returns).

Na powstanie teoryi wpływa (pod tym względem niema prawie wyjątków) epoka i milieu. Czasy wielkiej rewolucyi politycznej na kontynencie, gospodarczej w królestwach zjednoczonych, odznaczają się silnym przyrostem ludności i częstemi przesileniami, wśród których spółcześni tracą możność spokojnego spostrzegania teraźniejszości i sądzenia o przyszłości. Malthusa wychowuje dom, wyznający optymizm Godwina. Jego pessymizm wydaje się Krzyżanowskiemu krytyczną reakcyą przeciw wrażeniom młodosci. To też pierwsze wydanie słynnego „Essay" zawiera dodatek „with remarks on the speculation of Mr. Godwin" i nie jest niczem innem jak polemiką z ideami Godwina, otwierającemi ludzkości złudne widoki szczęścia ogólnego, które wykwitnąć miało z ogólnego przewrotu politycznego i społecznego. Między pierwszem i drugiem wydaniem zmieniły się stosunki. Rewolucyę pokonał Napoleon a wraz z nią zniknęła też obawa urzeczywistnienia nowatorskich planów marzycieli w rodzaju Godwina. Stosownie znika tedy z dzieła Malthusa ostrze polemiczne skierowane przeciw Godwinowi, a na pierwszy plan wysuwa się prawo ludności w przeszłości i teraźniejszości.

Prawo to każe Malthusowi wystąpić przeciw angielskiemu ustawodawstwu ubogich, które popiera tendencyę, przeludnienia, a przemawiać za takim systemem gospodarstwa społecznego, w którym zarówno rolnictwo jak przemysł należycie się rozwija. W takim układzie rolniczo-handlowym „rozwój przemysłu umożliwia rolnictwu korzystny zbyt swoich wytworów na targu wewnętrznym, przez co postępuje kapitalizacya, wywołująca w dalszym ciągu wzrost popytu za siłami roboczemi. Państwo takie jest niezależnem od sąsiadów, normalny przyrost ludności nie jest narażony na nagły zastój lub cofanie się z po-

wodu przerwy w dowozach środków żywności z zagranicy". Pomijając ten niepożądany, bo często zawodny dowóz pożywienia, istnieje wyraźna i znamienna dysproporcya między siłą wzrostu ludności i możnością pomnożenia wytworów ziemi. W szczególności rośnie ludność w progresyi geometrycznej zaś masa ziemiopłodów w progresyi tylko arytmetycznej. I doszłoby do tego, że na ziemi miliony ludzi byłoby skazanych na głód, gdyby nie przeszkody, które utrzymują równowagę między wzrostem ludności, a środkami utrzymania. Podczas gdy w pierwszym wydaniu Malthus nie wspomina wcale o przeszkodzie prewencyjnej, polegającej na świadomem regulowaniu przyrostu ludności (moral restraint), skazując ją tym sposobem na zbrodnię i nędzę, jako ślepych regulatorów, w wydaniu drugiem teoryę swoją uwalnia od brzemienia konieczności tych strasznych towarzyszek rozwoju. Wobec krytyki nie ostały się formułki matematyczne o odmiennych progresyach wzrostu. Krzyżanowski zupełnie trafnie za istotną właściwość teoryi uważa dysproporcyę między virtus generativa a virtus nutritiva. „Wykazanie harmonii" obaliłoby poglądy Malthusa. To jednak nie udało się dotychczas nikomu, nawet nie Oppenheimerowi, który swoją drogą rdzeń teoryi upatruje w twierdzeniu, że w kraju zaludnionym na klasy niższe przypadać musi zawsze ta sama ilość środków żywności, jak długo moral restraint nie przeciwdziała dostatecznie. Że to zdaniem autora już uczynił, nie jest może zasługą Malthusa, nie jest jednak bynajmniej przeciwnem jego teoryi, jeśli się wraz z Krzyżanowskim działanie „moral restraint" widzi w panowaniu naszej całej kultury nad ślepymi instynktami rozpłodowymi.

Drugą częścią swojej tezy, wzrostem środków żywności w progresyi arytmetycznej Malthus sam stosunkowo mało się zajmuje, uważając, że już pierwsza jej część siłą swoją dostatecznie podtrzymuje całą teoryę.

Dopiero współczesny Malthusianizm opiera swoją argumentacyę na sile prawa zmniejszającego się przychodu z ziemi, podczas gdy on sam raczej odczuwa istnie-

nie tego prawa. Wynika to zdaniem Krzyżanowskiego z dwóch miejsc polemiki z Owenem, wyznającym tezę nieograniczoności wytwarzania środków pożywienia. Narzuca się pytanie, dlaczego wiedząc o tem prawie, Malthus jednak je przemilcza. Krzyżanowski upatruje powód w dążności bronienia agrarnego charakteru kraju cłami zbożowemi, przeciw którym silnie przemawia prawo zmniejszającego się przychodu z ziemi. Wszakże Ricardo cła te zaczepiając, głównie posługuje się argumentem prawa zmniejszającego się przychodu z ziemi. W korespondencyi z Malthusem wywodzi, że Malthus winien stanąć po stronie przeciwników ceł, gdyż nauka jego o ludności polega przedewszystkiem na prawie zmniejszającego się przychodu z ziemi. Odpowiedź Malthusa niestety nie jest znaną. Z rozumowania Malthusa i jego następców wynika, że myśląc i mówiąc o prawie zmniejszającego się przychodu albo, krótko, degresyi, stwierdzają istnienie nie jednej lecz dwóch zasad, zmniejszającego się przychodu z ziemi i zwiększającego się przychodu w przemyśle. Krzyżanowski dochodzi do wniosku, że tego zasadniczego i niezmiennego przeciwieństwa wcale niema, że człowiek może także w rolnictwie ograniczoności natury przeciwstawić swoją pracę i wynalazczość ze skutkiem, objawiającym się w zwiększaniu przychodów, z drugiej strony nie może w przemyśle bez końca zmieniać na swą korzyść stosunku między nakładem a ostatecznym wynikiem poniesionych trudów. Natomiast stwierdza pewną ilościową różnicę między produkcyą rolniczą i przemysłową, o ile chodzi o stosunek nakładów do przychodów.

Co po tem wszystkiem ostało się jeszcze z teoryi Malthusa? Fakt degresyi (zmniejszającego się przychodu z ziemi) i następnie ciężący na ludzkości przymus zdobywania środków żywności z coraz większym nakładem pracy. Krzyżanowski od siebie dodaje, że z biegiem czasu nie tylko ilościowo, ale także jakościowo wzrość musi praca ludzka „zawierać coraz więcej pierwiastków umysłowych, musi stawać się technicznie umiejętniejszą i społecznie lepiej zorganizowaną“. Mimo to, sądzi nasz autor,

prawdopodobnie znaczny postęp gospodarczy czasów najbliższych nie uczyni zbędnem świadomego dostosowywania przyrostu ludności do środków utrzymania.

Krzyżanowski należy do zwolenników teoryi Malthusa, jakkolwiek przyznaje, że istotny rozwój daleko od niej odbiega, dzięki szerokiemu zastosowaniu moral restraint. Piszący te słowa uważa teoryę Malthusa za logicznie błędną. Podstawowy bowiem fakt dysproporcyi wzrostu ludności i środków żywności mógłby polegać tylko na zasadniczej różnicy rozpłodowości świata zwierzęcego i roślinnego. To jednak sprzeciwia się dzisiejszym poglądom biologii. Można wprawdzie zarzucić temu memu argumentowi, że nie pszenica spożywa człowieka, ale człowiek pszenicę, lecz nie wolno zapominać, raz, że w rzeczywistości materyały budowy ciał zwierzęcych i roślinnych w ustawicznej znajdują się wędrówce z ciała do ciała, powtóre, że człowiek jako spożywca ma przed sobą do wyboru niemal całą resztę świata organicznego jako pożywienie. Wkońcu, sądzę, niema dowodu a priori, że wśród tego bądź co bądź kiedyś na wymarcie skazanego świata żyjącego, ludzkość miałaby być ostatnią.

Praca Krzyżanowskiego odznacza się znaną zresztą u tego autora, sumiennością i szczegółowością, zwłaszcza pod względem literatury w grę wchodzącej. Wartość naukową podnosi swobodna krytyka poglądów innych i niezależne tworzenie sądu własnego, zdala od wytartej drogi eklektycznej. Z pośród bardzo wielu trafnych uwag niech mi wolno będzie podnieść jedną. Mówiąc o konieczności przejścia do trójpolówki przy szczuplejszym zapasie ziemi wolnej, zauważa Krzyżanowski: „A nasz chłop, czyż w niejednym wypadku nie uniknąłby konieczności kupowania gruntów dworskich po wygórowanych cenach, gdyby lepiej umiał wyzyskać własny?“ Nie ulega kwestyi, że w przejściu do gospodarki intenzywnej na gruntach także włościańskich leży przyszłość całego naszego rolnictwa.

Karol Krzetuski.

J. A. R. Marriott, English Political Institutions. An introductory study by... Oxford. 1910. str. VIII. i 347.

Autor pragnie przedstawić dzisiejszy ustrój państwa angielskiego, uwzględniając nieustannie rozwój historyczny, książka jego ma bowiem spełnić dwojakie zadanie, t. j. być wstępem do historyi urządzeń państwowych angielskich i wytłómaczyć współczesną organizacyę machiny konstytucyjnej. Co do treści nie kusi się o to, aby powiedzieć coś nowego, rości sobie tylko pretensyę do „oryginalnego sposobu przedstawienia rzeczy", opartej na osnowie wykładów historyi i nauk politycznych w Oxfordzie.

Jak z powyżej wytkniętego celu wynikało, metoda pracy jest nawskróś historyczna. Każdą instytucyę opisuje autor na podstawie mniej lub więcej dokładnego, ale prawie zawsze bardzo jasnego obrazu rozwoju jej od początku. Za motto całej pracy możnaby obrać przytoczone przez autora odnośnie do parlamentu angielskiego słowa Sir Courtenay Ilberta, że „korzeniami swymi sięga w tak daleką przeszłość, że z trudnością tylko możnaby zrozumieć którąkolwiek cechę jego działalności bez uwzględnienia historyi". Aby uwypuklić treść poszczególnych rozdziałów, umieszcza autor na wstępie każdego z nich szereg cytatów z dzieł lub dokumentów z różnych czasów lub zestawienie poglądów angielskich z obcymi, aby w ten sposób uprzytomnić czytelnikowi historyczną ewolucyę pojęć lub znaczenie instytucyi dla Anglików i jej ocenianie przez cudzoziemców.

Jakkolwiek autor wyraźnie zaznacza, że nie chce zajmować się w niniejszej książce ani abstrakcyjną filozofią polityczną ani też pojęciem i funkcyami państwa w ogólności, poprzedza jednak rozbiór właściwego przedmiotu dwoma rozdziałami, z których pierwszy (r. I.), przyjąwszy „tymczasowo" określenie „konstytucyi" wedle Lewis'a („urządzenie i rozkład najwyższej władzy w społeczeństwie (Community) czyli forma rządu"), przedstawia sposoby klasyfikowania konstytucyi począwszy od Platona i Arystotelesa i dochodzi do trojakiego podziału:

1. jednolite i złożone (federal);

2. petryfikowane (rigid) i podatne (flexible) t. j. ulegające zmianom jak każda inna ustawa;

3. monarchiczne (gdy egzekutywa jest równorzędna z legislatywą) i parlamentarne (gdy egzekutywa jest podporządkowana legislatywie) — trzecia ewentualność w państwach cywilizowanych nie wchodzi na razie w rachubę.

Konstytucyę państwa angielskiego określa jako jednolitą (bo król wraz z parlamentem jest władzą ustawodawczą dla całego państwa, a więc także dla kolonij, Indyi i t. d.), — podatną i parlamentarną.

Rozdział drugi określa znamienne cechy konstytucyi angielskiej: 1) Jest ona w znacznej części niespisana (stąd po części pochodzi jej ogromna podatność do zmian). 2) Zachodzi nieprzerwana ciągłość jej historycznego rozwoju od czasów najdawniejszych, pomimo obcych najazdów i wewnętrznych rewolucyj. 3) Nosi znamiona „legalności i bezstronności“ t. j. a) karanie na osobie lub majątku dopuszczalne tylko za wyraźne złamanie prawa udowodnione w przepisany sposób przed zwykłymi sądami, b) nikt nie stoi ponad prawem, c) zasady powyższe nie wynikają z jakiejś ustawy, lecz odwrotnie są same podstawą konstytucyi. 4) Zachodzi bardzo często niezgodność treści z formą („unreality“) „nic nie jest tem, czem się wydaje i nic nie wydaje się tem, czem jest“.

Punktem wyjścia dla podziału właściwego przedmiotu jest w tej książce podział władz, jak go sformułował Montesquieu. Można bez przesady twierdzić, mówi autor, że historya urządzeń państwowych w Anglii jest historyą oddzielania funkcyj ustawodawczych, wykonawczych i sądowniczych. Formalnie i dziś, jak w czasach anglosaskich, król łączy w swej osobie władzę ustawodawczą (King—in—Parlament), wykonawczą (ministrowie, stojący na czele machiny rządowej, do dziś są „sługami J. K. M.“) i sędziowską (w jego imieniu wyrokują sędziowie). Ale faktycznie dziś te różne gałęzie władzy przeszły na różne, oddzielne organy. Stąd, przechodząc je po kolei, zauważa autor, że teoretycznie rzecz biorąc powinienby

zająć się naprzód władzą ustawodawczą (bo ustawy naprzód się tworzy a potem dopiero wykonywa), — traktując jednak rzecz historycznie a więc indukcyjnie, omawia naprzód egzekutywę, a potem dopiero parlament. Co do egzekutywy uwzględnia naprzód jej podmiot „formalny“, t. j. koronę (r. III.), następnie polityczny t. j. gabinet a zwłaszcza premiera — w stosunku do korony (r. IV.), w końcu poszczególne ciała składające rząd naczelny, t. j. Tajną Radę (ciało najobszerniejsze), ministeryum (wchodzące w całości w skład Tajnej Rady) i gabinet jako wydział ministerstwa. Przedstawiono tu też dość szczegółowo rozdział agend rządowych między poszczególne „departamenty“ i ich naczelników (r. V.). — Przechodząc do władzy ustawodawczej (r. VI.—XI), omawia autor naprzód sam charakter władzy parlamentu angielskiego, który ma prawo wszelką ustawę ustanowić, zmienić lub znieść, przyczem nie krępuje go odróżnienie ustaw zasadniczych od zwykłych, poczem zajmuje się naprzód Izbą lordów (historya Izby lordów od zaczątków w normańskiej Wielkiej Radzie — r. VI., nowoczesna t. j. od XVI. w. historya, połączona z określeniem sądownictwa, stosunku do Izby gmin i składu dzisiejszego — r. VII.), — potem Izbą gmin (skład i sposób obsyłania dzisiaj — początki systemu reprezentacyjnego i rozwój późniejszy — od czasów anglosaskich do początków w. XV. — r. VIII., historya Izby gmin pod rządami dynastyi Tudorów i Stuartów t. j. do rewolucyi r. 1688, od której datuje się nowoczesny rozwój parlamentaryzmu angielskiego ze swą cechą najznamienitszą, jaką jest skrystalizowany ostatecznie wnet potem gabinet parlamentarny — r. IX., historya Izby gmin po r. 1688, zakończona uwagą o modnem w dzisiejszych czasach haśle wprowadzenia referendum — r. X., proceder parlamentarny — r. XI.). Potem zapoznajemy się z zarządem miejscowym (wiejskim — r. XII., miejskim — r. XIII.), również po sięgnięciu w zamierzchłą przeszłość, dalej z sądownictwem (r. XIV.) w porównaniu zwłaszcza z odnośnemi urządzeniami w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, w końcu ze stosunkiem „Zjednoczo-

nego Królestwa“ t. j Anglii europejskiej — do reszty „państwa“ (Empire) angielskiego, a więc z historyą nabywania zamorskich posiadłości i ich organizacyą oraz stosunkiem do metropolii (r. XV.).

Wartość książki takiej, jak omawiana, ze względu na wytknięty cel najłatwiej ocenić może cudzoziemiec, który opierając się na pewnych ogólnie znanych pojęciach szuka szkicu nie tyle pełnego ile wyrazistego. Zadanie tak pojęte książka Marriotta niewątpliwie spełnia. Czytając ją, a można przeczytać ją wprost, sit venia verbo, jednym tchem, — uczuwa się odrazu różnicę w porównaniu z dziełami przygniatającej nas nauki niemieckiej. Nie znajdujemy nagromadzenia szczegółów, ugrupowanych wedle pewnych naczelnych zasad, lecz odnośnie do każdej instytucyi mamy skreśloną jasno i poprostu ogólną linię rozwoju dziejowego i cechy zasadnicze dzisiejszej organizacyi. Szczegóły poznajemy tylko przykładowo, a są to przykłady dobrane w sposób nader zręczny, jasne i wymowne. Z drugiej strony myliłby się, ktoby książkę Marriotta uważał za podręcznik popularny. Autor nie sili się na tłómaczenie pojęć, któremi operuje, ani też na podanie tego tylko, co najłatwiej zrozumieć lub co mogłoby pozornie wydać się najciekawszem. — W swoim zakresie praca jego jest zupełnie wyczerpującą, choć stosunkowo nieobszerną. Pisana przytem w sposób jasny i zajmujący: autor literaturę opanował doskonale, przez umiejętne zestawienie odpowiednich jej ustępów wprowadza czytelnika odrazu w wiele spraw spornych. — Szereg rozdziałów, z których każdy stanowi ogniwo większej całości, ale poniekąd i samoistną całość, zapoznaje nas z historyą, organizacyą i funkcyami tych wszystkich instytucyj, które cudzoziemcom trudno samoistnie badać już z tego powodu, że w znacznej części opierają się na prawie niespisanem. Niezupełnie potrzebny był może rozdział wstępny (I.), który jak na teoretyczne przedstawienie historyi podziałów konstytucyi jest zbyt pobieżny i niewyczerpujący, a znów na uzasadnienie przyjętego przez autora, troistego schematu klasyfikacyi zbyt dokładny. Podobnie wpraw-

dzie przyznać trzeba autorowi, że praktycznej polityki nie wprowadza w przedstawienie nawet dzisiejszego stanu rzeczy, okazując wciąż zupełną przedmiotowość, jednakże tu i ówdzie znalazła się uwaga, należąca właściwie do t. zw. nauki polityki, więc wykraczająca poza wytknięty zakres „przedstawienia dzisiejszego ustroju państwa angielskiego na podstawie historycznej". Za takie dygresye uważam naprzykład uwagi o przyszłości systemu reprezentacyjnego, o mandat impératif, o referendum (rozdział X. in fine), o przyszłości stosunku pozaeuropejskich części państwa do metropolii (rozdz. XV. in fine). — Natomiast część informacyjna, stanowiąca rdzeń pracy, jest bezwątpienia bardzo dobrze wykończona. Co prawda są i tu luki, n. p. niezbyt szczęśliwie opisano organy zarządu miejscowego (r. XII. i XIII.), dzisiejszy skład Izby lordów (r. VII.). Natomiast na uwagę zasługuje ogromnie jasne przedstawienie historyi danych instytucyj, zwłaszcza obu Izb oraz gabinetu, tudzież obraz organizacyi rządu centralnego jak i kolonij.

Że obrana przez autora metoda historyczna jest dla przedstawienia urządzeń państwowych angielskich bardzo odpowiednią, to rzecz jasna, gdy się zważy ową nieprzerwaną ciągłość historycznego rozwoju tych instytucyj oraz fakt, że żaden moment historyi ustroju Anglii nie pozostawił nam zupełnego ustawowego unormowania jakiegokolwiek kompleksu zagadnień konstytucyjnych, że więc aby te kwestye poznać i zrozumieć, należy każdą z nich badać genetycznie, zwłaszcza że w myśl cytowanego powyżej zdania „nic nie jest tam tem, czem się wydaje i nic nie wydaje się tem, czem jest".

Wątpliwości mogłyby się natomiast nasunąć co do punktu wyjścia podziału przedmiotu t. j. co do pytania, czy w Anglii istnieje podział władz. Aby więc módz odpowiedzieć twierdząco, wystarczy przypomnieć sobie: 1) rozdział władzy sądowniczej od wykonawczej, 2) fakt, że jedyny wypadek łączności władzy ustawodawczej z sądowniczą, t. j. wykonywanie sądownictwa przez Izbę lordów odbywa się przez osobną jej komisyę sądowniczą, w skład

której wchodzą de facto, choć nie de iure, wyłącznie jej członkowie-prawnicy, po części umyślnie w tym celu powołani w skład Izby, 3) rozdział władzy ustawodawczej od wykonawczej, przeprowadzony w teoryi, choć może nie tak ściśle jak w Ameryce, gdzie ministrowie nie mogą zasiadać w kongresie — zaś w praktyce stanowczo nie mniej ścisły, niż w któremkolwiek innem państwie konstytucyjnem europejskiem, — a wykazujący chyba tendencyę zmiany w kierunku poddania legislatywy pod stanowczy wpływ wyszłej z jej łona egzekutywy, zmiany, któraby jednak była może wynikiem coraz to większego, coraz powszechniejszego słabnięcia ciał reprezentacyjnych.

Przyjąwszy istnienie w Anglii podziału władz, zgodzić się musimy na przeprowadzone przez autora następstwo poszczególnych rozdziałów pracy. Mówiąc z przyczyn powyżej wspomnianych naprzód o egzekutywie, uwzględnia jednak na razie tylko rząd centralny, jako najściślej historyą swą i stanem dzisiejszym związany z historyą parlamentu, który następnie omawia. Potem dopiero mogła przyjść kolej na zarząd lokalny, którego rozwój dziejowy szedł w Anglii drogami całkiem samodzielnemi — (podczas gdy w państwie urządzonem biurokratycznie należałoby uwzględnić go w ścisłym związku z rządem naczelnym), — wreszcie na trzecią gałąź władzy państwowej t. j. sądownictwo. Dopiero wyczerpawszy w ten sposób organizacyę Anglii europejskiej można było mówić o koloniach, jako całkiem odmiennie zorganizowanych.

Dodam zresztą, że w przeprowadzeniu przyjętego powyżej podziału nie brak usterek, n. p. skład Izby lordów opisano (niedokładnie, jak wspomniałem) po omówieniu całej jej historyi, co do Izby gmin jest odwrotnie. Co więcej w rozdz. VI., zatytułowanym: „Władza ustawodawcza. I. Izba lordów — jej początki i dawna historya“ znajdujemy przedewszystkiem plan omówienia władzy ustawodawczej w ogóle, następnie ogólną charakterystykę parlamentu angielskiego jako organu ustawodawczego,

uwagi o systemie dwuizbowym i t. d. — a więc rzeczy wychodzące poza zakres tytułem rozdziału zapowiedziany choć zapewne umieszczone tu jako w pierwszym z sześciu zajmujących się władzą ustawodawczą. — Przedtem jeszcze w rozdz. III. „Egzekutywa: I. formalnie: korona" — omawia autor naprzód plan podziału całej pracy na podstawie teoryi podziału władz, który w tem miejscu uzasadnia i przyjmuje. — Podobnie mówiąc w rozdz. XII. o zarządzie miejscowym wiejskim a w rozdz. XIII. o zarządzie miejscowym miejskim, pomieszcza dopiero na końcu XIII. rozdz. uwagi o stosunku zarządu miejscowego do centralnego, przez co naprzód mogłaby powstać wątpliwość, czy uwagi te odnoszą się także do zarządu wiejskiego, ponadto zaś rozd. XII. wykazuje lukę, którą uzupełnić można dopiero po przestudyowaniu rozdz. XIII., zawierającego więcej, niż przyrzeka tytuł.

Zauważę w końcu, że nie przemawia mi do przekonania podany powyżej tytuł rozd. III. Skoro bowiem autor przyznaje, że król formalnie jest do dziś podmiotem władzy nietylko wykonawczej, lecz i sądowej oraz (z parlamentem) ustawodawczej — zatem określenie historyi stanowiska korony i jej stanowiska dzisiejszego w rozdziale, którego tytuł przyznaje królowi tylko formalne piastowanie władzy wykonawczej, wydaje się niekonsekwentnem, zwłaszcza, że omawiając w tym rozdziale prawa królewskie wchodzące w zakres wszystkich trzech gałęzi władzy państwowej — mówi dopiero w rozdziale następnym („Władza wykonawcza: II. politycznie: gabinet, pierwszy minister i korona") o politycznem stanowisku króla wobec władzy wykonawczej. Sądzę więc, że wystarczał tu tytuł „korona" lub t. p., a potem mogły nastąpić rozdziały, pomieszczone po rozdz. III., z zachowaniem nadanych im tytułów.

Ludwik Ehrlich.

Dobrowolne zaniechanie usiłowania i czynny żal w projekcie do nowej ustawy karnej (§§ 16 i 17.).

napisał

Dr. J. Nowotny.

(Ciąg dalszy).

§ 4. Tak w obu przypadkach objętych przepisem § 16 (usiłowanie nieskończone i skończone) jak i w przypadku § 17 (zaniechanie przygotowania) żąda projekt, aby zaniechanie usiłowania względnie przygotowania było dobrowolne.

W przypadku § 16 ust. 1, działanie sprawcy o formie usiłowania nieskończonego pozostaje bezkarnem, jeżeli sprawca odstąpił od kontynuowania zamierzonej czynności dobrowolnie, a nie z powodu jakichkolwiek przeszkód od woli jego niezawisłych; w przypadku § 16 ust. 2 zaś, (odnośnie do usiłowania skończonego), jeżeli sprawca dobrowolnie, a nie dlatego iż wie, że czyn jego został odkryty, spowodował przeszkodzenie lub odwrócenie skutku przestępnego. W przypadku § 17 karygodność sprawcy gaśnie dopiero wówczas, jeżeli sprawca dobrowolnie, a nie z powodu przeszkód od woli jego niezawisłych na przygotowaniu poprzestał, oraz jeżeli ponadto jeszcze służące do dokonania zbrodni środki i narzędzia zniszczył, nieużytecznemi uczynił.

Wedle motywów [1]), kryteryum dobrowolności jako antyteza przeszkód od woli sprawcy niezawisłych może mieć racyę bytu tylko odnośnie do stadyum usiłowania nieskończonego, skoro przy usiłowaniu skończonem sprawca do osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego wszystko potrzebne przedsięwziął, a zatem działanie swe faktycznie ukończył; dalsza z jego strony podjęta akcya skierowana być może tylko do odwrócenia nastąpić mającego skutku przestępnego, jako następstwa doprowadzonego do końca działania przestępnego.

Zgodnie z tem podnoszą dalej motywa, że nie można identyfikować postawionego w ust. 2-gim § 16 warunku „odkrycia czynu“, z pojęciem przeszkody w rozumieniu ust. 1. § 16, skoro sprawca nie mając w przypadku usiłowania skończonego ze swej strony nic więcej do przedsięwzięcia, nie może już być w działaniu swem przeszkodzony.

W przeciwieństwie do projektu austryackiego, projekt niemiecki i szwajcarski trzymają się w konstrukcyi ustawowego pojęcia dobrowolnego zaniechania usiłowania, względnie czynnego żalu, o ile możności formy jak najprostszej i kryteryum dobrowolności określają krótko, zwięźle i jednolicie dla obu form usiłowania [2]).

---

[1]) „Für den Rücktritt vom nicht beendeten Versuche wird der Begriff des freiwilligen Rücktrittes noch durch die Erklärung näher bestimmt, daß nicht ein vom Willen des Täters unabhängiges Hindernis ihn zum Abstehen von seiner Tätigkeit bewogen haben dürfte, ein Fall, der für den Rücktritt vom beendeten Versuche keine Bedeutung erlangen kann“ (str. 44). Auch die Entdeckung der Tat bildet beim beendeten Versuche kein „Hindernis“...“

[2]) § 77 proj. niem.: „Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben, oder den Eintritt des zur Vorllendung gehörigen Erfolges abgewendet hat“.

§ 22 proj. szwajc. (1908): „Wer freiwillig von dem Versuche absteht oder den Erfolg des Verbrechens verhindert, wird

Motywa do projektu niemieckiego[1]), uzasadniają zmianę obowiązującego obecnie przepisu § 46 ust. niem.[2]) dążnością usunięcia w praktycznem zastosowaniu kontrowersyi i sprzeczności wywołanych niezbyt jasną konstrukcyą odnośnego przepisu, a w szczególności, zbytecznem zupełnie różniczkowaniem warunku dobrowolności w przypadku usiłowania nieskończonego (ust. 1. § 46) i skończonego (ust. 2. § 46).

Kiedy bowiem w przypadku usiłowania nieskończonego ustawa niemiecka przez wyrażenie: „wenn der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren", — zupełnie niedwuznacznie zaznacza, że zaniechanie usiłowania musi być własnowolne, czyni w przypadku usiłowania skończonego bezkarność zaniechania zależną od warunku, ażeby sprawca w chwili, w której czyn jego nie został jeszcze odkryty, przeszkodził zapomocą wdrożonej przez się akcyi nastąpieniu skutku przestępnego, względnie odwrócenie tegoż spowodował (zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war...). W tym drugim przypadku nie wspo-

---

straflos, wenn sein Versuch nicht ein besonderes Verbrechen begründet".

Odmiennie natomiast proj. z r. 1903, Art. 21: „steht der Täter aus freier Entschließung von dem Versuche ab, so wird er von der hierauf angedrohten Strafe befreit; wirkt er aus eigenem Antrieb dem Eintritt des Erfolges entgegen, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 50).

[1]) Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Allgemeiner Teil — Guttentag, Berlin 1909 — str. 297. „Freiwilliger Rücktritt und tätige Reue".

[2]) § 46: „Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter:

1) die Ausführung... aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren oder

2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung i t. d.

mina zatem ustawa o kryteryum dobrowolności, normuje natomiast czysto objektywnie okoliczność odkrycia czynu przestępnego pod formą warunku wykluczającego bezkarność zaniechania usiłowania, widocznie dlatego, że z reguły po nastąpionem odkryciu czynu, o dobrowolnem zaniechaniu tegoż mowy już być nie może. To różniczkowanie kryteryum dobrowolności w ust. 1. i 2. § 46 obow. ust. niem. łącznie z objektywną interpretacyą „odkrycia czynu“ w ust. 2-im w przeciwieństwie do subjektywnej interpretacyi pojęcia dobrowolności w ust 1-ym, dało też powód do rzeczowo nieuzasadnionych bynajmniej sprzeczności i kontrowersyj w zastosowaniu praktycznem. Trudno się bowiem zgodzić z zapatrywaniem, dlaczego z chwilą odkrycia czynu przestępnego, sprawca tegoż mimo zaniechania nie może już korzystać z dobrodziejstwa przepisu § 46 ust. 2, choćby nawet o odkryciu swego czynu zupełnie nie wiedział? Naodwrót, dlaczego błędne mniemanie sprawcy, że czyn jego został odkryty, nie szkodzi mu bynajmniej w odniesieniu do możności korzystania z przepisu § 46 ust. 2?

Zrozumieli też kodyfikatorzy niemieccy, że te i tym podobne nieuzasadnione zupełnie sprzeczności w interpretacyi kryteryum dobrowolności i odkrycia czynu przestępnego uniknąć się dadzą tylko drogą jednolitego unormowania tegoż kryteryum dla obu form usiłowania i dlatego w projekcie do ustawy karn. niem. drogą tą poszli.

Odmiennym torem od projektu niem. i szwajc. poszedł natomiast projekt najnowszy austryacki, który w konstrukcyi warunków zaniechania usiłowania skończonego (ust. 2. § 16) idzie najdalej. Stwarza on bowiem obok warunku „aby sprawca nie dlatego, iż wie, że czyn jego został odkryty“, ponadto kryteryum „dobrowolności“, na równi z ust. 1. § 16, odnośnie do usiłowania nieskończonego.

Zdaje się, że kodyfikatorzy idąc śladem obowiązującej ustawy niemieckiej (§ 46 ust. 2) chcieli skon-

struować odnośnie do usiłowania skończonego warunek „nieodkrycia czynu przestępnego“, chcąc jednak równocześnie uniknąć objektywnej interpretacyi tegoż i ewentualnych konfliktów w zastosowaniu praktycznem, stworzyli dla stadyum usiłowania skończonego nie tylko kryteryum dobrowolności, ale ponadto warunkowi „nieodkrycia czynu przestępnego“ nadać chcieli wyraźnie piętno interpretacyi subjektywnej. Wynikałoby to z naprowadzonego w motywach argumentu, że fakt odkrycia czynu przestępnego interpretowany być winien w znaczeniu subjektywnem, a więc zależnie od tego, czy sprawca o odkryciu swego czynu wiedział, oraz czy i w jakiej mierze okoliczność ta na kwestyę zaniechania usiłowania wpływ wywarła. W ten sposób chcą kodyfikatorzy uniknąć właściwej innym ustawom interpretacyi, która czystemu przypadkowi oddaje w rękę los przestępcy[1]).

O ile projekt przez wysunięcie odnośnie do usiłowania skończonego na pierwszy plan subjektywnego stanowiska w kwestyi interpretacyi warunku „nieodkrycia czynu przestępnego“, zapobiedz chciał mylnej i niesłusznej tegoż interpretacyi w judykaturze, o tyle ze stanowiskiem jego w zupełności zgodzić się można. Zapytać tylko należy, czy zadania tego nie spełniłaby prostsza i jednolita konstrukcya kryteryum dobrowolności dla obu form usiłowania na wzór projektu niemieckiego i szwajcarskiego?

Jak to już przy innej sposobności słusznie podniesiono[1]), jedną z wielkich wad projektu, jest nadmiar kazuistyki, oraz łączna z tem drobiazgowość

[1]) Die Tatsache der Entdeckung soll nicht unabhängig davon, ob der Täter sie kannte und welchen Einfluß sie übte, den Rücktritt wirkungslos machen, weil diese von den meisten ausländischen Rechten angenommene Lösung den Zufall zum Herrn über das Geschick des Täters macht (str. 44.)

[1]) Makarewicz: „Projekt ustawy karnej“. — Słowo polskie z listopada 1909 Nr. 530. 531. 532, — oraz „Randbemerkungen zum österr. Strafgesetzentwurf“. Oest. Zeitschrift für Strafrecht. I. Jahrg. 1910. S. 244. i. d.

w konstrukcyi poszczególnych, bez wątpienia duchem postępu owianych przepisów, o tendencyi stworzenia ścisłej dyrektywy dla sędziego. Wyrazem tej właśnie tendencyi jest konstrukcya przepisu § 16, w której kodyfikatorzy a priori uniknąć chcieliby ewentualnych kontrowersyj i sprzeczności, jakie z interpretacyi powyższego przepisu odnośnie do kryteryum „dobrowolności“ mogłyby się w praktyce wyłonić. Uważając widocznie za niewystarczające jednolite unormowanie dla obu form usiłowania warunku „dobrowolności zaniechania, chcieli odnośnie do stadyum usiłowania skończonego ograniczyć kryteryum „dobrowolności“ subjektywnie skonstruowanym warunkiem „nieodkrycia czynu przestępnego“. Tę samą usługę mogłaby jednak zd. n. spełnić zupełnie dobrze jednolita konstrukcya warunku „dobrowolności“ dla obu form usiłowania na wzór projektu niemieckiego i szwajcarskiego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że postawiony w ust. 2. § 16 o dyrektywie subjektywnej interpretacyi warunek „nieodkrycia czynu przestępnego“, jest jednym z odcieni o ogólnem znaczeniu kryteryum „dobrowolności“, że zatem w pojęciu tem w znaczeniu genus, mieści się warunek „nieodkrycia“ w znaczeniu species generis. W następstwie tego uzupełnianie kryteryum „dobrowolności“, szczególną tegoż odmianą choć o dyrektywie subjektywnej interpretacyi, jest zupełnie zbyteczne. Albo bowiem zaniechanie usiłowania odpowiada jednolicie dla obu tegoż form unormowanemu kryteryum „dobrowolności“, a w takim razie w kryteryum tem mieści się zupełnie naturalnie jako jedna z tegoż szczególnych odmian, warunek „nieodkrycia czynu“ w rozumieniu objektywnem i subjektywnem, albo też warunkom tym nie odpowiada, a tem samem przepis § 16. zastosowania mieć nie może.

Z tych samych zupełnie powodów, co skonstruowany w ust. 2. § 16 warunek „nieodkrycia czynu“, należałoby także z ust. 1. § 16 i § 17 wyeliminować negatywne uzupełnienie kryteryum „dobrowolności“

przez słowa: „und nicht wegen eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses".

Tam, gdzie kryteryum to skonstruowane zostało negatywnie jak w ustawie obowiąz., tam wynika ono implicite ze słów „obca przeszkoda — niemoc sprawcy — przypadek".

Gdzie jednak ustawa kryteryum to normuje w formie pozytywnej, tam równoczesne komentowanie znaczenia tegoż drogą negacyi jest nie tylko bezpotrzebnym balastem konstrukcyjnym z wybitną cechą kazuistyki, ale co gorsza stać się może właśnie powodem mylnej interpretacyi w tym kierunku, co rozumieć należy przez przeszkodę od woli sprawcy niezawisłą.

Ponieważ zależnem jest od woli sprawcy względnie danej osoby najwyżej to tylko, co taż sama spowodowała, przeto, jeżeli przez przeszkodę rozumieć będziemy przedewszystkiem okoliczności natury zewnętrznej, należałoby przepis powyższy interpretować w ten sposób, że dobrowolne zaniechanie przy zaistnieniu przeszkód natury zewnętrznej tylko wtedy może mieć miejsce, jeżeli też sprowadzone wzgl. spowodowane zostały przez samego sprawcę. Tymczasem nie może korzystać z przepisu § 16 ten, kto sam spowodował wtargnięcie osoby trzeciej o formie przeszkody, z powodu której działania przestępnego zmuszony był zaniechać, albo jeżeli sprawca świadomie i dobrowolnie wywołał jakąś przeszkodę n. p. napadniętego pobudził rozmyślnie do oporu, któremu w rezultacie uledz był zmuszony.

Widzimy zatem, że projekt nasz na punkcie drobiazgowej wprost obawy o brak zdolności interpretacyjnej sędziego i wynikającą stąd konieczność prowadzenia go na pasku szlakiem kazuistyki, przewyższa stanowczo pokrewne mu czasem i duchem projekty niemiecki i szwajcarski.

Nie ulega wątpliwości, że brak kryteryum „dobrowolności" przyjąć będzie trzeba wówczas, jeżeli

sprawca nie z własnej inicyatywy, własnowolnie, lecz z powodu rzeczywistych lub też mniemanych przeszkód działania przestępnego zaniechał, t. zn. jeżeli z powodu pewnych przeszkód widział się lub też mniemał być zmuszonym do zaniechania usiłowania. Do tego trzeba jednak, aby przeszkoda taka pod formą okoliczności natury zewnętrznej lub wewnętrznej (facta interna) rzeczywiście, lub też w mniemaniu sprawcy zaistniała, i kontynuowanie działania przestępnego uniemożliwiła, lub przynajmniej w wysokim stopniu utrudniła. W braku powyższego warunku sprawca mimo zaistnienia przeszkód będzie mógł korzystać z zagwarantowanej mu przepisem § 16 ust. 1. i § 17 bezkarności, jeżeli przeszkody te stały się dlań jedynie motywem zaniechania usiłowania wzgl. przygotowania [1]).

Jeżeli n. p. złodziej odstępuje od zabrania rzeczy z powodu ich małej wartości, a zatem pod wpływem rozczarowania, to nie można uważać tego za równoznaczne z przeszkodą, lecz tylko za motyw, który skłonił sprawcę do zaniechania kradzieży. Tak samo, jeżeli sprawca odstępuje od dokonania zgwałcenia dlatego, że ciało kobiety nie wzbudza w nim już więcej naturalnego popędu płciowego, wówczas fakt ten uważać można tylko za motyw, a nie za przeszkodę, która zmusiła go do zaniechania zamierzonego czynu.

Oczywiście, że jakość motywu jest dla pojęcia „dobrowolności" zupełnie obojętną, nie potrzebuje mieć on źródła w pobudkach natury etycznej, lecz spoczywać tylko na wolnem zupełnie postanowieniu. Dlatego też nie tylko tego, kto ze skruchy, lecz także kto z powodu obawy, wstrętu, lub innych nawet nieetycznych pobudek działania przestępnego zaniechał,

[1]) Olshausen — Kommentar zum Strafgesb. § 46., Herzog — Rücktritt v. Versuch und tätige Reue — 1899 str. 241. i. d., Finger — tom I. str. 190. i. i.

uważać należy za odstępującego dobrowolnie od dokonania czynu [1]).

Judykatura nasza w kwestyi interpretacyi kryteryum „dobrowolności" nie jest bynajmniej jednolita i konsekwentna.

W orzeczeniu z 16. listop. 1888 L. 8682 przyjął Trybunał kasacyjny „dobrowolność" zaniechania usiłowania odnośnie do złodzieja, który zakradłszy się do obcej piwnicy, przestraszony spowodowanym przez to hałasem, zbiegł nie dokonawszy zamierzonej kradzieży.

Stanowisko swoje motywuje Tryb. kasac. następująco: „Die vom Angeklagten erwähnte Besorgnis, welche sich übrigens als unbegründet erwies, mag allerdings den Angeklagten bestimmt haben, von der Ausführung seiner Absicht abzustehen, allein die Reflexion, welche der Angeklagte anstellte und die sich gewiß nicht als ein fremdes Hinderniß kennzeichnen läßt, steht nicht entgegen, sein Zurücktreten von der Vollbringung des Diebstahls als ein freiwilliges zu beurteilen..."

Natomiast nie przyjął Tryb. kasac. kryteryum „dobrowolności" odnośnie do sprawcy, który zdjęty nagłym przestrachem poprzestał na usiłowaniu morderstwa rabunkowego i zbiegł pozostawiwszy na miejscu ciężko ranną ofiarę [2]).

Z motywów orzeczenia tego podnieść należy: „Furcht und Schrecken als asthenische Affekte sind sicherlich geeignet, das physische Können des Täters in einer Weise zu lähmen, welche ihm den Mut zum Wollen völlig benimmt..."

Widoczna z powyższych dwóch sprzecznych ze sobą orzeczeń niekonsekwencya w stanowisku Tryb. kasac. ma swe źródło w błędnej interpretacyi kryteryum dobrowolności.

[1]) Hatzig — j. w. str. 49., Fuhrmann — Der Rücktritt vom Versuche, — 1903 str. 27. § 9.

[2]) Orzecz. z 21. czerwca 1897 L. 5524. Nr. zb. 2113.

Jeżeli Tryb. kasac. w przypadku pierwszym, wzbudzonej w złodzieju refleksyi nie przypisuje charakteru przeszkody mogącej sparaliżować jego wolę, to na jakiej podstawie przyjmuje to w przypadku drugim, prawie analogicznym? Zd. n. w obu przypadkach sprawca zaniechał dalszego działania pod wpływem pewnych okoliczności działających na jego psychę pod formą motywu, który ani w pierwszym ani w drugim przypadku nie odegrał roli przeszkody, paraliżującej jego możność fizyczną kontynuowania rozpoczętego działania. De facto zatem nie okoliczności natury zewnętrznej zmusiły go do odstąpienia, względnie przeszkodziły dokonaniu czynu, przeszkodę tę stworzył on sam sobie drogą refleksyi spowodowanej w przypadku pierwszym hałasem, w drugim zaś jakąś inną okolicznością usuwającą się w braku jakichkolwiek danych z pod objektywnej oceny. Kwestya siły, napięcia wzbudzonej w sprawcy refleksyi jest tu zd. n. zupełnie obojętna, zależy ona bowiem od warunków indywidualnych.

Takim samym brakiem konsekwencyi z powodu błędnej interpretacyi pojęcia „niemoc sprawcy“ w odróżnieniu od pojęcia „motywu“ odznacza się orzeczenie Tryb. kasac. z 20. stycznia 1899 L. 14330.

W orzeczeniu tem daje Tryb. kasac. wyraz zapatrywaniu, że zaniechanie usiłowania spędzenia płodu spowodowane niemiłym zapachem i smakiem zażytej, a następnie zwymiotowanej substancyi fosforowej, nie jest zaniechaniem dobrowolnem, ile że oskarżona od dokonania czynu nie dlatego odstąpiła, iż zamierzonego skutku sprowadzić nie chciała, lecz że z powodu indywidualnego wstrętu przed dalszem zażywaniem środka, sprowadzić go nie mogła.

Z zapatrywaniem tem Tryb. kasac. zgodzić się jednak trudno.

Niemoc sprawcy tylko wówczas wykluczałaby zaistnienie kryteryum „dobrowolności“ gdyby była rzeczywistą, wobec której zatem sprawca widział się

zmuszonym odstąpić od dokonania zamierzonego przestępstwa. Tymczasem w przypadku niniejszym oskarżona dlatego tylko odstąpiła od dokonania, że smak i zapach zażytej substancyi mleczno-fosforowej był jej niemiłym, budził w niej pewien naturalny zresztą, a nie tylko indywidualny wstręt. Okoliczność powyższa odegrała zatem jedynie tylko rolę motywu, ale nie przeszkody, w rozumieniu fizycznej niemocy. Nie stanowiła ona zaś takiej przeszkody choćby dlatego, że przełamanie fizycznego wstrętu spowodowanego niemiłym zapachem i smakiem przeznaczonej do zażycia substancyi, leżało zupełnie w mocy oskarżonej, co doświadczeniem życia codziennego, n. p. przy zażywaniu wstrętnych lekarstw po kilkakrotnem nawet ich zwymiotowaniu, dostatecznie chyba jest dowiedzione. Nie stanowiąc zaś rzeczywistej przeszkody pod formą fizycznej niemocy sprawcy, można okoliczność powyższą uważać tylko za motyw, który odegrawszy wprawdzie rolę dla postanowienia sprawcy decydującą, pokrywa się jednak z kryteryum „dobrowolności“ [1]).

Nie można dalej wymagać od sprawcy, ażeby przedsięwzięte przezeń zaniechanie usiłowania miało charakter zaniechania definitywnego w tem znaczeniu, aby powziętego zamiaru przestępnego w zupełności t. j. i na przyszłość się zrzekł. Wystarczające jest zaniechanie usiłowania w formie dającej pewność, iż dalej kontynuowane nie będzie, t. zn. że nie zostanie przedsięwzięta jakaś dalsza czynność, która z pierwszą stanowiłaby „unitas actus“. Także ze względów natury procesowej byłoby prawie niemożliwem przeprowadzenie dowodu na fakt definitywnego zaniechania; zresztą każda dalsza czynność sprawcy będąca wypływem pierwszej, wymaga nowego postanowienia przestępnego [2]).

[1]) Tak samo orzecz. Tryb. rzeszy tom 35. str. 102, — Fuhrmann j. w. str. 30.

[2]) Odmiennego zapatrywania, Binding — Grundriss zu Vorlesungen über gem. d. Str. R. str. 81., Merkel — Lehrbuch d.

Powracając do zamieszczonego w ust. 2. § 16 warunku „nieodkrycia czynu przestępnego, stanowić mającego wobec jednolicie dla obu form usiłowania skonstruowanego kryteryum „dobrowolności“ zbyteczne jedynie ograniczenie tegoż w rozumieniu subjektywnem, poruszyć należy jedną jeszcze, ze względów praktycznych niewątpliwie doniosłą kwestyę: czy odnośnie do tych przestępstw, przy których wiadomość ze strony pokrzywdzonego należy do istoty usiłowania skończonego, jak n. p. przy usiłowanem wymuszeniu, można mówić o zaniechaniu dobrowolnem?

W kwestyi tej zaznacza się pewna kontrowersya między judykaturą a doktryną.

Judykatura niemiecka stoi na stanowisku, że przestępstwa, przy których wiadomość o czynie ze strony pokrzywdzonego należy do tegoż znamion pojęciowych, — de facto nie mogą zostać odkryte, ile że przestępstwa tego rodzaju dostają się równocześnie z zaistnieniem do wiadomości osoby drugiej. Z tego wynikałoby, że przepis § 16 projektu do tego rodzaju przestępstw zastosowania miećby nie mógł, ponieważ niewątpliwie odnosi się on tylko do takich czynów karygodnych, które odkryte być mogą[1]). Do powyższego zapatrywania przyłącza się Hatzig[2]).

---

d. Stratr. str. 143, — Schütze — Lehrbuch str. 140, — żądający definitywnego zrzeczenia się postanowienia przestępnego.

[1]) „Es muss zugegeben werden, dass die Kenntnis desjenigen, gegen welchen die strafbare Handlung gerichtet war, dann nicht als Entdeckung der Tat angesehen werden kann, wenn diese Kenntnis zum Tatbestande des beendeten Versuches selbst gehört. Solche Handlungen können i. S. des § 46 Ziff. 2 überhaupt nicht entdeckt werden, weil sie gleichzeitig mit ihrem Existentwerden zur Kunde eines anderen und zwar des Verletzten gelangen. Es folgt aber daraus nur, dass der gedachte § 46, 2 auf solche strafbare Handlungen überhaupt nich Anwendung finden kann, weil darin offenbar strafbare Handlungen, welche entdeckt werden können, vorausgesetzt werden“ (orzecz. Tryb. rzeszy z 12. marca 1880).

[2]) Über den Rücktritt vom Versuch i t. d. str. 52.

Na wprost przeciwnem stanowisku stoją natomiast Liszt, Meyer, Wach, Herzog, Fuhrmann i i. Argumentują oni, że dany czyn karygodny może zostać odkryty tylko przez osobę trzecią, nieinteresowaną, nigdy jednak przez tę, przeciwko której jest skierowany. W tego rodzaju przypadkach bowiem, istotnem, pojęciowem znamieniem odnośnych przestępstw, jest warunek dostania się do wiadomości pokrzywdzonego, a skoro są one wyjątkiem od reguły, wedle której poszkodowany o przestępstwie przeciwko niemu skierowanem, żadnej wiadomości aż do pewnej chwili nie ma, przeto w przypadkach powyższych nie można tem samem mówić o odkryciu czynu karygodnego.

Zd. n. tylko to drugie zapatrywanie uważać należy za słuszne. Judykatura niemiecka i Hatzig przyjmują, że skoro wiadomość o przestępstwie ze strony pokrzywdzonego należy do istoty tegoż, przeto temsamem nie jest ona równoznaczną z odkryciem. Na to jednak odpowiedzieć należy, że mimo to dany czyn może przecież zostać odkryty n. p. jeżeli ktoś przypadkowo pozostający w ukryciu będąc świadkiem usiłowanego rabunku lub wymuszenia wszczyna hałas, na który zbiegają się ludzie; w międzyczasie jednak sprawca dobrowolnie od działania odstępuje. W przypadku tym zaniechanie usiłowania nastąpiło zapóźno, gdyż czyn został już odkryty. Słusznie zupełnie zaznacza też Franck[1]), że błędnem jest stanowisko judykatury w tym właśnie kierunku, jakoby wiadomość ze strony pokrzywdzonego przestępstwem wykluczała w zasadzie możność pozostania czynu karygodnego w tajemnicy.

Doświadczenie życia codziennego uczy bowiem, że może być okryte tajemnicą coś, co znane jest nawet kilku osobom; dlatego też nie można mówić o odkryciu czynu karygodnego wówczas, jeżeli wiedzą o nim spólnicy, lub jeżeli sprawca zwierza się z po-

[1]) j. w. str. 234.

pełnieniem tegoż osobie zaufanej. W następstwie tego do pojęcia „odkrycia“ wymaganem być musi, aby o popełnieniu czynu karygodnego miała wiadomość taka osoba, po której można się spodziewać przeszkodzenia dokonaniu czynu pod formą odwrócenia skutku przestępnego, lub też uczynienia doniesienia. Nie można tem samem podciągnąć pod pojęcie „odkrycia“ wiadomości o czynie karygodnym ze strony uczestników, najbliższych krewnych sprawcy [1]), poszkodowanego i innych osób uwiadomionych o czynie przez samego sprawcę.

Do zaistnienia pojęcia „odkrycia“, jako antytezy „dobrowolności“, wymagane jest tylko odkrycie czynu karygodnego jako takiego, nie zaś sprawcy tegoż. Nie jest dalej potrzebne, aby ten, który odkrył czyn karygodny, zdawał sobie dokładnie sprawę z jego znaczenia pod względem prawno-karnem; wystarczy, aby wiedział, że czyn jest karygodny, oraz aby wiadomość ta mogła się stać przyczyną przeszkodzenia temuż pod formą odwrócenia skutku przestępnego, lub też uczynienia doniesienia.

§ 5. Z przepisu § 16 i 17 projektu korzystać może tylko sprawca dobrowolnego zaniechania usiłowania względnie przygotowania. Wynika to konsekwentnie z zestawienia powyższych przepisów z przepisem § 13 dotyczącym podżegania i pomocy [2]).

W przeciwieństwie do ustawy obowiązującej zarzuca projekt stwarzanie różnicy między współwiną, a udziałem w przestępstwie z uwagi na ich zupełną w praktyce bezwartościowość i nadaje podżeganiu oraz pomocy charakter samoistnych form udziału z tem, że podżegacz i pomocnik karani być mają na równi ze sprawcą, jako samoistni sprawcy przestępstwa. Tem samem i dobrowolne zaniechanie usiło-

[1]) Innego zapatrywania judykatura niemiecka, która wiadomość o czynie karygodnym ze strony żony przestępcy uważa za równoznaczną z odkryciem (orzecz. z 8. grudnia 1880).

[2]) „Anstiftung und Beihilfe“.

wania ze strony sprawcy przestępstwa nie uchyla bynajmniej karygodności podżegacza i pomocnika, którzy za działanie swoje zupełnie samoistnie odpowiadają. Na temsamem stanowisku stoi także ustawa obowiązująca, a zwłaszcza judykatura [1]).

§ 6. Pod względem prawno-procesowym instytucya dobrowolnego zaniechania usiłowania względnie przygotowania, objęta przepisami § 16 i 17 projektu, ma bez wątpienia doniosłe znaczenie.

O ile chodzi o kwestyę dowodu, czy dobrowolne zaniechanie usiłowania, jako okoliczność znosząca karygodność sprawcy [2]), ma miejsce w danym konkretnym przypadku lub też nie, to nie można mieć tu na myśli postępowania dowodowego nałożonego oskarżonemu w ścisłem tego słowa znaczeniu; sędzia na podstawie swobodnego uznania po przeprowadzeniu rozprawy zadecydować ma, czy oskarżony winien jest zarzuconego czynu, oraz czy wchodzi w zastosowanie przepis § 16 lub 17 pod formą okoliczności znoszących karygodność sprawcy.

Oskarżony nie jest bynajmniej obowiązany do przeprowadzenia dowodu zaistnienia warunków przepisu § 16 lub 17, wystarczy jeżeli twierdzenie zaistnienia powyższych warunków ze strony oskarżonego w toku rozprawy się pojawiło, lub też warunki te w jakikolwiek inny sposób z toku rozprawy wynikają; wówczas sąd z urzędu ma je zbadać i rezultat odnośnego badania wyrokiem stwierdzić [3]).

---

[1]) Orzecz. Tryb. kasac. z 24. maja 1886. L. 2099 Nr. 26 921. (Freiwilliger Rücktritt des Täters vom Versuche macht weder den Mittäter, noch den Anstifter oder Gehilfen straffrei), contra Finger, tom I. str. 199 i d. zwłaszcza 200. Vide także: Prosch — Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme — Bremen 1904.

[2]) Die Wirkung des Rücktrittes besteht nur darin, daß die Strafbarkeit wegen Versuches erlischt. Die strafaufhebende Wirkung des Rücktrittes... (motywa str. 44.).

[3]) „In der Beschwerde: dass das Gericht es mit Unrecht unterlassen habe, neben der in dem Urteil enthaltenen Fest-

Konsekwentnie zatem winien jest sąd w każdym konkretnym przypadku zdawać sobie sprawę z kwestyi, czy zachodzą okoliczności znoszące karygodność sprawcy w myśl przepisu § 16 i 17, lub też nie: nastąpić to może także w sposób milczący przez zawyrokowanie, że sprawca winien jest zarzuconego mu usiłowania, przez co w wyroku tym mieści się implicite stwierdzenie braku zaistnienia warunków dobrowolnego zaniechania, objętych §§ 16 i 17. Wobec tego, że projekt dobrowolnemu zaniechaniu usiłowania względnie przygotowania przypisuje jedynie charakter okoliczności znoszącej karygodność sprawcy, nie zaś wykluczającej winę tegoż, przeto kwestya zaistnienia warunków z § 16 lub 17, powinna być ipso facto poddaną pod głosowanie odrębnie, dopiero po uznaniu oskarżonego winnym zarzuconego czynu, zarządzone zatem odrębne głosowanie nad kwestyą winy i zaistnienia warunków dobrowolnego zaniechania. W praktyce, kwestya ta w postępowaniu przed trybunałem orzekającym jest bez wątpienia podrzędnego znaczenia; doniosłą staje się ona dopiero w postępowaniu przed trybunałem sądu przysięgłych. Tutaj nie jest już rzeczą obojętną, w jaki sposób rozstrzygniętą zostanie kwestya zaistnienia lub też braku warunków dobrowolnego zaniechania, tutaj kwestya ta z uwagi na przysięgłych wentylowaną być musi dokładnie, oraz załatwioną przez powzięcie decyzyi w kierunku postawienia względnie odmówienia pytania dodatkowego

---

stellung noch eine gewisse andere Feststellung (positiv oder negativ) zu treffen, ist die Rüge eines prozessualen Verstosses enthalten. Begründet ist eine derartige Rüge nur dann, wenn dem Gericht durch den Inhalt des Eröffnungsbeschlußes oder durch die Anträge oder Behauptungen der Prozessbeteiligten ein zwingender Anlaß geboten war, die fragliche Tatsache zum Gegenstande einer Feststellung bezw. der Fragestellung zu machen". (Löwe — Strafprozeßordnung ad § 376, — Oppenhof — das Strafgesetzbuch 14 wyd. § 43., — Hatzig, j. w. str. 68. nr. 3.).

z uwagi na zaistnienie lub też brak warunków dobrowolnego zaniechania, jako okoliczności uchylających karygodność sprawcy.

Inaczej zupełnie przedstawia się kwestya ta wedle ustawy obowiązującej [1]). Nie ulega też wątpliwości, że związane z konstrukcyą § 8 tejże ustawy komplikacye i niedogodności natury procesowej w postępowaniu przed trybunałem sądu przysięgłych, były w znacznej mierze impulsem do rozdzielenia pojęcia usiłowania, od warunków znoszących karygodność tegoż na dwa odrębne przepisy.

[1]) Orzecz. Tryb. kasac. z 22. lutego 1902. L. 14053. Nr. zb. 2702. j. w.

(Dok. nast.).

Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Napisał
Dr. Edward Dubanowicz.

(Ciąg dalszy.)

IV.

Przegląd głównych współczesnych systemów prawnych[1]) doprowadził nas do wniosku, że co do zasadniczych kryteryów ze względu na cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego panuje powszechna zgoda. Pozostaje jedynie rozpatrzyć owe kryterya w ich wewnętrznym związku, a następnie rozważyć, czy one wystarczają, ażeby pojęcie celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego uczynić ścisłem pojęciem prawnem.

---

[1]) O przypuszczalnych celach „użyteczności publicznej“ w ustawodawstwie ekspropryacyjnem rzymskiem zob. pracę: Fresquet R.: Principes de l'espr. p. c. d'u. p. a Rome et a Constantinople jusqu'a l'époque de Justinien. Revue hist. de droit franc. et etr. Paris 1860, T. VII. str. 97—133. Nadto liczne w tym przedmiocie tezy uniwersyteckie pod anal. tytułami: Auvray P. Paris-Poitiers 1867; Raymond P. S. Versailles 1867; Achard de Vente J. Rennes 1878; Malèr e H. Paris 1880; Collignon H. Paris 1882; Chalot E. Paris 1883; Dessalles Th. M. L. Limoges 1884; Mignot A. Paris 1886. Cele „użyteczności publicznej“ w ustawodawstwie ekspropryacyjnem angielskiem przedstawiłem w osobnej monografii oddanej już do druku.

Powróćmy zatem raz jeszcze do owych zasadniczych kryteryów, do owych zasad, któremi powszechna praktyka i teorya prawna ograniczyła pojęcie celów „użyteczności publicznej", pojęcie, zdawałoby się samo w sobie proste i jasne, a jednak bez tamtych granic widocznie nie dosyć ścisłe, skoro mogła się powoływać na nie nie tylko dobra ale i zła wola ludzka, skoro w jej imię mogły być dokonane i największe dobrodziejstwa i największe zbrodnie nietylko współczesnej epoki.

Pierwsze z tych kryteryów — rozbiór krytyczny jest tu tak samo najłatwiejszy, jak najwcześniejsze i najpowszechniejsze było sformułowanie tej zasady — przedstawia się zrazu jako ograniczenie, z którego nie można wysnuwać żadnych wniosków o naturze celów „użyteczności publicznej". Zasada mianowicie, ażeby wywłaszczenie stosowane było tylko w tych granicach, które są zakreślone niezbędnością danego przedmiotu dla celu wywłaszczenia, oznacza wprawdzie ilościowo przedmiot wywłaszczenia, usuwa dowolność przy jego wyborze, odnosi się do celowego, objektywnego wykonania prawa wywłaszczenia, ale samego celu bliżej nie określa; rodzaj i natura celu zostały już przesądzone poprzednio, nie przy wykonywaniu ustawy, lecz przy jej uchwalaniu.

Ścisłą konsekwencyą tej zasady jest jednak — jak to widzieliśmy poprzednio — i ta, że cele, które już ze swej natury, albo te, które tylko w danych okolicznościach dają się zrealizować bez sięgania po prawo wywłaszczenia, nie są celami „użyteczności publicznej" w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, chociażby pożytek, który one zapowiadają, był największy, chociażby on miał służyć całemu ogółowi, chociażby nawet państwo w uznaniu potrzeby, a w celu zrealizowania jego mogło nakładać na wszystkich obywateli jakiekolwiek inne, nawet największe obowiązki.

Niepodobna zaprzeczyć, że ta zasada, tak sformułowana, zacieśnia już znacznie okrąg, w którym trzeba

szukać celów „użyteczności publicznej“ w przyjętem znaczeniu. Nie mówi i ona jeszcze nic o naturze tych celów, nie określa wprost, czem one są, ale niemniej pozwala w każdym wypadku w sposób objektywny i niewątpliwy wykluczyć z pomiędzy rzekomych celów „użyteczności publicznej“ te, które nimi z tego właśnie względu być nie mogą, że do ich urzeczywistnienia wywłaszczenie nie jest środkiem niezbędnym.

Dokonawszy tego ograniczenia, związanego ściśle z instytucyą wywłaszczenia, możnaby przypuścić, że zresztą cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego pokrywają się w zupełności z celami „użyteczności publicznej“ czy też „interesu publicznego“, o ile wogóle poza ustawodawstwem ekspropryacyjnem pojęcie takich celów ma zastosowanie i uzasadnienie prawne. Gdyby tak było istotnie, tedy następne kryterya celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego byłyby zarazem kryteryami celów „użyteczności publicznej“ czy „interesu publicznego“ wogóle: naodwrót, granice prawne tych ostatnich miałyby także zastosowanie w odniesieniu do pierwszych.

Do tej kwestyi wypadnie jeszcze powrócić. Na razie, nie przesądzając jej w żadnym kierunku, rozpatrzmy dalsze kryterya celów „użyteczności publicznej“ w ściśle przyjętem znaczeniu.

Drugie z kolei kryteryum celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego — kryteryum pożytku — sięga głębiej, bo przy jego pomocy możemy nietylko liczbę celów, któreby w grę wchodzić mogły, zamknąć drugą, niejako jeszcze ciaśniejszą granicą, ale nadto, na tej podstawie możemy jeszcze o naturze pozostałych, niewykluczonych celów wyrobić sobie sąd pozytywny.

Pożytek, o którym mowa, musi być pewny, niewątpliwy; musi się spełnić rzeczywiście. Prawda, że w chwili, kiedy ustawodawca wypowiada deklaracyę „użyteczności publicznej“ nie widzi on jeszcze bezpo-

średnio przed sobą owoców danego celu, czy przedsiębiorstwa: prawda, że zdarzyćby się mogło, że z powodów nieprzewidzianych cel niewątpliwej „użyteczności publicznej" w pewnym, szczególnym wypadku, mógłby nietylko nie przynieść oczekiwanego, ale żadnego pożytku.

Tak daleko jednak nie sięgają konsekwencye danej zasady. Wymagają one tylko, ale już bezwzględnie, żeby w chwili wypowiadania deklaracyi można było z planów danego przedsiębiorstwa, z projektu danego urządzenia, a przytem z doświadczenia, jakie owoce owo przedsiębiorstwo czy urządzenie zazwyczaj przynosi, stwierdzić i ocenić objektywnie, czy w danych warunkach, caeteris paribus, można być pewnym pożytku, czy ten pożytek będzie dostatecznie wielki. Eksperymenty muszą być wykluczone i to nie z tego powodu, że przy ich wprowadzaniu wielkość pożytku opiera się na samem tylko przypuszczeniu, na niepewnej nadziei, ale że przy nich sama możliwość ziszczenia się przyszłego pożytku jest oparta na niepewnem przypuszczeniu, niepewnej nadziei. Cele estetycznego użycia, cele przyjemności muszą być wykluczone z tego powodu, że chociaż one odpowiadają potrzebom ludzkiej natury, chociaż u niektórych jednostek stają się one przedmiotem pragnień gorętszych nad wszystkie inne, przecież — dotąd przynajmniej — nie dają się w żadnym języku ludzkim podciągnąć pod nazwę i pojęcie pożytku, i to pożytku, któryby się dał objektywnie stwierdzić i ocenić.

Z drugiej strony pożytek dzieł „użyteczności publicznej" nie musi wcale być ograniczony do pożytku materyalnego. Stwarzanie zakładów i urządzeń służących zaspokojeniu obowiązków i uczuć religijnych, szerzeniu i rozwojowi wiedzy, usuwaniu sporów i wykonywaniu prawa, utrzymywaniu bezpieczeństwa prawnego wewnątrz kraju, a pokoju wobec zewnętrznego nieprzyjaciela, wszystko to są cele, których pożyteczność, jakkolwiek natury moralnej, stwierdza objektywnie

i ponad wszelką wątpliwość każda karta dziejów ludzkich, a nawet doświadczenie życia każdej rozumnej ludzkiej jednostki.

Pytanie, czy już samo uchylenie grożącej szkody jest pożytkiem w znaczeniu powyższem? Teorya nie oświadczyła się nigdy za uznaniem takiego pożytku; w ustawodawstwie ekspropryacyjnem, tam zwłaszcza, gdzie (n. p. w Austryi) przedmiotem prawa wywłaszczenia mogą być także rzeczy ruchome, zdarzają się takie wypadki, chociaż tylko wyjątkowo. Jako regułę trzeba zatem przyjąć zasadę, że pożytek, o którym mowa, musi mieć charakter pozytywny; odstąpić można od niej tylko w wypadkach wyjątkowych, tam mianowicie, gdzie szkoda jest rzeczywiście nieuchronną i gdzie grozi ona nie z powodu ludzkiej działalności (n. p. niestaranności właściciela w uprawie gruntu, albo n. p. z powodu, że właściciel używa tego gruntu na cele nieproduktywne, albo nawet wprost szkodliwe dla ogółu: takim bowiem wypadkom zapobiedz mogą dostatecznie nie aż ustawy wywłaszczające, ale ogólne prawne ograniczenia własności prywatnej i specyalne przepisy natury policyjnej[1]), ale ze strony sił przyrody (n. p. wywłaszczenie gruntów nadbrzeżnych celem budowy tamy lub wału ochronnego przed wylewem wody). Ale i w tych ostatnich wypadkach — o ile one zresztą nie są (n. p. t. zw. pałkowanie bydła w czasie zarazy) wprost wypadkami t. zw. naglącej konieczności[2]) — obok niewątpliwego celu uchylenia ogólnej szkody, można stwierdzić także istnienie celu pomnożenia istniejącego pożytku.

W jakimkolwiek kierunku moralnym czy materyalnym (cele zdrowotności publicznej służą zarówno

[1]) Por. Vossen L.: Ueber das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichen Eingriff ins Privateigenthum — Archiv f. öffentl. Recht T. XXII. zesz. I—II. Tübingen 1907 str. 27 i n. (de lege lata).

[2]) O granicy między tymi wypadkami a instytucyą wywłaszczenia zob. zwł. Prażak (j. w.) str. 14; Randa (j. w.) str. 618 i t. d.

materyalnemu jak i moralnemu rozwojowi społeczeństwa) mają cele „użyteczności publicznej" zaspokajać potrzeby ludności, służyć jej dobru i szczęściu, w każdym z osobna wypadku, pozytywny pożytek podejmowanych przedsiębiorstw powinien się przedstawić jako odpowiednio znaczny. Próbowano ściślej określić miarę tego pożytku; wszystkie jednak użyte w tym celu określenia, jak „wielki", „poważny", „niezwykły" pożytek, albo (według Neumann'a) pożytek „tak nadzwyczajnej doniosłości (hervorragender Bedeutung), że wobec niego nakładanie ofiar wydaje się jako usprawiedliwione", są bardzo dalekie od pożądanej ścisłości. Inaczej jednak być nie może. Gdzie mowa o celach tak rozmaitych, o celach natury nie tylko materyalnej, tam jednej, ścisłej miary pożytku przykładać nie można; wystarczy, jeżeli w każdym wypadku ustawodawca uwzględni, czy pożytek jest tak znaczny, że usprawiedliwia on nie żądanie „ofiar" wogóle, ale tej szczególnej a wysokiej ofiary, jaką pociąga za sobą wywłaszczenie prywatnej własności.

Chociażby najpewniejszy, objektywnie stwierdzony, pozytywny i największy był ten pożytek, jeszcze nie usprawiedliwia on wywłaszczenia, jeżeli nie ma służyć ogółowi. Kryteryum publiczności jest tą ostatnią, najciaśniejszą granicą, która — w związku z obu poprzedniemi — opasuje pojęcie celów „użyteczności publicznej" tak zwięźle, że z ogólnego pojęcia idealnego staje się ono dla użytku ustawodawstwa ekspropryacyjnego ścisłem pojęciem prawnem. Trzeba tylko uprzytomnić sobie jasno raz jeszcze, jakie to momenty składają się na owo kryteryum.

Rzecz ta przedstawia się w świetle najjaśniejszem tam, gdzie instytucya wywłaszczenia jest ograniczona pod względem przedmiotowym do samej tylko własności gruntowej, gdzie już nie tylko w teoryi ale i w prawie pozytywnem istnieje wyraźnie zarysowane pojęcie majątku publicznego państwa i jego terytoryal-

nych części składowych, gdzie zatem przez samą konieczność wcielenia wywłaszczonego przedmiotu do majątku publicznego i przez określenie — drogą powszechnych przepisów prawnych — udziału ludności w korzystaniu z majątku publicznego, kwestya „publiczności“ danego pożytku jest eo ipso rozwiązana — jak może być tylko — dokładnie i stanowczo. Dalej jak w tym systemie nie może iść gwarancya „publiczności“ pożytku; gdy zaś do niej i do kryteryum „niezbędności“ i „pożytku“ przyłącza się tu jeszcze (jako konsekwencya zasady domanialności) wzgląd, ażeby majątek publiczny nie wzrastał w stosunku do własności prywatnej ponad stosowną miarę, wobec takich granic, po ludzku licząc, można mieć pełną pewność, że pojęcie celów „użyteczności publicznej“ jest przeciwko nadużyciu dostatecznie obwarowane. Zasada domanialności t. j. konieczność wcielenia przedmiotu wywłaszczonego do majątku publicznego — jeżeli tym przedmiotem jest nieruchomość — jest za wyjątkiem ustawodawstwa angielskiego (gdzie wywłaszczenie znalazło zastosowanie także w tym szlachetnym i oby skutecznym! celu, ażeby z wielkiej posiadłości ziemskiej, pozostającej w ręku angielskiem, stworzyć drobną własność gruntową, którąby można uposażyć i podnieść ekonomicznie bezrolną ludność irlandzką), także i w tych krajach, gdzie przedmiotem instytucyi wywłaszczenia mogą być rzeczy ruchome a nawet prawa, powszechnie uznanym probierzem i rękojmią „publiczności“ odpowiednich celów.

Nie na tej konieczności, chociaż nią jest już implicite objęta, zasadza się wszakże, zasadzać się musi „publiczność“ celu. Wystarcza zupełnie, jeżeli cel, jeżeli pożytek celu jest dostępny ogółowi w formie wskazanej naturą celu, jeżeli w tym pożytku jest zapewniony i to w pierwszym rzędzie udział ogółu. Publiczny użytek przedmiotu wywłaszczonego, a nie koniecznie aż jego wcielenie do majątku publicznego stanowio „publiczności“ celu.

Na czem zaś zasadza się ten „publiczny“ użytek?

A przedewszystkiem, czy musi on być bezpośredni, t. j. czy udział ogółu ludności w korzystaniu z dzieła „użyteczności publicznej“ musi objawiać się w tej formie, że odpowiednie zakłady i urządzenia są bezpośrednio dostępne całemu ogółowi, względnie każdemu jego członkowi?

W przeważnej części instytucyj „użyteczności publicznej“ ogół korzysta wprost, jako t. zw. „publiczność“ z odpowiednich urządzeń. Jakie potrzeby, w jaki sposób i w jakiej rozciągłości mają być zaspokajane, o tem rozstrzygają oczywiście szczegółowe przepisy prawne, uwzględniające naturę danej instytucyi i przestrzegające zasady równości wobec prawa. Prawo do użytku i sam użytek jednych jest tedy ograniczony naturą instytucyi i prawem do użytku, tudzież samym użytkiem drugich, to jest wszystkich innych, którzy się od udziału w korzystaniu z dzieł „użyteczności publicznej“ nie usuwają; niemniej użytek jest tu, w całem tego słowa znaczeniu, bezpośredni.

Inaczej przedstawi się rzecz, gdy się zwrócimy ku tym instytucyom „użyteczności publicznej“, które jak n. p. szkoły, urzędy i t. d. nie otwierają się dla całej t. zw. „publiczności“, nie są jej dostępne wprost tak j. n. kościoły, parki, a choćby tylko środki komunikacyjne. Instytucye te wydają się być zamknięte dla ogółu a bezpośrednio dostępne dla pewnych tylko kategoryj. Gdyby uledz pozorom, możnaby twierdzić, że niektóre z tych instytucyj są stale i bezpośrednio dostępne tylko dla urzędników, którzy tam pracują, lub co najwięcej dla pewnej tylko kategoryi z pomiędzy ogółu ludności, która tam znajduje zaspokojenie swych potrzeb. W rzeczywistości, i tu użytek nie jest wcale udziałem urzędników, których obecność ma na celu nie korzystanie z instytucyi, ale przedewszystkiem tylko służbę dla instytucyi a przez nią dla ogółu, ani nie jest wyłącznie udziałem jakiegoś tylko ograniczonego koła ludności. Chociaż jednak przeznaczeniem tych in-

stytucyj jest zaspokajanie moralnych potrzeb całego ogółu, a nietylko jednostek, które zresztą tylko ze względu na szczególniejsze, naturalne okoliczności są uprawnione albo zobowiązane do bezpośredniego zetknięcia się z daną instytucyą — nie można twierdzić, ażeby użytek ogółu był i tu, jak tam, bezpośredni. Wszechnica n. p. — że oprzemy tę myśl na przykładach — zaspokaja niewątpliwie potrzeby nie samych słuchaczów, ale i to przedewszystkiem całego kraju, szkoła ludowa całej gminy, a przecie dostęp do tych instytucyj zamknięty jest nietylko dla zabaw towarzyskich albo politycznych zebrań członków ogółu, ale nawet dla spotkania się n. p. kilku przyjaciół celem omówienia doniosłej kwestyi naukowej czy pedagogicznej. Mogą się zdarzać wypadki, w których bez ujmy dla zasady „publiczności“ celu, bezpośredni dostęp fizyczny (n. p. do niektórych fortyfikacyj i urządzeń wojskowych) może być ograniczony do liczby kilku lub paru tylko osób. I w tym wypadku udział w korzystaniu z danego dzieła użyteczności publicznej jest przeznaczony dla ogółu, a dostęp fizyczny ograniczony do niewielu jednostek.

Jakkolwiek jednak użytek ogólny nie musi być bezpośredni w tem znaczeniu, ażeby bezpośredni dostęp fizyczny do odpowiednich zakładów i urządzeń musiał być wszystkim zapewniony — jest on, jak widzieliśmy, zapewniony tylko niedającej się zwykle naprzód określić liczbie obywateli, których w zetknięcie z daną instytucyą „użyteczności publicznej“ sprowadzą zewnętrzne okoliczności — w innem znaczeniu tego słowa, musi on, i to bezwzględnie, być użytkiem bezpośrednim. A mianowicie w żadnym wypadku nie może dzieło „użyteczności publicznej“ być przeznaczone w pierwszym rzędzie na użytek pewnej zamkniętej kategoryi obywateli tak, ażeby dopiero za pośrednictwem tej kategoryi miał także i ogół mieć zapewniony udział w odpowiednim pożytku, lecz przeciwnie, użytek musi zawsze, w pierwszym rzędzie być przezna-

czony na zaspokojenie potrzeb ogółu, a stawać się udziałem jednostek i grup dopiero w drugim rzędzie, dzięki temu, że oni to właśnie do tego ogółu należą. Chociaż zatem — jak już powiedziano — bezpośredni dostęp fizyczny do zakładu naukowego z natury rzeczy i z reguły ograniczony być musi do liczby uczniów tego zakładu, obecnych i przyszłych, zakład nie dlatego jest dziełem „użyteczności publicznej", że zaspokaja potrzeby określonej w przybliżeniu liczby indywiduów, lecz dlatego, że całemu społeczeństwu potrzebny jest ten zakład, że jemu będzie służyć wiedza tych uczniów i z jego to łona wyszli i ci i wyjdą przyszli uczniowie, którym też dlatego właśnie, że są synami tego społeczeństwa, otwarto podwoje zakładu.

Ta rzecz prowadzi nas już jednak do drugiej strony tejsamej kwestyi, do powszechności użytku publicznego. Czy mianowicie jest rzeczą konieczną, ażeby użytek dzieł „użyteczności publicznej", bezpośredni, czy zależnie od tego, co wyżej powiedziano — pośredni tylko, musiał być rzeczywiście powszechnym, musiał stać się naprawdę udziałem wszystkich bez wyjątku?

Tem, co powiedziano wyżej, jest już i to pytanie częściowo rozstrzygnięte. Przed powiedzeniem reszty trzeba postawić ważne zastrzeżenie. Teoretycznie, ze stanowiska ciągłości i harmonii interesów, możnaby dowodzić, że każde dobro, nawet to, które przypada w udziale jednostce, albo tylko gronu jednostek, wychodzi na pożytek ogółu, społeczeństwa, nawet ludzkości. Łatwo jednak zrozumieć, że tak szerokie i rozlewne kryteryum „powszechności" nie wieleby się przydało tam, gdzie idzie o ścisłe sprecyzowanie zagadnienia, co jest istotą pożytku ogólnego w odróżnieniu — niekoniecznie nawet przeciwstawieniu — do pożytku prywatnego.

Ograniczając się zatem do właściwego przedmiotu, stawiamy dane pytanie wyłącznie na gruncie oczywistych i stwierdzonych faktów i na gruncie norm prawnych. Od kwestyi, jaką jest zasada prawna, trzeba

bowiem w danym wypadku odróżnić koniecznie kwestyę faktu.

Gdy zatem weźmiemy pod uwagę stosunki realne, wyrażające się n. p. w datach statystycznych, które illustrują użytek ogółu z rozmaitych instytucyj „użyteczności publicznej", niepodobna przytoczyć choćby jednego przykładu, w którymby z danej instytucyi korzystał rzeczywiście, choćby pośrednio tylko, cały ogół mieszkańców państwa, prowincyi, czy gminy. Nawet uwzględniwszy tylko instytucye najbardziej, zdawałoby się, niezbędne dla wszystkich, n. p. urządzenia pocztowe i komunikacyjne, można odrazu wykazać istnienie wielkiej liczby obywateli, nawet pewnych całych kategoryj obywateli, dla których owe urządzenia tak dobrze jakby wcale nie istniały. Żądaniu więc, ażeby z celu, który ma być celem „użyteczności publicznej" musiał dosłownie korzystać cały ogół, niemal nigdy nie stałoby się zadość. Żądanie takie zasadą prawną, powszechnie obowiązującą[1]), stać się nie może.

Natomiast nie tylko wystarcza, ale jest istotnem kryteryum „publiczności" a przez to i „użyteczności publicznej" danego celu zasada, że prawnie, przez ustawodawcę, korzystanie — w sposób i w rozciągłości odpowiednich naturze danej instytucyi — z danych urządzeń żadnemu obywatelowi, oznaczonemu z góry indywidualnie, żadnej kategoryi obywateli, wzbronione być nie może, że zatem użytek z danej instytucyi nie zostanie przez ustawę ograniczony do pewnych tylko jednostek, czy chociażby najszerszych kół oznaczonych podług znamion rasowych, wyznaniowych, społecznych, czy politycznych.

Ustawodawca może przypuszczać, stwarzając daną instytucyę (n. p. galeryę sztuki) w stolicy kraju, że

[1]) Jako zupełnie wyjątkową normę tego rodzaju przytoczyć można tylko angielski „The Trish Land Act" z 1903 r., który w danych warunkach zmusza wszystkich dzierżawców uprawiających ziemię w danym majątku do korzystania z możności nabycia ziemi na własność, jeżeli $^3/_4$ dzierżawców tego majątku objawi życzenie zakupna swych dzierżaw.

korzystanie z niej będzie, zwłaszcza w początkach jej istnienia, ograniczone w rzeczywistości do stosunkowo niewielkiej liczby mieszkańców, że stanie się ono zrazu głównie udziałem n. p. mieszkańców stolicy i to tych, którzy dla oceny tej korzyści znajdą czas i zrozumienie: podobnie uznając n. p. daną kolej lokalną za cel „użyteczności publicznej“ ustawodawca może z góry przewidywać, że najrychlej i najwięcej korzystać z niej będzie tylko najruchliwsza część mieszkańców danej okolicy. Wzgląd na to, czy w danych konkretnych warunkach z danej instytucyi korzystać będzie już w najbliższej przyszłości znaczna część ogółu, może, a nawet powinien być wzięty w rachubę ustawodawcy; stanowi on bowiem miarę wielkości pożytku tej instytucyi w danych warunkach. Gdyby ten pożytek nie miał być dosyć znaczny, trzebaby się tedy wstrzymać przed erygowaniem tej instytucyi, jako przedwczesnej. W żadnym jednak razie użytek z mającej powstać instytucyi nie może być z góry ograniczony przez samego ustawodawcę, a może tylko być uwarunkowany naturą rzeczy, to jest stosunkiem celu „użyteczności publicznej“ do rozmieszczenia ludności, do jej oświaty, kultury, zawodu, zamiłowań i t. d. Tych ograniczeń naturalnych, a raczej tych warunków, które nie stanowią o prawie korzystania z danej instytucyi, ale które jedynie owo korzystanie ułatwiają lub utrudniają, nie stwarza ustawodawca; ograniczenia prawne, wprowadzone przez niego, nie dałyby się pogodzić z istotą celu „użyteczności publicznej“.

Podmiotem użytku ogólnego może być zatem tylko ogół mieszkańców państwa i jego terytoryalnych części składowych: prowincyj, powiatów, gmin. Prowincye, powiaty, gminy nie są bowiem w tem znaczeniu niczem innem, jak obszarem, na którym skupia się integralna część tego ogółu, który nie jest przecie nigdzie skoncentrowany w jednem miejscu, lecz rozmieszczony fizycznie po całym kraju. Potrzeby ich mieszkańców nie przeciwstawiają się w tem znaczeniu w niczem

potrzebom mieszkańców całego państwa; są owszem ich integralną częścią. Muszą być uwzględnione przez ustawodawcę na równi wszystkie, nie z tego powodu, że są potrzebami tego właśnie czy tamtego kraju lub powiatu, lecz z tego jedynie, że są rzeczywistemi potrzebami integralnej części ogółu ludności państwa[1]). Nawet interes państwa nie jest celem „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, jeżeli jest interesem prywatnym (n. p. fiskusa, lub panującego) a nie przeznaczonym i to w pierwszym rzędzie na użytek ogółu, a odwrotnie, nawet interes najmniejszej, najuboższej gminy staje się — oczywiście, że wielkość i kosztowność urządzeń musi tu być zastosowana do wielkości pożytku — celem „użyteczności publicznej“, jeżeli odpowiada powszechnym warunkom. W praktyce mogą wprawdzie powstać i czasem powstają między tymi celami „użyteczności publicznej“ kolizye praktyczne w tem znaczeniu, że np. jedne są pilniejsze, inne mniej pilne, jedne donioślejsze, inne, chociaż potrzeba ich nie ulega wątpliwości, przecież mniej są doniosłe, albo nawet, że chociaż są równie pilne i równie doniosłe, przecież ze względów

[1]) „Il ne faut pas — pisze de Weiss (j. w. str. 89) — interpréter l'intérêt public d'une manière restrictive. Il suffit, qu'une généralite de citoyens appartenant a une contrée ou à une localité determinée ait un intérêt réel et légitime à l'execution d'une entreprise pour que celle-ci puisse, selon le cas, bénéficier du droit d'expropriation. Mais cette utilité ne doit pas être purement privée, et l'entreprise doit intéresser la prospérite actuelle ou le developpement futur de la contrée ou de la localité et profiter ainsi à l'ensemble des citoyens. Comme les membres d'un même corps, toutes les parties d'un pays ou d'une localité sont solidaires les unes des autres, et l'avantage qui accroit à une partie du pays ou de la nation profite à l'ensemble tout entier. On ne peut par contre guère descendre au-dessons sans tomber dans l'arbitraire et le favoritisme. On ne doit pas exproprier dans l'intérêt exclusif d'un groupe restreint de citoyens, habitant la même rue ou la même hameau. Il faut que l'execution d'une entreprise ait au moins un intérêt général pour une localité toute entière“.

finansowych nie wszystkie mogą być urzeczywistnione w stosownym czasie, ale tylko niektóre; niesumienny i stronniczy rząd skłonny jest czasem i bez takiej kolizyi, urzeczywistniać jedne cele kosztem drugich i pokrywać własną stronniczość rzekomymi brakami finansowymi. Prawdziwej, wewnętrznej kolizyi między tymi celami niema z tej przyczyny, że korzyść jednych nie jest tu, przy istotnych celach „użyteczności publicznej", połączona pojęciowo ze szkodą drugich, lecz zawsze tylko z — mniejszą lub większą, ale nieodzowną — korzyścią wszystkich.

Na tych konkluzyach wypadałoby zamknąć rozbiór danej kwestyi, gdyby w literaturze naukowej najnowszej doby nie pojawiły się próby, dążące do jeszcze ściślejszego określenia podmiotu „użyteczności publicznej". Próby te, trzeba powiedzieć odrazu, nie wywarły dotąd żadnego wpływu ani na teoryę ani na ustawodawstwo powszechne; i w jednym i drugim zakresie kryterya celów „użyteczności publicznej" ustaliły się tak, jak to zostało przedstawione. Niemniej pomijać ich nie można.

W pracach Leuthold'a, Neumann'a, Layer'a, których celem było określenie „interesu publicznego" wogóle, jako pojęcia, obejmującego zarazem cele „użyteczności publicznej" w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, uwydatniło się dążenie, ażeby podmiotowi „interesu ogólnego" względnie „użyteczności publicznej" nadać kształt jeszcze uchwytniejszy, ażeby w szczególności takie wyrażenia jak „staatsbürgerliche Gesellschaft" Stein'a, „des Volksganzen oder einzelner Teile desselben, einer Mehrheit voraus nicht bestimmbarer Einzelner" Sarwey'a[1]), „Publikum" Häberlin'a, „Teil der Staatsbürger" Roland'a i t. d. zastąpić terminem ściślejszym.

Zdaniem Leuthold'a podmiotem interesu może być tylko człowiek. „Interes publiczny („öffentliches,

[1]) W dziele: „Das öffentliche Recht und die Verw. Rechtspflege" 1880.

allgemeines Interesse") jest to interes każdego („Interesse Jedermanns"). Jeżeli jednak język potoczny mówi tu o „każdym", na myśli niekoniecznie musi się mieć wszystkich żyjących ludzi, ale wogóle pewną zbiorową t. j. pewną większą liczbę ludzi, związanych pewną przestrzenią (räumlich verbunden), razem żyjących, chociażby ta zbiorowość była węższą... W stosunku interesów sąsiedzkich... występuje na zewnątrz w najniższej formie obraz wspólnot interesów (Interessengemeinschaft), opartych na podstawie wspólnego miejsca pobytu. Od tego stopnia zaczyna się zatem owe ustosunkowanie interesów, które nazywać zwykliśmy interesami publicznymi" [1]).

Jakkolwiek jednakże pomiędzy interesem publicznym a interesem jednostki Leuthold nie widzi różnicy zasadniczej („niema — mówi — żadnego publicznego, jak i wogóle żadnego zbiorowego interesu (Gesammtinteresse), któryby był zupełnie różnym od interesów jednostek, należących do danego związku"), przecież nie każdy interes wspólny pewnej ilości jednostek uważa za interes publiczny. I tak n. p. pewne stronnictwo polityczne reprezentować może „gospodarczą, albo religijną albo miejscową partykularną wspólność interesów, reprezentuje jednak wówczas tylko pewien wspólny (gemeinsames Interesse), a nie publiczny interes, ponieważ już ze swej istoty nie ogarnia ono i nie zajmuje wszystkich interesowanych na pewnej przestrzeni".

Z drugiej strony, mimo, że interes jednostki i interes ogólny jako interes wielości (eine Mehrheit) jednostek związanych wspólnym obszarem nie są przeciwieństwami, nie jest wykluczona sprzeczność interesów, bowiem: „W przeciwieństwie do interesu ogólnego stać może interes odrębny („Sonderinteresse") t. j. interes człowieka, albo większej liczby ludzi, który

[1]) Leuthold C.: Öffentliches Interesse und öffentliche Klage. Hirth's Annalen des deutschen Reiches — München u. Leipzig 1884, str. 323, 329—34.

od przeciętnego interesu („Durchschnittsinteresse") mieszkańców danego obszaru odbiega, a nawet się mu sprzeciwia".

Wreszcie, biorąc pod uwagę całe państwo, jakkolwiek „byłoby niesłuszne upatrywać, że interes ogólny tam jest tylko, gdzie uznaje go państwo", którego obowiązkiem jest natomiast w miarę środków popierać te interesy ogólne, które się jako takie przedstawiają, przecież należy przyznać, że „interesy państwa wogóle nie muszą być jedynie tylko sumą interesów indywidualnych, lecz tworzą wyższy, ogólny interes zbiorowy („Gesamtinteresse"). Każde państwo tedy może służyć tylko tym celom, które ogół albo miarodajna większość czy wielość[1]) („Gesammtheit oder massgebende Mehrheit") jego mieszkańców uznaje za interes wspólny („gemeinsam"). Dlatego właśnie przedmiotem najwyższego interesu publicznego jest zabezpieczenie najważniejszych powszechnie interesów indywidualnych („Einzelinteressen")".

Teoryę „przeciętnego interesu" przyjął między innymi i rozpowszechnił Rehm, kiedy idąc śladami Iheringa, spróbował oprzeć podział „publicznego i prywatnego prawa podmiotowego" na interesie, jako podstawie podziału. Interes publiczny jako podstawa prawa publicznego jest więc u niego poprostu przeciętną interesów indywidualnych („Durchschnitt aus Einzelinteressen").

Natomiast właśnie wprowadzenie „przeciętnego interesu" i sprzeczność wewnętrzna, której nie uniknął Leuthold, przyjmując raz, że interes publiczny nie stoi w przeciwieństwie do interesu jednostki, a jednak opiera się na „przeciętnym interesie", który znowu jest przeciwieństwem „odrębnego" interesu jednostki a nawet całej grupy jednostek, wywołało przeciwko

[1]) Rehm H.: Die rechtiche Natur des Staatdienstes nach deutschem Staatsrecht — Hirth's Annalen 1885 str. 90—91. Por. tegoż autora: Allgemeine Staatslehre — Marquardsen's Handbuch des öff. Rechts der Gegenwart, Freiburg 1899 str. 199.

teoryi Leuthold'a stanowczą opozycyę Neumann'a i Layer'a. Zdaniem tych autorów przyjęcie „interesu przeciętnego" mogłoby słusznie — jakkolwiek sam Leuthold przed tą konsekwencyą wyraźnie się zastrzega i broni — usprawiedliwić zasadę prostej majoryzacyi.

„Pielęgnowanie chorych, nauka szkolna, strzeżenie sławy, niezawisłości, są to interesy, które nieraz stają w kolizyi do interesów jednostki — pisze Neumann[1]) — a jednak „prawo większości jako takiej, prawo, ażeby jej interesom zapewnić przewagę nad interesami mniejszości, nie może być w żadnym z tych wypadków skądkolwiek przyznane i nie śmie oczywiście być przyznane, boby się w tym razie doszło do konsekwencyj najpoważniejszych"...

„Jeżeli się jednak mówi o wywłaszczeniu, albo o innym podobnym przymusie na rzecz celów państwa i gminy, względnie na rzecz istotnych celów państwa i gminy i t. d., jest to tylko pewnego rodzaju szczególniejsze wyrażenie dla wywłaszczenia w celach „użyteczności" publicznej i to wyrażenie wcale nie do polecenia. Same bowiem przez się są naturalnie nie wszystkie cele państwa, względnie państwa i gminy takimi, któreby usprawiedliwiały wywłaszczenie, albo przymusowe zwolnienie od serwitutów i t. d., gdyż przeciwnie niektóre z nich, n. p. wyłącznie tylko finansowej wzgl. skarbowej natury są celami, dla których się z reguły wywłaszczenia odmawia...

„To więc, co nazywają wywłaszczeniem na rzecz celów państwa i gminy jest tedy w istocie rzeczy tylko wywłaszczeniem na rzecz takich celów, których podejmowanie mogłoby — albo pragnęłoby się, żeby mogło — być podług ich doniosłości celem państwa, względnie państwa lub gminy i to „istotnym" (we-

[1]) Neumann Fr. J: Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht — Hirth's Annalen. München-Leipzig 1886, str. 390—401.

sentlicher) albo „publicznym" (öffentlicher) celem państwa lub gminy (w przeciwstawieniu do tamtych celów wyłącznie finansowej natury), tak, że zawsze jeszcze otwarte jest pytanie, co w gruncie rzeczy stanowi „istotny" albo „publiczny" cel państwowy".

Pytania tego tak sformułowanego nie rozwiązuje też i Neumann w sposób zadowalający. Określenie, że to są „interesy polegające na celach szczególnie wielkiej, nadzwyczajnej („besonders grosser, besonders hervorragender") doniosłości", albo „takiej nadzwyczajnej doniosłości, że wobec nich nakładanie ofiar wydaje się uzasadnione [1]), albo wreszcie, że dane przedsiębiorstwo musi być tak wielkiego, ogólnego znaczenia, że przymusowe uchylenie prywatnej własności, albo ograniczenie własności na rzecz jego wydaje się usprawiedliwione" nazywa Layer tautologią.

---

[1]) I tu, powtórnie, dodaje Neumann zastrzeżenie, że o doniosłości tych celów nie można sądzić ze stanowiska państwa: „Und endlich ist ganz und gar ausgeschlossen, dass es sich bei jenen Erklärungen von obwaltenden öffentlichen Interesse etwa um Erklärung obwaltenden Staats- oder obwaltenden Gemeindeinteresses handelt" (str. 400).

(C. d. n.).

Studya nad istotą osoby prawniczej.

Napisał

Dr. Roman Longchamps.

(Ciąg dalszy).

V.

Osoba.

1. Osoba a podmiot prawa. 2. Pojęcie podmiotu prawa. 3. Funkcye podmiotu prawa. 4. Pierwszy materyalny warunek zdolności prawnej: zdolność posiadania interesów. 5. Drugi materyalny warunek zdolności prawnej: zdolność wykonywania prawa. 6. Formalny warunek zdolności prawnej: należenie do społeczeństwa ludzkiego.

1. Osobowość prawna, jak to staraliśmy się wykazać wyżej pod III, 6, znaczy tosamo, co zdolność prawna czyli zdolność być podmiotem praw: osobą jest coś, co może być podmiotem praw [1]). W powyższych słowach zawarte jest pojęcie osobowości w prawnem znaczeniu. Obecnie wypada nam ustalić istotę osobowości w prawnem znaczeniu czyli ustalić, jakie przymioty danej

[1]) Por. Till, Prawo prywatne austryackie T. I. wyd. 3. § 29.; Michaud, l. c. T. I. str. 3; Zitelmann, l. c. str. 64 nast.; Bernatzik, l. c. str. 193; Jellinek, System der öffentl. subject. Rechte str. 28; Schlossmann, Persona und *πρόσωπον*, w piśmie wydanem przez uniwersytet w Kielu z powodu rocznicy urodzin ces. Wilhelma II. r. 1906, str. 4, uw. 1.

jednostki rozstrzygają o zdolności prawnej, jakie warunki muszą być spełnione, aby można powiedzieć o kimś lub o czemś, że jest osobą. Warunki te zależą od roli, jaką osoba w życiu prawnem odgrywa. Ponieważ z przyjętego przez nas pojęcia osobowości wynika, że rolą tą jest rola osoby jako podmiotu praw, przeto chcąc zbadać istotę osobowości musimy wprzód ustalić pojęcie podmiotu prawa oraz funkcye, jakie będąca podmiotem prawa istota ma do spełnienia[1]).

Do niedawna nie odróżniano należycie pojęcia podmiotu prawa od pojęcia osoby. U Savigny'ego, Windscheida, Iheringa pojęcia te są identyczne: osoba czyli podmiot prawa oznacza człowieka, do którego prawo podmiotowe należy. Oczywiście to należenie prawa do jego podmiotu rozmaicie sobie ci autorowie przedstawiają, zależnie od pojęcia prawa podmiotowego, jakiemu każdy z nich hołduje. Wedle Savigny'ego człowiek jest podmiotem prawa, ponieważ ono około niego stwarza pewną zapewnioną mu sferę wolności, wedle Windscheida, ponieważ nadaje mu władztwo prawne, wedle Iheringa, ponieważ mu przynosi pożytek. Wskutek tego identyfikowania pojęć podmiotu prawa i osoby a zarazem wskutek rozpowszechnienia teoryi prawa podmiotowego, które tylko w człowieku mogły widzieć zdolny podmiot praw (teorya wolności woli, teorya władztwa, teorya Iheringa) utarło się zapatrywanie, że podmiot prawa to jest pewne jestestwo, ein Ding, do którego prawo jest niejako przywiązane.

Dopiero w najnowszym czasie podniesiono całkiem słusznie, że pojęcie podmiotu prawa nie jest wcale identyczne z pojęciem osoby, że jeżeli osoba bądź zawsze, bądź w pewnych wypadkach oznaczać może jakieś jestestwo, to podmiot prawa nigdy nie jest pojęciem jestestwa, lecz oznacza stosunek, w jakim pewne jestestwo (lub nawet nie-jestestwo) do prawa podmiotowego stoi. Pierwszym, który tę prawdę wy-

[1]) Por. Michaud l. c. T. I. str. 6 i 7.

raźnie wypowiedział, był, o ile nam wiadomo, wśród niemieckich prawników Jellinek (Allg. Staatslehre, 1900 Kap. 6), wkrótce po nim przeprowadza tę myśl obszernie a nawet stara się uczynić punktem wyjścia dla nowej teoryi osób prawniczych Binder (l. c.), wreszcie przyłączają się do tego zapatrywania Saleilles (l. c. str. 544) i Schwarz (Rechtssubject und Rechtszweck, w Kohlera Archiv f. bürgerl. Recht, 1909 i 1910). Nasze zapatrywanie w tej sprawie wypowiedzieliśmy wyżej pod III, 8, przy omawianiu teoryi Bindera. I my uznajemy, że określenie: podmiot prawa nie jest określeniem pewnego jestestwa jako takiego, lecz oznacza stosunek, relacyę a mianowicie rolę, funkcyę, jaką ktoś, lub coś spełnia w budowie prawa podmiotowego. Czy to, co w tym stosunku stoi, czyli t. zw. osoba, musi być jestestwem czy nie, to już inna sprawa, której rozstrzygnięcie zależy od ustalenia, w czem polega stosunek podmiotowości w prawie i jaką rolę osoba, jako podmiot prawa, ma spełniać.

2. Przedewszystkiem więc musimy odpowiedzieć na pytanie: co należy rozumieć przez termin: podmiot prawa? Ponieważ przez prawo podmiotowe rozumiemy podmiotowe stanowisko, wytworzone dla kogoś przez porządek prawny, przeto najogólniejsza, formalna niejako definicya podmiotu prawa, na którą zapewne wszyscy się zgodzą, musi brzmieć: być podmiotem prawa znaczy mieć nadane przez porządek prawny stanowisko, które nazywamy prawem podmiotowem[1]).

Materyalna definicya stosunku podmiotowości prawa, określająca istotę tego stosunku, zależy od pojęcia prawa podmiotowego. Dla teoryi, która widzi w prawie podmiotowem władztwo woli, być podmiotem prawa znaczy mieć wolę i módz ją przeprowadzić pod osłoną porządku prawnego. Dla teoryi, którą nazwaliśmy teoryą wolności woli, być podmiotem prawa znaczy mieć przyrodzoną sobie lub przez społeczeństwo

[1]) Podobnie pojmu e podmiot prawa Saleilles, l. c. str. 544.

nadaną sferę wolności i módz z niej korzystać. Wedle Iheringa być podmiotem prawa znaczy mieć pożytek prawem zapewniony, wedle Bekkera mieć pożytek lub dyspozycyę prawem. Możliwe jest nawet różne materyalne pojęcie podmiotu prawa przy wzięciu za podstawę jednej i tej samej definicyi prawa podmiotowego. Przykład tego daje nam teorya, która w prawie podmiotowem upatruje jedynie formalny element ochrony prawnej i pojmuje je jako stan oczekiwania na urzeczywistnienie normy prawnej lub oczekiwania na roszczenie i t. p. (Thon, Jaworski, z najnowszych Schwarz). Wedle Thona być podmiotem prawa znaczy: być tym człowiekiem, dla którego norma prawna, wedle jej treści, wydaną została i który ma skutkiem tego możność użycia pomocy porządku prawnego w celu jej wykonania. Natomiast inny zwolennik tej teoryi prawa podmiotowego, Schwarz, wystąpił niedawno z całkiem nowem pojęciem podmiotu prawa (Schwarz, Rechtssubject und Rechtszweck, w Archiv für bürgerliches Recht, 1909 oraz Kritisches über Rechtssubject und Rechtszweck, tamże, 1910).

Zdaniem Schwarza nie można upatrywać podmiotu prawa w człowieku, dla którego norma prawna wydana została, gdyż często takiego człowieka wcale nie ma. Prawa mającego się urodzić, prawa t. zw. osób prawniczych a zwłaszcza fundacyj uczynionych na rzecz przyszłych pokoleń, prawa należące do spadku leżącego dowodzą prawdziwości tego twierdzenia aż nadto. Chcąc odnaleźć takie pojęcie podmiotu prawa, które dałoby się zastosować przy każdem prawie, należy pytać: komu zawsze pożytek z prawa jest przeznaczony? Na to pytanie odpowiada Schwarz: pożytek z prawa podmiotowego przeznaczony jest zawsze pewnemu celowi, podmiotem prawa jest zatem cel, dla którego ono jest przeznaczone. Tym celem może być także zaspokojenie potrzeb pewnego człowieka, ten człowiek jednak nie jest podmiotem prawa, Rechtssubject, lecz przedmiotem celu prawa, Rechtszwecksobject. W wy-

padku, gdy celem prawa nie jest zaspokojenie potrzeb pewnych konkretnych ludzi, takiego „Rechtszwecksobject“ niema wcale. Natomiast każde prawo stoi w stosunku do pewnych ludzi, którzy je mają w oznaczonym celu wykonywać. Jednak i ci ludzie nie są podmiotami praw lecz tylko wykonawcami, zastępcami celu, Zweckbesorger, Vertreter. Jeżeli prawo służy do zaspokojenia potrzeb własnowolnego człowieka, to ten człowiek est po pierwsze: przedmiotem celu (Rechtszwecksobjekt), a po drugie: wykonawcą i zastępcą celu (Zweckbesorger) czyli zastępcą swoich własnych interesów, nie jest jednak podmiotem prawa. W wypadku, gdy prawo służy do zaspokojenia potrzeb niewłasnowolnego człowieka, ten niewłasnowolny jest tylko przedmiotem celu, zaś jego ustawowy zastępca jest wykonawcą celu. Wykonawcom prawa a więc zawsze pewnym ludziom służy władztwo prawne, pożytek z prawa służy zawsze celowi.

Teorya Schwarza, na pozór tak prosta i niewinna, w gruncie rzeczy godzi wprost w istnienie i racyę bytu pojęcia prawa podmiotowego. Skoro bowiem cel jest właściwym podmiotem prawa, a prawo podmiotowe jest „istniejącem dla pewnego celu oczekiwaniem usłuchania normy prawnej“ (die zu Gunsten eines Zweckes bestehende Anwartschaft auf Normbefolgung), to w takim razie każda bez wyjątku przedmiotowa norma prawna, a przynajmniej każda norma konkretna, jako istniejąca w pewnym celu, rodziłaby dla tego celu prawo podmiotowe, gdyż z każdą łączy się oczekiwanie, że ci, do których ona się zwraca, jej się poddadzą. Doprowadziłoby to do niebywałego rozszerzenia pojęcia prawa podmiotowego; działy prawa, które obecnie tego pojęcia bądź całkiem nie znają, bądź znają je tylko w ograniczonej mierze, jak prawo karne, procesowe, administracyjne, zaroiłyby się od praw podmiotowych, z któremi teorya i praktyka nie miałyby co począć, bo uznane powszechnie prawidła o na-

byciu, przelewie, przemianie i zgaśnięciu praw podmiotowych, o ich wykonywaniu i t. p. nie dałyby się do tych praw „karnych", „policyjnych", „procesowych" i t. p. zastosowywać. N. p. policyjny zakaz szybkiego jeżdżenia po ulicy rodziłby tyle praw podmiotowych, ilu jest ludzi w mieście. Podmiotem każdego z tych praw byłby cel, aby dany człowiek nie został przejechany. Ten człowiek byłby „przedmiotem" tego celu (Rechtszwecksobject) a organ państwowy (policyant) „wykonawcą" (Zwecksbesorger). A jednak czy do takiego prawa stosowałaby się choć jedna zasada z tych, które obowiązują przy prawach podmiotowych? Prawo podmiotowe stałoby się czczym frazesem, nazwą bez treści.

Na szczęście jednak teorya Schwarza na zbyt kruchej się opiera teoretycznej podstawie, by mogła naprawdę wstrząsnąć systemem praw podmiotowych. Podmiotem prawa ma być cel jego; tym celem jest zawsze, jak sam Schwarz się wyraża, sprowadzenie jakiegoś przyszłego zdarzenia. Aby jakieś zdarzenie zostało sprowadzone, potrzeba jednak zawsze kogoś, ktoby w tym celu działał. Jeżeli więc przy każdem prawie możemy odnaleźć cel, w którym ono istnieje, to taksamo przy każdem prawie możemy odnaleźć podmiot działalności, na ten cel skierowanej. Cel jest zawsze związany z kimś, kto go swą działalnością ma osiągnąć i jeżeli porządek prawny prawo podmiotowe nadaje, to nadaje je nie temu celowi, lecz podmiotowi działalności, na ten cel skierowanej[1]). Twierdzenie więc Schwarza, że są prawa, które tylko dla pewnego celu są dane, jest błędne, bo one są dane dla podmiotu tego celu, bez którego cel nie mógłby być osiągnięty i bez którego prawo, na ten

[1]) Nie należy mieszać podmiotu działalności, któremu prawo służy do pewnego celu, z podmiotem woli, rozstrzygającej o wykonaniu prawa. N. p. przy prawach niewłasnowolnego pierwszym jest ten niewłasnowolny, drugim jego ustawowy zastępca. O tem zresztą niżej.

cel dane, na nic się nie przyda. Słowem, użytek z prawa ma nie cel, lecz podmiot działalności na ten cel skierowanej.

Ale także i pożytek z prawa nie przypada wcale jego celowi. Pożytek może odnieść coś, co ma jakieś potrzeby a więc zawsze jakieś jestestwo. Nie cel odnosi pożytek z prawa, lecz celem prawa jest, by pewne istoty z niego pożytek odniosły. Ustalenie, którym istotom konkretne prawo przynosi pożytek, jest często bardzo trudne i skomplikowane. Często pożytek z prawa rozpryskuje się — jak pięknie wyraża się Till w rozprawie: O podmiocie praw i prawach bez podmiotu, 1872 — na wszystkie strony, na różne istoty, obecne i przyszłe, na ludzi, zwierzęta, rośliny i t. p. Chcieć oprzeć pojęcie podmiotu prawa na fakcie odnoszenia korzyści z prawa, to daremny trud i niepowodzenie teoryi Iheringa, który to chciał uczynić, powinno każdego odstraszyć. Schwarz idzie śladem Iheringa, tylko w miejsce człowieka jako destynataryusza podstawia cel prawa. To podstawienie jest nieusprawiedliwione w rzeczywistym stanie rzeczy i dla tego teorya Schwarza teoretycznie jest wadliwa. Wogóle cierpi ona na niedokładne rozróżnianie pojęć, w rzeczywistości całkiem różnych. Pojęcia: cel, potrzeba, interes są dla Schwarza jednoznaczne (Archiv für bürgerl. Recht, 1910, str. 39 i 50), gdy tymczasem są to pojęcia całkiem różne.

Wspomniane wyżej teorye podmiotu prawa wychodzą z założenia, że (materyalne) pojęcie podmiotu prawa wynikać musi z istoty prawa podmiotowego z pewną logiczną koniecznością i że stanowi ono z niem niejako organiczną całość. Niebrak jednak w literaturze zapatrywania, że pojęcie podmiotu prawa jest czysto techniczne, wytworzone li tylko w. celu łatwiejszej konstrukcyi. Ze względów techniki prawniczej potrzeba, aby każde prawo miało podmiot, więc należy stworzyć takie pojęcie podmiotu prawa, które do każdego konkretnego prawa da się z korzyścią użyć; kwestya

zaś, czy to pojęcie mniej lub więcej organicznie będzie się wiązać z pojęciem prawa podmiotowego i wynikać z t. zw. istoty rzeczy, jest obojętna. Zapatrywanie to wypowiada Demogue w pracy p. t.: La notion de sujet de droit, umieszczonej w Revue trimestrielle de droit civil T. VIII, 1909.

Demogue odróżnia przy każdem prawie podmiotowem podmiot pożytku (sujet de jouissance) i podmiot dyspozycyi (sujet de disposition). Ponieważ celem prawa jest chronić interes a nie wolę, przeto w osiąganiu pożytku a nie w dyspozycyi polega główne prawa znaczenie i właściwym podmiotem prawa jest podmiot pożytku. To zapatrywanie wypowiedzieli już Ihering i Bekker, jednak oni wymagali od istoty, mającej być podmiotem prawa, zdolności do użycia, do osiągania z prawa korzyści, albowiem sądzili, że natura podmiotu prawa wynika z koniecznością z istoty prawa podmiotowego, że to jest „un probleme portant sur le fond du droit". Tymczasem do spełniania roli podmiotu prawa nie jest konieczne, by coś rzeczywiście mogło korzyść z prawa odnieść, lecz wystarcza, gdy można sobie przedstawić coś jako podmiot, któremu ustawodawca chciał pewną korzyść zapewnić a wynikające z tej konstrukcyi konsekwencye prawne są pożądane. Słowem, problem podmiotu prawa jest problemem technicznym. Ponieważ celem prawa jest zapewnienie pożytku, przeto przez podmiot prawa możemy rozumieć tylko podmiot pożytku; ale funkcya tego podmiotu nie polega w rzeczywistem, materyalnem ciągnięciu korzyści z prawa, lecz jedynie w spełnianiu roli korzystającego w konstrukcyi prawa podmiotowego i dlatego wszystko, co tylko da się pomyśleć jako podmiot, dla którego ustawodawca chciał pożytek pewien zapewnić, może być podmiotem prawa, bez różnicy, czy jest to człowiek, zwierzę lub jakaś rzecz nieżyjąca, istota już istniejąca lub w przyszłości mająca powstać, jednostka lub wielość jednostek i t. p. Na przykład: jeżeli ktoś uczyni darowiznę

lub zapis z obowiązkiem utrzymywania z dochodów tego kapitału swego konia, to można powstający stąd stosunek prawny dwojako konstruować: albo jako zlecenie, obciążające prawo własności obdarowanego wzgl. legataryusza, albo jako prawo podmiotowe tego konia. Pierwsza konstrukcya jest niedostateczna i niepraktyczna na wypadek, gdy obdarowany znajdzie się w złych stosunkach majątkowych, wpadnie w długi i nie będzie mógł wykonać zlecenia, bo mu przeznaczony na to kapitał wierzyciele zabiorą. Natomiast druga konstrukcya zapewnia lepiej wykonanie woli darczyńcy i co za tem idzie, porządku prawnego, gdyż zabezpiecza dostatecznie kapitał, przeznaczony na utrzymanie konia, przed wierzycielami obdarowanego. Uznanie konia za podmiot prawa nie powinno nikogo zadziwiać, gdyż ludzie przywiązują się do zwierząt i jest rzeczą naturalną, że chcą im nieraz korzyści pewne zapewnić, a ten sam zamiar może mieć i ustawodawca. Ale nietylko zwierzęta (co już Bekker przypuszczał), mogą być podmiotami praw, ale także rzeczy martwe. Jeżeli ktoś uczyni zapis z obowiązkiem utrzymywania swego nagrobka, lepiej jest uznać ten nagrobek za podmiot prawa niż uciekać się do konstrukcyi zlecenia, które często pozostaje niewykonane. Okoliczność, że nagrobek, jako rzecz martwa, nie jest zdolny do użycia, nic nie znaczy, gdyż funkcya podmiotu prawa nie polega na rzeczywistem korzystaniu lecz na odgrywaniu roli korzystającego w konstrukcyi prawa. Celem ustawodawcy jest utrzymanie nagrobka, możemy więc powiedzieć, że to prawo istnieje tylko dla tego nagrobka i przedstawić sobie ten nagrobek jako „sujet de jouissance".

Dalszą konsekwencyą pojęcia podmiotu prawa jako czysto technicznego jest twierdzenie Demogue'a, że prawo może mieć więcej podmiotów, jeżeli tylko więcej istot kwalifikuje się do uznania ich za użytkujących z prawa. I tak podmiotami praw korporacyi są jej członkowie, podmiotami praw fundacyi destynataryu-

sze. W kwestyi osób prawniczych przyjmuje więc Demogue w zupełności teoryę własności zbiorowej Planiola. Podmiotami prawa mogą być dalej istoty jeszcze nie żyjące, przyszłe pokolenia, jak to zwykle jest we fundacyach. Także osoby nieoznaczone mogą być podmiotami praw. Wszystko, o czem można powiedzieć, że dla niego prawo istnieje, może stanowić podmiot jego.

Oprócz podmiotu użycia, który jest właściwym podmiotem prawa, musi mieć każde prawo podmiot dyspozycyi, którym może być tylko człowiek własnowolny, posiadający pełnię władz umysłowych. Tym podmiotem jest albo sam destynataryusz prawa (pojęty jak wyżej) albo jego zastępca, a to umowny, ustawowy lub nadany przez sąd. Ale podmiot dyspozycyi nie jest, jako taki, nigdy podmiotem prawa, bo dyspozycya prawem jest objawem drugorzędnym, jest środkiem, nie celem.

Z powyższą teoryą Demogue'a nie możemy się zgodzić już z tego powodu, że naszem zdaniem pojęcie podmiotu prawa nie jest czysto techniczne, lecz owszem jest związane najściślej z istotą prawa podmiotowego. Wszak jeśli prawo podmiotowe określiliśmy najogólniej jako pewne korzystne stanowisko pewnej istoty ze względu na jej interesy, to wynika z tego, że przy każdem konkretnem prawie podmiotowem musi istnieć taka istota, dla której ono istnieje i która skutkiem tego jest jego podmiotem. Rola jej, jako podmiotu prawa nie jest więc czysto techniczna, formalna, lecz zasadnicza, materyalna, nie podmiot istnieje dla konstrukcyi prawa, jak sądzi Demogue, lecz przeciwnie, prawo istnieje dla podmiotu. Wskazuje na to już sama nazwa: prawo podmiotowe. To zasadnicze znaczenie podmiotu dla prawa pociąga za sobą tę dalszą konsekwencyę, że istota, stanowiąca podmiot prawa, musi posiadać realnie te wszystkie przymioty, jakie wedle ustalonego pojęcia prawa podmiotowego do pełnienia funkcyi podmiotu są potrzebne a coś, co tych przymiotów nie posiada, nie może być podmiotem prawa, chociażby to było

w pewnych wypadkach w celu zastosowania konstrukcyi do praktycznych potrzeb pożądane. To zapatrywanie jest, jak sądzimy, niezbędnym warunkiem, by można uważać konkretne prawa podmiotowe za realne wartości, będące źródłem całego szeregu konsekwencyj prawnych; w przeciwnym razie zapanowałaby zbytnia niepewność w życiu praktycznem pod względem ocenienia, co jest prawem podmiotowem a co niem nie jest i jakie z tego, że coś jest prawem podmiotowem, należy wyciągać konsekwencye. Gdybyśmy n. p. skonstruowali zlecenie utrzymywania nagrobka jako prawo tego nagrobka, jak chce Demogue, cóż powiemy wtedy, gdy ten nagrobek n. p. wskutek trzęsienia ziemi lub innego elementarnego zdarzenia całkiem zniszczeje? Wedle przyjętych zasad z ustaniem istnienia podmiotu prawo bądź gaśnie bądź przechodzi na inny podmiot. Ponieważ żadne ustawodawstwo porządku dziedziczenia nagrobków nie normuje, należałoby tu orzec, że prawo tego nagrobka z jego zniszczeniem zgasło i legataryusz jest wolny od dalszego utrzymywania go. Ale czy to rozwiązanie kwestyi będzie słuszne i woli spadkodawcy odpowiadające? Sądzimy, że nie i że w tym wypadku sam Demogue, tej konsekwencyi by nie wyciągnął i kazałby legataryuszowi odbudować nagrobek, jeżeli tylko wartość legatu na to pozwala. Ten przykład wystarcza do wykazania, jaka niepewność zapanowałaby w życiu prawnem, gdybyśmy wyszli, jak Demogue, z założenia, że ustawodawca stwarza prawa podmiotowe a jurysta wyszukuje dla nich, w celu łatwiejszej konstrukcyi, podmiot. W rzeczywistości jest inaczej, a mianowicie, jak to wykazaliśmy wyżej pod IV, 2—4, ustawodawca wydaje dla jednostek żyjących w społeczeństwie, pewne normy prawne a dopiero jurysta, biorąc za punkt wyjścia te jednostki, konstruuje prawa podmiotowe.

Powód, dla którego Demogue uważa podmiot prawa za pojęcie wyłącznie techniczne, leży w tem, że Demogue, podobnie jak Ihering i Bekker, upatruje

funkcyę podmiotu prawa w korzystaniu z prawa, w osiąganiu pożytku z niego. W bardzo wielu wypadkach nie da się oznaczyć, kto właściwie ma pożytek z prawa, bo pożytek ten „rozpryskuje się“ na wszystkie strony. Często podmiot pożytku jest nieoznaczony, często dopiero przyszłym pokoleniom pożytek z prawa przypadnie. Jeżeli więc pragnie się zawsze podmiot pożytku za podmiot prawa uważać, trzeba rzeczywiście zerwać z zapatrywaniem, że podmiot prawa oznacza stosunek, materyalnie z istoty prawa wynikający i wymagający, by rolę podmiotu spełniała zawsze istota, materyalnie do tego uzdolniona i dlatego Demogue odmawia pojęciu podmiotu prawa zasadniczego znaczenia a pozostawia mu jedynie znaczenie techniczne, co mu umożliwia upatrywanie podmiotu prawa we wielościach osób, w osobach nieoznaczonych, jeszcze nie żyjących i t. p. Ponieważ jednak takie pojmowanie podmiotu prawa nie prowadzi, jak widzieliśmy, do pomyślnego rezultatu, przeto leży w tem dowód więcej, że nie można upatrywać funkcyi podmiotu prawa w ciągnięciu pożytku, lecz trzeba jej szukać w czemś innem.

Zanim jednak przystąpimy do tego zadania, wypada choć kilka słów poświęcić teoryi, która w kwestyi pojęcia podmiotu prawa jest ze wszystkich najradykalniejsza, albowiem pojęcie to, jako zbyteczne całkiem odrzuca. Jest to teorya Leona Duguit, wyłożona w dziele p. t.: Etudes de droit public, I. L'Etat, le droit objectif et la loi positive. II. L'Etat, les gouvernements et les agents.

W książce tej wychodzi autor z założenia, że cały system praw podmiotowych, związanych z pewnemi istotami jako ich podmiotami, jest czemś, w rzeczywistości nieistniejącem, wytworem fantazyi jurystów, fikcyą, abstrakcyą. Z tem trzeba raz zerwać i oprzeć się wyłącznie na gruncie realnym, jaki nam okazuje obserwacya. W świecie rzeczywistym istnieje najpierw z jednej strony pewna solidarność społeczna, oparta

bądź na poczuciu, że pewne dobra można tylko spólnemi siłami osiągnąć (solidarité par similitudes) bądź na poczuciu różnicy potrzeb i zdolności, z czego wynika możność i potrzeba wymiany usług (solidarité par division du travail). Ta solidarność społeczna jest źródłem przedmiotowych norm prawnych t. j. norm wzajemnego zachowania się członków społeczeństwa. Następnie z drugiej strony istnieje w świecie rzeczywistym wola jednostek, która ma prawo się urzeczywistniać, jeżeli jest zgodna z temi normami. Poza tą solidarnością społeczną z jednej, a wolą jednostek z drugiej strony niema nic więcej realnego w świecie zjawisk prawnych. Te skutki prawne, jakie panująca doktryna przypisuje faktowi, że ktoś jest podmiotem prawa, w rzeczywistości są jedynie skutkami zgodności woli indywidualnej z normą prawa przedmiotowego. Jeżeli pewne czynności przedsięwzięte przez organ jakiejś korporacyi mają całkiem inne skutki prawne, niż gdyby je przedsiębrał kto inny, to zjawisko to nie jest wynikiem osobowości tej korporacyi lecz jedynie tej okoliczności, że wola tego organu jest zgodna z normą prawną, która te skutki ustanawia. Pojęcie prawa podmiotowego jak i podmiotu prawa jest sztuczne i zbyteczne.

Teorya Duguit'a jest niewątpliwie bardzo interesująca i nawet, na pierwszy rzut oka ponętna, gdyż dąży do uproszczenia techniki prawniczej i do oparcia jej na gruncie rzeczywistym. Jednak taksamo, jak pożądane niewątpliwie uproszczenie formy życia jednostki lub społeczeństw nie powinno się łączyć z utratą ważnych zdobyczy kulturalnych, tak i uproszczenie techniki prawniczej nie powinno pozbawiać jej środków, które zostały zdobyte wiekową pracą umysłową. Takim środkiem technicznym jest niewątpliwie wytworzone przez nowoczesną naukę prawa pojęcie prawa podmiotowego i jego podmiotu. Trudno sobie wyobrazić, jakby mógł nowoczesny ustawodawca obejść się bez tego pojęcia. Ale przypuściwszy nawet, że możliwy

jest systemem prawa przedmiotowego, który pojęcia prawa podmiotowego nie zna, należy przyznać, że w takim razie nauka prawa musiałaby to pojęcie stworzyć, aby módz różne co do swej istoty zjawiska prawne należycie uporządkować i poklasyfikować [1]). Widzimy n. p. że wskutek cesyi, wskutek odebrania własnowolności lub otwarcia konkursu pewne skutki prawne może wywołać wola innej osoby niż poprzednio. Teorya Duguit'a nie jest w stanie powiedzieć o tych trzech zjawiskach prawnych niczego więcej, jak tylko to, że obecnie wola tych innych osób (cesyonaryusza, kuratora, wierzycieli) może wywołać pewne skutki prawne dlatego, ponieważ jest zgodna z normą prawną, wedle której wywołanie tych skutków jest tym osobom pozostawione. Jaka jest wewnętrzna różnica między tymi trzema stosunkami i jakie dalsze konsekwencye z tej różnicy wynikają, tego teorya Duguit'a wytłómaczyć nie zdoła, bo do tego jest niezbędne pojęcie prawa podmiotowego. Przy cesyi mamy przeniesienie prawa podmiotowego na inną osobę, przy ustanowieniu kurateli jedynie powołanie innej osoby do powzięcia woli potrzebnej do wykonania prawa niewłasnowolnego a przy otwarciu konkursu pozostawienie praw dłużnika wierzycielom do zrealizowania na ich korzyść z zachowaniem jednak charakteru tych praw jako praw dłużnika. Z tej odmiennej konstrukcyi wynikają też odmienne konsekwencye prawne n. p. na wypadek śmierci cesyonaryusza, kuranda lub krydataryusza. Widać z tego, że rola każdej z tych osób w danym stosunku jest inna i inaczej prawnie doniosła, jakkolwiek skutki prawne wywołuje nie ich wola, lecz zgodna z normą przedmiotową wola innych osób.

Wynika z tego, że nawet wtedy, gdyby pojęcia prawa podmiotowego i podmiotu prawa były czysto techniczne, jedynie w celu łatwiejszej konstrukcyi zjawisk prawnych stworzone, należałoby je ze względów

[1]) Por. Michand, l. c. T. I. str. 47 nast.

technicznych zatrzymać. Ale naszem zdaniem prawo podmiotowe nie jest tylko środkiem technicznym, lecz jest realnem zjawiskiem w życiu prawnem społeczeństwa, a wynika to nawet z tego pojęcia prawa przedmiotowego, jakie przyjmuje Duguit. Wedle niego istnieje w społeczeństwie pewna solidarność, wynikająca bądź z istnienia pewnych jednakowych potrzeb, które spólnemi siłami łatwiej mogą być zaspokojone (solidarité par similitudes), bądź z istnienia różnicy potrzeb i zdolności i wynikającej stąd potrzeby wymiany usług (solidarité par division du travail). Wyrażając myśl Duguit'a inaczej, powiemy, że solidarność społeczna istnieje dlatego, ponieważ często zaspokojenie interesów jednostki zależy od zachowania się reszty członków społeczeństwa i ogół stosunków, jakie się stąd między członkami społeczeństwa wyłaniają, stanowi właśnie istotę związku społecznego, co zgadza się najzupełniej z tem, cośmy o istocie związku społecznego powiedzieli wyżej pod IV, 4. Skoro tak jest, w takim razie prawo przedmiotowe, które zdaniem Duguit'a ze solidarności społecznej się rodzi, nie jest niczem innem jak ogółem norm, regulujących wzajemne stosunki członków społeczeństwa z ich interesów wynikające. Duguit przyznaje realny byt tak solidarności społecznej, jak i wynikającym z niej normom prawa przedmiotowego, musi więc przyznać realny byt także interesom, które właśnie zrodziły potrzebę solidarności społecznej i prawa przedmiotowego. Skoro zaś istnieją realnie interesy członków społeczeństwa i istnieją realnie normy wzajemnego zachowania się, do których się członkowie społeczeństwa stosować muszą i stosują, czyż nie powstają skutkiem tego również realne, korzystne stanowiska jednostek wobec reszty członków społeczeństwa? Odpowiedź na to może być tylko jedna, a mianowicie twierdząca. W jaki sposób istotę tych stanowisk określimy, to już rzecz inna i o tem była mowa szeroko wyżej pod IV. Na tem miejscu chodzi nam jedynie o stwierdzenie, że te sta-

nowiska istnieją tak samo realnie, jak realnie istnieje prawo przedmiotowe, gdy zaś termin „prawo podmiotowe“ nie jest związany z żadnem innem realnem zjawiskiem prawnem, sądzimy, że niema żadnej przeszkody, aby go właśnie na oznaczenie wyżej opisanych stanowisk użyć. Istnieje zaś realnie prawo podmiotowe, to już nie można się obejść bez pojęcia podmiotu prawa, gdyż jest ono niezbędne do wyrażenia stosunku, w jakim do prawa podmiotowego, jako subjektywnie korzystnego stanowiska jednej jednostki wobec innych, stoi właśnie ta jednostka.

Istotę tego stosunku czyli materyalne pojęcie podmiotu prawa wypada nam obecnie ustalić. Stawiając wyżej formalne określenie podmiotu prawa powiedzieliśmy, że być podmiotem prawa znaczy stać w stosunku, zwanym prawem podmiotowem. Krytyka obcych poglądów wykazała następnie, że pojęcie podmiotu prawa nie jest czysto techniczne, lecz jest wyrazem istniejącego w rzeczywistości stosunku, który dany jest z koniecznością z pojęciem prawa podmiotowego i którego istota z istoty prawa podmiotowego wynikać musi. Wychodząc z tego założenia nie trudno już określić materyalnie pojęcie podmiotu prawa, jeżeli się weźmie za podstawę ustalone przez nas wyżej pod IV. pojęcie prawa podmiotowego. Ponieważ prawo podmiotowe określiliśmy jako chronioną przez porządek prawny możliwość zaspokojenia swego oznaczonego interesu za swoją wolą lub za wolą swego prawnie uznanego zastępcy, przeto być podmiotem prawa, nie może znaczyć nic innego jak: mieć pewien interes i módz go zaspokoić pod ochroną porządku prawnego za wolą swoją lub swego prawnie uznanego zastępcy.

3. Analizując powyższe pojęcie podmiotu prawa możemy zbadać, jakie funkcye ma do spełnienia istota, będąca podmiotem prawa, w czem polega jej rola jako podmiotu prawa.

Polega ona mianowicie w dwoch funkcyach:

a) Podmiot prawa ma interes, którego zaspokojenie jest prawnie chronione. Tylko bowiem o tym można powiedzieć, że dla niego istnieje i chroniona jest możliwość zaspokojenia pewnego interesu, kto ten interes ma. Z tego powodu zastępca ustawowy lub pełnomocnik nie jest podmiotem praw, w imieniu i zastępstwie pupila lub mocodawcy nabywanych i wykonywanych, lecz podmiotem ich jest wyłącznie sam pupil i mocodawca, gdyż tylko on ma interes, którego możliwość zaspokojenia jest prawnie chroniona a opiekun i pełnomocnik działają w cudzym interesie.

b) Podmiot prawa wykonuje prawo t. j. zaspokaja swój interes pod ochroną porządku prawnego za wolą swoją lub swego prawnie uznanego zastępcy.

Pojęcie wykonywania prawa nie jest w nauce dostatecznie ustalone, co się tem tłumaczy, że pojęcie samego prawa podmiotowego jest chwiejne[1]). Pojęcie wykonywania prawa stoi bowiem w jak najściślejszym związku z pojęciem prawa podmiotowego. I tak n. p. określanie prawa jako władztwo woli lub wolność woli prowadzi logicznie do wniosku, że wykonywanie prawa ogranicza się na samem chceniu, na prostem powzięciu woli, co bardzo słusznie Ihering (Geist, III, oddz. 1 § 60. wyd. 4 str. 330) teoryi władztwa woli lub wolności woli wytyka, gdyż w takim razie prawo nie miałoby racyi bytu i realnej wartości dla społeczeństwa. Z punktu widzenia znowuż tych, którzy, jak Thon lub Schey, uważają za prawo jedynie ochronę prawną t. j. ów formalny element definicyi Iheringa i pojmują tę ochronę jako skargę lub roszczenie, wykonywanie prawa oznaczać może jedynie korzystanie z tych środków ochrony prawnej, a więc wytaczanie roszczenia w formie skargi i prowadzenie egzekucyi (Thon, l. c. str. 288). Ale do czegóż w takim razie dochodzimy? Najemca, który przedmiotu najmu

[1]) Por. o tem Till, Prawo prywatne austr. T. I. wyd. 3 § 101. zwłaszcza uw. 4.

używa, nie wykonuje przez to jeszcze swego prawa, lecz dopiero wtedy je wykona, gdy wytoczy przeciw wynajmującemu skargę! Właściciel jakiejś rzeczy, który jej najspokojniej aż do zupełnego jej zniszczenia używał, nie wykonał ani razu swego prawa własności, bo nie potrzebował przeciw nikomu skargi wytaczać. Te drastyczne przykłady wykazują dostatecznie, że takie pojmowanie wykonywania prawa, jakie wynika z definicyi Thona, jest błędne i sprzeciwia się naszemu poczuciu prawnemu i duchowi ustawodawstwa [1]). Iluż to ludzi przeszło przez całe swe życie, biorąc żywy udział w życiu prawnem, a mimo to nie znalazłszy się ani razu w potrzebie skarżenia kogoś lub podnoszenia przeciw niemu swoich roszczeń, ponieważ wszyscy zawsze ich prawa szanowali i swoich obowiązków w obec nich dopełniali! Właśnie to jest najsilniejszy skutek prawa i najpełniejsza ochrona interesów, jeżeli drudzy normy prawne szanują i powodu do procesów nie dają. Kto dopiero drogą procesu egzekucyi musi swój interes zaspokajać, ten nigdy na tem tak dobrze nie wychodzi i nigdy nie ma ze swego prawa takiego pożytku, jak ten, kto bez tych przymusowych środków, dzięki tylko poszanowaniu autorytetu norm prawnych u drugich, interes swój zaspokoić może.

Niektórzy upatrują wykonywanie prawa w ciągnięciu korzyści z prawa podmiotowego, jak n. p. Ihering (Geist, III, Oddz. I. str. 336). Jednak już wyżej zaznaczyliśmy, że można mieć interes w tem, aby ktoś trzeci pewien pożytek osiągnął. Wówczas zaspokojenie tego interesu polega właśnie w tem, by tę korzyść osiągnął nie podmiot interesu lecz ten trzeci. Jeżeli porządek prawny możliwość zaspokojenia tego interesu

[1]) Por. np. §§ 364., 504., 1451., 1471., 1472., 1478., 1484., 1488 austr. u. c. Interesujące wywody o różnicy między „wykonywaniem“ a „używaniem“ prawa zob. u Wróblewskiego, Posiadanie str. 17 oraz do tego bardzo trafną uwagę Tilla, Austr prawo pryw. T. I. wyd. 3 § 101. uw. 2.

chroni, to niewątpliwie i ten trzeci na tem korzysta. Ale on nie jest podmiotem prawa, bo osiągnięcie tej korzyści nie jest chronione jako jego interes lecz jako interes tamtego. I dla tego osiągnięcie tej korzyści przedstawia się jako wykonanie prawa tamtego, choć tamten żadnej korzyści nie osiągnął, zaś dla tego trzeciego osiągnięcie korzyści jest tylko skutkiem odblaskowym prawa innej osoby. N. p. gdy ojciec używa swego majątku na wychowanie dzieci (w większej mierze niż jest do tego obowiązany) lub filantrop na cele dobroczynne, to wykonują prawo tylko ojciec i filantrop, nie zaś dzieci lub ubodzy.

Z postawionej przez nas definicyi prawa podmiotowego wynika następujące pojęcie wykonywania prawa: wykonywać prawo znaczy zaspokajać pod ochroną porządku prawnego swój interes za swoją wolą lub za wolą swego prawnie uznanego zastępcy. A więc właściciel wykonuje prawo własności, jeżeli stosownie do woli swojej lub swego ustawowego zastępcy mieszka w swym domu, przechadza się w swym ogrodzie, czyta swą książkę, ale także jeżeli dozwala mieszkania, przechadzki lub czytania innym osobom, a to wszystko bez przeszkody ze strony innych członków społeczeństwa, którzy bądź dobrowolnie szanują jego prawo a raczej normę przedmiotową, która mu je nadaje, bądź zostaną do tego przez porządek prawny siłą zmuszeni. Wierzyciel wykonuje swe prawo, jeżeli odbiera od dłużnika sumę dłużną i procenta, które mu (lub jego zastępcy) ten ostatni regularnie w terminie przesyła bądź w uznaniu swego prawnego obowiązku, bądź dla tego, ponieważ zmuszony został do ich uiszczenia drogą procesu i egzekucyi.

Z powyższego pojęcia wykonywania praw wynika więc najpierw, że wykonywanie prawa nie jest, jak sądzi Thon (l. c. str. 221), dopiero następstwem naruszenia normy prawnej przez trzeciego i nie polega jedynie w podniesieniu przeciw temuż roszczenia w formie procesu i egzekucyi.

Wykonywanie prawa nie wymaga też koniecznie pewnych czynności ze strony uprawnionego, interes swój można bowiem nieraz zaspokoić, nie wykonawszy ze swej strony żadnej czynności. Kto ma służebność altius non tollendi, wykonuje prawo przez to, że właściciel gruntu służebnego nie buduje, zgodnie z wolą jego lub jego zastępcy ponad pewną wysokość, szanując przepis ustawy, na którym prawo służebności jego sąsiada się opiera. Taksamo mąż wykonuje swe prawo, gdy mu żona prowadzi gospodarstwo domowe, zamawiający wykonał swe prawo, gdy mu robotnik wykonał zamówioną robotę. Natomiast zawsze pewnych czynności wymaga wykonywanie prawa, jeżeli zaspokojenie interesu napotyka ze strony innych ludzi na przeszkody i potrzeba się uciec do tej drugiej formy ochrony prawnej, do pomocy społeczeństwa lub dozwolonej samopomocy. Wyniesienie skargi, wniosek o dozwolenie egzekucyi, nie jest niczem innem pod względem materyalno prawnym, jak aktem wykonania prawa t. j. zaspokojenia swego interesu pod ochroną porządku prawnego za swoją wolą lub swego prawnie uznanego zastępcy.

Wykonywanie prawa nie jest jednak prostem zaspokajaniem swego interesu. Proste zaspokojenie swego interesu możliwe jest i bez prawa, nie może więc pokrywać się z wykonywaniem prawa. Wykonywanie prawa jest czemś więcej, jest kwalifikowanem zaspokajaniem swego interesu, a mianowicie odbywającem się pod ochroną porządku prawnego i za wolą, z punktu widzenia interesów podmiotu prawa powziętą, a więc bądź jego własną bądź jego prawnie uznanego zastępcy.

Wykonywanie prawa jest zaspokajaniem interesu pod ochroną prawa i jest wtedy albo spokojne, wskutek uznania przez innych autorytetu normy, albo połączone z przymusem wskutek użytej pomocy społeczeństwa lub dozwolonej samopomocy. Każde zaspokojenie interesu przez osobę, posiadającą do tego prawo

podmiotowe, odbywa się pod ochroną porządku prawnego. Od chwili bowiem zaistnienia w odniesieniu do pewnego podmiotu normy prawnej, która faktyczną możliwość zaspokojenia pewnego interesu dla tego podmiotu chroni, pozostaje on, z wiedzą lub bez wiedzy, pod ochroną porządku prawnego ze względu na ten swój interes tak, że jeżeli teraz do zaspokojenia tego interesu przyjdzie, będzie to wynikiem nie tylko prostej, faktycznie istniejącej możliwości zaspokojenia tego interesu ale także wynikiem stanu ochronnego, wytworzonego istnieniem normy, będącej podstawą prawa podmiotowego i ewentualną pomocą społeczeństwa. I tak często zaspokojenie pewnego interesu dlatego tylko przychodzi do skutku, że bądź autorytet normy prawnej, bądź skarga i egzekucya usuwają przeszkody ze strony innych ludzi, którzyby do tego zaspokojenia interesu nie dopuścili, gdyby tej normy i opartego na niej prawa podmiotowego nie było. A nawet chociażby w pewnym wypadku i bez prawa do zaspokojenia tego interesu było przyszło, to jednak w wypadku, gdy podmiot tego interesu ma prawo go zaspokoić, już sama pewność, że stoi pod opieką porządku prawnego, nadaje jego czynnościom, mającym zaspokojenie tego interesu na celu, większego spokoju, pewności siebie, umożliwia — jednem słowem — korzystniejszy, pełniejszy sposób zaspokojenia tego interesu, niż gdyby tego prawa nie miał. Całkiem inaczej, wszechstronniej i z większem zadowoleniem używa pewnej rzeczy jej prawowity właściciel, niż złodziej, który to czyni ukradkiem i w ciągłej obawie, aby go nie odkryto. Widać z tego, że co innego jest zaspokajać swój interes pod ochroną prawa, niż bez niej.

Drugą istotną cechą wykonywania prawa jest to, że zaspokojenie interesu uprawnionego następuje na skutek woli, powziętej z punktu widzenia jego interesów a więc bądź jego własnej, bądź woli jego prawnie uznanego zastępcy. Wykonywanie czegoś oznacza bowiem zawsze pewien udział (Beteiligung) wy-

konującego. Przy wykonywaniu prawa podmiotowego ten udział wykonującego polega na tem, że o zaspokojeniu interesu rozstrzyga wola, wychodząca z jego punktu widzenia t. j. z punktu widzenia jego indywidualnych interesów a więc bądź jego własna bądź jego zastępcy. O ile to jest zastępca ustawowy, to decydujące znaczenie jego woli może się objawiać bądź w ten sposób, że on zgadza się na to, czego chce sam zastąpiony tak, że ostatecznie zaspokojenie interesu jest wynikiem woli obydwóch, bądź w ten sposób, że zastępca wyłącznie sam rozstrzyga o zaspokojeniu interesu zastąpionego, czyto zgadzając się, by trzeci coś niewłasnowolnemu świadczył, czyto przedsiębiorąc sam pewne czynności, będące bądź spokojnem zaspokajaniem interesu niewłasnowolnego, bądź użyciem w tym celu pomocy społeczeństwa jak n. p. wyniesienie skargi lub wniosek o egzekucyę. W każdym razie i w tym wypadku uprawniony ma pewien udział w wykonaniu prawa: udział ten polega bowiem na tem, że jego interes a nie interes zastępcy lub ogółu decyduje o kierunku woli potrzebnej do wykonania prawa.

C. d. n.

Zapiski literackie.

Rafał Taubenschlag: Historya zadatku w prawie rzymskiem. Studyum historyczno-prawne. Nakł. Ak. Um. (Osobne odbicie z tomu LIV rozpraw Wydziału histor.-filoz.). Kraków 1910. S. 59.

Problemem rzymskiego zadatku zajmuje się nauka nie od dzisiaj. Sprzeczność między Codexem (C. 4, 21, 17) a Instytucyami justyniańskiemi (J. 3, 23 pr.) narzucała się romanistom od paru wieków niemal (p. np. doskonałą rozprawę Lauterbacha w jego Dissertationes academicae z r. 1728, gdzie podana dawniejsza literatura)

każąc im szukać zgody na tej lub innej drodze. „Odkrycie“ Plauta przez Studemunda postawiło na porządku dziennym romanistyki konieczność oceny znaczenia jego komedyj dla prawa rzymskiego, w szczególności powiązania odnośnych wzmianek o zadatku z orzeczeniami prawników i nakazami konstytucyi.

W ostatnich latach, zwód syryjsko-rzymski oraz zasypujące naukę o starożytnym świecie (Altertumswissenschaft) papyrusy egipskie nasunęły zagadnienie wschodniego pochodzenia justyniańskich innowacyj w zadatku i dały obraz jego praktycznego zastosowania w Egipcie.

Bekker, Bechmann, Costa i Dareste — żeby tylko najwybitniejszych wymienić — zajęli się zadatkiem plautyńskim; Bruns i Mitteis, po części Gradenwitz, rozpatrywali przepisy zwodu syryjsko-rzymskiego, względnie przekazy egipskich papyrusów, usiłując je powiązać ze zbiorami Justyniana. Nie było jednak dotąd, poza doskonałym, ale z istoty rzeczy ogólnym artykułem Leonharda w Encyklopedyi Paulego-Wissowy, pracy, któraby rezultaty tych cząstkowych badań ujmowała i całość rozwoju zadatku w prawie rzymskiem odtwarzała na tle tak pomnożonych źródeł i przy pomocy wyostrzonych środków historycznego badania i historycznej konstrukcyi [1]).

To też nowa praca o zadatku pozwalała w każdym razie spodziewać się ujęcia i postawienia kwestyi ze stanowiska dzisiejszej nauki, może nawet zadawalniającego rozwiązania problemu. Gdyby kto z temi nadziejami wziął w rękę rozprawę p. Taubenschlaga, której tytuł wypisaliśmy powyżej, zgotuje sobie rozczarowanie na całej linii. Deklaruje się w niej bowiem autor jako laudator temporis acti. Zarówno metodą, systemem, jak treścią swej pracy, zaświadcza, że nie pragnie postępu, ale woli trzymać się dawnych, utartych, czasem opuszczonych szlaków.

[1]) Słowa te pisałem przed ukazaniem się pracy D. P. Pappuliusa: *Ἱστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβῶνος ἐν τῷ ἐνοχικῷ δικαίῳ.* Lipsk 1911.

Poprzedników swoich zna i ojcostwa pomysłów im nie zaprzecza; źródła, uwzględniane zresztą przez dawniejszą literaturę, przytacza niemal bez wyjątku (nie ma większego znaczenia pominięcie Isidora Origines V. 25, 20).

Komu jednak przyjdzie ochota sprawdzić cytaty p. T. i zbadać te źródła, na których opiera się jego rozprawa, ten dojdzie do zgoła niespodzianych i w pracach, uważających się za naukowe, niecodziennych rezultatów.

Uderzyć musi każdego przedewszystkiem rozrzutność miejsca i czasu, z jaką autor, prawnik piszący dla prawników, przedrukowuje in extenso ustępy z Corpus iuris civilis. Nie przeczymy, że sposób ten zyskał w literaturze pewne prawo obywatelstwa. Dopuszczalność jego zależy jednak od dwóch warunków, mianowicie od przeważnego znaczenia przytoczonego ustępu, który musi być ośrodkiem dowodzenia autora, a następnie od formalnej ścisłości i wierności przedruku. Oba te wymogi u p. T. nie dopisują. Wyzyskanie przedrukowanego tekstu ogranicza się zwyczajnie do jego streszczenia, czasem jeszcze z użyciem po raz drugi słów łacińskich, a ścisłość przedruku jest w najwyższym stopniu niewystarczającą.

Do sprawdzenia używaliśmy wydania, służącego zapewne i p. T. za podstawę jego studyów, mianowicie stereotypowej edycyi Krügera i Mommsena, przyczem co do Digestów kontrolowaliśmy wyniki przy pomocy nowego wydania włoskich romanistów (Medyolan 1908).

Pomijamy, że wszędzie niemal drukuje p. T. nazwę zadatku „arrha“, gdy teksty piszą ją „arra“. Ale i poza tym błędem mniejszej wagi, na który zbyt wiele nacisku nie kładziemy, lista nieścisłości autora jest tak wielką, że aby nią nie obciążać tekstu, podajemy ją poniżej[1]).

[1]) Str. 24. Powołany ustęp Gai. III. 29, traktuje o dziedziczeniu feminarum agnatarum. Ustęp przedrukowany zaś jest §. 139 tejże księgi, a w w. 3 zamiast datum est zawiera datur. Dig. 18, 1, 35 pr. w w. 1 przestawione słowa datur i pro emptione; w w. 2. czyt. quasi zam. quod; w w. 3. possit zam. posset (to może omyłka druku).

Widać z niej, że z wyjątkiem paru fragmentów, które wyszły cało, traktuje p. T. wszystkie przez siebie prze-

---

Str. 25. Dig. 18, 3, 6: słowa vel alio nomine dowolnie ujęte w nawias.

Str. 26. Dig. 18, 3, 8: zam. solutionis reliquae czyt. solutioni reliquae pecuniae.

Str. 27/8. Dig. 14, 3, 5 §. 15: czyt. cum zam. quum; causa po eius rei dodane dowolnie; na końcu czyt. erit zam. est.

Str. 30. C. 4, 49, 3: czyt. dumtaxat zam. duntaxat; actio i paciscentibus przestawione.

Str. 31. C. 4, 45, 2: ex venditione i oportet przestawione.

Str. 34. C. 4, 21, 17: w w. 4 od góry in przed instrumento dodane; w w. 8 od góry między sint a vel opuszczony ustęp: ut nulli liceat prius quam haec ita processerint; w w. 10 od dołu przed quae arrae ma być si nie et; w w. 9 od dołu sunt nie sint; w w. 7 od dołu isdem nie iisdem.

Str. 35. Inst. 3, 23, pr.: w w. 7 od góry dodany dowolnie ustęp: „quae sine scriptura consistunt"; w w. nast. czyt. in his zam. in iis; w w. 9 od góry venditionem et emptionem Instytucye mają w porządku odwrotnym; taksamo w w. 6 od dołu eis (nie iis) recedere, a w w. 3 od dołu est emptor; w w. 10 od dołu subscripta nie subscriptis (może myłka druku); w zdaniu ostatniem nihil ma stać między licet a super; wreszcie co do uwagi 3. na tejże stronie, „niektórzy" czytają w tym wierszu istotnie contrahente tylko, że nie — jak autor twierdzi — zam. contrahentium, lecz zam. contrahentibus.

Str. 56/7. C. 5, 1, 5: w w. 3 od góry między in i quod opuszczone id; w w. 7 od góry in id dodane; w w. 9 od góry czyt. vel zam. aut; w w. 13 od góry si dodane; czyt. seu zam. vel; w w. nast. i 2 od góry na str. 57 czyt. custodiri zam. custodire; w w. 15 od góry czyt. aut zam. vel; w w. 13 od dołu his i hoc quoque przestawione; w w. 8 od dołu czyt. subolis zam. sobolis (zapewne myłka druku); — a na str. 57 w w. 4 od dołu czyt. placuit zam. placuerit; w w. 2 od dołu czyt. cum zam. quum.

Str. 57. C. 1, 4, 16: w w. 4 od góry sponsalicias i arras przestawione; taksamo w w. 5 od dołu datas i arras; w w. 4 od dołu czyt. paenitentiae zam. poenitentiae i isdem zam. iisdem; w w. 2 od dołu czyt. necne zam. nec non.

Str. 58. C. 1, 3, 54 (nie 56) §. 3: w w. 3 od góry czyt. contemnens zam. contemnere et; w w. 5 od góry czyt. imminatione zam. deminutione; w nast. sicut zam. sicuti i tantum zam. tantummodo; w w. 3 od dołu nomine i acceperat przestawione.

drukowane ustępy ze zbiorów justyniańskich z indywidualizmem, który mógłby być bardziej celowo zastosowanym przy ich interpretacyi. Nie waha się tekstu poprawiać, dodając do niego słowa lub całe zwroty i naodwrót opuszczając je, czasem archaizuje, zmieniając cum na quum lub dumtaxat na duntaxat, często poprawia konstrukcyę przestawiając wyrazy, a zawsze przepisuje z błędami, wkraczającymi nieraz poprostu w dziedzinę gramatyki.

Zastrzeżeń, które wyraziliśmy w kwestyi podawania in extenso tekstów justyniańskich, nie można z istoty rzeczy zastosować do źródeł, leżących poza zwykłą sferą pracy prawnika-romanisty. Nie mógł oczywiście autor uniknąć ani cytowania dyalogów z Plauta i Terencyusza ani przedruku z Teofrasta. Co do dwóch pierwszych należało jednak podać wydanie, wzięte za podstawę przedruku, gdyż tekst Plauta odbiega od Costy (Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto) a Terencyusza od Bekkera (Zeitschr. der Sav. St. t. XIII. „Die röm. Komiker als Rechtszeugen"), używanych najczęściej przez prawników. Teofrast cytowany jest wedle lektury przyjętej przez Hofmanna (Beiträge zur Gesch. des griech. u. röm. Rechts) z nielicznymi błędami druku i z lekceważeniem greckiej interpunkcyi, co zaszkodziło zwłaszcza w ustępie, podanym na S. 14, dając dwa nieoczekiwane zdania pytajne. Przyjmując jednak tekst Hofmanna, różny w paru punktach od tekstu Dareste'a (Le traité des lois de Theophraste, R. de legisl. 1870/71), niepotrzebnie podał autor tłómaczenie francuskiego uczonego. Przedrukowane, jak jest, bez zwrócenia uwagi na odmienną lekcyę, mogłoby podawać w wątpliwość językową wiedzę Dareste'a.

Od zaznaczonej wyżej rozrzutności w traktowaniu zbiorów justyniańskich dziwnie odbija zastosowana gdzieindziej wstrzemięźliwość autora, który czasem nie tylko nie podaje dokładnie ustępu źródłowego, na którym się opiera, ale z pewną niezrozumiałą wstydliwością wzdraga się nawet powołać go pełnym tytułem i objaśnić jego charakter i znaczenie. Ciekawi jesteśmy np., co zrozumie

prawnik — nie będący historykiem prawa starożytnego — kiedy na S. 12 natknie się na cytat z Isaeusa de Cir her. § 23, mający się odnosić do mowy *περὶ τοῦ Κίρωνος κλήρου*. — Nie wiele także przysłuży mu się pewno do rozjaśnienia sprawy powołana na S. 31 „inskrypcya Cohena VIII² p. 266, 4, 5“, bo nie będzie wiedział, że ten cytat odnosi się do zbioru Cohena, Description histor. des monnaies frappées sous l'empire romain, w jego drugiem, ośmiotomowem wydaniu i nie przypuści ani na chwilę, wierząc autorowi, że podane tamże zdanie łacińskie nie jest wcale inskrypcyą w naukowem znaczeniu tego słowa (p. Iwan Müller, Handbuch der klass. Altertumswiss. I, S. 360) ale legendą ołowianej tessery, opisanej już przez Eckhela (Doctrina nummorum vet. T. VIII. S. 316.) a służącej do celów niezupełnie wyjaśnionych (p. Dictionnaire des antiquités T. I, s. v. arra S. 440).

Taksamo cały rozdział VI rozprawy zrozumie tylko fachowy papyrolog, którego w polskim świecie prawniczym w większej liczbie znaleźć nie łatwo. Aby się zoryentować w tej masie krótkich cytatów, aby wogóle wiedzieć, do czego one się odnoszą, trzeba znać system skróceń wydawnictw, przyjęty w Archiv'ie Wilckena, trzeba umieć rozwiązywać skrócenia i sigle, używane w papyrusach, a przedewszystkiem mieć pod ręką odnośne publikacye i poprawić znów nazbyt liczne pomyłki autora. Sprostowania natury raczej formalnej umieszczamy tu także poniżej [1]), zestawiając tam cały ten las opuszczeń

[1]) Wśród cytatów papyrusowych niema prawie poprawnych. Błędy zestawiamy w porządku ich występowania:

I. Str. 42 1. Lond. II. 143. Należało rozwiązać na *κ(ατὰ) κυρείαν ὁμολογι(αν)* niezrozumiałe dla niepapyrologa skrócenie, jeśli się wogóle nie przyjmuje systemu wydawcy Kenyona, który nie daje akcentów, interpunkcyi, ani nie rozwiązuje skróceń. Dawać pierwsze i drugie, a zostawiać skrócenia jest naukową niekonsekwencyą; nadto pap. nie ma *τετελειωμέμην* lecz *τετελειωμην* (sic!).

2. BGU. 446. Słowa od *ὁμολογεῖ* do *παραχρῆμα*, jako uzupełnienie wydawców należało ująć w ostre klamry.

3. Lond. 334 p. tekst.

i niedokładności, odkrywających nam czasem z przerażającą jasnością system pracy autora, tu ograniczamy się tylko do podkreślenia błędów zasadniczych. Nie podobna

---

4. B. G. U. 240 czyt. *ἀρραβῶνα* zam. *ἀρραβῶτος* (może myłka druku).

II. Str. 43. 1. Oxyr. I. 140: wiersze cytowane przez autora są 23 i 24, nie 22 i 23; w wierszu 22 stoi początek pierwszego słowa cytatu przedzielony *προσ-ομολογῶ*. Przy *μεγαλοπρ(επείας)* należało końcowe słowa ująć w klamry koliste, gdyż to rozwiązanie skrócenia nie uzupełnienie luki w tekście; zam. *νομίσματος* czyt. *νομίσματα*.

2. Fay. 91. Wiersze cytowane są 13 i 14 (nie 6 i 7); Czyt. *χ[ι]ρὸς* zam. *χ[ε]ρὸς*; przy *οἴκ(ου)* klamry koliste, jako rozwiązanie skrócenia.

3. Lond. III. 1229, drukowany na str. 142, a pochodzi z r. 145, co p. T. ujmuje we wdzięczne skrócenie „z r. 142/5 po Chr.“. Sigle [*ρ κ* należało rozwiązać na *δραχμῶν ἑκατὸν εἴκοσι*.

4. Taksamo w Lond. III. 1170 verso: [*κ* = *δραχμὰς εἴκοσι*; nadto 2 ostatnie litery w *ὁμ[ο]ί(ως)* są rozwiązaniem skrócenia, co nie jest zaznaczone.

5. Fir. 24 pierwszy cytowany wiersz, jako nadpis całego rejestru, jest pierwszym, a nie 23; *ἐγκτήσεων* tamże pisane przez *γ* nie *ν*. Przy *δραχ[μῶν]* ostatnie litery są uzupełnieniem, nie rozwiązaniem skrócenia.

6. Lond. II. 239 nie pochodzi z r. 297/8 po Chr. a wydrukowany na str. 346, ale odwrotnie (r. 346, str. 297/8).

7. B. G. U. III. 947, p. tekst.

III. Str. 44. 1. B. G. U. 446: w w. 1 cytatu czyt. *καθά* zam. *κατά*; w w. 2. *ἀραβώνων* zam. *ἀρραβώτων*; w w. 314 *στερίκεθαι* zam. *στερίκεσθαι*.

2. B. G. U. 240: Wiersz cytowany jest 26 (nie 25). Zam. *Λαίος* czyt. *Γαΐος* (zapewne myłka druku).

3. Lond. 334: w *λοιπὰ[ς]* ostatnia głoska uzupełniona, taksamo *[τῆ]ς* przy *πράξεως*.

IV. Str. 45. 1. Oxyr. I. 140. Wiersze cytowane zaczynają się od 24 nie 23, a ich granice wypadają inaczej, niż je zaznacza autor. Nadto w w. 4 cytatu zam. *[τω]* czyt. *[τ]ῶ*, w w. 6 zam. *τ[ο]ὐ* czyt. *τ[οῦ]*.

2. Fay. 91: wiersze cyt. są 27. i f. 28 i 29 (nie 28 wyłącznie; w w. 1. cytatu czyt. *Θενετκουεὶς* zam. *Θενειτκουεὶς* (pewno błąd druku).

V. Str. 52. C. P. R. 30: należało rozwiązać skrócenie *λαμπρ(ότατος)*.

bowiem nie zaznaczyć, że p. T. zmieniając w cytowanym na S. 42 papyrusie londyńskim 334 accus. plur. *τὰς ὁμολογοῦσ[α]ς* na genet. sing. *τῆς ὁμ.* i dodając w nawiasie, jako objaśnienie: sc. kupującej, zaświadcza, że nie ma pojęcia o formularzu tak częstej w papyrusach objektywnej homologii — lub nie zwrócić na to uwagi, że papyrusu florenckiego 24, nie można dzisiaj, po pracach Lewalda, Egera i Preisigkego (ich tytuły p. w Nr. 1. „Przeglądu“ z b. r. S. 70.) nazywać podaniem do urzędu ksiąg gruntowych, gdyż jest on przesłanym temu urzędowi rejestrem bankowych kontraktów. Koronę jednak całego rozdziału VI. stanowi niewątpliwie na S. 43/4 umieszczony cytat z tomu III. papyrusów berlińskich Nr. 947, w którym autor odkrywa zadatek nieruchomy, nie bacząc, że to odkrycie narazi mocno na szwank jego opinię grecysty i papyrologa. Bo widać, że nietylko pierwsze słowa tego cytatu są dla p. T. — jak sam przyznaje — „niezrozumiałe“, ale i dalsze, skoro *Στρατοῦς ἀπάτωρ μητρὸς Δημητριοῦτος* znaczy dla niego „dosłownie“: sierota (bez matki) Demetrii, zamiast: nie mająca ojca, z matki Demetriuty — a *διδόναι εἰς ἀρραβῶνα χόρτου ἀρουρῶν ἕξ* może być przez niego oddanem słowami: „dała na zadatek 6 arur wygonu“. Trzebaby chyba pana T. odesłać do gramatyki języka greckiego, aby go pouczyć, że *διδόναι* nie rządzi genetivem i że wobec tego owe 6 arur to nie zadatek, ale przedmiot kupna umocnionego zadatkiem.

Wystarczyłoby tych przykładów, aby obudzić nieufność do rozprawy pana T. Jeżeli zaś do tych rażących uchybień dodamy te zestawione w uwadze pomyłki, to mięszanie dat ze stronami, ściąganie dat i stron w jedną całość, błędne podawanie wierszy, przedrukowywanie sigli w cytacie, przytoczonym zresztą literacko — uzyskamy wrażenie pospiesznego zestawiania niedbale robionych wyciągów, niesprawdzanych notatek, wrażenie roboty szytej wielkimi ściegami, grubo przezierającą nicią. Pewno, że takie mylne podanie wiersza lub opuszczenie znaku skrócenia to nie zbrodnia i że można być wiel-

kim nawet uczonym, zacytowawszy fałszywie raz lub drugi. Ale system pomyłek sprawia, że sumienność naukowa badacza, u którego nie pomyłki, ale ich brak jest wyjątkiem, przedstawia się jednak w cokolwiek dziwnem świetle. Jak tu bowiem brać poważnie wyjaśnienia, interpretacye, konjektury w nauce, w której nieraz jedno słowo ma decydujące znaczenie, jeśli nigdy pewnym być nie można, czy fragment źródłowy nie został przez autora spreparowany na jego modłę.

Przyznać trzeba zresztą odrazu, że w podawaniu opinij i poglądów, z których zbudował swoją rozprawę, był p. T. o wiele ściślejszym i dokładniejszym. Czasem wprawdzie jakiegoś argumentu nie zrozumiał lub może umyślnie mylnie przedstawił, czasem użył go inaczej niż jego twórca, ale z reguły trzymał się wiernie swoich poprzedników. Bez myłek w cytatach i tu oczywiście się nie obeszło, ale to rzecz mniejszej wagi.

Rozpoczyna rozprawę krótki wstęp, mający zawierać teoretyczne podstawy dla dalszych historycznych wywodów. Wprowadza on rozróżnienie między dwoma rodzajami umów, opatrzonych zadatkiem, wedle tego, czy dłużnik ma świadczyć rzecz tęsamą lub takąsamą, jaką otrzymał od drugiego kontrahenta (przykład autora: kontrakt wygodzenia) czy też nie (np. kontrakt kupna-sprzedaży). Rozróżnienie to ze względu na zadatek wartości teoretycznej nie ma, jak świadczy zaznaczona przez samego autora możliwość wyjątków od funkcyj zadatku, dopuszczalnych w drugiej grupie kontraktów (str. 2), a nadto fakt, że zadatek z reguły występuje tylko przy zobowiązaniu do świadczenia pieniężnego. Sam p. T. zresztą bardzo na seryo go nie bierze, skoro uważa, że w grupie pierwszej, gdzie „zadatkiem może być tylko przedmiot różny od tego, do którego zwrotu strona... jest obowiązana“ (str. 1.), nastąpi ewentualnie przy wykonaniu kontraktu policzenie zadatku na poczet głównego świadczenia (str. 2.). Jak sobie p. T. wyobraża, w swoim przykładzie kontraktu wygodzenia, policzenie karty legitymacyjnej (przykład autora) na poczet świadczenia np. wazy etruskiej, pozostaje oczywiście tajemnicą

niezbadaną dla czytelnika, który jednak nadewszystko żałować musi, że autor nigdzie w dalszych wywodach nie pamiętał o wyrażonej we wstępie przestrodze (str. 2.) i nie miał na uwadze ścisłego związku postaci i charakteru zadatku z istotą opatrzonej nim umowy.

Właściwą historyę zadatku zaczyna p. T., trzymając się utartej metody, od Plauta i załatwia się z nim z podziwienia godną szybkością i łatwością decyzyi. Kapitalnej wagi kontrowersa, czy w prawniczych alluzyach i dyalogach Plaut odtwarza prawo starożytnej Grecyi czy Rzymu, dla autora nie ma prawie znaczenia. Zepchnąwszy ją do uwagi podtekstowej, pisze się w zupełności na zdanie Costy, obrońcy „rzymskości“ Plauta, uznając argumenty jego za zupełnie trafne (str. 3, uw. 2). To, że i wyznawcy przeciwnej opinii mają za sobą nie bylejakie racye, nie wiele autora obchodzi. Nie wie także zdaje się o tem, że ostatnie słowo nauki w tej kontrowersie brzmi odmiennie od skrajnych zapatrywań, wyznawanych przez Costę i (pierwotnie) Dareste'a. Już ten ostatni (w „Nouvelles études“) a obok niego Girard (Nouv. révue hist. z r. 1893 str. 796) i poczęści Bekker (Zeitschr. der Sav. St. t. XIII., str. 102) postawili jedynie naukową — wobec zawodności argumentów natury ogólnej — zasadę „non liquet“ i wskazali na konieczność sprawdzania każdego prawniczego elementu twórczości Plauta, co do jego narodowej przynależności.

Gdybyśmy jednak zgodzili się nawet z góry z autorem na rzymski charakter Plauta, to i tak rozdziałowi I. rozprawy, w którym autor idzie w zupełności śladami Costy, Demeliusa, Bekkera a zwłaszcza Bechmanna, nie moglibyśmy przyznać dla historyi zadatku w Rzymie donioślejszej wartości. Poza krótkim wywodem, poświęconym kwestyi — nie rozstrzygniętej przez autora — czy zadatek stanowi essentiale negotii (str. 4/5), mamy tu tylko wzięte z Bechmanna (Kauf I., S. 522) ogólne stwierdzenie charakteru plautyńskiego zadatku, jako części ceny kupna, zapłaconej praenumerando (str. 3), a o tak ciekawym u Plauta stosunku arry do pignus dowiadujemy się, że jest „charakterystyczny“ (str. 3) i że

„każdy realny środek zabezpieczenia jest u Plauta równocześnie arra i pignus“ (str. 4). Kwestyę własności względnie posiadania zadatku pozostawia p. T. otwartą (str. 4 uw. 2) zapewne dlatego, że jej nie poruszyli jego poprzednicy, ci przynajmniej, z których czerpie w tym rozdziale. Najwięcej uwagi poświęca natomiast, zgodnie z Bechmannem, prawom stron z kontraktu kupna, ubezpieczonego zadatkiem. Argumenty Bechmanna, które przytacza, przekonywają go, że stronom służyła skarga o wykonanie, zapomina jednak, że przez to wcale nie wyjaśnia natury zadatku. Bo albo z kupna nieubezpieczonego skargi nie było, wtedy arra była essentiale negotii a poprzednie non liquet w tej kwestyi błędne, albo była, a wtedy to prawo skargi jest skutkiem kupna, jako takiego, nie specyalnie opatrzonego zadatkiem. Pomściło się tu na p. T. zapomnienie wyrażonej na str. 2. przestrogi i zupełne pominięcie natury kupna u Plauta, a nadto niewolnicze skopiowanie Bechmanna, który właśnie ze względu na zaskarżalność kupna, jako takiego, wytoczył te argumenty, które znalazły uznanie u p. T. i gościnne przyjęcie w jego rozprawie.

Na pewne, nieuświadomione zresztą dokładnie i sprzeczne z zasadniczem stanowiskiem autora, zamysły w kierunku kontroli pochodzenia plautyńskiego prawa, wskazuje umieszczenie w rozprawie rozdziału II., którego racyę bytu stanowi dla p. T. fakt, że „źródła rzymskie uważają zadatek za instytucyę recypowaną z Grecyi“ (str. 10), a którego wyniki streszczają się w zdaniu, że prawo greckie „przypomina pod wielu względami prawo komedyj Plauta“ (str. 17). To przypomnienie może być dla autora interesującem, ale nam znowu postawienie kwestyi w ten sposób w rozprawie, mieniącej się studyum historyczno-prawnem, przypomina starożytników z przed powstania szkoły historycznej, którzy właśnie z takiego samego punktu widzenia badali instytucye prawne. Ponadto autor nie zdaje sobie dokładnie sprawy z tego, czem się w rozdziale II. zajmuje. Niepomiernie zdziwiłby się bowiem Mitteis (fałszywie zacytowany), gdyby usłyszał, że mu przypisano takie pojęcie prawa hellenistycz-

nego, jakie pod jego firmą i powagą wprowadza na czoło tego rozdziału p. T., zapomniawszy zaglądnąć do pierwszego lepszego podręcznika historyi starożytnej (np. prof. Zakrzewskiego str. 129), aby dowiedzieć się stamtąd, że hellenizm to nie suma wspólnych greckim plemionom czy państewkom pierwiastków, ale pewna epoka rozwoju greckiego narodu i greckiej kultury. Prawem hellenistycznem zajął się też autor po części w R. VI. rozprawy, tu zaś dał nam pod fałszywą marką pobieżne streszczenie badań nad zadatkiem w prawie starożytnej Grecyi — des altgriechischen Gemeindestaates, jak to określa trafnie Partsch w swej „Historyi greckiej poręki“ (Teubner 1909).

Rozdział ten znowu wzięty jest przeważnie z Hofmanna (Beiträge) i Beaucheta (Hist. du droit privé de la Rep. Ath.), a w znacznej części wypełnia go przedruk odnośnych ustępów Teofrasta wraz z dwoma tłómaczeniami. Wyniki możemy pominąć, gdyż ich autor, poza ogólną uwagą podaną wyżej, dla prawa rzymskiego wcale nie wyzyskuje. Żałować nam tylko niezmiernie wypada, że wynikająca z ustępu Teofrasta, podanego na str. 14, kwestya stosunku zadatku przy kupnie do tradycyi rzeczy nie zajęła autora tak, żeby ją śledził tu, a zwłaszcza w prawie rzymskiem, do czego miał zresztą wskazówkę w przedrukowanym na str. 32/3 ustępie z kazania Św. Augustyna. Jej zgłębienie byłoby go może uchroniło także przed przyjęciem od Caillemera (Revue de legisl. 1871) mylnej m. zd. interpretacyi Harpocrationa s. v. *βεβαιώσεως* (str. 16). Nie wiem, czy autor zna cały ustęp Harpocrationa w oryginale. Jeśli tak, zgodzi się chyba ze mną, że słowo *ἀμφισβητεῖν*, użyte tam dwa razy, nie może mieć za każdym razem innego znaczenia. Określając zatem przy normalnem zastosowaniu *δίκης βεβαιώσεως* naruszenie czy niepokojenie w posiadaniu, wskazuje ono, że skarga ta w swej wyjątkowej funkcyi nie służy do żądania wypełnienia umowy, jak twierdzi Caillemer, a za nim p. T., ale do ochrony kupującego, który po wręczeniu zadatku objął rzecz w posiadanie, przed niepokojeniem ze strony sprzedawcy.

Dalsze źródła epoki republikańskiej — poza Plautem — obejmuje rozdział trzeci. Omawia w nim autor ustępy, którym w następstwie przeważnie odmawia mocy dowodowej dla prawa prywatnego rzymskiego. Terencyusza należy zdaniem p. T. pominąć, bo autor ten kopiuje wzory greckie, a nadto i „osoby, w grę wchodzące, należą do narodowości greckiej“ (str. 19) — ustęp zaś z Gelliusa (Noct. att. XVII., 2, 21), bo traktuje on o zadatku prawnopublicznym (ib.) Nasuwa się tutaj pytanie, jak sobie p. T. ten zadatek prawno-publiczny naprawdę wyobraża. Myślę bowiem, że każdy nieuprzedzony zrozumie nazwanie owych zakładników kaudyńskich, bo o nich tu chodzi, zadatkiem w ten sposób, że użyto tutaj prawnoprywatnego pojęcia dla określenia instytucyi, mającej zbliżone funkcye. Podobnie w plautyńskim „Żołnierzu samochwale“ nazwany jest „arrabo amoris“ — pierścień wręczony kochance, a jeszcze nikt mimoto nie mówi o zastosowaniu zadatku w miłości. Zresztą przyjęty przez autora charakter wyłącznie konfirmatoryjny tych zakładników (str. 19) nie całkiem zgadza się z ich losem w razie niewypełnienia umowy. Wedle p. T. bowiem, dający traci w tym wypadku zakładników, a nadto druga strona ma prawo dochodzenia swych roszczeń z bronią w ręku (ib.). Zdaje mi się, że trudno o bardziej charakterystyczną funkcyę karną zadatku. (Taksamo zresztą cytowany przez autora na str. 19 uw. 3. Kronecker).

Wobec wyłączenia tych dwóch przekazów źródłowych, ostaje się tedy jedynie Varro (de l. l. V, 175), aby nledz interpretacyi, nie zupełnie wolnej od zarzutu. Wedle p. T. bowiem zadatek u Warrona jest zapłatą części długu celem zabezpieczenia zapłaty reszty (str. 20). Otóż prawda, że Warro prawnikiem nie był i mógł się w swej definicyi pomylić. Myślę jednak, że przy rozpowszechnieniu wiadomości prawniczych w Rzymie wiedział i on także, że coś, co jest zapłatą, a zatem umorzeniem zobowiązania, nie może być równocześnie zabezpieczeniem dalszego zobowiązania. Dlatego przypuszczam, że istotnie Warro pojmuje zadatek, jako zapłatę części długu, ale i nic więcej. „Sic data, ut reliquum reddatur“ może

znaczyć poprostu: tak, że istnieje obowiązek tylko do zapłaty reszty. Oczywiście nie zaprzeczam, że funkcya zabezpieczenia da się pomyśleć przy zadatku, będącym częścią świadczenia, ale musi się wiązać z funkcyą karną lub penitencyalną, o czem ani Warro nie mówi, ani p. T. nie wspomina.

Wnioski, które p. T. z rozbioru źródeł epoki republikańskiej wysnuwa (str. 21), są przeważnie dowolne i niedostateczne. Z wywodów poprzednich wynika jedynie, że zadatek łączy się najczęściej z kontraktem kupna i że źródła (tj. Plaut) używają wyrazu arrabo promiscue z wyrazem pignus. Zadanie zabezpieczenia wypełnienia umowy, przypisane zadatkowi, opiera się pewno na wątpliwej analizie Warrona, skoro u Plauta autor kwestyi nie badał, bo nie można nazwać badaniem parowierszowego zestawienia terminologii na str. 3. Że arra w tym okresie jest konfirmatoryjną, dowiadujemy się właściwie dopiero z wniosków — poza uwagą 1. na str. 6. odnoszącą się tylko do „Mostellarii“ — a jak się te jej funkcye zabezpieczenia i konfirmacyi godzą i kombinują z tem, że jest częścią świadczenia, próżnobyśmy pytali pana T.

Ze źródeł epoki pryncypatu, zestawionych w rozdziale IV., pomija autor Apulejusa, jako źródło greckie, z niedostateczną argumentacyą, za którą służy powołanie się na fałszywie zacytowanego Schanza (Gesch. d. röm. Litt.) mogącego równie dobrze poprzeć opinię przeciwną (p. Schanz l. c. III., str. 114 o przeróbkach dokonanych przez Apulejusa na jego pierwowzorze, poza dodatkami); a po krótkim rozbiorze Pliniusa (Hist. nat. 33, 6.), przy którym argumenty przyjmuje przeważnie z Muthera (Sequestration u. Arrest, str. 375) i w wynikach z nim się zgadza, przechodzi do rzymskich prawników.

Gai. III., 139 i D. 18, 1, 35 pr. dowodzą oczywiście, jak w podręcznikach, że arra jest konfirmatoryjną (str. 25). Poza rzeczy znane z podręczników nie wykracza także ustęp o związku zadatku z lex commissoria przy kupnie (str. 26/7), natomiast interpretacya dwu ostatnich powołanych w tym rozdziale fragmentów musi wywołać znowu pewne zastrzeżenia.

Przy D. 14, 3, 5, §. 16 (Ulpian) twierdzi autor pewno słusznie, że Ulpian odmiennie traktował zadatek od zastawu, ale wnioskuje o tem bezpodstawnie z rzekowego faktu, że w naszym fragmencie daje dla żądania zwrotu zastawu — a. pigneraticiam institoriam, której odmawia przy zadatku (str. 28). Może, nawet prawdopodobnie tak było, ale nasza lex mówi o zastawie: „institoriae locus erit“, o zadatku: „dominum institoria teneri“ — więc różnicy żadnej nie robi. Za argumentem dla powyższego twierdzenia trzeba było obejrzeć się gdzieindziej.

Taksamo trudno zgodzić się z p. T., gdy z D. 19, 1, 11, §. 6, wnioskuje, że własność lub przynajmniej posiadanie zadatku przechodzi na biorącego, „wiadomą bowiem jest rzeczą, że o zwrot rzeczy dzierżonej tylko, możliwą jest albo windykacya albo odnośna skarga z kontraktu“ (uw. 2 na str. 29). Prawda; ależ w ustępie naszym właśnie o to chodzi, czy do żądania zwrotu zadatku służy skarga z kontraktu, czy nie. Julian — zdaniem Ulpiana — przyznałby ją, więc dla niego rzecz byłaby wedle p. T. dzierżoną, Ulpian jej odmawia, zatem w myśl jego teoryi rzecz przechodzi na własność lub w posiadanie. Tak przecież argumentować nie sposób. Podstawą naszego fragmentu jest jedynie fakt, że pactum arrale odrębnej skargi nie wytwarza i dlatego Ulpian daje dla żądania zwrotu zadatku kondykcyę, gdy Julian rozciąga tu zastosowanie actionis empti, której nawet i Ulpian zdaje się nie wykluczać (arg. „etiam condici poterit“).

Wnioski dla tej epoki (str. 29) znowu wiszą przeważnie w powietrzu. Twierdzenie, że zadatek niepieniężny „traktują juryści zupełnie odmiennie od zastawu“ nietylko nie opiera się, jak wykazaliśmy wyżej, na żadnym istotnym dowodzie w rozprawie, ale może nasunąć błędne przypuszczenie, że zadatku pieniężnego ciż juryści od zastawu nie odróżniają. Nierównie ciekawsze jeszcze jest wyśledzenie przez autora ewolucyi w pojmowaniu celu zadatku, którym ma być w tej epoce wedle rzymskiej teoryi „procesowe zabezpieczenie“ (str. 29). Pomijam, że w całym rozdziale niema literalnie ani

słowa, któreby ten wniosek uzasadniało. Ważniejsza jest kwestya zasadnicza, co autor rozumie przez procesowe zabezpieczenie. Ogólnie bowiem pojęcie to obejmuje następujące w toku procesu zabezpieczenie pewnych czynności procesowych lub pewnych świadczeń z procesu wynikłych, (np. rzymskie cautio judicio sisti lub judicatum solvi: w austr. proc. cyw. kaucya aktoryczna). Radzibyśmy też niezmiernie wiedzieć, czy p. T. z tem pojęciem się zgadza i gdzie w niem znajduje miejsce dla swego konfirmatoryjnego zadatku, ewentualnie pragniemy go w imię nauki wezwać, by swego pojęcia procesowego zabezpieczenia, którym może być wedle „teoryi rzymskiej“ zadatek, nie krył pod korcem. Jedynie prawdziwe z tych wniosków są dwa: że zadatek jest konfirmatoryjnym, a przy l. commissoria ma charakter karny. Do zdobycia tych prawd nie potrzebowaliśmy jednak rozprawy p. T., bo je znajdziemy w każdym podręczniku pandektów.

Źródła epoki cesarskiej dzieli autor na przedjustyniańskie i te, które dotyczą sławnej sprzeczności między Codexem a Instytucyami.

Źródła przedjustyniańskie dostarczają najciekawszej może illustracyi wartości rozprawy i systemu pracy p. T. Jest nią interpretacya C. 4, 49, 3. (str. 30).

Bechmann zajął się tą konstytucyą przy rozbiorze a. pact. imperfecto datae (Kauf II., str. 420/1) i rozumował w sposób następujący: Do wykluczenia windykacyi zadatku konstytucyi odnosić nie można, gdyż takie jej wyjaśnienie opiera się na petitio principii, że z wręczeniem arry łączyło się zawsze przejście własności. Znośne natomiast znaczenie uzyska ten ustęp w odniesieniu do a. pacto imperf. d a brzmieć ono będzie „dass d. arrhalc pactum nicht schon der Kaufvertrag selbst ist, sondern eine Vorbereitung desselben u. zwar auch nicht so, als ob unmittelbar durch d. pactum d. Vorbereitung erfolge, sondern aus Veranlassung desselben“. W uw. zaś 1. na str. 421, dodaje: „man darf nicht etwa auf d. Stellung von dumtaxat Gewicht legen u. danach d. Wort personalis betonen“ a na końcu „verschwiegen soll

nicht werden, dass d. Basiliken d. praeparatur einfach mit *τίκτεται* (gignitur) übersetzen". W interpretacyi Bechmanna zatem, która może być mylną, ale ma sens sama w sobie, wręczenie zadatku przy tzw. punktacyach przedugodnych przygotowuje, samo zawarcie kontraktu zaś wytwarza actionem empti.

P. T. wywód ten cytuje (str. 30 uw. 1, 3 i 5) i wyzyskuje w zupełności, ale albo go nie rozumie, albo pragnie go cokolwiek zmienić dla uniknienia zarzutu czerpania wprost z Bechmanna i dochodzi do szeregu dziwolągów. Najpierw o tem, że i p. T. odnosi konstytucyę do a. pacto imperfecto d. dowiadujemy się gdzieś ubocznie na końcu wywodu. Przedtem zaś słyszymy, że to przygotowanie (praeparatur) actionis empti, o którem mówi rzekomo konstytucya, polega na tem, że wręczenie zadatku „wyradza skargę z kontraktu w związku z pewnymi warunkami" np. spisaniem dokumentu (str. 30) a więc warunkiem natury formalnej. Ponieważ zatem owo „wyrodzenie" a. empti z pactum arrale nie zależy wedle p. T. od późniejszego konsensu co do towaru i ceny (jak u Bechmanna), chyba przypuścić trzeba, że zadatek wręczony został przy konsensie, więc nie jest pacto imperfecto data. Istnieje tedy między dwoma zdaniami na 1 stronie sprzeczność, której usunąć nie umiem. Gdy dalej Bechmann nie ukrywa, że tłómaczenie w Bazylikach słowa praeparatur przez *τίκτεται* przemawia przeciw jego interpretacyi, p. T. albo Bechmanna nie przeczytał dokładnie, albo nie zrozumiał i wysuwa jako argument przeciw odnoszeniu konstytucyi do wykluczenia windykacyi zadatku wzgląd, że w tem tłómaczeniu należałoby wziąć praeparatur nie w znaczeniu dosłownem lecz = *τίκτεται* Bazylik, tzn. tak właśnie, jak je te Bazyliki w tym ustępie tłómaczą. Wreszcie także albo niezrozumieniem Bechmanna albo fałszywie pojętem dążeniem do oryginalności wyjaśnić chyba można oddanie innego argumentu Bechmanna, który nie każe kłaść nacisku na *stanowisko* słowa dumtaxat w zdaniu, w ten sposób: „przy tej interpretacyi nie należy bynajmniej kłaść nacisku ani na *wyraz* dumtaxat ani na paciscentibus" (str.

30 uw. 5) tzn. na te wyrazy, z których pierwszy jest w każdym razie decydujący, bo właśnie różnica interpretacyi Bechmanna (a więc i p. T.) od opinii przeciwnej polega na związaniu słowa dumtaxat ze słowem „praeparatur“ nie z „personalis“.

Tak oto wyglądają samodzielne wywody p. T. Dla odpoczynku po nich ogranicza się już autor tylko do parafrazy konstytucyi C. 4, 45, 2 (str. 31), określającej różnicę między zadatkiem a częścią ceny oraz (po wsuniętej niespodzianie owej „inskrypcyi Cohena“, odnoszącej się do arry przy grach) ustępów z Faustyna i kazań Św. Augustyna, które usiłują ustalić różnicę między zadatkiem a zastawem (str. 32/3). A chociaż dopiero co wymieniona konstytucya odróżnia zadatek od części świadczenia, a u Św. Augustyna zadatek jest właśnie częścią świadczenia, nie zachęca to autora bynajmniej do bliższego badania tej kwestyi, którą pozostawia otwartą milcząco, podobnie, jak to czyni wyraźnie (str. 33 uw. 1.) ze stosunkiem zadatku do tradycyi, wspomnianym u Św. Augustyna (p. wyżej ustęp o Harpocrationie).

Przychodzi wreszcie justyniańska kontrowersa. P. T. przedrukowuje i parafrazuje (str. 34 — 37) oba wątpliwe ustępy (C. 4, 21, 17 i I. 3, 23 pr.) poczem zbija Savigny ego i Bechmanna (a raczej poprzedników jego, wymienionych na str. 38 uw. 1) argumentami Boissonade'a (De l'effet des arrhes itd. 1866), Boissonade'a w części argumentami Bechmanna, poczem na str. 39/40 daje — bez podania źródła tym razem — przepisany z Brunsa (Syr.-röm. Rechtsbuch str. 219 — 221) ze zmianą porządku ustępów źródłowych, wywód o naturze penitencyalnej zadatku w prawie bizantyńskiem. Wywód ten oraz argumenty, zaczerpnięte z samej konstytucyi, mają wykazać opinię (Brunsa l. c., str. 221), że prawo justyniańskie przyznaje zadatkowi charakter penitencyalny zarówno przy kontraktach kupna ustnych, jak i „gotowych“ pisemnych (str. 41).

Niestety jednak argumenty te są bez wartości. Znaczenie dowodowe wstępnych słów Instytucyj, utrzymujących charakter konfirmatoryjny zadatku przy kontraktach ustnych (nam nihil a nobis... innovatum est), usiłuje

p. T. uchylić twierdzeniem, że Justynian chciał tu „zaznaczyć, iż nie wprowadza żadnej zmiany co do materyalnych warunków ustnego kontraktu, t. j. co do towaru i ceny“ (str. 41), bo widać jest zdania, że przy kontrakcie pisemnym te materyalne warunki kontraktu uległy u Justyniana modyfikacyi. Szkoda, że nie wyjaśnia, w jakim kierunku. Trudność powiązania z zadatkiem penitencyalnym przy kontraktach ustnych słów „argumentum est emptionis et venditionis contractae“ zbywa sofizmatem, że Gaius, z którego te słowa są przejęte, wyczerpywał nimi całe znaczenie prawne zadatku, gdy Justynian ma tu na myśli jego „procesowe znaczenie“, zaś jego „charakter prawny“ określa odrębnie w ostatnich słowach ustępu (str. 41). Kto się tu potrafi zoryentować w tych subtelnych różnicach między charakterem a znaczeniem prawnem czy procesowem; kto pójdzie na lep tego naiwnego podsuwania Justynianowi własnych naiwnych myśli? Wystarczy wyrazić żal, że Bruns, będący tutaj przewodnikiem autora, nie zanalizował dokładnie fragmentu Instytucyj i nie ochronił nas w ten sposób przed samodzielną argumentacyą p. T.

Dalsze dwa rozdziały poświęcone są pobieżnemu przeglądowi papyrusów egipskich i zwodu syryjsko-rzymskiego — „wobec znacznego wpływu, jaki prawo prowincyonalne wywierało na prawo justyniańskie“ (str. 41). W papyrusach znajduje autor również funkcyę penitencyalną zadatku przy kupnie i najmie (str. 44/5), nie zastanawiając się bliżej — poza uw. 2. na str. 45. — nad tem, że w Oxyr. I. 140 i Fay. 91 odstąpienie dopuszczalne jest już w czasie trwania kontraktu najmu, zatem zadatek ma charakter znowu odmienny. (Nawiasowo dodać trzeba, że jak świadczy uw. 3. na str. 45. nie zrozumiał autor Oxyr. I. 140, podobnie jak wielu innych papyrusów. Nie chodzi tam bowiem w w. 27. o winę (*αἰτία*) po stronie służbodawcy ale o jej brak u sługi). O ile w tym rozdziale znajduje się coś więcej poza prostem zestawieniem źródeł, jest to zaczerpnięte przeważnie z Mitteisa a zwłaszcza Gradenwitza (Einführung in die Papyruskunde, cytowana przez autora).

Księga syryjsko-rzymska, nazywana przez p. T. stale dziwolągiem logiczno-językowym „Księgą syryjsko-prawną“ absolutnie nie jest wyzyskana. Sprzeczność między R. 22 i P. 21, które przyjmują penitencyalność zadatku, a L. 38 ust. 1., nadającym mu funkcyę karną, zaznaczona (str. 48) bez usiłowania jej wyjaśnienia inaczej jak chronologią (str. 49 uw. 1.). Cały ten rozdział — to tylko ustępy źródłowe, opatrzone krótkiemi uwagami, które przeważnie ograniczają się do podania ich treści. Jedyne obszerniejsze objaśnienie (na str. 48 do P. 21) jest zestawieniem sprzecznych opinij Brunsa i Mitteisa.

Wnioski dla epoki cesarskiej zawiera rozdz. VIII. (str. 49). Stwierdza w nim p. T., zgodnie z poprzednimi wywodami, powstanie a. pacto imperf. datae oraz funkcyi penitencyalnej zadatku. Pożądaną w pracach historyczno-prawnych ścisłością odznacza się podniesienie, że w epoce cesarskiej uwydatnia się różnica między zadatkiem a zastawem „silniej niż dawniej“ i to u „praktyków“, którymi — jak wynika z poprzednich wywodów — są Faustinus i Św. Augustyn. Praktycy — czego?

Ostatnim jest rozdział poświęcony zadatkowi zaręczynowemu (str. 50 — 59). Polemizuje w nim Ruggiero z Mitteisem (str. 52), fałszywie cytowany Krüger z Riccobonem (str. 57 — 59) pod łagodnem okiem autora, który do tych walk prawie się nie mięsza, ograniczając się do przepisania i streszczenia ustępów źródłowych (przyczem na str. 51 mylnie informuje czytelnika, jakoby Ar. 56 było identyczne z P. 46 a. i Arm. 58), i stwierdzenia na końcu rozdziału wschodniego pochodzenia arrae sponsaliciae.

I oto historya rzymskiego zadatku, w pojęciu pana Taubenschlaga, skończona.

Ujmijmy raz jeszcze rezultaty tej wędrówki po kartach rozprawy, w której wiedliśmy czytelnika długą i nieraz uciążliwą drogą, aby mu umożliwić zdanie sobie samoistnie sprawy z jej budowy i wartości.

Poza zadatkiem zaręczynowym, traktowanym przez autora odrębnie, wyczerpuje się, zdaniem p. T., historya zadatku w prawie prywatnem rzymskiem w następują-

cych punktach: Zadatek, łączący się głównie z kontraktem kupna, jest pierwotnie praenumerando płaconą częścią ceny kupna, utożsamianą przez źródła z zastawem. W epoce pryncypatu pojawia się zadatek niepieniężny, który teorya rzymska traktuje odmiennie od zastawu; różnica ta uwydatnia się jeszcze bardziej u praktyków (! p. wyżej) za cesarstwa. Pierwotnie konfirmatoryjny i zabezpieczający wykonanie świadczenia, utrzymuje zadatek nadal w epoce pryncypatu pierwszą z tych cech, ale w drodze ewolucyi pojęcia uzyskuje charakter procesowego zabezpieczenia (sic). Epoka cesarska wprowadza wreszcie arram pacto imperfecto datam oraz nadaje zadatkowi funkcyę penitencyalną przy ustnych i pisemnych kontraktach kupna.

To wszystko, co p. T. ma do powiedzenia o rzymskim zadatku. Niestety powiedzieli to przed nim już inni.

Wartość prac naukowych mierzy się zwykle doniosłością tego, co one nauce przynoszą nowego, czem ją zbogacają.

Smutnie wypadnie nasz sąd, gdy zastosujemy to kryteryum do pracy p. T. Przedrukowane przez niego na kilkunastu stronach ustępy źródłowe znaliśmy wszyscy z dawniejszych prac, tej materyi poświęconych. Autorowie, których streszcza, ich pomysły, które wyznaje, dawno są własnością nauki i to w oryginale, nie w pobieżnem streszczeniu. Rezultaty rozprawy — o ile nie błędne — stanowią nabyte dobro romanistyki. Możnaby tę pracę, zamiast chronologicznie uszykowanych rozdziałów, podzielić na ustępy, opatrzone nazwiskami autorów, z których dzieł i poglądów jest zbudowana. Obawiamy się, że nie byłoby tam potrzeba wiele miejsca na ustęp, noszący nazwisko jej nominalnego autora. Objąłby on te parę wątpliwych interpretacyj, parę naiwnych uwag, będących jego niezaprzeczonym dorobkiem. Plon zaiste nie bogaty i nie równy nawet temu skromnemu trudowi, jaki sobie zadał p. T.

Nie zoryentował się widać autor ani w temacie swej pracy ani w drogach, wiodących do jego rozjaśnienia. Uważał, że wystarczy zestawić źródła, jakgdyby wy-

szukane w jakim wokabularzu s. v. arra, bo te tylko, w których to słowo wyraźnie przychodzi, i streścić pobieżnie literaturę przedmiotu, aby napisać studyum historyczno-prawne i módz je nazwać historyą zadatku w prawie rzymskiem. Czytelnik rozprawy złudzeń tych nie podzieli i uzna, że p. T. nie rozjaśnił samoistnie ani jednej kwestyi, tyczącej się rozwoju rzymskiego zadatku.

Określić chwilę, w której zadatek w prawie rzymskiem wogóle może się pojawić, tzn. nie datę chronologiczną, ale stopień rozwoju tego prawa; związać tę chwilę z kupnem realnem z jednej, konsensualnem z drugiej strony, a może właśnie z fazą przejściową między jednem a drugiem; wyjaśnić podwójną postać, w jakiej zadatek stale w źródłach się pojawia, będąc raz pewną sumą pieniędzy (częścią świadczenia?), drugi raz rzeczą niezamienną (w regule pierścień); wyszukać prawdopodobnie odrębne początki każdej z tych postaci; uchwycić moment, w którym one zbiegają się, aby pójść jedną linią rozwoju; ustalić stosunek zadatku do zastawu, związać może wogóle zadatek z pierwotnym zastawem ruchomym (niekoniecznie na drodze, obranej przez Muthera); sprecyzować warunki, w jakich dokonywa się rozdział tych instytucyj i zaczyna ich rozwój odrębny; wyjaśnić moment rozwojowy zmiennych skutków, które źródła kolejno rzymskiemu zadatkowi przypisują; wyśledzić, czy zadatek przy innych umowach — poza kupnem — jest zjawiskiem samoistnem czy naśladowanem; scharakteryzować dokładnie ewolucyę stanowiska i znaczenia zadatku w rozwoju każdego poszczególnego kontraktu, jego stosunek do perfekcyi i do wykonania, tzn. przy kupnie do zapłaty ceny z jednej, do tradycyi z drugiej strony (przyczem wskaźnikiem może być fakt, że zadatek daje zawsze strona, świadcząca pieniądze, — oto część problemów, od których zbadania nie może się uchylić naukowa historya zadatku.

P. T. przeważnej ich liczby wcale nie zauważył; niektórych dotknął, skoro mu je źródła zbyt już wyraźnie narzuciły, ale nie kusząc się nawet o ich rozjaśnie-

nie, pozostawił je otwartymi (p. np. str. 4, uw. 2, str. 18, uw. 5, str. 32 przy streszczeniu Faustina, str. 33 uw. 1).

I oczywiście inaczej być nie mogło. Z przydługiego naszego streszczenia, w którem szliśmy tokiem wywodów autora, przekona się każdy, że rozprawa zbudowana jest wedle metody nie tyle historycznej (w naukowem pojęciu tego słowa), ile mało skomplikowanej. Polega ona na uszeregowaniu źródeł, bezpośrednio odnoszących się do zadatku, a raczej wymieniających jego nazwę, w ich czasowem następstwie, przyczem podstawę podziału stanowią epoki, przyjęte w historyi politycznej. Powoduje to, że się omawia kwestye nie wedle związku rzeczowego, ale wedle przypadkowej treści fragmentów źródłowych, następujących po sobie czasowo, a wyjmuje z nich oczywiście to tylko, co one wprost wypowiadają, bez względu na związek zagadnień między sobą i bez względu zwłaszcza na stanowisko danego zagadnienia w historyi rzymskiego prawa lub przynajmniej instytucyj pokrewnych i najbliżej stojących. Związek genetyczny między poszczególnemi epokami także zupełnie zlekceważony. W tej epoce było tak, w następnej inaczej — tyle dowiadujemy się od autora.

Trudno w ramach recenzyi uczyć kogoś zasad metodyki historycznej. W stosunku do autora, legitymującego się w nauce szeregiem rozpraw, byłoby to pewno i zbyteczne.

Ale nie podobna nie zaznaczyć, że ten system, w który ujął p. T. omawianą przez nas rozprawę, stoi daleko wstecz poza wymaganiami dzisiejszej nauki. Jest on nie historycznym ale antykwarycznym. Rezultatem zaś jego, że rozprawa jest nie historyą zadatku, ale opowieścią o tem, co źródła o zadatku w różnych epokach mówią.

Na tymsamym poziomie, co system konstrukcyi naukowej p. T., stoją jego zasady metodyczne i konsekwencya w dowodzeniu.

Plaut jest rzymski, ale Terencyusz grecki, bo osoby w nim działające są narodowości greckiej (str. 19), jakżeby plautyńscy Pleusidippowie, Theuropidesy itp. byli rdzennymi Rzymianami. Terencyusz i Apulejusz przed-

stawiają zastosowanie zadatku w Grecyi nie w Rzymie, więc ich przy historyi zadatku w prawie rzymskiem należy pominąć (str. 19 i 22). Zgódźmy się ostatecznie na to; ależ w takim razie należało się nimi zająć tam, gdzie autor przedstawia zadatek w Grecyi t. j. w rozdziale II. Z księgi syryjsko-rzymskiej podaje autor tylko przepisy odnoszące się do zadatku przy kupnie, bo tych jest najwięcej, więc widać zadatek w życiu praktycznem najczęściej z kupnem się wiązał (str. 45/6). Może; ale autor pisze naukową historyę zadatku wogóle, w której chyba nie suma wypadków praktycznego zastosowania tej instytucyi powinna być dla niego rozstrzygającą przy braniu pewnych kwestyj na warsztat. Informacye o rzymskiem prawie publicznem czerpie p. T. z „Historyi rzymskiej“ Mommsena (str. 19 uw. 3 i tekst). Papyrusy z IV. i VI. wieku po Chr. zawierają dla niego prawo egipskie (str. 52). O wynalezionem przez autora pojęciu prawa hellenistycznego wspomnieliśmy już wyżej; taksamo przedstawiliśmy złożone w rozprawie dowody wiedzy językowej.

Wypada zakończyć wnioskiem ogólnym. Ująć go można w paru słowach. Praca p. T. o rzymskim zadatku jest i spóźnioną i przedwczesną. Spóźnioną, o ile zestawia pobieżnie dawno znane wyniki cudzych badań; przedwczesną, o ile wykazuje, że nie pora jeszcze autorowi podejmować i rozwiązywać bardziej skomplikowane historyczno-prawne problemy. Metodycznie z gruntu chybiona, jest nie znacznikiem postępu, ale krokiem wstecz.

Przywodzi ona mimowoli na pamięć to dumne hasło, które współczesnej nauce o starożytnym świecie rzucił Michał Rostowzew, omawiając (w Gött. Gel. Anz. 1909) dzieło Otta o „kapłanach i świątyniach hellenistycznego Egiptu“: „Lieber historisch irren, als antiquarisch verlachen“. P. Taubenschlag błądzić nie chciał i zamiast mylnego może, ale samodzielnego ujęcia problemu, dał nam schematyczne zestawienie źródeł, opatrzonych pokrótce cudzemi przeważnie uwagami.

Dr. Zygmunt Lisowski.

O spółdziałaniu sądu w sprawie zastępstwa dzieci pod władzą ojcowską zostających.

Opracował

Dr. Edmund Bernfeld

c. k. sędzia powiatowy w Czerniowcach.

W praktyce i teoryi wyłącznie niemal panuje zdanie, że w sprawach, które nie należą do zwyczajnego toku gospodarstwa i są większej wagi, ojciec równie jak opiekun (§ 233 u. c.) potrzebuje zezwolenia sądu. Tak najw. trybunał w orz. GU Nr. 6642 (tyczy się zobowiązania z kontraktu pożyczki), GU Nr. 7402 (uwolnienie od zabezpieczenia posagu), GU Nr. 11183 (zawarcie kontraktu kupna), GU Nr. 13104 uznanie długu w procesie), N. F. Nr. 1128 (umowa o karę konwencyonalną) i N. F. Nr. 3771 (zrzeczenie się środka prawnego).

Z teoretyków są zdania powyższego szczególnie: Zeiller (jeden z kodyfikatorów ust. cyw.) w swoim Commentar (I. str. 336), Nippel, „Erläuterung“ (ad § 152) i „Darstellung der Rechte und Pflichten der Vormunden, Curatoren etc.“ § 348), Winiwarter „Personenrecht nach dem öster. allg. bürg. Recht“ (§ 168, str. 371 uw. 1), Krainz-Pfaff, „System“ (4. wyd. II. § 458), Stubenrauch (8 wyd. I. str. 227), wreszcie Kirchstetter (ad § 152) i Anders „Familienrecht“ (str. 194).

Praktyka i teorya uzasadnia zdanie powyższe przeważnie na podstawie następujących przepisów ustawy cyw.

§ 152 — „pod względem takich zobowiązań znajdują zastosowanie w ogólności przepisy, które są postanowione w następującym rozdziale co do zobowiązań osób małoletnich pod opieką zostających".

§ 106 — zezwolenie sądu w wypadkach rozdziału małżeństwa do układu o stosunki majątkowe i zaopatrzenie dzieci,

§ 175 — stanowisko ojca jako kuratora majątku córki wychodzącej za mąż,

§ 149 ust. końc. — ustanowienie zarządcy majątku dziecka w miejsce ojca, wreszcie

§§ 1219 i 1224 — spółdziałanie sądu przy ustanowieniu posagu.

Jeżeli pomimo tak poważne głosy ośmielam się w kwestyi tej głos podnieść a mianowicie — jak tu zaraz zauważam — w duchu odmiennym od zdań powyższych, czynię to dlatego, ponieważ — jak Krainz-Pfaff podnosi — kwestya ta jest ciągle jeszcze sporną, ponieważ w teoryi i zdanie przeciwne ma zwolenników, jak Zlobitzky w „Zeitschrift für österr. Rechtsgel", rok 1838 str. 1 n. i Till „Prawo prywatne austryackie" (Tom V. cz. II. str. 286 n. wyd. z r. 1902), ponieważ dalej, jak Zeiller, który jest zdania na początku tu wspomnianego, w komentarzu (wstęp) zastrzega się przeciw uznaniu zdania swego za autentyczną interpretacyę ustawy, Nippel w komentarzu wyż cyt. (z roku 1830) oświadcza, że już wówczas niektórzy prawnicy byli właśnie owego zdania przeciwnego a wreszcie ono znalazło wyraz i w orzeczeniach najw. trybunału, a mianowicie z dawniejszych orzeczeń należą tu: Orzeczenie GU Nr. 550, wedle którego ojciec upoważniony jest do wniesienia skargi o odszkodowanie w imieniu dziecka bez zezwolenia sądu, G. U. Nr. 4953, w którem umowę zawartą przez ojca bez zezwolenia sądu w imieniu córki z tytułu odszkodowa-

nia za uwiedzenie i alimentacyi dziecka uznano za ważną i G. U. Nr. 5523 tyczące się ważności umowy majątkowej małżeńskiej zawartej przez ojca w imieniu córki bez spółdziałania sądu, pomimo że umowa ta zawiera przyjęcie długu (w sumie 10.000 koron) i świadczenie dożywocia; — z nowszych orzeczeń N. F. Nr. 2421, dopuszczające prowadzenie przedsiębiorstwa przez dzieci i zobowiązanie się tychże z tegoż przedsiębiorstwa na podstawie jedynie milczącego zezwolenia sądu i N. F. Nr. 3124, w którem wyrażono zdanie, że ojciec nie potrzebuje zezwolenia sądu do wniesienia skargi i cofnięcia tejże za zrzeczeniem się pretensyi.

Środkiem poznania prawdziwej woli ustawodawcy — przystępuję niniejszem do badania, o ile przepisy ustawy wyż cytowane uzasadniają zdanie powszechne — są wedle analogii ustawowej i prawnej (§ 7 u. c.) protokoły obrad kodyfikacyi ust. cywilnej i prawo do owego czasu obowiązujące, ostatnie w wypadku niniejszym nie tylko jako powszechne źródło prawne, lecz i dlatego, ponieważ uwzględniano je w pierwszym odczycie projektu w komisyi nadwornej dla spraw ustawowych (Hofcommission in Gesetzessachen) a głównie przy obradach nad przepisem, o który tu głównie chodzi, t. j. § 122 I. cz. ustawy dla Galicyi zachodniej odpowiadający (dzisiejszemu) § 152 u. c. (Ofner, Urentwurf I. str. 145). Należą tu kodeks Józefiński i wspomniana ust. dla Galicyi zachodniej. W związku zaś z niemi pozostają przepisy projektu ustawy komisyi kompilacyjnej wzgl. rewizyjnej t. zw. kodeksu Terezjańskiego (codex Theresianus), zwłaszcza że kodeks ten jest podstawą prawa Józefińskiego.

Kodeks Terezyański, przy którego kodyfikacyi — jak odnośne zlecenie cesarskie zarządza — uwzględniano „prawo pospolite i tegoż najlepszych interpretatorów, jak niemniej prawa prowincyonalne, prawo obcych narodów i prawo natury, bierze za podstawę przepisów o zdolności rozporządzania dzieci zostają-

cych pod władzą ojcowską w znacznej mierze postanowienia rzymskiego peculium, jak to wynika z przepisów cz. I. cap. V § III num. 51—61. — W szczególności postanawia tamże num. 78: „die väterliche Gewalt erstrecket sich auch auf die Handlungen der Kinder, welche, solange sie unter derselben stehen, keinerlei Handlung fähig sind, wozu freie Schalt- und Waltung nebst Unabhängigkeit des Willens erfordert wird". A num. 79 tamże: „Also können dieselbe keinen letzten Willen errichten, ihr Vermögen weder veräussern, noch beschweren und keine wie immer habende, rechtsbündige Bedinge, Verträge und Vergleiche mit Anderen eingehen, es gereichten dann diese letztere ihnen zum Nutzen und Vortheil oder der Vater hätte darin gewilliget". Tem samem za wystarczające uznano zezwolenie ojca do zobowiązań dzieci jego.

Wprawdzie opiewa następny num. (80), „Überhaupt ist denen unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern nicht gestattet, was denen Waisen nicht zugelassen ist; weswegen dann auch dasjenige, was von denen Waisen in dem gleich nachfolgenden Capitel geordnet wird, nicht weniger auf die unter väterlicher Gewalt stehende Kinder zu deuten ist". Lecz właśnie w następnym rozdziale (I. cz. VI. cap.) tyczącym się opieki, postanowienia, które tak do dzieci pod władzą ojcowską zostających, jak i do innych małoletnich (sierót, Waisen) się odnoszą, wyrażają i jedne i drugie, tak § IV. num. 238, 239, 240, 241, — są to przepisy traktujące o zdolności prawnej przy spółudziale prawnego zastępcy względnie bez tego spółudziału — podczas gdy postanowienia traktujące o współdziałaniu sądu, normowane tam jako ograniczenie praw opieki, jak § IV. num. 271, 286, 287, 288, 291 mówią tylko o sierotach.

Należy tu jeszcze wspomnieć, że w części trzeciej (o zobowiązaniach) cap. II. § X. num. 58 oddziela zdolność do zawarcia umów dzieci zostających pod

władzą ojcowską od zdolności prawnej osób zresztą niezdolnych do działania.

Nieinaczej ma się rzecz wedle ustawy Józefińskiej, która w I. części IV. rozdz. num. 21 dzieci pod władzą ojcowską zostające co do zdolności do działania stawia na równi z innymi małoletnimi i względem ostatnich (num. 56 i 57 rozdziału V.) normuje ich niezdolność do zobowiązań bez zezwolenia ich prawnego zastępcy. A tylko względem opiekuna, więc jako ograniczenie jego praw postanawia tamże num. 65: „Minder beträchtliche Vormundschaftsgeschäfte können vom Vormunde, auch ohne Einwilligung der Behörde geschlossen werden. Geschäfte von größerer Wichtigkeit aber sind ganz und gar ungiltig, wenn die Einwilligung der Behörde dazu nicht eingeholet worden". W związku z tem wspomina ten sam przepis przy wyliczaniu spraw zawisłych od zezwolenia sądowego tylko o sierotach „Waisen" („in einem wider die Waisen anhängigen Rechtsstreite", „Aufhebung einer den Waisen zugehörigen Fabrike", „die Einschuldung von Waisen").

To odróżnianie dzieci zostających pod władzą ojcowską od dzieci zostających pod opieką wynika jeszcze dobitniej z przepisów kodeksu dla Galicyi zachodniej, który, jak wyżej wspomniano, jako projekt pierwotny służył za bezpośrednią podstawę kodyfikacyi dzisiejszego prawa. Postanawia on w I. części IV. rozdz. § 122: „Ohne ausdrücklicher oder doch stillschweigender Einwilligung des Vaters können minderjährige unter väterlicher Gewalt stehende Kinder keine giltige Verpflichtung eingehen". O zrównaniu z innymi małoletnimi albo zresztą niezdolnymi do działania niema żadnej wzmianki. — W przeciwieństwie do tegoż przepisu postanawia § 194 następnego rozdziału, że opiekun ma wprawdzie wszelkie obowiązki, nie zaś wszelkie prawa ojca i że on w sprawie ważniejszych zmian zwracać się ma do sądu o-

piekuńczego a § 211 normuje zawisłość ważniejszych czynności opiekuna od zezwolenia sądu.

Jak świadczą protokoły obrad powstał (dzisiejszy) § 152 u. c. z cyt. § 122 kodeksu zachodnio-galicyjskiego a to na podstawie następującej dedukcyi (Ofner I. str. 145):

Obradując nad owym § 122 rozważano kwestyę: Co mogą dzieci pod władzą ojcowską zostające bez zezwolenia ojca nabywać, kiedy mogą one bez tegoż zezwolenia się zobowiązywać? Wówczas powiedziano, że przedmiot ten rozstrzygano dotychczas wedle prawa powszechnego, uwzględniono rzymskie peculium, badano, o ile rodzaje peculium (castrense i quasi castrense, profectitium i adventitium) mają u nas znaczenie, z tego stanowiska rozważano prawa ojca wobec dziecka ze względu na tegoż nabytek i wreszcie wobec faktu, że pod tym względem niema u nas różnicy między dziećmi pozostającemi pod władzą ojcowską a dziećmi pod opieką uchwalono obecną osnowę § 152 ust. cyw.: „Auf solche Verpflichtungen ist überhaupt dasjenige anzuwenden, was in dem nächsten Hauptstücke über die verbindlichen Handlungen der unter der Vormundschaft stehenden Minderjährigen bestimmt wird".

Przewodnią myślą tego przepisu i przepisów pierw cytowanych, które, jak wspomniano, przy obradach nad kodyfikacyą miano na uwadze, jest — zdaniem mojem — zrównanie dzieci pod władzą ojcowską z dziećmi podlegającemi opiece co do kwestyi ich zdolności do działania, względem zasadniczej niemożności zobowiązania się tychże bez zezwolenia ich prawnego zastępcy. W tym względzie dzieci pod władzą ojcowską zostające stoją na równi w istocie rzeczy z dziećmi zostającemi pod opieką. Ograniczenie zaś prawa spółdziałania opiekuna przez zależność od zezwolenia sądowego odnosi się — pominąwszy wypadki poniżej wspomniane, które ustawa

wyraźnie wymienia, — tylko do dzieci pod opieką pozostających.

Wynika to przedewszystkiem z brzmienia przepisów prawa dawnego odpowiadających (obecnemu) § 233 u. c.: I tak w kodeksie Terezyańskim 1. cz. VI. cap. § IV. num. 271 „. . . solle sich von keinem Vormunde . . . . eingelassen . . . .“, tamże num. 288: . . . . „solle der Vormund solches bei der Vormundschaftsbehörde anzeigen . . .“, tamże num 291: „. . . darf kein Vormund ohne . . . von der Vormundschaftsbehörde dazu erhaltener Verwilligung verpachten . . .“ Również wspomina cyt. nr. 65 r. V. kodeksu Józefińskiego i § 211 rozdz. V. cz I. kodeksu zachodnio-galicyjskiego tylko o „Vormund“ względnie i „Vormundschaftsgeschäfte“. A zwłaszcza co do kodeksu Terezyańskiego należy przyjąć, że prawo to, a właściwie projekt ten, który odznacza się drobnem wyszczególnianiem przepisów i wielokrotnem powtarzaniem się — co jest przyczyną jego znacznych rozmiarów — byłby w normach ograniczających pod powyższym względem prawa opiekuna wspomniał także o ojcu, gdyby był chciał normy te odnieść i do ojca — odpowiednio do cytowanych wyżej przepisów traktujących o „małoletnich i sierotach“ w przeciwieństwie do innych traktujących tylko o „sierotach“.

Zdanie tu przedstawione wynika też z faktu, że kodyfikatorowie mieli na względzie rzymskie peculium, z którego stanowiska jedynie i wyłącznie prawo dziecka wobec ojca miarodajnem było („quod pater.... filium suum.... pro suo tractare arbitrio patitur“) i ma także poparcie w dedukcyi innych przepisów ust. c. z prawa dawnego, która z jednej strony wykazuje tendencyę stworzenia wyjątkowego stanowiska ojca wobec majątku dzieci jego, z drugiej strony dążność ograniczania jedynie praw opiekuna.

Zanim przystąpię do wywodu w tym ostatnim kierunku, pozwalam sobie jeszcze zauważyć:

Wedle projektu noweli do ust. cyw. a mianowicie wedle § 11 uchwał subkomitetu komisyi prawniczej izby panów stanowi § 178a) u. c., że w wypadkach tam wspomnianych (nadużycia władzy, zaniedbania obowiązków, niecnego lub niemoralnego zachowania się) ojciec względem zarządu majątkiem dziecka lub opieki nad osobą tegoż pod dozór sądu będzie postawiony i z opiekunem zrównany.

Z tego postanowienia, które — w razie nadania mu mocy obowiązującej ustawy — miałoby znaczenie autentycznej interpretacyi ustawowej (§ 8 u. c.), z tego unormowanego zrównania ojca z opiekunemw wypadkach tam przewidzianych wynika (arg. a contrario), że w wypadkach innych takie zrównanie ojca z opiekunem miejsca nie ma.

Dowód wreszcie dopuszczalności gramatycznej interpretacyi cytowanego przepisu § 152 u. c. w myśl zdania powyżej nakreślonego wynika z szwajcarskiego kodeksu cywilnego z 10. grudnia 1907. W tymże kodeksie — w art. 280 — dzieci pod władzą ojcowską a właściwie rodzicielską zrównane są pod względem ograniczenia zdolności do działania z osobami pod opieką (bevormundete Personen) a mimo to — w art. 279 — wykluczone jest spółdziałanie władz opiekuńczych co do dzieci pod władzą rodzicielską — nie zaś co do osób pod opieką zostających. Ta treść ustawy wykazuje, że co do brzmienia § 152 u. c. zrównanie w tymże dzieci pod władzą ojcowską i pod opieką nie musi się odnosić także do spółdziałania sądu.

Przechodzę do wyżwspomnianej dedukcyi niektórych przepisów prywatno-prawnych z prawa dawnego:

Podczas obrad nad § 122 I. cz. projektu pierwotnego (kodeksu zachodnio-galic.) — odpowiadającym (obecnemu) § 152 u. c. uczyniono uwagę (Ofner I, str. 145): „. . . co niżej względem dzieci pozostających pod kuratelą postanowionem jest, nie da się bezwzględnie tu zastosować“. — Podczas obrad nad § 127

I. cz. IV rozdz. ustawy zachodnio-galic. — odpowiadającym § 149 u. c. rozważali kodyfikatorowie (Ofner I, str. 149): „Należy się spodziewać, że ojcowie wobec dzieci swych pod względem ich majątku nie za surowo postąpią. Gdyby jednak który ojciec przekroczył granice władzy nadanej mu przez prawo, przysługuje dziecku możność wniesienia zażalenia w tym wypadku jak w wypadkach innych obrażeń do sądu i żądania ochrony przeciw samowoli". — Ze względu na te rozważania uchwalono taki układ przepisów, że (dzisiejszy) § 178 u. c. (dawny § 126 I. cz.) wcielono po postanowieniach o prawach ojca wynikających z władzy ojcowskiej.

Co się tyczy (obecnego) § 175 u. c. uchwalono w 1. odczycie (Ofner I. str. 164), że w razie małżeństwa córki małoletniej zastrzega się ojcu zarząd majątku jej pod dozorem sądu aż do pełnoletności. Dzisiejsze brzmienie tego przepisu uchwalono w 2. odczycie (rewizyi) wychodząc z zapatrywania (Ofner II, str. 357): „Zarządu majątku nie można córce pozostawiać ani jej pozwalać na samowolne zaciąganie zobowiązań. W tym względzie ma ona, jak długo jest małoletnią, być zawisłą od ojca". Wobec tych uwag wyrazu „kurator" w § 175 u. c. — użyto zdaniem mojem tylko dla określenia specyalnego w tym wypadku stanowiska ojca jako zastępcy majątku w przeciwieństwie do męża jako zastępcy osoby córki.

W 2. odczycie (rewizyi) projektu co do § 198, I. cz. — odpowiadającego (obecnemu) § 233 u. c. — przeciw żądaniu dalszego ograniczenia praw opiekuna podniesiono (Ofner II., str. 359): „że mężowi, który jako opiekun już zaufaniem władzy został obdarowany, i dalsze postępowanie co do majątku pupila jego ocenieniu pozostawić należy". — W 3. odczycie (superrewizyi) w komitecie ściślejszym komisyi nadwornej przy § 861 (odpowiadającym § 865 u. c.) wspomniano jedynie o opiekunie jako tym, który w wypadkach ważnych potrzebuje zezwolenia sądu

(Ofner II., str. 155). — W 1. odczycie projektu — ad § 315 rozdz. X. cz. III (odpowiadający § 1219 u. c.) — przedłożony był wniosek fakultetu prawniczego Wiednia i Pragi na sformułowanie przepisu (Ofner II., str. 134: „Gdy oblubienica jest jeszcze małoletnią i pod władzą ojcowską, wymaga się do ważności kontraktów małżeńskich zezwolenia ojca, gdy ojca niema, zezwolenia sądu opiekuńczego". Uchwalone brzmienie dziś istniejące nie sprzeciwiało się duchowi owego wniosku, na który uchwała się powołuje: „Nach dieser Erinnerung. . ."

Wywody te sprzeciwiają się powoływaniu się zdania przeciwnego (panującego) na owe przepisy ustawy, szczególnie §§ 152, 175, 1219 i 1224 u. c. Wynika przecież zwłaszcza z argumentacyi wyż wspomnianej do § 233 u. c. (§ 198 cz. I. projektu), że kodyfikatorowie mieli na myśli ograniczenie jedynie władzy opiekuńczej. O ile zaś §§ 106, 149 ust. końc., 175, 1219 i 1224 u. c. normują ograniczenie władzy ojcowskiej przez spółdziałanie sądu, ograniczenie to odnosi się w ustawie do przypadków tamże wspomnianych, niema zaś w ustawie podstawy do odniesienia tego ograniczenia do przypadków innych, nie normowanych w owych przepisach. Właśnie wyraźna wzmianka owego ograniczenia w przypadkach poszczególnych dowodzi, że są one wyjątkami, z czego wynika prawdziwość reguły w przypadkach ogólnych.

Jako argument za przedstawionem tu zdaniem niech mi wolno będzie wreszcie powołać dekrety nadworne z 11. września 1784 l. 336 i z 3. listop. 1789 l. 1069 zb. u. s., które zabraniają opiekunowi („Gerhab") i kuratorowi, nie zaś ojcu zlecenia przysięgi (Eidesauftragung) i zawarcia ugody o spór.

Pominąć nie można unormowanych ustawą specyalnych praw ojca względem zarządu majątkiem dziecka a przedewszystkiem względem osoby tegoż. Już kodeks Terezyański przyznaje ojcu w zasadzie

użytkowanie majątku dziecka a nawet na wypadek odebrania zarządu (I. cz. V rozdz. § III num. 53 wzgl. num. 56), uwalnia go (tamże num. 68) w zasadzie od składania rachunków z dochodów i postanawia w num. 74 „der Ausweis, Anzeige oder Rechnung ist . . . nicht so genau zu bemängeln, sondern . . . . . sofort ohne weiters gerichtlich zu beangenehmen". — Wedle kodeksu zachodnio-galicyjskiego (I cz. IV rozdz. § 128) ojciec powinien z nadwyżki dochodów majątku dziecka rachunki prowadzić (Rechnung führen), a więc nie przedkładać. — Wedle prawa dzisiejszego ojcu przysługuje — za zezwoleniem sądu — użytkowanie nieznacznej przewyżki dochodów. O uprzywilejowanem zaś stanowisku ojca wobec osoby dziecka świadczą głównie przepisy §§ 139, 140, 148 u. c. w przeciwieństwie do ograniczeń opiekuna w § 216 ibid. Orzeczenie najw. trybunału GU Nr. 14997 wyszczególnia tę różnicę między władzą ojcowską a opiekuńczą: „Zwischen der Gewalt des Vaters und jener des Vormundes besteht . . . ein wesentlicher Unterschied und es ist jene Fürsorge, welche . . . . dem Gerichte gegenüber dem Vormunde auferlegt ist, dem Vater gegenüber mit Rücksicht aus die zwischen diesem und seinen Kindern bestehenden natürlichen Bande nicht geboten". Z teoretyków Zeiller w komentarzu zauważa (§ 209 Nr. 2): „kann das Gesetz dem Vater unbedenklich eine größere Macht einräumen" a Nippel w powyżej cyt. „Darstellung der Rechte und Pflichten etc." § 349: „. . . nach dem Geiste der gesetzlichen Bestimmungen, welche überhaupt dem Vater mehr Vertrauen als einem Vormunde oder Curator schenken . . .".

Reasumując to wszystko, co powyżej w kwestyi niniejszej przedstawiono, dochodzi się do następujących wyników:

Władza ojcowska ograniczoną jest — pominąwszy wypadek w § 178 u. c. przewidziany — przez obowiązek składania rachunku ewentualnie tylko względ-

dem przewyżki znacznej (§ 150 u. c.) i przez obowiązek zasięgania zezwolenia sądu w razie rozporządzania majątkiem głównym dziecka (wynika to z obowiązku składania rachunku z dochodów na podstawie argumentu a minori ad majus) — kwestya ta jest zresztą co się tyczy rzeczy nieruchomych rozstrzygniętą przepisem § 109 ust. 2 normy jur., o ile przepisowi temu przyznać należy znaczenie materyalnoprawne — dalej w przypadkach §§ 106, 1219 i 1224, ewentualnie i § 175 u. c., nie zaś względem innych czynności, w szczególności tych, do których przedsięwzięcia — pominąwszy co przy końcu wspomniano — opiekun po myśli § 233 a kurator po myśli § 282 u. c. potrzebuje zezwolenia sądu.

Gdyby jednak nawet nie zgadzano się na zdanie tu przedstawione, przyznać przecież należy, że kwestya ta jest co najmniej sporną, że nie jest ona w sposób niewątpliwy w ustawie rozstrzygniętą. A wtedy jest zadaniem sędziego, interpretować ustawę w sposób, jaki odpowiada każdoczesnym, od czasu powstania kodeksu cywilnego zmienionym zresztą stosunkom życia prawnego. — Zwracam w tym względzie uwagę na artykuł Dra Emila Steinbacha „Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse“ w „Juristisches Literaturblatt“ z r. 1903 Nr. 142, który wyraża zdanie, że sędzia przez judykaturę rozwinąć ma ustawę. Opierając się na przepisach §§ 157 i 242 kod. cyw. dla państwa niemieckiego normujących interpretacyę umów i zobowiązań wedle „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ wywodzi autor w owym artykule, że każda ustawa opiewa ogólnikowo, że wychodzi z przypuszczeń faktycznych zwyczajnie się zdarzających, średnich i przeciętnych, zaś zastosowanie ogólnych zasad do poszczególnych faktów życia prawnego pozostawione jest sędziemu. Autor stawia normę, że sędzia powinien przy zastosowaniu ustawy wychodzić z stanowiska ideału społecznego „sozialen Ideals“ i że ogólnego przepisu

ustawy nie zastosuje w poszczególnym przypadku, tem samem odczuje lukę w odnośnej ustawie, jeżeli przepis ów sprzeciwiać się będzie ideałowi społecznemu. Takie luki tyczą się — wywodzi dalej autor — głównie starych ustaw, co do których interpretacyi nie może tak, jak wkrótce po ich kodyfikacyi, rozstrzygać brzmienie przepisu, zwłaszcza wobec ciągłego rozwoju nowych stosunków prawnych, wobec zmiany faktycznych podstaw, sposobu myślenia i zapatrywań od czasu powstania ustawy. Sędzia odczuwa przy zastosowaniu ustawy, że owa norma ustawowa nie odpowiada nowemu ogólnemu poczuciu prawnemu, „przez jego operacye przesącza się poczucie prawne“ i następstwem tego jest swobodniejsze stanowisko sędziego wobec ustawy, rozwój prawa przez prawników przy pomocy analogii ustawowej i prawnej w miejsce powoływania się na brzmienie przepisu i widoczny zamiar ustawodawcy.

Jak trafnemi są te wywody wspomnianego autora, jeżeli się je oceni ze stanowiska praktycznego zastosowania naszego kodeksu cywilnego, dość wskazać na interpretacyę przepisów o bona i mala fides w judykaturze sądów, zwłaszcza orzeczeniach c. k. najwyższego trybunału.

A gdy z tego stanowiska rozważy się kwestyę sądowego spółdziałania przy aktach ojca w imieniu dzieci swych, uzasadnionem jest pytanie: cui prodest? Przeciw nadużyciom władzy ojcowskiej zabezpieczają przepisy §§ 177 i 178 u. c., a w znaczniejszej mierze jeszcze wspomniany wyżej przepis projektu noweli (§ 178 a), który ustanawia opiekę sądową nad dziećmi w pewnych przypadkach nawet w braku warunków odebrania władzy ojcowskiej. — Ten wyjątkowy wypadek pominąwszy, polega stosunek między ojcem a dzieckiem na naturalnym związku pokrewieństwa krwi, którego wynikiem jest miłość i troska o osobę i mienie dziecka, a więc momenta, którym pod względem opiekowania się dzieckiem co najmniej to samo

znaczenie przyznać należy, jak możliwej interwencyi sędziego, który ostatecznie osądza sprawę tylko na podstawie faktów, o ile do jego wiadomości dochodzą. Jako sędzia pupilarny mam sposobność doświadczania, jak obcem jest poczuciu prawnemu ojców spółdziałanie sądu przy aktach będących wypływem władzy ojcowskiej; tak n. p. w przypadku, w którym ojciec ubezpieczył się na rzecz dziecka swego, na żądanie moje złożenia sumy asekuracyjnej płatnej do depozytu sądowego, ojciec odpowiedział groźbą zmiany klauzuli uprawniającej na rzecz osoby pełnoletniej. Ze stanowiska powyższych rozważeń spółdziałanie sądu przy aktach opieki, gdzie wspomniane czynniki (miłość i troska wynikające z naturalnego, ścisłego związku) nie wchodzą w rachubę, jest zrozumiałem, nie zaś przy aktach ojca.

Sprzeczność właśnie między konserwatywnemi i postępowemi dążnościami na polu prawa familijnego okazuje dobitnie porównanie przepisów traktujących o władzy ojcowskiej wzgl. rodzicielskiej niektórych obcych prawodawstw.

Wedle prawa rosyjskiego jest władza rodzicielska osobistą jedynie (art. 178, 179), majątku zaś dotyczy jako opiekuńcza (art. 180), gdy ojciec, wzgl. matka ustanowiony zostaje opiekunem; prawa i obowiązki ojca wzgl. matki są wówczas identyczne z prawami opiekuna, który ograniczony jest pod względem zarządu majątkiem (art. 277).

Według kodeksu cyw. włoskiego, który przyznaje ojcu a po ustaniu lub w razie niewykonania władzy ojcowskiej matce użytkowanie majątku dziecka (art. 228 wzgl. 231), akty ojca w imieniu dziecka przedsiębrane w pewnych taksatywnie wyszczególnionych przypadkach zależne są od zezwolenia trybunału wzgl. pretora a mianowicie sprzedaż lub zastaw majątku dziecka i zaciąganie zobowiązań przekraczających zwykły zarząd (art. 224) jak i ściąganie kapitałów (art. 225); a przyjęcie spadku przez niego może nastą-

pić tylko z dobrodziejstwem inwentarza (art. 226). Nieograniczoną zaś jest władza ojcowska względem aktów, do przedsięwzięcia których przez opiekuna koniecznem jest zezwolenie rady familijnej (art. 296) wzgl. także i trybunału (art. 301), jak przy odstąpieniu pretensyi, nabyciu rzeczy z wyjątkiem potrzebnych do gospodarstwa lub zarządu majątkowego, zawarciu umów najmu lub dzierżawy ponad 9 lat trwać mających, zawarcie kompromisu lub ugody, zaciąganiu pożyczki pieniężnej i t. d.

Podobnie rzecz się ma wedle kodeksu niemieckiego. Tenże, uznając również użytkowanie ojca (§ 1649) wzgl. matki (§ 1686) na majątku dziecka, ogranicza ojca przez zobowiązanie zasięgania zezwolenia sądowego w szczególności w rozporządzeniu gruntem lub prawem na nim — z wyjątkiem hipotek, długów gruntowych i rentowych — w rozporządzaniu całym majątkiem dziecka, nabyciu lub pozbyciu przedsiębiorstwa zarobkowego, zobowiązaniach do świadczeń powtarzających się a trwać mających ponad pełnoletność, zawarciu kontraktu pożyczki, przejęciu obcego zobowiązania i udzieleniu prokury (§ 1643). Natomiast nieograniczonym jest ojciec w wypadkach, w których opiekun zależnym jest od spółdziałania sądu, zwłaszcza względem odpłatnego nabycia gruntu albo prawa gruntowego (1821 l. 4), wyrzeczenia się spadku, zrzeczenia się zachowku, zawarcia kontraktu działu spadku, kontraktu dzierżawy posiadłości wiejskiej, przedsiębiorstwa przemysłowego, zawarcia kompromisu i t. p. (§ 1822 l. 2, 4, 6, 7, 12, 13 i § 1823).

Kodeks Napoleoński, który również przyznaje ojcu wzgl. matce użytkowanie majątku dziecka (art. 384), stawia ojca na równi z opiekunem pod względem spółdziałania rady familijnej przy sprzedaży i zastawie gruntów i zaciąganiu pożyczki (art. 457) — wedle zdania poniżej wymienionych komentatorów jest spornem, czyli i to ograniczenie ojca ma miejsce,

a pozostawia zresztą ojcu nieograniczony zarząd majątkiem dziecka — z wyjątkiem obowiązku złożenia rachunku przy ustaniu jego władzy (art. 389 ust. 2) co do majątku głównego — w przeciwieństwie do ograniczeń praw opiekuna (art. 458 n.) Zdanie to o nieograniczeniu władzy ojcowskiej wzgl. rodzicielskiej podzielają w szczególności Dr. R. S. Zacharia' v. Lingenthal, Handbuch des franz. Civilrecht (V wyd I § 99), Dr. Zachariae - Dr. Crome, Handbuch des franz. Civilrechts (VIII wyd. III § 556) i Dr. Ludwik Frey, Lehrbuch des franz. Civilrechts (I § 236) — pomimo faktu, że ustawa (w napisie art. 389) władzą rodzicielską nazywa opieką („De la Tutelle des Père et Mère").

Wspomniany już wyżej kodeks cywilny szwajcarski wyklucza względem dzieci pod władzą ojcowską zostających spółdziałanie sądu (art. 279), natomiast normuje je co do osób pod opieką (art. 421 — bevormundete Personen), w niektórych wypadkach (art. 422) żądając także zezwolenia władzy nadzorczej; rodzicom zresztą przysługuje też użytkowanie majątku dziecka (art. 292).

Kończąc pozwalam sobie zauważyć, że wobec sporności kwestyi powyżej badanej odpowiednem byłoby umieszczenie w noweli do powszechnego kodeksu cywilnego austryackiego przepisu normującego prawa ojca pod względem zastępstwa dzieci — po myśli zdania wyżej przedstawionego — następującej treści:

§ 152: „Dzieci pozostające pod władzą ojcowską nie mogą ważnie zaciągać żadnego zobowiązania bez wyraźnego albo dorozumianego zezwolenia ojca. Ojciec jest obowiązany zastępować swoje małoletnie dzieci. Zezwolenie sądu jest konieczne do pozbycia lub zastawu rzeczy nieruchomych dziecka, do darmego rozporządzenia całym majątkiem tegoż lub znacznej jego części, do czego należy też wyrzeczenie się spadku (§ 120 ust. 2 pat. niesp.), wreszcie do

czynności prawnych dotyczących zobowiązania dziecka do ciągle lub ponad 20-ty rok życia trwać mających świadczeń".

A w § 178 a) noweli wspomnianej po słowach „zaniedbuje obowiązki z władzą tą połączone" należałoby umieścić słowa:

„tu należy też widocznie szkodliwe zastępstwo dziecka w tegoż czynnościach prawnych".

Studya nad istotą osoby prawniczej.

Napisał

Dr. Roman Longchamps.

Ciąg dalszy).

---

4. Ustaliwszy w powyższy sposób funkcye podmiotu prawa, możemy przystąpić do ustalenia przymiotów, jakie każda istota musi posiadać, aby mogła być podmiotem praw, czyli do ustalenia istoty osobowości w prawnem znaczeniu, z czego się zarazem okaże, które istoty wogóle mogą być podmiotami praw. Osobowość prawna nie jest bowiem, jak sądzi Unger (System, I. str. 314) przymiotem, nadanym komuś przez porządek prawny przez uznanie go za zdolnego do spełniania woli podmiotu praw. Funkcye, jakie ma do spełnienia podmiot prawa, wymagają pewnych wrodzonych przymiotów u tego, kto ma je spełniać. Te przymioty stanowią materyalne wymogi zdolności prawnej. Porządek prawny może jedynie stwierdzić istnienie lub brak tych przymiotów u danego osobnika, i zależnie od tego uznać go formalnie lub nie uznać za osobę. Uznanie kogoś za osobę jest zatem tylko formalnym wymogiem zdolności prawnej, który nawet, jak zobaczymy, tylko dla pewnych rodzajów osób jest potrzebny. Zawsze jednak uznanie kogoś za osobę jest zależne od istnienia materyalnych wymogów zdolności prawnej. Uznać kogoś za osobę, kto nie posiada

materyalnych warunków do spełniania roli podmiotu prawa, porządek prawny nie może.

Musimy więc wprzód zbadać, jakie są materyalne wymogi zdolności prawnej i jakie istoty je posiadają, a dopiero następnie będziemy mogli ustalić, które z tych istot, wskutek formalnego uznania ich zdolności prawnej (o ile takie uznanie jest wogóle potrzebne), są osobami.

Materyalne wymogi zdolności prawnej wynikają z owej podwójnej roli podmiotu prawa, którą określiliśmy jako 1) posiadanie interesu, którego możliwość zaspokojenia jest przedmiotem ochrony prawnej i 2) zaspokajanie tego interesu pod ochroną prawa za wolą swoją lub swego zastępcy czyli wykonywanie prawa.

Pierwsza z tych funkcyj wymaga, aby istota, która ma być podmiotem prawa, wogóle mogła posiadać interesy. Istoty, które żadnych interesów mieć nie mogą, nie mogą być podmiotami praw. Do takich należą n. p. trupy ludzkie i dla tego nie można uważać nieboszczyków za właścicieli włożonych im do trumny przedmiotów. Natomiast obojętnem już jest, w jakiej mierze ma dana istota zdolność posiadania interesów. Warunek posiadania interesów nie jest bowiem stałą wielkością, która u każdej osoby musiałaby istnieć w jednakim stopniu. Dziecko ma daleko szczuplejszy zakres interesów niż człowiek dorosły. Wpływa to oczywiście na ilość praw, jakie każde z nich może posiadać, ale nie na ich zdolność prawną wogóle.

Zdolność posiadania interesów ma nietylko człowiek. Z podanej przez nas w poprzednim rozdziale (IV, 4) definicyi interesu jako stosunku, polegającego na tem, iż ktoś ze względu na cel, do którego dąży, od świata zewnętrznego czegoś potrzebuje, a ta potrzeba może być zaspokojona, wynika, że interesy posiada każda istota, która w pewnym celu rozwija pewną działalność. Każda celowa działalność jest bowiem pewnem uciążeniem działającego, pewnem malum necessarium, koniecznem do osiągnięcia celu. Każdej istocie

zależy więc na tem, aby swój cel osiągnęła jak najlżejszą i najkrótszą działalnością. Wszystko, co ją do tego celu zbliża, co jej tę działalność umożliwia, ułatwia i skraca, leży w jej interesie. Każda celowa działalność rodzi interesy, zdolność do posiadania własnych interesów posiada zatem każda istota, która w pewnym celu rozwija pewną działalność.

Na odwrót istoty, które żadnej celowej działalności nie prowadzą, nie mają też interesów. Nie mają w szczególności interesów istoty, które działają li tylko jako narzędzie działalności innych istot. I tak n. p. maszyna nie ma interesu w osiągnięciu wzgl. w ułatwieniu osiągnięcia tego rezultatu, do którego ktoś jej używa, lecz ma go tylko przedsiębiorca lub rzemieślnik, który tej maszyny używa, gdyż nie maszyna, lecz używający jej przedsiębiorca prowadzi celową działalność. Maszyna jest niezdolną do tego, aby od niej samej działalność w pewnym celu wyszła, ona może być tylko narzędziem w ręku istoty zdolnej do prowadzenia celowej działalności.

Inaczej już przedstawia się rzecz w wypadku działalności, wykonywanej przez najętych robotników. Jeżeli ja do wykonania pewnej pracy najmę robotnika, to celową działalność wykonujemy obaj, ale każdy z nas inną i każdy ma też z tego powodu odmienne interesy. Moja działalność polega na tem, że robotnika najmuję i daję mu wskazówki oraz go wynagradzam; jego działalność polega na technicznem wykonaniu pracy i wzięciu wynagrodzenia. Moim celem jest wykonanie dzieła, zatem to wszystko, co osiągnięcie tego celu t. j. wykonanie dzieła umożliwia i ułatwia, leży w moim interesie. Celem robotnika jest zarobek przez wywiązanie się z obowiązku względem mnie i jego interesem jest tylko to, co go do tego celu zbliża. O ile chodzi o mój cel, t. j. o wykonanie dzieła, robotnik jest tylko narzędziem do jego osiągnięcia i własnych interesów związanych z osiągnięciem tego celu nie ma. Natomiast ze względu na cel robotnika t. j. uzyskanie zarobku,

ja znów jestem jego narzędziem i nie mam w tem żadnego interesu, czy robotnik ostatecznie zarobi czy nie. Różnica a nawet sprzeczność naszych interesów występuje jaskrawo na wypadek zajścia przypadkowej niemożliwości wykonania dzieła albo przeszkody w osobie zamawiającego. Zdarzenie to wcale nie leży w moim interesie, bo mi osiągnięcie mego celu uniemożliwia lub utrudnia, wzgl. działalność moją, w tym celu prowadzoną, przydłuża. Natomiast może ono leżeć w interesie robotnika, gdyż ułatwia mu pod pewnymi warunkami osiągnięcie zarobku mniejszym nakładem pracy.

Stawiając wykonywanie celowej działalności jako źródło interesów a zatem jako jedną z okoliczności, rozstrzygających o zdolności do wykonywania roli podmiotu prawa, zbliżamy się w ten sposób do myśli, będącej podstawą teoryi osobowości Bernatzika (Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person etc. w Archiv f. öffentl. Recht, V.). Widzieliśmy, że w pracy tej stara się Bernatzik oprzeć pojęcie podmiotowości prawnej na pojęciu celu. Podmiotem prawa jest wedle Bernatzika: „der Träger eines jeden menschlichen Zweckes“ (l. c. str. 233). W tej formie jednak zdaniem naszem pojęcie celu do konstrukcyi podmiotu prawa użyć się nieda. Co to jest: „Träger eines Zweckes“? To przedstawienie obrazowe, tak samo, jak wyrażenie: Träger eines Rechts. Być „Träger eines Zweckes“ znaczy to samo, co mieć cel. Cel może mieć wszystko: i zwierzę i roślina i rzecz nieorganiczna. Sam bowiem Bernatzik nie twierdzi, aby to musiał być cel, obrany sobie przez podmiot prawa, lecz może to być też cel, nadany mu „octroyirt“ przez innych ludzi (l. c. str. 250). Cel, do którego służy rzecz jakaś, jest też „ludzkim“ celem, bo ludzie rzecz do tego celu przeznaczyli i celem tym jest dobro ludzi. A więc bochenek chleba jest także „ein Träger eines menschlichen Zweckes“ a przecież nie może być podmiotem prawa. Cel ma w konstrukcyi podmiotowości prawnej

tylko to znaczenie, że o ile pewna istota w pewnym celu działalność prowadzi, o tyle powstają dla niej interesy, mogące stanowić substrat praw podmiotowych. Nie posiadanie pewnego celu, lecz posiadanie interesów, z celowej działalności się wyłaniających, jest wymogiem zdolności do spełniania roli podmiotu prawa. Nie istota, która ma pewien cel, lecz istota, która w pewnym celu działalność prowadzi i ma z tego powodu interesy, może być podmiotem prawa.

5. Drugi z rzędu materyalny wymóg zdolności prawnej wynika z tej funkcyi podmiotu prawa, którą nazwaliśmy wykonywaniem prawa.

Gdyby wykonywanie prawa polegało jedynie w zaspokajaniu swego interesu pod ochroną prawa, potrzebną do tego zdolność miałby każdy podmiot interesu, gdyż interes rodzi tylko taka potrzeba, która może być zaspokojona, z czego wynika, że każdy, kto ma interes, zdolny jest zawsze sam lub z pomocą innych go zaspokoić. W przeciwnym razie nie możnaby mówić o istnieniu interesu. Także każdemu podmiotowi interesów może porządek prawny udzielić ochrony przy zaspokojeniu jego interesu wobec innych jednostek.

Jednak do pojęcia wykonywania prawa potrzeba, aby zaspokojenie interesu pod ochroną prawa nastąpiło za wolą, powziętą z punktu widzenia interesów uprawnionego. Z tego pojęcia wykonywania prawa wypływa też pewien szczególny materyalny wymóg zdolności prawnej: podmiot prawa musi mieć bądź sam zdolność do powzięcia woli, bądź prawnie uznanego zastępcę, gdyż tylko wtedy będzie umożliwione powzięcie woli z punktu widzenia jego interesów, do wykonania prawa niezbędne.

Z podanego wyżej pojęcia podmiotu interesów, jako istoty, prowadzącej pewną celową działalność, zdawałoby się wynikać, że każdy podmiot interesów musi mieć własną wolę, gdyż pojęcie celowej działalności zdaje się pozostawać w nierozerwalnym związku z pojęciem woli.

Tak jednak nie jest. Najpierw często wola, wystarczająca do prowadzenia pewnej celowej działalności nie wystarcza do zaspokojenia wszystkich interesów, jakie się z tej działalności wyłaniają. Dziecko n. p. ma pewne cele i świadomie do nich dąży a przecież nie ma wystarczającej woli, aby wykonywać w całej pełni prawa, jakie posiada ze względu na wyłaniające się z tej swojej działalności interesy. Dziecko n. p. chce i umie się bawić piłką, ale nie potrafi n. p. oddać tej piłki do naprawy lub wytoczyć skargi o tę piłkę komuś, kto ją sobie bezprawnie przywłaszczy.

A dalej wolę mają tylko te podmioty działalności i interesów, które są zarazem naturalnymi organizmami, wyposażonymi świadomością. Jednak pojęcie celowej działalności nie jest koniecznie ze świadomym organizmem związane. Jak to będziemy mieli sposobność obszerniej wykazać poniżej, celową działalność mogą prowadzić także związki ludzkie lub podobne trwałe społeczne urządzenia, które świadomymi organizmami nie są. One woli własnej nie mają, wolę mają i objawiają tylko ludzie, wchodzący w ich skład jako członkowie lub organa. A przecież w tych związkach i urządzeniach jest coś, co zastępuje im własną wolę i umożliwia celowe prowadzenie jednej działalności za pomocą wchodzących w ich skład ludzi, którzy są tylko narzędziami, organami tej działalności i jako narzędzia stosownie do tego, cośmy powiedzieli wyżej, podmiotami interesów, z tej działalności powstających, nie są. Tem „czemś“, co tym urządzeniom świadomość i wolę zastępuje, jest mianowicie pewien kompleks abstrakcyjnych norm prawnych, zawartych w statucie, akcie fundacyjnym lub ustawie, które działalności związku nadają cel i kierunek tak, jak wola człowieka nadaje cel i kierunek jego działalności. Mianowicie normy te, istniejąc trwale, wpływają w ten sposób na wolę ludzi, w skład tych związków i urządzeń wchodzących, iż skutkiem tego z poszczególnych czynów tych ludzi powstaje jednolita i konsekwentna, na pewien cel

trwale skierowana działalność całości. Poszczególnym ludziom, w skład tych urządzeń wchodzącym, tej działalności choćby dlatego przypisać nie można, bo oni często o celu tej działalności nie mają pojęcia i sami, bez tych urządzeń, tej działalności prowadzić-by nie mogli. N. p. jakiś bardzo podrzędny organ państwowy nie wie, jakie cele ma państwo do spełnienia, ale jeżeli tylko postępuje według ustaw i należycie pełni swoje obowiązki, przyczynia się niewątpliwie do tej działalności, jaką państwo w swoich celach rozwija.

Jak widzimy więc, mogą być podmioty celowej działalności i powstających stąd interesów, które jednak, nie będąc organizmami naturalnymi, ani świadomości ani woli własnej nie mają. One mogą tedy prawa swe wykonywać tylko wtedy, jeżeli inne istoty obdarzone wolą, chcą powziąć wolę z punktu widzenia ich interesów i zostaną do tego przez porządek prawny upoważnione, słowem wtedy, gdy mają zastępców.

Aby podmiot prawa mógł je przez zastępcę wykonywać, muszą być spełnione dwa warunki: musi być ktoś, kto chce powziąć wolę z punktu widzenia interesów drugiego i porządek prawny musi go do tego upoważnić, musi go jako zastępcę uznać.

Możliwość zaistnienia pierwszego warunku stwarza spółżycie ludzi, związki różne, które poszczególnych ludzi ze sobą łączą. Takim związkiem jest przedewszystkiem życie rodzinne. Rodzice, którzy swą pracę i starania dzieciom na usługi oddają, oddają im także na usługi swoją myśl i wolę. Oni myślą i chcą za dzieci i ich wola, powzięta przez nich w sprawach dziecka, jest zarazem wolą powziętą z punktu widzenia interesów dziecka. Instytucya rodziny istnieje w interesie słabszych członków rodziny i jej zadanie polega właśnie w tem, że jednostki silniejsze oddają swe siły fizyczne i duchowe na usługi słabszych. Ale i poza związkiem rodzinnym możliwy jest taki stosunek kilku ludzi, że jeden chętnie oddaje

swe siły fizyczne i duchowe, swą wolę na usługi drugiego. Przyjaźń, miłość, miłość bliźniego, poczucie pewnego obywatelskiego obowiązku lub poczucie potrzeby wzajemnego wspierania się i rodząca się stąd umowa o zastępstwo może być podstawą takiego stosunku. Wszędzie, gdzie taki stosunek między jednostkami istnieje, istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że gdy porządek prawny upoważni jedną z nich do powzięcia woli w zastępstwie drugiej, to wola ta rzeczywiście będzie powzięta z punktu widzenia jej interesów.

Z tego prawdopodobieństwa porządek prawny korzysta i w wypadku, gdy podmiot pewnego interesu nie chce lub nie może sam powziąć woli w celu zaspokojenia swego interesu, upoważnia do powzięcia jej w zastępstwie podmiotu interesu jednostkę, pozostającą z nim w jednym z powyższych stosunków. W tej autoryzacyi zastępstwa ze strony porządku prawnego leży też pewna gwarancya i zabezpieczenie, że zastępca poważnie rzeczywiście wolę z punktu widzenia interesów zastąpionego [1]). Takie upoważnienie do powzięcia woli z punktu widzenia interesów drugiego zawarte jest w całym szeregu postanowień ustawowych w odniesieniu do pełnomocnika, prokurzysty, ojca, opiekuna, kuratora, dalej w odniesieniu do urzędników państwowych, zarządców i reprezentantów korporacyi, fundacyi i t. p. Są to postanowienia prawa przedmiotowego, wydane in abstracto t. j. w odniesieniu do każdej osoby, która w jeden z wyżej określonych stosunków do innego podmiotu interesów wejdzie i upoważniające ją do powzięcia woli ze skutkiem prawnym z punktu widzenia interesów czyli w zastępstwie tego podmiotu.

Skoro więc w odniesieniu do pewnego podmiotu interesów istnieje możliwość, że ktoś drugi za niego wolę potrzebną do wykonania prawa poważnie a zarazem istnieje abstrakcyjna norma prawna, upoważniająca tego drugiego do powzięcia tej woli, istnieje

[1]) Por. Bernatzik l. c. str. 263.

dla tego podmiotu interesów możliwość wykonania prawa, podmiot taki, chociażby własnej woli nie miał może być zdolny do wykonania prawa.

Wymóg zdolności do wykonywania prawa, a mianowicie posiadanie własnej woli lub prawnie uznanego zastępcy, podobnie jak wymóg posiadania interesów, nie jest stałą wielkością lecz może być spełniony w różnym stopniu. Tylko pewne bardziej zawiłe sposoby wykonywania prawa jak n. p. transakcye, administracya majątkiem, wytaczanie skarg i t. p. wymagają zupełnie wykształconej woli u podmiotu prawa lub jego zastępcy. Często jednak wykonywanie prawa polega we funkcyach, do których wystarcza nawet niewykształcona wola dziecka. Do pewnego stopnia mogą więc same wykonywać prawa istoty, które mają tylko słabo wykształconą wolę i nie mają żadnego zastępcy, n. p. dzieci, którym jeszcze opiekuna nie ustanowiono. Wynika z tego, że i wtedy, gdy takie istoty mają zastępcę, to one mimo to mogą w pewnych kierunkach same swoje prawa wykonywać, a zastępcy pozostawiona jest jedynie decyzya w tych wypadkach, w których wykonanie prawa już wykształconej woli wymaga jak n. p. zawieranie aktów prawnych i wykonywanie takich czynności prawnych, jak wytoczenie sporu, wypowiedzenie, odebranie zapłaty lub wykonywanie administracyi majątku i t. p. Wynika z tego, że w tych wypadkach, w których zastąpiony ma także pewną, choć nierozwiniętą wolę, zastępstwo nie jest zupełnem zastąpieniem woli zastąpionego, lecz jedynie jej uzupełnieniem.

Zdolność posiadania interesów i posiadanie woli wystarczającej do wykonywania prawa wzgl. posiadanie prawnie uznanego zastępcy stanowi pełnię warunków materyalnych, potrzebnych do spełniania funkcyi podmiotu prawa, stanowi tedy istotę osobowości prawnej. Jeżeli jakaś istota jest osobą, to jest nią dlatego, ponieważ oba powyższe przymioty posiada.

Jednakże posiadanie obu tych przymiotów zawsze i bez przerwy nie jest dla osoby w równej mierze niezbędne. Z dwóch istotnych funkcyi podmiotu prawa tylko funkcya posiadania interesu, którego możliwość zaspokojenia jest przez porządek prawny chroniona, musi być spełniana stale i bez przerwy. Natomiast prawo nie musi być ciągle wykonywane, gdyż prawo jest tylko możliwością zaspokojenia swego interesu, z której można korzystać lub nie. Z tego wynika ta bardzo ważna konsekwencya ze względu na materyalne wymogi zdolności prawnej, że tylko zdolność posiadania interesów tym jest warunkiem zdolności prawnej, który stale i zawsze musi być spełniony. Natomiast wymóg posiadania własnej woli lub prawnie uznanego zastępcy, może chwilowo brakować, a to tak długo, dopóki do wykonania prawa nie przyjdzie[1]). Aby ktoś mógł być podmiotem prawa, wystarcza możliwość, że on kiedyś w przyszłości wolę nabędzie lub prawnie uznanego zastępcę dostanie. Dopiero gdyby uzyskanie jednego z tych warunków całkiem było wykluczone, należałoby odmówić podmiotowi interesów zdolności prawnej, bo co do niego konstrukcya prawa podmiotowego byłaby niemożliwa: dla niego nigdy chroniona przez porządek prawny możliwość zaspokojenia swego interesu za swoją wolą lub swego prawnie uznanego zastępcy istnieć nie może. Każdy jednak podmiot interesów, który może choć w przyszłości uzyskać potrzebną do wykonania prawa wolę lub prawnie uznanego zastępcę może być podmiotem prawa, gdyż co do niego istnieje możliwość, iż prawo swe kiedyś wykona.

6. Posiadanie materyalnych wymogów, niezbędnych do spełniania roli podmiotu prawa, nie stanowi jednak jeszcze o charakterze danej jednostki jako osoby t. j. istoty zdolnej być podmiotem praw. Prawo przed-

[1]) Por. Windscheid „Actio“ str. 234 i w dawniejszych wydaniach Pandektów § 49. uw. 2.: „do istnienia prawa nie potrzeba woli lecz dopiero do jego zrealizowania, a wtedy wystarcza zastępstwo“. Do tego Zitelman l. c. str. 34.

miotowe jest instytucyą społeczną, którą wytworzyło społeczeństwo ludzkie dla siebie a prawo podmiotowe korzystnem stanowiskiem członków tego społeczeństwa ze względu na ich interesy i wyłaniające się z tych interesów stosunki do reszty członków społeczeństwa. Osobą więc czyli tą istotą, która może owe korzystne stanowisko, prawem podmiotowem zwane, posiadać, może być tylko istota, która, prócz tego, iż posiada materyalne wymogi zdolności prawnej, jest zarazem członkiem społeczeństwa ludzkiego.

Członkiem społeczeństwa ludzkiego, posiadającym zarazem materyalne wymogi zdolności prawnej jest w pierwszym rzędzie człowiek. Może on być osobą, albowiem posiada wszystkie przymioty, potrzebne do spełnienia roli podmiotu prawa: ma zdolność posiadania własnych interesów, bo całe jego życie jest jedną celową działalnością i ma wzgl. może mieć własną wykształconą wolę lub prawnie uznanego zastępcę. Jako taki, każdy człowiek jest też osobą, i to bez potrzeby dalszego uznania jego osobowości prawnej przez społeczeństwo. Osobowość człowieka wynika z istoty prawa, jako instytucyi, stworzonej przez społeczeństwo ludzkie dla ludzi oraz z powszechnie dziś uznanej zasady, że każdy człowiek jest równouprawnionym członkiem społeczeństwa, w którem się urodził i żyje[1]). Dawniej było inaczej. Niewolnicy nie mieli nadanej sobie zdolności prawnej, nie byli osobami, choć warunki do wykonania roli podmiotów prawa mieli. Wtedy do uzyskania charakteru osoby także i człowiek potrzebował uznania ze strony społeczeństwa. W Rzymie n. p. tylko cives mieli nadaną sobie formalnie pełną zdolność prawną, byli osobami wedle ius civile.

Czy obok człowieka są jeszcze inni członkowie społeczeństwa ludzkiego, posiadający materyalną zdol-

[1]) Zgodnie z tem stanowiskiem dzisiejszej nauki nie zawierają nowsze kodeksy przepisu, nadającego wyraźnie zdolność prawną człowiekowi. N. p. nowy kodeks cyw. niemiecki. Inaczej w dawniejszych kodeksach n. p. § 16. austr. u. c.

ność prawną? Pytaniem tem wkraczamy w dziedzinę t. zw. osób prawniczych. Odpowiedź na nie zależy, jak zaznaczyliśmy już na wstępie naszych badań, od stwierdzenia dwóch faktów: 1) czy rzeczywiście istnieją istoty, które, nie będąc ludźmi, posiadają przymioty, potrzebne do spełniania roli podmiotu prawa, a więc mają zdolność posiadania interesów i mają lub mogą mieć własną wolę wzgl. prawnego zastępcę, i 2) czy istoty te są jako takie przez społeczeństwo za równorzędne z ludźmi osoby uznane i do społeczeństwa ludzkiego przyjęte, czy więc mają nadaną sobie formalną zdolność prawną. W odróżnieniu od ludzi, którzy dziś już tem samem, że są ludźmi, są też osobami, inne istoty muszą mieć wyraźne uznanie swej osobowości przez porządek prawny, gdyż one nie są z natury swej członkami społeczeństwa ludzkiego lecz muszą być dopiero do niego przyjęte, w którym to razie dopiero mogą zaistnieć między niemi a resztą członków społeczeństwa ludzkiego stosunki, będące przedmiotem uregulowania przez prawo (przedmiotowe)[1]).

Zdaniem naszem oba powyższe warunki, materyalny i formalny, spełnione są w odniesieniu do pewnych związków ludzi i innych trwałych urządzeń społecznych, jak zakłady, fundacye i fundusze, które dzisiejsze ustawodawstwo, judykatura i nauka zgodnie traktują na równi z ludźmi jako osoby, jakkolwiek pozostają w niepewności co do ich właściwej istoty. Z ustalonych przez nas pojęć prawa podmiotowego i osoby wynika, że powyższe twory społeczne mogą być i są realnemi osobami, gdyż posiadają materyalne przymioty potrzebne do spełniania roli podmiotów praw oraz ustawowe uznanie swej osobowości. I tak najpierw mają one zdolność posiadania własnych interesów, ponieważ mogą rozwijać samoistną działalność w pewnym celu, z czego, jak widzieliśmy, rodzą się zawsze interesy działającego.

[1]) Podnosi to bardzo trafnie Michaud, l. c. str. 123.

Następnie, jakkolwiek nie mają własnej woli, to jednak mają wzgl. mogą mieć swych prawnie uznanych zastępców (organa), są więc wzgl. mogą być zdolne do wykonywania praw. Wreszcie są one szeregiem postanowień ustawowych uznane przez porządek prawny za osoby, mają więc nadaną sobie formalną zdolność prawną.

Pozostaje nam prawdziwość powyższych twierdzeń w odniesieniu do poszczególnych rodzajów osób prawniczych udowodnić.

(C. d. n.)

Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Napisał
Dr. Edward Dubanowicz.

(Ciąg dalszy.)

Layer[1]) wyprowadza zasadę wywłaszczenia z konfliktu między interesem jednostki a interesem publicznym. Interes jednostki musi ustąpić nie — jeżeli tego wymaga tylko interes pewnej ilości osób („mehrerer Personen“), ale — jeżeli ten drugi przedstawia się jako interes wyższy („höheres Interesse“) to jest, jeżeli „owa większa ilość osób („diese Mehreren oder viele Personen“) tworzy razem w stosunku do jednostki jedność wyższego rzędu („eine höhere Einheit“)“.

Jedności takie nazywa Layer naturalnemi wspólnościami interesów („natürliche Interessengemeinschaften“) i zalicza do nich: 1) Państwo, gminy i stojące w pośrodku związki wyższego rzędu („Verbande höherer Ordnung“). 2) Korporacye publiczne uznane przez państwo: stowarzyszenia zawodowe, zakłady ubezpieczenia, spółki wodne, spółki melioracyjne, assocyacye syndykalne, związki kościelne. 3) Wspólnoty interesów, które nie mają przyznanego prawa osobowości, które mogą tworzyć „nawet nieznaczną tylko mniejszość, ale muszą być tej doniosłości, ażeby publiczno-prawny

---

[1]) Layer M.: Prinzipien des Enteignungsrechtes. Leipzig 1902, str. 210—16.

związek mógł się z niemi liczyć... Miarodajny jest zawsze ten warunek, żeby dana wspólnota interesów stanowiła w gospodarczem i społecznem życiu publiczno-prawnego związku czynnik godny uwzględnienia („einen beachtenswerten Faktor"), którego powodzenie nie jest obojętne całości"; należą tu n. p. mieszkańcy jednej tylko dzielnicy miejskiej, albo doliny potoku i t. p.[1]). Wszystkim tym grupom obok momentu wielości osób musi być wspólny moment trwałości interesów.

Tym sposobem dochodzi Layer do przedstawienia „głównych form („Hauptformen") interesu publicznego":

1) „Trwały interes większej ilości osób oznaczonej i dającej się oznaczyć podług znamion, wynikających z rzeczywistych stosunków realnego życia, jeżeli ta ilość osób okazuje się miarodajnym czynnikiem („Potenz") w wewnętrznem życiu danego publiczno-prawnego związku".

2) „Interes samych publiczno-prawnych związków".

Zastanawiając się nad stosunkiem jednostki do zbiorowości, względnie wspólnoty, która wobec jednostki występuje jako jedność wyższego rzędu, zastrzega się Layer, że wtedy tylko można mówić o prawach zbiorowości jako wyższych wobec praw jednostki, jeżeli dana jednostka do tej zbiorowości należy. „Ponieważ zaś różnica ta (t. j. różnica praw P. a.) polega właśnie na takim stosunku, zatem i obie kategorye, o których oddzielenie tu idzie, są kategoryami względnemi i stąd może lepiej będzie przeciwstawić je sobie jako interes wspólny i odrębny („Gemeininteresse und Sonderinteresse"), aniżeli jako interes publiczny i pry-

[1]) Także t. zw. „publiczność" („Publikum... eine grössere, unbestimmbare, fluctuierende Menge") nie może być podmiotem interesu publicznego, o ile nie stanie się miarodajnym czynnikiem dla danego publiczno-prawnego związku; gdy zaś się nim stanie, nie różni się niczem od innych „wspólnot interesów" (por. str. 218).

watny („öffentliches und Individualinteresse")". Wszystkie jednostki należą do państwa; bezwzględnym tedy w tem znaczeniu jest tylko interes państwa i to nie każdy, ale „bezpośredni interes państwa"; jeżeli się do interesu państwa wciela interesy krajów, gmin, klas. korporacyj zawodowych, wyznaniowych, przesadza się („übertreibt man") pojęcie państwa i zaciemnia się („verdirbt man") pojęcie interesu publicznego. Wszystkie tedy interesy publiczne w odróżnieniu od interesu państwa jako interesu ogólno-społecznego obejmuje Layer nazwą interesów społecznych w znaczeniu ściślejszem i konkluduje ostatecznie: „Wywłaszczenie jest instytucyą prawa społecznego" („sociales Rechtsinstitut").

Powiedziano już wyżej, że teorye Leuthold'a Layera — pomijając już pracę Neumann'a[1]), której znaczenie zasadza się wyłącznie na ścisłej i naogół trafnej krytyce teoryi Leuthold'a — nie wywarły dotąd wpływu ani na teoryę ani na ustawodawstwo ekspropryacyjne. Warto jednak rozważyć, jaki jest pozytywny rezultat teoretyczny tych badań, a przedewszystkiem czy badania te nie przynoszą jakiegoś nowego kryteryum i to takiego, które, zostając w zgodzie z temi, które są powszechnie przyjęte, mogłoby na przyszłość pojęcie celów „użyteczności publicznej" ująć w jeszcze ściślejsze, jeszcze uchwytniejsze granice prawne.

Pytanie najogólniejsze, które ci pisarze postawili przed sobą jako punkt wyjścia w danej kwestyi, przedstawia się mniejwięcej w ten sposób: „Jaka to, jakiego

[1]) Jakkolwiek pozytywna część pracy Neumann'a dochodzi do rezultatu rzeczywiście tak ogólnikowego, jak to powyżej przedstawiono, nie można nie podkreślić tej zasługi jej, że przez wprowadzenie mnóstwa najsubtelniejszych dystynkcyj w danej kwestyi (interes „subjektywny", „objektywny", interes „przez uczestnictwo", „przez udział" etc. etc.), wyświetliła ona niejeden szczegół sporny. Zarazem jednak owo mnóstwo dystynkcyj sprawia nie małą trudność w śledzeniu głównej koncepcyi autora.

rodzaju, jak wielka musi być zbiorowość, ażeby jej cele, jej interesy mogły być uznane za interes publiczny, za cel „użyteczności publicznej“?

Leuthold odpowiedział na to, że takim podmiotem użyteczności publicznej“, względnie „interesu publicznego“ jest: „pewna znaczniejsza liczba obywateli, związanych wspólnym obszarem, razem żyjących“, i z tego powodu przedstawiających na zewnątrz „wspólnotę interesów“; gdyby powstała wątpliwość, który z paru interesów tego rodzaju, na tym samym obszarze jest właściwym „interesem publicznym“, należy ją usunąć przez stwierdzenie, który z nich jest „interesem przeciętnym“. Layer (idąc w tem za Neumann'em, któremu wspólność terytoryalna nie wydawała się koniecznym momentem „interesu publicznego“), odrzucił częściowo wymaganie substratu terytoryalnego, zatrzymał postulat „wspólności interesów“, dodał warunek, ażeby odpowiednia zbiorowość, obejmująca swym zakresem daną jednostkę, była wobec niej „jednością wyższego rzędu“ i doszedł do podwójnego wniosku: Zbiorowościami o których mowa, są zawsze państwo i jego części składowe; nadto zaś, w razie, jeżeli jednostka jest niemi objęta, takiemi zbiorowościami, podmiotami „interesu publicznego“ są wobec niej „wspólnoty interesów“ (charakter ich jako „jedności wyższego rzędu“ nie jest nam zupełnie jasny), które mogą, ale nie muszą mieć osobowość prawną, mogą ale nie muszą obejmować większość obywateli na pewnym obszarze, mogą ale nie muszą opierać się na zwartem podłożu terytoryalnem (mogą to być zatem „wspólnoty“ oparte na zasadzie klasowej, ew. zawodowej), a muszą koniecznie reprezentować „trwały interes wielości osób, oznaczonej i dającej się oznaczyć podług znamion, wynikających z rzeczywistych stosunków realnego życia, jeżeli ta ilość osób, okazuje się miarodajnym czynnikiem w wewnętrznem życiu danego publiczno-prawnego związku“.

Ażeby ocenić znaczenie tak sformułowanych zasad, określających podmiot „interesu publicznego“, względnie — stoimy tu na stanowisku Leuthold'a i Layer'a — „użyteczności“ publicznej, w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, trzeba przedewszystkiem i z całym naciskiem to podnieść, że celem postawienia tych zasad może być jedynie tylko uzupełnienie znanych nam już, powszechnie przyjętych kryteryów „użyteczności publicznej“, a żadną miarą ich całkowite zastąpienie. Stwierdzają to zresztą i sami wymienieni autorowie, skoro na innem miejscu wyraźnie przeczą temu, ażeby cele n. p. państwa dlatego, że są celami państwa, miały być już eo ipso celami „użyteczności publicznej“. Jeżeli zatem mowa o tem, że państwo, albo „wspólnota interesów“ w sensie Layer'a jest podmiotem „użyteczności publicznej“, nie znaczy to, że każdy interes państwa albo takiej „wspólnoty“ jest celem „użyteczności publicznej“, ale ten chyba tylko, który ma wszystkie inne potrzebne warunki.

Oczywiście, jeżeli wogóle podmioty „interesu publicznego“ w sensie ustalonym przez Leuthold'a i Layer'a okażą się istotnie także podmiotami „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Jeżeli pod tym względem nasuwają się wątpliwości, trzeba powiedzieć odrazu, że nie mogą się one odnosić do państwa i jego części terytoryalnych: krajów, powiatów, gmin i t. d. Wszakże widzieliśmy, że ustawodawstwo i teorya wszystkich narodów wymieniały te właśnie zbiorowości, oparte o substrat terytoryalny jako niewątpliwe podmioty „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego. Zarazem jednak: państwo i jego części składowe: kraj, powiat, gmina uchodziły dotąd za jedyne podmioty „użyteczności publicznej“ w danem rozumieniu.

Pozostaje zatem do zbadania, czy obok nich niema jeszcze jakich innych podmiotów „użyteczności publicznej“, a w szczególności, czy nie są takimi „wspólnoty interesów“ Layer'a.

Rzecz ta zasługuje bezwzględnie na bliższą rozwagę, z tego powodu, że w danym wypadku idzie nie o kwestyę wyrażenia, ale o poważne konsekwencye co do samej rzeczy.

Jest na to powszechna zgoda, że czy o zastosowanie wywłaszczenia na rzecz jakiegokolwiek celu „użyteczności publicznej“ stara się przedsiębiorca prywatny, czy też publiczny (n. p. administracya gminy, kraju, państwa), zawsze o zasadzie wywłaszczenia rozstrzyga wzgląd nie na interes przedsiębiorcy (i ten interes może skądinąd, pośrednio, i to ewentualnie jeszcze przed rozstrzygnięciem zasady wywłaszczenia na rzecz danego przedsiębiorstwa — być wzięty pod uwagę n. p. o ile idzie o rozpatrzenie, czy właściwsze w danym wypadku będzie przedsiębiorstwo prywatne czy publiczne, albo czy przedsiębiorstwo opiera się na zdrowej kalkulacyi ekonomicznej, czy daje dostateczne rękojmie, że nie narazi ludności na straty i t. d.) ale wyłącznie na interes, pożytek ogółu. Pytanie atoli, czy jeżeliby tylko pewna, oznaczona, choćby najznaczniejsza część tego ogółu miała w rzeczywistości korzystać z danego dzieła, które ze względu na wszelkie inne powszechnie uznane warunki poczytać należy za dzieło „użyteczności publicznej“, może już sama ta część, bez względu na resztę ludności, być uważaną za podmiot „użyteczności publicznej“ a zatem czy dane dzieło, posiadające wszystkie inne powszechne kwalifikacye, może wyłącznie tylko ze względu na tę oznaczoną część ludności być uznane bezwzględnie na dzieło „użyteczności publicznej“.

O ile pewne dzieło „użyteczności publicznej“ jest tej natury, że odpowiednie jego urządzenia rozciągają się na cały obszar państwowy, niema nawet w teoryi żadnego powodu, ażeby przypuszczać, że kto inny,

a nie ogół mieszkańców państwa, jest podmiotem „użyteczności publicznej“ danego dzieła. Wprawdzie, jak powiedzieliśmy, nie wszyscy obywatele muszą w rzeczywistości korzystać z odpowiednich urządzeń (i ten wzgląd, jak wielu przypuszczalnie będzie takich obywateli, którzy już w najbliższej przyszłości będą chcieli i umieli korzystać z odpowiednich urządzeń, powinien być — jak wspomniano — wzięty w rachubę przy decyzyi, czy dany cel jest już w tych warunkach na czasie), istotny i niezbędny jest ten postulat, ażeby z nich wszyscy oni korzystać mogli. Nie ze względu tedy na tych wyłącznie, którzy wedle wszelkich przypuszczeń będą z danych urządzeń korzystać głównie w najbliższej przyszłości jest dane dzieło dziełem „użyteczności publicznej“, ale ze względu na wszystkich mieszkańców kraju, na cały ogół; w nim tedy, a nie w tamtej grupie węższej widzieć należy jedyny podmiot „użyteczności publicznej“.

Tak samo rzecz przedstawia się i wtedy, jeżeli pewna instytucya „użyteczności publicznej“ która z natury swojej musi być związana z jednem tylko miejscem, nie obejmuje swemi urządzeniami całego kraju, niemniej jednak jako jedyna dla wszystkich obywateli jest przeznaczona dla zaspokojenia potrzeb ich wszystkich; i w tym wypadku podmiotem „użyteczności publicznej“, mimo, że dana instytucya znajduje się tylko n. p. w stolicy państwa i w rzeczywistości korzystać z niej będą, zwłaszcza w najbliższej przyszłości, głównie mieszkańcy stolicy, jest ogół wszystkich obywateli państwa, czyli mówiąc sposobem personifikacyjnym: całe państwo.

Nie inaczej przedstawi się ta rzecz wtedy, jeżeli dana instytucya jest w powyższem znaczeniu centralną instytucyą kraju, powiatu, gminy, grupy powiatów lub gmin, albo jeżeli urządzeniami swemi obejmuje tylko niektóre kraje, powiaty i t. d. I tutaj podmiotem „użyteczności publicznej“ będzie ogół mieszkańców kraju, powiatu, gminy.

A więc już nie ogół wszystkich mieszkańców państwa, ale tylko jakiejkolwiek jego części terytoryalnej? Tak, rzeczywiście. Jednak niewłaściwe rozumienie tego faktu nie powinno prowadzić do fałszywych konsekwencyj. Ogół mieszkańców państwa nie żyje dzisiaj sposobem odosobnienia indywidualnego, ani trybem koczowniczym; jest więc z reguły rozmieszczony stale po obszarze całego państwa. Wyrazem tego rozmieszczenia ludności są składowe terytoryalne części państwa. Instytucye „użyteczności publicznej", przywiązane do stolicy, albo obejmujące swemi urządzeniami całe państwo, uwzględniają zarówno potrzeby wszystkich mieszkańców miasta; obok nich, bliżej, pod ręką muszą być wszakże na częstszy, codzienny użytek mieszkańców każdej części państwa stworzone te instytucye „użyteczności publicznej", które okazują się potrzebne ze względu na to, aby łatwiej mogły służyć tym obywatelom państwa, którzy zamieszkują daną okolicę. Nie przynosi to ujmy ogółowi obywateli całego państwa; cele „użyteczności publicznej" ograniczone fizycznie do pewnej terytoryalnej części narodowego państwa są przecież uwzględniane nie w przeciwieństwie do potrzeb całego państwa, ale właśnie w celu ich lepszego spełnienia, co najwyżej uzupełnienia; są celami „użyteczności publicznej" z tego powodu, ponieważ bez jakichkolwiek innych ograniczeń, jak te, które są wynikiem natury rzeczy, zaspokajają potrzeby obywateli nie jako mieszkańców n. p. powiatu, ale przedewszystkiem jako obywateli państwa. Dlatego, jeżeli używając wyrażenia Layer'a nazwiemy w tych wypadkach podmiotem „użyteczności publicznej" kraj, powiat czy gminę, t. j. jakikolwiek publiczno-prawny związek, oparty na zwartej podstawie terytoryalnej, w gruncie rzeczy podmiotem tym będzie znowu tylko ogół obywateli państwa, rozmieszczony na danem terytoryum.

Zupełnie inaczej rzecz się przedstawia, skoro zejdziemy na grunt owych „wspólnot interesów", t. j. na

terytoryalnej albo tylko na klasowej, zawodowej podstawie opartych grup społecznych, które zdaniem Layer'a mają być również, jakkolwiek nie bezwzględnie (o ile jednostka do nich należy!) podmiotami „użyteczności publicznej“. Może się zdarzyć, że z dzieła użyteczności publicznej“ w rzeczywistości korzystać będzie głównie pewna klasa, pewna korporacya zawodowa, może się zdarzyć — i zdarza się często — że dzięki zabiegom i wpływom tej grupy pewne dzieło „użyteczności publicznej“ zostało dokonane; czy jednak uprawnia to do twierdzenia, że dane dzieło jest dziełem „użyteczności publicznej“ właśnie i wyłącznie ze względu na tę grupę, czyli, że ta grupa jest podmiotem „użyteczności publicznej“, takim jak państwo, kraj i t. d.? Czy można twierdzić dalej, że grupa taka staje się podmiotem „użyteczności publicznej“ dzięki temu, że ona to, w przeciwstawieniu do reszty ludności, stanowi „czynnik miarodajny“ w życiu państwa lub kraju a to ze względu na jej zamożność lub pracowitość?

Gdyby tak było, jakże możnaby wytłómaczyć to, że okolica, którą zamieszkuje prawie wyłącznie ludność uboga, pod każdym względem w porównaniu z resztą mieszkańców kraju upośledzona, zostaje czasem uposażona niektóremi instytucyami „użyteczności publicznej“ wcześniej lub obficiej, aniżeli inna okolica, zamożniejsza i kulturalniejsza. Jeżeli zaś taki wypadek jest możliwy — a doświadczenie łatwo o tem każdego przekonać może — to przyczyny działającej w nim nie podobna upatrywać gdzieindziej, jak w tem tylko, że w interesie całego narodowego państwa leżeć musi wszechstronny rozwój całości, a więc i rychłe podniesienie części, pogrążonych w szczególniejszym zastoju czy upadku.

Tak więc, jak nie można twierdzić, ażeby ubóstwo i zaniedbanie były właściwościami, dzięki którym samym interes pewnej grupy społecznej staje się interesem ogólnym, tak i trudno utrzymywać, że w innym wypadku sama zamożność i rozwój kulturalny pewnej

grupy podnosi jej interesy do godności interesu publicznego. W obu wypadkach instytucye „użyteczności publicznej“ o ile powstaną, będą niemi nie przez wzgląd na interes tylko tej kwitnącej, względnie tamtej upośledzonej grupy, ale przez wzgląd na potrzeby ogółu mieszkańców obu tych okolic, których dola z tego powodu nie może być ogółowi wszystkich obywateli obojętna, że mieszkańcy ci, to przecie integralna część tegoż ogółu. Jeżeli zaś zdarza się pospoliciej, że kraje, powiaty lub gminy, w których jako wynik kulturalnego rozwoju całości, wytworzyła się liczebniejsza grupa dostatnich obywateli, cieszą się większą obfitością przedsiębiorstw i urządzeń „użyteczności publicznej“ — to pomijając wypadki możliwych nadużyć — trzeba w tym fakcie widzieć przedewszystkiem dowód, że władza rozstrzygająca o zastosowaniu wywłaszczenia na rzecz celów „użyteczności publicznej“, obok zasadniczego względu na pożytek ogółu, bierze pod uwagę także wzgląd na to, czy już w najbliższej, dającej się przewidzieć przyszłości, instytucya „użyteczności publicznej“ natrafi rzeczywiście na dostateczne zrozumienie i zdolność korzystania z niej ze strony znaczniejszej liczby mieszkańców danej okolicy, kraju, czy gminy; gdyby ten, jakkolwiek już drugorzędny wzgląd został pominięty, mogłoby się zdarzyć, że instytucya niewątpliwej „użyteczności publicznej“ stojąca otworem dla wszystkich, którzyby z niej korzystać chcieli, okazałaby się w danych warunkach przedwczesną, a nawet ze względu na możliwe zwiększenie nieproduktywnych ciężarów, szkodliwą.

„Wspólnoty interesów“ w znaczeniu grup klasowych lub zawodowych nie są jako takie podmiotami „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego; podmiotem takim może być tylko ogół ludności państwa i jego składowych części terytoryalnych. Klasa byłaby tylko w tym wypadku podmiotem „użyteczności publicznej“, gdyby, jak to się zdarza u ludów, będących jeszcze w kolebce rozwoju,

stanowiła zarazem ogół obywateli. Tam zaś, gdzie taka klasa reprezentuje chociażby ogromną większość ogółu, mieszkającego na danym obszarze, interesy jej stają się tylko wtedy celami „użyteczności publicznej" w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, jeżeli są zarazem interesami całego ogółu.

Gdy zaś tylko cały ogół mieszkańców państwa, kraju, powiatu, gminy i t. d. jest podmiotem „użyteczności publicznej", tedy i pojęcie „interesu przeciętnego" staje się dla stwierdzenia celów „użyteczności publicznej" najzupełniej zbędne. Chociaż bowiem, podobnie jak interesy klasowe (pomiędzy sobą i w stosunku do całego narodu), mogą także i niektóre interesy n. p. polityczne poszczególnych składowych części państwa być ze sobą w niezgodzie (zwłaszcza, gdy państwo nie opiera się na zasadzie jednej narodowości), to przecież te ich interesy, które mają skądinąd wszystkie potrzebne znamiona celów „użyteczności publicznej", u których zatem pojęciowo pożytek jednych nie jest nigdy połączony ze szkodą drugich obywateli, nie mogą stanąć nigdy wobec siebie w istotnej sprzeczności. Stąd i zasada majoryzacyi, nie obca walkom klasowym i politycznym, nie da się nawet pomyśleć w zastosowaniu do tych celów.

Przychodzi tedy w ostatecznym rezultacie stwierdzić, że ze względu na podmiot, pojęcie „użyteczności publicznej" nie da się określić ściślej, aniżeli uczyniono to przed pracami Leuthold'a i Layer'a. Ich próby dowiodły przeciwnie, do jak niebezpiecznych konsekwencyj ze względu na kwestyę wywłaszczenia można dojść wówczas, jeżeli się pragnie pojęcie ogółu przez jakąkolwiek definicyę objaśnić i zwęzić i to bez względu na to, czy się wychodzi ze stanowiska harmonii (Leuthold), czy sprzeczności (Layer) interesów. Próby te udowodniły także, jak jest rzeczą niebezpieczną utożsamianie pojęcia „użyteczności publicznej" w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, dotąd z nieustalonem szerszem pojęciem „in-

teresu publicznego“ wogóle. Być może, że naodwrót, to drugie pojęcie stałoby się jaśniejsze, gdyby do jego rozbioru przystąpić dopiero po poprzedniem rozpatrzeniu pojęcia „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustalonem przez ustawodawstwo ekspropryacyjne.

Nie chcemy w żadnym kierunku przesądzać definitywnie prawnej natury „interesu publicznego“ wogóle. Zatrzymując się tu jako na granicy rozpatrywanej kwestyi, wypada tylko dodać, że mimo odrzucenia „wspólnot interesów“ jako podmiotów „użyteczności „publicznej“ teorya ekspropryacyjna zawdzięczać będzie pracy Layer'a inną cenną zdobycz: określenie wywłaszczenia i celów „użyteczności publicznej“ jako instytucyi natury społecznej. Istotnie, jeżeliby cele „użyteczności publicznej“ trzeba było scharakteryzować najzwięźlej celem odróżnienia ich od innych, niepodobna znaleźć definicyi trafniejszej. Odróżnia zaś ona cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego przedewszystkiem od celów natury politycznej, którym — i tu idzie Layer zgodnie z opinią powszechną — wywłaszczenie nigdy służyć nie może.

(Dok. nast.).

Dobrowolne zaniechanie usiłowania i czynny żal w projekcie do nowej ustawy karnej (§§ 16 i 17.).

Napisał

Dr. J. Nowotny.

(Dokończenie).

§ 7. Obecnie zastanowić się jeszcze wypada nad kwestyą uzasadnienia bezkarności sprawcy karygodnego usiłowania w razie dobrowolnego zaniechania tegoż.

Bezkarność tę starano się uzasadnić bądź to względami natury prawnej, bądź też polityki kryminalnej; nie brak też głosów wśród reprezentantów doktryny, odmawiających zasadniczo dobrowolnemu zaniechaniu usiłowania względnie czynnemu żalowi charakteru okoliczności, znoszącej karygodność sprawcy lub też wykluczającej winę tegoż. Ten ostatni pogląd liczy stosunkowo niewielu zwolenników[1]).

Uważają oni instytucyę dobrowolnego zaniechania usiłowania względnie czynnego żalu za pozbawioną praktycznego znaczenia, nie dającą się uzasadnić ani względami natury prawnej ani też polityki kryminalnej, a ponadto oddziaływającą o tyle niekorzystnie, że przyznanie sprawcy premii bezkarności w razie dobrowolnego zaniechania lub czynnego żalu stać się może dlań właśnie pobudką do popełniania prze-

[1]) John — Entwurf zu einem Stg. buche f. d. Norddeutschen Bund 1868 str. 221 i d., — Schütze — Lehrbuch — II. str. 141., Geyer — Holtzendorff's Rechtsenzykl. t. II. str. 935 „Strafrecht", Buri — Goltd. Archiv — 25 str. 29; Gersaal, 37 str. 141 Beilageheft.

stępstw. Tego ostatniego momentu, jak to słusznie Franck[1]) podnosi, nie należy jednak zbytnio przeceniać, faktycznie bowiem, jeżeli odgrywa jaką rolę w zwyżce cyfry przestępności, to chyba tak minimalną, że nie można jej brać na seryo w rachubę, jako motywu uzasadniającego przejście do porządku dziennego nad kwestyą dobrowolnego zaniechania usiłowania lub czynnego żalu, jako okoliczności znoszącej karygodność sprawcy.

Z kryminalistów austryackich wystąpił niedawno Touaillon[2]) jako zdeklarowany przeciwnik instytucyi dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu, powołując się w tym względzie na autorytet Geyera i Janki.

Zwalczając argumentacyę Lammascha, twierdzi Touaillon, że wedle dzisiejszej konstrukcyi pojęcia usiłowania bezkarność tegoż w razie dobrowolnego zaniechania, nie znajduje uzasadnienia w istocie rzeczy. Zarzuty jego zwracają się przeciwko obu kierunkom, a to kierunkowi względów natury prawnej i polityki kryminalnej. Kwestyonuje on przedewszystkiem wartość kryteryum dobrowolności, na które ustawa kładzie specyalny nacisk, wychodząc z założenia, że jest rzeczą wprost nienaturalną przywiązywać wagę do kryteryum tego tylko w odniesieniu do zaniechania usiłowania względnie czynnego żalu, odmawiać mu zaś wszelkiego znaczenia odnośnie do rozpoczęcia działania przestępnego w tem znaczeniu, że obojętne jest dla karygodności sprawcy, czy działanie to rozpoczął dobrowolnie, czy też pod naporem pewnych zewnętrznych wpływów i okoliczności. Nie jest dalej, zdaniem jego, trafnem twierdzenie, jakoby tylko wówczas można było mówić o braku dostatecznej przyczyny nastąpienia skutku przestępnego, jeżeli sprawca od usiłowania dobrowolnie odstępuje, skoro sytuacya taka właściwa jest wogóle pojęciu

[1]) j. w. str. 242.

[2]) Gerichts-Zeitung — Nr. 52 z 28. 12. 1907 „Zur Lehre vom Versuche“ str. 413 i. d.

usiłowania. Wreszcie niesłusznem jest, iż dopiero przejście przez sprawcę całej drogi pochodu działania przestępnego od początku do końca, uzasadniać ma prawo państwa wystąpienia z reakcyą pod postacią kary, skoro prawo to przysługiwać winno państwu już z chwilą wprowadzenia zamiaru przestępnego w czyn, fakt ten bowiem jest chyba dostatecznym dowodem, że sprawca zamierza przejść całą drogę pochodu działania przestępnego, w przeciwnym bowiem razie nie byłby wogóle zamiaru przestępnego realizował.

Nie przyznaje również Touaillon i względom polityki kryminalnej znaczenia argumentu, któryby uzasadnić mógł zniesienie karygodności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania usiłowania względnie czynnego żalu. Twierdzi on, że premia bezkarności przyrzeczona sprawcy w powyższych przypadkach, zaledwie w kilku, odgrywa de facto rolę skutecznego środka prewencyjnego, dla tych zaś niema żadnej racyi wprowadzać instytucyi powyższej pod formą przepisu ogólnego[1]). Ponadto jest kwestyą czystego przypadku, czy sprawca karygodnego usiłowania korzysta z przywileju bezkarności w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu, lub nie, skoro nie można nigdy twierdzić, iż odstępując od dokonania zamierzonego przestępstwa z powodu jakiejś przeszkody, nie byłby także i bez zaistnienia tejże, usiłowania na czas zaniechał. Wreszcie jest dla sędziego rzeczą wprost niemożliwą ocenić należycie, czy w danym konkretnym przypadku zaniechaniu usiłowania właściwe jest kryteryum dobrowolności lub też nie, w następstwie czego los sprawcy zależny jest w zupełności od przypadku, oraz większej lub mniejszej intuicyi sędziego.

[1]) Wegen dieser höchst seltenen Ausnahmsfälle rechtfertigt es sich aber absolut nicht, die Straflosigkeit des Versuches bei freiwilligem Rücktritte allgemein einzuführen (str. 414).

Na dalsze uzasadnienie swego stanowiska, odnośnie do ustawodawstwa austryackiego, powołuje jeszcze Touaillon względy natury historycznej, a w szczególności brzmienie § 6. art. 13 Theresiany[1]). Jeżeli Touaillon z brzmienia § 6 Theres. ukuć chce broń przeciwko racyonalności instytucyi dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu w ustawie obowiązującej, jako okoliczności znoszącej karygodność sprawcy, to zapomina on, że § 6 Theres. brany łącznie z § 5[2]), nie ignoruje bynajmniej dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu, lecz normuje je odnośnie do przestępstw lżejszego gatunku pod formą okoliczności znoszącej karygodność sprawcy w miarę uznania sędziego, odnośnie do przestępstw cięższych natomiast, oraz w przypadku usiłowania skończonego pod formą okoliczności wpływającej na złagodzenie kary. Zapomina dalej Touaillon, że epokę nowożytnej legislacyi w Niemczech rozpoczyna właściwie kodeks józefiński z r. 1787, który w wielu ważnych punktach, a przedewszystkiem, — co szczególniej podnieść należy, — w nauce o usiłowaniu stał się wzorem dla innych ustawodawstw kontynentalnych, oraz, że przepis § 8 ustawy obow. względnie § 7 ustawy z r. 1803, opiera się na przepisie § 9 kodeksu józefińskiego, który znaczenie dobrowolnego zaniechania usiłowania jako oko-

[1]) Ersteren Falles kann nach Ermessen des Richters, wenn es nur um ein geringes Verbrechen zu tun und der Anmaßer frühzeitig von seinem Vorhaben abgestanden wäre, entweder die Strafe gänzlich nachgesehen oder bei einem ernstgemessenen Verweis, Geldbuße oder anderen modernen Strafen beruht werden; dahingegen in schweren und aberschweren Verbrechen, besonders wenn es schon nahe oder gar schon am allerhöchsten zur Tat gekommen, die bereue und freiwillig abgelassene Anmaßung zwar willkürlich und gehindert als eine wider Willen von anderwärts rückstellig gemachte Unternehmung zu bestrafen, gleichwohl aber allemal ein vernünftiges Ebenmaß und Ausgleichung der Strafe mit dem Unternehmen nach dessen größerem oder niederem Grade zu halten ist".

[2]) „Zuvörderst bei jeder Anmaßung darauf zu sehen, ob die Tatvollziehung durch eigene des Anmaßers unverstellte

liczności znoszącej karygodność sprawcy, uznaje również implicite [1]).

Najlepszą natomiast odprawę dla argumentacyi Touaillona, zwracającej się przeciwko kierunkom względów natury prawnej i polityki kryminalnej będą zd. n. argumenty reprezentantów obu powyższych kierunków, które także nie są wolne od krytyki.

Do grupy pierwszej względów natury prawnej zaliczyć należy przedewszystkiem t. zw. teorye „annulacyjne". Opierają się one na tej myśli przewodniej, że przez zaniechanie usiłowania, zniesionem zostaje wszystko to co się już stało, zaczem działanie sprawcy w całej swej rozciągłości nie nosi już więcej znamion usiłowania.

Należący do grupy tej Zachariae [2]), motywuje zapatrywanie swe argumentem, że skoro do karygodnego usiłowania wymagana jest częścią przeciwna prawu działalność o formie przejawu na widowni świata zewnętrznego, częścią zaś skierowana ku naruszeniu przepisów ustawy zła wola sprawcy, przeto potrzeba wystąpienia z reakcyą pod postacią kary odpaść musi tam, gdzie brak jednego z warunków karygodnego usiłowania t. j. złej woli, względnie gdzie sprawca przez zaniechanie wykazał brak stałej i wytrwałej woli dokonania zamierzonego przestępstwa (t. zw. Infirmitätstheorie).

Reue und freiwilliges Abstehen, ohne daß ein anderweitiger Umstand, als die bewußte Entdeckung des Vorhabens, fremde Abmahnung und dergleichen hierzu Anlaß gegeben, rückstellig geblieben?, oder ob solche in anderweg wider seinen Willen unterbrochen worden sei?

[1]) „Schon der Versuch der Übeltat ist ein Kriminalverbrechen, sobald der Bösgesinnte zur wirklichen Ausübung derselben sich angeschicket und sein Vorhaben durch außerliche Kennzeichen und eine Handlung offenbaret hat, die That aber in der Folge nur aus Unvermögenheit, aus dazwischen tretenden fremden Hindernisse, oder aus Zufall nicht vollbracht worden ist".

[2]) Die Lehre vom Versuch II, 39, — Von dem Versuche der Verbrechen — Goltd. Archiv — t. 5. str. 577.

Tak samo kładzie nacisk na brak zamanifestowanego przez sprawcę zamiaru popełnienia przestępstwa w przypadku dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu Köstlin[1]).

Berner[2]) twierdzi, że przez dobrowolne zaniechanie, wola sprawcy, która przy usiłowaniu z reguły idzie dalej jak działanie przestępne, obniża się do poziomu tegoż, tak że czyn pozbawiony znamion usiłowania karany być już nie może. Do grupy tej zaliczyć wreszcie należy Hälschnera w pierwszym okresie jego działalności naukowej. W systemie pruskiego prawa karnego[3]) stoi on na stanowisku, że przez zaniechanie pozbawione zostaje działanie sprawcy kontaktu z nastąpić mającym, zamierzonym skutkiem przestępnym. W okresie drugim przechodzi już Hälschner do obozu zwolenników względów polityki kryminalnej.

Argumenty teoryj anulacyjnych spotykają się z zarzutem, że woli sprawcy, o ile już raz przez rozpoczęcie działania przestępnego została zamanifestowaną, nie można usunąć, względnie zastąpić wolą o innym zupełnie charakterze. Nie można się również zgodzić z zapatrywaniem Bernera, jakoby przez zaniechanie usiłowania, wola sprawcy przenosząca zakres działania przestępnego obniżyła się do poziomu tegoż. Zmiana kierunku i nastroju woli przeszkodzić może jedynie rozwinięciu się działania przestępnego. Wreszcie skoro zaniechanie usiłowania stanowi tylko okoliczność znoszącą karygodność sprawcy, nie wykluczającą zaś jego winy, przeto usiłowanie mimo zaniechania istnieje nadal i właściwości tej ex post pozbawione być nie może.

---

[1]) Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts — str. 395.

[2]) Gutachten i. d. Verhandl. d. 13. D. I. T. I. str. 134. i Lehrbuch — str. 145.

[3]) System des preuß. Strafrechts t. I. str. 361.

Pewną odmianą teoryj anulacyjnych jest teorya Ludena[2]) ochrzczona przez Herzoga mianem „Nullitätstheorie". Opiera się ona na tym argumencie natury prawnej, że w przypadku dobrowolnego zaniechania usiłowania, brak sprawcy wogóle woli dokonania zamierzonego przestępstwa. Teorya ta spotkała się z dostateczną odprawą ze strony Herzoga[3]).

W odrębny sposób, bo w drodze analizy pojęcia usiłowania stara się wyprowadzić i uzasadnić bezkarność tegoż w razie dobrowolnego zaniechania Berolzheimer[4]).

Wedle jego zapatrywania, najlepszym punktem oparcia jest samo pojęcie usiłowania. Kto popełnia usiłowanie, ten de facto tylko bada, próbuje[1]) w dwóch kierunkach, a to w objektywnym i subjektywnym, t. zn. czy istnieją warunki sprzyjające popełnieniu zamierzonego przestępstwa, a równocześnie, czy subjektywnie jest on zdolny do popełnienia tegoż. W razie poprzestania sprawcy na usiłowaniu, jednak nie na skutek zaistnienia przeszkód od woli jego niezawisłych, lecz dobrowolnie, dokonana przez sprawcę próba zamanifestowała, że tenże nie jest zdolny do popełnienia zamierzonego przestępstwa.

Teorya Berolzheimera stoi w ścisłym związku z jego zasadniczem stanowiskiem w kwestyi filozoficznych podstaw prawa karnego. Berolzheimer jest zwolennikiem teoryi odpłaty (Entgeltungstheorie). Według niego, pojęcie winy w znaczeniu prawno-karnem, pozostaje w zupełnej niezależności od problemu

---

[1]) Handbuch d. teutschen gemeinen und partikul. Strafrechts — t. I. str. 420.

[2]) j. w. str. 153. i d.

[3]) Die Entgeltung im Strafrechte — 1903 — str. 385 „Rücktritt vom Versuch".

[4]) Berolzheimer powołuje się na etymologiczne znaczenie słowa „versuchen". Znaczy ono to samo, co „prufen, — auf die Probe stellen". (S. Heyne — Deutsches Wörterbuch — tom III. str. 1260).

determinizmu, przedmiotem ukarania jest nie czyn jako taki, jak chcą teorye odwetowe, lecz człowiek, wprawdzie nie o charakterze socyalnie niebezpiecznego indywiduum, lecz człowiek zły, na skutek przewinienia. Zgodnie z powyższem zapatrywaniem uznaje Berolzheimer tylko o tyle racyę karania z punktu widzenia objektywnego, o ile koincyduje on z momentem natury subjektywnej. Dobrowolne zaniechanie zaś, jest właśnie zadokumentowaniem braku zaistnienia powyższych dwóch warunków. Teorya Berolzheimera dążąca do uzasadnienia bezkarności usiłowania w razie dobrowolnego zaniechania, w drodze analizy pojęcia usiłowania, a zatem kryteryów w skład tegoż wchodzących, nie jest niczem innem jak tylko pewną odmianą t. zw. teoryj anulacyjnych. Podobnie jak Zachariae i inni, wyprowadza Berolzheimer bezkarność sprawcy usiłowania w razie dobrowolnego zaniechania, z braku harmonii między momentem natury objektywnej i subjektywnej, którą uważa za conditio sine qua non racyonalności karania.

Innymi argumentami opartymi na względach natury prawnej walczy znowu t. zw. teorya presumcyjna, której głównym reprezentantem jest Herzog[1]).

Wychodzi on z założenia, że usiłowanie karygodne jest tylko wówczas, jeżeli udowodnione zostało, iż sprawca posiadał dostateczną energię, siłę woli dokonania zamierzonego przestępstwa. Dobrowolne zaniechanie jest jednak dowodem, iż tak nie było. Teorya Herzoga opiera zatem karygodność usiłowania na presumcyi, odparciem której jest dobrowolne zaniechanie.

Śladem Herzoga idzie Bindig[2]). Według niego sprawca, w przypadku dobrowolnego zaniechania stworzywszy warunki dla osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego, nagle popadł w bezczynność•

[1]) Rücktritt vom Versuch i t d. str. 147. i d.
[2]) Normen II. str. 250 i. d.

Wszakże nie to jego bierne zachowanie się jest podstawą bezkarności, lecz fakt zniweczenia stworzonych dla osiągnięcia skutku przestępnego warunków. Przez to przywraca sprawca naruszoną harmonię z przykazaniami prawa pod formą nakazów lub zakazów, w następstwie czego ze względów natury prawnej zapewnia sobie bezkarność.

Wyznawcami teoryi presumcyjnej są dalej Bar[3]) i Lammasch[4]).

Pierwszy uzasadnia bezkarność sprawcy argumentem natury prawnej, a mianowicie, że dobrowolne zaniechanie jest odparciem, zaprzeczeniem tej psychologicznie naturalnej konkluzyi, że wola sprawcy aż do punktu dokonania zamierzonego przestępstwa, posiadać będzie dostateczną siłę względnie wytrwałość. Presumcya ta z chwilą faktycznego jej zaprzeczenia przez dobrowolne zaniechanie usiłowania, traci swe znaczenie.

Lammasch motywuje bezkarność usiłowania w razie dobrowolnego zaniechania tem, że w chwili, w której sprawca usiłowania działanie swoje dobrowolnie przerywa, ustępuje presumcya dokonania zamierzonego czynu, pewności zaniechania tegoż, w chwili tej zmienia się nie tyle istota usiłowania, ile odsłania się dopiero właściwy tegoż charakter. Zapatrywanie Osenbrüggena streszczające się w słowach: „Über die Vergangenheit hat der Täter weiter keine Macht, Tatsachen sind unerbittlich", nie ma w przypadku niniejszym zastosowania dlatego, że fakt rozpoczęcia działania przestępnego nadający dążności osiągnięcia zamierzonego skutku prawnie skrystalizowaną postać usiłowania, ma tylko warunkowo, a zatem z mocy presumcyi, że sprawca rozpoczętą czynność będzie kontynuować i tęż ukończy, pod względem prawnym

[3]) Gesetz und Schuld im Strafrecht tom II. str. 547—566 „Rücktritt vom Versuche".

[4]) Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches — st. 71. i d.

znaczenie istotne. Lammasch odnosi jednak teoryę powyższą, w przeciwieństwie do Herzoga i Bindinga, tylko do stadyum usiłowania nieskończonego, twierdząc, że w przypadku usiłowania skończonego, toż dopiero ex post staje się bezkarnem, zaczem w przypadku tym nie można już mowić o względach natury prawnej wykluczających winę sprawcy, lecz tylko o względach natury utylitarnej, znoszących karygodność tegoż.

Z kryminalistów francuskich bronią teoryi presumcyjnej Rossi[1]), Chaveau i Helie[2]).

Rossi argumentuje następująco: „La tentative est suspendue par un événement fortuit; mais sans cet événement le crime aurait'il été consommé? Cela est possible, si l'on veut, probable; mais rien de plus: car, si c'est une vraie tentative, l'auteur pouvait aussi se désister. Ce surplus de volonté, ce degré ultérieur de persévérance et d'iniquité, comment l'imputer? Point de fait révélateur. Ce n'est donc qu'une induction; it a fait les deux tiers de la route du crime, donc il aurait achevé sa course. Cependant plus il approchait du terme, plus il allait se trouver face a face aves le erime, et mieux it pouvait, dans quelques cas du moins, en sentir l'horreur, et abandonner son projet.

Ainsi toute la partie de l'imputation qui dépasse l'instant de la suspension de la tentative, est une imputation hasardée; c'est imputer se que l'on ignore; c'est punir la pensée par conjecture i t. d.

Podobnie argumentują Chaveau i Helie[3]).

---

[1]) Traité de droit pénal — Bruxelles 1829 — str. 359.

[2]) Théorie du Code pénal, I. 367. i. d.

[3]) Il y a trop de distance encore entre ces actes c'est-à-dire les actes préparatoires et l'action accomplie pour supposer que l'agent eût franchi cette distance sans s'arrêter et pour établir une peine sur cette fiction. Jusque-là la pensée de l'agent est incertaine; elle peut reculer devant l'execution; mais si l'exécution est commencée, cette présomption cède à une autre

Teoryom presumcyjnym, które karygodność usiłowania opierają na presumcyi, iż wola sprawcy posiadać będzie dostateczną siłę, energię dokonania zamierzonego przestępstwa, bezkarność zaś na odparciu tejże presumcyi drogą dobrowolnego zaniechania, zarzucić należy, że nie można karać nikogo tylko z racyi presumcyi, że byłby zamierzonego przestępstwa dokonał, gdyby posiadał do tego odpowiednio energię, wytrwałość woli. Karać można sprawcę tylko za to, co w rzeczywistości uczynił. W następstwie tego usiłowanie jest karygodne nie z racyi blizkiego stadyum punktu dokonania, lecz z powodu właściwego mu charakteru niebezpieczności dla pojęcia miru, w znaczeniu ładu i porządku społecznego.

Ponadto zapominają wszystki teorye względów natury prawnej, że strona objektywna przestępstwa usiłowanego nie może zostać wogóle usuniętą, zniweczoną, oraz że podstawą karygodności usiłowania jest właśnie tegoż objektywne znaczenie dla porządku prawnego.

Najwięcej zwolenników liczy bez wątpienia teorya względów polityki kryminalnej, operująca argumentem, że premia bezkarności przyrzeczona sprawcy na wypadek dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu, jest tym skutecznym bodźcem powstrzymu-

---

présomption, c'est qu'il l'eût activée, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé.

C'est sur cette dernière présomption qu'est assise la peine; car s'il y avait impossibitité pour l'agent de se désister, d'interrompre le crime, ce ne serait plus une simple tentative, mais un crime consommé. La possibilité d'un desistement volontaire est de l'essence de la tentative. Si ce désistement a lieu par la seule volonté du coupable, la loi ferme les yeux et pardonne... peut-être eût-il lui même suspendu l'exécution du crime, peut-être la crainte ou le repentir l'eussent arrête; mais il est certain qu'il avait resolu de commettre un crime, it est certain qu'il avait commencé l'execution: ces deux actes sufissent pour légitimer la peine; l'agent ne peut se couvrir de la possiqilité d'un regret tardif qui ne s'est point manifesté".

jącym go od dokonania zamierzonego przestępstwa. Skoro bowiem obowiązkiem państwa jest oddziaływać o ile możności prewentywnie na pokusy popełniania przestępstw i zapobiegać w ten sposób łamaniu porządku społecznego oraz naruszaniu dóbr pod opieką prawa pozostających, przeto aby obowiązkowi temu należycie odpowiedzieć, musi ono zapewnić sprawcy na wypadek dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu zupełną bezkarność. Państwo budując zatem przestępcy „złoty most“ do odwrotu, robi to ze względu na korzyści natury praktycznej, jakie w danym przypadku ze zrzeczenia się wykonania kary dla ogółu społeczeństwa wypłynąć mogą.

W ten sposób uzasadniał bezkarność usiłowania w razie dobrowolnego zaniechania już Feuerbach w krytyce projektu Kleinschroda, a argumenty jego znalazły licznych zwolenników w doktrynie [1]). Na stanowisku względów polityki kryminalnej stoją bowiem wszystkie najnowsze projekty.

Mimo podnoszonego zarzutu, że ten jednostronny, na względach polityki kryminalnej oparty punkt widzenia nie może być wystarczającym dla uzasadnienia bezkarności sprawcy usiłowania, ile że może on mieć zastosowanie do takich tylko sprawców, którzy zdają sobie dokładną sprawę ze znaczenia odnośnej instytucyi pod względem prawno-karnem, nie ulega przecież wątpliwości, że właściwa ratio legislatywnego unormowania warunków bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu, leży tylko i jedynie we względach polityki kryminalnej, będących niejako wytyczną dla ustalenia granic interesu państwa w sferze realizacyi materyalnego prawa karnego.

[1]) Bauer — Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse I. str. 355. i. d. Schwarze — Goltd. Archiv t. 2. str. 431. i. d., Finger — Lehrbuch t. I. str. 318, v. Liszt — Lehrbuch § 48, Merkel — Lehrbuch — str. 135. i. i.

Reasumując nasze uwagi dotyczące stanowiska projektu do nowej ustawy karnej w kwestyi „dobrowolnego zaniechania usiłowania“ względnie „czynnego żalu“ jako okoliczności znoszących karygodność sprawcy, zaczepiamy je w dwóch następujących kierunkach:

1. o ile projekt traktuje ekscepcyonalnie pewną grupę kazuistycznie wyliczonych przestępstw o charakterze zagrożenia cudzych dóbr względnie interesów, stwarzając dla niej warunki bezkarności sprawcy w razie dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu bądźto w § 17 części ogólnej, bądź też w części szczególnej, mimo że względy systematyki oraz polityki kryminalnej przemawiają z jednej strony, za skonstruowaniem ogólnego pojęcia przestępstwa o charakterze zagrożenia w miejsce kazuistycznego wyliczania całego szeregu specyalnych przypadków jako delicta sui generis, z drugiej zaś, za unormowaniem jednolitego przepisu obejmującego warunki bezkarności sprawcy na wypadek dobrowolnego zaniechania względnie czynnego żalu pod formą odwrócenia na czas grożącego niebezpieczeństwa, i

2. o ile projekt odmiennie od projektu niemieckiego i szwajcarskiego skonstruowane jednolicie i pozytywnie w przepisach § 16 i 17 kryteryum „dobrowolności“ ogranicza bądź to negacyą tegoż pod formą „okoliczności od woli sprawcy niezawisłych“, bądź też subjektywnie skonstruowanym warunkiem „nieodkrycia czynu przestępnego“, — mimo, że narzuconą sędziemu przez kodyfikatorów odnośną interpretacyę musiałoby się wysnuć i w braku powyższego ograniczenia, przy jednolitem unormowaniu kryteryum dobrowolności dla obu form usiłowania, oraz zestawieniem tegoż z zasadniczem, na subjektywiźmie opartem stanowisku projektu, odnośnie do problemu usiłowania.

Kwestya młodocianych przestępców w ustawodawstwie zagranicznem i austryackiem

z szczególnem uwzględnieniem austr. projektu ustawy o karno-prawnem traktowaniu i karno-prawnej ochronie młodocianych.

Napisał

Leon Fall.

(Ciąg dalszy).

ROZDZIAŁ II.

Ustawodawstwo austryackie.

1. Odnośnie do materyalnego i formalnego prawa karnego.

Austrya w omawianym dotąd rozwoju usiłowań ustawodawczych i instytucyi, zmierzających do zwalczenia przestępności młodocianych żadnego nie brała udziału. Także i na tem polu, podobnie jak i na wielu innych, pozostała onaw tyle za innemi państwami i mimo gwałtownie odczuwanej potrzeby reform, nie zdobyła się dotąd na zmianę choćby tylko tych specyalnych postanowień obowiązującej ustawy karnej. Według tej odróżniamy odnośnie do pytania, jaki wpływ wywiera wiek na poczytalność i na karanie czynów karygodnych, następujące 3 stopnie:

A) Dzieci do ukończenia 10 r. życia. Co do tych postanawia § 237 u. k.: Czyny karygodne popełnione przez dzieci do ukończenia 10 r. życia pozostawić należy skarceniu domowemu.

B) Nieletni, t. j. młodociane osoby między 10-ym a 14-ym rokiem życia. Tych karze się za popełnione przez nich zbrodnie, jako za przekroczenia, zamknięciem w odosobnionem miejscu, z którą to karą oprócz

roboty siłom nieletniego odpowiedniej, zawsze połączona być winna stosowna nauka przez duchownego. Ukaranie z powodu takich czynów karygodnych, które już same przez się są tylko występkami albo przekroczeniami, pozostawia się skarceniu domowemu, a w braku tegoż lub też, gdyby szczególne zachodziły okoliczności, skarceniu i zaradzeniu przez władzę bezpieczeństwa (§§. 270, 272 i 273 u. k.).

C) Małoletni, którzy ukończyli 14, lecz nie ukończyli 20. r, życia. U tych przyjmuje austr. u. k. pełną poczytalność z powodu popełnionych czynów karygodnych — z wykluczeniem kary śmierci i dożywotniego więzienia (§. 52. u. k.), z uwzględnieniem okoliczności łagodzącej z § 46 a, wzgl. § 264 a. Obowiązująca u. k. nie uznaje wcale okresu problematycznej dojrzałości, wątpliwej poczytalności, w obrębie którego dopiero orzeczeniem sędziego stwierdzićby należał opełną odpowiedzialność za popełniony czyn karygodny.

Rzecz oczywista, że postanowienia te, oddające przestępne dzieci — 10-letnie w wielu wypadkach, a 14-letnie bez wyjątku na pastwę sądu i więzienia — inaczej fakt ten trudno nazwać — zostają w rażącej sprzeczności z dzisiejszym stanem nauki w tej kwestyi i z dzisiejszemi urządzeniami innych państw na tem polu.

Na usprawiedliwienie tego stanu ta jedna tylko służyć może okoliczność, że dotąd obowiązuje w Austryi mocno przestarzały kodeks, a wszelkim usiłowanym i proponowanym zmianom stały na przeszkodzie znane powszechnie wewnętrzno-państwowe stosunki austryackie. Obowiązujące postanowienia charakteryzuje prof. Lenz (Jugendstrafrecht 1907) następująco: „Austryacka ustawa karna z 27. maja 1852, która stanowi główne źródło materyalnego prawa karnego dla młodocianych, jest owocem poglądów na odpowiedzialność młodzieży, panujących w początkach ubiegłego stulecia na terytoryach, podlegających francuskiemu i niemieckiemu prawu. Według nich staje się młodociany przedmio-

tem kary odpłatnej już z tą chwilą, gdy można u niego przypuścić zrozumienie dla karygodności jego działania. Poznać karygodność i podług tego postępować, uważa się za jedno, a poznanie to już tam należy przyjąć, gdzie wielkość czynu musiała młodocianemu, chociażby nie był jeszcze zupełnie dojrzały, uświadomić, że czyn jego nie jest dozwolony. Z tego powodu przyjmuje austr. prawo dojrzałość karną dla zbrodni z ukończeniem 10. r. życia, dla wszystkich zaś innych karygodnych czynności dopiero z ukończeniem 14. r. życia". To historyczne tłumaczenie austr. sposobu oznaczania poczytalności młodocianych nie usunie wskazanej przez Hoegla (Straffälligkeit u. Strafzumessung 1897) sprzeczności między postanowieniem § 2. lit. d. u. k. a postanowieniem §§ 269 i 270. u. k., która zachodziła już w czasie powstania ustawy w r. 1803. Z jednej bowiem strony uważa się wiek niżej lat 14-u za okoliczność wykluczającą zły zamiar, z drugiej karze się czynność karygodną w tym wieku popełnioną, która z istoty swej stanowiła zbrodnię, jako przekroczenie, a więc raz wyklucza się zupełnie zły zamiar, drugi raz karze się go tylko łagodniej. Sprzeczność tę, a zarazem cały austr. — mocno przestarzały — system traktowania młodocianych, chciano usunąć w późniejszych projektach nowej ustawy karnej. Przedostatni projekt komisyi parlamentarnej z r. 1893, który wzorował się głównie na ustawie niemieckiej z 1871. r., podwyższa granicę zupełnej niedojrzałości karnej do ukończenia 12. r. życia i wprowadza okres problematycznej dojrzałości między 12-ym a 18-ym r. życia, w którym to okresie nie należy stosować do przestępcy ustawy karnej, jeżeli mu brakło dojrzałości, potrzebnej do pełnego rozpoznania popełnionego bezprawia. W braku tej dojrzałości ma sąd, w razie zaś bezwzględnej niedojrzałości t. j. przed ukończeniem 12 r. życia władza bezpieczeństwa, zarządzić wedle okoliczności stosowne ukaranie młodocianego przez jego rodziców a w razie potrzeby ma się postarać o umie-

szczenie go w odpowiedniej rodzinie lub też w zakładzie wychowawczym lub poprawczym. Młodociani między 12-ym a 18-ym rokiem, których sąd uznał dojrzałymi, mają być ukarani: 1) jeżeli czyn był zagrożony śmiercią, więzieniem od 3—20 lat, 2) w innych wypadkach kara nie może przenosić połowy najwyższej za ten czyn zagrożonej kary. Ciężkie więzienie zastąpić należy zwykłem, równie długo trwającem. Ważne postanowienie zawiera jeszcze Art. XLVI. ustawy wprowadczej, który powiada, że w razie braku dojrzałości u młodocianego między 12-ym a 18-ym r. życia może sąd (Izba radna) zarządzić co należy bez rozprawy głównej a nawet bez postawienia przestępcy w stan oskarżenia, jedynie na podstawie przeprowadzonych potrzebnych dochodzeń, po wysłuchaniu prokuratora i przesłuchaniu obwinionego bezpośrednio przez Izbę radną. Wszystkie te postanowienia, które bez wątpienia były lepsze niż obowiązujące, jakkolwiek bynajmniej nie wystarczające, spoczęły wraz z całym projektem w aktach, a lata następne, wypełnione ciągłą i brutalną walką narodowościową, uniemożliwiającą wszelką pracę ustawodawczą, przyniosły nam tylko szereg rozporządzeń, mających załatać najjaskrawsze braki przestarzałej ustawy. Przez cały ten czas, w ciągu którego inne państwa przez cały szereg reform ustawodawczych starały się zmienić lub ulepszyć swój dotychczasowy system traktowania młodocianych, była Austrya — jak stwierdził b. minister Klein na 1-ym austr. kongresie w sprawie opieki nad dziećmi w r. 1907 — mimo najlepszych nieraz chęci Rządu „skazana na rozporządzenia, środek, z którego wprawdzie obficie korzystano, ale który w zakresie wymiaru sprawiedliwości ma bardzo ograniczoną moc normatywną“. Rozporządzenia zmieniające przepisy materyalnego prawa karnego były z natury rzeczy wykluczone. Najważniejszem, odnoszącem się głównie do formalnego, — które tylko nieliczne postanowienia specyalne zawiera, — a pośrednio i do materyalnego prawa karnego, było wydane na

podstawie postanowienia cesarskiego rozporządzenie ministerstwa sprawiedliwości z 25. listopada 1902. w sprawie ułaskawienia zasądzonych młodocianych przestępców, o którem w dalszym ciągu, w rozdziale o warunkowem darowaniu kary, z którem rozporządzenie to stoi w związku, będzie mowa.

2. Odnośnie do wykonania kary.

Przeważna część owych rozporządzeń odnosiła się do wykonania kary, przez którego odpowiednią reformę chciano naprawić zasadnicze błędy ustawy — zadanie trudne, niewdzięczne, a przeważnie niewykonalne. Przyznaje to minister Klein w cytowanej mowie w następ. słowach: „Samo wykonanie kary, jakkolwiekby ono było urządzone, młodego, pokusom i nowym wrażeniom łatwo ulegającego dziecka nigdy trwale nie ocali“. Przyznają to także motywa nowego projektu w następ. zdaniu: „Wykonaniu kary, o ile ono się odnosi do młodocianych, z pewnością stale będzie poświęcona uwaga; nie trzeba się jednak poddawać żadnym illuzyom; podług doświadczeń wszystkich praktyków wykonania kary także i najlepsze urządzenia nie dają pełnej rękojmii, że cel poprawczy we wszystkich wypadkach rzeczywiście zostanie osiągnięty, ani żadnej gwarancyi na to, że pojedyncze jednostki nie opuszczą więzienia moralnie pogorszone“. A temi „najlepszemi urządzeniami“ austryackie więzienia bynajmniej się nie cieszą, lecz bądź co bądź pewne zmiany na lepsze wprowadziły wspomniane rozporządzenia.

W więzieniach i aresztach austr. panuje system wspólności z ugrupowaniem podług wieku i rodzaju kary. Dla wykonania długoczasowych kar więzienia (najmniej 1 rok) istnieją już od dłuższego czasu osobne oddziały dla młodocianych w Zakładach karnych w Pradze, Marburgu, Capo d'Istria i Gellersdorfie ze specyalnym systemem wychowawczym. Wykluczeni od przyjęcia do tych oddziałów są przestępcy, skazani za

zbrodnie z §§ 125–133, za przekroczenie z § 516. lub za przekroczenie z chęci zysku więcej niż raz jeden. W ten sposób usiłuje się niedopuścić do tych oddziałów najbardziej zdemoralizowanych elementów, by sobie nie utrudniać pracy wychowawczej — nieraz zresztą bardzo dobre dającej wyniki — nad resztą skazańców. Taka jednak powierzchowna i szablonowa kwalifikacya jest środkiem zaradczym o dość problematycznej wartości, a przeto w gruncie rzeczy wzajemnej demoralizacyi trzymanych wspólnie młodocianych nic nie stało na przeszkodzie, najmniej zaś chyba w więzieniach trybunalskich i aresztach powiatowych, w których do niedawna (we wielu stan ten trwa po dziś dzień) wcale nie dbano o naukę i żadnych nie było urządzeń dla wykształcenia w jakiemś rzemiośle. Dopiero gdy opóźnianie się reform ustawodawczych przerzuciło cały ciężar walki z rosnącą przestępnością młodocianych na wykonanie kary, rozwinął zarząd sprawiedliwości energiczniejszą akcyę, „starając się przez stanowcze zarządzenia trzymać zdala od młodocianych więźni wszystkie dające się uniknąć szkody ścieśnienia wolności i stworzyć podstawę dla ich trwałej poprawy".

I tak odnośnie do nieletnich między 10-ym a 14-ym r. życia zezwoliło ministerstwo sprawiedl. rozporządzeniem z 29. stycznia 1899. na odcierpienie kary zamknięcia — z powodu nieodpowiedniości lokalów na areszta przeznaczonych — w zakładach poprawczych, od r. 1905. zaś także w zakładach wychowawczych i przytułkach Towarzystw dobroczynnych, o ile leżą blizko sądu, możliwe w nich jest oddzielenie dzieci przestępnych od wychowanków i o ile jest odpowiedni nadzór, nauka i praca.

Do wszystkich innych młodocianych przestępców odnosi się ważne rozporządzenie z 30. września 1905, które zarządza daleko idącą reformę więziennictwa odnośnie do młodocianych (w gruncie rzeczy tylko wykonanie dawno uznanych i obowiązujących zasad)

na następujących podstawach: zupełne oddzielenie młodocianych skazańców od dorosłych i od bardzo zepsutych rówieśników, odosobnienie w nocy, zwiększone staranie o naukę, religijne wychowanie i przysposobienie do stosownego dla młodocianego zajęcia, któreby mu zapewniło późniejsze utrzymanie, wreszcie ćwiczenia fizyczne, lepszy wikt dla źle odżywionych i opieka po wypuszczeniu. Podług tych zasad nie tylko urządzono oddziały dla młodocianych w zakładach karnych, lecz także stworzono takie oddziały w całym szeregu więzień trybunalskich. Utworzenie takich oddziałów przy wszystkich trybunałach było niewykonalne częścią z powodu znacznych kosztów, połączonych z ustanowieniem osobnych sił nauczycielskich i z wprowadzeniem innych specyalnych urządzeń, częścią z powodu nie nazbyt wielkiej ilości przestępnych młodocianych w niektórych okręgach. Trybunały, które nie mają takiego oddziału, jako też sądy powiatowe mają odstawiać młodocianych, skazanych na dłuższą karę (z reguły więcej niż 3 tygodnie), do najbliżej położonego oddziału. Do młodocianych, skazanych przez te sądy na krótsze kary, odnoszą się na ogół te same postanowienia co dla oddziałów; jasną jednak jest rzeczą, że dla jednostki nie można poczynić tych obszernych zarządzeń w kierunku wychowawczym, które są możliwe dla większej grupy.

Motywa obecnego projektu, z których powyższą treść tego rozporządzenia zaczerpnąłem, twierdzą, że rezultaty osiągnięte w oddziałach dzięki silniejszemu zaakcentowaniu czynnika wychowawczego, zostały uznane przez fachowców wysłanych do ich obejrzenia i do zaopiniowania — i że w porównaniu z dawniejszymi stosunkami skonstatować można niezaprzeczony postęp, chociaż zresztą niejedno jeszcze trzeba będzie poprawić i zmienić.

Motywa jednak stwierdzają jeszcze jedną rzecz, bardzo dla nas ważną, a mianowicie, że „przy dłuższych karach dana jest możliwość, przy pomocy intenzywnego

wykorzystania środków nauki i zajęcia, działać w kierunku wychowawczym i poprawczym“, — że natomiast „przy krótszych karach oddziaływanie to zarówno pod względem trwania jak i środków, stojących do rozporządzenia, jest mniejsze“ — właściwie: zupełnie wykluczone — „a kara w gruncie rzeczy może jedynie wywierać skutek jako ścieśnienie wolności“, ale jaki skutek, skoro nie wychowawczy i nie poprawczy, a odstraszający już chyba najmniej — motywa wstydliwie przemilczają; możemy dopowiedzić: żaden. Stwierdzenie tego faktu, jakkolwiek nie zupełnie wyraźne, przez motywa rządowego projektu, jest wielkim tryumfem Liszta i Międzynarodowego Związku kryminalistycznego, jest zarazem punktem wyjścia i ważnym argumentem dla przyjęcia do projektu instytucyi upomnienia i warunkowego darowania kary, propagowanych z dawien dawna przez Liszta i związek jako najodpowiedniejsze i najskuteczniejsze środki do zastąpienia szkodliwej krótkoczasowej kary ścieśnienia wolności.

3. Odnośnie do wychowania opiekuńczego.

Mniej pomyślnie niż wykonanie kary, ukształtowała się w Austryi sprawa — najważniejsza może w kryminalno-politycznej akcyi przeciw przestępności młodocianych, sprawa wychowania opiekuńczego. Ustawy o wychowaniu opiekuńczem Austrya dotąd właściwie nie posiada. Ustawy bowiem z 24. maja 1885. L. 89 i 90 ledwie skromnym zaczątkiem nazwać można, gdyż nie idą one nawet tak daleko jak ustawa pruska z r. 1878. Według tych ustaw sąd karny może orzec w związku z karą zamknięcia dopuszczalność oddania do zakładu poprawczego co do nieletnich (t. j. dzieci między 10-ym a 14-ym r. życia), którzy popełnili zbrodnię, ze względu na nieletniość karaną jako przekroczenie; w razie popełnienia przez nich występku lub przekroczenia może nastąpić oddanie nieletniego do zakładu poprawczego tylko wtedy, jeżeli nieletni całkiem jest opuszczony i niema innego sposobu, za-

pewnienia mu porządnego wychowania i nadzoru. Oddanie do zakładu może nastąpić dopiero po odcierpieniu kary t. j. zamknięcia w pierwszym, skarcenia domowego lub policyjnego w drugim wypadku. Władza policyjna, zarządzając oddanie do zakładu, bada przynajmniej ogólny stan młodocianego, a nadto na mocy wydanego osobno rozporządzenia obowiązana jest porozumieć się z sądem opiekuńczym, sędzia natomiast orzeka o dopuszczalności oddania jedynie na podstawie czynu będącego przedmiotem osądzenia i bez wysłuchania sądu opiekuńczego. O przyjęciu do zakładu rozstrzyga krajowa komisya administracyjna, która młodocianego wcale nie widzi, a o ile idzie o nieletniego skazańca — o zachowaniu się jego w ciągu wykonania kary żadnej nie ma wiadomości.

Po ukończeniu 14. r. życia mogą młodociani tylko wtedy być oddani do zakładu poprawczego, jeżeli popełnili pewne w ustawie szczegółowo oznaczone przestępstwa, ze wstrętu do pracy pochodzące, jak: włóczęgostwo, żebractwo, uchylanie się od pracy, naruszenie policyjnych przepisów o prostytucyi i dozorze policyjnym i wreszcie czerpanie środków utrzymania z zawodowego nierządu innych osób. Za jakiekolwiek inne przestępstwa, wypływające ze słabej woli, których podstawy szukać należy w braku panowania nad zmysłowymi popędami do wyładowania nagromadzonych, fermentujących sił i do funkcyi płciowych, i wogóle w innym razie przestępni młodociani przymusowemu wychowaniu poddani być nie mogą, choćby się okazało, że zepsucie moralne, spóźniony lub wogóle anormalny rozwój albo też zupełnie zaniedbane wychowanie są jedynym, tłumaczącym ich przestępność, powodem.

Dla dzieci przestępnych przed ukończeniem 10. r. życia, jako też dla starszych dzieci zaniedbanych i zepsutych, ale jeszcze nieprzestępnych, nad któremi, jak się to pokazało z doświadczeń przez rząd pruski poczynionych, przedewszystkiem opieka powinna być

rozciągnięta, ustawa austr. wychowania przymusowego nie przewiduje. Pozwala tylko na oddawanie takich dzieci i młodocianych do zakładu poprawczego na wniosek ich zastępców prawnych i za zezwoleniem władzy opiekuńczej. Inicyatywa należy wyłącznie do prawnych zastępców, sąd opiekuńczy może dać tylko pobudkę. Najbliższym krewnym jako też trzecim osobom, które §§. 178 i 217 u. c. ponadto powołują do stawiania wniosków, brak najczęściej potrzebnej znajomości stosunków rodzinnych. Powyższy przepis, oddający inicyatywę prawnym zastępcom, ma przeto właściwie bardzo małą wartość, gdyż ci prawni zastępcy t. j. przedewszystkiem rodzice to są bardzo często alkoholicy, ludzie zdemoralizowani, czasami przestępcy, — w ogólności ludzie, którzy nie tylko o wychowanie dzieci wcale się nie troszczą i już samem stykaniem się z niemi je psują, ale często mają wprost materyalny interes w tem, by im wyzyskiwanej przez nich siły roboczej dzieci nie odbierano, o ile — co gorsza — sami dziecka do przestępstwa nie nakłaniali lub w niem nie uczestniczyli. A mimo to przecież z pośród dostawionych w r. 1903-im do zakładów poprawczych 895 wychowanków, 583 t. j. 59·5% było oddanych na wniosek swych prawnych zastępców. A ileż takich zaniedbanych, potrzebujących przymusowego wychowania, dzieci znajdowało się równocześnie w Austryi, których ich prawni zastępcy z wymienionych wyżej powodów do zakładu nie oddali! Najlepszy to znak, jakie zastępy takich dzieci Austrya posiada i jak piekącą jest potrzeba nowoczesnej ustawy o wychowaniu opiekuńczem. — Trwanie przytrzymania w zakładzie wychowawczym zależne jest od osiągnięcia celu wychowawczego, nie może jednak nigdy trwać dłużej niż do ukończenia 20. r. życia, a może być zarządzone najpóźniej przed ukończeniem 18-go.

System wychowawczy w zakładach poprawczych jest różny, zależnie od tego, czy idzie o dzieci niżej lat

14-u czy też o młodocianych powyżej lat 14-u. Przy wychowaniu pierwszych w mniejszych grupach uwzględnia się przedewszystkiem naukę, przy wychowaniu ostatnich w większych grupach wykształcenie w praktycznym zawodzie. Poza tem panuje w nich system progresywny z trzema klasami dyscyplinarnemi, które się różnią od siebie pod względem surowości i karności ilością przyznawanych względów.

Takich zakładów wychowawczych, publicznych. posiadała Austrya w r. 1905. 9 dla męskich, 6 dla żeńskich poprawieńców, mieszczących razem 1516 chłopców względnie 510 dziewcząt. Dla Galicyi ustawy powyższe nie miały dotąd żadnego znaczenia, gdyż z jednej strony Ministrowie spraw wewnętrznych i sprawiedliwości dotąd nie wydali przewidzianych osobno dla Galicyi i Bukowiny w § 19. ust. z 24. maja 1885, l. 90. „stosownych rozporządzeń wprowadczych“, z drugiej kraj, do którego piecza o te zakłady należy, dotychczas żadnego takiego zakładu nie utworzył. Dopiero w przedostatniej sesyi, w lecie 1909 r. uchwalił Sejm budowę jednego takiego zakładu z oddziałem dla chłopców i dla dziewcząt w Przedzielnicy.

W ogólności zwrócił austr. zarząd sprawiedliwości od pewnego czasu baczniejszą uwagę na sprawę opieki nad dziećmi, a uznając niedostateczność dotychczasowego ustawodawstwa, starał się przynajmniej, jak to i na innych polach robił, w drodze rozporządzeń usunąć najcięższe braki. I tak w połowie 1904. r. ukazało się rozporządzenie Ministerstwa sprawiedliwości, mocą którego polecono zawiadamiać sądy opiekuńcze o każdym przypadku, w którym dzieci niżej lat 14-u stają przed sądem z powodu występku lub przekroczenia lub też zostaną policyjnie ukarane. Sądy mają w takich przypadkach ustalić, czy przyczyny postępowania nieletniego nie należy szukać w braku wychowania lub nadzoru. Jeżeli badanie okaże, że powodem zepsucia młodocianego przestępcy jest nadużycie władzy ojcowskiej lub zaniedbanie obowiązku wy-

chowawczego, to należy wziąć pod rozwagę odebranie lub ograniczenie władzy ojcowskiej, względnie umieszczenie dziecka w innej rodzinie lub w odpowiednim zakładzie. Gdzie nie zachodzi wina rodziców, tam umieszczenie to zarządzić można tylko za zgodą prawnych zastępców dziecka.

Oto w krótkości przedstawiony obecny stan kwestyi młodocianych przestępców i sprawy wychowania opiekuńczego w Austryi.

Obraz to w porównaniu z tem, co już wiemy o odnośnych stosunkach w Anglii i Stanach Zjednoczonych, jak również w innych państwach europejskich, niezbyt wesoły. A mogło i powinno było być inaczej.

4. Dawniejsze usiłowania ustawodawcze.

Austrya miała dane i sposobność, by ze skromnych początków w XVIII. w. zrobionych, przez stopniową i systematyczną ewolucyę dojść do klasycznych urządzeń na tem polu i rozwinąć działalność, która ją samą uwolniłaby od plagi przestępnej młodzieży i pauperyzmu, a pośrednio zmniejszyłaby także ogólną przestępność, dla innych zaś państw stałaby się wzorem i przykładem celowej i skutecznej akcyi społeczno- i kryminalno-politycznej. Z tych danych i tej sposobności, nie korzystano jednak. Dr. Henryk Reicher, profesor wiedeńskiego uniwersytetu, b. poseł na sejm styryjski i do parlamentu, jeden z pierwszych i najgorliwszych propagatorów i najlepszy teoretyk sprawy wychowania opiekuńczego w Austryi, autor znakomitego i wyczerpującego dzieła p. t. „Die Fürsorge für die verwahrloste Jugend“ (1904—1908, dotąd 5 tomów, jeszcze nieskończone), jeden z inicyatorów i duchowy kierownik pierwszego austr. kongresu w sprawie ochrony dzieci we Wiedniu w r. 1907. — w rozprawie p. t. „Die Fürsorgeerziehung“, umieszczonej w pismach tego kongresu, daje następujący przegląd dawniejszych austr. usiłowań ustawodawczych na tem polu:

„Już ustawa pod tytułem „Uporządkowanie i reformacya dobrej policyi w pięciu dolno austryackich krajach i książęcem hrabstwie Gorycyi“ cesarza Ferdynanda I. zarządziła zgodnie z uchwałą Reichstagu augsburskiego z r. 1500, że dzieci żebrzące, które na chleb swój same zarobić mogą, mają być oddawane do służby, „by się z czasem nie oddały zupełnie żebractwu“.

Do rządów cesarzowej Maryi Teresy odnieść należy nie tylko początki samodzielnych państwowych starań o duchowe wykształcenie ludu, lecz także państwowej opieki („Fürsehung“) nad dobrem wychowaniem młodzieży (Postanowienie o roku pełnoletności z 12. kwietnia 1753).

Zaznaczona w niem cesarsko-macierzyńka opieka znajduje swój wyraz także w reskrypcie z 31. maja 1766. Zwraca się on przeciw tak szkodliwemu żebraniu przez dzieci, „skutkiem czego one już we wczesnej młodości przyzwyczajone zostają do próżniactwa, a w przyszłości stają się niezdolne do jakiejkolwiek pracy celem samodzielnego wyżywienia się“ i grozi rodzicom odebraniem ich żebrzących dzieci.

Także i Constitutio criminalis Theresiana z r. 1768. wykazuje w swem prawie karnem dla młodocianych myśl mogącą wydać w przyszłości najlepsze owoce, gdyż w przeciwieństwie do dzisiejszych w ustawie nieruchomo ustalonych granic wieku odnośnie do dojrzałości karnej, zawiera ona okres pośredni, w którym karygodność zależała dopiero od rzeczywistej poczytalności w poszczególnym przypadku, którą sędziowska ocena stwierdzić miała. Odnośny ustęp brzmi następująco:

„Dalszy wiek młodzieńczy (t. zw. powyżej lat 14-u) nie uwalnia od zwyczajnych kar, chyba, że sprawca lub sprawczyni mają nie więcej niż 2 lata ponad dojrzałość, a zatem nie więcej niż lat 16, przyczem nie okazali przedwczesnej złośliwości, lecz raczej dobrą nadzieję przyszłej poprawy“.

Tak więc wykazuje już ustawodawstwo wielkiej cesarzowej kierunki, w których ma się poruszać wychowawcza i kryminalna polityka teraźniejszości".

Tym samym duchem przejęta jest józefińska ustawa o postępowaniu karnem z r. 1788, która wprowadza dwie nowe instytucye: darowanie kary w pewnych na szczególne uwzględnienie zasługujących wypadkach i wcześniejsze wypuszczenie z więzienia w razie objawienia skruchy i poprawy. Obie te instytucye oparte są na cesarskiem prawie łaski, ale charakterem swym i tendencyą zbliżone są zupełnie do dzisiejszych instytucyi warunkowego darowania kary i warunkowego wypuszczenia. Będzie jeszcze o nich mowa w dalszym ciągu.

„Jeszcze — względnie już z początkiem XIX. w. był rząd austr. świadom ścisłego związku między zepsuciem a zaniedbaniem wychowania, gdyż dekret nadworny z 19. kwietnia 1811, który omawia oddanie zaniedbywanych przez swych wychowawców dzieci do zakładów pracy przymusowej, wywodzi, że w tych wypadkach, w których rodzice skutkiem złej opinii lub nieporządnego sposobu życia są podejrzani, albo nawet przez zupełne zepsucie powierzonych ich pieczy małoletnich lub przez bezpośredni udział w ich wykroczeniach stali się karygodni, należy tychże pozbawić ich praw i pozostawić odpowiedniej władzy, której o tem donieść należy, zarządzenie środka poprawczego.

Powszechna ustawa cywilna, w tym samym roku wydana, nie tylko przyswaja sobie w zupełności niemiecką myśl opieki królewskiej, monarszej i państwowej władzy nadopiekuńczej nad pozbawionemi ojca sierotami, lecz nadto pogłębia tę myśl i rozszerza jej zakres, przyznając tę opiekę nie tylko w miejsce ojca, lecz także, jeżeli to konieczne i przeciw ojcu, którego władzy jego pozbawia i zastępuje opiekunem, tych zaś, którzy dla braku lat niezdolni są do należytego starania się o swe sprawy, stawia pod szczególną ochronę ustaw.

W ten sposób tworzy ta na prawie prywatnem oparta zasada familijno-prawnego stosunku między rodzicami a dziećmi nadzwyczajnie ważną podstawę ochrony dzieci w Austryi.

Atoli publicznemu interesowi w urzeczywistnieniu tej ochrony we wszystkich wypadkach, w której potrzeba takiej ochrony zachodzi, prawo prywatne nie uczyniło zadość. Brak organizacyi, któraby sądowi opiekuńczemu umożliwiła we wszystkich przypadkach, w których rodzice praw swoich nadużywają lub obowiązków swoich zaniedbują, urzeczywistnić opiekę ze strony państwowej władzy nadopiekuńczej, brak dalej urządzeń, w którychby dzieciom w miejsce usuniętych na mocy sędziowskiego zarządzenia od władzy naturalnych i prawnych opiekunów dano odpowiednie zastępstwo w osobach powołanych przez państwo wychowawców, brak wreszcie publiczno-prawnego zobowiązania do ponoszenia spowodowanych tem zastępczem wychowaniem kosztów".

Braków tych nie usunięto, potrzebnych urządzeń nie stworzono, wogóle z istniejących początków i sposobności nie skorzystano. Wraz z upadkiem zapoczątkowanej w XVIII. w. w Niemczech polityki kryminalnej i raptownem powstaniem i wzrostem prawniczej metafizyki, tradycye terezyańskie i józefińskie straciły swój walor a rozwój austr. ustawodawstwa i urządzeń kryminalno-politycznych we wskazanym wyżej kierunku został zupełnie przerwany, a nawet pod pewnymi względami cofnięty. Nastąpił okres całkowitego zastoju i skostnienia, którego nie zdołało przerwać ni ożywić wydanie nowej ustawy karnej z 27. maja 1852. ani też wydanie ustaw z 24. maja 1885. — tem mniej, że ustawy te były przejęte tym samym co dawniejsze duchem.

5. Cyfry i wnioski.

W tych warunkach — szczegóły poznaliśmy już wyżej — przestępność młodocianych nie hamowana

żadnym innym środkiem jak tylko kodeksem karnym i więzieniem, oddana całkowicie na łup karzącej sprawiedliwości względnie jej zastępcy, sędziemu karnemu — rosła z roku na rok. I tak liczba nieletnich zasądzonych za zbrodnię (§ 269 u. k.) wzrosła od r. 1883. do 1904. z 525 na 1059 t. z. podwoiła się, liczba młodocianych w wieku od lat 14 do 20, zasądzonych za zbrodnię, wzrosła w tym samym okresie z 5256 na 6900 t. j o $^1/_3$ część. Natomiast liczba zasądzonych wogóle za zbrodnię osób, która w roku 1881—5 wynosiła 31.475 rocznie, spadła w następnych 15 latach do przeciętnej rocznej cyfry 28.883, by następnie rosnąc zwolna w latach 1896—1900 dojść do cyfry 32.042, wzrosła zatem przeciętna cyfra wszystkich zasądzonych o 2%, młodocianych o 31%, nieletnich zaś o 100%. Tem samem wzrósł odpowiednio udział nieletnich i młodocianych zbrodniarzy w ogólnej sumie zasądzonych za zbrodnię osób, a mianowicie z 18·7% w r. 1881 na 23·4% w r. 1900. To są jednak cyfry absolutne i na ich tylko podstawie nie możnaby jeszcze czynić wniosków o wzroście przestępności. Każde zmniejszanie się przestępności dorosłych w stosunku do ogólnej liczby dorosłych pociąga za sobą wzrost udziału młodocianych w ogólnej przestępności tylko wtedy, jeżeli zasądzenia młodocianych w stosunku do ogółu rówieśników nie zmniejszyły się w tym samym stopniu. Ponadto uwzględnić należy nierównomierny wzrost uczestników poszczególnych klas wieku. Na tych podstawach obliczony udział, który przypada zbrodniczej młodzieży pewnej określonej klasy wieku w ogólnej liczbie osób do tej klasy należących, daje nam względną cyfrę przestępności.

Ale i te cyfry wykazują znaczny wzrost przestępności młodocianych. W okresie od r. 1876. do 1885. przypadało na 10.000 osób w wieku od 10 do 14 lat 2·6, w czasie od r. 1886—1895 — 3·5, a w czasie od 1896—1900 — 4·4 skazanych za zbrodnię wzgl. przekroczenie z § 269. W ostatnio ubiegłych latach cyfry

te wzrosły jeszcze bardziej: i tak wynosiły za rok 1900 — 4·8, za rok 1901 — 5·3, za rok 1902 — 5·5, za rok 1903 — 5·3, za rok 1904 — 5·0. Jeżeli porównamy ten wzrost przestępności nieletnich z przyrostem nieletnich wogóle, to okaże się rażąca dyspozycya. Podczas gdy liczba nieletnich podniosła się z 1,743.736 w roku 1876 na 2,128.910 w roku 1900, a zatem o 305.174 indywiduów czyli o 22%, to liczba zasądzonych podniosła się z 450 na 941 t. j. o 110%. Przyrost nieletnich zbrodniarzy w ostatniej ćwierci XIX w. przewyższył zatem naturalny przyrost nieletniej ludności o 88%.

„Inaczej przedstawia się przestępność w klasie wieku od lat 14 do 16. Tu należy rozróżnić między przestępnością chłopców a dziewcząt. Względna cyfra przestępności chłopców wykazuje w pierwszem dziesięcioleciu nieznaczny wzrost z 12·2 na 10.000 na 12·9 w drugiem, poczem następuje nieznaczne zmniejszenie przestępności na 12·7 w ostatniem pięcioleciu.

Przestępność dziewcząt spadła z 2·7 na 10.000 na 2·0, by się następnie znowu podnieść na 2·6.

Na ogół można więc przestępność w tej klasie wieku oznaczyć jako stałą.

Natomiast klasa wieku od 16 do 20 roku życia okazuje stały wzrost przestępności męskiej, a to z 47·9 na 10.000 na 49·8 a wkońcu na 52·8. Podczas gdy ludność męska tej samej klasy podniosła się z 789.996 na 940.596, wzrosła zatem o 150.600 indywiduów t. j. 19·08%, to liczba skazanych podniosła się z 3787 na 4969, wzrosła zatem o 1182 indywiduów to jest o 31·29%.

Wzrost młodocianych w wieku od 16. do 20. r. przewyższył zatem wzrost ogółu młodocianych należących do tej klasy o 12·21%.

Przestępność kobiet w tej samej klasie wieku pozostała prawie niezmieniona.

Wyniki te tem bardziej są interesujące, że w następnej klasie wieku od 20. do 30. roku życia spostrze-

gać się daje znaczne zmniejszenie się przestępności i to zarówno w odniesieniu do mężczyzn jak i do kobiet. Podczas gdy liczba mężczyzn tej klasy podniosła się z 1,733.066 na 2,077.705, wzrosła zatem o 344.639 indywiduów t. j. o 19·88%, to liczba mężczyzn skazanych podniosła się z 10.769 tylko na 10.909, wzrosła zatem zaledwie o 140 indywidiów t. j. 0·013%. Wynika z tego obniżenie się cyfry przestępności mężczyzn z 62·1 na 10.000 na 54·87 a wkońcu na 52·5, przestępności zaś kobiet z 8·9 na 10.000 na 7·6, a wkońcu na 6·9" (Lenz: Jugendstrafrecht).

Na pytanie w jakim kierunku wzrost ten postępował, odnośnie do nieletnich (od 10—14) wcale odpowiedzieć nie można, gdyż przekroczenie z § 269 lit. a obejmuje wszystkie zbrodnie z I. części u. k., a podanie przedmiotowej istoty czynu w kartach statystycznych zarządzono dopiero od 1. stycznia 1905. Odnośnie do klasy wieku od 16. do 18. roku życia odpowiedź nie może wypaść dokładnie, gdyż klasy tej statystyka osobno nie notuje, a zna tylko klasę od 16. do 20. roku życia. Natomiast zupełnie dokładnie stwierdzić można, że w klasie wieku od 14. do 16. roku życia przypadało na 100 zasądzonych za zgwałcenie, shańbienie i inne zbrodnicze czyny przeciw obyczajności w roku 1882 — 3·9, zaś w roku 1904 — 7·2 t. j. prawie dwa razy tyle; podobny stosunek zachodzi przy zbrodni ciężkiego uszkodzenia ciała, gdzie cyfra ta wzrosła z 0·6 na 1·3 — i przy zbrodniach kradzieży i współudziału w niej, gdzie cyfra ta wzrosła z 3 na 5·3. Wkońcu można jeszcze zbadać, w której klasie wieku pewien czyn najczęściej bywa popełniany, by w ten sposób stwierdzić, w jakim kierunku przestępność poszczególnych klas największem grozi niebezpieczeństwem. Jeżeli zbadamy kryminalną tendencyę klasy wieku między 14. a 16. rokiem życia, przekonamy się, że największą u obu płci jest skłonność do kradzieży. Po niej najczęściej powtarzają się u płci męskiej zbrodnie nierządu, ciężkie uszkodzenia cielesne,

oszustwa, gwałt publiczny przez targnienie się na osoby urzędowe i przez złośliwe uszkodzenie cudzej własności i wreszcie podpalenie; u płci żeńskiej wszystkie zbrodnie ze znikająco drobnymi wyjątkami odpadają zupełnie.

W klasie wieku od 16—18 lat cyfra kradzieży u obu płci mocno wzrasta. Inne zbrodnie pojawiają się o wiele rzadziej niż kradzież. Tylko oszustwo u płci żeńskiej zwraca na siebie uwagę. Zbrodnie nierządu osiągają w stosunku do poprzedniej i następnej klasy swoje maximum. Podpalenie u obu płci staje się rzadsze, podczas gdy u męskiej gwałt publiczny i oszustwo cokolwiek, ciężkie zaś uszkodzenie ciała bardzo silnie wzrasta.

W klasie wieku od 18 do 20 lat kradzież jest ciągle jeszcze najczęstszym czynem zarówno u płci męskiej jak i żeńskiej. Osiąga ona w tej klasie jakoteż w następnej punkt kulminacyjny. To samo tyczy się rabunku u mężczyzn. Na gwałcie polegające zbrodnie jak uszkodzenie ciała i gwałt publiczny przez targnięcie się na osoby urzędowe wzrastają znacznie. U kobiet natomiast cyfry wszystkich innych czynów w stosunku do kradzieży stale się zmniejszają a tylko cyfra oszustw nieco wzrasta.

Z przybliżoną dokładnością można tedy powiedzieć, że zbrodnie nierządu najczęstsze są w klasie od 16 do 18 lat, kradzieży w klasie od 18 do 20 lat, rabunku i mordu albo w tej samej albo dopiero w następnej. Wszystkie inne zbrodnie osiągają punkt kulminacyjny dopiero w dalszych klasach wieku.

Cyfry powyższe potwierdzają także i gdzieindziej już poczynione spostrzeżenia, że wzrastająca przestępność młodocianych szczególniej zauważyć się daje przy czynach przeciw obyczajności, przy kradzieży i przy przestępstwach pochodzących ze zdziczenia. Podobnie ma się zapewne rzecz także i z przekroczeniami, zwłaszcza że jak z doświadczenia wiadomo

udział młodocianych w drobniejszych przestępstwach jest o wiele większy.

Pewien pogląd, jakkolwiek niezbyt dokładny, na ogólną sumę zasądzonych nieletnich i młodocianych uzyskać można z zarządzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości w roku 1904. przeliczenia wszystkich nieletnich zasądzonych za przekroczenie z § 269. jako też wszystkich młodocianych w wieku od lat 14 do 16 i od lat 16 do 18, zasądzonych za zbrodnie, występki i przekroczenia. Według otrzymanych dat zasądzono w roku 1905. razem 23.005, w roku zaś 1906 razem 23.514 nieletnich i młodocianych. Są to cyfry bardzo pokaźne, a jednak i one — jak stwierdza prof. Zucker (Über die Behandlung verbrecherischer u. arg verwahrloster Jugend in Österreich") nie dają bynajmniej dokładnego obrazu przestępności nieletnich i młodocianych w Austryi. Przeciwnie istnieje uzasadniony powód do przyjęcia, że właśnie odnośnie do tych osób liczba rzeczywiście popełnionych czynów karygodnych jest o wiele większa niż liczba wyroków skazujących. Przedewszystkiem o ile idzie o przestępstwa, o których doniesiono sądowi, to co do nich uwolnienie lub zaniechanie ścigania zdarza się w odniesieniu do osób młodocianych stosunkowo o wiele częściej niż w odniesieniu do dorosłych. Młodość stanowi przy łagodnem usposobieniu, jakie przeważa u wszystkich prawie szczepów Austryę zamieszkujących, nie tylko ustawową okoliczność łagodzącą, lecz w rzeczywistości także bardzo często powód — i to wręcz przeciwny ustawie — zupełnego uwolnienia od kary. Sędziowie przysięgli nie łatwo decydują się, by młodocianego, który ledwie wyrósł z lat dziecinnych, werdyktem swoim skazać na ciężką i długą karę więzienia, a także zawodowych sędziów i oskarżycieli skłania często świadomość, że wykonanie kary w zwykłych więzieniach pociągnąć za sobą musi moralny upadek zasądzonego, do tego, że w napół tylko wątpliwych przypadkach stosują łaskę zamiast prawa i wy-

dają wyrok uwalniający względnie odstępują od ścigania. Ilekroć się słyszy o takich wypadkach, mimo woli nasuwa się refleksya: dokąd zmierza państwo, które musi sobie powiedzieć, że lepiej będzie, jeżeli ustawy jego nie będą stosowane. A to samo myślą też niejednokrotnie i obywatele tego państwa, rezygnując z doniesienia sądowi o popełnionem przestępstwie, byle tylko młodocianego, który wolno puszczony może się jeszcze ewentualnie poprawić, nie zniszczyć zupełnie przez wydanie go sądowi. Liczba takich wolno puszczonych jest znaczna i zwiększa jeszcze bardziej różnicę między cyfrą dokonanych przestępstw a cyfrą skazujących wyroków. I dopiero gdybyśmy mogli w jakiś sposób dokładnie obliczyć cyfrę takich nieprawnych uwolnień, zastanowionych śledztw i zatajonych przez poszkodowanych przestępstw, dopiero wówczas obraz przestępności młodocianych w Austryi byłby dokładny i zupełny.

Już jednak i to, co dotąd przedstawiłem, wystarczy chyba dla wykazania, że na polu przestępności młodocianych Austrya bynajmniej nie była szczęśliwą Arkadyą, szczególnie uprzywilejowanem i wolnem od tej plagi społecznej państwem — i że wyżej omówiony, dotychczasowy zastój i zaniedbanie na polu ustawodawstwa dla młodocianych, mimo że od lat już istnieją świetne wzory anglo-amerykańskie i zachodnio-europejskie, rzeczywistym stanem przestępności młodocianych bynajmniej nie były usprawiedliwione. Przyznają to także motywa nowego projektu w następującem zdaniu:

„Potężny ruch, który, wyszedłszy z Anglii, za cel sobie stawia opiekę nad zagrożoną, zaniedbaną i przestępną młodzieżą, i w Zjednoczonych Stanach Północnej Ameryki, w angielskich koloniach i we większości państw kontynentalnych dał powód do reform ustawodawczych, nie mógł dotąd w Austryi objawić się w dziełach ustawodawstwa; nie dlatego jakoby stosunki nasze tego nie wymagały albo jakoby

potrzeba reform nie była poznaną, lecz z więcej przypadkowych przyczyn, które za każdym razem, gdy do reform tych chciano przystąpić, jako przeszkoda w drodze stawały".

6. Próby reform.

W ostatnich jednak latach wzrost przestępności i zaniedbania młodocianych okazał się tak niepokojący, zacofanie Austryi zarówno na polu przepisów karno-prawnych i instytucyi kryminalno-politycznych jak i na polu ustaw i urządzeń opiekuńczych w porównaniu z innemi państwami tak jaskrawe, a zarazem wobec osiągniętych już przez te państwa rezultatów tak karygodne, że wreszcie i w Austryi musiano nie tylko poznać ale i uznać potrzebę reform i przystąpić do ich przeprowadzenia. Tem bardziej, że i społeczeństwo, poznawszy, iż idzie tu o ważne zadanie kulturalne o nadzwyczajnem znaczeniu dla jego przyszłości, reform tych w różnych manifestacyach i petycyach coraz głośniej się się domagać zaczęło. „W innych społeczeństwach przestępność i zaniedbanie młodzieży jako zjawisko społeczne już zdawna stały się przedmiotem publicznego zainteresowania. Szerokie koła zajęły się badaniem przyczyn i stanu tej plagi i dostarczeniem środków na jej zwalczanie. Wyjaśnienie tego uogólnienia i pogłębienia zainteresowania stanowi fakt, że zaniedbanie młodzieży wraz z współczesnym rozwojem stosunków społecznych coraz bardziej się rozszerzało i coraz jaskrawiej występowało na jaw. Wzrost usiłowań społecznych na polu ochrony dzieci i opieki nad młodocianymi rozpoczął się w Austryi później niż w innych państwach, gdzie uprzemysłowienie wcześniej się zaczęło i większe zrobiło postępy. W ciągu swego stosunkowo krótkiego istnienia akcya społeczna i w Austryi jednak dużo zdziałała. Odkryła ona społeczeństwu źródła, rozmiary i doniosłość grożącego niebezpieczeństwa, wskazała środki do uchylenia go i niektóre

z nich z powodzeniem zastosowała. Przytem okazało się, że ochotnicze siły społeczeństwa nie dorosły do wielkich i wielostronnych zadań opieki nad młodocianymi, i że dla skutecznego zwalczania zaniedbania młodzieży konieczne są: interwencya władzy państwowej i nowe ustawowe postanowienia." (Erläuternde Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes über die Fürsorgeerziehung). W tym też głównie kierunku zwróciła się w ostatnich latach akcya społeczeństwa, domagając się coraz gwałtowniej uregulowania sprawy ochrony dzieci i opieki nad młodocianymi, a pośrednio także ustawodawstwa karnego dla młodocianych, które stanowi główny fundament ustawodawstwa opiekuńczego.

Z ważniejszych etapów tej akcyi wymienić należy przedewszystkiem uczyniony w roku 1901. w parlamencie wniosek wspomnianego już posła dra Reichera i towarzyszy o wydanie ustawy dotyczącej wychowania opiekuńczego małoletnich, przyczem wnioskodawcy dołączyli do wniosku gotowy projekt ust. wzorowany w zasadzie na pruskiej ustawie opiekuńczej z roku 1900, a uwzględniony częściowo w przedłożonym 8 lat później projekcie rządowym.

W tym samym roku uchwalił parlament z okazyi obrad nad ustawą dotyczącą nadwyżek kasowych kas sierocińskich, rezolucyę, wzywającą Rząd, by jak najspieszniej wypracował projekt ustawy, dotyczącej uregulowania ochrony dzieci i opiekuńczego wychowania małoletnich — i projekt ten przedłożył Radzie Państwa do konstytucyjnego traktowania.

Rząd, uznając już sam palącą potrzebę reform na tem polu, przystąpił rzeczywiście do wypracowania odnośnego projektu ustawy o karno-prawnem traktowaniu i karno-prawnej ochronie młodocianych. Praca postępowała jednak bardzo powoli. Przyspieszył ją dopiero Minister sprawiedliwości Fr. Klein i Pierwszy austryacki Kongres w sprawie ochrony dzieci, odbyty we Wiedniu w roku 1907.

Inicyatorowie kongresu wyszli z praktycznej potrzeby, powszechnie odczuwanej i ze wszystkich stron na pierwszy plan stawianej: urządzenia wychowania opiekuńczego w Austryi. Temat ten miał tworzyć główny przedmiot kongresu, łącząc się z innemi ściśle z nim związanemi kwestyami: z kwestyą ochrony dzieci w ściślejszem tego słowa znaczeniu i z kwestyą prawa karnego dla młodocianych, które w jak najszybszem urzeczywistnieniu myśli wychowania następczego i przymusowego najbardziej było interesowane. Przygotowania do kongresu trwały dwa lata. Chodziło bowiem o zbadanie i ustalenie faktycznego stanu zaniedbania młodzieży w Austryi i uzyskanie w ten sposób materyału, na podstawie którego możliwa by dopiero była sprawiedliwa ocena tego społecznego zjawiska i stworzenie zasad organizacyi ustawodawstwa i administracyi na tem polu. Zarządzono więc ankietę w szerszym stylu co do istniejącego w poszczególnych krajach koronnych stanu zaniedbania młodzieży, co do szczególnych przyczyn tegoż, co do form, w których występuje, jakoteż co do lokalnych rozmiarów tej klęski społecznej.

Ankieta, w której brali udział przeważnie sami sędziowie, przyniosła, jeżeli nie wyczerpujący, to w każdym razie szczegółowo zestawiony i starannie opracowany materyał, a zarazem wykazała, że rzeczywistość przechodzi najgorsze przewidywania urodzonych pessymistów. Z różnych stron — pisze Baernreiter we wstępie do I. tomu pism kongresu, zawierającego wyniki ankiety — podano sposób obchodzenia się z przestępną młodzieżą w Austryi wprost jako przyczynę coraz bardziej szerzącego się zaniedbania, udowodniono, jak nasza błędna metoda osiąga przeciwieństwo tego, co wykonanie kary właściwie powinno mieć na celu, że powoduje ona nie ograniczenie i zmiejszenie się przestępności, lecz przeciwnie jej rozwój i wzrost. Rzecz charakterystyczna, jak wewnętrzny, ścisły związek między kwestyą reformy

prawa karnego a odpowiedzią na pytanie co do przyczyn zaniedbania, mimo iż właściwie kwestyi karno-prawnych do dyskusyi nie podano, wprost automatycznie w odpowiedziach referentów się przejawił. Przytoczę z nich najcharakterystyczniejsze zdania, ktore jako sąd zawodowych praktyków, o doktrynerstwo lub zbytni radykalizm chyba niepodejrzanych, z pewnością może być miarodajny. I tak radca policyi Gayer z Wiednia wskazuje na zbyt nizką granicę dojrzałości karnej jako na przyczynę zaniedbania, sprawozdawca z Tyrolu nazywa przesunięcie tej granicy kardynalnym postulatem wobec oczekiwanej reformy. Radca sądu krajowego dr. Winkler z Karyntyi rozszerza te żądania, domagając się energicznie zasadniczej zmiany obecnych postanowień o odpowiedzialności dzieci i młodocianych, bezimienny zaś sędzia z Pobrzeża — jak przypuszczam Prezydent wyższego sądu krajowego w Tryeście, Ekscellencya Gertscher — powiada, że uznać to należy jako srogość, więcej — jako okrucieństwo, jeżeli się dzieci między 10 a 14 rokiem życia przytrzymuje w aresztach śledczych i stosuje do nich postępowanie, o którego istocie i celu nie mają pojęcia. Ale głos ten protestuje również przeciw dotychczasowemu karno-prawnemu traktowaniu młodocianych między 14 a 16 rokiem — tu powinien interweniować nie sędzia karny, lecz wychowawca a jako najniższą granicę dojrzałości karnej należałoby przeto ustalić ukończony 16. rok życia.

Baernreither sam charakteryzuje głosy te i ich znaczenie w następujący sposób:

Są to powszechnie znane, często powtarzane skargi, które podnoszą się w różnych sprawozdaniach odnośnie do postępowania karnego i wykonania kary względem dzieci i młodocianych, nie tylko dlatego, iż ponownie wydobywają na jaw braki, które mimo wszelkiej krytyki i mimo swej potworności ciągle jeszcze istnieją, lecz także dlatego, że wykazują, iż także u nas zaczyna się dokonywać radykalny przewrót

w osądzaniu przestępnej młodzieży. Przytem nie należy zapominać, że wszystkie te głosy pochodzą z kół sędziowskich. Także i u nas żąda się teraz, by przy postępowaniu z przestępną młodzieżą uwzględniać stanowisko wychowania, także i u nas stawia się cel poprawczy — przy którym głównie o to idzie, by z zaniedbanych i skłonnych do zbrodni indywiduów uczynić zdatne do życia jednostki — przy osądzaniu przestępnych dzieci lub młodocianych na pierwszem miejscu przed wszystkimi innymi celami, także i u nas szerzy się świadomość, że stanowisko sędziego wobec przestępstw młodzieży musi być zupełnie inne niż dotąd, że prawo karne i wykonanie kary mają się przystosować do ogólnego stanowiska, podług którego cała drabina opuszczonej, zaniedbanej i przestępnej młodzieży ma być uważana jako jedno połączone zjawisko społeczne — i traktowana podług jednolitych zasad zapobiegania, wychowania przymusowego i przywrócenia swemu otoczeniu. Cała ankieta przemawia żywo za tym poglądem. Pojedyncze enuncyacye w sprawie kwestyi karno-prawnych są tylko wypływem nowej społecznej świadomości obowiązku wobec młodzieży. Z tych enuncyacyi warto jeszcze wspomnieć o referacie radcy policyi Gayera, który zwraca uwagę na istniejące w Ameryce sądy dla młodocianych, powołane specyalnie do sądzenia dzieci i młodocianych — i oświadcza, że dziecko najcięższych szkód doznaje przy wykonaniu kary, że przytrzymanie go pociąga za sobą tylko dalszą infekcyę ze strony otoczenia. Nie rzadko spotyka się — pisze znów sprawozdawca galicyjski — młodociany, który bynajmniej jeszcze nie jest stracony, w aresztach policyjnych lub gminnych większych miast z najgorszymi wyrzutkami społeczeństwa; co więcej władze policyjne umieszczają nawet bezdomne, opuszczone dzieci, którym zaniedbanie bezpośrednio nie grozi, na jakiś czas w swoich aresztach. Podobnie niszczące skutki wywiera również umieszczanie sierót w domach ubogich.

Inny ze sprawozdawców poddaje ostrej krytyce oddziały poprawieńców istniejące przy zakładach pracy i oświadcza, że przy znajdujących się tam obecnie urządzeniach nie nadają się one wogóle do tego, by osiągnąć poprawę internowanych w nich poprawieńców. Opisawszy jeden z takich oddziałów (kraiński) powiada, że wobec panujących tam dzisiaj stosunków uważa to za gorżką ironię, jeżeli sędzia opiekuńczy oddaje biednego chłopaka do takiego oddziału i takie zarządzenie nazywa ochroną młodzieży.

Kto zważy — powiada Baernreither, nawiązując do tych obrazów — jakie dziś we wszystkich innych krajach czynią starania, by przy internowaniu opuszczonej, zaniedbanej i przestępnej młodzieży dokonać o ile możności odpowiedniego rozdziału, jak się klasyfikuje, by uniknąć dalszego rozszerzania zarazków infekcyjnych przez te zakłady, kto zważy, że się czyni wszelkie możliwe zarządzenia, by te dzieci i tych młodocianych, którzy są tylko zagrożeni, a u których zbrodnicze skłonności nie doprowadziły jeszcze do czynów karygodnych, oddzielić od tych, którzy okazują już wyraźny pociąg do złego i którzy rozpoczęli już zbrodniczą karyerę — ten się ze sprawozdań tych ku swemu bolesnemu zdumieniu dowie, że cel ten, do którego wszędzie indziej dążą, a który często już nawet osiągnięto, u nas dzięki brakowi środków i brakowi koniecznej do walki z obojętnością w tych sprawach energii, jeszcze bardzo dalekim nazwać należy. I dlatego takie opisy ciągle jeszcze u nas istniejących stosunków tem dobitniej należy podkreślać, by niewątpliwie dobre chęci rządu raz wreszcie zostały pobudzone przez opinię publiczną do stanowczych i daleko idących zarządzeń.

Konieczność szybkiej i stanowczej reformy na tem polu rozumieją i odczuwają już dzisiaj szerokie koła społeczeństwa. Tego psychicznego momentu nie wolno lekceważyć w czasie, w którym z uczuciami wielkich mas ludowych o wiele bardziej trze-

ba się liczyć niż dawniej i w którym takie duchowe dyspozycye aż nazbyt łatwo wyradzają się w niechęć i niezadowolenie. Jeden ze sprawozdawców zwraca zupełnie słusznie w referacie swoim uwagę na to, że u owych zaniedbanych klas wspomnienia młodości tak ubogiej w radość i szczęście, a tak przebogatej w niedostatek i srogie obchodzenie się wywołują w dojrzalszym wieku zazdrość, rozgoryczenie i nienawiść przeciwko istniejącemu porządkowi i jeszcze bardziej zaostrzają społeczne przeciwieństwa. Żądając przeto także i z tego stanowiska wkroczenia władzy publicznej na korzyść żyjącej w tak nieszczęśliwych warunkach młodzieży, zamyka właściwie ów sprawozdawca (radca sądu krajowego i członek Wydziału krajowego dr. Winkler z Celowca) sumę polityczno-państwowych względów, przemawiających za ochroną dzieci i opieką nad młodocianymi.

Władze publiczne — kończy Ekscellencya Baernreither swoje uwagi — mają u nas tylko do wyboru: albo spełnić nadzieje żywione dziś w Austryi na tem polu, albo też dać nowy pokarm obojętności, zwątpieniu i pessymizmowi, który u nas bardziej niż gdziekolwiek indziej staje w każdym wypadku na przeszkodzie energicznej akcyi. Dłużej już czekać nie można. Nie możemy się pocieszać nadzieją mającej może kiedyś nadejść ery powszechnych reform na polu prawa cywilnego, karnego, ustawodawstwa dla ubogich i politycznej administracyi. Iam proximus ardet Ucalegon. Musimy samodzielnie i szybko przystąpić do czynu. (C. d. n.).

Zapiski literackie.

K revisi rak. všeob. občanského zakonníka. Napsal Dr. Antonin rytíř Randa. (Odb. z Právníka rocz. 50) — Praga 1911.

Sprawa rewizyi kod. cyw., podniesiona jeszcze w r. 1904 przez Ungera, dziś mimo upływu lat siedmiu niewiele postąpiła naprzód. Projekt rządowy, przedłożony w r. 1907 izbie panów, jakkolwiek mieścił w sobie niektóre zmiany, zasługujące na uznanie, spotkał się z krytyką w wielu kierunkach ujemną, pierwszy zaś i drugi elaborat komisyi tejże izby trafiły na dziwną w świecie prawniczym obojętność, pochodzącą kto wie czy nie stąd, że obydwa te projekty, rozszerzają wprawdzie w niektórych względach obszar zamierzonej reformy i pomnażają ilość paragrafów, jednakże przedstawiają się przeważnie jako parafrazy projektu rządowego, może nieco uzupełnione, lepiej ułożone i stylizowane, ale noszące zawsze jeszcze w sobie wybitne znamiona swego pierwowzoru i sprawiają mimowoli wrażenie, jak gdyby pisane były bez wiary w powodzenie.

W wymienionej powyżej broszurze (odbitce artykułu z „Právnika“) autor zdaje sprawę o przebiegu dotychczasowym rewizyi począwszy od wspomnionego na wstępie artykułu Ungera aż do czasów najnowszych. O obydwóch projektach subkomitetu izby panów wyraża się autor, że usunęły niektóre niedostatki projektu rządowego i uzupełniły niektóre luki, które tenże pozostawił, lecz wszelkie te chwalebne poprawki i uzupełnienia nie mogły uchylić mnogich niedostatków prawa obowiązującego, a „przeszkodą stanowczego postępu jest chy-

biony plan podstawowy przedłożenia rządowego, którym wiązany był subkomitet izby panów". Autor, stwierdzając słaby rezultat dotychczasowych prac nad reformą, dodaje, że z większości uwag krytycznych przebija życzenie, aby owe projekty nie stały się ustawą. Grunt parlamentarny nie sprzyja wypracowaniu tak wielkiego dzieła kodyfikacyjnego, jakim jest pow. kodeks cyw.

Nie ogranicza się jednak autor do krytyki, lecz ze swej strony wyraża zdanie, w jaki sposób obecnie postąpićby należało. Ustęp ten ze względu na jego ważność podajemy w dosłownym przekładzie.

„Byłoby najlepiej, gdyby utworzono dla rewizyi powsz. ust. c., wedle doświadczonego wzoru komisyi w sprawach prawodawczych z końca 18. i początku 19. wieku, osobną komisyę z 3—5 członków, którąby się wyłącznie zajmować miała rewizyą. Członków wybrać należałoby starannie z młodszych, naukowo wykształconych, lecz z praktyką obeznanych prawników; członkowie ci nie powinni podczas trwania komisyi mieć żadnych innych zajęć, szczególnie urzędowych. Referentów ustanowić należałoby tylko dwóch, a chociażby tylko jednego. Wypracowane projekty powinny być od czasu do czasu przedkładane komisyi do zbadania. Wygotowana całość przedłożona być powinna następnie do zaopiniowania szerszemu komitetowi praktycznych prawników i reprezentantów kół gospodarczych (ziemiańskich, przemysłowych i handlowych). Potem dopiero rozpocząć się winny rozprawy parlamentarne".

Słowa te powagi tak jednomyślnie uznanej, jaką jest Randa na polu prawa cywilnego, zasługują ze wszechmiar na uwzględnienie. Reforma kodeksu cywilnego nie da się traktować jako zajęcie uboczne. Nikt nie może zaprzeczyć referentom ministeryalnym kwalifikacyj potrzebnych do opracowania projektów dzieł kodyfikacyjnych. Aby jednak projekty te były wszechstronnie opracowane, na to czas wolny od innych zajęć urzędowych nie wystarczy. I dlatego bardzo słusznie domaga się Randa, aby ci, którzy zająć się mają tą robotą, pracy tej poświęcić się mogli

swobodnie, bez pośpiechu, i wyłącznie. Głos Randy bardzo na czasie podniesiony został w chwili, gdy wskutek rozwiązania rady państwa, wszystkie przedłożenia urzędowo istnieć przestały. Dziś rząd ma ręce rozwiązane i bez przeszkód na wskazaną przez Randę drogę wkroczyć może i powinien. *E. T.*

Oesterreichische Gesetzkunde. Kommentar zum Gebrauche für Juristen und Nichtjuristen herausg. v. Dr. Max Leopold Ehrenreich kk. Bez. Richter. I. Bd. Das allg. bgl. Gesetzbuch... gemeinverständlich erläutert von Dr. Max L. Ehrenreich, Dr. Oswald Kastner u. Dr. Josef Kraus mit e. Geleitwort vom Hofr. Dr. Leopold Pfaff. Wiedeń 1911, Patriot. Volksbuchh. Duża okt. Str. 14 i 694.

Wydawca spólnie z kilkoma wybitnymi prawnikami zawodów praktycznych podjął się wydawnictwa, którego głównem zadaniem jest podać inteligentnej publiczności niefachowej, możność obznajomienia się z najważniejszemi ustawami. Słusznie śp. Steinbach, mając raz odczyt na temat „o znajomości ustaw między publicznością", rozpoczął odczyt ten uwagą, że właściwie będzie mówił o „nieznajomości ustaw". I dziwna rzecz, znajomość wszelkich innych dyscyplin naukowych, a więc nauk przyrodniczych, ekonomicznych, filozoficznych a nawet medycznych dość jest rozszerzona między ludźmi ogólnie wykształconymi. O prawie najinteligentniejsi, po za gronem fachowców, najczęściej wyobrażenia nie mają. Pozorna oschłość tej nauki, obok tego, że od wieków była ona wyłącznym przywilejem zamkniętego w sobie stanu prawników, główną jest przyczyną tego objawu, który dziś tem dziwniejszym się przedstawia, że przecież każdy może być powołany do udziału w prawodawstwie i ciągle ma styczność z normami prawnemi.

Dążenie do spopularyzowania tej nauki jest naturalnem. Mnożą się głosy, ażeby ją wprowadzić do szkół średnich, kursa uniwersytetu ludowego przyczyniają się

znacznie do jej rozszerzenia; wszystkie te usiłowania osłabia jednak myśl, że gruntowna znajomość prawa między publicznością nie da się nigdy osiągnąć. Pewne minimum tej znajomości jest jednak pożądane. Trzeba przyznać, że popularyzowanie prawa, zachowanie miary w tym kierunku, wybór formy, w jakiej ono nastąpić ma, są to rzeczy bardzo trudne, kto wie, czy nie trudniejsze dla prawnika od napisania rozprawy naukowej. Jak dowodzi książka wydana, autorowie bardzo dobrze wywiązali się z trudnego zadania objaśnienia ustawy cywilnej niefachowym. Treść tych objaśnień jest popularną w dobrem znaczeniu, nigdzie nie staje się płaską lub trywialną — zwraca często uwagę na rozpowszechnione mylne wyobrażenia o niektórych przepisach, (n. p. § 41, 161, 182, 533, 884, 908, 919 etc.), mieści w sobie nieraz krytykę poważną i umiarkowaną, a sposób przedstawienia zastosowany do poziomu inteligencyi. Książka ta może się stać bardzo pożyteczną i zasługuje na uwagę kół interesowanych. *E. T.*

Loi générale autrichienne sur les livres fonciers du 25 juillet 1871, traduite par Victor Renauld, précédée d'une notice par le Dr. Emanuel Tilsch (Extr. de la Revue de l'Inst. de droit comparé). Bruxelles 1910.

Jestto przekład na język francuski powsz. ustawy o księgach gruntowych, dokonany z wielką znajomością rzeczy. Poprzedza go wstęp pióra prof. Tilscha, dodający na kilku stronnicach jasny pogląd na austr. księgi gruntowe i na zasady kierujące tą instytucyą. *E. T.*

Le Code civil général autrichien, son origine et son développement. À l'occasion de son centenaire en 1911 par Emmanuel Tilsch (Extr. de la Revue de Droit international et de Législation comparée. Bruxelles 1911.

Z okazyi setnej rocznicy kod. cyw. austr. zasłużony profesor praskiego uniwersytetu czeskiego podaje publi-

czności zagranicznej w języku francuskim wiadomości o tymże kodeksie w szczególności historyę kodyfikacyi, począwszy od ustanowienia pierwszej komisyi przez cesarzową Maryę Teresę, aż do publikacyi, następnie pogląd na treść i obszar mocy obowiązującej jego, na pierwiastki, jakie się złożyły na treść jego, wkońcu na rozwój jego i zmiany, dokonane w ciągu stulecia. Rozprawa ta, acz krótka, zdolna jest zainteresować w wysokim stopniu grona prawników zagranicznych, którzy dotąd interesowali się kodeksem austr. daleko mniej, aniżeli na to zasługuje. *E. T.*

Oesterreichisches Obligationenrecht von Horaz Krasnopolski — Aus dessen Nachlass herausgegeben u. bearbeitet von Dr. Bruno Kafka. — Mit e. Geleitw. von Ludwig Mitteis (Lehrbuch d. oesterr. Privatrechts. III. Bd.) — Lipsk 1910. Duncker i Humblot, str. XXVIII i 556.

Horacy Krasnopolski, zmarły w r. 1908, profesor niemieckiego uniwersytetu w Pradze, znany był dotąd zaszczytnie jako autor wielu rozpraw monograficznych z zakresu prawa cywilnego austryackiego. Pracując w swoim zawodzie nauczycielskim długie lata, uzbierał materyał do całego systemu i uzupełniał go starannie, lecz za życia swego nie publikował systemu. Dopiero po śmierci jego, z ramienia rodziny uczeń jego Dr. Bruno Kafka podjął się przejrzenia i wydania manuskryptu nagromadzonego. Tom niniejszy, obejmujący prawo obligacyjne, a to tak część ogólną jak i szczegółową nauki o zobowiązaniach, pojawił się jako pierwszy, chociaż z porządku całości jest trzecim.

W przedmowie wydawca obszernie wyłuszcza sposób, w jaki opracowywał skrypta Krasnopolskiego. Wynika stąd, że nie tylko zmienić musiał często formę zewnętrzną przedstawienia, lecz poczynił i zmiany w tekście. Zapewnia, że czynił to tylko tam, gdzie była tego konieczna potrzeba i z należytym pietyzmem. Nie zawsze jednak możemy mieć świadomość, co zawdzięczamy au-

torowi a co wydawcy, a względnie co jednemu czy drugiemu zarzucić byśmy mogli? Ze stanowiska czytelnika jest to niewątpliwie kwestya mniejszej wagi. Dzieło całe przedstawia się bowiem jako praca bardzo poważna i wyczerpująca i stanowi niewątpliwie cenne wzbogacenie literatury prawa cywilnego austr., zwłaszcza, że jest pierwszem zupełnem opracowaniem systematycznem „zobowiązań“ w języku niemieckim. Podnieść należy przedewszystkiem wielką ścisłość i poprawność wykładu i sposobu wyrażania się. Pod tym względem książka ta może uchodzić za wzór, chociaż z drugiej strony ścisłość ta, posunięta niemal do pedantyzmu, nadaje wykładowi pewną oschłość, która często działa nużąco. Pochodzi to zapewne stąd, że podstawą dzieła są notatki do wykładów uniwersyteckich, które prelegent uzupełniał ustnym wykładem, a które w braku tego uzupełnienia pozbawione są tła ożywiającego.

System dzieła niewiele różni się od powszechnie przyjętych. W części ogólnej autor traktuje najpierw o pojęciu, podmiocie i przedmiocie zobowiązań (napis tego rozdziału nie całkiem odpowiada treści, gdyż o „przedmiocie“ nie wspomina), w następnych o powstaniu zobowiązań „z umowy“ i „z doznanego uszkodzenia“, dalej o „utwierdzeniu“ ich, w szczeg. o „poręce“, o „zmianie“ i o „zniesieniu“. Uwagi godnem jest, że autor o nowacyi i ugodzie traktuje w rubryce „zmiany“ zobowiązań, idąc w tej mierze za systematyką kodeksu cywilnego. W rozdziale o zniesieniu zobowiązań szczegółowo traktuje jedynie o zapłacie i kompensacyi, pozostawiając inne przyczyny zgaśnięcia zbyt może sumarycznemu streszczeniu na trzech stronicach. W części szczególnej autor przestrzega ściśle porządku legalnego, opuszczając tu jedynie rozdz. 28. (o umowach małżeńskich), który należy do maj. pr. małż., i rozdz. 30. o wynagrodzeniu szkody, o którym już w części ogólnej traktował. O kontr. wieczystej dzierżawy, wieczysto czynszowym i czynszu ziemnym traktuje w rozdz. dodatkowym. W ostatnim rozdziale zestawione

są roszczenia z tytułu wzbogacenia i z tytułu wzruszenia czynności prawnych.

Jak nas objaśnia wydawca w przedmowie, miał on pod względem metody przedstawienia dwie drogi do wyboru: albo przedstawić i uzasadnić w tekście zdanie autora, a w uwagach przytaczać zdania inne, ewentualnie polemikę, albo też już w tekście przytaczać rozmaite zapatrywania na daną kwestyę, a w dalszym ciągu zdanie autora. Idąc — jak twierdzi — po myśli autora, wydawca obrał tę ostatnią drogę, nad czem zdaniem mojem ubolewać należy. Tym sposobem bowiem wykład, pozbawiony jednolitości, wprowadza w umysł czytającego już z góry wątpliwości i wahania, przerywa się prawidłowy tok myśli i traci się możność konsekwentnego i uporządkowanego opracowania materyału. Każde dzieło naukowe jest wytworem subjektywnym, ma więc i mieć musi w sobie znamię indywidualne swego twórcy, gdyż zapatrywanie jego z natury rzeczy powinno mieć przewagę nad zapatrywaniami innych. Znamienia tego żaden autor zapierać się nie może i nie powinien. Traktując o jakiejś kwestyi naukowej, powinien ją przedstawić tak, jak ona się jemu samemu przedstawia, i przytoczyć wszelkie argumenta, które go do powzięcia tego zdania skłoniły. Z drugiej strony zamilczeć nie może, że inni są odmiennego zdania. Na to zaś w dziełach przeznaczonych do nauki uniwersyteckiej służą ekskursy i uwagi, w których autor, nie przerywając toku swych myśli, może i powinien zwracać uwagę czytelnika na owe inne opinie — a nadto zbijać argumenta przeciwników. Tej metody trzymał się ściśle n. p. Windscheid, jeden z najtęższych pedagogów prawniczych, podobnie Schey w swojem Oblig. Verh. i wielu innych. W dziele tu omówionem autor postępuje przeciwnie. Biorąc się do przedstawienia jakiejś kwestyi, najpierw przytacza zdania rozmaitych innych uczonych, a wkońcu dodaje, jak jemu samemu kwestya ta się przedstawia. Tym sposobem stawia czytelnika odrazu wobec kwestyi spornej w stanie bezradności, osłabia z góry swoje stanowisko nauczycielskie

i żąda od ucznia, z natury rzeczy nienależycie jeszcze przygotowanego, ażeby się decydował, za którem zdaniem iść mu wypadnie. Do tego dodać należy, że autor, stawiając zdanie swe w zbytniej skromności na ostatniem miejscu, rzadko kiedy oświadcza się stanowczo, lecz osłabia swe twierdzenia formą hypotetyczną: „meines Erachtens dürfte, wäre“ i t. p., a często zdania swego wcale nie motywuje.

Tak n. p. jedną z zasadniczych kwestyj, czy wartość majątkowa należy do istoty zobowiązania, czy nie, z góry oznacza jako bardzo sporną kontrowersyę. Formułuje ją trafnie: ob jedes geschäftliche, ernstlich gemeinte, angenommene Versprechen, das nicht rechtswidrig oder unsittlich, und dessen Erfüllung möglich ist, auch rechtlich bindend ist, oder nur dasjenige, dessen Erfüllung für den Gläubiger einen Vermögenswert hat; rozstrzyga ją zaś słowami: Auch für unser Recht darf die Frage im ersten Sinne beantwortet werden, a w uwadze powołuje kilka orzeczeń najw. tryb. — i każe porównać Pfaffa u Grünh., VIII, str. 645 i cyt. tamże autorów. Dlaczego się autor skłonił do tego zapatrywania, czytelnik się nie dowie.

Podobnie kwestya, czy uznanie jest samodzielną, nową przyczyną powstania zobowiązań, autor rozwiązuje (str. 103) przecząco, lecz dodaje, że jest ona dla pr. austr. wątpliwą. „Kodeks nie zawiera o tem żadnego postanowienia, praktyka rozwiązuje kwestyę tę twierdząco“. Kwestyę publicznego ogłoszenia (Auslobung, str. 73) rozwiązuje autor co do treści trafnie, wobec tego jednak, że ustawa nie wspomina o niej, chętnie bylibyśmy się dowiedzieli, na czem autor to swoje twierdzenie opiera, tem bardziej, że autor i tę kwestyę już z góry za sporną przedstawia. Takich przykładów wiele możnaby przytoczyć.

Następstwem tego, że 3. tom wyszedł wcześniej od pierwszego, jest, że niektóre partye przedstawiają się niezupełnemi. I tak n. p. kwestyę odpowiedzialności osób prawniczych za ich organa mamy poszukiwać w T. I.

W § 33, który nosi ten napis, znajdujemy tylko specyalne przepisy o odpowiedzialności gmin, państwa i kolei żelaznych. Co do państwa autor wyklucza odpowiedzialność jego, o ile ona specyalnemi ustawami nie jest uzasadniona, przytaczając, że poza temi specyalnemi ustawami niema żadnej ustawy, któraby postanawiała, że państwo za winę swych urzędników odpowiada. Wobec tego, że niema też żadnej ustawy, któraby państwo od takiej odpowiedzialności uwalniała, nasuwa się pytanie, dlaczego państwo ma być pod tym względem inaczej traktowane, aniżeli inne osoby fizyczne lub prawnicze? Na to już odpowiedzi nie znajdujemy. Nie mamy wątpliwości, że autor w ustnym wykładzie te i tym podobne kwestye załatwiał stanowczo. Jest to jeden dowód więcej, że skrypta profesorskie, bez uzupełnienia ich tem, co profesor ustnie wykłada, nie zawsze kwalifikują się do publikacyi jako książka naukowa.

Mimo to książka ta, zwłaszcza dla dojrzalszych prawników, jest nader pożyteczną nie tylko z powodu swej dokładności pod względem materyału prawodawczego, lecz także z powodu wyczerpujących skazówek literackich (co prawda tylko z niemieckiej literatury) i równie wyczerpującego powoływania orzeczeń najw. trybunału. Najnowsze projekty nie są wciągnięte do wykładu, lecz w stosownych miejscach w uwagach dosłownie przytoczone.

Przy omówieniu systemu, wyczerpującego całe prawo obligacyjne, trudno wdawać się w szczegóły. Ograniczyć się musimy do uwagi, że autor przeważnie idzie zgodnie z zapatrywaniami panującemi. Autor w tej książce jest pozytywistą, który interpretuje ustawę ściśle, nie wdawając się w jej krytykę lub rozważania de lege ferenda. Nie wszystkie zresztą działy są równo opracowane. Do najlepiej opracowanych zaliczyć należy rozdział „o doznanem uszkodzeniu jako przyczynie powstania i modyfikacyi praw osobisto rzeczowych“, w którym nauka o wynagrodzeniu szkody przedstawioną jest jasno i zwięźle. Wzorowo też przedstawione są szczegółowe typy kontraktów, tudzież prawo o wzruszaniu czynności prawnych.

E. T.

Dr. Emil Ott: Die in Oesterreich geplante Beschränkung der Revision mit Rückblicken auf deren Geschicke in Deutschland. — Eine Studie. — Wiedeń i Lipsk 1911. Alfr. Hölder.

Z pośród licznych artykułów, jakie się w ostatnich czasach pojawiły o kwestyi zwolnienia najwyższego trybunału od nadmiaru pracy, wyróżnia się rozprawa znakomitego procesualisty prof. Otta w Pradze przedewszystkiem spokojnym i poważnym tonem traktowania sprawy i historycznym podkładem, który rozprawie tej, obok aktualności tematu, nadaje prawdziwą wartość naukową. Cenny jest przedewszystkiem pogląd historyczny na istotę rewizyi i jej ukształtowanie się w krajach austryackich (str. 11—28). Autor następnie (str. 28—34) ocenia krytycznie proponowane rozmaite środki uchylenia przeciążenia najw. trybunału, jak: złożenie kaucyi, która na przypadek przegrania rewizyi przepada, ograniczenie zastępstwa przez ustanowienie osobnych adwokatów dla 3. instancyi, podwyższenie grzywien za swawolne rewizye, zaprowadzenie przymusu dwóch adwokatów, zaprowadzenie senatów fachowych i pomocniczych, przymus składania zaliczki na koszta przeciwnika pod rygorem, że w razie niezłożenia jej rewizya ma być uważana za cofniętą, zasadnicze wykluczenie rewizyi z możnością dopuszczenia jej w wyjątkowych przypadkach, przedwstępne badanie przez referenta i odrzucanie przez niego rewizyj oczywiście nieuzasadnionych. Wszystkie te środki uznaje autor za niedostateczne, zwalczając je krótko lecz nader trafnymi argumentami. Natomiast obszernie rozprawia się (str. 34—53) z trzema środkami, o których wspomina projekt rządowy. Pierwszego środka, t. j. pomnożenia senatów najw. trybunału, rząd sam chwycić się nie chce, z czem autor się zgadza, podnosząc słusznie, że tym sposobem trybunał ten stałby się fabryką wyroków o wartości tuzinkowej. Innym środkiem, który już rząd projektuje, jest ustanowienie sumy rewizyjnej. Przeciwko temu autor stanowczo się oświadcza, wykazując, że suma rewizyjna jest instytucyą procesowi naszemu obcą, pochodzącą nie z procesu

rzymsko kanonicznego, lecz z dawno zapomnianych, partykularnych ustaw procesowych (dla Hesyi 1500, Moguncyi 1516), która dopiero późno przeszła do procedury Reichskammergerichtu, a następnie do pruskiej procedury z 1793, a, wprowadzona do procedury niemieckiej, okazała się zupełnie bezużyteczną. To też skutkiem referatu, opracowanego przez autora, komisya izby panów odrzuciła (19. kwietnia 1910) zasadę sumy rewizyjnej, a najważniejszym powodem odrzucenia był ten, że zasada ta narusza jednę z podstawowych zasad procesu, t. j. zasadę równości w wysłuchaniu stron. Natomiast gorąco autor przemawia za przekazaniem rewizyi wyroków sądów powiatowych trybunałom apelacyjnym, który to wniosek podniósł był pierwszy prezydent najw. trybunału Ruber w artykule zamieszczonym w „Ger. Z.“ 1909, nr. 1, z którym się jednakże rząd nie zgadza, głównie z obawy, ażeby na tem nie ucierpiała jednolitość judykatury. Autor rozprawy uczynił w komisyi izby panów wniosek pośredniczący tej treści, że rewizyę w sprawach, w których orzeka w 1. instancyi sąd powiatowy, załatwiać ma wprawdzie trybunał apelacyjny, jednakże w przypadkach, w których tenże trybunał chciałby odstąpić od zasad, uświęconych judykatami najw. trybunału, ma przedkładać rewizyę do rozstrzygnięcia najw. trybunałowi i o tem zawiadamiać strony. Wniosek ten jednakże upadł w komisyi, gdy się rząd przeciwko niemu oświadczył, przyjęto zaś kompromisowy wniosek, t. j. wykluczenia rewizyi we wszystkich, sądom powiatowym przekazanych sprawach, w których orzeczenie pierwszego sędziego przez drugą instancyę zostało zatwierdzone. Autor w 3. rozdziale swej rozprawy stara się najpierw uzasadnić bliżej swój wniosek pośredniczący, powyżej przytoczony, w 4. zaś (str. 54 n.), przyznawając, że kompromisowa uchwała komisyi nie jest środkiem, któryby mógł zadowolnić, a tylko wyborem mniejszego zła, usiłuje wykazać, że proponowane ograniczenie rewizyi nie jest tak daleko sięgającem odmówieniem pomocy prawnej, jakiem byłoby wprowadze-

nie zasady sumy rewizyjnej, a zatem jest w każdym razie mniejszem złem, aniżeli byłoby to ostatnie.

Z rozwiązaniem rady państwa wprawdzie cała sprawa tymczasowo wpadła w wodę. Niemniej pewnem jest, że w następnej kadencyi kwestya ta zmartwychwstanie, jeśli — czego obawiać się można — rząd nie uzna jej za pilną i nie skorzysta z przerwy, aby ją na podstawie § 14. załatwić. W każdym razie jedyne, najodpowiedniejsze załatwienie sprawy przez przekazanie rewizyi spraw powiatowych trybunałom apelacyjnym, udaremnione zostaje uporem rządu, uzasadnianym niemal wyłącznie dążeniem do utrzymania jednolitości judykatury. Małą zaś pociechą jest, że obrana droga przedstawia się jako mniejsze zło, skoro mniejsze zło jest zawsze złem.

Pytanie zachodzi, czy, dążąc do jednolitości judykatury, zbyt ciężkich za to ofiar od nas nie żądają — tem bardziej, że zupełnej jednolitości nigdy osiągnąć nie podobna, ani też — zdaniem naszem — nie byłaby nawet pożądaną. Zbiory orzeczeń zbyt jasne dają dowody, że nawet skoncentrowana w najw. trybunale judykatura nie jest jednolitą. Gdy zaś odmienna interpretacya jednej i tej samej ustawy w rozmaitych sądach apelacyjnych miałaby najczęściej przyczynę swą w odmiennych lokalnych stosunkach, rozmaitość judykatury w senatach najw. trybunału najczęściej bywa dziełem czystego przypadku. Dlatego ubolewać należy nad stanowiskiem rządu, który dla jednolitości judykatury nigdy całkowicie osiągnąć się nie dającej, odbiera tysiącom trzecią instancyę, a właściwie uwalnia wielką część judykatury niższych sądów od kontroli najwyższej. *E. T.*

Polemika.

Od p. Dra Rafała Taubenschlaga otrzymaliśmy następujące pismo:

W majowym numerze „Przeglądu prawa i administracyi“ b. r. umieścił p. Dr. Zygmunt Lisowski, recenzyę mej rozprawy p. t. „Historya zadatku w prawie rzymskiem“ (odb. z 54 t. Rozpraw Akad. Um. Wydz. hist. filoz. z r. 1910). Recenzyą tą — nieznanego zresztą zupełnie w nauce autora — nie zajmowałbym się wcale, licząc na to, że każdy czytelnik porówna krytykę z moją rozprawą i sam sobie właściwy sąd wyrobi; do zajęcia się nią skłania mnie okoliczność, iż kilka miesięcy po okazaniu się mej rozprawy, pojawiła się na półkach księgarskich monografia poświęcona temu samemu przedmiotowi, pióra znanego romanisty [1]) prof. Demetriusa Pappuliasa p. t. „*Ἱστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβῶνος ἐν τῷ ἐνοχικῷ δικαίῳ*“ (Historyczny rozwój zadatku w prawie obligatoryjnem) Lipsk 1911. Zestawienie tej rozprawy z moją

[1]) Prof. Pappulias znany jest w romanistyce z całego szeregu rozpraw z dziedziny prawa rzymskiego, drukowanych w „Zeitschrift der Savigny-Stiftung“ (por. n. p. t. 29, str. 370), jakoteż z obszernej monografii p. t. *Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια κατὰ τὸ ἑλληνικὸν καὶ τὸ ῥωμαϊκὸν δίκαιον* (Prawo zastawu w prawie helleńskiem i rzymskiem), o której wyraża się Mitteis: Zeitschrift der Savigny-Stiftung T. 30 str. 451 w sposób następujący:

„Das Buch gehört zu denen, die man bei längerem Studium immer lieber gewinnt, und das wegen seiner schlichten Ehrlichkeit, die *mit der exaktesten Forschung* zusammenhängt. Anfangs berührt es fast nüchtern und schematisch; aber je weiter man liest, desto mehr sieht man, dass der Verf. viel zu sagen ha und dass hier wirklich Bedeutendes geleistet ist; darum verdient das Werk aufmerksamste Beachtung und niemand wird fortan über diese Materie schreiben dürfen, ohne es gründlich studiert zu haben. *Die griechische Rechtswissenschaft darf stolz sein auf ein Buch, das sich zweifellos bald überall das Bürgerrecht errungen haben wird*“.

monografią, daje tak ciekawe wyniki, że uważam za rzecz właściwą zapoznać z niemi Czytelników Przeglądu.

Rozdział I. pracy prof. Pappuliasa (str. 1—18) nosi tytuł „Stare prawo greckie“ i rozpada się na trzy paragrafy: § 1 p. t. „Historyczne pojawienie się zadatku i wypadki jego zastosowania“ (str. 1—6), § 2 p. t. „Charakter ubezpieczający zadatku“ (str. 6—14), § 3 p. t. „Zadatek jako poena poenitentiae“ (str. 14—18). Rozdział ten odpowiada rozdziałowi II. mej pracy, poświęconemu również prawu starogreckiemu. Zauważyć przytem muszę, iż Pappulias ustęp Harpocrationa tłómaczy w sposób następujący (str. 11): „Treść ustępu jest zupełnie jasna. Chodzi o kupno za zadatkiem, sprzedawca zaprzecza je *(ἀμφισβητεῖ περὶ ταύτης* sc. *ἀγοραπωλησίας)*, kupujący zmusza go wówczas do wypełnienia *(πρὸς πλήρωσιν)* zapomocą *δίκη βεβαιώσεως*“. Intertretacya ta zgadza się przeto zupełnie z moją interpretacyą tego ustępu podaną na str. 16. (Ob. wobec tego Prz. pr., str. 396).

Rozdział II. nosi tytuł: „Pojawienie się zadatku w prawie rzymskiem“ (str. 19—32) i rozpada się znów na następujące paragrafy: § 4 „Arrabo u Plauta i jego stosunek do pignus“ (str. 19—25). Paragraf ten odpowiada rozdz. I. mej pracy omawiającemu te same kwestye. Podnieść przytem muszę, iż Pappulias uważa prawo plautyńskie, jak już sam nagłówek tego rozdziału wskazuje, podobnie jak ja, za prawo rzymskie i to bez żadnych zastrzeżeń (ob. wobec tego Przegląd pr., str. 394.). § 5 zaś tego rozdziału ma za przedmiot „Charakter zadatku w epoce republikańskiej“ (str. 25—32). Paragraf ten odpowiada znów rozdz. III. i pewnej części (str. 9—10), rozdziału I. mej pracy. Zauważam przytem, iż Pappulias interpretując ustęp Warrona wyraża na str. 27 zdanie, „iż w słowach Warrona: ut reliquum reddatur, występuje równocześnie prócz pojęcia przedpłaty, (o której już mówiliśmy) i myśl o zabezpieczeniu“. Zdanie to pokrywa się zupełnie ze zdaniem przezemnie wyrażonem (str. 20), iż „zadatek jest u Warrona częścią długu pieniężnego, płaconą przez dłużnika wierzycielowi, celem zabezpiecze-

nia zapłaty reszty“ (ob. wobec tego Prz. pr. str 397—8). Wreszcie wypada mi zaznaczyć, iż Pappulias omawiając w tym paragrafie ustęp z komedyi Pseudolus (u mnie str. 9—10) podnosi na str. 30, iż „zadziwiającem jest rzeczywiście podobieństwo, jakie wypadek powyższy zdradza z urządzeniami starogreckiemi“ (por. też str. 31, w. 16—18 od góry). Podobne zdanie co do komedyi Plautyńskich wogóle, wyraziłem i ja w słowach str. 17, iż „zestawiając prawo komedyi Plautyńskich z normami prawa hellenistycznego widzimy, iż przypomina ono pod wielu względami prawo attyckie i pokrewne mu prawa partykularne greckie“, objaśniając w następnych wierszach, na czem się to podobieństwo zasadza (ob. wobec tego Prz. pr., str. 395 od słów „To przypomnienie...).

Rozdział III. pracy Pappuliasa nosi tytuł „Prawo rzymskie w epoce klasycznej i prawo hellenizmu“ (str. 33—89), i rozpada się znów na następujące 2 rozdziały: Rozdział I. „Prawo rzymskie“ (str. 33—44), Rozdział II. „Prawo hellenizmu“ (str. 44—89). Z tych Rozdział I. traktujący o prawie rzymskiem, obejmuje dwa paragrafy, § 6 p. t. „arra confirmatoria“ (str. 33—40) i § 7 „arra i lex commissoria“ (str. 40—44). Rozdział ten odpowiada znów, miejscami prawie że dosłownie, drugiej części rozdziału IV. mej pracy (str. 24—29). Zaznaczam, iż Pappulias o kwestyi, czy zadatek niezamienny przechodzi na własność sprzedawcy wyraża się dosłownie (str. 39): „To jest sporne (sc. kwestya własności) przy pierścieniu, ponieważ fakt, że można domagać się zwrotu zadatku przy pomocy condictio . . . nie jest dostatecznym dowodem nabycia własności . . . dlatego nie, że przedmiotem condictio może być posiadanie“. Zdanie to zgadza się ze zdaniem wyrażonem przezemnie na str. 29 „dopuszczenie tej condictio z innego względu jeszcze zasługuje na uwagę: dowodzi ono bowiem, że jeśli nie własność, to przynajmniej posiadanie przeszło na biorącego zadatek“. (Ob. wobec tego Prz. pr., str. 399). W rozdziale II. a mianowicie w § 8—12 (str. 44—75) omawia Pappulias prawo papirusów. Paragrafy te odpowiadają rozdz. VI. mej pracy poświę-

conemu temu samemu przedmiotowi. Interpretując w § 9 (str. 52) Oxy I. 140 zauważa Pappulias, podobnie jak i ja (str. 45, uw. 2), iż przy najmie usług o którym jest mowa w tym papyrusie „może każdy z kontrahentów przez cały czas najmu odstąpić“, co oczywiście nie wpływa na charakter prawny zadatku (tak: Pappulias str. 52 w. 5 od dołu. Ob. wobec tego Przegl. str. 403) — § 13. zaś tego rozdziału poświęca Pappulias prawu księgi syryjsko-rzymskiej (str. 75—89). Paragraf ten odpowiada rozdz. VII. mej pracy.

Rozdział IV. pracy Pappuliasa (str. 90—102) nosi tytuł „Prawo cesarstwa“ i obejmuje dwa paragrafy: § 14 p. t.: „Postanowienia Justyniańskie i ich opracowania naukowe“ (str. 90—95), § 15 p. t.: „Przypuszczalny charakter zadatku w epoce cesarstwa“ (str. 95—102). Rozdział ten odpowiada znów rozdz. V. mej rozprawy, poświęconemu również kwestyi zadatku w epoce cesarstwa.

Rozdział V. pracy Pappuliasa zajmuje się prawem bizantyńskiem (str. 103—109), które ja po części zużytkowałem w rozdz. V. mej pracy. Kwestyi arrae sponsaliciae (u mnie rozdz. IX). Pappulias nie dotyka.

Jak z tego zestawienia wynika, praca prof. Pappuliasa porusza mniej więcej te same co i moja zagadnienia[1]), dając na nie przeważnie tesame co i moja odpowiedzi. Nie chcę tego bynajmniej uważać za dowód słuszności mych poglądów; uważam jednak za swój obowiązek zwrócić uwagę Czytelników na sprawę owej „metody“ historycznej (Prz. str. 407). Prof. Pappulias dzieli historyę zadatku podobnie jak i ja na epoki; przy każdej epoce omawia źródła, wyciągając z nich te konkluzye, na które one pozwalają; oczywiście byłoby wielką korzyścią dla nauki otrzymać odpowiedź na wszystkie pytania, które tak pięknie, z tak

[1]) Zaznaczam, iż część rzymską traktuję w swej pracy obszerniej niż Pappulias i że poruszam w niej kilka kwestyj, które Pappulias pominął milczeniem (jak n. p. pytanie, czy powstanie ważnej umowy o kupno i sprzedaż u Plauta zależy od wręczenia zadatku (u mnie str. 4/5) lub też, jakie znaczenie posiada zadatek przy grach i zakładach (u mnie str. 22/3, 31/2).

prawdziwie młodzieńczym dyletantyzmem [1]) zestawił p. Dr. L. na str. 406; niestety jednak materyał źródłowy na danie pełnego obrazu rozwoju zadatku nie pozwala; a jeżeli kiedyś p. Dr. Lisowski obdarzy naukę pracą, spełniającą te postulaty, to mogę go zapewnić, że będę pierwszy, który tego rodzaju pracę powita z prawdziwą radością i całem uznaniem.

Rafał Taubenschlag.

Kronika.

Czeskiemu „Pravnikowi“ w półwiekową rocznicę założenia jego, szlemy z całego serca bratnią i koleżańską gratulacyę.

Dnia 8. kwietnia b. r. minęło lat pięćdziesiąt od chwili, gdy wśród okoliczności dość niesprzyjających pojawił się w Pradze pierwszy zeszyt „Pravnika“. Znamy i my trudności, jakie się nastręczały wydawaniu pisma fachowego w języku ojczystym wówczas, gdy germanizacya wszystkich narodów monarchii była

[1]) Dyletantyzm autora objawia się ponadto w nieznajomości kardynalnych zasad prawa rzymskiego. I tak twierdzi autor (Prz. str. 399), iż Ulpian nie czyni w 14. 3. 5 § 16 żadnej różnicy między dwoma wypadkami wchodzącej tam w grę a. institoriae, czem autor złożył najlepszy dowód, iż nie zdaje sobie wogóle sprawy z tego, jak ta skarga wyglądała. Zadatek zaś wręczony przy ustnej umowie, której skuteczność uczyniły strony zależną od sporządzenia pisemnego dokumentu (venditio cum scriptura) nie jest u autora (str. 401) arra p. imp. data. Również w zakresie greckiej gramatyki wykazuje autor poważne braki, skoro u niego acc. plur. od *ὁμολογοῦσα* brzmi *ὁμολογοῦσας* (z circumflexem), gen. sing. również *ὁμολογοῦσας* i to również z circumflexem (str. 396). Dyletantyzmem autora należy wkońcu tłómaczyć kwestyonowanie takich skróceń jak n. p, De Cir. her. § 23. (Prz. str. 390) przyjętych powszechnie w nauce (ob. Beauchet. IV. str. 426 uw. 1).

jeszcze w pełnym toku. Założyciele „Pravnika“ skorzystali z pierwszej zapowiedzi równouprawnienia narodowości, jaka się pojawiła w dyplomie z 20. października 1860, tworząc organ dla pielęgnowania wiedzy prawniczej w języku czeskim. Wytrwałości i ofiarności założycieli i redaktorów zawdzięcza społeczeństwo czeskie, że z dumą spoglądać może na owych 50 roczników pisma, w około którego skupiło liczne grono wybitnych sił autorskich na polu prawniczem. Życzymy starszemu koledze „Pravnikowi“, aby jeszcze długie lata spełniał swą zaszczytną misyę równie świetnie i pożytecznie, jak dotąd!

Redakcya Przegl. pr. i adm.

Walne zgromadzenie Towarzystwa prawniczego lwowskiego odbyło się dnia 31. marca b. r. pod przewodnictwem JE. Dr. Tchorznickiego, który w zagajeniu między innemi wyraził żal z powodu śmierci długoletnich członków towarzystwa ś. p. Władysława Goreckiego i Teofila Witosławskiego.

Ze sprawozdania wydziału wyjmujemy co następuje:

W roku zeszłym zwrócił się do wydziału towarzystwa komitet wykonawczy IV. zjazdu prawników i ekonomistów polskich, odbytego w październiku 1906 r. w Krakowie, z prośbą o wdrożenie przygotowań do urządzenia w roku 1911 piątego zjazdu we Lwowie. Wprawdzie według uchwały ostatniego zjazdu następny miał się odbyć w Warszawie, lecz podjęte starania nie powiodły się z przyczyn, których podłożem były stosunki polityczne tamtej części ziem polskich. Czwarty zjazd przewidział tę ewentualność i na wypadek niemożliwości odbycia następnego zjazdu w Warszawie wyznaczył Lwów jako miejsce zboru.

Wydział Towarzystwa prawniczego lwowskiego oświadczył się zasadniczo za urządzeniem zjazdu we Lwowie. Postanowienie to poprzedziła wszechstronna dyskusya nad sprawą, przedewszystkiem co do widoków po-

wodzenia zjazdu i sposobu usunięcia trudności, które przeciwstawiają się niełatwemu przedsięwzięciu. Uprosił na prezesa komitetu organizacyjnego profesora Dra Józefa Milewskiego i zaprosił na zastępców prezesa profesora Dra Władysława Abrahama, adwokata krajowego Dra Antoniego Dzięddzielewicza i wiceprezydenta wyższego sądu krajowego Stanisława Przyłuskiego a na generalnego sekretarza profesora Dra Juliusza Makarewicza, wreszcie stworzył zawiązek komitetu zapraszając w jego skład przedstawicieli zawodów prawniczych oraz prasy. Na pierwsze wydatki otworzył Wydział komitetowi kredyt ze swoich funduszów bieżących względnie z funduszu rezerwowego do wysokości 1.200 koron.

Dnia 19. kwietnia 1910 r. odbyło się zebranie członków Towarzystwa, zaproszone w celu omówienia programu projektowanego zjazdu. Wydział chciał w ten sposób poddać sprawę pod obrady w szerszem gronie prawników, uzyskać ich opinię w kwestyi programu i dowiedzieć się o postulatach natury prawnej i ekonomicznej, które mogłyby posłużyć komitetowi za wskazówkę przy ostatecznem ustaleniu programu. Główną wagę kładł Wydział na to, ażeby nie cechowały tematów, poddanych pod obrady prawników i ekonomistów z wszystkich trzech zaborów, znamiona tylko miejscowej aktualności i znaczenia, chociaż zdawał sobie sprawę, że rozbieżność prawnego i ekonomicznego rozwoju trzech części dawnej Polski jest w tym względzie poważną trudnością.

Na tem skończył się udział Towarzystwa prawniczego. Dalszą akcyę objął „Komitet V. zjazdu prawników i ekonomistów polskich“, którego zadaniem jest poprowadzić sprawę do urzeczywistnienie.

Staraniem komisyi odczytowej, w skład której wchodzili pp.: Dr. Ernest Till jako przewodniczący i Dr. Karol Engel, Dr. Aleksander Małaczyński, Dr. Józef Milewski i Dr. Piotr Stebelski jako członkowie, odbyło się w roku 1910 dziesięć odczytów względnie wykładów (w roku 1909 siedem) a to:

Dnia 13. stycznia: dalszy ciąg pogadanki „O projekcie noweli do procedury cywilnej“ — referent adwokat Dr. M. Allerhand. — Dnia 28. stycznia: wykład profesora Dra Stanisława Starzyńskiego „O obecnem stanowisku prawno-państwowem Bośnii i Hercogowiny“. — Dnia 11. lutego: wykład profesora Dra Władysława Leopolda Jaworskiego „O podstawach naukowej pracy nad reformą gminną“. — Dnia 18. i 25. lutego: pogadanka „O projekcie uproszczenia czynności procesu cywilnego i ordynacyi egzekucyjnej“ — referent radca sądu kraj. Dr. Józef Piątkowski. — Dnia 8. kwietnia: pogadanka: „O potrzebie ochrony prawnej jako wymogu skutecznego wyroku“ — referent adwokat Dr. M. Allerhand. — Dnia 15. kwietnia: wykład Dra Artura Benisa „O przemyśle w Galicyi“. — Dnia 22. kwietnia: wykład profesora Dra Piotra Stebelskiego „O projekcie nowej ustawy karnej“. — Dnia 9. grudnia: pogadanka „O spornych kwestyach z zakresu egzekucyjnej przysięgi wyjawienia“ — referent profesor Dr. Kamil Stefko. — Dnia 16. grudnia: wykład profesora Dra Zbigniewa Pazdry „O spisie ludności“.

Wydział zaznacza, że obrót finansowy roku 1910 przedstawia się znacznie niekorzystniej, aniżeli w latach dawniejszych. Do niedoboru przyczyniło się wyrównanie w r. 1910 poprzednich rachunków księgarni, dostarczającej towarzystwu dzieł naukowych i nieregularny wpływ wkładek miesięcznych. Zaległe wkładki wynosiły z końcem roku kwotę przeszło 400 koron, zatem sumę, która w stosunku do niewielkiego rocznego obrotu stanowi w towarzystwie naszem poważną już rubrykę.

Ubyło członków 12 — przeważnie wskutek przesiedlenia się ze Lwowa — a wstąpiło 18, tak że z końcem roku miało towarzystwo 187 członków czynnych. Pomimo to towarzystwo nie ma w swoich szeregach takiej ilości członków, na jaką mogłoby liczyć w stosunku do znacznego zastępu reprezentantów zawodów prawniczych w stolicy kraju.

Wydział przedstawia walnemu zgromadzeniu następujące wnioski:

a) Zatrzymania w roku 1911 wkładek członków czynnych w dotychczasowej wysokości 1 kor. 50 hal. miesięcznie.

b) Odnowienia układu z redakcyą „Przeglądu prawa i administracyi“ o dostarczanie członkom towarzystwa prawniczego w roku 1911 tego miesięcznika jako organu towarzystwa.

Wydział, wybrany przez ostatnie walne zgromadzenie, ukonstytuował się na posiedzeniu dnia 1. kwietnia 1910, wybierając zastępcą przewodniczącego Dra Ernesta Tilla, skarbnikiem Dra Włodzimierza Godlewskiego, zastępcą skarbnika Dra Edmunda Kamieńskiego, bibliotekarzem Włodzimierza Zygadłowicza, zastępcą bibliotekarza Dra Tadeusza Sobolewskiego, sekretarzem Dra Jana Morawskiego i zastępcą sakretarza Mieczysława Stefkę.

W myśl § 29 statutu towarzystwa występują z wydziału panowie: Dr. Karol Engel, Dr. Aleksander Małaczyński, Dr. Jan Morawski (który z powodu przesiedlenia się ze Lwowa wystąpił zresztą z towarzystwa), Dr. Piotr Stebelski, Mieczysław Stefko, Dr. Ernest Till i Stanisław Zimny.

Zgromadzenie przyjęło bez dyskusyi wnioski wydziału powyżej pod a) i b) wymienione, następnie przyjęło do wiadomości sprawozdanie biblioteczne, dalej sprawozdanie z obrotu kasowego, wedle którego

d o c h o d y towarzystwa wynosiły 1910 r. 3.265 K 50 h.
r o z c h o d y . . . . . 3.585 „ 41 „

Deficyt w kwocie 219 K 91 h pokryto z książeczki kasy oszczędności Nr. 1.319.

Również bez dyskusyi przyjęto następnie budżet na rok 1911, mianowicie w rubryce „dochody“ 3.200 K
w rubryce „rozchody“ 2.922 „

poczem wybrano do wydziału na powrót ustępujących członków, z wyjątkiem p. Dra K. Morawskiego, w którego miejsce wybrano p. Dra Moncielińskiego.

Na zakończenie miał p. Dr. Józef Serbowski odczyt p. t.: „Organizacya publicznych instytucyj przymusowego wychowania zaniedbanej młodzieży“, który nagrodzono rzęsistymi oklaskami.

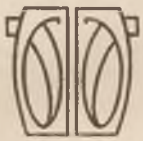
KSIĘGA PAMIĄTKOWA

WYDANA

W SETNĄ ROCZNICĘ OGŁOSZENIA KODEKSU CYWILNEGO Z DNIA 1. CZERWCA 1811 ROKU

STARANIEM

WYDZIAŁU PRAWA I NAUK POLITYCZNYCH UNIWERSYTETU LWOWSKIEGO



LWÓW
ZCIONKAMI DRUKARNI JAKUBOWSKIEGO I SP.
1911

БЛН

Dnia 1. czerwca b. r. upływa sto lat od daty patentu cesarza austryackiego Franciszka I., którym wprowadzony został w krajach podówczas do Austryi należących, a więc także i w znacznym obszarze naszej Ojczyzny, nowy kodeks cywilny.

Dzieje epoki, wśród której to nastąpiło, dzieje śmiertelnego pasowania się naszej Ojczyzny, rozpaczliwych walk, świetnych nadziei i gorżkich zawodów, smutno zapisały się w naszej pamięci.

Jeśli mimo to postanowiliśmy przypomnieć sobie rocznicę wprowadzenia kodeksu cywilnego z r. 1811 w dzielnicy Ojczyzny naszej, przyłączonej do krajów austryackich, to stało się to w poczuciu, że zdarzenie to było jednem z niewielu dodatnich i korzystnie odbija od ówczesnego tła historycznego.

Przygotowana od dawna dla krajów austryackich kodyfikacya doprowadzona została do końca w czasie, który bynajmniej nie sprzyjał spokojnej pracy prawodawczej. Ażeby jej dokonać, autorowie usunąć się musieli od gwaru wypadków, które do głębi wstrząsały Europą

w pierwszym dziesiątku ubiegłego stulecia. Uczynili to w szczerym zamiarze podania skołatanej walkami ludności norm prawnych, któreby jej umożliwiły spokojny rozwój stosunków prywatno-prawnych, a mając na oku jedynie i wyłącznie ten cel, zapomnieli o namiętnościach i nienawiściach narodowych i politycznych, o walkach o władzę i panowanie, i dokonali dzieła, które słusznie zaliczają jeszcze i dziś do najlepszych dzieł kodyfikacyjnych.

Już tedy ze stanowiska ogólno ludzkiego zarówno jak i prawniczego nie godzi nam się zapominać o chwili powstania ustawy, którą ludność tej dzielnicy rządziła się lat sto i dotąd jeszcze rządzi, a która zapewniła jej prawidłowy rozwój stosunków prywatnoprawnych, a nie narażała jej na wyjątkowe na tem polu upośledzenia, jakich niestety jeszcze dziś doznawają nasi rodacy w innych dzielnicach Ojczyzny.

Gdy nadto obecnie przez naszą reprezentacyę parlamentarną mamy udział zapewniony w tworzeniu norm prawnych, pogląd retrospektywny na stuletnie działanie ustawy cywilnej tem bardziej jest pożądany, że, niemal równocześnie z nadejściem jej rocznicy, dążenia do zmiany jej w wielu kierunkach przybierają coraz to wyraźniejsze kształty. Zmiany mogą być pożądane i pożyteczne, ale często są niebezpieczne. Największe niebezpieczeństwo grozi stąd, że

przy takiej sposobności podnoszą głos doktrynerzy, którzy, nie licząc się ze stosunkami życiowymi, tak różnorodnymi w rozmaitych krajach, pragnęliby wszystko unormować na jednę modłę, bez względu na to, czy modła ta do potrzeb ludności z pożytkiem da się zastosować.

Niema w tej chwili u nas, jak przed laty stu, wojen morderczych, lecz ruchliwe życie parlamentarne, absorbowane sprawami polityki codziennej, usuwa u nas, jak to niejednokrotnie spostrzegać możemy, na plan ostatni wszelkie sprawy, które z tym ruchem bezpośredniej nie mają styczności.

Niechajże rocznica dzisiejsza przypomni naszym prawodawcom, że jednym z najgłówniejszych warunków dobrobytu ludności jest odpowiednie jej potrzebom unormowanie stosunków prywatnoprawnych i niechaj skłoni ich do tego, ażeby, idąc za wzorem autorów kodeksu z r. 1811, chociażby wśród najgorętszych walk parlamentarnych, sprawy tej z oka nie spuszczali.

KOMITET REDAKCYJNY

Ernest Till, przewodniczący,
Władysław Abraham, August Bálasits, Oswald Balzer, Marceli Chlamtacz, Przemysław Dąbkowski, Aleksander Doliński, Alfred Halban, Ignacy Koschembahr-Łyskowski, Juliusz Makarewicz.

O ROZWODZIE MAŁŻEŃSTWA ŻYDOWSKIEGO

PRZEZ

Dra M. ALLERHANDA

DOCENTA UNIWERSYTETU LWOWSKIEGO

A) Rozwód małżeństwa czysto żydowskiego.

I.

Aż do końca ośmnastego stulecia nie dbało państwo o to, pod jakimi warunkami i w jakiej formie zawierają żydzi małżeństwo i pod jakimi je rozwiązują, pozostawiło im bowiem zupełną pod tym względem swobodę, zezwalając na stosowanie przepisów biblijno-talmudycznych [1]). Dopiero z końcem ośmnastego stulecia, kiedy żydów poddano przepisom obowiązującym innych mieszkańców i kiedy zniesiono sądy rabinackie, które po owe czasy rozstrzygały wszelkie sprawy sporne między żydami, wyłoniła się kwestya, czy i prawo małżeńskie żydów obowiązujące ma być zreformowane. Kwestya ta była tem aktualniejszą, że prawo żydowskie nie odpowiadało zapatrywaniom okresu józefińskiego na instytucyę małżeństwa i stanowisko kobiety, lecz tym poglądom, jakie panowały na wschodzie.

U dawnych żydów nabywał mąż kobietę w drodze kupna [2]), na co wskazuje jeszcze obecnie rytuał wrę-

[1]) Państwu szło tylko o to, aby ludność żydowska się nie rozmnażała, to też od początku 18. wieku wydawano zakazy zawierania małżeństw bez zezwolenia władzy politycznej. (Por. Grassl, Das besondere Eherecht der Juden in Oesterreich 1838. str. 17. i nast.; Michel, Beiträge zur Geschichte des oest. Eherechtes I. 1870. str. 9.)

[2]) Kupno żony było dawniej instytucyą powszechną, obecnie można je jeszcze spotkać u wielu ludów. (Por. Westermark, Geschichte der menschlichen Ehe, 2. wyd. 1902. str. 391. i nast., w szczególności o semitach str. 396. i nast., Unger, Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung 1850. str. 46. i nast., Witort

czenia jej przez męża pierścionka, zastępującego cenę kupna (wymiany pierścionków nie znają żydzi i prawowierni nie trzymają się tej ceremonii, zapożyczonej od chrześcijan). Jako przedmiot kupna nie posiadała kobieta wielkiego znaczenia, mąż mógł ją więc dowolnie oddalić [1]), co wynika z piątej księgi Mojżeszowej, rozd. 24. wiersza 1 do 4 [2]); jedynem, do czego mąż był zobowiązany, było wystawienie i wręczenie żonie listu rozwodowego, który miał stwierdzić zwolnienie jej z pod władzy mężowskiej. O tem, by żona miała prawo opuścić męża z ważnych nawet powodów, mowy nie było, co więcej cudzołostwo przez żonę popełnione, pociągało za sobą dla niej karę ukamionowania.

Z biegiem czasu zmieniło się stanowisko kobiety, a tem samem zostało ograniczone prawo męża do oddalenia żony, do tego jednak doszło tylko powoli. W pierwszych czasach chrześcijańskich toczył się jeszcze spór o to, czy mąż może dowolnie żonę wydalić,

---

Zarysy prawa pierwotnego 1899. str. 30. i nast., Schreiber, Małżeństwo i jego dzieje 1903. str. 156. i nast.). Wywody Saalschütza, Das mosaische Recht, 2. wyd. 1853. t. II. str. 731. i nast., zmierzające do wykazania, że u żydów nie było znane kupno żony, są mylne. Także talmud i późniejsi uczeni żydowscy uważali małżeństwo za kupno żony. Billauer, Grundzüge des babylonisch-talmudischen Eherechts 1910. str. 9—23.

[1]) Jak u wielu innych ludów. (Por. Post, Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechtes 1889. str. 253. i nast.)

[2]) Por. Michaelis, Mosaisches Recht, 2. wyd. t. II. 1875. str. 245. i nast., Duschak, Das mosaisch-talmudische Eherecht mit besonderer Rücksicht auf die bürgerlichen Gesetze 1864. str. 83. i nast., Goldszmit, Wykład prawa rozwodowego podług ustaw mojżeszowo-talmudycznych 1871. str. 62 i nast. Por. także Pratobevera, Ueber Ehescheidungen zwischen jüdischen Ehegatten, als Beitrag zum oesterreichischen Eherechte der Juden w Materialien für Gesetzeskunde und Rechtspflege, t. III. 1817. str. 232. i nast. i Wessely, Scheidung und Trennung jüdischer Ehen nach österr. Rechte. Ein Wort zur Reform des in Oesterreich geltenten jüdischen Eherechtes w Allg. oest. Gerichts-Zeitung 1853. (4. rocznik) Nr. 55—58 i 71—73. (str. 233. i nast.).

a ewangelia Mateusza, Rozd. V. w. 31—32 i Marka, Rozd. 10 w. 2—9 wskazują na to, że kwestya była wątpliwą. W końcu przeważyło zdanie, że mąż nie może żony dowolnie wydalić.

Mimo zmiany w poglądach prawnych nie odważono się na uchylenie przepisów biblijnych, prawo mojżeszowe bowiem uważano za święte i nie podlegające zmianie. To też starano się pogodzić prawo zwyczajowe, odpowiadające wymogom czasu z prawem biblijnem, przyjmowano więc, że mąż może trzymać się postanowień biblijnych i żonę dowolnie wydalić, a tem samem doprowadzić do rozwodu, przez czyn swój jednak zresztą prawnie skuteczny narusza nowo powstałe prawo, które nie mogło uchylić prawa świętego. Mąż, który żonę wbrew jej woli oddalił, podlegał tylko karom religijnym, sankcya prawa nowego była słabszą od sankcyi prawa biblijnego.

Wydalenie żony przez męża wbrew jej woli nie zawsze było jednak wykluczone; jeżeli żona dała powód do tego, a więc naruszyła obowiązki małżeńskie, zaniedbywała gospodarstwo domowe i t. p., mógł jej mąż wręczyć list rozwodowy, nie narażając się wcale na kary religijne.

Prawo nowsze przyjęte zostało jako powszechnie obowiązujące dopiero w wieku jedenastym po Chrystusie i od tego czasu obowiązuje żydów. Jakkolwiek wedle powszechnych poglądów narzucenie żonie listu rozwodowego jest skuteczne i powoduje rozwiązanie małżeństwa, mąż, któryby dopuścił się tego czynu, podlega jedynie karom religijnym.

Z nadaniem żonie wyższego stanowiska społecznego przyznano jej także prawo domagania się rozwodu z pewnych ważnych przyczyn. I tu jednak prawa mojżeszowego nie można było uchylić i uważano je za dalej wiążące. To też nawet wtedy, gdy mąż zawinił, nie mogła żona wbrew jego woli uzyskać rozwiązania małżeństwa. Wedle prawa biblijnego wymogiem rozwodu było wygotowanie i wręczenie listu roz-

wodowego, a to nie mogło nastąpić bez współudziału męża. Jeżeli więc mąż wzbraniał się przystąpić do aktu wręczenia listu rozwodowego, musiało małżeństwo pozostać nierozerwalnem. Prawo nowe, które żonie nadało pewne uprawnienia wobec męża, nakładało na męża tylko obowiązek wręczenia żonie listu rozwodowego, ale tego obowiązku nie można było na nim wymusić inaczej, jak tylko karami religijnemi; jeżeli mąż mimo tego, że go trafiała taka kara, listu rozwodowego wręczyć nie chciał, nie mogła żona uzyskać rozwiązania małżeństwa i nie mogła wyjść ponownie za mąż [1]).

Ten stan prawny utrzymał się u żydów po dziś dzień i odpowiada ich poglądom religijnym, jeszcze obecnie żydzi trzymają się prawa mojżeszowego i talmudycznego i wbrew woli męża nie może żona uzyskać rozwodu, chociaż mąż jest wedle prawa zwyczajowego, skodyfikowanego następnie przez rabinów, zobowiązany do wręczenia listu rozwodowego [2]).

[1]) Że prawo biblijne jeszcze obecnie posiada wielkie znaczenie, to wynika z formułki rozwodowej. Mąż musi przed wręczeniem listu rozwodowego złożyć oświadczenie, że go wręcza dobrowolnie i bez przymusu, takie oświadczenie musi nawet złożyć w przypadkach, w których wedle prawa zwyczajowego jest zobowiązany do dokonania rozwodu. Mimo przymusu przyjmuje się fikcyę, że rozwód następuje dobrowolnie i dlatego żąda się od męża oświadczenia, że nikt na niego nie wpłynął.

[2]) Jako powody oddalenia żony wbrew jej woli przyjąć należy wedle prawa mojżeszowo-talmudycznego (Duschak, str. 87. i nast.) naruszenie przepisów rytualnych przy prowadzeniu gospodarstwa, naruszenie obyczajności, podejrzenie o cudzołostwo, przeklinanie teścia w obecności męża, uchylenie się od spełnienia powinności małżeńskich (Goldszmit, str. 176. i nast.), wzbranianie się towarzyszenia mężowi do nowego miejsca zamieszkania. Żona może żądać od męża rozwodu (Duschak, str. 89. i nast.), jeżeli uległ chorobie wstręt wzbudzającej (Goldszmit, str. 182. i nast.), jeżeli po ślubie prowadzić począł hańbiące rzemiosło, jeżeli żonę znieważa czynnie, jeżeli popełnił zbrodnię, z powodu której musiał kraj opuścić (Goldszmit, str. 180. i nast.), jeżeli prowadzi rozwiązłe życie, jeżeli niszczy majątek i nie może żony utrzymać, jeżeli jest niezdolnym do spółkowania lub

II.

Patent małżeński z dnia 16. stycznia 1783 zb. u. s. Nr. 117, wydany dla wszystkich poddanych bez różnicy (§ 49), nie zawierał wzmianki o żydach, wskutek czego bezzwłocznie po jego ogłoszeniu powstały wątpliwości, czy ma być stosowany i do małżeństw żydowskich. Jedni przyjmowali, że patent małżeński obowiązuje także żydów i że do nich odnoszą się postanowienia wyjątkowe, wydane dla tych osób, które „nie są przywiązane do religii katolickiej“ (§§ 50 i nast.). Obok tego zdania wyrażono i inne, a mianowicie, że patent wiąże tylko chrześcijan, że więc żydzi mogą się stosować do prawa biblijno-talmudycznego. To ostatnie zdanie było tak bardzo rozpowszechnione, że zjednoczona kancelarya nadworna wystosowała w marcu 1785 do komisyi kompilacyjnej zapytanie, czy sądy przy załatwianiu żydowskich spraw małżeńskich mogą się posługiwać zbiorem żydowskich ustaw rytualnych, ogłoszonym w owym czasie przez Mojżesza Mendelsohna [1]). Na to pytanie odpowiedziała komisya kompilacyjna po odbytej dnia 6. kwietnia 1785 naradzie, że patent małżeński odnosi się także do żydów, że zatem ich ustaw religijnych nie można uwzględnić w sprawach małżeńskich [2]).

płodzenia (Goldszmit, str. 172. i nast.), jeżeli mimo dziesięcioletniego pożycia nie ma potomstwa (Saalschütz, t. II. str. 806—807, uw. 1040; ten powód spotykamy także u innych ludów, n. p. u słowian południowych, jeżeli małżeństwo było przez siedm lat bezdzietnem, Kraus, Sitte und Brauch der Südslaven 1885. str. 586., 572. i nast.). Por. Wessely, str. 234. i n. i Billauer, str. 67—74.

[1]) Z przedmowy tego dzieła p. t. Ritualgesetze der Juden, betreffend Erbschaften, Vormundschaften, Testamente und Ehesachen, in so weit sie das Mein und Dein angehen (1778), wynika, że rząd pruski polecił berlińskiemu rabinowi Herschlowi Lewinowi sporządzenie wyciągu ustaw żydowskich, aby nim mogły się posługiwać sądy przy załatwianiu spraw żydowskich; rabin prosił Mendelsohna o napisanie dzieła i poprawił następnie przedłożony mu elaborat.

[2]) Por. akta archiwum ministerstwa sprawiedliwości 296/3 i dekr. nadw. z dnia 18. kwietnia 1785 w zbiorze Trattnera, t. V. str. 239., str. 107.

Wskutek stosowania patentu małżeńskiego, który pod niejednym względem nie odpowiadał żydowskim przepisom religijnym, wnosili żydzi prośby o przywrócenie mocy obowiązującej biblijno-talmudycznego prawa małżeńskiego, przyczem głównie żalili się na postanowienia, odnoszące się do przeszkód pokrewieństwa i powinowactwa oraz do rozwodu. Komisya kompilacyjna oświadczyła się za przedłożeniem patentu małżeńskiego „niektórym uczonym i zaufanym rabinom“ do zaopiniowania i celem wykazania, w których punktach konieczną jest zmiana. Do zdania komisyi kompilacyjnej przyłączyła się zjednoczona kancelarya nadworna i wyjednała po wielu trudach u cesarza Józefa II. zezwolenie na zapytanie rabinów krajowych z Czech i Galicyi, w jakim kierunku patent małżeński pozostaje w sprzeczności z zasadami religii żydowskiej [1]).

Opinie rabinów z Czech i Galicyi nadeszły w październiku i listopadzie 1785; zajmują się one rozbiorem poszczególnych postanowień patentu małżeńskiego, a głównie są skierowane przeciw przepisom dotyczącym rozwodu [2]).

Patent małżeński z roku 1783 zezwalał na rozwiązanie małżeństwa osób nie będących wyznania katolickiego za zgodą obydwu małżonków, „jeżeli między nimi powstała nieprzyjaźń albo nieprzezwyciężony wstręt“ (§ 52), wbrew woli drugiego małżonka mogło rozwiązanie małżeństwa nastąpić, jeżeli małżonek „nastawał na życie drugiego“, jeżeli „popełnił cudzołostwo“ (§ 50), lub też jeżeli „złośliwie go opuścił“ (§ 51).

Rabini podnieśli w swoich opiniach, że wedle prawa biblijnego wolno mężowi oddalić żonę wbrew

[1]) Por. Stöger, Darstellung der gesetzlichen Verfassung der galizischen Judenschaft 1833. t. II. str. 6. i nast., str. 11. uw. 3.

[2]) Opinie są przechowane w archiwum ministerstwa spraw wewnętrznych, karton 2631.; opinię rabina czeskiego wydał Kisch p. t. Das mosaisch-talmudische Eherecht von Rabbi Ezechiel Landau 1900.

jej woli i że mąż nie może być nigdy zmuszony do wręczenia jej listu rozwodowego, podnieśli także, że z biegiem czasu zmodyfikowano przepis biblijny, oraz że we wieku jedenastym po narodzeniu Chrystusa uchwalono, iż mąż nie może pod grozą klątwy rozwieść się z żoną wbrew jej woli, chyba żeby popełniła cudzołostwo lub naruszyła obowiązki małżeńskie [1]). O tem, że można zniewolić męża zagrożeniem kar religijnych, by żonie w pewnych przypadkach wręczył list rozwodowy, nie wspominają wcale rabini. Rabin galicyjski zwrócił uwagę na to, że mąż jest wedle prawa żydowskiego nie tylko uprawniony, lecz nawet zobowiązany rozwieść się z cudzołożnicą, wedle prawa mojżeszowego bowiem żona, która popełniła cudzołostwo, ma być ukamionowaną, gdy zaś obecnie żydzi nie wykonywają jurysdykcyi karnej, ma mąż tylko obowiązek zaniechać dalszego pożycia z kobietą cudzołożną.

Nad opiniami rabinów krajowych z Czech i Galicyi odbyła komisya kompilacyjna narady na dniu 21. grudnia 1789, przyczem jako referent występywał Horten [2]).

W kwestyi, czy zgodne rozwiązanie małżeństwa ma być dopuszczalne, zapadła prawie jednomyślna uchwała, tylko jeden członek komisyi (Kees) był zdania, że należy na nie zezwolić jedynie wtedy, gdy małżonkowie są bezdzietni. Co do rozwiązania małżeństwa wbrew woli drugiego małżonka objawiono rozmaite zdania. Większość oświadczyła się za dopuszczalnością rozwiązania małżeństwa z tych przyczyn, z powodu których małżeństwo akatolików może być rozwiązane, a więc za tem, by i żonie przysługiwało prawo żądania rozwodu. Horten był zdania, że powinno się zachować

[1]) Por. opinię rabina czeskiego u Kischa, str. 17., 30. i nast.

[2]) Referat jego znajduje się w archiwum ministerstwa sprawiedliwości 296, sprawozdanie komisyi kompilacyjnej przedłożone cesarzowi przechowane jest także w archiwum ministerstwa spraw wewnętrznych 2631.

prawo żydowskie, że więc tylko mężowi należy nadać prawo rozwiązania małżeństwa wbrew woli żony i to jedynie, gdy żona popełniła cudzołostwo lub dopuściła się znacznego naruszenia obowiązków małżeńskich. Przeciw przyznaniu podobnego prawa żonie podniósł Horten, że u żydów cudzołostwo męża nie było karygodnem wobec dopuszczalności wielożeństwa, nie należy zatem zezwolić na rozwiązanie małżeństwa, jeżeliby mąż żydowski popełnił cudzołostwo. Przewodniczący komisyi oświadczył się za ograniczeniem prawa męża do przypadku, w którym nie wolno mu według przepisów religijnych dalej kontynuować pożycia małżeńskiego, a więc do przypadku, w którym żona popełniła cudzołostwo.

Opinie rabinów i zdania wypowiedziane w komisyi kompilacyjnej na posiedzeniu z dnia 21. grudnia 1785 są źródłem obecnie obowiązujących przepisów o dopuszczalności rozwodów u żydów: tylko bowiem z tego powodu, że rabini trzymali się ściśle przepisów biblijnych, a o późniejszym rozwoju prawa rozwodowego niedokładne podali wiadomości, doszło do tego, że rozwód wbrew woli męża uznany został za niedopuszczalny, oraz że rozwód wbrew woli żony został ograniczony do jednego tylko przypadku, t. j. do popełnionego przez nią cudzołostwa.

Komisya kompilacyjna po omówieniu wszelkich postanowień patentu i uchwaleniu zmian przedłożyła cesarzowi projekt odrębnego patentu małżeńskiego dla żydów, przyczem obok uchwał większości dołączono także i projekty referenta, względnie mniejszości.

Cesarz Józef II. nie zgodził się na wydanie osobnego patentu małżeńskiego dla żydów i polecił, by do nich mutatis mutandis stosowano obowiązujący ogólny patent małżeński.

Wobec decyzyi cesarza wróciła sprawa do komisyi kompilacyjnej, która miała się tylko zastanowić nad sposobem przystosowania patentu małżeńskiego z roku 1783 dla żydów. Na posiedzeniu, odbytem dnia

22. marca 1786, uchwalono obok innych zmian także i to, że małżeństwo żydowskie może być rozwiązane pod tymi warunkami, pod jakimi można rozwiązać małżeństwo akatolików.

Projektu komisyi kompilacyjnej nie zatwierdził cesarz Józef II. i w rezolucyi z dnia 5. kwietnia 1786 orzekł, że małżeństwo żydowskie jest kontraktem cywilnym, od którego żadna ze stron nie może wbrew woli drugiej odstąpić, zaczem tylko za zgodą obydwu małżonków rozwiązanie może nastąpić.

W myśl rezolucyi cesarza uchwaliła komisya kompilacyjna na dniu 22. kwietnia 1786 projekt ustawy, wedle której rozwiązanie małżeństwa żydowskiego mogło nastąpić li tylko za zgodą obydwu małżonków. Ten projekt został przez cesarza zatwierdzony i jako patent na dniu 3. maja 1786, nr. 543 zb. u. s. ogłoszony.

Stan rzeczy, stworzony obecnie, był gorszym od tego, który wprowadził patent małżeński z r. 1783, i nie odpowiadał ani prawu żydowskiemu, ani też zasadzie przyjętej przez ustawodawstwo, że małżeństwo żydowskie jest w zasadzie rozwiązalne. Ten stan prawny był tem dziwniejszym, że cesarz Józef II. dążył do zrównania żydów z akatolikami, o ile jednak szło o rozwiązanie małżeństwa, ograniczył ich tylko do zgodnego rozwiązania.

Wkrótce po wydaniu patentu z roku 1786, bo już dnia 1. listopada 1786, ogłoszono kodeks józefiński, który wszedł w życie z początkiem roku 1787. Kodeks józefiński obejmujący tylko prawo osobowe, normuje i prawo małżeńskie, a w miejscach, w których jest mowa o zawarciu małżeństwa i separacyi od stołu i łoża, wymienia — obok proboszcza, pastora i popa — także rabina, z czego jest widocznem, że się odnosi i do małżeństw żydowskich. Specyalnych jednak postanowień odnośnie do żydów nie zawiera kodeks józefiński, to też skorzystali z tego rabini i przywłaszczyli sobie jurysdykcyę w sprawach małżeńskich, twierdząc, że prawo żydowskie przywrócono do mocy obowią-

zującej. Zapatrywanie to natrafiło na opór, a rozporządzeniem z dnia 17. stycznia 1788 [1]) orzekło gubernium galicyjskie, że rozwiązanie małżeństwa, dokonane przez rabina, jest nieważne, przyczem podniosło, że żydzi mają się stosować w sprawach małżeńskich do ustawy wydanej dla chrześcijan, w czem kodeks cywilny żadnej nie poczynił zmiany.

Wskutek nadania kodeksowi józefińskiemu mocy także odnośnie do żydów, powstała wątpliwość, z jakich powodów może nastąpić rozwiązanie małżeństwa żydowskiego. Kodeks józefiński zawierał w trzecim rozdziale (§§ 104 i nast.) postanowienia co do rozwiązania małżeństw osób, które nie są „katolickiej wiary“ i zgodnie z patentem małżeńskim z roku 1783 zezwolił na rozwiązanie małżeństwa z powodu, że jeden „małżonek na drugiego życie nastaje albo cudzołostwo popełnia“ (§ 105), że „od drugiego złośliwie jest opuszczony“ (§ 106), dalej, gdy „między małżeństwem główna nieprzyjaźń, albo nieprzezwyciężona niechęć powstała i obie strony rozwodu żądają“ (§ 107) [2]), co można było odnieść także i do żydów. Inaczej jednak stanowił patent z dnia 3. maja 1786, wedle niego bowiem rozwiązanie małżeństwa żydowskiego mogło nastąpić jedynie za zgodą obojga małżonków, powstać zatem mogły wątpliwości, które postanowienia należy stosować.

Jeszcze większą niejasność spowodował dekret nadworny z dnia 12. sierpnia 1788, zb. u. s. nr. 871, który zawiera niektóre normy dotyczące procesu małżeńskiego, w trzecim jednak ustępie wspomina o tem, że małżeństwa katolików, „nach denen sich auch jene der Juden richten müssen“, są nierozwiązalne, a akatolików rozwiązalne tylko z przyczyn ustawowych. Z powodu

[1]) Zbiór Trattnera nr. 38. str. 242., Grassl, str. 213. i nast.

[2]) Słowa ustawy są dosłownie podane z wydania polsko-niemieckiego kodeksu (Zbiór cywilnego powszechnego prawa. Pierwsza część 1787. str. 164—166).

wspomnianego dodatku powstało zdanie, że małżeństwa żydów podobnie jak katolików nie mogą być nawet za zgodą obojga małżonków rozwiązane.

III.

Po śmierci cesarza Józefa II. mogło się żydowstwo spodziewać, że przepisy religijne będą uwzględnione [1]). To też najpierw żydzi prascy, a za nimi galicyjscy wnieśli prośbę do cesarza o przywrócenie żydowskiego prawa małżeńskiego, a ostatni otrzymali na dniu 19. czerwca 1790 przyrzeczenie, że ich życzenia będą rozważone.

Wydanie nowych przepisów wymagało jednak zasięgnięcia opinii wyższych władz. Najpierw wystosowano zapytanie do najwyższej władzy sprawiedliwości, czy wskazane jest wydanie osobnych postanowień dla żydów. Najwyższa władza sprawiedliwości oświadczyła się za zaprowadzeniem przepisów odrębnych dla żydów i przedłożyła opinię swoją komisyi ustawodawczej.

Na posiedzeniu z dnia 7. sierpnia 1790 oświadczyła się komisya ustawodawcza za tem, by wydano osobne przepisy małżeńskie dla żydów z uwzględnieniem ich zasad religijnych, z tem jednak, że te ustawy mają obowiązywać jako ustawy państwowe, a nie jako religijne żydowskie. Na posiedzeniu podniesiono, że żydom należy pozostawić ich prawo małżeńskie, inaczej bowiem zmuszonoby ich do wyrzeczenia się żydowstwa. O ile szło o kwestyę rozwodu, uchwaliła komisya ustawodawcza, że rozwód wbrew woli drugiego małżonka ma być dopuszczalny li tylko w razie popełnienia przez żonę cudzołostwa, a uchwała ta zapadła wbrew wnioskowi referenta, który oświadczył

[1]) Por. także do następnego Dolliner, Allgemeine Bemerkungen über das im a. b. G. B. enthaltene Eherecht der Juden w Zeitschrift für oesterreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde 1827. t. II. str. 317. i nast.

się za przyjęciem postanowienia takiego samego, jakie w komisyi kompilacyjnej proponował Horten, a więc, by rozwód był dopuszczalny wbrew woli żony także wtedy, gdyby ona naruszyła obowiązki małżeńskie.

Zjednoczona władza nadworna poszła dalej i w piśmie z dnia 13. listopada 1790, wystosowanem do komisyi ustawodawczej, oświadczyła się za tem, aby żydom pozostawiono bez jakiejkolwiek zmiany te przepisy rozwodowe, które w czasach dawniejszych obowiązywały „bez zarzutu". Komisya ustawodawcza nie odstąpiła jednak od swojego projektu i na dniu 5. lutego 1791 zaproponowała cesarzowi postanowienie, że wbrew woli żony małżeństwo żydowskie jest rozwiązalne tylko w razie popełnienia przez nią cudzołostwa [1]).

Cesarz Leopold II. zatwierdził uchwałę komisyi ustawodawczej i ta stała się ustawą, objęto ją bowiem patentem z dnia 21. marca 1791, nr. 130 zb. u. s. [2]).

Wedle wyraźnego brzmienia patentu małżeństwo żydowskie może być rozwiązane za zgodą obojga małżonków, a wbrew woli żony tylko wskutek popełnionego przez nią cudzołostwa, kwestya była więc jasną.

Kodeks zachodnio-galicyjski, ogłoszony w roku 1797, nie zawierał żadnych postanowień co do małżeństw żydowskich i nie wspominał o żydach nawet w tych miejscach, w których kodeks józefiński obok księdza wymieniał rabina. To milczenie kodeksu galicyjskiego było tem bardziej niezrozumiałe, że stany czeskie z okazyi zaopiniowania projektu Martiniego domagały się, aby w ustawie umieszczono odrębne postanowienia, odnoszące się do małżeństw żydowskich [3]).

---

[1]) Archiwum minist. sprawiedliwości 296.

[2]) Patent ten wprowadza rozwiązanie małżeństwa zapomocą wręczenia i przyjęcia listu rozwodowego, o co żydzi usilnie prosili, wskazując na to, że prawo żydowskie zna li tylko rozwiązanie małżeństwa przez wręczenie listu rozwodowego. Por. Michel, I. str. 36.

[3]) Por. Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, t. V. str. 44. uw. 46.

Ponieważ kodeks zachodnio-galicyjski zawierał w I. części, § 109, postanowienie, że osoby, które nie są wyznania katolickiego, mogą wystąpić z żądaniem rozwiązania małżeństwa wbrew woli drugiego małżonka z powodu cudzołostwa, opuszczenia, dotkliwego znieważenia i narażenia na szkodę życia, zdrowia oraz znacznej części majątku, albo też wskutek złego przykładu także i dobrych obyczajów (§ 108), a więc z rozmaitych powodów, powstała w Galicyi wątpliwość, czy patent z roku 1791 dalej obowiązuje, czy też został uchylony, czy więc mąż może żądać rozwiązania małżeństwa z innych powodów obok cudzołostwa, oraz czy żona może z takiem żądaniem wbrew woli męża wystąpić. Sądy galicyjskie stosowały wprawdzie do małżeństw żydowskich kodeks cywilny, a więc przepisy ogólne, kwestyę jednak uważały za niewyjaśnioną.

Z okazyi zaszłego przypadku zajmował się kwestyą, pod jakimi warunkami może być małżeństwo żydowskie rozwiązane, wschodnio-galicyjski trybunał apelacyjny i doszedł większością głosów do wyniku, że patent z roku 1791 dalej obowiązuje, przedłożył jednak sprawę do zaopiniowania galicyjskiej kancelaryi nadwornej. Ta ostatnia wystosowała zapytanie do komisyi ustawodawczej, która po naradzie odbytej na dniu 15. kwietnia 1799 na podstawie referatu Zeillera orzekła, że przepisy małżeńskie, wydane dla żydów, a tem samem i patent z roku 1791 uważać należy za nadal obowiązujący. W referacie swoim podniósł Zeiller, że przy wypracowaniu kodeksu zachodnio-galicyjskiego miano zamiar umieścić osobne postanowienia, odnoszące się do małżeństw żydowskich, że wprawdzie tego zamiaru nie zrealizowano, nigdy nie chciano jednak znieść, ograniczyć lub rozszerzyć przepisów małżeńskich, wydanych dla żydów, zaczem też i kodeks galicyjski żadnych w nich nie dokonał zmian[1]).

[1]) Archiwum minist. sprawiedl. 296/21. Por. Michel, I. str. 42.

Jakkolwiek kwestya prawna została rozstrzygnięta, to jednak sprawa nie ucichła. Galicyjska władza nadworna zauważyła dnia 14. marca 1799, że patent z dnia 21. marca 1791 nie został ogłoszony w Galicyi zachodniej, zaczem należałoby go tamże ogłosić, a zarazem wydać pouczenie, że kodeks cywilny żadnych w nim nie dokonał zmian.

Nad kwestyą, czy ogłoszenie patentu z roku 1791 ma nastąpić, odbyła komisya ustawodawcza na dniu 17. czerwca 1799 naradę, przyczem zastanawiano się także nad tem, czy należy przeprowadzić zmianę przepisów dotyczących rozwodu. Niektórzy członkowie komisyi chcieli, aby małżeństwa żydowskie mogły być rozwiązane pod tymi samymi warunkami, jak małżeństwa akatolików, inni przytoczyli, że żydzi znajdują się na niskim stopniu kultury i nie posiadają stałych miejsc zamieszkania, wskutek czego niektóre przyczyny rozwodu, jak złośliwe opuszczenie, złe obyczaje i dotkliwe zniewagi częściej u nich będzie można spotkać, zaczem też nie należy dopuścić do ułatwienia rozwiązania małżeństwa [1]).

Sprawę reformy przedłożono cesarzowi, a wynikiem było zarządzenie z dnia 4. kwietnia 1799, aby do władz politycznych tych prowincyj, w których znaczniejsza ilość żydów przebywa, wystosować zapytanie, czy rozwiązanie małżeństwa żydowskiego powinno być dopuszczalne tylko w razie zgody małżonków, a wbrew woli żony w razie popełnienia przez nią cudzołostwa, czy też w tych wszystkich przypadkach, w których dopuszczalnym jest rozwód u akatolików.

Na skutek polecenia cesarskiego wystosowano dnia 9. września 1799 zapytania do władz krajowych Galicyi, Czech, Moraw i Śląska oraz Niższej Austryi.

Opinie, które na zapytanie nadeszły, wypadły rozmaicie [2]): jedne oświadczyły się za tem, by przepisy

[1]) Archiwum minist. sprawiedl. 296/21.

[2]) Archiwum minist. sprawiedl. 296/25 i minist. spraw wewn. 2632.

obowiązujące katolików stosowano i do żydów, drugie były za utrzymaniem stanu istniejącego, inne wreszcie oświadczyły się za rozszerzeniem dopuszczalności rozwiązania małżeństwa, ale z pewnemi ograniczeniami.

Wspólna komisya zachodnio-galicyjskiego wyższego sądu krajowego oraz zachodnio-galicyjskiego gubernium, która odbyła naradę na dniu 21. listopada 1799, zgodziła się jednogłośnie na to, że należy przepisy rozwodowe, obowiązujące akatolików, stosować i do żydów. Podczas narady wyrażono zdanie, że w każdym przypadku, w którym małżeństwo nie jest sakramentem, należy zezwolić na jego rozwiązanie i to zawsze z tych samych powodów, nie uchodzi więc traktować żydów inaczej, niż innych niekatolickich poddanych; rozwiązanie małżeństwa jest w niektórych przypadkach koniecznie wskazane, jak w razie złośliwego opuszczenia, w którym opuszczona małżonka „przez utrudnienie w uzyskaniu nowego zaopatrzenia staje się jeszcze nieszczęśliwszą, niż stała się z powodu samego faktu opuszczenia".

Magistrat miasta Wiednia w sprawozdaniu z dnia 13. marca 1800, przedłożonem niższo-austr. rządowi krajowemu, oświadczył się za tem, by u żydów małżeństwo mogło być rozwiązane nie tylko z powodu cudzołostwa żony, lecz i z innych powodów, dla których małżeństwo akatolickie może być rozwiązane.

Zachodnio-galicyjski sąd wyższy na posiedzeniu plenarnem z dnia 27. listopada 1799 wypowiedział zdanie, że rozwiązanie małżeństwa żydowskiego powinno nastąpić z przyczyn dla akatolików unormowanych, „eo attamen subjuncto, in quantum beneficium hoc, acatholicis concessum, religioni judäorum non obstaret", a taką samą opinię wypowiedziało zachodnio galicyjskie gubernium w sprawozdaniu, przedłożonem na dniu 21. lutego 1800 galicyjskiej kancelaryi nadwornej.

Gubernium czeskie przed wydaniem opinii wystosowało zapytanie do komisyi, którą ustanowiono

dla zbadania projektu ustawy cywilnej, a ta komisya oświadczyła się za tem, by żydów co do dopuszczalności rozwiązania małżeństwa postawiono na równi z akatolikami, o ile rozwiązanie nie pozostaje w sprzeczności z ustawami mojżeszowemi. Do tego zdania komisyi przyłączyło się gubernium czeskie w sprawozdaniu z dnia 20. lutego 1800, przedłożonem czesko-austryackiej kancelaryi nadwornej.

Za tem, aby rozwiązanie małżeństwa wbrew woli małżonka nastąpić mogło li tylko z powodu cudzołostwa żony, oświadczyło się wschodnio-galicyjskie gubernium, dyrekcya policyi we Wiedniu w sprawozdaniu z dnia 11. stycznia 1800, przedłożonem niższo-austryackiemu rządowi krajowemu, niższo-austryacki rząd krajowy w sprawozdaniu z dnia 30. marca 1800, przedłożonem czesko-austryackiej kancelaryi nadwornej [1]), wreszcie morawsko-śląska władza krajowa w sprawozdaniu z dnia 18. stycznia 1800 [2]).

Wszystkie opinie zakomunikowała czesko-austryacka kancelarya nadworna komisyi ustawodawczej na dniu 16. kwietnia 1800, przyczem prosiła, by z nią się poprzód porozumiano w razie odstąpienia od obowiązujących przepisów, a to ze względu na to, że idzie

[1]) W motywach podniósł niższo-austr. rząd krajowy, że żydom powinno się rozwód utrudnić. Podobnie argumentowała dyrekcya policyi we Wiedniu zauważając, że nie należy stwarzać nowych powodów rozwiązania małżeństwa, w ten sposób można zapobiedz temu, aby żydzi dużo małżeństw zawierali i ich ludność się powiększała.

[2]) W sprawozdaniu podnosi rząd krajowy, że rozwód należy utrudnić, łatwość bowiem rozwiązania małżeństwa powoduje obniżenie moralności, a małżeństwo jest także u żydów aktem religijnym. Referent oświadczył się za tem, by zezwolono na rozwiązanie małżeństwa z przyczyn u akatolików dopuszczonych, a nie tylko tych, które u żydów obowiązują, przyczem podniósł, że wedle prawa żydowskiego żona nie może wystąpić z żądaniem rozwodu przeciw mężowi, który prowadzi życie niemoralne i popełnia cudzołostwo. Jeden z wotantów był zdania, że i z powodu cudzołostwa żony nie należy zezwolić na rozwiązanie małżeństwa.

o sprawę polityczną. Na posiedzeniu z dnia 1. września 1800 oświadczyła się komisya ustawodawcza na wniosek Zeillera za tem, by tylko cudzołostwo żony było powodem rozwiązania małżeństwa, tylko Sonnenfels i Lyro byli zdania, że żydów traktować należy na równi z akatolikami.

Na dniu 28. października 1800 zatwierdził cesarz Franciszek II. uchwałę komisyi ustawodawczej, poczem ogłoszono ustawę tak w Galicyi, jak i w niemieckich krajach dziedzicznych (zb. u. s. nr. 510).

Uchwała komisyi ustawodawczej utrzymuje stan dotychczasowy i nie zważa wcale na liczne głosy, domagające się reformy prawa rozwodowego. Uchwała ta jest jednak niezrozumiałą, w czasie bowiem, gdy zapadła, starano się uwzględnić życzenia żydowskie, a posiadano dokładną znajomość prawa biblijno-talmudycznego w kwestyi rozwiązalności małżeństwa. Zapatrywania komisyi kompilacyjnej z roku 1785 były spowodowane niedokładną znajomością prawa żydowskiego, komisya ustawodawcza jednak miała sposobność zaznajomić się z tem prawem, w opiniach jej przedłożonych podano jej bowiem, jakie przepisy obowiązują żydów. W protokole komisyi mieszanej zachodnio-galicyjskiego wyższego sądu krajowego i zachodnio-galicyjskiego gubernium [1]), który przedłożono komisyi ustawodawczej, zaznaczono wyraźnie, że prawo talmudyczne zezwala na rozwód nie tylko z powodu cudzołostwa, lecz i z innych powodów, jak wad fizycznych, złego odoru z ust i t. d., zachodnio-galicyjskie zaś gubernium dołączyło do owego sprawozdania protokół spisany dnia 2. lutego 1800 przez urząd obwodowy w Krakowie z kahałem z Kazimierza, zawierający dokładne zestawienie przepisów żydowskich o powodach rozwiązania małżeństwa [2]).

---

[1]) Protokół znajduje się w archiwum min. sprawiedl. 296/25.

[2]) W protokole podano, że żona ma prawo żądać rozwiązania małżeństwa, jeżeli nie może pozostawać z mężem we

Wobec znajomości przepisów żydowskich i wobec tego, że małżeństwo żydowskie uznano za rozwiązalne, dziwić się należy, że żadnych praw nie przyznano żonie, a prawa męża ograniczono do jednego tylko przypadku.

Dodać należy, że patent z roku 1800 wyraźnie zaznacza, iż przepisy kodeksu zachodnio-galicyjskiego, dotyczące małżeństw katolickich, nie mają do żydów zastosowania, a zaznacza to ze względu na powstałe wątpliwości.

IV.

Stan ustawowy w niczem nie zmienił się od tej chwili, kodeks cywilny zawiera tylko to, co poprzód obowiązywało, a cała praca ustawodawcza polegała na ujęciu odnośnych postanowień w krótkie paragrafy.

Podczas obrad nad ustawą cywilną żądała niższo-austryacka komisya, aby w rozdziale o małżeństwie wspomniano o rozwodach żydowskich. Na posiedzeniu z dnia 22. marca 1802 oświadczył Zeiller, że przy końcu rozdziału o małżeństwie umieści odrębne postanowienia, dotyczące małżeństw żydowskich i to stosownie do obowiązujących już przepisów [1]). W roku 1806 galicyjskie gubernium zwróciło uwagę na to, że w projekcie kodeksu cywilnego brak przepisów o małżeństwach żydowskich, wobec czego Zeiller skodyfikował

wspólności małżeńskiej z powodu cuchnących ust lub nosa, o czem nie posiadała wiadomości w chwili zawarcia małżeństwa, jeżeli mąż jest dotknięty parchem, padaczką lub chorobą weneryczną i lekarze te choroby uznali za nieuleczalne, jeżeli z nią nie obcuje lub nie dostarcza alimentów, jeżeli podejmuje podróż połączoną z niebezpieczeństwem tak, że może się uważać za opuszczoną na wieki, jeżeli mąż staje się niezdolnym do dopełnienia obowiązków małżeńskich. Mąż może żądać rozwiązania małżeństwa wbrew woli żony, jeżeli popełniła cudzołostwo, jeżeli nigdy nie dostaje menstruacyi, jeżeli zanieczyszcza łóżko lub dostała trzy razy po sobie krwotoki po spółkowaniu.

[1]) Ofner, Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle 1889. t. I. str. 129.

obowiązujące przepisy wedle paragrafów, poczem komisya ustawodawcza zakomunikowała je dnia 21. lipca 1806 zjednoczonej kancelaryi nadwornej. W skodyfikowanych przez Zeillera postanowieniach mieścił się § 104 o dobrowolnem rozwodzie i § 105 o rozwodzie z powodu cudzołostwa żony, przy końcu tego ostatniego paragrafu, dodane jest zdanie: „Ausser dem Falle eines gerichtlich erwiesenen Ehebruches hat die Trennung der Ehe ohne eine rechtsgiltige Einwilligung beider jüdischen Ehegatten nicht statt", odpisane z patentu z dnia 28. października 1800.

Przepisy skodyfikowane przez Zeillera przeszły do projektu rewidowanego jako §§ 124—156, a w superrewidowanym umieszczono je jako §§ 133—136, przyczem w § 136 opuszczono zdanie wyżej przytoczone jako zbędne.

Jakkolwiek przepisy ustawy cywilnej, odnoszące się do rozwodu małżeństw żydowskich są jasne [1]), to

[1]) Odnośnie do cudzołostwa żony należy zaznaczyć, że ustawa nadaje mężowi prawo żądania rozwodu, prawo to jednak traci mąż, jeżeli kontynuował z żoną pożycie małżeńskie przez dalsze cielesne obcowanie. Jakkolwiek ustawa nie wspomina o utracie prawa rozwodu, to jednak należy analogicznie stosować przepis § 96. u. c. Słusznie pod tym względem podnosi orzeczenie najw. tryb. z dnia 21. maja 1902, l. 2944 (Gl. U. N. F. t. V. nr. 1907 i Przegląd prawa i administracyi z roku 1902, część praktyczna str. 153. i nast.), że ustawodawstwo stara się małżeństwo utrzymać w mocy i że nie zezwala nawet na zaczepienie nieważnego małżeństwa, jeżeli małżonek niewinny, któremu prawo zaczepienia przysługuje, kontynuuje dalej pożycie, tem bardziej więc należy chronić ważnego małżeństwa. Zdanie to podzielał odnośnie do małżeństw żydowskich Krainz, System des oest. Privatrechts 1889. II. 1. str. 309. Utrata prawa rozwodu zachodzi tylko wtedy, gdy małżonkowie kontynuują pożycie i cieleśnie ze sobą obcują, słowa „die Ehe fortgesetzt" w § 96. u. c. użyte, oznaczają to samo, co „die eheliche Beiwohnung fortgesetzt" (Por. Till, Prawo prywatne austr. t. V. (1902) str. 114. uw. 6., Anders, Das Familienrecht 1887. str. 53. i 54. uw., Anders, Grundriss des Familienrechtes 1900. str. 14., inaczej Rittner, Oesterr. Eherecht 1875. str. 272. uw. 1.). Kontynuowanie małżeństwa przez małżonków bez cielesnego obco-

jednak w praktyce nie można się było z nimi pogodzić, nie odpowiadały bowiem ani prawu żydowskiemu, ani potrzebom życia [1]). Wkrótce też po wejściu w życie kodeksu cywilnego spotykamy się ze skargą żony, skierowaną przeciw mężowi o rozwód [2]), a i aż do najnowszych czasów starają się żony uzyskać rozwód wbrew woli męża. Rozumie się, że do żądań tych sądy nie mogą się przychylić, zawsze więc zapadają wyroki odmowne [3]).

---

wania nie powoduje utraty prawa tak, jak samo cielesne obcowanie małżonków, którzy nie mieszkają ze sobą, nie dowodzi jeszcze, że mąż nie chce korzystać ze swoich praw.

Powołane wyżej orzecz. najw. tryb. zajmuje stanowisko, że mąż traci prawo przez zrzeczenie się i że to może albo wyraźnie albo milcząco nastąpić, najw. tryb. jednak nie powiada, czy milczące zrzeczenie się może być objawione i w inny sposób, a nie przez obcowanie. Zdaniem naszem pojęcie milczącego zrzeczenia się nie powinno mieć zastosowania, tylko do faktu na zewnątrz występującego należy przywiązywać skutki prawne.

[1]) Na to zwraca także uwagę Porzer, Unser Eherecht und das Kanonische Recht w Jurist. Blätter 1910, nr. 40. str. 469. i nast.

[2]) Gdy męża skazano na karę kilkuletniego więzienia, wystąpiła przeciw niemu żona ze skargą o rozwiązanie małżeństwa (Por. Pratobevera, str. 226. i nast.). Charakterystycznem jest, że ze względu na przepisy ustawy nie nadające żonie prawa żądania rozwodu wbrew woli męża, umieszczono w paktach małżeńskich postanowienie, iż mąż jest obowiązany wręczyć żonie list rozwodowy, gdyby się z nią źle obchodził i zmusił do opuszczenia wspólnego mieszkania. W przypadku, o którym wyżej mowa, sądy drugiej i trzeciej instancyi przychyliły się do żądania skargi, przyjmując, że małżeństwo żydów jest umową cywilną, postanowienie więc paktów małżeńskich jest skuteczne. Wyroki sądowe uważamy za mylne, strony nie mogą zmienić przepisów ustawy, które są juris cogentis, a że wyrok korzystny wydano, to tłumaczy się tem, że chciano pomódz żonie, za którą przemawiała słuszność, jakkolwiek nie prawo.

[3]) Wedle orzecz. Gl. U. W. t. 3. nr. 1356 wystąpiła żona przeciw mężowi z żądaniem rozwodu z powodu dotkliwych zniewag i powołała się na to, że w §§ 123. i nast. ust. cyw. są zawarte wyjątki dla żydów, że jednak obok nich obowiązują ogólne postanowienia, a więc i przepis § 115. u. c. Z powodu złośliwego opuszczenia domagała się żydówka przeciw mężowi

Jak nieodpowiednie są postanowienia ustawy cywilnej, tego dowodem także okoliczność, że rozwiązanie małżeństwa z powodu choroby umysłowej drugiego małżonka nie jest możliwem, do rozwiązania jest bowiem potrzebne zgodne oświadczenie obojga małżonków. W praktyce często zezwala się na wręczenie względnie przyjęcie listu rozwodowego przez kuratora umysłowo chorego małżonka [1]), praktyka ta

rozwodu podług orzeczeń Gl. U. W. t. 26. nr. 12178, t. 33. nr. 15548, wedle orzecz. Gl. U. W. t. 19. nr. 8648 żądała żydówka, by wezwano jej nieobecnego męża do powrotu podług § 115. u. c. We wszystkich wymienionych przypadkach odrzucił sąd skargę względnie prośbę a limine podnosząc, że żona, która pozostaje w małżeństwie żydowskiem, nie może wbrew woli męża uzyskać rozwodu. (Takie samo stanowisko zajął najw. tryb. w orzecz. Gl. U. W. t. 9. nr. 4387, w którem jednak powodu, dla którego żona domagała się rozwodu, nie podano.)

Obok skargi żony przeciw mężowi spotykamy skargę męża przeciw żonie o rozwód z powodów w § 115. u. c. wymienionych. Scheidlein w czasopiśmie „Der Jurist“, t. V. (1841) str. 418—440. omawia przypadek praktyczny, w którym mąż zaskarżył żonę zasądzoną za zbrodnię zabójstwa na karę dwunastoletniego ciężkiego więzienia o rozwiązanie małżeństwa. Żądaniu męża, który powołał się na prawo żydowskie, zezwalające na oddalenie żony z ważnych powodów, odmówiła pierwsza i trzecia instancya, w drugiej instancyi przychylono się do żądania skargi (str. 413. i nast.), przyczem podniesiono, że w §§ 123. do 136. u. c. nie jest unormowane całe prawo małżeńskie żydowskie, lecz tylko osobne postanowienia dla żydów, że zaś zresztą obowiązują ogólne przepisy, a więc i przepis § 115. u. c. (str. 433.), o ile one nie pozostają w sprzeczności z postanowieniami religii żydowskiej (w motywach powołano się na słowa „mit Rücksicht auf ihr Religionsverhältnis“ w § 123. u. c.).

[1]) W orzeczeniu Gl. U. W. t. 28. nr. 13184 orzekł najw. tryb., że dopuszczalnem jest wręczenie listu rozwodowego przez męża kuratorowi umysłowo chorej żony; przeciw postanowieniom dekr. nadw. z 11. czerwca 1813 zb. u. s. nr. 1053 podnosi najw. tryb., że zakazuje on tylko wręczenia listu rozwodowego przez trzeciego, za takiego zaś trzeciego nie można uważać kuratora, który po myśli §§ 209. i 282. u. c. ma czuwać także nad osobą kuranda.

Inne zajął stanowisko najw. tryb. w orzeczeniu Gl. U. W. t. 31. nr. 14659, w którem odmówił żądaniu żony o ustanowienie

jednak sprzeciwia się obowiązującej ustawie i dąży do rozwoju prawa, faktycznie bowiem rozwiązanie na podstawie oświadczenia kuratora nie jest niczem innem, jak rozwiązaniem wbrew woli drugiego małżonka, oświadczenie kuratora nie może stać na równi z oświadczeniem małżonka, które musi być ściśle osobistem.

Przeciw praktyce sądowej, która dopuszcza do rozwiązania małżeństwa na podstawie oświadczenia kuratora umysłowo chorego małżonka, przemawia nie tylko istota rzeczy, lecz i dawniejsze przepisy.

Kwestya bowiem, jaki wpływ ma choroba umysłowa małżonka na rozwiązanie małżeństwa, była rozpatrywaną w roku 1794, a nawet dała powód do wydania specyalnej ustawy.

Przed sądem krajowym w Bernie wystąpiła żona ze żądaniem, aby orzeczono, że z powodu choroby umysłowej, w jaką mąż popadł, uznaje się małżeństwo za rozwiązane.

Z powodu wątpliwości, jakie mu się nasunęły, wystosował sąd krajowy do morawsko-śląskiego sądu apelacyjnego zapytanie, jak należy sprawę rozstrzygnąć, a ten sąd zwrócił się z kwestyą do najwyższej władzy sprawiedliwości.

Najwyższa władza sprawiedliwości w odezwie z dnia 10. lutego 1794 wystosowanej do nadwornej komisyi ustawodawczej wypowiedziała zdanie, że wobec dekretu nadworn. z dnia 21. marca 1791 rozwiązanie małżeństwa nie jest dopuszczalne, a także i ustanowienie kuratora, któryby w imieniu umysłowo chorego męża udzielił zezwolenia, należy uważać za niemożliwe, należy bowiem małżeństwo o ile możności utrzymać w mocy.

---

dla nieobecnego męża kuratora celem wręczenia przez tegoż listu rozwodowego i umotywował odmowę tem, że zezwolenie na rozwód musi być osobiście złożone.

Do tego zdania przyłączyła się komisya ustawodawcza dnia 1. marca 1794 [1]), poczem na podstawie tego zapatrywania wydano dekret z dnia 6. marca 1794, nr. 159 zb. u. s., orzekający, że choroba umysłowa małżonka nie jest powodem rozwiązania małżeństwa. Dekret ten wymieniony utracił wprawdzie moc obowiązującą, zapatrywanie w nim wypowiedziane należy jednak odnieść i do kodeksu cywilnego [2]).

---

[1]) Zrazu odpowiedziała komisya ustawodawcza, że wprawdzie choroba umysłowa nie jest powodem rozwiązania małżeństwa, że jednak należy ustanowić dla zbadania wszelkich okoliczności oraz obrony węzła małżeńskiego męża porządnego i oznajomionego ze sprawą i że to powinno nastąpić, gdy w procesie małżeńskim żydowskim jedna ze stron nie chce zezwolić na wygotowanie i przyjęcie listu rozwodowego albo też dla braku woli zezwolić nie może. Dopiero gdy najwyższa władza sprawiedl. odezwą z dnia 24. lutego 1794 zwróciła uwagę, że dekret z roku 1791 nie dopuszcza zastępcy i że zezwolenie „in keinem Falle suppliert werden könnte", oraz że choroba umysłowa nie jest prawem „den gültig eingegangenen Ehecontrakt aufzulösen", odstąpiła od swego zdania. Por. Archiwum minist. sprawiedl. 296/17 i 296/18.

[2]) Inaczej normuje sprawę prawo żydowskie. Wedle prawa biblijnego, które nie wykluczało poligamii, mógł mąż posiadać równocześnie kilka żon, dopiero we wieku jedenastym zabroniono żydom poligamii. Prawa biblijnego nie można jednak było uchylić, można było tylko nowe przepisy obok biblijnych wprowadzić, to też tylko pod klątwą zagrożono mężowi pobranie dalszej żony, małżeństwo drugie i dalsze było ważne i skuteczne, a mąż miał jedynie obowiązek rozwiązać je przez wręczenie dalszym żonom listu rozwodowego. Jeżeli więc żona popada w chorobę umysłową, to mąż może pobrać drugą żonę, może bowiem żyć w poligamii. Według przepisów rabinackich musi jednak mąż ze względu na zakaz wielożeństwa i zakaz oddalenia żony wbrew jej woli trzymać się pewnych form, a mianowicie musi uzyskać zezwolenie stu prawników, niekoniecznie rabinów, na zawarcie nowego małżeństwa (Goldszmit, str. 207.). Wedle prawa żydowskiego żona nie może w razie choroby umysłowej męża zawrzeć nowego małżeństwa, rozwiązanie małżeństwa poprzedniego może się odbyć tylko przez wręczenie listu rozwodowego, a takiego nie może wręczyć mąż obłąkany.

B) Wpływ zmiany wyznania na dopuszczalność rozwiązania małżeństwa.

I.

Na posiedzeniu z dnia 21. grudnia 1785 zastanawiała się komisya kompilacyjna nad tem, czy w patencie małżeńskim dla żydów, którego wydanie projektowano, należy umieścić postanowienie o wpływie zmiany wyznania na małżeństwo żydowskie, a w razie potwierdzającym, w jaki sposób ten przypadek należy unormować. Horten oświadczył się przeciw unormowaniu przypadku zmiany wyznania, a motywował to swoje zdanie tem, że idzie o patent małżeński dla żydów a w takim patencie należy określić li tylko prawa małżonka żydowskiego, unormowanie uprawnień osoby, która przyjęła chrześcijaństwo, należy zaś do ustawy dla chrześcijan wydanej, a tak samo ma się rzecz, jeżeli oboje małżonkowie zmieniają wyznanie. Inni członkowie komisyi oświadczyli się za umieszczeniem w patencie postanowień odnośnie do zmiany wyznania, wypowiedzieli jednak rozmaite zapatrywania. Jedni żądali, aby zmiana wyznania pozostała bez wpływu na małżeństwo, drudzy domagali się, by w razie zmiany wyznania uznano małżeństwo jako samo przez się rozwiązane, inni wreszcie byli zdania, że zmiana wyznania powinna być powodem rozwiązania małżeństwa [1]).

Gdy cesarz Józef II. nie zgodził się na wydanie osobnego patentu małżeńskiego dla żydów i wskutek tego komisya kompilacyjna musiała zebrać się ponownie celem omówienia niektórych postanowień, poruszyła na posiedzeniu z dnia 22. marca 1786 r. także kwestyę, jaki wpływ ma wywrzeć na małżeństwo zmiana wyznania, nie powzięła jednak żadnej stanowczej decyzyi.

---

[1]) Por. krótkie uwagi u Harrasowskiego, Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, 1884. t. IV. str. 38.

Dnia 5. kwietnia 1786 orzekł cesarz w załatwieniu sprawozdania komisyi kompilacyjnej, że w ustawie „nie należy przewidywać przypadków, w których żydzi przechodzą na religię chrześcijańską".

W następstwie ogłoszono patent z dnia 3. maja 1786, a potem patent z dnia 21. marca 1791, małżeństwo żydowskie było więc rozwiązalne tylko za zgodą obojga małżonków a następnie także wbrew woli żony z powodu cudzołostwa. Zmiana wyznania ze strony jednego z małżonków nie mogła wpłynąć na ten stan prawny. Małżeństwo żydowskie uważano bowiem za kontrakt cywilny, który nie traci swego charakteru przez zmianę wyznania. Wątpliwem było tylko, jak się ma sprawa, jeżeli obydwoje małżonkowie przeszli na chrześcijaństwo, z tą bowiem chwilą stało się ich małżeństwo chrześcijańskiem.

II.

Stan prawny, jaki stworzyły patenty wyżej wymienione, pozostawał w sprzeczności z prawem kościelnem[1]), wedle którego małżonek katolicki mógł za-

[1]) Odnośne postanowienia mieszczą się w pierwszym liście św. Pawła do Koryntyan, rozdz. VII. w 12 do 15, interpretacya ich jednak była rozmaita. Zdanie surowsze przyjmowało, że rozwiązanie małżeństwa nie może nawet wtedy nastąpić, jeżeli tylko jeden małżonek niewierny przeszedł na chrześcijaństwo. Inni byli zdania i to zdanie utrzymało się, że małżonek, który przeszedł na wiarę chrześcijańską, może uzyskać rozwiązanie małżeństwa i może zawrzeć nowe małżeństwo, jeżeli małżonek niewierny nie chce z nim kontynuować pożycia małżeńskiego, albo też jeżeli wprawdzie nie wzbrania się od dalszego pożycia, jednak przeszkadza neoficie w wykonywaniu przepisów religijnych, albo skłania go do czynu, który wedle przepisów religijnych jest zakazany; w tym przypadku należy wezwać niewiernego do zaniechania swego zachowania, gdyby zaś to wezwanie nie skutkowało, może chrześcijanin zawrzeć nowe małżeństwo i dopiero z tą chwilą następuje rozwiązanie małżeństwa poprzedniego (Schulte, Handbuch des kathol. Eherechtes 1855. str. 201. i nast.; Rittner, Prawo kościelne katolickie, 3. wyd. 1907. str. 300.). Tych samych zasad trzyma się kościół wschodni (Zhisman,

wrzeć nowe małżeństwo nawet wbrew woli drugiego małżonka, z drugiej strony był ten stan niedogodnym dla małżonka żydowskiego, zmuszał go bowiem do pozostawania we wspólności małżeńskiej.

Jak często jednak w życiu prawnem, tak i tu spotykamy objaw, że mimo nowych ustaw, stosuje się dawniejsze, które uważa się za więcej odpowiadające wymogom czasu. W praktyce przyjmowano więc, że małżonek, który przeszedł na religię chrześcijańską, może zawrzeć nowe małżeństwo wbrew woli drugiego małżonka pozostałego we wierze żydowskiej, przyjmowano jednak także, że małżonek żydowski może wystąpić z żądaniem rozwiązania małżeństwa: gdy zaś wedle praw żydowskich rozwiązanie może się odbyć tylko przez wręczenie i przyjęcie listu rozwodowego, przeto chrześcijanin ma dokonać ceremonij żydowskich z tym aktem połączonych, by w ten sposób żydowi umożliwić wejście w ponowne związki małżeńskie.

Dowodem rozpowszechnienia tego zapatrywania jest zapytanie w roku 1790 wystosowane z okazyi zaszłego wypadku do komisyi kompilacyjnej. W zapytaniu tem wypowiedziano bowiem zdanie, że małżonek, który przeszedł na chrześcijaństwo, winien żonie żydowskiej wręczyć list rozwodowy. Komisya kompilacyjna wyraziła na posiedzeniu odbytem dnia 27. marca 1790 stosownie do obowiązującego prawa zdanie odmienne, a mianowicie, że przejście jednego z małżonków na katolicyzm nie pociąga za sobą rozwiązania małżeństwa, ani też obowiązku męża do wręczenia żonie listu rozwodowego [1]).

Jak obcym wydawał się jednak nowy stan sprawy nawet po upływie dłuższego czasu, tego dowodem zapatrywanie wypowiedziane w roku 1806

Das Eherecht der orientalischen Kirche 1864. str. 756; Vering, Lehrbuch des katholischen, orientalischen und protestantischen Kirchenrechtes, 2. wyd. 1881. str. 899. i nast.).

[1]) Archiwum minist. sprawiedl. 296/6.

przez zachodnio-galicyjski sąd apelacyjny. W Krakowie zdarzyło się w roku 1806, że mąż przeszedł na chrześcijaństwo i ożenił się z chrześcijanką, jakkolwiek poprzednio nie uzyskał sądowego rozwodu małżeństwa żydowskiego. Na zapytanie krajowego sądu w Krakowie objawił sąd apelacyjny zdanie, że małżeństwo żydowskie może być rozwiązane po przejściu jednego z małżonków na wiarę chrześcijańską nawet wbrew woli małżonka żydowskiego, że jednak do tego jest potrzebnem deklaratoryjne orzeczenie sędziego, a ponadto małżonek katolicki może być zniewolony do wręczenia żonie żydowskiej listu rozwodowego. Dopiero komisya ustawodawcza, której najwyższa władza sprawiedliwości przedłożyła sprawę do zaopiniowania, orzekła na posiedzeniu z dnia 16. czerwca 1806, że zmiana religii nie jest powodem niezgodnego rozwodu małżeństwa, ani więc chrześcijanin nie może zawrzeć nowego małżeństwa, ani też żyd nie może domagać się od neofity, by zezwolił na rozwiązanie małżeństwa żydowskiego.

Zeiller, który był referentem sprawy, poruszył kwestyę, czy po przejściu jednego z małżonków na wiarę chrześcijańską zgodne rozwiązanie małżeństwa jest dopuszczalne.

Zeiller sam odpowiedział na pytanie przecząco uznając małżeństwo za nierozwiązalne, a na uzasadnienie podniósł, że małżeństwo nie jest więcej małżeństwem żydowskiem, zwłaszcza, że wobec zakazu władz kościelnych formalności wymagane dla rozwiązania małżeństwa żydowskiego nie mogą być przez chrześcijanina przestrzegane, w szczególności nie może chrześcijanin dokonać wręczenia listu rozwodowego, takie zaś wręczenie jest wedle ustaw austryackich wymogiem rozwiązania małżenstwa. Zeiller zauważył jednak, że należy umożliwić rozwiązanie małżeństwa, w którem jeden z małżonków przeszedł na chrześcijaństwo, a wobec tego zaproponował, aby w kodeksie cywilnym umieszczono postanowienie, że

osoba, która objawiła zamiar przejścia z żydowstwa na chrześcijaństwo, ma być wprzód zapytaną o to, czy pozostawać myśli nadal w związku małżeńskim z drugim małżonkiem, a w razie przeczącym, czy uzyskała już rozwiązanie małżeństwa żydowskiego, jeżeliby rozwiązanie małżeństwa jeszcze nie nastąpiło, należy przez sąd wezwać małżonka żydowskiego do oświadczenia się, czy chce kontynuować związek małżeński z małżonkiem drugim, który ma zamiar przyjąć chrześcijaństwo, przyczem należy zwrócić uwagę obojga małżonków na to, że po przyjęciu chrześcijaństwa przez jednego z nich małżeństwo nie może być więcej rozwiązane. Gdyby małżonek żydowski odmówił dalszego pożycia z chrześcijaninem, należy jeszcze przed chrztem dokonać rozwiązania małżeństwa przez sądowe wręczenie i przyjęcie listu rozwodowego.

Zapatrywanie Zeillera jest o tyle charakterystycznem, że nie odpowiadało obowiązującemu ustawodawstwu, uchwała zapadła też wbrew jego zdaniu, a wydany na podstawie tej uchwały dekret nadworny z dnia 28. czerwca 1806 nr. 771 zb. u. s. załatwiając wprawdzie tylko przypadek specyalny, zawierał jednak ogólne postanowienie, że „przez przejście jednego z małżonków z religii żydowskiej na chrześcijańską nie rozwiązuje się ważne małżeństwo“, że jednak „może być rozwiązane przez zgodnie przed sądem złożone wzajemne oświadczenie“. Z dekretu nadwornego wynika więc, że i po dokonanym chrzcie rozwiązaniu małżeństwa nic nie stoi na przeszkodzie.

Wspomniany dekret nadworny nie nadaje żadnemu z małżonków prawa domagania się rozwiązania małżeństwa wbrew woli drugiego z powodu zmiany religii, z ustępu trzeciego bowiem tylko to wynika, że mąż może być tylko wtedy zniewolony do wręczenia listu rozwodowego, jeżeli sądownie oświadczył, że zgadza się na rozwiązanie małżeństwa, a w następstwie waha się dokonać ceremonii wręczenia listu

rozwodowego, z czego jednak żadną miarą przyjąć nie można, by zbędnem było dobrowolne oświadczenie małżonka [1]).

Podczas obrad nad rewizyą kodeksu cywilnego podniósł na posiedzeniu komisyi ustawodawczej z d. 25. maja 1807 Pratobevera, że w ustawie należy uczynić wzmiankę o „najwyższych postanowieniach, wedle których w poszczególnych przypadkach zezwolono żydowskiemu małżonkowi zawrzeć ponowne małżeństwo, jeżeli drugi przeszedł na religię katolicką", na co Zeiller zauważył, że przestudyuje akta, a następnie skorzysta z nich przy redakcyi odnośnych postanowień [2]).

W następstwie umieszczono w rewidowanym projekcie § 127, który w superrewizyi i ustawie cywilnej był oznaczony jako § 136 i wypowiada w pierwszem zdaniu, że zmiana wyznania nie wpływa na małżeństwo rytualne, a więc zawiera w skróceniu to, co wypowiada ustęp pierwszy dekr. nadw. z roku 1806, w drugiem zdaniu zaś powiada, że małżeństwo można i po przejściu jednego z małżonków na religię chrześcijańską rozwiązać z powodów, dla których rozwiązanie małżeństwa żydowskiego jest dopuszczalne.

Kodeks cywilny rozwiązał więc kwestyę, o której dekret nadw. z roku 1806 nie wspomina, a mianowicie, czy mąż może uzyskać rozwód wbrew woli małżonki z powodu popełnionego przez nią cudzołostwa, jeżeli on sam albo też jego małżonka przyjęła religię chrześcijańską [3]).

---

[1]) Archiwum minist. sprawiedl. 296/34. Wedle pruskiego landrechtu, część II. tyt. 1. § 715., na który powołuje się Zeiller w swoim referacie, „nadaje małżonek przez zmianę swojej dotychczasowej religii drugiemu słuszny powód do skargi o rozwód".

[2]) Ofner, t. II. str. 351.

[3]) Postanowienie kodeksu cywilnego, że zmiana wyznania jednego z małżonków nie uprawnia do rozwodu, nie tylko nie odpowiada prawu kanonicznemu, lecz także i prawu żydo-

III.

Kodeks cywilny nie zawierał postanowienia o wpływie zmiany wyznania obojga małżonków, kwestya była więc nadal wątpliwą. Przedmiotem rozpatrywania ustawodawczego stała się ona dopiero w r. 1819, gdy galicyjski sąd apelacyjny mając roztrząsać inne kwestye postanowił zastanowić się także nad tem, czy żydowscy małżonkowie, którzy przeszli na religię chrześcijańską, mogą uzyskać rozwiązanie małżeństwa, jeżeli ich związek nie został przez chrześcijańskiego duszpasterza pobłogosławiony. W galicyjskim sądzie apelacyjnym były zdania podzielone, jedni oświadczyli się za tem, że przepisy dla małżeństw żydowskich wydane mają zastosowanie, małżeństwo bowiem ma być dalej uważane za zwykły kontrakt cywilny, a nie za sakrament, jest więc rozwiązalne, drudzy podzielali zapatrywanie, że małżeństwo staje się po przejściu małżonków na katolicyzm tylko wtedy nierozerwalnem, jeżeli pobłogosławienie małżonków przez kapłana chrześcijańskiego nastąpiło, większość oświadczyła się za tem, że przepisy wydane dla chrześcijan mają być bezwarunkowo stosowane, małżonkowie bowiem porzucili przez chrzest żydowstwo, obojętnem zaś jest dla kwestyi rozerwalności małżeństwa, czy należy je uważać za sakrament.

Galicyjski sąd apelacyjny przedłożył kwestyę do rozstrzygnięcia najwyższej władzy sprawiedliwości, a

---

wskiemu. Wedle prawa biblijno-talmudycznego zmiana wyznania jednego z małżonków nie powoduje rozwiązania małżeństwa (Duschak, str. 92), mąż może jednak żonę, która przeszła na religię chrześcijańską, oddalić przez wręczenie listu rozwodowego (Goldszmit, str. 169. i nast., 210. i nast.). Gdyby mąż przeszedł na chrześcijaństwo, może żona żądać, by jej wręczył list rozwodowy, jeżeliby zachodziła obawa, że wskutek porzucenia wiary żydowskiej spowoduje żonę do naruszenia przepisów mojżeszowych (inaczej Fassel, Das mosaisch-rabbinische Civilrecht 1852. t. I. str. 64., który zmianę wyznania uważa za słuszny powód rozwodu). Por. Wessely, str. 246. nr. 70.

ta komisyi ustawodawczej, która ją rozpatrywała na posiedzeniu odbytem dnia 29. grudnia 1819.

Dolliner, który był referentem sprawy, podniósł, że małżonkowie z przyjęciem chrztu porzucili swoje zapatrywania o rozwiązalności małżeństwa i przyjęli zasady chrześcijańskie. „mogą więc tylko wtedy i o tyle żądać rozwiązania małżeństwa, o ile one dopuszczają rozwiązania, a więc wedle różnicy przyjętego wyznania chrześcijańskiego albo wcale nie albo też tylko z pewnych oznaczonych i doniosłych przyczyn". Jeżeli więc małżonkowie zostali katolikami, to ich małżeństwo nie może być rozwiązane „jakkolwiek chrześcijański duszpasterz nie udzielił im ponownego ślubu".

Zgodnie ze zdaniem referenta zapadła uchwała komisyi ustawodawczej, a tę uchwałę zakomunikowano najwyższej władzy sprawiedliwości. W następstwie powziął cesarz Franciszek I. dnia 24. lipca 1821 postanowienie zgodne z uchwałą komisyi ustawodawczej, a to przeszło do dekr. nadw. z dnia 10. sierpnia 1821 nr. 1789 zb. u. s., który w ustępie dotyczącym naszej kwestyi opiewa:

„Jeżeli oboje małżonkowie przejdą na religię chrześcijańską, to należy im samym pozostawić, czy chcą swoje małżeństwo przez kapłańskie pobłogosławienie nowego duszpasterza uświęcić".

Z historyi powołanego dekr. nadw. wynika, że przytoczone dopieroco słowa nie mają innego znaczenia, jak tylko to, że pobłogosławienie małżeństwa jest obojętne, i że nie ma żadnego wpływu na rozwiązalność względnie nierozwiązalność małżeństwa, wynika także, że wedle intencyi ustawodawcy małżeństwo ma być uważane za nierozerwalne, jeżeliby małżonkowie przyjęli katolicyzm [1]).

[1]) W literaturze prawa austryackiego przyjmowano powszechnie, że pobłogosławienie małżeństwa przez kapłana chrześcijańskiego jest obojętne (Grassl, str. 307. i nast.). Tylko Winiwarter, Das oesterreichische bürgerliche Recht 1831. t. I. str. 334.

Także później jeszcze zajmowało się ustawodawstwo austryackie sprawą małżeństw żydowskich po przejściu jednego lub obojga małżonków na religię chrześcijańską.

Ponieważ wedle dekretu nadw. z dnia 26. sierpnia 1814 nr. 1099 zb. u. s. nie może katolik po rozwiązaniu małżeństwa zawrzeć ponownego małżeństwa za życia drugiego małżonka, powstała wątpliwość, czy przepis ten należy odnieść także do przypadku, gdy rozwiązanie małżeństwa żydowskiego nastąpiło po przejściu jednego z małżonków na religię katolicką.

By usunąć wątpliwości, stanowi dekret kancel. nadw. z dnia 4. lutego 1837 nr. 168 zb. u. s., że t. z. impedimentum catholicismi nie odnosi się do żydów, którzy przeszli na religię katolicką i są zapomocą listu rozwodowego rozwiedzeni z małżonkiem, który pozostał w żydowstwie.

Jeszcze jeden raz spotykamy postanowienie ustawodawcze, a mianowicie w r. 1853.

Kwestya, czy małżonkowie żydowscy po przejściu na religię chrześcijańską mogą uzyskać rozwiązanie małżeństwa, była wątpliwą wobec niejasności ostatniego ustępu dekr. nadw. z dnia 20. sierpnia 1821. Dla usunięcia wątpliwości ogłosiło na podstawie upoważnienia cesarza z dnia 6. sierpnia 1853 ministeryum sprawiedliwości reskrypt z dnia 8. sierpnia 1853 nr. 160 dz. u. p. i postanowiło w nim, że „przy małżeństwach, które osoby wyznania żydowskiego zawarły wedle przepisów obowiązujących dla wyznawców tej

i nast., zajął odmienne stanowisko. W. przyjmuje, że małżeństwo żydowskie tylko wtedy ma być oceniane podług przepisów obowiązujących małżeństwa chrześcijańskie, jeżeli małżonkowie jako chrześcijanie kontynuowali pożycie albo postarali się o pobłogosławienie, tylko wtedy bowiem można przyjąć, że zrzekli się prawa rozwiązania małżeństwa żydowskiego, bez zrzeczenia zaś, czy to wyraźnego, czy też milczącego, małżeństwo nie przestaje być rozwiązalnem (W., str. 335.).

wiary“ należy „po przejściu obojga małżonków na religię chrześcijańską kwestyę rozwiązania małżeństwa albo seperacyi od stolu i łoża rozstrzygać wedle przepisów istniejących dla tego chrześcijańskiego wyznania, na które małżonkowie przeszli“ [1]).

IV.

Wobec przepisów ustawowych może mąż, który przeszedł z żydowstwa na chrześcijaństwo, wystąpić

[1]) Powodem, dla którego wydano wyżej przytoczone rozporządzenie z roku 1853, był specyalny przypadek, w którym małżonkowie żydowscy po przejściu na katolicyzm prosili o zezwolenie na rozwód przez wręczenie listu rozwodowego (Por. Michel, II. (1871) str. 35.)

Jeżeliby małżonkowie stali się bezwyznaniowymi, mogą żądać rozwiązania małżeństwa z powodów w § 115. u. c. wymienionych (§ 2. ust. z dnia 9. kwietnia 1870. nr. 51. dz. u. p.). Por. orzecz. Gl. U., N. F. t. 9. nr. 3399.

Jeżeli małżeństwo było od samego początku mieszanem a więc żyd poślubił chrześcijanina na podstawie uzyskanej dyspenzy, albo też zawarł małżeństwo zagranicą, przyczem skutki nie miały nastąpić w Austryi (por. orzecz. Gl. U., N. F. t. 10 nr. 3787), powstaje pytanie, czy małżeństwo takie jest rozwiązalne, a takie same pytanie powstaje, jeżeli małżeństwo zawarł żyd z bezwyznaniowym. Pod tym względem przyznajemy słuszność zdaniu Rittnera, Oest. Eherecht 1876. str. 355. i nast. (za którym idzie Stubenrauch, Commentar, 5. wyd. 1887. t. I. str. 229.) i Tilla, t. V. str. 159. uw. 10, że przepisy odnoszące się do wyznania małżonka rozstrzygają o jego prawach, żyd może więc żądać rozwiązania z powodów dla żydów ustanowionych, chrześcijanin albo bezwyznaniowy z powodów w § 115. u. c. wymienionych. Za tem zdaniem przemawia to, że należy stosować przepisy i jednego i drugiego wyznania, nie można ich jednak stosować odnośnie do obojga małżonków, należy więc każdego poddać przepisom dla jego wyznania wydanym. (Inaczej Anders, Grundriss des Familienrechts 1899. str. 21., który odróżnia, czy małżeństwo zostało zawarte jako żydowskie, czy też przed władzą państwową i podług tego chce stosować albo prawo żydowskie albo przepis § 115. u. c.). Gdyby jednak katolik zawarł małżeństwo z żydem, to byłoby ono nierozerwalnem. Por. orzecz. Gl. U. W. t. 19. nr. 8292 i nr. 8536, dotyczące wypadków małżeństwa żyda z bezwyznaniową kobietą i żydówki z bezwyznaniowym mężczyzną.

przeciw żonie żydowskiej z żądaniem rozwiązania małżeństwa z powodu cudzołostwa [1]), tak samo może mąż żydowski z takiem samem żądaniem i z tego samego powodu wystąpić przeciw żonie, która przyjęła chrzest, dalej mogą małżonkowie, z których jeden przeszedł na chrześcijaństwo, zgodnie rozwiązać małżeństwo [2]), gdy zaś razem przyjęli akatolicyzm, mogą uzyskać rozwiązanie z powodów w § 115 ust. cyw. wymienionych, tylko więc małżeństwo katolików jest nierozwiązalne.

Jedno jednak należy poczynić ograniczenie. Ustawa ma na myśli przypadek, w którym oboje małżonkowie przyjęli już religię chrześcijańską, nie uwzględnia zaś przypadku, w którym chrzest odbył się sukcesywnie, a nie równocześnie. Ten przypadek należy odmiennie traktować, aż do chwili bowiem przejścia drugiego małżonka na chrześcijaństwo, było małżeństwo rozwiązalne jako żydowskie.

Jeżeli więc zaszedł powód do rozwiązania przed przyjęciem chrztu przez małżonka drugiego, może każdy małżonek wystąpić z żądaniem rozwiązania przeciw drugiemu, a wskutek przyjęcia chrztu nie można pozbawić małżonka prawa już nabytego. Jeżeliby przeto mąż, który przeszedł z żydowstwa na katolicyzm, nabył już prawo domagania się rozwiązania

---

[1]) Tak Grassl, str. 274. i nast. Inaczej Bartsch, Das gerichtliche Verfahren in Ehesachen 1894. str. 208., który powołując się na analogię § 116. u. c., przyznaje katolikowi tylko prawo podpisania prośby o zgodny rozwód, nie zaś prawa żądania rozwodu wbrew woli żony.

[2]) Żydowski małżonek nie może przeciw temu, który przeszedł na akatolicyzm, wystąpić z żądaniem rozwiązania małżeństwa po myśli § 115. u. c., to ostatnie postanowienie odnosi się tylko do małżeństw akatolickich. Por. Grassl, str. 281. i nast. (Odmienne zapatrywanie wypowiedział w r. 1820 rząd krajowy niższo-austryacki i przyznał małżonkowi żydowskiemu prawo żądania przeciw neoficie rozwodu po myśli § 115. u. c. (Por. Barth-Barthenheim, Politische Verfassung der Israeliten im Lande unter der Enns 1821. str. 361.).

małżeństwa z powodu cudzołostwa żony, to przejście żony na religię chrześcijańską po popełnieniu cudzołostwa nie może uczynić małżeństwa nierozwiązalnem[1]). Za tem przemawia racya ustawy. O ile bowiem jeden z małżonków daje powód do rozwiązania w czasie, gdy małżeństwo ma być uważane za chrześcijańskie, należy stosować normy dla chrześcijan wydane, jeżeliby jednak przyczyna rozwiązania zaszła w czasie, gdy jeszcze obowiązują normy dla małżeństw żydowskich wydane, to należy je stosować, jakkolwiek po zajściu przyczyny małżeństwo podlegało innym postanowieniom prawnym[2]).

Odpowiedzi na pytanie, czy i pod jakimi warunkami jest rozwiązalne małżeństwo, jeżeli małżonkowie przeszli z religii żydowskiej na chrześcijańską, ale każdy z nich na inne wyznanie, nie znajdujemy w ustawie, a tak samo brak rozstrzygnięcia w przypadku powrotu małżonków do religii żydowskiej, albo dalszej zmiany wyznania.

Rozstrzygnąć możemy obydwie kwestye, jeżeli uwzględnimy, jaką zasadę przyjęła ustawa co do

[1]) Tak samo należy rozstrzygnąć kwestyę, czy małżonkowie, którzy przeszli z żydowstwa na akatolicyzm, mogą żądać rozwiązania małżeństwa z przyczyn w § 115. u. c. wymienionych, jeżeli przyczyna zaszła przed przyjęciem wiary chrześcijańskiej, należy zatem przyjąć, iż rozwiązanie małżeństwa wbrew woli drugiego małżonka nastąpić nie może, chyba, gdyby żona popełniła poprzód cudzołostwo, ten powód rozwiązania bowiem ustanowiony jest i dla żydów i dla akatolików.

[2]) Kwestya powyższa jest specyalną kwestyą ogólniejszej, a mianowicie jaki wpływ wywiera na stosunki prawne zmiana pewnych właściwości osób lub przedmiotu, jeżeli ustawa nie normuje pewnego stosunku prawnego jednolicie, lecz zawiera rozmaite postanowienia wedle poszczególnych właściwości. Ustawa może przywiązywać wagę do tego, czy osoba jest cudzoziemcem, czy należy do pewnego stanu, czy przedmiot jest ruchomością, czy też nieruchomością, czy ostatnia jest większą lub mniejszą posiadłością i t. p. Zmiana faktycznego stanu wywołuje kwestyę, jakie przepisy należy stosować, czy odnoszące się do dawnego stanu, czy też do nowego.

wpływu zmiany wyznania małżonków na rozwiązalność małżeństwa.

Teoretycznie są dwie zasady możliwe, albo zasada, że normy obowiązujące dla pewnego małżeństwa mają być zawsze stosowane bez względu na to, jakie wyznanie przyjęli później małżonkowie, albo też zasada, że zmiana wyznania powoduje także stosowanie odmiennych przepisów wydanych dla wyznawców tej wiary, na którą przeszli małżonkowie [1]).

Ustawodawstwo nie może się trzymać wyłącznie jednej lub drugiej zasady, ze względów praktycznych bowiem jest wskazany wyłom w przyjętej zasadzie na korzyść drugiej. Jeżeli jednak ustawa przyjęła pewną zasadę, to należy ją stosować w tych przypadkach, w których w ustawie nie znajdujemy wyraźnej odpowiedzi.

Jaką zasadę przyjęło ustawodawstwo austryackie?

Pozytywne przepisy ustawy cywilnej przemawiają za tem, że zasadą jest, iż zmiana wyznania małżonków pozostaje bez wpływu na stosunek małżeński w szczególności na dopuszczalność rozwiązania małżeństwa.

Za tem przemawia przepis § 111 u. c., dotyczący małżeństw katolickich albo też mieszanych, w których jeden z małżonków był w chwili zawarcia małżeństwa katolikiem: za tą zasadą przemawia także przepis § 136 u. c. stanowiący, że przejście jednego z małżonków na religię chrześcijańską nie czyni małżeństwa żydowskiego nierozwiązalnem [2]).

[1]) Zasada, że zmiana wyznania powinna pozostać bez wpływu na to, jakie prawo stosować należy, jest całkiem odpowiednią, od woli bowiem małżonków nie powinna być zawisłą rozwiązalność małżeństwa w przypadkach, w których ustawa na rozwiązanie nie zezwala.

[2]) Tak samo ma się rzecz, jeżeliby jeden z małżonków akatolickich albo obydwoje przeszli na żydowstwo. Innego zdania Grassl, str. 289. i nast., który podnosi, że małżeństwo nie jest już akatolickiem; tylko małżonek, który wytrwał we wierze chrześcijańskiej, może zdaniem G. żądać rozwiązania małżeństwa

Od przyjętej zasady istnieją wyjątki, a mianowicie w przypadku, gdy oboje małżonkowie zmieniają religię żydowską na chrześcijańską, dalej, gdy akatolicy stają się katolikami. W tych przypadkach stosuje się przepisy nowego wyznania, a stosuje się je ze względu na wiarę chrześcijańską i wyznanie katolickie. Wiara chrześcijańska powoduje zmianę w obowiązujących przepisach, tę wiarę stawia ustawodawstwo wyżej niż żydowską, ponadto przyznaje przewagę religii katolickiej i ze względu na nią małżeństwo rozwiązalne uznaje nierozwiązalnem.

Małżeństwo żydowskie jest więc rozwiązalnem według przepisów akatolickich, jeżeli małżonkowie przyjęli akatolicyzm, jest zaś nierozerwalnem, jeżeli małżonkowie stali się katolikami, małżeństwo akatolickie zaś po przejściu małżonków na katolicyzm jest nierozerwalne, albo też w razie zmiany wyznania akatolickiego na katolickie przez jednego tylko z małżonków staje się nierozerwalnem dla katolika [1]).

Oprócz wymienionych wyjątków, które dopuszczają stosowania przepisów nowego wyznania, innych nie mamy, to też musimy zawsze stosować zasadę, że zmiana wyznania pozostaje bez wpływu na rozwiązalność małżeństwa. Jeżeliby więc akatolicy przeszli na wyznanie żydowskie, to małżeństwo ich jest rozwiązalne podług postanowień wydanych dla akatolików, a nie dla żydów.

---

z powodów w § 115. u. c. wymienionych; mąż, który przeszedł na żydowstwo, może żądać rozwiązania tylko z powodu cudzołostwa żony i może podpisać podanie o rozwód z powodu nieprzezwyciężonego wstrętu, te dwa powody są i dla żydów wprowadzone (str. 291. i nast.) i dlatego może z nich żyd korzystać (Przeciw temu Rittner, str. 355. uw. 14.). Podobnie wywodzi G. odnośnie do przejścia obydwu małżonków na żydowstwo (str. 324.).

[1]) Także w razie powrotu do wiary akatolickiej. Por. Dolliner, Ausfuhrliche Erlauterung des zweiten Hauptstückes des allg. bürg. Gesetzbuches, t. IV. (1835) st. 192. i nast., 205.

Znając zasadę, którą powoduje się ustawodawca możemy znaleźć odpowiedź na pytanie wyżej wymienione.

Jeżeli jeden z małżonków żydowskich przeszedł na katolicyzm, a drugi na akatolicyzm, to małżeństwo ma być traktowane podług norm dotychczasowych, jest więc rozwiązalne tak, jak małżeństwo żydowskie. Małżonkowie mogą więc zgodnie uzyskać rozwiązanie, mąż może ponadto osiągnąć rozwiązanie z powodu cudzołostwa żony [1]).

Przeciw naszemu zapatrywaniu nie można podnieść, że mamy do czynienia z małżeństwem chrześcijańskiem i że to małżeństwo jest nierozwiązalne wobec tego, iż jeden z małżonków jest katolikiem, nie można też przyjąć, że małżeństwo chrześcijańskie jest rozwiązalne, ale z przyczyn ustanowionych dla akatolików [2]). Uwzględnić bowiem należy, że małżonek, który przeszedł na wiarę akatolicką, nie stracił jeszcze wskutek tego prawa rozwiązania małżeństwa i małżeństwo akatolickie jest bowiem rozwiązalne i to pod niejednym względem łatwiej niż żydowskie, małżonek drugi nie mógł więc akatolika pozbawić prawa rozwiązania małżeństwa przez to, że przyjął wiarę katolicką [3]).

---

[1]) Inaczej Lasch, Bemerkungen zum Justizministerial-Erlasse vom 8. August 1853, nr. 130 R. G. Bl., w Allg. oest. Gerichts-Zeitung, nr. 118 (4. rocznik) z r. 1853, str. 489—490, który jest zdania, że katolik nie może żądać rozwiązania małżeństwa, akatolik zaś z powodów w § 115. u. c. wymienionych (tak samo Bartsch, str. 208.). Grassl, str. 313., jest zdania, że katolik nie może żądać rozwiązania małżeństwa, akatolik zaś może żądać rozwodu z powodu nieprzezwyciężonego wstrętu i jako mąż z powodu cudzołostwa żony.

[2]) Grassl, str. 315. i nast.

[3]) Inaczej kwestyę rozstrzygają Rittner, str. 344. i Anders, Das Familienrecht 1887. str. 80., którzy przyjmują, że rozstrzygającem jest wyznanie małżonków w chwili zawarcia i rozwiązania małżeństwa, nie zaś ich wyznanie w czasie pośrednim, uważają więc za rozwiązalne małżeństwo żydów, którzy przeszli na katolicyzm, a następnie napowrót na żydowstwo. To samo zapa-

Z drugiej strony nie mogło nastąpić rozszerzenie praw małżonków przez przejście jednego z nich na religię akatolicką, małżeństwo nie jest więc rozwiązalne z przyczyn dla akatolików ustanowionych, prawa rozwiązania małżeństwa nie uzyskał jeszcze katolik wskutek tego, że drugi małżonek przeszedł na akatolicym. Małżeństwo jest więc rozwiązalne, ale nie z przyczyn dla akatolików, lecz dla żydów ustanowionych.

Jeżeliby małżonkowie po przejściu na religię chrześcijańską wyznanie dalej zmienili, to okoliczność ta pozostaje bez wpływu na rozwiązalność małżeństwa chyba, żeby małżonkowie lub jeden z nich został katolikiem. Jeżeli zatem akatolicy stają się napowrót żydami, to małżeństwo jest rozwiązalne, tak jak małżeństwo akatolików, nie zaś podług przepisów dla małżeństw żydowskich wydanych; jeżeli katolicy przechodzą napowrót na wiarę żydowską małżeństwa więcej rozwiązać nie mogą, zasadą jest bowiem, że zmiana wyznania nie ma wpływu na rozwiązalność małżeństwa [1]).

---

trywanie wypowiedziały sądy pierwszej i drugiej instancyi w orzeczeniach przytoczonych przez Brügela, Der unus casus der vollen Trennbarkeit einer Ehe bei katholischem Religionsbekenntnis des anderen Eheteiles w Juristische Blätter z roku 1910, nr. 46 (str. 545—547). W przypadku omówionym przez B. stali się małżonkowie żydowscy bezwyznaniowymi, następnie przeszli na katolicyzm, a następnie żona stała się znowu bezwyznaniową, z powodu złośliwego opuszczenia ze strony męża wystąpiła żona ze żądaniem rozwodu i utrzymała się z niem w dwu instancyach, przyjęto bowiem, że przepis § 115. u. c. ma do niej zastosowanie, jakkolwiek mąż jest katolikiem. W ten sposób od woli małżonka byłoby zawisłem, czy małżeństwo ma być rozwiązane, wystarczałaby zmiana wyznania. Wątpić należy, czy ten sposób odpowiada zasadom prawa małżeńskiego.

O ŻEGLUDZE POWIETRZNEJ ZE STANOWISKA PRAWA PRYWATNEGO

NAPISAŁ

Dr FRANCISZEK BOSSOWSKI

Literatura.

André Henry-Coüannier. „Du droit de circulation et du droit d'atterissage" (referat zgłoszony na I. kongres międzynarodowy prawniczy dla unormowania żeglugi powietrznej w Weronie);

von Lyncker. Das Recht der Luftschiffahrt. Leipzig 1909. (cytowany przez poprzedniego na str. 5).

Arnaldo de Valles. L'espace aérien et sa domanialité. Odbitka z Revue juridique internationale de la Locomotion aérienne. Paris 1910.

I.

Skutkiem postępów w konstrukcyi balonów i aeroplanów nabiera już żegluga powietrzna praktycznego znaczenia, jako środek komunikacyi. Tak n. p. w Niemczech zaprowadzono stałe połączenie balonowe na linii Friedrichshaven-Konstancya; tak samo projektują stałą komunikacyę balonową między Calais a Dover.

Za rozwojem żeglugi powietrznej pójść musi i unormowanie tych nowych stosunków przez prawo[1]). W szczególności władze państwowe muszą rozciągnąć nadzór nad ruchem powietrznym, zarówno ze względów policyjnych jak i międzynarodowych, a zwłaszcza ze względu na niebezpieczeństwo ewentualnego najazdu nieprzyjacielskiego, przepisy zaś normujące tę kontrolę stworzą nową gałęź prawa administracyjnego. Spodziewać się dalej należy powstania odrębnych przepisów

[1]) Potrzeba unormowania tych stosunków przez prawo, jest już powszechnie odczuwaną, jak tego dowodzi międzynarodowy kongres prawniczy, zwołany w tym celu do Werony, który tam obradował od 31. maja do 2. czerwca 1910.

przystosowanych specyalnie do kontraktu o przewóz powietrzem osób i towarów i t. d.

Wszystkie te jednak zagadnienia pozostawiam na boku, ograniczając się do zbadania, o ile dzisiaj obowiązujące prawo prywatne dozwala na przelot balonów i aeroplanów ponad obcemi nieruchomościami; warunki bowiem, pod jakimi przelot ten uznany zostanie za dopuszczalny, wywrą wprawdzie pośredni ale znaczny wpływ na przyszłe ukształtowanie się tamtych gałęzi ustawodawstwa.

Otóż obowiązujące prawo austryackie, idąc podobnie jak i kodeks Napoleona za wzorem prawa rzymskiego [1]), zabrania w zasadzie takiego przelotu, a to z tego powodu, że własność pewnej nieruchomości obejmuje nie tylko samą powierzchnię ziemi, lecz także podziemie aż do samego środka kuli ziemskiej [2]), a nadto, całą przestrzeń znajdującą się nad powierzchnią tegoż gruntu [3]), i to bez żadnych ograniczeń [4]),

---

[1]) Windscheid-Kipp I. § 139 uw. 3. i § 168 tekst oraz uw. 2.; odmiennego zapatrywania Werenberg. Jahrbücher für Dogmatik VI., str. 12 sq.

[2]) Dekret nadworny z 4/2 1814, 11/3 1819, 28/7 1832, 24/10 1833, 27 2 1835, § 124 powszechnej ustawy górniczej z r. 1854; cf. Krainz-Ehrenzweig I. § 192, str. 542, 543, art. 552 kod. cyw. Napoleońskiego.

[3]) Cf. §§ 297, 422, 475 ust. 4. k. c.; dalej § 8 ustawy dla Galicyi z 8/10 1907 Nr. 130 D. u. kr. (zakazuje prowadzenia drutów ponad drogami publicznemi bez zezwolenia kompetentnej władzy; drogi takie są własnością funduszów puplicznych, pomimo obciążenia prawem publicznego użytku); art. 552, kod. cyw. Napol.

[4]) Ihering. Jahrbücher für Dogmatik VI., str. 89 sq. utrzymuje, iż prawo własności zarówno w jednym jak i w drugim kierunku sięga jedynie tak daleko, jak daleko sięga praktyczna potrzeba, a mianowicie interes właściciela. Podobnie Hesse ibidem str. 393 sq, Julliot w Revue des idées de 15. decembre 1908 (u Henry-Coüannier'a str. 5) i O. N. T. austr. z 27/4 1907 L. 13907, G. U. W. Nr. 3995; Fauchille (u Henry-Coüannier'a str. 5) przyjmuje na tej zasadzie 300 metrów jako granicę prawa własności ku górze, a to z tego powodu, że wysokości tej dosięga najwyższa dotychczas znana budowla. Arnold de Valles. L'espace

czyli innemi słowy, własność nieruchomości przedstawia się jako własność pewnej części (wycinka) kuli ziemskiej, sięgającej od środka tejże kuli aż do prze-

aérien et sa domanialité (odbitka z Revue juridique internationale de la locomotion aérienne 1910) uważa całą przestrzeń powietrzną za dobro publiczne. Wszystkie jednak ograniczenia prawa własności są przepisami wyjątkowymi (cf. Randa Eigenthum § 5 i podana tam literatura. Windscheid I. § 169) i dlatego właśnie, wobec braku wyraźnych postanowień w odnośnych źródłach prawnych nie można ich wprowadzać do prawa rzymskiego, austryackiego lub francuskiego. Natomiast przyjęte przez nas, zgodnie z communis doctorum opinio, określenie granic prawa własności nie będzie absurdem, jeżeli odniesiemy je wyłącznie do t. zw. negatywnej jego strony. Przy własności bowiem rozróżnić należy stronę pozytywną t. j. moc właściciela do swobodnego rozporządzania swą rzeczą, oraz stronę negatywną t. j. zakaz wszelkiej obcej ingerencyi. cf. Windscheid I. § 167 uw. 1 a., Schlossmann, Der Vertrag, str. 338 sq. Strona pozytywna prawa własności, czyli moc właściciela do rozporządzania swą rzeczą, jest właściwie tylko konsekwencyą zakazu, stanowiącego negatywną stronę tegoż prawa. Otóż ta pozytywna strona prawa własności, czyli moc właściciela rozciąga się tak daleko w głąb ziemi, względnie w górę, jak daleko potrafi sam właściciel sięgnąć przy pomocy środków technicznych, stojących do jego dyspozycyi, a dalej poza te granice rozciąga się jedynie negatywna strona własności, t. j. wykluczenie obcej ingerencyi. Wobec ciągłych postępów techniki należy uznać tego rodzaju unormowanie sprawy w zasadzie za właściwe, bo jak długo człowiek, dla braku środków technicznych, pewnych sfer podziemia lub powietrza opanować nie może, tak długo negatywna strona własności, o ile na te sfery się rozciąga, nie stanowi faktycznie dla nikogo przeszkody w ich ekonomicznej eksploatacyi. Kiedy jednak, w miejsce najwyżej kilkupiętrowych domów, nauczono się budować kilkunastopiętrowe „drapacze niebios“, kiedy dalej nauczono się budować napowietrzne koleje żelazne, wznosić mosty i wiadukty na wysokości dotychczas niepraktykowanej, natenczas negatywna strona własności sprawiła, że te nowo zdobyte przestrzenie przyrosły właścicielom przylegających nieruchomości, a tem samem zapobiegła możliwym konfliktom sprzecznych interesów. O ile zatem chodzi o praktyczny rezultat, to rzecz miała się tutaj podobnie, jak to, według prawa rzymskiego, dzieje się z opuszczonem korytem rzeki publicznej lub z wyspą powstałą w takiem korycie (Windscheid-Kipp, I., § 185.).

strzeni międzyplanetarnej. Wobec tego oczywiście balony i aeroplany, o ile przelatują obecnie ponad nieruchomościami prywatnemi, to, albo czynią to praecario modo na podstawie dorozumiałego zezwolenia właściciela, albo popełniają przez tę podróż bezprawie, przeciwko któremu może właściciel bronić się zapomocą skargi negatoryjnej. W obecnych warunkach, gdzie zainteresowanie się żeglugą powietrzną jest tak wielkie i tak powszechne, a właściciel nieruchomości nie obawia się poważniejszej szkody ze strony balonów, to oczywiście ze swego prawa nie myśli on korzystać; skoro jednak to zainteresowanie przeminie, aeronautyka spowszednieje, a z rozpowszechnieniem się balonów i aeroplanów dadzą się ludności coraz częściej uczuwać szkody, wywołane wypadkami w żegludze powietrznej (do których jeszcze niżej powrócę), a nadto, kiedy z tej żeglugi przedsiębiorcy zaczną ciągnąć znaczniejsze zyski, natenczas właściciel niewątpliwie ze swego prawa skargi nieraz skwapliwie skorzysta [1]).

Wprawdzie według prawa rzymskiego obowiązany był właściciel nieruchomości zezwolić sąsiadowi na pewne materyalne immisye, o ile one były koniecznem następstwem zwykłego użytku sąsiedniej nieruchomo-

O ile zasady te wymagają modyfikacyi ze względu na potrzeby żeglugi powietrznej, o tem na razie przesądzać nie chcę, lecz zapatrywanie swoje objawię dopiero na końcu niniejszej pracy.

[1]) Przykłady podobnej zmiany postępowania znajdujemy w historyi ustroju agrarnego i dlatego możemy się spodziewać podobnych wypadków także w przyszłości. Tak n. p. łąki i lasy były własnością panów gruntowych, którzy uważając je za nieużytki, nie nadające się do uprawy, pozwalali zazwyczaj poddanym korzystać z nich bez żadnych ograniczeń; kiedy jednak, ze zmianą stosunków ekonomicznych, grunty i drzewo poczęły nabierać coraz większej wartości i zachodziła obawa, że panowie gruntowi cofną swe pozwolenie, wówczas patenty z końca XVIII. wieku, normując stosunki poddańcze, nałożyły na grunty dworskie służebność w granicach dotychczasowego czysto faktycznego użytku.

ści, jak n. p. o ile chodzi o nieznaczne zawilgocenie ściany od sąsiedniej łazienki (l. 19. D. 8. 2), lub o napływ dymu ze zwykłego ogniska domowego na cudzą nieruchomość (l. 8. § 6, D. 8, 5), ale obowiązek ten wypływał ze stosunku obligatoryjnego, istniejącego ex lege między każdoczesnymi właścicielami sąsiadujących nieruchomości[1]), zatem wątpliwem jest, czy w braku pozytywnego przepisu można te ograniczenia przenosić do prawa austr.[2]). W dodatku przepisy te ograniczały właściciela jedynie w stosunku do sąsiada, a jako przepisów iuris singularis nie można ich bezwarunkowo rozszerzać w drodze analogii[3]).

Otóż, według obecnie obowiązującego prawa austryackiego, jedynie balony i aeroplany, używane dla celów wojskowych (niezależnie od tego, czy są własnością rządu, czy też osób prywatnych), mogłyby żeglować swobodnie nad całą przestrzenią krajów tutejszych, a to po myśli § 20 i § 56 ustawy z 11/6 1879 Nr. 93 dz. ust. państw., rozporządzenia ministeryalnego z 1/7 1879 Nr. 94 Dz. ust. państw. i art. I. ustawy z 25/6 1895 Nr. 100 Dz. ust. państw., zmieniającej § 56 poprzedniej ustawy, przyczem jednak c. i k. skarb wspólny, względnie c. k. skarb państwa austryackiego byłby obowiązany do wynagrodzenia stronom prywatnym wszelkiej szkody majątkowej, i to nawet przypadkowej, zrządzonej przez balony i aeroplany[4]).

Powyższy wypadek przedstawia się — nie jako wywłaszczenie — lecz jako ograniczenie prawa własno-

[1]) Windscheid l. § 169 ust. 1. Literatura tamże, uw. 7.

[2]) Tak Randa. Eigenthumsrecht, str. 119 sq.

[3]) Odmiennego zapatrywania Piniński „Pojęcie i granice prawa własności", który twierdzi, że nawet bezpośrednie wpływy na cudzą nieruchomość są dozwolone, jeżeli nie wyrządzają właścicielowi szkody (§ 8), a przepis ten stara się uzasadnić naturą prawa własności.

[4]) Randa. Schadenersatzpflicht str. 108 i 109 (§ 2 al. l. oraz str. 141 (§ 3 lit. f).

ści przez normy prawa publicznego po myśli § 364 k. c.; obowiązek do odszkodowania jest tutaj obowiązkiem natury wyłącznie prawno-publicznej, a podyktowany jest tą samą zasadą, na której opiera się rozkład danin publicznych, mianowicie zasadą możliwie sprawiedliwego rozkładu ciężarów, wywołanych potrzebami państwowemi, pomiędzy wszystkich jego obywateli.

Korzystniej na pozor dla żeglugi powietrznej przedstawiają się przepisy nowszych kodyfikacyj prawa cywilnego, a mianowicie kodeksu niemieckiego i szwajcarskiego. Kodeks niemiecki, zakreślając w zasadzie podobnie szerokie granice dla prawa własności jak i prawo austryackie, postanawia jednak, co następuje: „Der Eigenthümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausschliessung kein Interesse hat“ (§ 905 k. c. niem.). Podobnie brzmi artykuł 667 kod. cyw. szwajcarskiego: „La propriété du sol emporte celle du dessus... dans toute la hauteur utile a son exercice“.

Przy bliższym jednak rozbiorze przekonamy się, iż przepis ten nie zezwala w sposób stanowczy i bezwarunkowy na żeglugę powietrzną ponad cudzemi nieruchomościami. Bardzo bowiem często, jak nas ekonomia polityczna uczy, pewna rzecz nie przedstawia dla właściciela żadnej wartości użytkowej subjektywnej, lecz jedynie wartość zamienną, wytworzoną przez to, iż wspomniana rzecz ma dla innej osoby wartość użytkową. W takim wypadku funkcya ekonomiczna prawa własności na tem jedynie polega, iż właściciel może przeszkodzić innej osobie w używaniu rzeczy, a tem samem może wymusić od tejże osoby pewien ekonomiczny ekwiwalent za odstąpienie jej tej rzeczy; im więcej zaś żegluga powietrzna nabierać będzie praktycznego znaczenia, tem wyższy ekwiwalent za zezwalanie na przejazd będzie mógł w zasadzie uzyskać właściciel danej nieruchomości. Jeżeli zatem wspo-

mniany § 905 k. c. niem. i art. 667 kod. szwajcarskiego nie mają zburzyć dzisiejszego ustroju gospodarczego, opartego na wymianie dóbr, to musimy interpretować go ścieśniająco i widzieć w nim jedynie jeden z przypadków zakazu szykany, jaki zawierają n. p. §§ 226, 906, 909, 910 ust. 2. k. c. niemieckiego[1]). Podobnie więc jak i w przypadku § 906 k. c. niem., decydować będą konkretne stosunki ekonomiczne i poglądy etyczne otoczenia o tem, kiedy interes właściciela uznany zostanie za usprawiedliwiony i godzien ochrony prawnej, a kiedy za dążność do szykany[2]).

Wobec tego więc mogłyby być balony i aeroplany w Niemczech i w Szwajcaryi kiedyś w przyszłości, a w Austryi i Francyi już obecnie zmuszone (ze względu na prawa prywatnych właścicieli gruntów), trzymać się istniejących dróg publicznych, a zatem żeglo-

[1]) Zgodnie Windscheid-Kipp I. § 168 uw. 2., cf. Lyncker das Recht der Luftschiffahrt. Leipzig 1909.

[2]) W obecnej chwili przeważa jeszcze u nas opinia, że stawianie przeszkód aeronaucie ze strony właściciela gruntu byłoby szykaną i że dlatego w myśl § 905 k. c. niem. jest ono niedopuszczalnem, ale już teraz zauważyć można dokonywającą się zmianę poglądów. Tak n. p. dziennik urzędowy prowincyi Brandenburg z roku 1910 ogłasza obwieszczenie naczelnego prezydenta, że szybowanie w powietrzu nad osadami ludzkiemi jest wzbronione i będzie karanem. (Telegram „Czasu“ z 3/8 1910, wydanie poranne; oryginału rozporządzenia dostać nie mogłem). Obwieszczenie to przedstawia się jako zakaz policyjny, a wywołanem zostało licznemi katastrofami aeronautycznemi w Niemczech; wobec jednak przyjętej przez nas interpretacyi § 905 k. c. niem. obwieszczenie to określa zarazem granice, w jakich właściciel może już obecnie ze względu na swe prawa prywatne, zabronić żeglugi nad swoją nieruchomością. Gdy żegluga powietrzna nabierze jeszcze większego znaczenia jako publiczny środek komunikacyjny i pocznie przedsiębiorcom przynosić znaczne dochody, wówczas poglądy społeczeństwa mogą uledz dalszej zmianie, a w szczególności może się wytworzyć opinia, że właścicielowi nieruchomości należy się przecież jakaś część z powyższych dochodów i w ten sposób służebność przelotu ponad cudzą nieruchomością uzyska pewną wartość obiegową.

wać jedynie w kolumnie powietrza, wznoszącej się ponad dotyczącem dobrem publicznem[1]). Nałożenie jednak takich ograniczeń na żeglugę powietrzną równałoby się prostemu jej zakazowi, albowiem z jednej strony unoszenie się balonów ponad drogami publicznemi zwiększyćby mogło jedynie niebezpieczeństwa, które ze strony żeglugi powietrznej grożą zdrowiu i życiu ludzkiemu, a nadto zmuszałoby balony i aeroplany do nakładania drogi, do robienia tych wszystkich serpentyn, które pobudowali inżynierowie przy zakładaniu drogi, aby złagodzić dla wozów i ludzi wspinanie się po stromych zboczach gór, ominąć szczyty górskie i t. p. Ponadto, z przyczyn natury technicznej niemożliwem jest wymagać od balonów i aeroplanów trzymania się szlaku niezbyt szerokiego, jakim jest dzisiejsza droga publiczna, gdyż balony bez steru zdane są dziś jeszcze na wolę wiatru, a balony ze sterem (dirigeable) i aeroplany, chociaż dają się kierować, to jednak i one są wobec silniejszego wiatru bezbronne i nie mogą z zupełną ścisłością trzymać się wytkniętego, wązkiego toru. Nie można wreszcie zapominać, iż balony, a zwłaszcza bez steru, wznoszą się nieraz na wysokość kilku tysięcy metrów, a zatem na taką wysokość, iż właściciel częstokroć nie widzi i nie wie, że jakiś balon znajduje się ponad jego nieruchomością i że przez to narusza jego prawa własności, a zdarza się to zwłaszcza wtedy, gdy niebo jest zachmurzone i gdy balon wznosi się ponad chmurami. Należy więc próbować, czy zapomocą pewnych zarządzeń administracyjnych w granicach obowiązujących w Austryi ustaw, nie dałaby się usunąć lub przynajmniej złagodzić ta sprzeczność między prawem prywatnem a życiem. Otóż, w chwili obe-

[1]) Wprawdzie przepisy o policyi drogowej (ustawa krajowa z 5 10 1907 Nr. 130 Dz. u. kr. dla Galicyi) nie zezwalają wyraźnie na żeglugę powietrzną ponad drogami publicznemi, ale samo ich milczenie dowodzi, że taka żegluga nie stanowi jednego ze zabronionych sposobów używania dobra publicznego

cnej balony stanowią niezbędny środek do naukowego zbadania górnych warstw atmosfery, a nadto, kiedy żegluga powietrzna stanowi już poważny środek komunikacyi publicznej i kiedy już urządzono stałe połączenia balonowe między niektóremi miejscowościami, to niewątpliwie dopuszczalnem jest nałożenie w drodze wywłaszczenia na właścicieli nieruchomości takich ograniczeń ich praw, jakie okażą się potrzebne dla żeglugi powietrznej [1]).

Ale postępowanie ekspropryacyjne (jakkolwiek istnieje wiele jego odmian, zależnie od celu, dla którego przeprowadzonem zostaje, i jakkolwiek odmiany te różnią się wielce między sobą w szczegółach [2]), składa się zawsze z dwóch stadyów, a mianowicie:

---

[1]) § 365 k. c. austr. Mojem zdaniem § ten nie został uchylony przez art. 5 ustawy zasadniczej o prawach obywateli z 21/12 1867 Nr. 142 Dz. u. p. (cf. Krainz-Ehrenzweig 1. § 216 II. i uw. 2 c.), ale nawet gdybyśmy się trzymali odmiennego poglądu, t. j. że § 365 k. c. austr. został zniesiony i że wywłaszczenie, w myśl cytowanej ustawy o zasadniczych prawach obywateli, dopuszczalnem jest o tyle, o ile pewien cel ogólny zostanie przez specyalną ustawę określony jako iusta causa ekspropryacyi, to i tak już w myśl obowiązujących ustaw dopuszczalnemby było ograniczenie własności dla żeglugi powietrznej mimo braku dotyczącej ustawy, gdyż względy na publiczną komunikacyę, bez względu na użyte środki lokomocyi, przedstawiają tak doniosły interes publiczny, iż usprawiedliwiają nawet wkroczenie władzy państwowej w sferę własności prywatnej, jak to wynika z całego szeregu ustaw, a mianowicie ze starych dekretów (zacytowanych w wydaniu kodeksu cyw. Manza przy § 365 pod l. 1), w szczególności dekretu kanc. nadwornej z 27/9 1793, zbiór ustaw polit. t. 3, oraz z § 4 ustawy krajowej dla Galicyi z 10/12 1907 Nr. 155 Dz. u. kr., normujących wywłaszczenie pod drogi publiczne, dalej z ustawy z 18 2 1878 Nr. 30 Dz. u. p. o wywłaszczeniu pod budowę kolei żelaznych, oraz z § 6 ustawy wodnej z 30 5 1869 Nr. 93 Dz. u. p. o wywłaszczeniu wód prywatnych dla żeglugi publicznej.

[2]) Dotyczące przepisy zebrane w wydaniu kodeksu cyw. Manza przy § 365, cf. Randa. Eigenthum § 7 V. i VI., oraz art. Enteignung w Staatswörterbuch Mischlera-Ulbricha.

1. z właściwego postępowania ekspropryacyjnego (Abtretungsverfahren), w toku którego za pośrednictwem orzeczenia władzy zostaje właściciel pozbawionym swego prawa całkowicie lub też jedynie ograniczonym w jego wykonywaniu przez ustanowienie nowych praw na rzecz ekspropryanta, oraz: 2. z postępowania, zmierzającego do ustalenia wynagrodzenia, jakie się wywłaszczonemu należy za poniesiony uszczerbek majątkowy (Entschädigungsverfahren); a jest tendencyą ustawy, aby dwa te akty następowały o ile możności jak najprędzej po sobie (Zug um Zug), na co wskazuje n. p. § 9 c. rozporządzenia ministeryalnego o koncesyonowaniu kolei żelaznych z 14/9 1854 L. 238, Dz. u. p. § 33 i § 35 ust. z 18/2 1878 Nr. 30 Dz. u. p., dekret kancelaryi nadw. z 4/4 1837 Nr. 188. Zb. ust. sąd. oraz § 4 rozp. min. z 21/4 1857 Nr. 82 Dz. u. p.

Otóż, przy ograniczeniu praw właściciela przez nałożenie nań obowiązku do znoszenia żeglugi powietrznej w przestrzeni ponad jego nieruchomością, nie można przyznać właścicielowi żadnego odszkodowania, ani z tytułu damni emergentis, ani lucri cessantis [1]), gdyż sam przejazd balonem lub aeroplanem, przy obecnym sposobie eksploatacyi nieruchomości, nie przynosi żadnego uszczerbku, a samo prawo przelotu balonem czy aeroplanem nie posiada jeszcze obecnie w społeczeństwie żadnej ustalonej wartości obiegowej [2]).

Dotychczasowe postępowanie ekspropryacyjne nie nadaje się więc do naszego wypadku, t. j. do wywłaszczenia dla celów żeglugi powietrznej z tego powodu, że wymaga przeprowadzenia kosztownego dochodzenia, celem ustalenia wynagrodzenia ekspropryacyj-

[1]) Co do wynagrodzenia za lucrum cessans cf. Randa. Eigenthum § 7. str. 184—186.

[2]) Poprzednio omawiając przepis § 905 k. c. niem. twierdziłem, że prawo przelotu balonem ponad cudzą nieruchomością może z czasem (z rozwojem żeglugi powietrznej) uzyskać taką wartość obiegową.

nego, które jest tutaj całkiem bezprzedmiotowem. Jeżeli jednak ustawa pewne względy prawnopubliczne uważa za tak doniosłe, iż zezwala, aby dla nich władza państwowa wkraczała w sferę prywatnej własności — nawet wtedy, kiedy przez to wyrządza właścicielowi niewątpliwą szkodę (a tak ma się rzecz przy wywłaszczeniu), to podobne wkroczenie w sferę własności prywatnej dopuszczalnem być musi także wtedy, kiedy się właścicielowi żadnej szkody nie wyrządza; a jeżeliby obowiązujące prawo formalne nie znało przepisów postępowania, nadających się właśnie do takiego wypadku, to należałoby istniejącą lukę wypełnić w drodze analogii, bezwarunkowo zaś nie możnaby trzymać się niewolniczo słów ustawy i uznać w takim wypadku za niedopuszczalne wkroczenie w sferę własności prywatnej [1]).

Potwierdzenie tych wniosków znajdujemy w § 6. rozp. min. spr. wewn. sprawiedl. i budowli publicznych z 21/4 1857 Nr. 82, Dz. u. p. Rozporządzenie to rozszerzało na kraje węgierskie obowiązujące wówczas w Przedlitawii przepisy o wywłaszczeniu na drogi i budowle wodne [2]), i dlatego stanowi autentyczną interpretacyę powyższych przepisów, a zwłaszcza § 365 k. c. austr. Otóż, jakkolwiek obowiązujące wówczas w tej mierze w Przed-

[1]) Przez powyższe wnioski nie zmieniam swych poprzednich twierdzeń, że własność, według prawa austr., rozciąga się w górę bez żadnych ograniczeń i nie staram się wprowadzić do niego obcej mu zasady § 905 k. c. niem. Według kodeksu cyw. niem. bowiem każdy, bez jakiegokolwiek poprzedniego upoważnienia ze strony władzy państwowej, może wkraczać w sferę cudzej własności, jeżeli czyni to tylko w takiej wysokości, że przez to nie może szkodzić właścicielowi. Tymczasem według prawa austr. w myśl mojej tezy jedynie w przypadkach uzasadniających wywłaszczenie, a zatem wtedy, kiedy interes publiczny w grę wchodzi i po przeprowadzeniu przez władzę państwową formalnego postępowania, mogą pewne osoby uzyskać zezwolenie do takiego wkroczenia w sferę cudzej własności.

[2]) Dekret gubernialny z 31/10 1821 L. 56.626 Nr. 130. Zbioru ust. prow. dla Galicyi (Piwocki, t. IV., str. 1637 sq.) cf. § 5 cyt. rozporządzenia z 1857 Nr. 82 Dz. u. p.

litawii przepisy analogicznego postanowienia nie zawierały, to § 6. cytowanego rozporządzenia powiada, że na cele tem rozporządzeniem przewidziane, administracya państwowa może pobierać szuter z płynących wód prywatnych bez żadnego odszkodowania, jednakże przy pobieraniu szutru należy tak postępować, aby nie uszkodzić brzegów i koryta rzeki, oraz, aby nie wyrządzić uprawnionemu żadnej szkody w rybołowstwie, piasek zaś, jaki pozostanie po oddzieleniu szutru, winien być zwrócony właścicielowi rzeki do swobodnej dyspozycyi. Koryto rzek prywatnych, a zatem i szuter w korycie tejże rzeki się znajdujący stanowi część nieruchomości, jest przeto własnością prywatną (cf. Randa. Eigenthum § 4 str. 96—97; l. 1, § 4, D. 43, 12). Ponieważ jednak właścicielowi gruntu takie wkroczenie w jego sferę prawną żadnej szkody nie wyrządza, więc mamy tutaj przypadek wywłaszczenia bez wynagrodzenia szkody, a obowiązek do zwrotu piasku, uzyskanego przy tej sposobności, jest z jednej strony uznaniem tej własności prywatnej, istniejącej na korycie rzeki, a z drugiej strony konsekwencyą zasady, że przy wywłaszczeniu wkroczenie w sferę własności prywatnej nie powinno iść dalej, niż to jest niezbędnem ze względu na interes publiczny.

Rozstrzygnąwszy w ten sposób kwestyę przedwstępną, musimy przystąpić do zbadania, w jakich rozmiarach należałoby przeprowadzić wspomniane wywłaszczenie i jaki rodzaj postępowania przy przeprowadzeniu tegoż wywłaszczenia zastosować.

A. Ponieważ balony bez steru zdane są dzisiaj, jak to już powyżej zaznaczyłem, całkowicie na wolę wiatru, a nawet balony ze sterem i aeroplany są wobec silniejszego wiatru dziś jeszcze bezbronne, więc, aby umożliwić żeglugę powietrzną, należałoby wywłaszczyć, a raczej ściśle mówiąc, ograniczyć przez służebność swobodnego przelotu[1]) nie tylko własność le-

[1]) Wyliczenie służebności polnych nie jest wyczerpującem w prawie austr. podobnie jak w prawie rzymskiem i w kode-

żącą na pewnym wytkniętym torze, jak to się dzieje przy budowie dróg kołowych i kolei, ale z reguły całą własność prywatną leżącą w obrębie państwa. Od powyższej zasady trzebaby znowu uczynić wyjątek jedynie dla niektórych miejsc, np. dla fortec (gdyż tu zachodziłaby obawa, że żegluga powietrzna ułatwi szpiegostwo na korzyść zagranicy), dla osad ludzkich i t. p.[1]). Zachodzi dalej kwestya, jak skonstruować stosunek prawny, stworzony w drodze wywłaszczenia a mianowicie, czy przyjąć, że przez wywłaszczenie, c. k. skarb państwa lub fundusz krajowy[2]) nabywa służebność swobodnego przelotu dla balonów i aeroplanów ponad dotyczącemi nieruchomościami, a że następnie dopiero władza w granicach nabytego prawa otwiera publiczną drogę dla balonów i aeroplanów, t. j. ustanawia w granicach tego prawa prywatnego publiczny użytek, czy też, że władza państwowa w toku postępowania ekspropryacyjnego ograniczy prawo właściciela wprost przez ustanowienie publicznego użytku polegającego na swobodnym przelocie balonów i aeroplanów. Za pierwszą ewentualnością przemawia analogia z publicznemi drogami kołowemi i pieszemi, one bowiem, w myśl panującej teoryi, są

---

ksie cyw. niem., dlatego też można ustanowić służebność przelotu dla balonów i aeroplanów, jakkolwiek taka instytucya w żadnem z tych ustawodawstw nie jest przewidzianą. Krainz-Ehrenzweig I. § 250. Zoll sen. Pand. t. II. § 141, §§ 1018—1029, 1090, 1091, kod. cyw. niem.

[1]) Nasuwa się wątpliwość, czy balony, zwłaszcza bez steru, będą się mogły do tego ograniczenia zastosować. Mojem zdaniem, pytanie to potwierdzić należy, gdyż w tym wypadku, gdyby wiatr pędził balon w stronę rejonu niewywłaszczonego, winienby aeronauta spuścić się dość wcześnie na ziemię, aby się tylko w jego obręb nie dostać.

[2]) Nie jest to wyraźnie przez ustawę rozstrzygnięte (ob. § 11 ust. d. i § 12 ustawy zasadniczej z 21/12 1867 Nr. 141 Dz. u. p. oraz art. III. ustawy z 26/7 1907 Nr. 15 Dz. u. p.), ze względu jednak, że żegluga powietrzna posiada znaczenie nie lokalne lecz ogólno-państwowe, sądziłbym, że sprawę tę należy uznać za „Reichskommunikationswesen".

w prawie austr. własnością skarbu państwa lub innych funduszów publicznych (funduszu krajowego, powiatowego i t. p.), i tylko ta własność ograniczona jest przez prawo publicznego użytku[1]), a dotyczący fundusz publiczny nabywa dane nieruchomości na własność na podstawie tych samych tytułów prawnych jak inne osoby, t. j. drogą kupna, darowizny, wywłaszczenia i t. p. Od tego aktu nabycia na własność należy odróżnić akt oddania danej nieruchomości do publicznego użytku; co więcej, częstokroć inna władza jest kompetentną do wydania orzeczenia ekspropryacyjnego lub do zawarcia kontraktu z dotychczasowym właścicielem imieniem danego funduszu publicznego, a inna władza do oddania tychże nieruchomości jako drogi do publicznego użytku (ius publicandi, arg. § 2 ustawy krajowej z 10/2 1907 Nr. 155 Dz. u. kr. dla Galicyi, cf. L. 2, § 21 D. 43, 8). Jeszcze wybitniej występuje różnica między tymi dwoma aktami przy zaniechaniu drogi publicznej; do zaniechania bowiem pewnej drogi publicznej potrzebnem jest z reguły zezwolenie nie tylko organów dotyczącego funduszu publicznego, lecz wszystkich niemal czynników interesowanych (arg. § 5 cyt. ustawy), a gotówka, jaka następnie zostanie uzyskana ze sprzedaży gruntu pozostałe-

[1]) Jest to kwestya sporna, zarowno w prawie rzymskiem jak i w prawie austr. Co do prawa rzymskiego L. 2. D. 43, 8, co do prawa austr. zgodnie z tekstem Randa, Eigenthum str. 47—49; Krainz-Ehrenzweig I. § 86. Odmiennie Till, Prawo prywatne II. § 53, 54, cf. nadto Zoll w Gerichtszeitung 1899 str. 257. Roztočil, Zeitschrift für Verwaltung 1888 Nr. 50. Jurist. Blätter 1887 Nr. 20, 1897 Nr. 33—36. Burkhard, Czasopismo Grünhuta t. XV. str. 611 sq. Pfersche, Sachenrecht §§ 12—14, oraz art. Gemeingebrauch i Wegerecht w Staatswörterbuch Mischlera-Ulbricha. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes str. 633 sq. Skwarczyński w Przeglądzie Tilla 1886 Nr. 31 sq., oraz Zeitschrift für Verwaltung 1886 Nr. 42, 44. Mayrhofer, Handbuch des Verwaltungsrechtes. 5 wyd. str. 529 sq. Misera, Über die Oeffentlichkeit der Gemeindewege w Jurist. Blätter 1900, Nr. 50 i 51.

go po zaniechanej drodze, wpływa do kasy dotyczącego funduszu publicznego. Co więcej nawet, w czasie trwania użytku publicznego własność dotyczącego funduszu objawia się w prawie do pobierania owoców z drzew zasadzonych przy drodze, w prawie do zbierania trawy, rosnącej w rowie przydrożnym i t. d. Jeżeli więc publiczny użytek obciąża rzecz, będącą własnością — nie funduszu publicznego, lecz osoby prywatnej, n. p. przy przechodniej kamienicy i t. p.,— to konsekwentnie przyjąć należy, że i tutaj własność prywatna obciążona jest służebnością przechodu na rzecz pewnego funduszu publicznego, a dopiero w granicach tejże służebności ustanowiony zostaje na danej rzeczy użytek publiczny.

Zasadniczo tak samo mieć się będzie rzecz i przy nieruchomościach, przeznaczonych do publicznej żeglugi powietrznej[1]). Nie potrzebuję chyba wspominać, iż niezbędnem będzie unormowanie tejże żeglugi przez osobne przepisy policyjne, bliższy jednakowoż rozbiór tej kwestyi wychodzi już poza ramy mej pracy.

B. Co do sposobu postępowania, to należałoby, mem zdaniem, stosować analogicznie przepisy o wywłaszczeniu pod budowę dróg publicznych, kołowych i pieszych, a więc dekret kanc. nadw. z 27/9 1793, zbioru ust. pol. t. 3; rozp. min. z 21/4 1857 Nr. 82, Dz. u. p. i rozporz. minist. spr. wewn z 12/9 1881 L. 10.125, względnie § 4 ust. kraj. z 10/12 1907 Nr. 155, Dz. ust. kraj. dla Galicyi[2]), a to ze względu na podobieństwo przeznaczenia.

---

[1]) Inaczej ma się rzecz przy rzekach publicznych. Tam każda rzeka wywłaszczona, w myśl § 6 państwowej ustawy wodnej, staje się od razu dobrem publicznem bez osobnego aktu oddania jej do publicznego użytku; dzieje się to jednak na mocy specyalnego przepisu ustawy (§§ 3 i 5 cyt. ustawy), który wszystkie wody płynące, a nie należące do osób prywatnych, przeznacza do publicznego użytku, a wobec którego zbytecznem się staje osobne zarządzenie władzy wykonawczej.

[2]) Zastosowanie zacyt. dekretów nadw., względnie ustawy krajowej, zależne jest od tego, czy sprawę żeglugi powietrznej

Bliższy rozbiór tej kwestyi sięga już w dziedzinę postępowania administracyjnego, zaznaczyć jednak muszę, że już z natury rzeczy odpaść muszą wszystkie te stadya postępowania, które staną się bezprzedmiotowe wobec właściwości tego wypadku; odpadnie n. p. całkowicie postępowanie w celu ustalenia należnego wynagrodzenia ekspropryacyjnego, a postępowanie w celu ustalenia rozmiarów wywłaszczenia znajdzie jedynie zastosowanie wówczas, gdy chodzić będzie o wyłączenie pewnych okręgów, n. p. fortec ze sfery komunikacyi balonowej [1]). Oczywiście ekspropryat, który będzie się czuł dotkniętym majątkowo przez takie wywłaszczenie, będzie mógł wytoczyć funduszowi

uznamy za sprawę krajową, czy też za państwową; zresztą, dla naszej pracy, kwestya ta jest bezprzedmiotową, bo różnica między temi dwiema odmianami postępowania ekspropryacyjnego występuje dopiero przy postępowaniu odszkodowawczem, które tutaj całkiem odpada.

[1]) Wprawdzie rozporządzenie z 21/4 1857 Nr. 82 Dz. u. p. pozwala w § 6 na pobieranie szutru z rzek prywatnych bez poprzedniego postępowania wywłaszczającego, ale za wzorem rozporządzenia tego dlatego iść nie można, że przy budowie pewnej drogi publicznej kosztem skarbu państwa, już przez tę okoliczność stwierdzoną jest publiczna użyteczność tejże drogi a tem samem słuszna podstawa wywłaszczenia. (Podobnie ma się rzecz i dzisiaj z kolejami państwowemi cf. § 9 rozporządzenia z 14/9 1854 Nr. 238 Dz. u. p. i § 1 ustawy z 18/2 1878 Nr. 30 Dz. u. p.). Tymczasem przy żegludze powietrznej wypadek taki nie zachodzi, a zatem koniecznem jest stwierdzenie przez władze administracyjne potrzeby i rozmiarów wywłaszczenia. Proponowana w tym celu w tekście modyfikacya postępowania ekspropryacyjnego, a raczej stworzenie nowego typu postępowania administracyjnego, jest ze stanowiska prawa administracyjnego niewątpliwie dopuszczalnem, gdyż: 1. postępowanie administracyjne nie jest ograniczone do pewnej ilości ściśle określonych typów proceduralnych, jak n. p. postępowanie sądowe, a 2. władza administracyjna ma w toku postępowania pozostawioną większą swobodę, a nadto 3. w tej dziedzinie źródłem prawa jest, obok ustawy, także prawo zwyczajowe oparte na przekonaniu prawnem społeczeństwa. (Art. Verwaltungsverfahren w Staatswörterbuch Mischlera-Ulbricha i Mayrhofer, Handbuch t. I. str. 1144, wyd. 5, oraz Tezner, Verwaltungsverfahren).

publicznemu skargę cywilną przed sądem zwyczajnym. gdyż roszczenie o wypłatę wynagrodzenia ekspropryacyjnego jest zawsze roszczeniem prawno-prywatnem, pochodzącem quasi ex contractu, a zatem zwykła droga prawa wykluczoną być może jedynie specyalnym przepisem ustawy, co też istotnie uczynił szereg ustaw i to albo całkowicie (n. p. § 24 ust. 1. i § 30 ust. ostat. ustawy z 18/2 1878 Nr. 30, Dz. u. p., § 4 ustawy z 10/12 1907 Nr. 155, Dz. u. kr. dla Galicyi), albo też jedynie na czas toczącego się nad tą sprawą postępowania administracyjnego (n. p. § 87 ust. wodnej dla Galicyi cf. Peyrer, Wasserrecht str. 689 i § 3 rozp. min. z 21/4 1857, Nr. 82, Dz. u. p.). W naszym wypadku żaden tego rodzaju przepis nie ma zastosowania, a przecież dozwolonem być musi stronom wnosić skargę [1]) nawet o roszczenia urojone [2]).

---

[1]) Skarga taka mogłaby być uzasadnioną chyba tylko wówczas, gdyby n. p. powód powoływał się na zanieczyszczanie powietrza przez dymy z motorów poruszających balony i aeroplany, a sam był właścicielem hotelu lub pensyonatu w jakiejś miejscowości kąpielowej, bo przez to mogłaby się istotnie zmniejszyć wartość takiego zakładu (cf. § 4 ustawy z 18/2 1878 Nr. 30 Dz. u. p.) i t. p

[2]) W toku powyższych wywodów miałem na oku jedynie samego właściciela, a abstrahowałem od innych osób, które mogą być również dotknięte wywłaszczeniem, n. p. użytkowców. Otóż ustawa z 18 2 1878 Nr. 30 Dz. u. p. rozróżnia między pośrednio i bezpośrednio wywłaszczonymi i tylko pierwszym przyznaje wynagrodzenie bezpośrednio od ekspropryanta, a drugich, mianowicie o ile im przysługują prawa rzeczowe, przekazuje z ich roszczeniami do wynagrodzenia ekspropryacyjnego, które w takim wypadku winno być złożone do depozytu sądowego i rozdzielone między nich tak, jak licytacyjna cena kupna (§ 34 ust. 1, 2 cyt. ustawy), albo też n. p. nieintabutowanym najmobiercom pozostawia możność poszukiwania swych pretensyj wprost na wywłaszczonym właścicielu (§ 5 cyt. ustawy cf. Randa Eigenthum str. 170—181). Tego rodzaju rozróżnienie pomiędzy wywłaszczonymi możliwem jest jedynie przy łącznem ustaleniu wszystkich pretensyj o odszkodowanie, a więc przy postępowaniu niespornem, które jest postępowaniem z urzędu; natomiast, o ileby osoby poszkodowane wywłaszczeniem docho-

Niedość na tem; władza państwowa musi nabyć na własność jeszcze odpowiednie kawałki gruntu (w razie potrzeby w drodze wywłaszczenia)[1]), na urządzenie stacyj dla wzlotu i lądowania balonów, tudzież aeroplanów i stacye te połączyć dojazdami z drogami publicznemi.

II.

Żegluga powietrzna stwarza cały szereg niebezpieczeństw, którym ani największa ostrożność aeronauty, ani poprzednio omawiane zarządzenia władzy, a w szczególności obowiązujący w Prusach, w prowincyi Brandenburskiej, zakaz krążenia nad osadami, nie mogą w zupełności zapobiedz. Tak n. p. aeronauci nie mogą się obejść bez wyrzucania balastu z balonów, a chociażby ono było przeprowadzone najoględniej, n. p. polegało na wysypaniu piasku z worka, to jednak może zniszczyć ogród, zanieczyścić pomieszkanie i t. p. Tak samo ma się rzecz z załatwianiem potrzeb naturalnych aeronautów podczas dłuższej, kilkudniowej podróży. Dalej motor benzynowy, jaki bywa używany przy balonach ze sterem i aeroplanach, zanieczyszcza powietrze dymem i niemiłą wonią, a przytem nie jest wykluczonem, że iskra wylatująca z takiego motoru może wzniecić pożar; również znaleźć się może aeronauta w przymusowem położeniu i skutkiem tego spuścić się ze swym balonem lub aeroplanem na cudzą nieruchomość, i przy tej sposobności zerwie balonem druty telegraficzne, zburzy komin, po-

dziły, jak to przypuszczam w tekście, swych roszczeń w drodze sporu cywilnego, mógłby każdy z uprawnionych żądać odszkodowania wprost od ekspropryanta i to tylko w miarę poniesionej przez siebie szkody, a więc wierzyciel hipoteczny, o ile utracił bezpieczeństwo pupilarne (cf. § 22 cyt. ustawy, oraz L. 30 § 1 D. 9, 2), użytkowca, w miarę utraconych dochodów i t. d.

[1]) Oczywiście tutaj miałoby zastosowanie już zwykłe postępowanie ekspropryacyjne, uwzględniające także i wynagrodzenie szkody.

łamie drzewa, uszkodzi zasiewy lub plantacye i t. p., a szkody te zwiększą się jeszcze przez nieunikniony w takim wypadku transport balonu lub aeroplanu do najbliższej drogi publicznej przez grunta prywatne. Aeronautyka pociąga wreszcie za sobą liczne katastrofy, n. p. upadki balonu lub aeroplanu wskutek pęknięcia powłoki, zepsucia się maszyny, a katastrofy takie grożą śmiercią nie tylko aeronautom, lecz i innym ludziom, zniszczeniem budowli i t. p. [1]).

Jak widzimy, szkody powyższe zagrażają nie tylko własności nieruchomej, lecz także majątkowi ruchomemu, oraz bezpieczeństwu życia. Przy dokładniejszym rozbiorze możemy wśród tych wypadków rozróżnić następujące kategorye szkód i tak:

1. Szkody przypadkowe. Balon uległszy np. uszkodzeniu spada na ziemię i niszczy w swym upadku domy, łamie drzewa, niszczy ogrody, zrywa druty telegraficzne i t. p.

2. Szkody powstające wśród normalnego toku żeglugi powietrznej, podczas której aeronauci postępują zgodnie z zasadami aeronautyki, n. p. wyrzucanie balastu.

3. Szkody, zrządzone przez aeronautów, znajdujących się podczas lotu w położeniu przymusowem, n. p. gdy aeronauci, dla uniknienia zrywającego się huraganu, spuszczają się na cudzą nieruchomość i przez to, pomimo największej ostrożności, wyrządzają szkodę jej właścicielowi lub innym jej mieszkańcom.

4. Szkody, które właścicielowi nieruchomości zrządzone zostaną przez transport takiego balonu lub aeroplanu do najbliższej drogi publicznej.

Otóż, przy analogicznem zastosowaniu § 384 k. c. austr. właściciel nieruchomości jest obowiązany, w wypadku sub 4. wymienionym, na transport taki zezwo-

[1]) Siła uderzenia przy upadku może być olbrzymią wobec ciężaru balonu, gdyż n. p. balon Zeppelina zdoła unieść około 16.000 klg.

lić, sam natomiast może domagać się wynagrodzenia szkody przez to zrządzonej (cf. Randa, Eigenthum § 5, 10; w prawie niem. § 867 i § 1005 k. c.; w prawie rzymskiem actio ad exhibendum L. 9, § 1, L. 15. D. X. 4 i interdictum prohibitorium). Również szkodę zrządzoną w położeniu przymusowem muszą aeronauci wynagrodzić, pomimo, że prawo przedmiotowe zezwala w takich wypadkach na wkroczenie w sferę cudzej własności, a więc, chociaż tej szkody za zawinioną uważać nie można (cf. Randa, Schadenersatz, str. 39; szczegółowe przypadki objęte są paragrafem 9 ustawy państw. wod. i § 66 ustawy leśnej [1]). Trudności spotykamy dopiero przy prawniczej ocenie wypadków pod 1. i 2. przytoczonych. Nieuniknionem jest bowiem przyznać i w tych wypadkach poszkodowanym wynagrodzenie szkody, a przecież, jeżeli samą żeglugę powietrzną uważać będziemy za czyn dozwolony i w samem korzystaniu z balonów i aeroplanów nie będziemy się dopatrywali lekkomyślności lub nieostrożności, to o żadnej winie po stronie aeronautów mowy być nie może, bez winy zaś sprawcy, wedle communis doctorum opinio, tylko w wyjątkowych wypadkach, na podstawie specyalnego przepisu ustawy, należeć się może poszkodowanemu wynagrodzenie (cf. Randa, Schadenersatz str. 11, 12, 40). Mojem zdaniem jednak, powyższe zapatrywanie Randy nie da się w całej rozciągłości utrzymać, bo, jakkolwiek według naszego kodeksu cywilnego, idącego w tej mierze za prawem rzymskiem, zawiniona szkoda pociąga za sobą dla sprawcy obowiązek do jej wynagrodzenia (Schuldhaftung), to jednak nie jest przez to wykluczonem, że także w innych wypadkach, a mianowicie ze względu na sprawiedliwy rozkład ciężarów lub ryzyka, ustawa nakaże sprawcy wynagrodzić także szkodę niezawinio-

[1]) W prawie niem. w takich wypadkach uszkadzający nie zawsze obowiązany jest do wynagrodzenia szkody, cf. § 228, § 904 k. c. niem.

ną[1]). Dzieje się to mianowicie w tych wszystkich wypadkach, w których ustawa, ze względów na przeważający interes publiczny, pozwala na wkroczenie w sferę praw prywatnych (najczęściej w sferę prawa własności), nakładając w zamian na osobę korzystającą z tego upoważnienia, obowiązek do wynagrodzenia szkody. Na tej zasadzie polega instytucya wywłaszczenia, na niej polegają poprzednio wymienione przepisy § 384 k. c. austr., oraz przepisy o stanie konieczności; na tej zasadzie wreszcie opiera się cały szereg innych jeszcze przepisów, a mianowicie § 10 lit. b. rozp. min. z 14/9 1854, Nr. 238 Dz. u. p. (o koncesyonowaniu kolei żelazn.), nakładający na kolej obowiązek wynagrodzenia każdej szkody, zrządzonej przez budowę kolei; § 42 ustawy z dnia 18/2 1878 Nr. 30 Dz. u. p. (wynagrodzenie szkody zrządzonej przez roboty przygotowawcze pod budowę kolei); § 11 patentu z 7/3 1849 Nr. 151 Dz. u. p., oraz § 51 ust. a. i b. ustawy z 5/3 1897 L. 71 Dz. u. kr. dla Galicyi (o wynagrodzeniu szkody zrządzonej przez zwierzynę, tudzież szkody zrządzonej przez wykonywanie prawa polowania); §§ 26, 84, 104, 106, 174 państwowej ustawy górniczej (wynagrodzenie szkód zrządzonych przy poszukiwaniu minerałów, tudzież przy prowadzeniu

[1]) Zasadę tę możnaby scharakteryzować słowami: „cuius commodum, eius periculum“. Zasada powyższa nie pozostaje w sprzeczności z zasadą odpowiedzialności za szkodę zawinioną (Schuldhaftung). Jeżeli Randa, Schadenersatz str. 11, 12, 40, oraz Eigenthum str. 124—128, widzi tę sprzeczność, to dzieje się to jedynie dlatego, że w zasadzie sprawiedliwego rozkładu ryzyka widzi jedynie sporadyczne objawy zasady bezwarunkowej odpowiedzialności za każdą zrządzoną szkodę, chociażby niezawinioną (Erfolghaftung). Tak jednakże mem zdaniem nie jest. Zasada odpowiedzialności za wszelki skutek, to zasada właściwa społeczeństwom pierwotnym, które karzą przypadkowe zabójstwo, a usiłowane morderstwo puszczają płazem; zasada sprawiedliwego rozkładu ryzyka, to uzupełnienie zasady odpowiedzialności za szkodę zawinioną, polegające na uwzględnieniu postulatów polityki społecznej.

kopalni); §§ 42, 43 ustawy krajowej z 31/10 1887 L. 37 Dz. u. kr. ex 1890 dla Galicyi (wynagrodzenie szkód, zrządzonych przy wykonywaniu rybołowstwa); §§ 24, 34, 39 ust. lasowej z 3/12 1852 Nr. 250, Dz. u. p., wreszcie § 26 i § 27 ust. przemysłowej z 20/12 1859, Nr. 227 Dz. u. p. (cf. Randa, Schadenersatz § 3 II., a. d. g. m. Eigenthum § 5, strona 125 sq.[1]).

Jakkolwiek w tych wszystkich wypadkach prawo własności ulega ograniczeniu, tak, że wyrządzenie właścicielowi uszczerbku majątkowego jest przez ustawę dozwolonem, mimo tego jednak sprawca jest obowiązany do wynagrodzenia szkody, tak, jak gdyby przekroczył ustawę, nie jak gdyby wykonywał swe prawa (§ 1305 k. c. austr.). Sprzeczność tę tłómaczy nam natura prawa prywatnego majątkowego, które jest systemem rozdziału dóbr gospodarczych pomiędzy poszczególne jednostki. Jeżeli więc ustawa przyznaje pewnym osobom jakieś prawo, ograniczające prawo własności, n. p. użytkowanie, wierzytelność i t. p., to zamierza przez to zmienić kwantytatywnie istniejący rozdział dóbr i tamtym osobom przyznać pewien, choćby ograniczony udział w powyższych dobrach i dlatego z powodu nabycia tego prawa, n. p. pod tytułem darmym i półdarmym nie nakłada na te ostatnie osoby obowiązku do jakiego-

[1]) Pomijam tutaj obowiązek wynagrodzenia szkody niewinnie zasądzonym i obowiązek zwrotu kosztów sądowych stronie wygrywającej, tudzież obowiązek wynagrodzenia szkody, zrządzonej przez nieuzasadnione wyjednanie tymczasowych zarządzeń (§ 394 OE), gdyż w tych wypadkach mamy do czynienia — nie z działaniem osób prywatnych, lecz z aktami władzy zwierzchniczej państwowej (wykonanie kary, wykonanie t. zw. Einlassungszwang w procesie i t. p.), a zatem ze zjawiskami prawnemi, zasadniczo odmiennemi. Również pomijam tutaj przepisy o wynagrodzeniu szkód, zrządzonych przez ćwiczenia wojskowe i transport remontów, § 20, § 56 ustawy z 11/7 1879 Nr. 93 Dz. u. p., nowela z 25/6 1895 Nr. 100 Dz. u. p., oraz dekret nadw. z 28/7 1843 Nr. 726 zbiór ustaw sąd., gdyż wchodzą tu w grę względy prawa publicznego, a mianowicie te same zasady, które decydują o rozkładzie wszystkich innych ciężarów publicznych między ogół kontrybuentów.

kolwiek odszkodowania właściciela. Jeżeli jednak w interesie publicznym nieuniknionem jest ograniczyć lub odebrać pewnej jednostce jej udział, przypadający jej w myśl powyższych przepisów prawa prywatnego, n. p. w celu budowy dróg, kolei, w celu dochodzenia innego prawa (§ 384 k. c. austr.) i t. d., to niema powodu, aby zmieniać nie tylko jakościowo, ale zarazem i ilościowo istniejący rozkład dóbr na niekorzyść tejże jednostki i dlatego ustawodawca zezwala na naruszenie lub odebranie dotychczasowej jej własności, lecz równocześnie nakłada obowiązek do wynagrodzenia szkody, zrządzonej przez to danej jednostce, na tę osobę, która w pierwszej linii odniesie korzyści z powyższego pozwolenia (n. p. przedsiębiorstwo kolejowe, właściciel poszukujący zbiegłych zwierząt w przypadku § 384 k. c. austr. państwo, względnie konkurencya drogowa, przy wywłaszczeniu na drogi publiczne i t. d.[1]). Te zatem przepisy nie mogą uchodzić za ja-

[1]) Nie stanowi istotnej różnicy — ze stanowiska naszej zasady — pomiędzy poszczególnymi przedstawionymi tutaj wypadkami ta okoliczność, że niekiedy (np. w myśl § 384 k. cyw. austr.) interesowana osoba uprawnioną jest, bez wszelkiego poprzedniego postępowania prawnego, w wypadkach przez ustawę przewidzianych wkroczyć w sferę dotychczas cudzej własności; przy innych znowu, n. p. przy wywłaszczeniu, przy szkodach, zrządzonych przez budowę kolei (§ 10 b. rozp. koncesyjnego), przy wolnym spławie drzewa i t. d., dopiero władza państwowa po przeprowadzonem formalnem postępowaniu, przez udzielenie koncesyi lub wydanie orzeczenia ekspropryacyjnego, udziela potrzebnego upoważnienia. Również obojętną jest, z naszego stanowiska, natura prawna tego stosunku, który uzasadni wkroczenie dotychczas w obcą sferę prawną, n. p. czy to będzie nabycie prawa własności lub innych praw rzeczowych przez pewną osobę z mocy konstytutywnego zarządzenia władzy (jak to ma miejsce n. p. przy wywłaszczeniu), czy też będzie to jedynie powstanie z ustawy stosunku obligatoryjnego (gesetzliche Realobligation), n. p. przy § 384 k. c. austr., czy też ograniczenie prawa własności lub innych praw rzeczowych przez normy prawa publicznego. Tak samo obojętnem jest z naszego stanowiska, że przy wywłaszczeniu obowiązek do wynagrodzenia szkody przybierze charakter obligationis quasi ex contrac-

kieś przepisy wyjątkowe, jak to utrzymuje communis doctorum opinio i dlatego należy je, nawet w braku wyraźnego przepisu ustawy, stosować do wynagrodzenia szkód zrządzonych przy sposobności żeglugi powietrznej.

Szczególnie wybitną jest analogia między temi ostatniemi szkodami a szkodami, zrządzonemi sąsiadom przez budowę kolei żelaznej (§ 10 b. rozp. konces. z 1854 Nr. 238 Dz. u. p.). Tak n. p. pożar od iskry,

---

tu, a w innych wypadkach dozwolonego naruszenia cudzej własności — charakter obligationis quasi ex delicto (w prawie austr. praktyczne znaczenie tej różnicy polega głównie na zastosowaniu do tej ostatniej przedawnienia z § 1489 k. c.).

Że wszystkie te przypadki polegają na tej samej ratio iuris, tego dowodzi i ta okoliczność, że dla tych samych celów dopuszczalnem jest tak wywłaszczenie, jak i nałożenie innych ograniczeń na prawo własności, np. w celu budowy kolei, na podstawie uzyskanej koncesyi, nastąpić może wywłaszczenie (§ 9 rozp. konces. z 1854), oraz nałożenie na właściciela sąsiednich nieruchomości obowiązku to znoszenia innych szkód, zrządzonych przez budowę kolei, dalej dla drogi koniecznej dopuszczalnem jest wywłaszczenie w myśl ustawy z 7/7 1896 Nr. 140 Dz. u. p., jako też nałożenie na właściciela nieruchomości, na mocy orzeczenia starostwa, obowiązku do zezwolenia na wywóz drzewa z lasu przez jego grunt (§ 24 ustawy lasowej z 3/12 1852 Nr. 250 Dz. u p.). Jakie zaś ograniczenia w pewnym konkretnym wypadku ustawa uzna za dopuszczalne, to zależeć będzie od właściwości danego wypadku; co najwyżej, moglibyśmy tę różnicę zauważyć, że im dalej ma sięgać wkroczenie w sferę cudzej własności, tem silniejszym musi być interes publiczny, któryby takie wkroczenie mógł usprawiedliwić; to też wywłaszczenie, które może sięgać niekiedy aż do zupełnego odebrania prawa własności dotychczasowemu właścicielowi, dopuszczalnem jest tylko wówczas, kiedy tego wymaga przeważny interes publiczny, tymczasem zezwolenia do przelotnych lub dla właściciela mniej szkodliwych immisyj, udziela ustawa nawet w wypadkach mniej ważnych cf. n. p. § 384 k. c. austr. i § 26 ustawy przemysłowej i t. d. Szczególnie wyraźnie występuje ten wzgląd w położeniu przymusowem, gdzie o dopuszczalności uszkodzenia cudzej rzeczy decyduje stosunek między doniosłością niebezpieczeństwa z jednej strony a wysokością szkody z drugiej strony.

wypadającej z komina lokomotywy, jest szkodą, którą przewidzieć można; że jednak nawet, pomimo zastosowania największych środków ostrożności przy ruchu kolejowym, t. j. przyrządów ochronnych w kominie, niebezpieczeństwa takiego uchylić nie można, zatem należałoby ze stanowiska ścisłej logiki, zaniechać budowy kolei ze względu na oczywiste niebezpieczeństwo pożaru, lub co najmniej wstrzymać ruch kolejowy podczas długotrwałej posuchy (§ 1297, 1299 k. c. austr. § 459 k. k.). Ze względu jednak na doniosłość kolei żelaznych, ustawa na mocy uzyskanej koncesyi dozwala przedsiębiorstwu kolejowemu prowadzić ruch kolejowy nieprzerwanie, nawet w czasie największej posuchy i kroku takiego za nieostrożność nie poczytuje, lecz nakłada na nie obowiązek do wynagrodzenia szkody. Te same zasady przejawiają się w przepisach §§ 24, 34, 39 ustawy leśnej, nakładających na właściciela lasu obowiązek do wynagrodzenia szkody, zrządzonej przez dziki spław drzewa.

Zupełnie podobnie mieć się będzie sprawa ze szkodami zrządzonemi nawet z zupełną świadomością przy żegludze powietrznej, n. p. przez wyrzucenie balastu, jeżeli tylko użyteczność żeglugi powietrznej uznaną zostanie ze strony władzy przez otwarcie dla niej dróg publicznych[1]), [2]).

---

[1]) W nowszej literaturze prawa austryackiego coraz większe uznanie zdobywa sobie zasada, iż niekiedy nawet szkoda niezawiniona winna być przez sprawcę wynagrodzoną, i ten pogląd przebija się w całym szeregu nowszych ustaw. Z pomiędzy autorów jedni powyższej zasady bronią jedynie de lege ferenda, inni (n. p. Pfaff, Unger, Adler i t. p.) starają się wykazać, że znaną ona jest prawu obowiązującemu. W tekście zbliżyłem się do poglądów Ungera (Handeln auf eigene Gefahr i Handeln auf fremde Gefahr w Iherings Jahrbücher t. 33 str. 299 sq), oraz do Karola Adlera Unverschuldetes Unrecht. Rektoratsrede 1910. Dotyczące poglądy zestawione u Randy, Schadenersatz str. 7—21.

[2]) Będzie to oczywiście zadaniem specyalnych przepisów policyjnych o żegludze powietrznej — tak zorganizować kon-

III.

Balony i aeroplany, wznosząc i poruszając się ponad ziemią, korzystają z oporu lub prądu powietrza, a zatem wyzyskują siły, tkwiące w tym elemencie. Nasuwa się zatem pytanie, czy aeronauci nie naruszają przez to praw właściciela, względnie użytkowcy do wyłącznego korzystania ze słupa atmosfery, znajdującego się w granicach danej nieruchomości. Pamiętać jednak należy, że samo powietrze, chociaż znajduje się w granicach nieruchomości, stanowiącej własność prywatną, przecież nie stanowi niczyjej własności, jest res omnium communis, innemi słowy, to rzecz niczyja[1]), która w swej całości nigdy przez człowieka zawłaszczoną być nie może[2]). Wyzyskiwać więc siłę elementarną, tkwiącą w cząstkach materyalnych powietrza, może każdy, gdyż korzystanie takie jedynie wówczas byłoby zakazanem, gdyby substancya powietrzna była przedmiotem prawa własności we właściwem tego słowa znaczeniu. Oczywiście własność nieruchomości stwarza i w tym kierunku pewne ograniczenia, gdyż nikt nie może stawiać wiatraka na cudzym gruncie i t. d.; jeżeli jednak własność prywat-

trolę nad balonami i aeroplanami, aby poszkodowany mógł z łatwością dowiedzieć się o sprawcy/swej szkody, co nie jest łatwem n. p. przy wyrzucaniu balastu z balonu, znajdującego się w powietrzu; możliwem jest dalej, iż aeronauta, w myśl tych przepisów, będzie musiał z góry złożyć pewną kaucyę na zabezpieczenie ewentualnych szkód. Bliższe uwagi de lege ferenda wykraczają już poza zakres tej pracy.

[1]) Cf. Windscheid I. § 146. Krainz-Ehrenzweig I. § 85, § 1, 5, I. 2, 1, L. 2, § 1 D. 1, 8.

[2]) O ile to jednak częściowo nastąpi, n. p. o ile pewna ilość powietrza lub innego jakiegoś gazu zostanie ujęta i zamknięta w nieprzepuszczalnem naczyniu, to może być ona przedmiotem własności prywatnej, podobnie, jak woda w zamkniętym stawie lub naczyniu (cf. Randa, Eigenthum. § 4, str. 60). Przykładem tego jest n. p. powietrze, użyte do nadęcia gumowej poduszki, tlen i inne gazy, ujęte w szczelnych naczyniach dla użytku laboratoryów fizycznych i chemicznych i t. d.

na, jak to przewidujemy w rozdz. I., zostanie ograniczona przez prawo swobodnej żeglugi powietrznej, to aeronauta będzie mógł bez żadnych przeszkód wyzyskiwać dla swych celów siły elementarne powietrza.

IV.

Jakkolwiek więc redaktorowie kodeksu cyw. austr. nie uwzględniali i uwzględniać nie mogli wymogów żeglugi powietrznej, to jednak stworzyli instytucye prawne, dość elastyczne, które dają się naginać do nowych, wciąż zmiennych objawów życia; co więcej, prawo cywilne austryackie posiada nawet, mem zdaniem, tę wyższość nad kodeksem cyw. niemieckim, iż zapewnia władzy państwowej większą ingerencyę w sprawach żeglugi powietrznej, co, ze względu na jej niebezpieczeństwa, jest z pewnością pożądanem. Czy mimo tego nie zajdzie potrzeba zmiany austryackiego prawa prywatnego, zwłaszcza ze względu na potrzebę jednolitego unormowania tej kwestyi we wszystkich ustawodawstwach państw cywilizowanych, tego dzisiaj rozstrzygnąć nie można, w każdym jednak razie nowe ustawy muszą nawiązać do norm dzisiaj obowiązujących.

500

LAESIO ENORMIS

NAPISAŁ

Dr LEOPOLD CARO

ADWOKAT KRAJOWY W KRAKOWIE

I.

Według Arystotelesa stosunek między jednostkami w społeczeństwie normować winna zasada równomierności *(δίκαιον τὸ ἀντιπεπονθός)*.

W obrocie należy według niego uwzględniać koszta produkcyi i wartość świadczenia przy wymiarze świadczenia wzajemnego. W stosunku natomiast jednostki do państwa obowiązywać winna zasada możności lub zdolności świadczenia. Możność stanowi też ostateczną granicę w stosunku między jednostkami a to ze względu na łączący je z innymi bliźnimi naturalny związek życzliwości *(φιλίαι)*. Spólnicy w interesach handlowych, współwłaściciele okrętów etc. nie mogą żądać więcej z tytułu swego udziału, aniżeli to, co jest możliwe w danych warunkach, chociażby wkład ich, a więc świadczenie własne, przewyższało tę możność *(τὸ δυνατὸν γὰρ ἡ φιλία ἐπιζητεῖ, οὐ τὸ κατ' ἀξίαν)* [1]).

Prawo rzymskie przyjęło przynajmniej pierwszą zasadę Arystotelesa. Istniały tu więc condictiones, actio ultra dimidium i quanti minoris, exceptio non numeratae pecuniae, zakaz pacti antichretici i anatocyzmu, lex Anastasiana, S. C. Macedonianum etc. [2]).

---

[1]) Por. Aristoteles, Nikomach. Ethik ed. Ramsauer, Lipsk 1878. lib. VIII. rozdz. 11, 14, 16. Trendelenburg Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2 wyd. 1868, tenże Historische Beiträge zur Philosophie, tom 3, 1867, Fr. J. Neumann, Die Steuer nach der Steuerfähigkeit (Conrada Jhb. 1880 i 1881), Caro, Der Wucher, Lipsk 1893, str. 103.

[2]) Por. Ivo Pfaff, Über den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der röm. Kaisergesetzgebung, 1897.

Tomasz z Akwinu tudzież za nim inni nauczyciele prawa kanonicznego oświadczają się wyraźnie za obydwiema zasadami Arystotelesa i wskutek tego przyjmują także pojęcie prawa rzymskiego o iustum pretium i laesio enormis. Ponadto żądają, aby władza ustanawiała taksy dla nieodzownych do życia środków żywności jak np. dla zboża, oliwy, wina i t. d., jakoteż dla wszystkich towarów, których oznaczenie leży w interesie publicznym. Taksy te czyli ceny stałe stosować się winny nie do wartości zamiennej, ale do dobroci towaru (bonitas intrinseca), dla której miarodajną być winna ocena powszechna (communis aestimatio, cursus). Te same zasady winny mieć zastosowanie także przy obrocie towarami nie objętymi taryfą urzędową. Momenty podmiotowe należy uwzględniać tylko pomocniczo przy ustanawianiu ceny, a w pierwszym rzędzie włożoną pracę, koszta i wydatki oraz ryzyko sprzedającego. Wobec tego odstąpienie od iustum pretium jest dozwolone, ale tylko w granicach między przyjętą ceną najniższą a najwyższą. W razie przekroczenia ceny ostatniej obojętnem jest, czy nastąpiło ono rozmyślnie, czy też nie. Każda szkoda wyrządzona przez przekroczenie tej granicy winna być wynagrodzoną, a zysk kontrahentów obracać się może przy kupnie sprzedaży towarów taryfą nie objętych tylko w obrębie wyżej oznaczonych dwóch granic. Przy sprzedaży na kredyt cena nie może być wyższą aniżeli przy sprzedaży gotówką, chyba, że przedmiot sprzedaży przynosił owoce i kupujący istotnie przed uiszczeniem ceny kupna owoce takie pobierał. Wyjątek ten pierwszy uznał Paweł de Castro. Inne wyjątki uznają kanoniści tylko na rzecz kupców i bankierów [1]).

[1]) Por. Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- u. Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jhdts, Berlin, 2 tomy 1874 i 1883, tegoż Nationalökonomische Grundlagen der kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre (Conrada Jhb. 1863), Ratzinger, Die Volkswirtschaft in ihren sittli-

Gdy zamiast zasady sprawiedliwości wyrównującej, konjunktura, a z nią możność niestosunkowych zysków i niespodziewanych katastrof zawładnęła obrotem, kiedy wyzysk słabszego w formie lichwy, gry giełdowej, spekulacyi na różnicę kursu, peryodycznych kryzysów handlowych, nielojalnej konkurencyi wszelkiego rodzaju, wzmagającej się bez ograniczenia drożyzny wybujały na niwie naszego życia gospodarczego, gdy wszechpotęga trustów, oraz uchylenie wszelkich taks i taryf średniowiecznych [1]) ułatwiły zwycięstwo wygodnej teoryi o cenie jako nagim rezultacie starcia się podaży z popytem, wtedy zachwiało się w posadach panowanie zasad szlachetnego Stagiryty, a tryumfujący manczestryzm, ośmieszając „ciemne“ średniowiecze, rozpoczął konsekwentnie walkę z etyką, wyrzuconą już z prawa narodów, usiłując zatknąć w jej miejsce sztandar prawa silniejszego. W poprzek temu przez lat dziesiątki zwycięskiemu pochodowi stanęło ożywiające się życie religijne, ruch etyczny, a najskuteczniej socyalizm i szkoła historyczna w ekonomii społecznej i dopomagają dziś zasadom Arystotelesa do odzyskania terenu uznanego już niemal za stracony.

Jednym z terenów owej walki są postanowienia prawodawstw o laesio enormis, a różne stadya tej walki cechują ustępstwa w tych przepisach czynione na rzecz jednej lub drugiej strony walczącej. Mały zaledwie epizod tego starcia się dwóch światopoglądów zamierzamy tu skreślić.

---

chen Grundlagen (Freiburg 1881), Caro, Der Wucher j. w. str. 104.

[1]) Utrzymały się one dziś jeszcze tylko odnośnie do przedmiotów monopolu rządowego i lekarstw, wstępów na widowiska publiczne, prawa używania środków komunikacyjnych itd., a nadto wprowadzono je odnośnie do wynagrodzenia za niektóre świadczenia usług osobistych np. adwokatów, wszakże w Austryi tylko z ograniczeniem do czynności „prostych“ i „powtarzających się“.

II. [1]).

Wiadomo, że wedle §§ 934 i 935 u. c. austryackiej przy umowach odpłatnych strona, która nie otrzymała nawet połowy wartości tego, co drugiej świadczyła, biorąc na uwagę czas zawarcia umowy, ma prawo żądać zniesienia jej i przywrócenia do pierwotnego stanu. Przez wartość rozumieć tu należy wartość zwyczajną w § 305 u. c. określoną. Prawo to przedawnia w trzech latach od chwili zawarcia umowy licząc (§ 1487 u. c. [2]). Przepis ten ustawowy, będący rezultatem uznania Arystotelesowskiej zasady równomierności świadczeń nie ma zastosowania: — 1) w razie zrzeczenia się, za które atoli nie należy poczytywać pozostawienia oznaczenia ceny kupna osobie trzeciej (§ 1060 u. c.), 2) w razie pretium affectionis, 3) w razie znajomości prawdziwej wartości wzajemnych świadczeń, 4) w razie presumcyi częściowej darowizny, wynikającej ze stosunku osób, 5) w razie niemożności wyśledzenia istotnej wartości rzeczy z powodu zaszłego w międzyczasie jej przeistoczenia, 6) w razie nabycia rzeczy na licytacyi dokonanej z polecenia sądu [3]) — nadto zaś 7) przy kontraktach losowych (§ 1268 u. c.), 8) w razie rzetelnie zdziałanej ugody, t. j. umowy nowacyjnej, określającej sporne lub wątpliwe prawa w ten sposób, że każda strona ma na rzecz drugiej coś dać, uczynić, lub czegoś zaniechać (§ 1386 u. c.); wreszcie 9) przy interesach handlowych, chociażby

---

[1]) Por. Till, Prawo prywatne austr. tom III. i IV., Zoll i un., Zobowiązania, Kraków 1907, Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des öst. allg. Privatrechts, Wien, Manz 1900, tom II., Krasnopolski, Öst. Obligationenrecht, Leipzig und Wien 1910. Stubenrauch-Schuster-Schreiber, Commentar, Wien 1894.

[2]) O zmianach dokonanych po zawarciu umowy, atoli przed rzeczywistem oddaniem rzeczy stanowią §§ 1047—1051 i 1064 ust. cyw.

[3]) W razie egzekucyi i konkursu tudzież w sprawach sierocych i spadkowych.

dany interes nie był handlowym po stronie pokrzywdzonego.

W stosunku do prawa rzymskiego dopuszczającego skargę o zniesienie umowy tylko przy kontrakcie kupna-sprzedaży nieruchomości i tylko na rzecz pokrzywdzonego sprzedawcy, nigdy zaś kupującego[1]), prawo pospolite, rozszerzające dopuszczalność actionis rescissoriae na wszystkie obustronne umowy i przyznające to prawo obu stronom kontraktowym oraz zgodny z nim austryacki kodeks cywilny stanowią istotny postęp.

Kodeks napoleoński natomiast w art. 1674—1685 wraca do ograniczenia Corporis iuris civilis (L. 2. Cod. h. t. 4, 44, Impp. Diocletianus et Maximianus AA Lupo) i przyznaje ius rescissionis jedynie sprzedawcy w razie, gdy cena kupna wynosi mniej niż $^5/_{12}$ rzeczywistej wartości wedle stanu i ceny w czasie sprzedaży, ale z drugiej strony stoi na słusznem stanowisku, że nawet wyraźne zrzeczenie się tego środka prawnego i oświadczenie, że darowuje się kupującemu nadwyżkę wartości, nie może pozbawić pokrzywdzonego tego środka prawnego, a to ze względu na doniosłe socyalne znaczenie zasady stosunkowości świadczeń. W razie dokonania sprzedaży przy udziale sądu skarga o zniesienie umowy nie ma miejsca. Termin przedawnienia wynosi dwa lata[2]).

Pruski „Landrecht“ wreszcie przyznaje ius rescissionis tylko kupującemu, odmawia go zaś sprzedawcy, przyjmując prawną presumcyę błędu uchylającego umowę (I. 11. § 58—69).

Z tem wszystkiem liczne wyjątki dopuszczalne wedle prawa austryackiego nie są uzasadnione. I tak:

---

[1]) Von Keller, Pandekten, Leipzig 1861, § 333. Vangerow, Pandekten, Marburg u. Leipzig 1863, tom III-ci, § 611 i powołana tam literatura.

[2]) Analogicznie kodeks cywilny włoski z 25. czerwca 1865 art. 1529—1537.

1) Zrzeczenie się, uznane za bezskuteczne w francuskim code civil, bywa faktycznie tylko następstwem gospodarczej zależności słabszej strony kontraktowej i dlatego nie może uchodzić za objaw swobodnej i poważnej woli, o ile byłoby połączone z przeświadczeniem pokrzywdzonego o więcej, niż dwukrotnej wartości jego świadczenia. Uznała to również ustawa o interesach na raty z 27. kwietnia 1896 L. 70, Dz. p. p., dopuszczając skargę o zniesienie umowy, mimo zrzeczenia się tego prawa. Powtóre byłoby takie zrzeczenie się, podobnie jak zrzeczenie się zarzutu oszustwa lub przymusu, po myśli § 878 u. c. contra bonos mores, a więc prawnie nieskuteczne. Zarzut więc wyzysku, mieszczącego się oczywiście w laesio enormis, winien być z tych samych wyższych racyj dobra publicznego uznany za prawnie dopuszczalny nawet mimo zrzeczenia się.

2) Zwrot o pretium affectionis odpowiada bardzo rzadko faktycznemu stanowi rzeczy, najczęściej jest wymówką, pokrywającą wyzysk. Dlatego ustawa z 27. kwietnia 1896 utrzymała w mocy ius rescissionis mimo tego oświadczenia w kontrakcie kupna.

3) Jeżeli kontrahent mimo znajomości prawdziwej wartości wzajemnych świadczeń zgadza się na przyjęcie mniej niż połowy wartości tego, co sam w zamian oddaje, wola jego jest zazwyczaj skrępowana i nieswobodna. Działa tak widocznie dlatego, ponieważ znajduje się w położeniu przymusowem, które wyzyskuje silniejszy ekonomicznie kontrahent — ma więc tu pełne zastosowanie wywód ad 1). Uznała i ten punkt widzenia i akceptowała ustawa z 27. kwietnia 1896 L. 70, o interesach na raty.

4) Presumcya częściowej darowizny, wyprowadzona ze stosunku osób, jest sama przez się konstrukcyą dowolną, poprzestającą przytem na przypuszczeniu, które może być zupełnie mylnem, i przyjmującą to dowolne przypuszczenie wbrew zasadom procedury za pełny dowód. Słusznie też kodeks napoleoński uznaje

nawet wyraźne oświadczenie kontrahenta, iż zamierza uczynić częściową darowiznę, za prawnie obojętne i nad niem przechodzi do porządku dziennego.

5) Niemożność wyśledzenia istotnej wartości rzeczy w praktyce zajdzie chyba bardzo wyjątkowo. Grunt przerobiony na tor kolejowy lub przekształcony w celach przemysłowych znali wszyscy gospodarze przed dokonaną zmianą, toteż wartość jego da się łatwo i później ocenić wedle cen we wsi zwyczajnych, arkusza gruntowego i mapy hipotecznej. Tak samo rzecz miałaby się w większej części wypadków przeistoczenia rzeczy.

6) Vangerow słusznie zbija (III. 355) hipotezę, jakoby przy sądowej sprzedaży publicznej prawdziwa wartość rzeczy pokrywała się zawsze z najwyższą ofertą licytacyjną, tudzież jakoby w wyborze tego sposobu sprzedaży zawarte było milczące zrzeczenie się środka prawnego propter laesionem enormem. Stąd też i uprzywilejowanie laesionis w razie licytacyi sądowej nie odpowiadałoby słuszności, gdyby szczególne względy nie przemawiały za tym wyjątkiem, zmniejszając obawę laesionis w obec przepisów §§ 151 i 195 ord. egz.

7) Co się tyczy ugody, Thibaut w dziele: Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts, Jena, 1817 (drugie wydanie) rozróżnia [1]), czy laesio enormis ma miejsce odnośnie do kwestyi, która właśnie jako niepewna ma być rozstrzygnięta ugodą, bo w tym wypadku oczywiście ius rescissionis odpada, czy też do przesłanki przyjętej za pewnik w czasie zawierania ugody, np. do wartości rzeczy, do której ugoda się odnosi lub którą wydaje się jednej ze stron w wykonaniu ugody. Ta druga ewentualność ma miejsce, jeśli np. obie strony przyjmują wartość przedmiotu spornego na 50 tal. i godzą się na 25, podczas gdy faktyczna wartość wynosi więcej niż 100 tal., niemniej, jeśli w zamian za swoje pretensye otrzymuje jedna ze stron

[1]) Por. Vangerow l. c. III. 353.

rzecz przyjętej wspólnie wartości 1000 tal., a faktycznej poniżej 500 tal. Vangerow przytacza przeciw wywodom Thibaut'a argument, że rzekomy laesus godząc się, nie przyjął gotówki 25 tal. za rzecz wartości zwyż 100 tal., ale za sporne lub niepewne prawo do tej rzeczy, a taksamo przyjął rzecz wartości niższej od 500 tal. nie za sam przedmiot sporu więcej niż dwukrotnej wartości, ale za sporne lub niepewne do niego prawo. Zapomina jednak Vangerow, że w każdym razie ma tu miejsce error in motivis, rozstrzygający dla postanowienia woli ugodzonego. Inaczej przedstawi się rzecz wedle Thibaut'a i Vangerowa, w razie, gdy pokrzywdzonym będzie nie biorący, ale dający sumę ugodzoną. Jeżeli n. p. A. i B. godzą się w sporze o konia wartości 70 talarów w ten sposób, że A. oddaje B. w zamian za otrzymanego konia zegar wartości przyjętej 50 tal., to w razie, gdyby okazało się, że zegar wart jest 300 tal., służyłoby A. ius rescissionis bezwarunkowo; wątpliwem byłoby jednak to prawo w przypadku, gdyby zegar wartał tylko 110 tal.; w tym wypadku byłaby actio rescissoria uzasadnioną o tyle, o ileby zestawiało się wartość rzeczywistą zegara z wartością w ugodzie przyjętą, co zaleca Thibaut, byłaby natomiast nieuzasadnioną, o ileby zestawiono wartość pierwszą z wartością przedmiotu sporu, jak trafniej zaleca Vangerow. Austryackie prawo cywilne dalekie jest niestety od tych subtelnych rozróżnień i dlatego wyjątek z § 1386 u. c. tak, jak jest ogólnie podany, nie może być uznany za słuszny.

8) Wreszcie nie podobna za słuszny poczytać wyjątku, dotyczącego interesów handlowych, a to tem mniej, że ma zastosowanie nawet w tym wypadku, gdy interes po stronie pokrzywdzonego nie jest wcale interesem handlowym. Uznała to ustawa z 27. kwietnia 1896 L. 70, Dz. p. p. przynajmniej odnośnie do interesów na raty.

Jakkolwiekby laesio enormis miała wszelkie cechy lichwy, ustawa nie broni kupca, wyzyskanego

przez innego. § 14 ust. z 28. maja 1881 L. 47, Dz. p. p. stworzył w tym względzie kategorye płotek kupieckich, skazanych na bezkarne pożarcie przez rekiny giełdy.

III.

Zasada równomierności świadczeń stanowi tak doniosłą podwalinę praworządnego społeczeństwa, a tak skuteczną przeciwwagę wybrykom ducha spekulacyjnego, groźnego przedewszystkiem dla stałości i pewności prawa własności, iż spodziewać by się należało, że przedewszystkiem sfery posiadające domagać się będą jej utrzymania i rozszerzenia a możliwego ograniczenia wyjątków od niej w ramach konieczności i słuszności, wyjątków utrwalających sprytny rozbój i osłaniających go powagą prawa. Tymczasem nienasycony manczestryzm starał się wyjątki owe jak najbardziej rozszerzyć i w praktyce otoczył przepisy §§ 934 i 935 tyloma kautelami, że zastosowanie ich wyjątkowo chyba ma miejsce i trzeba było aż specyalnych ustaw o lichwie i o interesach na raty, aby bodaj częściowo i w ograniczonym zakresie położyć tamę zbyt jaskrawym nadużyciom.

Jeżeli już przyjęta w ustawie cywilnej niemożność korzystania z danego środka prawnego w razie omówionych tu wyjątkowych wypadków, bezbronnym czyni dłużnika lekkomyślnego, nieświadomego, lub znajdującego się w położeniu przymusowem, to ponadto ciasna i naciągnięta rozmyślnie interpretacya bardziej jeszcze ścieśniła zastosowanie przepisu § 934 u. c. w szeregu wypadków.

I tak najwyższy trybunał orzekł dnia 5. marca 1872 (G. U. 4502), że jeśli pokrzywdzony ze swej strony nie może zwrócić rzeczy otrzymanej, powyższy środek prawny nie ma zastosowania. Ma to wszakże regularnie miejsce wówczas, gdy świadczenie polega nie na „daniu“ ale na „czynieniu“ lub „zaniechaniu“, a

w ten sposób najw. trybun. spraw., wbrew ogólnej stylizacyi § 934 u. c., wyłączył faktycznie kontrahentów przy umowie o najem usług w razie doznanej krzywdy od dobrodziejstwa korzystania z § 934 u. c. Stąd wbrew oczywistej słuszności umowa o przesadne honoraryum lekarskie, adwokackie etc. wedle stałej praktyki sądowej nie może być uchyloną, lecz musi pozostać zawsze w swej mocy. Jest to oczywiście błędne, a jeśli ustawa mówi w § 934 o „geben“, to oczywiście ogólnie w znaczeniu świadczenia względnie przeniesienia prawa (Rechtsübertragung), nie zaś dla odróżnienia od „zezwolenia na coś“, „czynienia“, lub „zaniechania“ (§ 861 u. c.), do przyjęcia bowiem takiej dystynkcyi w danym wypadku i wobec użycia ogólnego zwrotu o „interesach obustronnie obowiązujących“ niema żadnej podstawy.

Prędzej można zrozumieć orzeczenie, że pokrzywdzony nie ma prawa żądać zwrotu części nadpłaconej ceny kupna (G U. 125, 3963). Tendencyą ustawy jest ustalenie równomierności świadczeń. Droga do tego celu zmierzająca jest dwojaka — albo zniesienie umowy i powrót do pierwotnego stanu, albo utrzymanie umowy w mocy przez uzupełnienie świadczenia ze strony krzywdzącego. Ta druga ewentualność — zastrzeżona krzywdzicielowi facultas alternativa — zależy jednak z natury rzeczy od w o l i kontrahenta, występującego w charakterze laedentis. W braku pozytywnego przepisu prawa do sprzedaży po cenie zwyczajnej z § 305 u. c., nie może on być zmuszony nawet w formie kary za usiłowanie laesionis enormis, jakkolwiek de lege ferenda sankcya tego rodzaju zasługiwałaby może na rozważenie.

Wprost przykre robi wrażenie orzeczenie Nr. 1348, wedle którego wierzyciel C. dłużnika B. ściganego egzekucyami przyszedł z dwoma świadkami do jego mieszkania i w jego nieobecności groźbą sprowadzenia żandarmów wypowiedzianą przez jego syna oraz innemi groźbami skłonił A., żonę B., do odsprzedania

mu całej swej wyprawy złożonej z 77 przedmiotów wartości łącznej 1348 K za kwotę 228 K, którą na pokrycie wierzytelności swej do B. w kwocie 230 K zatrzymał a wszystkie rzeczy bezzwłocznie objął w posiadanie i zabrał. Skarga o zniesienie umowy i przywrócenie do pierwotnego stanu została oddalona we wszystkich instancyach z tem umotywowaniem, że A. na cenę umówioną się zgodziła, mimo że jej niestosunkowo wyższa wartość rzeczy była znaną — groźba zaś wypowiedziana była przez trzecią osobę (§ 870 u. c.).

Wedle orzeczenia Nr. 1904 now. zb. opieka nieślubnego dziecka nie zdołała wywalczyć dla niego dodatku na koszta kształcenia ponad otrzymywaną dotąd od ojca miesięczną alimentacyę w wysokości 6 K na miesiąc, jakkolwiek wydatek nieślubnej matki z tytułu utrzymania i wychowania dziecka, notorycznie ponad 12 K miesięcznie wynosił — argumentem tu była „rzetelnie zdziałana ugoda“ (§ 1386 u. c.) przez sąd nadopiekuńczy zatwierdzona i na biedną matkę zwalająca koszta posyłania do szkoły dziecka właściciela nieobciążonej realności i zamożnego rzemieślnika.

Adwokat, który za wywalczenie sumy 16.800 złr. wymówił sobie oczywiście wygórowane honoraryum 5000 złr., wygrał po myśli O. N. T. 2176 n. zb. prawomocnie proces z klientem o zniesienie umowy najmu usług z powodu laesio enormis, jakkolwiek w razie wymówienia sobie podobnie niestosunkowej korzyści z tytułu np. kontraktu kupna, najmu dzierżawy lub pożyczki sąd byłby zniewolony orzec przywrócenie do pierwotnego stanu i jakkolwiek w danym wypadku i wedle niewątpliwej intencyi ustawodawcy ta restitutio in integrum przy locatio conductio operarum czy operis zdążać może jedynie do ustalenia iusti pretii w granicach § 305 u. c.

Wedle O. N. T. 2337 n. zb. zawarł A. z B. przed sądem polubownym giełdy zbożowej w Wiedniu dwie ugody, które następnie zaczepił skargą z powodu, że obie

ugodzone pretensye były w istocie pretensyami z interesów dyfferencyjnych, a więc z umów losowych nie ubezpieczonych ani złożeniem z góry ani depozytem, a przeto niezaskarzalnych (§§ 1271 i 1272 u. c.). Sąd apelacyjny polecił tę okoliczność zbadać ze względu na artykuł XXV. ust. wprow. do p. c. i art. XXIX. u. wprow. do o. c., co jednak najw. tryb. błędnie uchylił, wskazując, że art. XXV. ust. wprow. do proc. cyw., który jako wyjątek nie może być tłumaczony ekstenzywnie, ogranicza się do wypadku, w którym w toku sporu przed sądem polubownym giełdy był podniesiony zarzut spekulacyi na dyfferencyę kursu, a następnie w terminie prekluzywnym po doręczeniu wyroku sądu polubownego wniesiona skarga sądowa, co w danym wypadku miejsca nie miało.

Wymowna to ilustracya fałszywych poglądów, korzystających skwapliwie z niedokładnej stylizacyi w tekście ustawy wprow. do p. c. celem forytowania interesów dyfferencyjnych z krzywdą i ujmą uczciwego kupiectwa.

Wedle O. 2621 A. wykonał dla B. drewnianą werandę, którą B. ustawił i omurował. Umówioną była zapłata 250 K, mimo, że część roboty wykonana do chwili wniesienia skargi przez A. reprezentowała niezaprzeczoną wartość 590 K. A. zgodził się tak tanio tylko dla zupełnego braku zajęcia. Skargę o zniesienie umowy z powodu laesio enormis odrzuciły sądy wszystkich trzech instancyj; sąd apelacyjny między innymi dlatego, ponieważ A. znał rzeczywistą wartość swej pracy i tylko dla braku zatrudnienia zgodził się na niższą płacę; ponadto zaś dlatego, ponieważ przywrócenie do pierwotnego stanu, aczkolwiek z winy B., nie było już możliwe, skoro weranda tymczasem została przez niego omurowana. Najw. tryb. uznał wprawdzie te motywy za błędne, orzekł jednak, że póki dane świadczenie nie jest w całości wykonane, a więc w danym wypadku weranda ukończona w całości, nie może być mowy o korzystaniu z dobrodziejstwa prawa, a to tem

mniej, że pozwany ze swojego prawa utrzymania w mocy umowy za odpowiednią dopłatą korzystać dopiero może z chwilą ukończenia werandy, wtedy bowiem dopiero wartość wykonanej roboty będzie mogła być ustaloną.

Przeciw tej argumentacyi należy zauważyć, że skoro już przy części wykonanej roboty laesio jest widoczną, to wykończenie zamówienia oznaczałoby tylko powiększenie poniesionej szkody. Że zaś laedens zrzekł się prawa utrzymania w mocy umowy za dopłatą, należy wnosić z faktu zamurowania werandy, który miał widocznie na celu uniemożliwienie restytucyi, oraz z okoliczności, że krzywdzący nie ofiarował dopłaty, lecz wdał się w spór, aczkolwiek dobrze znanym mu był stosunek zwyczajnej wartości roboty do umówionej ceny i jakkolwiek ze swej facultas alternativa korzystać mógł nietylko po ukończeniu werandy, ale także już po ukończeniu części jej, przedstawiającej wartość 590 K, a to przez dopłatę 340 K.

Trafnem natomiast jest orzeczenie najw. trybunału Nr. 3513 n. zb., dopuszczające skargę o zniesienie umowy przy kontrakcie dzierżawy wobec tego, że czynsz wymówiony nie wynosił nawet połowy zwyczajnej wartości używania danego gruntu. Trybunał przyjął przytem za udowodnione, że wydzierżawiający poprzestał na tak nizkim czynszu tylko pod przymusem, potrzebując danej kwoty do zapłacenia długu, wobec czego uznał, że okoliczność, czy znał prawdziwą wartość danej dzierżawy, jest prawnie obojętna[1]).

IV.

W niemieckim kodeksie cywilnym niema wprawdzie instytucyi laesionis enormis i oficyalne motywa do kodeksu określają tę instytucyę jako nieuzasadnio-

[1]) Nie nasuwają mi żadnych uwag orzeczenia najw. trybunału nowego zbioru (Neue Folge) 42, 388, 424, 740, 798, 948, 1069, 1095, 1140, 2251, 2388, 2701, 3945, 4167 i 4279.

ną w „dzisiejszych“ zapatrywaniach o obrocie, niebezpieczną dla pewności prawa i obrotu, podlegającą różnym zapatrywaniom, tudzież tam, gdzie jeszcze istnieje, w rozmaity sposób stosowaną[1]). Ostatnie dwa argumenty nie dowodzą niczego, bo oczywiście najpotężniejsze sfery interesowane są w uchyleniu tego środka prawnego, dla nich też jedynie może on stać się wedle okoliczności niebezpiecznym. Skoro „dzisiejsze“ zapatrywania wychodzą z zaklętego koła manczestryzmu, czego w dalszym ciągu same motywy każą się domyślać, mówiąc o „różnych“ zapatrywaniach, nie można uważać tych poglądów ani za powszechnie przyjęte ani za trafniejsze same w sobie, niż jakiekolwiek inne.

Z tem wszystkiem uznać trzeba, że w Niemczech ustawa o lichwie z 19. czerwca 1893 rozciąga się na wszystkie interesy obustronnie obowiązujące, oraz że po myśli § 138 u. c. niem. interesy prawne sprzeciwiające się dobrym obyczajom są nieważne, a w szczególności nieważnym jest interes prawny, w którym jedna strona wyzyskując przymusowe położenie, lekkomyślność, lub nieświadomość rzeczy drugiej, sobie lub osobie trzeciej wymawia lub przyznać pozwala korzyści majątkowe przewyższające tak dalece wartość świadczenia, że wedle okoliczności istnieje między niemi rażąca dysproporcya („dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen“)[2]).

Ponadto stanowi § 157 tejże ustawy, iż wszelkie umowy należy tak tłumaczyć, jak tego wymaga dobra wiara z uwzględnieniem zwyczajów obrotu, a § 242

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band II., St. 321, Berlin i Lipsk 1888. Dr. Carl Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen & Leipzig 1902. Tom I. § 91, tom II. § 142.

[2]) Por. analogiczny przepis art. 1036 projektu szwajcarskiego oraz podobny przepis § 957 projektu ustawy cyw. węgierskiej z r. 1901.

tejże ustawy postanawia: dłużnik obowiązany jest świadczenie swe tak wykonać, jak tego wymaga dobra wiara (Treu und Glauben) z uwzględnieniem zwyczajów obrotu (mit Rücksicht auf die Verkehrsitte). Niema zupełnie racyi, dodaje Crome, do surowszego traktowania zwyczajnej pożyczki (sc. w ustawie o lichwie) niż np. kupna, najmu etc. Dlatego § 242 zawiera zasadę naczelną obowiązującą wszystkie zobowiązania, wynikające zarówno ze stosunku obligatoryjnego jak i ex delicto i ex lege pochodzące. Ponadto ustawa niemiecka zna uchylenie umowy (Wandelung) lub obniżenie ceny umówionej (Minderung) w wypadkach braków użytkowych i to tak przy umowie kupna-sprzedaży (§§ 462, oraz 469 i nast.), jak i przy innych umowach odnoszących się do pozbycia lub obciążenia rzeczy za odpłatą (§ 493), jak wreszcie przy umowach najmu dzierżawy (§ 543) i o wykonanie dzieła (§ 581 u. 2). Nadto istnieją § 812—822 o niesłusznem wzbogaceniu. Nic dziwnego, że w tym stanie rzeczy postanowienia o laesio enormis mogły odpaść w ustawie niemieckiej bez uszczerbku dla uczciwego obrotu.

Postanowienie § 138 u. niem. akceptował niemal dosłownie projekt noweli do austryackiej ustawy cywilnej w § 879, przyczem wylicza między cechami jednego kontrahenta wyzyskanymi przez drugiego, oprócz podanych w ustawie niemieckiej nadto słabość umysłu (Verstandesschwäche) i rozdrażnienie (Gemütsaufregung). Zasada interpretacyjna § 157 u. niem. znalazła również uwzględnienie w zmienionym tekście §§ 863 i 914. Różnica jest tylko w wyrazach: w niemieckiej ustawie jest mowa o „Treu und Glauben“ tudzież o „Rücksicht auf die Verkehrssitte“, w projekcie austryackim o „Übung des redlichen Verkehrs“[1]).

[1]) Podaję treść §§-ów noweli wedle tekstu proponowanego przez subkomitet komisyi izby panów.

Laesio enormis w noweli do austryackiego kodeksu cywilnego nie została uchylona. Wobec przyjęcia zmienionego tekstu § 879 oraz 863 i 914 nie będzie to zresztą miało zasadniczego znaczenia.

Wyzysk jest tak starym, jak społeczeństwo. Zadaniem ustawodawstwa i judykatury jest dążyć do zatamowania go o ile możności oraz do wcielenia w prawo i praktykę życiową zasad równomierności i możności świadczeń, ustalonych przez nieśmiertelnego greckiego mędrca.

O NABYCIU OWOCÓW PRZEZ POSIADACZA W DOBREJ WIERZE W CYWILNEM PRAWIE AUSTRYACKIEM

NAPISAŁ

PROF. Dr MARCELI CHLAMTACZ

610

Za wzorem prawodawstw nowożytnych uznaje także prawo austryackie posiadacza w dobrej wierze nie tylko jako właściciela owoców, ale przyznaje mu je w całości jako definitywny, nieodwołalny zysk [1]).

Punkt pierwszy w nauce prawa pospolitego do niedawna bardzo sporny, że mianowicie posiadacz w dobrej wierze staje się właścicielem owoców, uchodzi w nauce prawa austryackiego jako zupełnie ustalony [2]).

α) Co do pierwszej kategoryi owoców t. zw. owoców naturalnych postanawia pod względem formalnoprawnym całkiem poprawnie, a mimo to i bardzo popularnie, pierwszy ustęp § 330 u. c., że do posiadacza w dobrej wierze „należą“ z chwilą separacyi wszystkie owoce, a więc tak extantes jak consumpti. Na pytanie, czy też przez „gehören“ należy rozumieć wyłącznie nabycie na własność, dają protokoły [3]) stanowczą odpowiedź. Mimo, iż w toku dyskusyi podnoszono potrzebę ograniczenia nabycia owoców na własność li tylko na wypadek tytułowanej b. fide possessio, to wobec argumentów za przyznaniem własności

---

[1]) Na stanowisku prawa Justyniańskiego stał jeszcze Cod. Ther. II. 3. n. 83, II. 5. n. 158 i projekt Hortena II. 2. § 19; zmiana widoczna dopiero w projekcie Martiniego II. 2. 22, por. Schey. Über den redlichen und unredlichen Besitzer im österr. bürg. Gesetzbuche, str. 50, uw. 2.

[2]) Krainz. System I. str. 480 i 701; Till, System II. str. 284 w.; Ofner, Sachenrecht I. str. 79; Schey, j. w. str. 31 n.

[3]) Ofner. Protokolle des allg. österr. Gesetzbuches, t. I. str. 232 n.

bez owego ograniczenia przez członków komisyi i Zeillera przytoczonych, nie zachodzi w tym względzie żadna wątpliwość, iż przez słowo „gehören“ nabycie na definitywną nieograniczoną własność rozumiane być musi [1]).

Że zaś z drugiej strony przez „gehören“ rozumiano definitywne lucrum wszystkich owoców, to wgląd do protokołów daje również wszelką pod tym względem pewność. Wspomniano tam bowiem, iż w toku obrad niektórzy członkowie komisyi (v. Aichen i Pratobevera) z postanowień odnośnych dedukowali, że przecież można stawiać wymóg „tytułowanego“ posiadania, bo wszak posiadacz w porównaniu z prawem Justyniańskiem jest w bardzo korzystnem położeniu, bo zyskuje wszystkie owoce [2]).

Z toku obrad wynika zarazem, że jako motyw prawodawczy owej wyjątkowej koncesyi przyznanej bonae fidei posiadaczowi, uznawano jego dobrą wiarę, ona stanowi fundament nabytku, nią też głównie ata-

---

[1]) ...„da der Eigenthümer in den meisten Fällen den Schaden, welchen er dadurch leidet, nur seiner eigenen Fahrlässigkeit in der Nachforschung und Zurückforderung seines Eigenthums beimessen muss“ (str. 232), por. Zeiller. Commentar II. str. 69. Powołanie się na ogólną regułę: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est (fr. 136 D. de div. r. iuris. 50. 17. Paulus lib. XVIII. ad ed.) przemawia także za przyznaniem owoców na własność. — Por. protokoły II. str. 518 n. „Zu dem sei der Eigenthümer dadurch nicht zu sehr gekränkt, denn da der redliche Besitzer die Sache gewöhnlich durch eine dritte Person erhält, so bleibe dem Eigenthümer eigentlich ohne dies gegen diesen sein Regress“. Por. Zeiler, Com. II. str. 70.

[2]) ...das Pferd stelle er zwar zurück, aber das Fohlen soll er behalten, den Acker gibt er zurück, aber die noch stehende Fechsung bleibt ihm vorbehalten (l. c.).

...Wenn jeder stets besorgen müsste ausser dem Verluste des Preises, um den er die Sache an sich gebracht hat (§ 333), auch noch die bezogenen Nutzungen zurückstellen, somit das Kapital sammt den Zinsen einbüssen... Zeiller l. c. Por. protokoły II. str. 519.

kowano wymóg „tytułu“ jako samoistnego obok niej momentu, przez niektórych członków komisyi proponowanego. Ale mimo, iż motywa bardzo często zapewniają, że za „cnotę“ jego, traktuje się posiadacza w dobrej wierze jakby do poboru owoców uprawnionego [1]), to z innych opinij protokołów przecież wynika, że kodyfikatorowie przez wskazane wyżej unormowanie sprawy dążyli do zabezpieczenia obrotu, mieli mimo nie całkiem trafnego doboru argumentów, świadomość, iż ich norma nie stoi jedynie na usługach ochrony indywidualnych interesów, lecz na usługach obrotu (publica utilitas [2]).

Z uznania godnym instynktem prawodawczym załatwili redaktorowie sporną a raczej zagmatwaną w ówczesnej literaturze kwestyę nabycia owoców separatione czy perceptione [3]). Oświadczono się za separacyą, mimo iż mamy ślady w protokołach, iż wiedeński fakultet prawniczy [4]) wprowadził ową całą

[1]) ...mit dem Moment des redlichen Besitzes all sein Recht erlöschen soll... in beiden Fallen (tytułowanego i nietytułowanego posiadania) sei er redlich et bona fides tantum tribuit quantum ipsa veritas... sobald man von der Redlichkeit des Besitzes ausgeht, man keinen Unterschied zwischen dem rechtmässigen und unrechtmässigen zu machen habe... Der Präsident schloss sich doch an die erstere Meinung an, indem bona fides einmal das Wort sprechen müsse, indem man theils aus Billigkeit, theils zur Vermeidung unzähliger Streitigkeiten den redlichen Besitzer schützen müsse. In § 330 werden die Worte: „und zugleich rechtmässigen“ weggelassen.

[2]) Theils zur Vermeidung unzähliger Streitigkeiten, z których to słów przeziera owa publica utilitas, owa troska o pewność obrotu.

Na chlubę redaktorom przyznać trzeba, że acz skąpe, to mimo to ich motywa mówią więcej niż n. p. rozwlekłe motywa do cyw. ustawy niemieckiej, por. Schey j. w. i moją monografię O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznem prawie rzymskiem, str. 178 n.

[3]) Por. Bake, Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat, str. 110 n.

[4]) „Aussonderung oder erst da sie an ihren Bestimmungsort gebracht worden sind“.

kwestyę do obrad komisyjnych. Podniósł wątpliwość, czy też jako momentu nabycia owoców na własność nie należałoby oznaczyć złożenia owoców w miejscu ich przeznaczenia (por. fr. 78 D. de R. V. 6. 1.). Przez to też mamy stwierdzone, że redaktorowie ustawy cywilnej świadomi byli zupełnie znaczenia separacyi w kwestyi nabycia owoców, że separacyę całkiem słusznie pojmowali jako modus dominii adquirendi, że nabycie ma tu miejsce vi legis, które przyczynienie się interesowanego czyni zbędnem [1]), że separacya niekoniecznie ma być pojętą jako moment faktyczny zapewniający posiadanie, z którego to zapatrywania widocznie wychodził wiedeński wydział prawny, uważając sam akt separacyi do nabycia posiadania jako w danych okolicznościach niewystarczający i domagając się przeniesienia owoców w miejsce ich przeznaczenia, t. j. apprehensyi [2]).

Tak więc b. f. posiadacz nabywa wedle prawa austryackiego na własność owoce naturalne przez czas trwania swej dobrej wiary: pozwany skargą wydobywczą, nie ma obowiązku żadnych owoców wydawać i nie odpowiada za ich wartość w razie ich spożycia, chociażby się w ten sposób wzbogacił.

Pod wpływem atoli ponętnych argumentów Petrażyckiego [3]), sławiących roztropność Justyniana, ograniczającego lucrum na fructus consumpti, starał się w ostatnich czasach Schey [4]) w myśl kierujących po-

---

[1]) Por. protokoły, str. 233.

[2]) Punkt w nauce prawa pospolitego dawno wyjaśniony, w dziwnem oświetleniu przedstawia się w motywach do niem. ustawy cywilnej (T. III, str. 365 n.), które sądzą, iż mimo odłączenia, na owocach obecnie jako samoistnych rzeczach, posiadanie dawne nie zgasło, por. w tym względzie Windscheid, I. § 144 i uw. 4, ale też Regelsberger, Pandekten I. str. 395 n.

[3]) Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten, str. 185 n.

[4]) J. w.

glądów Petrażyckiego dowieść, iż i ustawa austryacka w sposób, co prawda, odmienny, ale w rzeczy samej odpowiedni uczyniła zadość potrzebom, na które genialne (?) prawo Justyniańskie obliczyło swą normę: Bonae fidei possessor fructus „consumptos“ suos facit. Bo oto — wedle Scheya — i w prawie austryackiem pewne owoce, a mianowicie te, które służyć mają do prawidłowego kontynuowania gospodarstwa mimo zmiany osób do poboru ich uprawnionych, musi b. f. possessor wydać (zboże na zasiew, nawóz, pasza i t. p.), bo te owoce vi legis jakby unieruchomione, muszą być mimo braku wszelkiego ograniczenia w § 330 u. c. wydane pozywającemu właścicielowi. To są — wywodzi dalej Schey — właśnie owoce, które w rzymskiem, „na zapas“ nieprodukującem gospodarstwie, były przeciętnie fructus extantes. W ten zaś sposób dochodzi Schey do ograniczenia § 330 u. c. przez § 296 u. c. i wprowadza jakby tylną bramą nieszczęsną normę Justyniańską do prawa austryackiego, a to wszystko na to, by zaadaptować uzasadnienie wewnętrznej racyi instytutu wedle pomysłów Petrażyckiego także i dla prawa austryackiego.

Przeciw tej idei Schey'a należy przedewszystkiem zauważyć, że stając zresztą na stanowisku Scheya, nie można ograniczenia wprowadzonego § 296 u. c. identyfikować z zasadą prawa Justyniańskiego, gdyż t. zw. fundus instructus jest częścią substancyi, a owoce mimo to przypadną pozywającemu właścicielowi tylko o tyle, o ile są konieczne do prowadzenia prawidłowej gospodarki i tylko w odpowiedniej temu celowi ilości mają być wydane. Wskutek czego pojęcie tych owoców oczywiście nie pokrywa się z fructus extantes prawa Justyniańskiego, bo pozywający właściciel jakkolwiek zastanie cały zbiór in natura, to nawet przy uwzględnieniu § 296 u. c. dostanie tylko „część“ owoców potrzebnych do wprowadzenia w ruch najbliższej kampanii owocodajnej (por. orzeczenie najw. trybunału z 11. marca 1862, n. 1496). A słusznie też zauważył

Krainz [1]), iż zresztą § 296 wchodzi w zastosowanie tylko przy okazyi windykacyi całych dóbr, a nie u. p. jednej parceli, wskutek czego ograniczenie, do którego dochodzi Schey [2]), przedstawia się jako ograniczenie natury agrarno-politycznej, pozbawione charakteru uniwersalnego i dlatego nie nadaje się do złączenia w jednolitą całość z § 330 u. c., bo z tego ciasnego powiązania ogólnej normy § 330 u. c. z normą wyjątkową § 296 u. c. łatwo wyniknąćby mogła skłonność przeprowadzenia tego ograniczenia w praktyce także w innych wypadkach z tendencyą przeszczepienia w prawie austryackiem pod płaszczykiem § 296 u. c. normy Justyniańskiej, która ma chyba bardzo problematyczną wartość [3]).

Pomijając tedy wyjątkowo zdarzyć się mogący wypadek ograniczenia § 330 u. c. przez § 296 u. c., uzyskujemy co do owoców naturalnych także dla prawa austryackiego regułę rzym. prawa klasycznego: Bonae fidei possessor fructus suos facit [4]).

β) Przystępując do omówienia stosunku b. fidei posiadacza do drugiej kategoryi owoców, do t. zw. owoców cywilnych, podajemy wprzód dla oryentacyi dosłowny tekst § 330 u. c.

„Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind; ihm gehören

---

[1]) J. w. str. 31, ale także tam w uw. 3, 4 powołanych. Projekt Hortena, II. 1. § 57, wzięty w pomoc przez Scheya, nie jest w tym punkcie stanowczy, bo właśnie projekt Hortena stał jeszcze na stanowisku restytucyi fructuum extantium.

[2]) System I. str. 700, uw. 2.

[3]) „mit Ausnahme des Theils, welcher zur Zeit der Klageanstellung zum fundus instructus gehört“ l. c.

[4]) Reguła owa przyznając posiadaczowi w dobrej wierze wszystkie owoce bez żadnego ograniczenia, uważaną jest wedle najnowszego stanu tej kwestyi jako wynik jednomyślnej opinii rzymskiej jurysprudencyi klasycznej. Por. oprócz mojej wyżej powołanej monografii: Girard, Manuel w Mayra niem. przekładzie, t. I. str. 352, uw. 2, 3, 4.

auch alle andere schon eingehobene Nutzungen, insofern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind".

(por. U. E. 51. — § 321 pierwszej i drugiej rewizyi.) Lucrum owoców cywilnych przypada posiadaczowi w dobrej wierze, o ile zapadły i zostały pobrane. Jeśli wolno czynić pewne wnioski z komentarza Zeillera[1]) w odniesieniu do naszego postanowienia, to przez wyraz „Nutzungen" należy rozumieć: a) ekwiwalent owoców naturalnych (czynsze dzierżawne), b) wynagrodzenie za ustąpienie drugim używania rzeczy, c) odsetki od kapitałów stojących i inne peryodyczne dochody płynące n. p. z uprawnień realnych. Zeiller zapewnia najwyraźniej, że posiadacz nie może domagać się choćby już zapadłych zaległych odsetek, czynszów najmu i dzierżawy, o ile przed pobraniem popadł w malam fidem, a więc najpóźniej w chwili doręczenia mu pozwu, przyczem dodaje, mając widocznie odnośne postanowienie pruskiego kodeksu cyw. [2]) na oku, że o podziale owoców ostatniego roku gospodarczego niema mowy.

Jak zaraz obaczymy, to owo postanowienie ustawy austryackiej jest w swoim rodzaju jedyne.

Poprzód jednak zasadnicze pytanie: kiedy t. zw. fructus civilis uważać należy jako zaistniały? W teoryi prawa pospolitego niema na to po dzień dzisiejszy zgody.

Jedni upatrują powstanie owocu cywilnego w chwili nawiązania odnośnego stosunku prawnego (Köppen, Schey). Inni — i tych liczba przeważa, zwła-

[1]) T. II. j. w. str. 70.

[2]) J. w. str. 72. „auf die noch nicht erhobenen, obschon bereits fällig gewordenen Nutzungen, wie auf den Rückstand an Zinsen, Miethgelde, Pachtgelde, hat er am Ende der Redlichkeit seines Besitzes keinen weiteren Anspruch, noch minder kann er verlangen, dass sie im Verhältnisse zu dem Zeitpunkte seines redlichen Besitzes zwischen ihn und den Eigenthümer getheilt werden sollen".

szcza, że i kodyfikacye nowożytne również z reguły to przyjmują – uważają moment zapadłości należnego przychodu, odpowiadający niejako separacyi ze względu na owoce naturalne, jako moment zaistnienia owoców cywilnych (Czyhlarz, Windscheid, Rossi), a wreszcie ustawa austryacka, o ile z protokołów i z komentarza Zeillera, jako jednego z najwybitniejszych współpracowników komisyi prawodawczej, wnioskować można, idzie dalej i dopiero zrealizowany, podjęty przychód uważa jako owoc cywilny [1]). Z tego pojmowania owocu cywilnego i nieuprzytomnienia sobie dwóch odrębnych momentów: 1. kwestyi nabycia własności, 2. kwestyi lucrum, powstała niezwykła reguła § 330 ust. 2 u. c.

Niezwykła, bo prowadząca do rezultatów praktycznych, których prawodawca wedle wszelkiego prawdopodobieństwa sam sobie nie życzył. Dla ilustracyi przykład: Posiadacz parceli A. puścił ją w dzierżawę. Dzierżawca zwleka z zapadłym czynszem; tymczasem atoli spada na posiadacza skarga wydobywcza. Lucrum t. j. czynsz straci, bo mimo, iż go ściągnie w moc kontraktu z dzierżawcą zawartego, winien go zwrócić właścicielowi. A więc nasz posiadacz zostaje dotkliwie ukarany [2]). Za co? Chyba za to, że zamiast sam produkować owoce, ustępuje to prawo dzierżawcy, rezygnując z zysku przedsiębiorczego w przemyśle rolnym, a ograniczając się na oznaczony z góry dochód (rentę). Skoro ustawa austryacka lucrum owoców pobranych chciała przysporzyć b. f. posiadaczowi, co jest chyba niewątpliwe (por. U.-E. § 51), to norma z § 330 ust. 2 u. c. nie odpowiada tej kierującej intencyi prawodawcy. Konsekwencya nakazywała, skoro ustawa przez „Nutzungen“ rozumiała czynsze

[1]) Tak wnosić wolno n. p. z uwagi Zeillera, „wenn man sie in seinen Besitz aufgenommen hat“, j. w. str. 70.

[2]) por. Zeiller Com. II. „die während seiner Redlichkeit schon wirklich eingehobenen Nutzungen, insofern sie zugleich fällig...“

dzierżawne, czynsze najmu, odsetki od kapitałów, — pamiętać, co do pierwszych i drugich, że należy zdecydować się albo na pojmowanie ich jako surogatów owoców naturalnych, albo jako owoców samoistnych. Skoro posiadaczowi przypadłyby owoce in natura, używanie jako takie (n. p. zamieszkuje dom wraz z rodziną), to winien mu się dostać i surogat, t. j. czynsz; separacya owoców naturalnych b. f. durante byłaby wymogiem należności owoców cywilnych (system rzymski); albo skoro pojmowano czynsz i t. p. jako samoistny owoc, wówczas należało rozłożyć go idealnie na każdy dzień czy miesiąc krytycznego roku i wedle czasu trwania uprawnienia, lucrum owoców między zmieniających się do ich poboru uprawnionych stosunkowo dzielić (system nowożytny). Ale wymóg ściągnięcia (podniesienia) bona fide durante ani z jednem ani z drugiem stanowiskiem pogodzić się nie da. Jakkolwiek więc bona fide durante owoce naturalne zaistniały, jakkolwiek bona fide durante zapadł czynsz najmu, posiadacz w dobrej wierze w razie niepodniesienia, owe dochody traci. Wynajął n. p. dom za 2000 kor. rocznie, czas najmu upłynął, najemca z czynszem zalega, tymczasem doręczają posiadaczowi skargę wydobywczą. Straci czynsz za rok dlatego, że go wczas nie podjął, mimo, że w miarę jak był bona fide nabył prawo do tego czynszu. A i to należy sobie uprzytomnić, że gdyby sam był mieszkał, to absolutnie nie byłby obowiązany do wynagrodzenia wartości mieszkania na rzecz pozywającego właściciela (§ 329 u. c.). Dalszy przykład: W roku dywidendowym zmienia się osoba uprawnionego, w miejsce posiadacza wchodzi właściciel odnośnej akcyi; posiadacz dowiedział się zapóźno z ogłoszeń w dziennikach, iż kupon za rok miniony, zatem lucrum danego przedsiębiorstwa, już zapadł i że go można podjąć, zaskoczony skargą nie będzie już w stanie kuponu na swą korzyść zrealizować mimo, iż przez cały rok dywidendowy (peryod kampanii owocodajnej) akcyę b. fide posiadał.

Tych kilka przykładów wystarczy może do nabrania przekonania, że kodeks austryacki swym wymogiem „ściągnięcia“ nie tylko ze stanowiska teoryi lecz z praktycznego punktu widzenia wszedł na złą drogę[1]).

Gdyby się był przynajmniej zadowolnił wymogiem „zapadłości“ jako rozstrzygającej, byłby ze stanowiska swej przewodniej myśli osiągnął znośniejszy rezultat, bo jak co do owoców naturalnych rozstrzyga separacya, tak co do owoców cywilnych, o ile się im przyzna charakter samoistnych owoców a nie surogatu (cf. fr. 12. § 2. D. de usur. 7. 1. Paulus libro II. epit. Alfeni dig.) rozstrzygałby moment zapadłości. Jeśli b. f. possessor przed zapadłością czynszu wydać musi grunt mimo, iż go przez znaczny czas odnośnego peryodu owocodajnego posiadał, to należało albo przyznać mu cały czynsz, o ile owoce separowano b. fide possessoris durante, albo nie przyznać mu niczego, o ile separacya przypada w czas uprawnienia następcy (system rzymski, czynsz jest surogatem owoców naturalnych fr. 58. D. de usur. 7. 1.) — albo, o ile czynsze uważa się jako samoistne owoce, których zaistnienie wiąże się z chwilą zapadłości, przyznać mu należało zapadłe raty i to bez względu na to, czy owoce naturalne są fr. separati czy pendentes (system nowszej dogmatyki). Atoli w obu tych systemach na dalszy wymóg „ściągnięcia“ niema miejsca.

---

[1]) To przeciw Scheyowi j. w. str. 56 „...die Verfasser des Gesetzes durchaus nicht aus der Rolle gefallen sind“.

Jakkolwiek zresztą, redaktorowie ustawy niem. bardzo liczyli się z cyw. kod. austr., czego dowodem liczne powoływania się nań w motywach, to w tym punkcie pominęli słusznie normę § 330 u. c. milczeniem — a o ile wiemy, to nie znachodzi ona równieśniczki w żadnej innej nowożytnej kodyfikacyi. Siłą mocą windykuje ją — niesłusznie — dla prawa cywilnego francuskiego Zachariä, str. 566, uw. 3 a. „Auch verstösst es gegen die Grundsätze von der Bereicherung, wenn der bfp. noch den Pachtzins einziehen dürfte, welcher auf die Zeit bis zur Klageerhebung zu berechnen, aber noch nicht bezahlt ist“. — Pomięszano tu prawo do poboru owoców z prawem do ściągnięcia ich (wzgl. ekwiwalentu).

Dowodzić atoli nie potrzeba, że oba zresztą momenta (separacya, zapadłość) wydają strony interesowane na pastwę przypadku. Musimy więc dalej dociekać, jakie kryterya nadają się jako rozstrzygające w kwestyi rozdziału zysku owoców odnośnego peryodu?

Skoro podstawą uprawnienia do poboru owoców jest bona fides, winien zyskać je b. f. posiadacz, o ile t. j. jak długo w krytycznym okresie jego b. fides trwa, a to prowadzi do następujących kryteryów. Co do owoców naturalnych separacya b. fide durante lub, bez względu na to, czas trwania uprawienia w odnośnym okresie owocodajnym mogą uchodzić jako odpowiednie kryterya. Co do owoców cywilnych zapadłość ich wpadająca w okres b. f. durans lub bez względu na to, czas trwania uprawnienia w odnośnym okresie, za który owoce cywilne się należą. Rozdział przeprowadzony wedle kryteryum „pro rata temporis" uwzględnia okoliczność, że owoc jakkolwiek peryodycznie go rzecz daje, jakkolwiek w jednej chwili zaistniał, to mimo to na zaistnienie jego złożył się cały okres. — Praktycznie da się to kryteryum stosować do obu kategoryj owoców (pruska ustawa cywilna).

Wszystkie te atoli momenta i kryterya, nie dadzą się żadną miarą pogodzić z dalszem kryteryum ustawy austryackiej „pobrania".

Jeżeli się śledzi bliżej, co mogło redaktorów naprowadzić na ów moment, w tej chwili przypomina się podział owoców „cywilnych" w prawie Justyniańskiem na fr. civ. extantes t. j. zapadłe i fr. civ. consumpti t. j. zapadłe i pobrane.

Całkiem nieświadomie stanął kodeks na stanowisku normy Justyniańskiej, bo wszak wedle bardzo poważnej opinii reprezentowanej w prawie pospolitem zapadłe owoce cywilne uważa się za fr. extantes, a pobrane za consumpti [1]).

[1]) Czyhlarz, u Glück'a T. 41, 42. cz. 1. str. 601 n., Rossi, Il diritto di possessore del buona feda sul frutti.

Mamy więc przed sobą zjawisko całkiem charakterystyczne. Mimo, iż kodeks austryacki i wedle brzmienia § 330 u. c. i wedle solennych zapewnień protokołów, stanął na stanowisku przyznania b. f. posiadaczowi „wszystkich“ owoców, to w zastosowaniu tej zasady do tzw. owoców cywilnych ześliznął się — jak tego dowodzą protokoły i uwagi Zeillera — na grząski w tej materyi teren prawa Justyniańskiego.

Schey[1]) usiłował w ostatnich czasach ten niezwykły rezultat następującymi argumentami usprawiedliwić. Nie sądzimy atoli, aby olśniewające w pierwszej chwili wywody Scheya były w równym stopniu przekonywające.

W dniu zapadłości odnośna rata czynszu — mówi Schey — stanowi aktywum w majątku posiadacza, a różne momenta co do owoców naturalnych: separacya — percepcya — konsumpcya, schodzą się co do owoców cywilnych w jedno. Jeśli zatem b. f. posiadacz zapadłej raty zaraz nie ściąga, to widocznie na nią nie reflektował, bo odnośnej sumy nie potrzebował i przeznaczył ją na kapitalizacyę. Mógł wreszcie — jak przyznaje Schey — „dłużnik“ zwlekać, to wówczas jest to przypadek, którego konsekwencye ponosi b. f. posiadacz, bo on i tak nie ma prawa do owoców (?).

Zgodzić się wprawdzie należy na to, że zapadła rata stanowi aktywum w majątku b. f. posiadacza, ale też dlatego całkiem przypadkowy moment „pobrania“ winien być bez znaczenia. Podsuwanie b. f. posiadaczowi intencyi zrzeczenia się odnośnego przychodu jest dowolną supozycyą, gdyż niejednokrotnie b. f. posiadacz będzie zmuszony n. p. dzierżawcy ratę sprolongować, a niepobranie zapadłych wierzytelności, o ile się nie przedawniły, nie powoduje ich zgaśnięcia, bo niewykonywanie uprawnienia, może z reguły tylko pod pewnymi warunkami spowodować jego utratę[2]), zaś prawo

[1]) J. w. str. 59.

[2]) Por. zamiast innych Regelsberger, I. § 54, 55, „die Ausübung eines Privatrechtes ist nur Befugniss, nicht Rechtspflicht“, str. 229.

austr. nie pozostawia pod tym względem żadnej wątpliwości, że b. f. posiadacz ma z pewnych wyższych względów „prawo do owoców“ (fr. 25. § 1. D. 22. 1.).

Skutki budowania na fałszywej konjunkturze, które zasada nasza chce odwrócić od posiadacza, właśnie przez ów wymóg § 330 u. c. mogą się na nim fatalnie odbić, bo na dany dochód on już reflektował i wskazał mu już w swojem gospodarstwie pewne przeznaczenie. Że w danym wypadku b. f. posiadacz przekazał ratom zapadłym funkcyę kapitału, to za to również nie ma być karany, bo jeśli z pewnych względów przyznaje mu się lucrum owoców, to jest zupełnie nieuzasadnione rozciąganie nad nim jakby kontroli, co on z tem lucrum począł, zaś argument Scheya[1]), że w stosunku właściciela do b. f. posiadacza tylko „aberratio pożytku“ w grę wchodzi, jest w swem ogólnikowem brzmieniu nie całkiem zrozumiały.

Nie o wiele więcej dowodzi dalszy argument Schey'a, że o ile b. f. posiadacz ma do czynienia z dłużnikiem w czas nie płacącym, to musi to uważać za casus, gdyż zwłoka dłużnika nie jest w prawnem znaczeniu żadnym przypadkiem dla wierzyciela, co najwyżej zwykłą niespodzianką, wszak prawo reguluje skutki zwłoki. A zresztą jakim sposobem za zwłokę dłużnika ma być b. f. posiadacz skondemnowany niejako na stratę lucrum wobec pozywającego właściciela?

To też n. zd., to, co Schey poczytuje redaktorom kodeksu za zasługę, że owoców cywilnych „nicht mit Naturalfrüchten unter eine Regel pressten“[2]) stanowi jedyne w tej materyi przeoczenie redaktorów ustawy.

Wstępując na ślizką drogę uważania tzw. owoców cywilnych, jako owoce s. str., które w gruncie rzeczy, ze stanowiska ekonomicznego, nie są owocami, lecz o ile pobrane zostały przez interesowanego, stanowią dlań, w miarę jak peryodycznie powtarzają się,

[1]) Str. 58, uw. 3.
[2]) Str. 58.

„dochód“ t. j. jakby cząstkę jego udziału w rezultatach dorocznej produkcyi społecznej, winni byli redaktorowie zdecydować się na taki moment jako o lucrum owoców cywilnych rozstrzygający, który objektywnie, a nie w odniesieniu do pewnej osoby pozwala pretensyę uważać jako gotowy przychód z rzeczy lub prawa bez względu na to, komu on jako dochód przypadnie. Tym właśnie momentem jest albo zapadłość albo, co jest stosowniejsze, czas trwania, na który część dochodu winna być rozłożona. Wtedy oczywiście zapadła rata czynszu wpadająca w okres b. f. posiadania, przypadłaby b. f. posiadaczowi jako jego dochód, poza tem przypadłaby następcy w prawie do poboru pożytków i stanowiłaby znowu dla niego dochód. Albo też należało rozdzielić czynsz roczny pro rata temporis uprawnienia.

Uregulowanie sprawy w pierwszy sposób (kryteryum zapadłości raty) nie odpowiada wprawdzie naszem zdaniem ideałowi sprawiedliwości, ale wprowadza rozdział owoców cywilnych w analogię z rozdziałem owoców naturalnych. Jak tu pobranie owoców wskutek przypadkowej, wcześniejszej lub późniejszej separacyi owoców, ma w sobie moment aleatoryjny, tak i co do owoców cywilnych właśnie zależy od przypadku okoliczność, czy zapadłość zastaje posiadacza w stadyum b. fidei czy nie, i wedle tego przydziela lucrum, przypadkowo, jemu lub następcy w prawie do poboru owoców. Wedle powołanego postanowienia prawa austr. odnośnie do owoców cywilnych moment ten aleatoryjny nie tylko utrzymano (zapadłość), ale bez najmniejszej racyi zdwojono; od przypadku zależy, czy b. f. posiadacz dotrwa bona fide do zapadłości, ale od przypadku zależy, czy b. f. posiadacz pobierze pożytek. W tem właśnie leży trudność doboru kryterów rozstrzygających o lucrum owoców wogóle, a wcale nie racyonalnie co do owoców cywilnych dobrano owe kryterya w prawie austryackiem, które ryzyko nabycia potęguje.

Wobec powyższych wywodów niepodobna ani na chwilę wątpić, że unormowany przez ustawę austr. rozdział owoców cywilnych między posiadacza w dobrej wierze a właściciela prowadzi do praktycznie nieznośnych rezultatów. Zarzutu niekonsekwencyi nie można niestety prawodawcom oszczędzić. Wszystkie „owoce“, które rzecz daje, przyznał prawodawca, stosując odpowiednio zasadę produkcyjną, posiadaczowi w dobrej wierze, ale nabycie owoców cywilnych, pożytków, jak je ustawa nazywa, tenże sam prawodawca znacznie ograniczył i utrudnił, stawiając ów wymóg ściągnięcia. Głębsza przyczyna tej niekonsekwencyi tkwi w niecałkiem ze stanowiska praktyczno-gospodarczego trafnem odróżnieniu między owocami a pożytkami (Nutzungen), obie nazwy są w istocie rzeczy tylko odmianami jednego i tego samego pojęcia[1]). W miejsce postanowienia zawartego w drugim ustępie § 330 u. c., że dopiero zapadłe i już pobrane pożytki przypadają posiadaczowi w dobrej wierze, powinni byli redaktorowie ustawy oznaczyć, kiedy i wśród jakich okoliczności pożytek jako gotowy przychód uważać należy, powinni byli wypowiedzieć się w tym względzie, jakie kryteryum odnośnie do tzw. owoców cywilnych ma być uważane jako na równi stojące z kryteryum separacyi co do owoców naturalnych. A wówczas nie mogliby byli redaktorowie ustawy uznać ściągnięcia jako takie kryteryum, bo byliby przejrzeli, że tą drogą dojdą do wewnętrznie nieuzasadnionego nierównego traktowania posiadacza w dobrej wierze co do owoców naturalnych z jednej, a owoców cywilnych z drugiej strony. Całkiem przypadkowe ukształtowanie sytuacyi, że jeden np. sam uprawia grunt, podczas gdy drugi go wydzierżawia, zapewnia pierwszemu wszyst-

[1]) § 100 n. u. c. określa mianem pożytków właśnie owoce jakiejś rzeczy lub jakiegoś prawa, ale i odwrotnie § 99 n. u. c. mówi o dochodach (Erträge), które rzecz lub prawo w moc odnośnego stosunku prawnego odrzuca i te właśnie dochody określa mianem owoców.

kie owoce, podczas gdy drugi wśród danych okoliczności może być przyprawiony o stratę znacznej części owoców cywilnych, które przecież uchodzić muszą jako surogat, jako ekwiwalent owoców naturalnych. A przecież obaj ci posiadacze za przyznaniem im pełnego, nieograniczonego przychodu z rzeczy powołują się na jednę i tę samą kierującą zasadę, będącą wynikiem tzw. idei produkcyjnej.

Abstrahując atoli od mniej szczęśliwego wymogu ściągnięcia co do owoców cywilnych, należy redaktorom ustawy poczytać jako prawdziwą zasługę, że umieli się wyemancypować z pod wpływu reguły Justyniańskiej, która w ich czasach uchodziła za produkt umysłowości rzymskich prawników klasycznych, że pominęli ograniczenie posiadacza w dobrej wierze na tzw. fructus consumpti w myśl znanego byzantyńskiego pomysłu: „Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit". Wedle ówczesnego stanu nauki romanistycznej redaktorom ustawy austryackiej nie mogło wpaść nawet na myśl, że owa reguła jest nieprzemyślanem, nieodpowiedniem zupełnie przerobieniem i zeszpeceniem reguły prawa klasycznego. Prawdziwe i jedynie trafne stanowisko prawników klasycznych, że posiadaczowi w dobrej wierze przypadają wszystkie owoce i pożytki z rzeczy, może być dopiero w naszych czasach, mimo tu i ówdzie jawiących się odosobnionych głosów przeciwnych[1]), uważane jako zupełnie ustalone.

Redaktorowie ustawy austryackiej znaleźli się w świadomem przeciwieństwie do prawa Justyniańskiego, dając tem samem instynktownie wyraz tym ideom, które wydała ze siebie genialna jurysprudencya rzymska. Ten właśnie moment świadczy chlubnie o wysokiem, prawniczem i socyalnem uzdolnieniu redaktorów cywilnej ustawy austryackiej, tem właśnie zasłu-

[1]) Ostatnimi czasy, Sokołowski, Die Philosophie im Privatrecht (1903) § 33.

żyli sobie rzetelnie u potomności na chlubne miano „Juris auctores“, na miano prawodawców w najszczytniejszem tego słowa znaczeniu.

Racya praktyczno-gospodarcza przyznania posiadaczowi w dobrej wierze wszystkich owoców polega głównie w tem, że znienacka spadająca nań prestacya owoców zakłóca równowagę gospodarczą tak posiadacza w dobrej wierze jak i jego poprzedników, a ponieważ ten obowiązek prestacyi spadałby na posiadacza mimo braku wszelkiej winy z jego strony, przeto porządek prawny wbrew nieugiętej konsekwencyi prawnej ów obowiązek prestacyi wyjątkowo znosi. Tylko należy już z góry przeciw Petrażyckiemu zaznaczyć, że ową równowagę gospodarczą posiadacza w dobrej wierze zakłóca w równym stopniu obowiązek wydania owoców stojących (fructus extantes) a nie jedynie i wyłącznie obowiązek wynagrodzenia wartości owoców spożytych, jak przyjmuje Petrażycki.

Wszak w racyonalnie prowadzonem gospodarstwie każdy spodziewany już dochód ma swoje przeznaczenie. Dochód uzyskać się mający ze sprzedaży ściętego drzewa w lesie ma swoje przeznaczenie, służy na pokrycie rat bankowych, na inwestycye, melioracye gospodarcze, na pokrycie kosztów robocizny, na zaspokojenie krótko-terminowych długów. — Odjęcie posiadaczowi w dobrej wierze owoców, jakkolwiek byłyby fructus extantes, niweczy właśnie w zupełności ułożony przezeń plan gospodarczy, może w danych niepomyślnych okolicznościach równie spowodować jego ruinę gospodarczą jak nałożenie nań obowiązku prestacyi fr. consumptorum.

A przeto nie czysto przypadkowa okoliczność, czy owoce są extantes czy consumpti, ale ekonomiczne ich przeznaczenie w gospodarstwie posiadacza może spowodować najfatalniejsze skutki, a przedewszystkiem dysorganizacyę gospodarstwa. Bo skoro wydając extantes pozbawia się w nich posiadacz funduszu na zaspokojenie wyżej wymienionych potrzeb, to oczywiście musi

w tym celu inne objekta swego majątku spieniężyć z ujmą dla ułożonego na lata planu[1]).

W przewidywaniu bogatego zbioru posiadacz gruntu zakupił piękny inwentarz posiłkując się na razie kredytem wekslowym, bo liczy na to, iż w parę miesięcy po zbiorach gotówką ze sprzedaży krescencyi uzyskaną dług spłaci. Tuż po żniwach, zaskakuje go właściciel skargą wydobywczą. Oczywiście wedle prawa Justyniańskiego, ale na szczęście nie wedle prawa austryackiego, musi fr. extantes wydać. — Okazuje się zarazem, iż trafiło go periculum, którego ani zawinił ani mógł od siebie odwrócić, chyba w ten sposób, iż licząc się z dziwną zasadą Justyniańską „na wszelki wypadek" powinien był owoce, choćby jeszcze niedojrzałe, choćby po niskiej cenie sprzedać. Tak zaś, postępując jak normalnie przezorny gospodarz, wpada poprostu w pułapkę, pozycya jego majątkowa jest zachwiana.

Rozpoczęty a zdążający do rozszerzenia gospodarstwa plan, który częściowo zrealizowano przez zakupno inwentarza, musi być cofnięty — a ta zmiana akcyi już rozpoczętej odbić się może mniej lub więcej dotkliwie na całem gospodarstwie b. f. posiadacza.

Biedny góral za pożyczone pieniądze nabył krowę, w jesieni doczekał się cielęcia, przeznacza je na sprzedaż, by ceną zaspokoić zaległe podatki. W tem spada nań rei vindicatio; oddać musi krowę i przychowek, trafia go znowu nieprzewidziane niebezpieczeństwo, usuniętym zostaje z jego majątku przedmiot, który w gospodarstwie miał swoje przeznaczenie[2]).

Bardzo staranny gospodarz licząc się z niekorzystną konjunkturą targową, a chcąc z zebranych ziemio-

---

[1]) Petrażycki, j. w. str. 194 n.

[2]) Obowiązek wydania extantium mieścić w sobie może nie tylko odebranie zysku (tak Czyhlarz 564), ale niespodziewane obciążenie, a w skutkach inne straty ekonomiczne dla posiadacza w dobrej wierze.

płodów uzyskać jak największy dochód, wstrzymuje się ze sprzedażą krescencyi, konieczne wydatki kryje zaoszczędzoną gotówką lub nawet pożyczonymi pieniądzmi. Aby przeczekać niekorzystną konjunkturę, zapasy zboża skrzętnie przechowuje w stogach, spichlerzach; ziemniaki, buraki i t. p. w kopcach.

Drugi mniej oględny pozbywa wszystko z miejsca, co mu zbiór dał, pieniędzy używa stosownie do potrzeb swoich i swego gospodarstwa, a więc n. p. lokuje je na procent. Jeden i drugi zaskoczony zostaje nagle skargą wydobywczą. — Z pewnością fatalna niespodzianka, ale czy tylko dla drugiego?[1]) — Sądzimy, że dla obu niespodzianka, która obu może zachwiać lub zrujnować w razie nałożenia na nich obowiązku prestacyi owoców, ba nawet w danych okolicznościach może być w skutkach fatalniejsza dla pierwszego jak dla drugiego, posito, że obaj mieliby obowiązek restytuować owoce — pierwszy fr. extantes, drugi consumptos.

Otóż właśnie ponieważ w niespodziewanem odebraniu bf. posiadaczowi owoców mieści się niebezpieczeństwo, którego on odwrócić od siebie nie mógł, bo dobra wiara utrzymując go zarazem w stanie nieświadomości, nie pozwoliła mu niebezpieczeństwa przewidzieć (por. wywody Petrażyckiego j. w. str. 173.), przeto rzymskie prawo klasyczne zwalnia go od obowiązku prestacyi „wszelkich“ owoców przedprocesowych[2]).

[1]) Do udowodnienia tej tezy zmierzają właśnie argumenta Petrażyckiego j. w. str. 185—200 będące zarazem znakomitą obroną kompilatorskiej zasady „bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit“.

[2]) Wyłączną zasługą Petrażyckiego jest wydobycie ze źródeł postulatu chronienia jednostek przed skutkami niespodziewanego usunięcia im dóbr majątkowych, które uważając za swoje zużyli. Stojąc na stanowisku kompilacyi, która wedle opinii autora jest wiernem odbiciem wyobrażeń klasycznych, stara się on wykazać, iż właśnie w uwzględnieniu wyżej wspomnianego postulatu prawodawca rzymski „darowuje“ bfp. owoce skonsumowane, bo one tylko sprowadzić mogą na b. f. p.,

Twierdzi atoli Petrażycki (str. 194 n.), iż właśnie obowiązek restytucyi fr. extantium z równoczesnem zwolnieniem od odpowiedzialności za consumpti, jest wynikiem równomiernego uwzględnienia sytuacyi obu stron interesowanych. Posiadacz w dobrej wierze nie odpowiada za consumpti, bo to na tok jego gospodarstwa niekorzystnie może oddziałać, właściciel dostaje fr. extantes, bo to są owoce potrzebne do dalszego prowadzenia gospodarstwa wedle z góry ułożonego planu, one dają gruntowi odebranemu wygląd normalny, to są owoce oddane z góry napowrót gruntowi, a przeto strata ich dla b. f. posiadacza nie jest tak dotkliwą. O ile w tej argumentacyi tkwi ziarno prawdy, to tylko w odniesieniu do owoców rolnych[1]) (słoma, siano, zboże na zasiew, pasza dla bydła, zboże na wyżywienie czeladzi, drzewo na opał, budulec na reparacye i przybudówki) i do potrzeb gospodarstwa rolnego. Trudno atoli przyznać jej charakter ogólny. — Obawa zaś powstania zamieszania w gospodarstwie właściciela, jest przesadzona, boć on z góry na wszystkie fructus extantes reflektować nie mógł. Jak zresztą z powyższą argumentacyą pogodzić decyzyę, że np. pozwany posiadacz wraz z klaczą ma wydać także i źrebię?!

---

a w dalszych konsekwencyach na gospodarstwo społeczne, fatalne skutki gospodarowania opartego na niepewnej konjunkturze, str. 185 n. 247 n., podczas gdy „w celu wydania extantium nie potrzeba własnych objektów majątkowych pozbywać i zakłócać przez to prawidłowego życia własnego majątku". Nasze wywody, opierając się na rezultatach egzegezy źródeł klasycznych, omówionych w wyżej powołanej odrębnej monografii, które to źródła wcale nie znają obowiązku prestacyi owoców przedprocesowych, zwracają się tem samem przeciw sposobowi, w jaki Petrażycki stosuje postulat chronienia bfp. przed skutkami niebezpiecznej dlań konjunktury, i mają wykazać, iż periculum grozi bfp. nie tylko w razie, gdyby odeń się żądało wartości owoców skonsumowanych, ale w równym stopniu, gdyby się odeń żądało owoców in natura (fr. extantes).

[1]) W tym kierunku urządzenie znane jako instrumentum fundi w prawach nowożytnych, n. p. § 296 ust. austr. stanowi dostateczną gwarancyę. — Por. Schey j. w. i tam powołani.

Jeśli zasada Justyniańska jest naprawdę wynikiem troski o losy przyszłej gospodarki właściciela i jeśli dlatego kazano b. f. posiadaczowi oddać extantes, to czemu prawodawca Justyniański przyznaje te owoce b. f. posiadaczowi na własność? — Wszak jeśli te owoce tak potrzebne właścicielowi, to przezorny prawodawca byłby obmyślił sposób, by właściciel zawsze mógł na nie liczyć, ale też wtedy nie mógłby był przyznać b. f. posiadaczowi własności na nich; a skoro to uczynił, co i Petrażycki przyznaje, to dlatego, że chciał chronić b. f. posiadacza a przez niego pośrednio ogólnego dobra. Dopiero kompilatorowie Justyniańscy wprowadzając wbrew zgodnej opinii rzymskich prawników klasycznych obowiązek wydania extantium, zrobili niejako między właścicielem a b. f. posiadaczem kompromis, który w uwzględnieniu indywidualnych interesów obu stron może wydać się pozornie słusznym — „daj co jest" — ale z ogólnego punktu widzenia jako norma prawna wytłumaczyć się nie da (por. Czyhlarz j. w. 525. n. [1]).

Tylko przez przyznanie b. f. posiadaczowi wszystkich owoców przedprocesowych zdolnym jest porządek prawny ustrzedz posiadacza przed niespodziewanem zachwianiem jego sytuacyi majątkowej i gospodarczej, zdolny jest usunąć częściowo przypadkowe niebezpieczeństwo, jakie łączy się z nabyciem rzeczy z rąk niewłaściciela, zapewniając b. f. posiadaczowi przynajmniej owoce i pożytki z rzeczy, choćby ją samą miał oddać właścicielowi. A w ten sposób uchyla lub redukuje do mniejszych rozmiarów prawa regresu b. f. posiadacza do auktora, usuwa lub zmniejsza ochotę do procesów, redukuje odpowiedzialność poprzednika z tytułu ewikcyi do umiarkowanych granic — a to wszystko idzie na dobre z jednej strony bezpieczeństwu obrotu, z drugiej zaś czyni ten obrót szybkim i popiera jego wzmaganie się — momenta, które w tem oświe-

[1]) Ein durchaus vergeblicher Versuch ist, die Sätze des justinianischen Rechtes als innerlich begründete hinzustellen

tleniu na regule prawa klasycznego zgodnej z postanowieniem prawa austryackiego „bfp. fructus suos facit“ wybijają piętno normy ogólno-społecznej [1]).

Bo też trzeba sobie żywo wyobrazić rezultat praktyczny wywołany przyjętem przez prawo klasyczne stanowiskiem. Ktoś kupił parę owiec, przez rok doczekał się sporo jagniąt, te dały mu nowy przybytek. Właściciel, windykujący przed upływem czasu wymaganego do zasiedzenia, dostaje parę owiec, lecz młody przychowek zostaje w rękach posiadacza, regresu do auktora z powodu ewikcyi bf. posiadacz albo zupełnie zaniecha albo zredukuje go do skromnych rozmiarów. A sytuacya byłaby bardziej skomplikowana, gdyby poprzednik bf. posiadacza nagle został zaskoczony obowiązkiem regresu, któryby obejmował interesse z powodu utraty owiec i całego przychowku. Poprzednik, który za małą cenę pozbył obecnie owce, byłby narażony na wysokie interesse, na odpowiedzialność, która spada nań całkiem znienacka, której nie mógł z siebie zrzucić, bo cięży ona normalnie w moc zawartego kontraktu kupna i sprzedaży, a gdyby ją zresztą zrzucił ze siebie, to mógłby to uczynić jedynie z ofiarą dla siebie, bo od sprzedawcy, który odrazu wyklucza odpowiedzialność za ewikcyę, kupuje się tanio. Przez cały czas wymagany do zasiedzenia auktor b. f. posiadacza byłby w niepewności co do granic swej ewentualnej odpowiedzialności z tytułu ewikcyi, onaby jak miecz Damoklesa w nieokreślonej rozciągłości nad nim wisiała. Bo któż wie, jak wiele owoców bf. posiadacz zbierze, któż wie, czy go właściciel schwyci ze swą skargą w stadyum fructuum extantium, czy w stadyum consumptorum, bo od tych okoliczności zależałby w prawie Justyniańskiem rozmiar pretensyj regresowych (74 § 1. D. 21. 1.)?!

Wedle prawa klasycznego i austryackiego cała niepewność uchylona. Poprzednik b. f. posiadacza wie,

[1]) Por. Petrażycki j. w. 197 n. 243 n.

co go w najgorszym razie czeka, tzn: interesse z powodu utraty przez bf. posiadacza rzeczy macierzystej.

W tym właśnie punkcie Petrażyckiego próba wyszukania wewnętrznej racyi instytutu w prawie Justyniańskiem jest nie całkiem wszechstronnie przeprowadzona; autor nie uprzytomnił sobie, iż w danym stosunku idzie właściwie o pogodzenie kolidujących ze sobą interesów „nie tylko“ właściciela i posiadacza w dobrej wierze, ale także auktora posiadacza w dobrej wierze, bo im więcej przyzna się właścicielowi przeciw posiadaczowi w dobrej wierze, to tem pewniej wpędza się bf. posiadacza z jego regresem na auktora.

Ponieważ problem rozdziału owoców zawdzięcza swe powstanie względom na dobro ogólne i interesa obrotu, przeto oczywiście działanie jego i jego praktyczne przeprowadzenie w obrocie, a więc ze względu na akta prawne odpłatne musi być rozpoznawane, a w tym właśnie kierunku norma prawa rzymskiego klasycznego, a z nią i norma prawa austryackiego, zasługują na pierwszeństwo przed normą Justyniańską. Podniesiono wyżej, iż reguła klasyczna rzymska, a z nią i postanowienie prawa austryackiego jest wynikiem trafnej polityki gospodarczej. W tym stanie rzeczy ocenienie jej praktycznej doniosłości tylko z tego punktu widzenia jest właściwe, o ile konsekwencye, do których ona prowadzi, nie sprzeciwiają się etyce i wyobrażeniom uczciwie myślących ludzi. Lecz w tym właśnie punkcie zachodzi nam drogę Petrażycki występując z twierdzeniem, że właśnie nałożenie na posiadacza w dobrej wierze obowiązku wydania owoców stojących odpowiada jedynie poczuciu uczciwie myślących ludzi. Petrażycki[1]) daje następujący przykład: Stryj zapisał bratankowi majątek. Po kilku latach okazuje się, że majątek należał do trzeciego, a tylko przez

[1]) J. w. str. 246.

omyłkę przypadł rzekomemu spadkobiercy. Porządny człowiek usprawiedliwi się przed właścicielem, odda mu grunt wraz z owocami, albowiem takie zachowanie, jak twierdzi Petrażycki, podyktuje mu wrodzone nam poczucie prawa i przyzwoitości.

Tą drogą pośrednią wytacza autor przeciw zasadzie prawa klasycznego, a tem samem i austryackiego, działo najcięższego kalibru. Zasada bowiem zwalniająca posiadacza w dobrej wierze od obowiązku prestacyi wszelkich owoców, urobiona przez klasyczną jurysprudencyę, stoi według Petrażyckiego w sprzeczności z postulatami etyki, z wyobrażeniami uczciwie myślących ludzi. Ale przypuśćmy na chwilę, że zasada klasyczna jest nieetyczna, i popatrzmy, czy też norma Justyniańska w całej pełni dostraja się do rzekomych wyobrażeń uczciwie myślących ludzi? Sądzimy, że nie; gdyż pozostając przy podanym wyżej przykładzie Petrażyckiego, a czyniąc w nim tę tylko nieznaczną zmianę, że rzekomy spadkobierca owoce z gruntu sprzedał i pieniądze ulokował w kasie, musimy wedle normy Justyniańskiej orzec, że ów uczciwie myślący człowiek nie ma najmniejszego obowiązku skapitalizowanych owoców wydać, a wszak to byłoby chyba również negacyą zapatrywań uczciwie myślących ludzi. A więc: albo obowiązek wydania owoców względnie ich ekwiwalentu, albo zwolnienie posiadacza w dobrej wierze od prestacyi wszelkich owoców względnie ich ekwiwalentu.

Jeśliby więc zasada klasyczna i nowożytna miała być napiętnowana jako nieetyczna, to i zasada Justyniańska z tą samą racyą, również jako nieetyczna napiętnowaną być musi.

Jednak rozważmy zasadnicze pytanie, czy pozostawienie wszystkich owoców posiadaczowi w dobrej wierze obraża rzeczywiście etykę? W tym względzie należy przedewszystkiem zauważyć, że odpowiedź na to pytanie ze względu na omawiany przykład daną być nie może, gdyż przykład nie odpowiada typowemu

wypadkowi, w odniesieniu do którego zasada klasyczna pokrywająca się ze stanowiskiem prawa austryackiego została urobioną. Ona powstała w obrocie, prawnicy rzymscy nie bez racyi operują przykładem kupna. Mając tedy ów typowy wypadek na oku, należy dać odpowiedź na postawione pytanie: Ktoś kupił grunt, włożył weń swój pieniądz, swoją pracę i wyprodukował owoce. W tem zgłasza się właściciel i żąda gruntu wraz z owocami. Czyż to jest nieetyczne, że posiadacz zarzuci, iż owoce uważa za swoje, bo w nich tkwi jego pieniądz, jego praca i mozoły, że uchylając się od żmudnego, niełatwo dającego się przeprowadzić likwidowania kosztów i wkładów, domaga się pozostawienia mu tych owoców, bo tak tylko uchroni siebie, a pośrednio i innych, których losy zawisły od jego sytuacyi ekonomicznej, od przykrych majątkowych niespodzianek?!

Czyż można o tym człowieku powiedzieć, że się nie liczy z postulatami etyki, że domaga się brudnych korzyści? Bo zresztą tam, gdzie wzgląd na interesa ogólne (publica utilitas) nakazuje przyznać jednostce pewną korzyść, nie można mówić o kolizyi odnośnej normy z postulatami etyki. —

Porównanie prawa Justyniańskiego z rzymskiem prawem klasycznem i austryackiem wykazuje, że przy próbie rozwiązania problemu przyznania owoców właścicielowi względnie posiadaczowi w dobrej wierze nie idzie bynajmniej o rozdźwięk postulatów etyki. Przeciwnie, idzie tu o walkę dwóch w nauce o owocach dobrze znanych systemów czy zasad — zasady substancyalnej i zasady produkcyjnej. Ze względów wyższych, pewności obrotu i dobra ogólnego, tak rzymska jurysprudencya klasyczna jak od niej zupełnie niezawiśle pod wpływem kierujących rodzimych wyobrażeń germańskich także redaktorowie cywilnej ustawy austryackiej stanęli bez ograniczenia po stronie teoryi produkcyjnej, podczas gdy prawnicy doby poklasycznej i doradcy Justyniana woleli między obu

skrajnymi zasadami zawrzeć nieudolny kompromis dążąc w zasadzie do obdzielenia owocami ewentualnie obu interesowanych, stojącymi owocami właściciela, wartością skonsumowanych w dobrej wierze posiadacza.

NASZA POWSZECHNA USTAWA CYWILNA, A PRAWO NATURY

SKREŚLIŁ

Dr L. FISCHLOWITZ

ADWOKAT W KRAKOWIE

I.

Filozofia prawa rozumiała zwykle przez prawo natury w znaczeniu przedmiotowem ogół tych zasad prawnych, które od czasu, odkąd ludzie żyją w społeczeństwie, obowiązywały ich z konieczności ze względu na cele i potrzeby tego społeczeństwa. W znaczeniu zaś podmiotowem pojęcie to obejmować ma sumę tych przyrodzonych i niepozbywalnych praw przysługujących człowiekowi, jako podmiotowi prawa. W różnych epokach nauka zapatrywała się jednak różnie na tę materyę i różną do niej przywiązywała wagę.

Myśliciele greccy nie mówią wyraźnie o pojęciu prawa natury: znajdujemy raczej u nich pojęcie prawa boskiego, wyższego ponad pozytywne prawo ludzkie; wspominają oni o wiecznej idei dobra i sprawiedliwości, która powinna się przebijać w prawie i zapewnić społeczeństwu życie szczęśliwe, a zarazem odpowiadające wymogom rozumu. Po raz pierwszy wspomina o prawie naturalnem (ius naturale) Cicero, który rozumie przez to prawo zbiór norm dyktowanych przez naturalny rozsądek, a mających stanowić podstawę ustaw pozytywnych. Za takie normy prawa naturalnego uważa n. p. ten filozof rzymski nietykalność prawa własności, dobrą wiarę w tłumaczeniu i wypełnianiu zobowiązań między ludźmi i niewyrządzanie drugiemu krzywdy. Późniejsi filozofowie rzymscy rozszerzali coraz bardziej treść owego prawa naturalnego, a pod hasłem tego prawa wytworzyło się

obok surowego, ciasnego ius scriptum — elastyczne, zastosowane do nowych pojęć i potrzeb społeczeństwa rzymskiego ius aequum, które znajdowało szczególnie wyraz w jurysdykcyi pretorów.

Nauka wieków średnich mniej zajmuje się filozofią prawa wogóle, lecz przeważnie tylko prawem publicznem i państwowem (św. Augustyn, św. Tomasz z Akwinu, Marsilius z Padwy), a w szczególności pytaniem przewagi kościoła, czy państwa; w dziedzinie prawa natury epoka ta nie zostawiła wyraźnych śladów.

Za właściwego twórcę prawa natury uchodzi słusznie Hugo Grotius, którego działalność przypada na pierwszą połowę XVII. wieku. Pierwszy on prawo natury wywodzi z tkwiącego w naturze ludzkiej dążenia do towarzyskości, które sprawiło, że człowiek zrezygnował z pewnych swych egoistycznych potrzeb i celów na rzecz społeczeństwa i że społeczeństwo ma prawo żądać w ogólnym interesie pewnych ofiar od jednostki. Dla umożliwienia istnienia społeczności ludzkiej ciążą n. p. na człowieku, jako obowiązki iuris naturalis, wstrzymanie się od skrzywdzenia drugiego, obowiązek do wynagrodzenia wyrządzonej szkody, poniesienie kary za naruszenie porządku przez społeczeństwo ustanowionego; tym zaś obowiązkom odpowiada według Grotiusa szereg przyrodzonych praw, jak prawo do nietykalności życia, ciała, do zawładnięcia rzeczą niczyją i inne.

Filozofowie francuscy XVIII. wieku (jak Montesquieu, Rousseau) starają się także możliwie najszerszą wolność jednostki, w której obronie kruszą kopię, wywieść z odwiecznego prawa przyrody. Pierwszy opiera się przytem na teoryi o pierwotnej umowie zawartej na zasadzie swobodnego objawu woli jednostek, które zrzekły się pewnych praw na rzecz ogółu pod warunkiem pozostawienia im największej swobody w ich pozostałej sferze prawnej: drugi, wychodząc z podobnego założenia o „kontrakcie socyalnym“, uwa-

ża wolność za nieoderwalną od natury ludzkiej i niepozbywalną część istoty człowieka, która była najwybitniejszą cechą pierwotnego stanu natury i którą chciałby znowu przywrócić ludzkości. Podobnie nowożytna szkoła filozoficzna niemiecka, a szczególnie Kant, uważa jako dyktat prawa natury pogodzenie wolności jednego człowieka z wolnością drugiego i z tej kardynalnej zasady wyprowadza różne poszczególne normy tego prawa natury.

Przeciw istnieniu i racyi bytu prawa natury występuje historyczna szkoła prawna, która za źródło prawa uznaje tylko ustawodawstwo pozytywne. Główny reprezentant tego kierunku, Savigny, uważa prawo za jednę z funkcyj zbiorowego organizmu ludzkiego, które wraz z odnośnym ludem żyje, rozwija się i historycznie się udoskonala, a wytwarza dotyczące przepisy prawne wskutek wspólnego przekonania ludu, wskutek jego poczucia konieczności stworzenia tych przepisów. Z drugiej jednak strony prawo natury i znaczenie jego dla tworzenia i stosowania ustaw znajduje ciągle licznych popleczników między filozofami i prawnikami z końca XVIII. i początku XIX. w.; tak n. p. Donner, Hoffbauer, Hufeland, Heineccius, Schweppe, Schilling mówią o powszechnie obowiązującem prawie natury, twierdzą, że co do zasad prawa natury nie może być między uczonymi różnicy i że niema takich kwestyj, któreby się nie dały rozwiązać wedle prawa przyrody, tej głównej podwaliny wszelkiego prawa pozytywnego.

Wśród tych ścierających się w tej dziedzinie prądów powstała w pierwszej dekadzie XIX. stulecia nasza powszechna ustawa cywilna.

II.

W §§ 6. i 7. k. c. mowa jest o interpretacyi ustawy. W § 6. k. c. mowa jest o interpretacyi gramatycznej i logicznej; § 7. k. c. mówi przedewszystkiem

o ściślejszej i szerszej analogii prawnej. Jeżeli jednak — stanowi tu dalej ustawa — w danym wypadku ten środek interpretacyi nie wystarcza, należy ten wypadek rozstrzygnąć, przy należytem zebraniu i rozważeniu towarzyszących mu okoliczności, „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“. Otóż w pojmowaniu ostatniego zdania § 7. u. c., a względnie w ocenieniu stosunku prawa natury do kodeksu cywilnego dzielą się prawnicy austryaccy na dwa obozy, które odpowiadają rozdwojeniu poglądów w ogólnej nauce prawa i filozofii na ten sam przedmiot.

Jedni z nich, jak Winiwarter[1]), Wagner[2]), Berger[3]), Herbst[4]), a później szczególnie Stubenrauch[5]), starają się tłumaczyć § 7. k. c. w ten sposób, że nie uznają prawa natury, jako samodzielnego źródła posiłkowego dla tłumaczenia ustawy cywilnej, lecz rozumią przez owe „naturalne zasady prawne“ — zasady główne obowiązującego prawa pozytywnego. Wywodzą mianowicie ci autorzy, że każde prawo pozytywne tkwi we wspólnem przekonaniu prawnem społeczeństwa, które daje wyraz temu swojemu przekonaniu w ustawodawstwie, że budowa pozytywnego ustawodawstwa opiera się na pewnych podstawowych normach, na pewnych wytycznych i że § 7 k. c., mówiąc o naturalnych zasadach prawnych, ma tylko na myśli ten naturalny system pozytywnego ustawodawstwa, który należy mieć przed oczyma przy zastosowaniu przepisów ustawowych do wątpliwych przypadków

[1]) Commentar, tom I,, str. 83 i nast.

[2]) Kritisches Handbuch des Wechselrechtes, tom I. § 20.

[3]) Die Rechtsphilosophie als letzte Entscheidungsquelle des österr. Privatrechts, w Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1843, tom I., str. 253.

[4]) Aphoristische Bemerkungen über das Verhältnis des Vernunftrechtes überhaupt und insbesondere des natürlichen Privatrechtes zum positiven, w Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1854, tom I., str. 245.

[5]) Commentar, tom I., str. 53.

prawnych. Inni autorzy, jak Zeiller[1]), Schuster[2]), a mianowicie Unger[3]) są przeciwnie zdania, że po myśli § 7 k. c. prawo natury stanowi w dziedzinie austryackiego prawa prywatnego odrębne, posiłkowe źródło tłumaczenia ustawy, które sędzia ma zastosować w tych wątpliwych wypadkach, dla których rozwiązania nie wystarcza obowiązujące prawo pozytywne nawet przy użyciu analogii prawnej, że § 7 k. c. chce w ostatniem swem zdaniu właśnie wypełnić tę ewentualną lukę przez prawo natury, jako ostatnie źródło tłómaczenia ustawy.

III.

Wobec tych różnych zdań teoryi co do stosunku prawa natury do naszej ustawy cywilnej musi w pierwszym rzędzie wpłynąć na rozwiązanie tej kwestyi interpretacya gramatyczna i logiczna ostatniego zdania § 7. k. c.

Otóż nie ulega wątpliwości, że gdyby ustawodawca w postanowieniu o ostatecznem rozstrzygnięciu wątpliwych przypadków prawnych „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ chciał powołać się tylko na naturalne zasady prawa pozytywnego, że gdyby chciał wskazać na pewne podstawowe przepisy samej ustawy, które należy stosować w braku przepisów szczegółowych, byłby on po wyrazach „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ dodał wyrazy „des Gesetzes“ lub „der Gesetze“, aby właśnie zaznaczyć, że nie wolno w praktyce wychodzić poza ramy ustaw pozytywnych. Nadto przy podobnem tłumaczeniu ostatniego zdania § 7 u. c. byłoby ono zgoła zbyteczne wobec tego, że już w poprzedniem zdaniu tego paragrafu mowa jest o tem, że, o ile ustawa nie zawiera rozstrzygnięcia wypadków, podobnych do wypadku

[1]) Commentar, tom I., str. 64.
[2]) Commentar, tom I., str. 156.
[3]) System, tom I., str. 67 i dalsze.

wątpliwego, należy ewentualnie uwzględnić zasady pokrewnych ustaw, że zatem to poprzednie zdanie § 7. u. c. zawiera właśnie to, coby przez owe „natürliche Grundsätze“ chcieli rozumieć ci autorzy, którzy występują przeciw recepcyi prawa natury, jako osobnego źródła pomocniczego przy tłumaczeniu naszej ustawy cywilnej.

Pogląd, że prawo natury należy uznać za samodzielne, subsydyarne źródło interpretacyi w dziedzinie austryackiego prawa prywatnego, znajduje dalej poparcie w §§ 16 i 17 k. c. „Każden człowiek — czytamy w pierwszem zdaniu § 16. u. c. — ma przyrodzone, już z rozsądku wypływające prawa i ma być zatem uważany za osobę“. Otóż te „prawa przyrodzone“, te „prawa płynące z rozsądku“ — to są właśnie te prawa, które wedle doktryny prawa natury są nierozerwalnie połączone z człowiekiem, a nasza ustawa cywilna w swym § 16. niemal żywcem przyjmuje do swego tekstu ogólnie skonstruowaną we filozofii prawa definicyę prawa natury w subjektywnem rozumieniu tego pojęcia. Tak samo staje nasza powszechna ustawa cywilna na gruncie zajmowanym przez prawo natury w § 17., stanowiąc, że to, co odpowiada przyrodzonym, naturalnym prawom, uważa się za istniejące tak długo, jak długo nie udowadnia się ograniczenia tych uprawnień. Ta rewerencya okazywana wobec prawa natury przez nasz kodeks cywilny przemawia silnie za tem, że owe „naturalne zasady prawne“, na które powołuje się § 7. u. c. — to są istotnie zasady samodzielnego prawa natury i że to prawo natury jest wprawdzie ostatecznem, ale przez ustawę uznanem samodzielnem źródłem dla tłumaczenia naszego prawa cywilnego.

Że taką rolę przyznać musimy prawu natury w systemie naszej ustawy cywilnej, wynika dalej niewątpliwie z genezy tej ustawy i z woli jej redaktorów. I tak według § 19. pierwotnego projektu kodeksu cywilnego (Urentwurf), który odpowiada § 7. obowią-

zującej ustawy, winien sędzia, o ile w samej ustawie nie znajduje analogii dla wątpliwego przypadku prawnego, rozstrzygnąć go „nach den allgemeinen und natürlichen Grundsätzen“, a więc widocznie wskazuje się tu na źródło znajdujące się poza ustawą; jest nią właśnie suma owych ogólnych naturalnych zasad, które stanowią prawo natury. — Wedle protokołu obrad komisyi nadwornej nad wspomnianym projektem z dnia 21. grudnia 1801 r. referent komisyi, Zeiller, zaraz we wstępnym swym wywodzie podnosi, że prawo rzymskie w opinii publicznej wiele straciło na wadze i że wedle zdań licznych sądów, których opinii zasięgano, zachowało ono autorytet tylko o tyle, o ile głosi prawdy prawa natury. Przedstawiając zaś następnie, jakie przymioty powinna mieć ustawa cywilna, aby była sprawiedliwą, wymienia on jako takie, między innymi, zgodnie z postulatami prawa natury, możliwie jak najmniejsze ograniczenie swobody i wolności i równość wszystkich obywateli wobec prawa. Jeszcze wyraźniej powołuje się Zeiller na prawo natury, mówiąc w dalszym ciągu o zupełności i dokładności, jako przymiotach pożądanych dla ustawy cywilnej.

Ta dokładność nie powinna się mianowicie, zdaniem sprawozdawcy komisyi, przeradzać w kazuistykę i drobiazgowość, a sędzia przy stosowaniu i tłumaczeniu ustawy powinien mieć prawo — oczywiście przy unikaniu przesady i samowoli — zwrócić się do pierwotnego źródła (Urquelle), z którego wypłynęła ustawa[1]).

Ustawodawca bowiem — twierdzi Zeiller zgodnie z poglądami prawa natury — w rzeczy samej nie tworzy ustaw, lecz wszelkie prawa daje rozsądek, którego ustawodawca jest tylko organem i wykonawcą. Gdy zaś ten rozsądek (który nie jest niczem innem, jak sy-

[1]) Ofner, der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle, tom I., str. 5 i dal.

nonimem prawa natury), nie pozostawia żadnej kwestyi nierozstrzygniętej, przeto wszelkie przypadki prawne, o ile dla nich w samej ustawie nie znajdujemy rozwiązania, lub analogii — ostatecznie według tego źródła można rozstrzygnąć.

Zresztą §§ 18. i 19. pierwotnego projektu omawiające interpretacyę ustawy były przedmiotem bardzo ożywionej dyskusyi. Tak zwana „rewizyjna komisya nadworna“ była zdania[1]), że w razie, jeżeli w samej ustawie w drodze analogii nie można znaleźć rozwiązania danego pytania, należałoby ją przedłożyć do decyzyi samemu ustawodawcy; jeden zaś z członków tej komisyi był za tem, aby sędzia, nim stosuje naturalne zasady prawne, „die natürlichen Rechtsgrundsätze“, jeszcze pierwej szukał odpowiedzi na wątpliwą kwestyę w prawie powszechnem (t. j. rzymsko-niemieckiem) i prawach prowincyonalnych. Z korporacyj zaś, którym „Urentwurf“ był przedłożony do zaopiniowania, sąd krajowy (Landrecht) w Karyntyi zauważył, że jeżeli się ma sędziemu powierzyć rozstrzygnięcie „aus natürlichen Rechtsgrundsätzen“, rozstrzygnięcie takie należałoby z urzędu przedłożyć do zatwierdzenia sądowi wyższemu, względnie najwyższemu. — I te jednak wątpliwości podnoszone z różnych stron przeciw upoważnieniu sądów do stosowania w ostatnim rzędzie naturalnych zasad prawnych, ta przebijająca się tendencya do ograniczania w tym kierunku pouvoir sędziowskiego przemawia dobitnie za tem, że powszechnie i bezsprzecznie przez te „natürliche Rechtsgrundsätze“ rozumiano coś, co stało poza samą ustawą, a mianowicie zasady prawa natury, do których miał właśnie uciec się sędzia w razie, jeżeli w obrębie obowiązującej ustawy cywilnej, nawet przy najszerszem stosowaniu analogii, nie znalazł rozwiązania dla wątpliwego przypadku. Zresztą Zeiller, jako referent, na drugiem posiedzeniu komisyi nadwornej

[1]) Tamże, str. 22 i dal.

dla spraw ustawodawczych z dnia 1. stycznia 1802 r. zbijał te wątpliwości przeciw powołaniu się na prawo natury, jako źródło dla tłumaczenia przepisów prawa prywatnego. Podniósł on mianowicie przedewszystkiem, że tam, gdzie w jakim przedmiocie istnieją przepisy prawa prowincyonalnego, tam ono będzie i tak miało pierwszeństwo przed prawem naturalnem, które ma być ostatniem źródłem interpretacyi, że natomiast nie należy wracać do prawa powszechnego t. j. właściwie do prawa rzymskiego, bo właśnie nowa ustawa cywilna miała za zadanie, zgodnie z potrzebami społeczeństwa, położyć kres panowaniu prawa rzymskiego. Co się zaś tyczy oddania sprawy wątpliwej od razu pod decyzyę wyższych instancyj — to i tak — zauważył Zeiller — mają strony niezadowolone z rozstrzygnięcia sądu I. instancyi prawo odwołania się do sądów wyższych, a poruczenie takiego wątpliwego przypadku odrazu osądzeniu sądu wyższego względnie najwyższego pozbawiłoby stronę zwykłego toku instancyi. Jeszcze energiczniej wystąpił referent kodeksu cywilnego przeciw oddaniu takich spraw wątpliwych wprost rozstrzygnięciu ustawodawcy, czy komisyi ustawodawczej, bo w takim razie istniałaby właściwie tylko jedna jedyna instancya, a nadto mielibyśmy przed sobą całkiem nienormalne połączenie w jednym organie władzy ustawodawczej i sądowej. — W dalszym ciągu obrad nad tą kwestyą wszyscy członkowie komisyi dotyczącej wyrazili przekonanie, że jak z jednej strony nie byłoby wskazanem zostawić sędziemu zbyt szeroką samodzielność, tak z drugiej strony byłoby niedobrze i szkodliwie ścieśnić go zanadto i tak, jak to było w kodeksie józefińskim, związać go zupełnie literą ustawy. Wobec tego uchwaliła też ta komisya kodyfikacyjna z drobnemi stylistycznemi zmianami § 19 projektu w brzmieniu przedstawionem przez sprawozdawcę; ten zaś § 19 znowu z drobną zmianą formalną proponowaną przez Sonnenfelsa wszedł jako § 7 do ostatecznie zre-

dagowanego i obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego.

Tak zatem i z tłómaczenia gramatycznego i logicznego § 7. u. c. i z treści §§ 16. i 17. u. c. i z historyi powstania § 7. u. c., a w szczególności z protokołów obrad redaktorów naszej ustawy cywilnej i z wywodów sprawozdawcy odnośnej komisyi ustawodawczej wynika ponad wszelką wątpliwość, że w dziedzinie austryackiego prawa prywatnego jest prawo natury s a m o d z i e l n e m, choć ostatniem źródłem interpretacyi.

IV.

Pozostałaby teraz do omówienia kwestya, w jakiej rozciągłości normy prawa natury mogą być stosowane na zasadzie naszej ustawy cywilnej. W tym względzie przedewszystkiem zauważyć należy, że, jak to trafnie podnosi Unger[1]), normy prawa natury uważać należy za identyczne ze zasadami słuszności, tak, jak prawnicy rzymscy wywodzili swoje ius aequum z ius naturale.

Otóż naprzód znajdujemy już w samym kodeksie cywilnym niektóre konkretne przepisy prawne, w których znalazło wyraz prawo naturalne, w których skrystalizowały się zasady słuszności, czyniąc wyłom w prawie ścisłem i regulując pewne stosunki odmiennie, niż by to wypadało przy konsekwentnem stosowaniu iuris stricti. Tu należą n. p. przepis § 88 u. c., który we wypadku nieważnego małżeństwa w razie uzyskania ex post dyspensy od przeszkody małżeńskiej, czyni zbytecznemi ponowne zapowiedzi; przepisy §§ 246, 247 i 248 u. c., które dopuszczają pewnych wyjątków od niezdolności prawnej i niezdolności działania małoletnich; przepis § 947 u. c. o prawie darującego do żądania w pewnych warunkach koniecznego utrzyma-

[1]) j. w., str. 71.

nia od obdarowanego; przepis § 1304 u. c. o winie podzielonej i podzielonem odszkodowaniu; przepis § 1358 u. c. o wstąpieniu tego, który płaci dług cudzy, w prawa wierzyciela bez potrzeby cesyi tych praw, i inne. We wszystkich tych wypadkach jednak już sama ustawa ze względów utylitarnych odstąpiła od następstw, któreby wynikały z bezwzględnego zastosowania ścisłego prawa i uwzględniła pewne postulaty prawa natury, względnie słuszności, tak, że w tych wypadkach oczywiście nie potrzebuje znaleźć zastosowania prawo natury, jako odrębne źródło interpretacyi w myśl § 7, zdanie ostatnie k. c.

Drugą grupę stanowią te liczne przepisy naszej ustawy cywilnej, które same pozostawiają rozstrzygnięcie pewnych kwestyj prawnych uznaniu sędziego. Tu już jest rzeczą sędziego, z mocy upoważnienia ustawy, w każdym takim poszczególnym przypadku orzekać w myśl naturalnych zasad słuszności, których sumę nazwała właśnie filozofia prawem natury. — Tu należy n. p. przepis § 107 u. c. pozostawiający uznaniu sędziego zezwolenie w procesie o rozdział od stołu i łoża stronie zagrożonej na osobne mieszkanie; przepis § 142 k. c. pozwalający sędziemu odstąpić od reguły ustanowionej w tym paragrafie co do przyznania wychowania dzieci małżonkom separowanym lub rozwiedzionym; przepis § 178 u. c. nadający sądowi prawo do „odpowiednich zarządzeń“ w razie nadużywania władzy ojcowskiej; przepis § 238 u. c. nadający sądowi nadopiekuńczemu prawo zwolnienia w pewnych warunkach opiekuna od składania rachunków; przepis § 333 u. c. przyznający „odpowiednie“ wynagrodzenie nabywcy bona fide rzeczy cudzej, którąby właściciel sam trudno był odzyskał, z widoczną dla tego właściciela korzyścią; przepis § 365 u. c. stanowiący o przyznaniu „odpowiedniego“ odszkodowania przy wywłaszczeniu; przepis § 495 u. c. o znaczeniu „odpowiedniej“ rozciągłości dla służebności przechodu, pędzenia bydła i przejazdu; przepis § 500 u. c.

o oznaczeniu ilości bydła przy służebności paszy na zasadzie „słusznego“ uwzględnienia obszaru i jakości pastwiska; przepis § 515 u. c. o prawie użytkowcy do „odpowiedniego“ wynagrodzenia za ubytek użytków wskutek zaniechania przez właściciela budowli koniecznych dla wykonywania użytkowania; przepis § 659 u. c. upoważniający sąd do wyboru dla legataryusza przedmiotu stanowiącego zapis wśród więcej przedmiotów przez zapisodawcę do wyboru pozostawionych; przepis § 835 u. c. nadający sędziemu prawo do rozstrzygnięcia, czy pewna zmiana przy wspólności praw rzeczowych jest konieczną i pod jakimi warunkami ma być dokonaną; przepis § 842 u. c. o potrzebie i warunkach ustanowienia służebności przy rozdziale rzeczy wspólnej, na rzecz jednego z byłych spólników; przepis § 872 u. c. o przyznaniu „odpowiedniego“ wynagrodzenia stronie wprowadzonej przez drugiego kontrahenta w błąd, który nie dotyczy rzeczy głównej; przepis § 904 u. c. oddający sędziemu oznaczenie terminu wypełnienia osobistego zobowiązania dłużnika „wedle słuszności“; przepis § 1119 u. c. przyznający „odpowiednie“ odszkodowanie najmobiercy, jeżeli przy zaistnieniu pewnych warunków najmodawca prowadzi nową budowlę na przedmiocie najmu; przepis § 1153 u. c. stanowiący przy najmie usług (dzieła) o prawie oddającego robotę do żądania w razie nieistotnych wad „odpowiedniego“ odszkodowania; przepis § 1155 u. c. przyznający pod pewnymi warunkami „odpowiednie“ odszkodowanie także za niedokonane usługi i prace, przepis § 1162 u. c. przyznający w przypadku, gdzie chodzi o szczególną osobistą zdolność pracującego, w razie jego śmierci dziedzicom jego „odpowiednią“ część wynagrodzenia za już dokonaną robotę; przepis § 1209 k. c. stanowiący o „odpowiedniem“ potrąceniu z udziału dziedzica po zmarłym członku spółki za ubytek jego pracy; przepis § 1221 u. c. nadający sądowi prawo oznaczenia „odpowiedniego“ wiana; przepis § 1231 u. c.

o obowiązku rodziców do dania synowi „odpowiedniej“ wyprawy; przepis § 1264 u. c. o oznaczeniu „odpowiedniego“ utrzymania dla strony niewinnej w razie rozdziału małżonków od stołu i łoża; przepis § 1310 u. c. upoważniający sędziego przy zaistnieniu pewnych danych, do zasądzenia także osób umysłowo chorych lub dzieci na wynagrodzenie wyrządzonej szkody w całości lub części; przepis § 1325 u. c. stanowiący o przyznaniu „odpowiedniej“ nawiązki; przepis § 1336 u. c. nadający sędziemu prawo umiarkowania kary umownej; przepis § 1431 u. c. przyznający „odpowiednie“ wynagrodzenie za pracę, do której wykonania pracujący nie był obowiązanym.

W tych wszystkich wypadkach sędzia jest upoważniony do stosowania naturalnych zasad słuszności na zasadzie specyalnego mandatu nadanego mu w każdym z tych wypadków przez ustawodawcę; i tu zatem sędzia nie potrzebuje się opierać na ostatniem zdaniu § 7 k. c., bo tu sędzia nie czerpie samodzielnie z prawa natury, tego niespisanego kodeksu słuszności, jako osobnego źródła do tłómaczenia i stosowania ustawy cywilnej.

Wreszcie trzecią grupę stanowią te przypadki, których ustawa nie rozwiązuje ani wprost, ani drogą analogii i w których nadto ustawa nie daje także sędziemu, jak to czyni w powyżej przytoczonych przepisach, specyalnych wskazówek, ani zleceń do rozstrzygnięcia tych kwestyj. Otóż w tych wypadkach sędzia ma niewątpliwie prawo i obowiązek oprzeć się na przewidzianym w zdaniu ostatniem § 7 u. c. posiłkowym, ale samodzielnym środku interpretacyi i orzec na zasadzie „naturalnych zasad prawnych“ a rozstrzygnięcie takie sędziego będzie tak samo orzeczeniem p o m y ś l i u s t a w y, która go w końcowem zdaniu § 7 k. c. do takiej decyzyi upoważnia, jak orzeczenia jego stosujące się ściśle do wyraźnych przepisów ustawy. Jeżeli zaś z jednej strony w podobnych razach sędzia ma najszersze pole działania, to z dru-

giej strony nie upoważnia to jednak sędziego do dowolności; musi on dać się powodować jedynie przedmiotowem przekonaniem prawnem i pamiętać o tem, że ma jedynie rozstrzygnąć, co jest prawem i że tylko odpowiedzi na to pytanie ma szukać w naturalnych zasadach prawa.

Oczywiście mylnem jest tu zdanie dawnych filozofów prawa, że prawo natury obejmuje odwieczne normy, które zgoła nie mogą uledz zmianie. Owszem historya prawa i filozofii uczy, że poglądy ludzkości na różne pojęcia i instytucye prawne zasadniczo się przeinaczają, że zatem zmienia się także treść prawa natury. Dość przypomnieć, że filozofowie greccy, a na ich czele Platon, uważali niewolę za instytucyę konieczną, bo tkwiącą rzekomo w prawie naturalnem, względnie boskiem. Dość porównać niesłychanie surowe przepisy prawne Rzymian o „patria potestas“ z pojęciami nowoczesnemi o władzy ojcowskiej; dość zestawić upośledzone pod wielu względami stanowisko prawne przyznane kobiecie jeszcze w obowiązującej obecnie naszej ustawie cywilnej z terażniejszemi pojęciami prawnemi w tej materyi, które częściowo znajdują uwzględnienie w projekcie noweli do kodeksu cywilnego, a jednak i owe dawne ograniczenia i te obecne postulaty wywodzi się z pewnych, naturalnych zasad prawnych.

Co więcej. Takie nowe ogólne pojęcia prawne torują sobie w życiu drogę do urzeczywistnienia i utrwalenia przez działalność teoryi i praktyki, nawet przy niezmienionych jeszcze odnośnych przepisach ustawy.

Typowy tu przykład stanowi przepis § 1305 u. c., który żywcem przejął zasadę rzymską „qui suo iure utitur, neminem laedit“. Tymczasem nauka [1]), wy-

[1]) Mages, Nachbarrecht, str. 51; Unger, Nachbarrecht (Czasopismo Grünhuta, XIII, str. 715); Grabmayer, Jur. Blätter Nr. 12. z 1877 r.

chodząc z zapatrywania, że zasada ta, w myśl naturalnych wymogów prawa, może znaleźć zastosowanie tylko o tyle, o ile przy stosowaniu jej nie cierpi sfera prawna drugiej osoby, uczyniła znaczne zmiany i modyfikacye w powyższej normie, a zdania tych autorów, w których się odzwierciedla wpływ nowożytnego altruizmu w przeciwieństwie do dawnego egoizmu, wkrótce znalazły także wyraz w orzectwie sądowem.

Tak samo naprzód w nauce, a następnie w judykaturze w ostatnich czasach coraz silniejsze zapuszcza korzenie postulat rzetelności i zaufania (Treu und Glauben) albo, powiedzmy jednem słowem, lojalności w stosunkach prawnych; postulat ten sprawia, że sądy nieraz nawet tam, gdzie formalnie pewna strona mogłaby się zasłonić przepisem ustawy, orzekają przeciw niej, o ile ona naruszyła lojalność, dobrą wiarę w stosunku do drugiej strony; rozstrzygając w ten sposób, sędzia stosuje prawo natury, albo, jak nowsi uczeni powiadają, sędzia stosuje wtedy trafne, właściwe prawo „das richtige Recht[1])“, które wymaga, aby ustawy i sądy nie ochraniały nielojalności, która się kryje pod formalnem prawem i aby nie pozwalały na urzeczywistnienie się w stosunkach prawnych zdania: summum ius, maxima iniuria. Tu należy również zasada broniona w teoryi [1]) i przejawiająca się już także w praktyce, że sąd winien możliwie bronić zaufania do pewnych zewnętrznych stanów faktycznych (nasza ustawa cywilna wyraźnie chroni tylko dobrą wiarę do publicznych ksiąg gruntowych), jeżeli pewna osoba, polegając w dobrej wierze na tych zewnętrznych faktach, popada w sprzeczność z pewnemi okolicznościami dla niej niejasnemi i przez to wedle ścisłego prawa mogłaby uledz. — Jestto znowu pogląd płynący z tendencyi nowożytnego prawa natury, aby

[1]) Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte; Bartsch, „Die Uneigennützigkeit im Privatrechte“. (Allg. österr. Gerichtszeitung, Nr. 20. z 1910 r.).

[2]) Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände.

bronić interesów osoby, która w swych działaniach prawnych oparła się na pewnych widocznych dla niej danych i która z tych danych logicznie i etycznie musiała wyciągnąć pewne wnioski i na ich zasadzie w pewien sposób postąpić, mimo że wobec niektórych okoliczności nie przejawiających się na zewnątrz i wskutek tego niewidocznych — stanowisko prawne tej osoby wedle formalnego brzmienia ustawy utrzymaćby się nie dało. W ten sposób zakres działania sędziowskiego rozszerza się coraz bardziej. Niewątpliwie nie jest rzeczą sądu, poprawiać ustawy, naturalnie nie wolno mu orzekać contra legem, ale zdanie ostatnie § 7 u. c. pozwala mu w pewnych warunkach rozstrzygać ultra legem, poza wyraźnym przepisem ustawy pozytywnej.

Uczyni on to przedewszystkiem wtedy, jeżeli dla ocenienia pewnej kwestyi prawnej brak zgoła odpowiedzi w ustawie i to tak odpowiedzi bezpośredniej, ak i odpowiedzi w drodze analogii bliższej i dalszej. Ale nietylko wtedy. Jeżeli sędzia przychodzi do przekonania, że stosowanie pewnego przepisu prawnego, który może nie przewidział wszelkich możliwych konstelacyj stworzonych przez rzeczywiste życie, stworzyło by wśród danych warunków właściwie bezprawie, jeżeli sędzia wyjdzie ze założenia, że zadaniem ustawy jest urzeczywistnić sprawiedliwość i że w pewnym wypadku ścisłe jej stosowanie nie uczyniłoby zadość sprawiedliwości dlatego, że widocznie ustawa nie uwzględniła ewentualności, że n. p. pewien przepis ustawy będzie wyzyskany w sposób nielojalny, wykrętny na szkodę osoby o dobrej wierze i lojalnej, wtedy może i powinien sędzia dojść do konkluzyi, że wypadek ten, mimo może formalnie istniejącego szablonu dla podobnych do niego wypadków zwyczajnych, w ś r ó d t a k i c h t o w a r z y s z ą c y c h o k o l i c z n o ś c i rzeczywiście nie jest w ustawie samej rozwiązany. A wówczas sięgnie sędzia bez zbytniej trwożliwości i chwiejności do naturalnych zasad pra-

wnych, do prawa natury i opierając się na przepisie ostatniego zdania § 7 u. c., według tego prawa natury orzeknie; musi on oczywiście być wtedy pomny całej odpowiedzialności, pod którą spełnia swe posłannictwo — odpowiedzialności tem większej, im szersze jest tu pole dla jego działalności. Zarazem jednak ta właśnie funkcya sędziego jest z pewnością najszczytniejszą, bo tu sędzia z mocy swego urzędu istotnie spełnia misyę zawartą w zdaniu: „ius facit inter partes“, bo on tu nie tylko stosuje, ale czyni prawo między stronami.

O STANOWISKU PRAWA RZYMSKIEGO W POWSZECHNEJ USTAWIE CYWILNEJ DLA CESARSTWA AUSTRYACKIEGO

NAPISAŁ

PROF. DR IGNACY KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI

Skrócenia:

H. = v. Harrasowsky, Der Codex Theresianus u. seine Umarbeitungen. I.—V. 1883—1886. — *HG.* = v. Harrasowsky, Geschichte der Codification des österreich. Privatrechts 1868. — *Krainz* = Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österreich. allg. Privatrechts I. 4. wyd. 1905. — *Ofner* = Ofner, Urentwurf u. Beratungsprotokolle des österreich. allg. bürgerl. Gesetzbuches I., II. 1888, 1889. — *P. u. H.* = Pfaff u. Hofmann, Commentar zum österreich. allg. bürgerl. Gesetzbuche I. 1877 n. — *Pfaff* = L. Pfaff, Der Codex Theresianus u. seine Umarbeitungen, Juristische Blätter (Wiedeń) 1883 n. — *Unger* = Unger, System des österreich. Privatrechts I., 5. wyd. 1892.

Według ustępu 4 patentu obwieszczającego do p. u. c. z dnia 1. czerwca 1811 r. „dotychczasowo przyjęte powszechne prawo — przestaje obowiązywać". Że przez „powszechne prawo" należy rozumieć rzymskie prawo wraz z zmianami tegoż wprowadzonemi przez kanoniczne i rodzime prawa, pod tym względem panuje zgoda w nauce[1]). Jednakże nie odrazu przyjęło się w pracach przygotowawczych to stanowisko wobec prawa rzymskiego, gdyż jeszcze w planie generalnym („Hauptübersicht") do kodeksu Terezyańskiego i w patencie obwieszczającym do kod. Terezyańskiego przygotowanym przez Zencker'a, uznano prawo rzymskie za posiłkowe źródło prawa[2]). Ale już z projektem Horten'a zaczyna przeważać zapatry-

[1]) P. u. H. 87 uw. 35—37, str. 88. Krainz 27 uw. 1, Till, Austryackie prawo prywatne I. (3 wyd. 1911) 29 uw. 1, Zoll, Austryackie prawo prywatne I. (2 wyd. 1909) 12 L. 1).

[2]) P. u. H. 46 uw. 250, str. 85 uw. 25. 26. Porówn. HG. 48. 67, 98. 127, H. I 29 uw. 3, str. 33 uw. 1, IV 7.

wanie, iż prawo rzymskie zgoła nie powinno mieć mocy obowiązującej [1]). Wprawdzie § 7. p. u. c. ustanawia, że, jeżeli wypadek nie może być rozstrzygniętym na podstawie brzmienia ustawy ani na podstawie analogii, „taki wypadek winien być rozstrzygniętym według naturalnych zasad prawa na podstawie wszystkich uważnie zebranych i sumiennie rozważonych okoliczności“ [2]). I niektórzy autorowie sądzili, że przez „naturalne zasady prawa“ [3]) należy rozumieć rzymskie prawo [4]). Słusznie atoli powszechnie odrzucono takie zapatrywanie [5]). Przez „naturalne zasady prawa“ w § 7 należy raczej rozumieć „prawo natury“ w rozumieniu ustawy [6]), t. zn., jeżeli wypadek nie może być rozstrzygniętym na podstawie ustawy i środków tłumaczenia, w takim razie winien być rozstrzygniętym według „zdrowego rozumu“ [7]) lub według „poczucia sprawiedliwości“ [8]). Wielkiego praktycznego znaczenia wprawdzie to nie ma, gdyż rzadko tylko zdarzy się wypadek, aby ustawa wraz z środkami tłumaczenia nie umożliwiała rozstrzygnięcia [9]). Tutaj chodzi głównie o stwierdzenie, że przez „naturalne zasady prawa“ żadną miarą nie wolno rozumieć rzymskiego prawa.

---

[1]) P. u. H. 85 uw. 27, str. 86, Till j. w. 29. 30.

[2]) Do historyi tego ustanowienia zob. P. u. H. 173 n., Pfaff 1887 str. 271 uw. 49, Ofner I. 23 n.

[3]) O różnych propozycyach co do tych wyrazów w pracach przygotowawczych zob. Sachs u. Kornfeld, Quellenausgabe des a. b. G. B. (1906) str. 4 uw. do §. 7.

[4]) Zob. Unger 68 uw. 3, Till j. w. 80. uw. 3.

[5]) Zob. Unger 70 uw. 14, P. u. H. 195 n., Krainz 48. 49 uw. 8—11, Till j. w. 78 uw. 1.

[6]) Zob. poniżej.

[7]) Zob. Zeiller, Commentar I 65, Ehrenzweig, Leopold Pfaff, Jurist. Blätter 1910, Nr. 14, str. 158 oraz Zeitschrift f. Not. 1910 Nr. 13, str. 99, uw. 9.

[8]) Zoll, j. w. 62.63.

[9]) Unger 71 uw. 17 sądzi nawet, że taki wypadek nie może się zdarzyć nigdy i że zdanie o „naturalnych zasadach prawa“ ma tylko dekoracyjne znaczenie.

A zatem według przepisów p. u. c. prawo rzymskie nie jest obowiązującem prawem. Mimo to wielka ilość zasad prawa rzymskiego przeszła do p. u. c., jak powszechnie jest uznanem[1]). Pytanie więc, jakie jest stanowisko prawa rzymskiego w p. u. c., należy stawiać w ten sposób: Jakie jest stanowisko prawa rzymskiego w p. u. c. ze względu na to, że wielka ilość zasad prawa rzymskiego przeszła do p. u. c.?

Aby odpowiedzieć na ujęte w ten sposób pytanie, należy zbadać, jak pojmowali stanowisko prawa rzymskiego autorowie pracy kodyfikacyjnej, i to nie tylko autorowie ostatecznej kodyfikacyi z r. 1811 lecz też autorowie poprzednich prac przygotowawczych, od kiedy w r. 1753 przystąpiono do wygotowania p. u. c. Albowiem już w kodeksie Terezyańskim znajduje się dużo zasad, sformułowanych tak samo, jak one ostatecznie przeszły do p. u. c.[2]). O ile chodzi o osoby, to wysuwają się na pierwszy plan nazwiska: v. Zencker[3]), v. Martini[4]), v. Zeiller[5]).

Autorowie pracy kodyfikacyjnej i ich czasy znajdują się zupełnie pod panowaniem zapatrywań pra-

[1]) Źródła (także rzymskie) p. u. c. podają zasłużenie choć nie wyczerpująco Saxl u. Kornfeld, Quellenausgabe des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches 1906.

[2]) Pfaff 1883 str. 256 uw. 11, str. 257 uw. 13, str. 270; 1885. str. 265; 1887 str. 449.

[3]) O nim tylko wiadomo, że jest głównym autorem kodeksu Terezyańskiego; publikacyj naukowych zdaje się nie ogłosił. Zob. Maasburg, Geschichte der obersten Justizstelle in Wien (1879) 107, Wurzbach, Biographisches Lexikon des Kaisertums Österreich t. 59 (1890) 321 n.

[4]) On jest autorem kodeksu zachodnio-galicyjskiego. Zob. Schuster, Hermeneutik w Wagner'a Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit 1830 t. I. Hauptblatt str. 236, Krainz 26 uw. 1e. Prócz tego ogłosił wybitne dzieła naukowe, o których będzie mowa.

[5]) On jest głównym autorem ostatecznej redakcyi p. u. c. oraz wybitnych dzieł naukowych. Zob. P. u. H. 53 uw. 280 oraz Excurse I. 386 n., Pfaff, Rede auf Franz von Zeiller (1891) 19. 20.

wa natury[1]). Że autorowie pragnęli swą pracę kodyfikacyjną opierać w całości na prawie natury, to oni kilkakrotnie podnoszą, choć zdają sobie najzupełniej sprawę z tego, iż ich zadaniem nie jest stworzenie „nowego“ kodeksu cywilnego, lecz raczej skodyfikowanie i ujednostajnienie obowiązującego prawa[2]). Już w planie generalnym do kodeksu Terezyańskiego jest naznaczone, że prawa poszczególnych krajów mają pozostać nienaruszone „o ile one ugruntowane są w naturalnej słuszności i wyprowadzone z pewnych zasad podstawowych nie odbiegają od prawdziwej nauki prawa“ [3]). Takie stanowisko zostało też urzędowo przyjętem przez komisyę kompilacyjną na posiedzeniu z 21. listopada 1753 r.[4]). W instrukcyi zaś z r. 1772 powiedziano: „W pracach ustawodawczych autorowie nie mają się krępować rzymskimi przepisami, lecz za podstawę przyjąć naturalną słuszność“ [5]). Tej instrukcyi trzymano się przez cały czas prac przygotowawczych[6]).

Skoro tak jest, należy w krótkości skreślić istotę prawa natury według zapatrywań autorów kodyfikacyjnych, a mianowicie, co uważano za treść prawa natury, oraz co za źródło tego prawa.

Co się tyczy treści prawa natury, to można powiedzieć, że kodyfikatorowie uważali za treść prawa natury etykę społeczną[7]). Dzisiaj mówimy

[1]) Kink, Rechtslehre an der Wiener Universität (1853) 50 n., Unger 68 n., Pfaff, Materialien des a. b. G. B. w Grünhut'a Zeitschrift II. (1875) 287 n. oraz Rede auf F. v. Zeiller 13, P. u. H. 199 n., Till j. w. 79 n., Zoll j. w. 3 n., także Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III. 363 n., Balzer, Historya ustroju Austryi (2 wyd. 1908) § 55 str. 357.

[2]) Hg. 46. 47, P. u. H. 9 uw. 40.

[3]) Hg. 50.

[4]) Hg. 65. H. l. 16 n.

[5]) Zeiller, Commentar I. 9, Hg. 129. 130, P. u. H. 15. 87. 88.

[6]) H. IV. 7., projekt Horten'a I. 1 §. 1, kodeks Józefiński 1 § 1, H. V 3 uw. 1.

[7]) Tak też Jodl, Wesen des Naturrechts, w Juristische Vierteljahrsschrift (Praga) t. 25 (1893) str. 15.

o „etycznym charakterze“ prawa lub o „poczuciu sprawiedliwości“, któremu prawo w swej treści ma odpowiadać[1]). Kodeks Terezyański wyraźnie ustanawia: „Prawo, o ile oznacza ustawę, jest drogowskazem dla postępowania ludzi. Ostatecznym celem prawa jest sprawiedliwość, która na tem polega, aby każdemu to, co mu się z prawa należy, udzielonem zostało“[2]). Kodeks galicyjski zaś mówi w § 1: „Prawem jest wszystko, co samo przez się jest dobrem, co według okoliczności i skutków zawiera coś dobrego lub je rodzi i przyczynia się do powszechnej szczęśliwości“. Zeiller[3]) wyprowadza z prawa natury n. p. takie zasady, że „należy szanować osobiste bezpieczeństwo bliźniego, nie wolno mu przeszkadzać w nabywaniu własności, należy szanować cudzą własność, dotrzymywać danego słowa i wynagradzać wyrządzoną szkodę“ itp. Patent obwieszczający z 1. czerwca 1811 mówi zaś w ustępie 1, „z uwagi, że ustawy ogólne należy ustanowić nie tylko według powszechnych zasad sprawiedliwości, lecz też według poszczególnych stosunków mieszkańców“ i t. d.[4]).

Co zaś do źródła prawa natury, to zgodnie autorowie kodyfikacyjni podnoszą, że prawo natury wywodzi się z rozumu ludzkiego[5]). Kodeks Tere-

[1]) Porówn. M. Burckhard, System I. (1883) 2 n., 18 n., 35 n., Jellinek, Socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe (2 wyd. 1908) 50, Stammler, Lehre vom richtigen Rechte (1902) 31, Berolzheimer, System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie III. (1906) 97, Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) 10 n.

[2]) I. § 1 L. 1. Porówn. H. I. 21 n., 33 uw. 2.

[3]) Abhandlung über die Prinzipien des allg. bürgerl. Gesetzbuches w Pratobevera, Materialien II. 166 n. Porówn. też przemówienie Zeiller'a z 21. grudnia 1801 r., którą on otworzył na nowo podjęte przez komisyę nadworną prace kodyfikacyjne (Ofner I. 5).

[4]) Porówn. P. u. H. 77 uw. 1, str. 50 uw. 271, str. 45 uw. 245, oraz Excurse I. 54. 62. Hg. 164.

[5]) Trafnie mówi A. Ehrenzweig, Leopold Pfaff, Jurist. Blätter 1910 str. 158, że według zapatrywań kodyfikatorów pra-

zyański w zdaniach wstępnych[1]) podnosi, że „prawo natury jest dane ludziom od Boga, aby oni kierowali się własnym rozumem, czynili to, co jest dobrem, a zaniechali tego, co jest złem“. Martini[2]) wywodzi, że „przedmiotem nauki naturalnego prawa jest wykazanie obowiązków, jakie według rozumu naszego mamy wobec Boga, bliźnich i nas samych“. Zeiller[3]) mówi zaś w swem przemówieniu z 21. grudnia 1801: „każdy człowiek musi przyjąć ograniczenie swej swobody, aby wszyscy inni ludzie mogli obok niego bytować jako rozumnie i swobodnie działające istoty. Ten niezaprzeczony postulat rozumu zawiera najwyższe i najbardziej wyczerpujące określenie pojęcia prawa“. „Prawo nie jest dziełem ludzi, a władcy nie są tworzycielami prawa ani prawodawcami. Wszelkie prawo pierwotnie danem jest przez rozum. Ustawodawca jest tylko organem, tylko głosicielem praktycznym prawnego rozumu“.

Jednakże nie należy sądzić, jakoby autorowie kodyfikacyjni pojmowali prawo natury zupełnie abstrakcyjnie i bez uwzględnienia faktycznych stosunków. Kilkakrotnie podnoszą oni, że faktyczne stosunki stanowią podstawę dla ujęcia zasad prawnych zapomocą rozumu. A dalej przypisują oni wielką rolę przy tworzeniu prawa doświadczeniu i historycznej

---

wem natury jest to, co „zdrowy rozum ludzki“ nakazuje. Należy jednakże zaznaczyć, że takie określenie obejmuje tylko zewnętrzną formę prawa natury (jego źródło), ale nie sięga kwestyi treści prawa natury.

[1]) I. 1. § 1 L. 3.

[2]) Lehrbegriff des Naturrechts § 214. Porówn. tamże §§ 93. 103. 106. 121 n. 248 n. oraz De lege naturali exercitationes (Wiedeń 1780) c. III. §§ 99. 113.

[3]) Ofner I. 1. 6. Porówn. Zeiller, Das natürliche Privatrecht (1802) 1, oraz Notwendigkeit eines bürgerl. einheimischen Privatrechts, w Jährlicher Beitrag zur Gesetzeskunde u. Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten I. (1806) 3. 40. 46 oraz Commentar I. 1, Pfaff u. Hofmann, Excurse I. 43. 47. 54.

tradycyi. Już przy obradach nad pierwszą częścią kodeksu Terezyańskiego wskazano na dobro powszechne i potrzeby praktycznego życia jako na przewodnią myśl prawa[1]). Martini[2]) podkreśla, że „doświadczenie czyli uważna obserwacya rzeczy, które działają na wrażenie naszych zmysłów, jest wielką podporą rozumu. Ono daje niejedno objaśnienie o obowiązkach i naturalnych przykazaniach". Jednakże już Martini, w przeciwieństwie do szkoły historycznej, nie uważa historycznej tradycyi za decydującą podstawę prawa, lecz żąda krytycznego wobec niej stanowiska[3]). Podobnież wyraża się o tej kwestyi Zeiller[4]), który wprost mówi[5]): „Przenigdy rozum nie potrafiłby odnaleźć w ogólnych zasadach wszystkich przepisów poszczególnych, gdyby nie posiłkował się doświadczeniem".

Ale na tem nie koniec. Autorowie kodyfikacyjni uznają, że powołanie się na prawo natury nie zawsze wystarcza, i że często dane stosunki życiowe normowane być mogą tylko zapomocą pozytywnych ustaw. Jednakże zaznaczają oni, że pozytywne ustawy powinny być tylko dalszą konsekwencyą prawa natury, a przedewszystkiem nie zawierać nic, co byłoby sprzecznem z prawem natury[6]). Przy obradach nad planem generalnym do kodeksu Terezyańskiego wniósł Azzoni, aby na czele projektu postawiono następujące zdanie: „Co zaś nie jest nakazem lub za-

[1]) HG. 64, H. I 3 n.

[2]) Lehrbegriff des Naturrechts §§ 106. 105, oraz De lege naturali exercitationes c. III. § 105.

[3]) Lehrbegriff §§ 107. 108 n., 118.

[4]) Das natürliche Privatrecht str. 33, oraz Jährlicher Beitrag II. 163 n., III. 148 n., IV. 1. 12 n., oraz Commentar I. 1. 2. Porówn. Pfaff u. Hofmann, Excurse I. 45. 64/65.

[5]) Jährlicher Beitrag II. 47.

[6]) Porówn. kod. Gal. I. 2 § 31, oraz wywody członka komisyi nadwornej v. Sonnenfels do kod. gal. II. §§ 562—565 (Ofner I. 465. 466. 488 uw. 1), Unger 69. 70 uw. 9—14, P. u. H. 197 uw. 181—183, Burckhard, j. w. 142 n.. Jodl, j. w. 3. 8 n.

kazem wedle wewnętrznej dobroci lub złości (t. zn. wedle prawa natury), lecz nakazem lub zakazem z Boskiej lub ludzkiej woli, to jest dowolnem Boskiem lub ludzkiem prawem“[1]). Martini[2]) zaś mówi: „Naturalne przykazania są odwiecznemi, — pozytywne ustawy nie podlegają odwiecznym wymogom“. Kodeks galicyjski zawiera we wstępnym § 4 takie zdanie: „Prawa i obowiązki opierają się albo na naturze człowieka, a wówczas nazywają się one naturalnemi lub przyrodzonemi prawami i obowiązkami, albo na konkretnych stosunkach danego społeczeństwa, a wówczas nazywają się pozytywnemi, t. zn. na podstawie społecznego życia powstałemi prawami i obowiązkami“. Podobnież wyraża się kilkakrotnie Zeiller[3]), i na tem samem stanowisku stoi też p. u. c.[4]).

Jeżeli chcemy krótko określić, za co uważali autorowie kodyfikacyjni „prawo natury“, to możemy powiedzieć, że prawem natury jest w ich pojmowaniu prawo, jakiego oni potrzebowali dla swoich czasów, „prawo nowoczesne“[5]). Tem tłómaczy się, że autorowie kodyfikacyjni z rzymskiego lub rodzimego prawa prawa przyjmują lub odrzucają to, co oni uważają za odpowiednie lub nieodpowiednie dla stosunków teraźniejszości, uzasadniając swe dodatnie lub ujemne stanowisko powoływaniem się na prawo natury, które wymaga zajęcia właśnie takiego dodatniego lub ujemnego stanowiska.

---

[1]) HG. 50.

[2]) Lehrbegriff § 126.

[3]) Natürliches Privatrecht str. 33, oraz Jährlicher Beitrag I. 38, — Pratobevera, Materialien II. 166, IV. 179/180, w przemówieniu z 21. grudnia 1801 (Ofner I. 1), w przedłożeniu z 19. stycznia 1808 (P. u. H. 50 uw. 271).

[4]) Zob. Patent obwieszczający z 1. czerwca 1811 ustęp 1 (powyżej).

[5]) Podobnie, choć bez uzasadnienia, Pfaff, Rede auf F. v. Zeiller 13, Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1900) 314, Jodl j. w. 2 n. 10.

Wielką wagę dla naszej kwestyi ma, jakie stanowisko przypisują autorowie kodyfikacyjni prawu rzymskiemu wobec prawa natury, z czego wynikać musi stosunek prawa rzymskiego wobec p. u. c., którą autorowie opierali na prawie natury.

Prawo rzymskie uważają kodyfikatorowie za prawo natury o tyle, o ile oni każde prawo uważają za prawo natury. Jednakże podnoszą oni wyraźnie, że prawo natury znalazło szczególnie wybitny wyraz w prawie rzymskiem. Stąd pochodzi, że autorowie powołują się często na prawo rzymskie, chcąc tem udowodnić, że prawo natury domaga się w danej kwestyi stanowiska, jakie zajęło w niej prawo rzymskie. Jednakże nie można powiedzieć, jakoby w pojmowaniu autorów prawo rzymskie było prawem natury κατ' ἐξοχήν; raczej prawo rzymskie jest tylko rodzajem prawa natury. To też autorowie nie wahają się porzucić zasady prawa rzymskiego, jeżeli im się zdaje, że ta zasada nie odpowiada prawu natury. W ich systemie prawa natury zatem prawo rzymskie nie jest obowiązującem prawem. Autorowie kodyfikacyjni powołują się jedynie porównawczo na prawo rzymskie, ponieważ prawo rzymskie uważali za wysoce wyrobione prawo natury. W ten sposób służyło im prawo rzymskie za drogowskaz przy formułowaniu zasad prawnych. Nie ulega kwestyi, że autorowie często ulegali złudzie i przyjęli zasadę prawa rzymskiego, powołując się na to, że ona w zgodzie jest z prawem natury, kiedy w rzeczywistości prawo rzymskie decydowało, a powołanie się na prawo natury było tylko nic nie znaczącym argumentem, gdyż autorowie nie mogli wykazać, czemu zasada prawa rzymskiego w zgodzie była z prawem natury. Tem się tłumaczy, że choć autorowie kodyfikacyjni obdarzeni byli wysoce wyrobionym praktycznym zmysłem prawniczym[1]), i choć

[1]) To podnoszą też Unger 638, A. Menger, Das bürgerliche Recht u. die besitzlosen Volksklassen (1890) 11 n., Pfaff, Rede auf F. v. Zeiller 13.

po większej części trafnie określali zasady prawne stosownie do potrzeb ówczesnych, to jednak ich argumentacya często jest dosyć powierzchowną, a zwłaszcza ich nie ustające powoływanie się na prawo natury jest bez rzeczywistej wartości. W pojmowaniu autorów kodyfikacyjnych należy zatem prawo rzymskie podporządkować pod prawo natury, i uznać zasady prawa rzymskiego tylko tak dalece za stosowne, o ile one w zgodzie są z prawem natury. Takie stanowisko wobec prawa rzymskiego zaznaczonem zostało już w obradach nad planem generalnym do kodeksu Terezyańskiego oraz w „podstawowych zasadach" („Grundsätze"), które komisya kompilacyjna przyjęła na posiedzeniu z dn. 21. listopada 1753 jako wskazówki dla swych prac kodyfikacyjnych[1]). Takie same stanowisko zajmują autorowie kodyfikacyjni w swoich dziełach naukowych[2]). Ponieważ zaś autorowie kodyfikacyjni swą kodyfikacyę opierali na prawie natury[3]), przeto według ich pojmowania stanowisko prawa rzymskiego wobec p. u. c. musi być takiem samem, jakiem ono jest wobec prawa natury. To należy zaś obszerniej wykazać.

Że w krajach austryackich miała miejsce recepcya powszechnego prawa rzymskiego, o tem autorowie kodyfikacyjni nie wątpią, i to często wyraźnie podnoszą[4]). Wynika to zresztą już z tego, że według kodeksu Terezyańskiego[5]) prawo rzymskie miało posiłkową moc obowiązującą.

---

[1]) Zob. HG. 51, H I. 23 Nr. XXXV., str. 29 uw. 3, P. u. H. 85 uw. 22.

[2]) Zob. Martini, Lehrbegriff des Naturrechts §. 241. 422. 449 n. 469. 473. 477. 504. 610 n. 623 n. i d., Zeiller, Das natürliche Privatrecht str. 35 n. 55 n. 65 n. 100 n. i d. Porówn. też Pfaff, Materialien des a. b. G. B. w Grunhut'a Zeitschrift II 291 uw. 67., P. u. H. 5 uw. 23, str. 50 uw. 270, str. 85 uw. 22.

[3]) Zob. powyżej.

[4]) Zob. n. p. sprawozdania obrad H II. 48 uw. 4, str. 388 uw. 9, str. 487. uw. 2, Ofner I. 343, Zeiller, Jährlicher Beitrag I. 31.

[5]) Prooemium, ustęp 12. Porówn. HG. 98, H I. 33 uw. 1.

Jednakże kodyfikatorowie rozróżniają w powszechnem prawie rzymskiem jego części składowe, a mianowicie czyste prawo rzymskie, oraz modyfikacye tego czystego prawa rzymskiego, spowodowane od czasów glosatorów przez prawo kanoniczne i prawa rodzime. Już według planu generalnego do kodeksu Terezyańskiego poszczególni członkowie komisyi kompilacyjnej mieli zadanie opracowania „różnic krajowych praw od prawa rzymskiego“ [1]). Traktują zatem kodyfikatorowie krajowe prawa odrębnie, i nie jako integralną część powszechnego prawa rzymskiego. To też konsekwentną była opozycya przeciw komisyi kompilacyjnej, kiedy odradzała drogi, na którą była weszła komisya kompilacyjna, i doradzała przyjęcia powszechnego prawa rzymskiego jako podstawy praw kodyfikacyjnych [2]). W obradach prac kodyfikacyjnych autorowie odróżniają też wyraźnie czyste prawo rzymskie, powszechne prawo rzymskie, krajowe prawa, choć wobec ówczesnego stanu nauki prawa, to stanowisko nie zawsze ściśle jest przeprowadzone [3]).

Powszechne prawo rzymskie autorowie kodyfikacyjni mało cenią, natomiast wysoką wagę przywiązują do roztrząsań prawników rzymskich z klasycznej epoki prawa rzymskiego. Głośnem stało się określenie, które dał Prof. Jellenz w opinii z 19. sierpnia 1792 o projekcie kodeksu Józefińskiego: „piękną, szlachetną i prostą była nauka rzymskich prawników; strasznym potworem jest *iurisprudentia romano-canonico-germanico-forensis*“ [4]). Takie

[1]) HG. 59.

[2]) HG. 67. Porówn. memoryał anonimowy przeciw postępowaniu komisyi kompilacyjnej, przedrukowany u H. I 4 uw. 9.

[3]) Porówn. H. II 109 uw. 5, str. 163 uw. 1, str. 166 uw. 3, str. 176 uw. 8, str. 231 uw. 3, str. 364 uw. 9, Ofner I. 449. 487; 464. 465. 492; 469.

[4]) Pfaff u. Hofmann, Excurse I. 21.

samo zapatrywanie wyraził Zeiller w swem przemówieniu z 21. grudnia 1801 r.[1]).

Również dla kodyfikacyi Justyniańskiej kodyfikatorowie nie mają dużo szacunku, choć cenią poszczególne orzeczenia prawników rzymskich[2]).

Kodyfikatorom chodzi przedewszystkiem o przewodnie myśli prawa rzymskiego. Te przewodnie myśli roztrząsają oni porównawczo z przewodniemi myślami rodzimych praw poszczególnych krajów monarchii. Jeżeli dana przewodnia myśl prawa rzymskiego wydaje im się odpowiednią jeszcze dla obecnych czasów i stosunków, w takim razie przyjmują oni tę przewodnią myśl prawa rzymskiego z stereotypowem uzasadnieniem, że ona odpowiada prawu natury. Przytem nie uważają oni bynajmniej, jakoby w ten sposób przyjmowali przewodnią myśl obcego prawa, raczej są oni w mniemaniu, że przyjmują przewodnią myśl prawa natury. Prawo rzymskie służy im jako drogowskaz w formułowaniu zasad prawa natury. Zaznaczyć jeszcze należy, że autorowie kodyfikacyjni przewodniej myśli prawa rzymskiego bynajmniej nie przyjmują zawsze w całości, lecz często tylko o tyle, o ile ona wydaje im się być odpowiednią dla obecnych stosunków. I tak n. p. przy obradach nad podziałem umów do kodeksu Terez. III. 3 § 1 L. 1—36, z rzymskiego podziału na umowy re verbis litteris consensu przyjmują oni tylko podział na rzeczowe i konsensualne umowy, przyczem wyraźnie podnoszą, że „rzymskie formułki prawa“ nie mogą być miarodajnemi dla obecnych czasów[3]).

---

[1]) Ofner I. 2.

[2]) Zeiller w przemówieniu z 21. grudnia 1801 (Ofner I. 2) i w przedłożeniu z 19. stycznia 1808 (Ofner II. 483. 489).

[3]) Zob. H. III 53 uw. 1. Porówn. obrady nad innemi przewodniemi myślami prawa rzymskiego: H. I 282 uw. 3 do kod. Terez. II 15 § 2. L. 13—27; o zasadzie nemo pro parte testatus Pfaff 1884 str. 171 i projekt Horten'a II 9 § 29; o substytucyi

Wobec krajowych praw kodyfikatorowie nie zajmują innego stanowiska, jak wobec prawa rzymskiego. Przewodnie myśli krajowych praw służą im również tylko jako porównawczy materyał do zbudowania nowoczesnego prawa i zostają przyjęte lub odrzucone, o ile wydają się odpowiedniemi[1]). Z tego stanowiska autorowie często powołują się na krajowe prawa[2]). Na ogół sąd autorów o wartości lub bezwartości krajowych zasad prawnych był słuszny, i na ogół odrzucali oni tylko te krajowe zasady prawne, które nie przedstawiały doniosłej wartości, lecz raczej miały charakter lokalny[3]).

Rezultatem stanowiska autorów kodyfikacyjnych wobec prawa rzymskiego jest, że autorowie przyjęli wielką ilość zasad prawa rzymskiego, z drugiej strony zaś z świadomością odrzucili znaczną ilość zasad rzymskich. Kodeks Terezyański, projekt Horten'a, kodeks Józefiński, projekt Martini'ego i kodeks zachodnio-galicyjski pod tym względem zostały zbadane przez L. Pfaff'a, do którego wywodów należy odsełać[4]). Na ogół można stwierdzić, że kiedy wpływ prawa rzymskiego na kodeks Terezyań-

---

pupilarnej do kod. Gal. II §§ 405. 406 (Ofner I. 364); o *quarta Falcidia* do kod. Gal. II § 479 (Ofner I 412. 413); o przewodnich myślach osobowego prawa u Rzymian Ofner II 480 itp.

[1]) Zob. Hg. 50, H. I 16. 17. 21 (Nr. XXVI.), H. I 235 uw. 25, H. II 202 uw. 2, H. II 414 uw. 6 itp.

[2]) Zob. H. I 118 uw. 23, str. 120 uw. 24, str. 126 uw. 25, str. 127 uw. 26, str. 132 uw. 27 do kod. Terez. I 3 §§. 4—6; H. I 171 n. do kod. Terez. I 6 §. 2 n. L. 15 n.; H. II 257 uw. 3 do kod. Terez. II 14 §. 2. L. 7—22; H. III 120 uw. 2 do kod. Terez. III 8. § 2 L. 13—38; H. IV 59 uw. 56 do projektu Horten'a I 3 § 92 o *ius advitalicium* w Galicyi; itp.

[3]) Porówn. n. p. lokalne rozmaitości w kwestyi wysokości części obowiązkowej (zachowku) H. II 257 uw. 3 do kod. Terez. II 14 § 2 L. 7—22.

[4]) Über den Codex Theresianus u. seine Umarbeitungen. Juristische Blätter 1883 Nr. 22. 23; 1884 Nr. 15—18; 1885 Nr. 22—25; 1887 Nr. 22. 23. 26. 27. 38—41.

ski jest jeszcze przeważający [1]), wpływ ten coraz więcej maleje w następnych pracach kodyfikacyjnych, jednakże z tym rezultatem, że zawsze bardzo wielka ilość zasad prawa rzymskiego utrzymuje się [2]). Również w ostatecznej redakcyi kodyfikacyi, w powszechnej ustawie cywilnej, ilość rzymskich zasad prawa jest bardzo znaczną [3]).

Warto oświetlić stanowisko, jakie zajmują autorowie kodyfikacyjni w sprawie naukowego traktowania prawa rzymskiego. W literaturze naukowej, jaka powstała po ostatecznem przyjęciu kodyfikacyi, na ogół zaznacza się to samo stanowisko, jakie autorowie kodyfikacyjni zajęli w swych pracach kodyfikacyjnych [4]): obowiązujące prawo wywodzi się z prawa natury, i stwierdza się zgodność powszechnej ustawy cywilnej z prawem natury, przyczem uzasadnia się często przepisy p. u. c. powoływaniem się na prawo rzymskie, lub wyraźnie odrzuca się prawo rzymskie w danej kwestyi. Tak postępuje Zeiller w swym komentarzu do p. u. c.[5]), tak postępują Winiwarter[6]), Helm[7]), Dolliner[8]), Pratobevera[9]), Krazer[10]), Schuster[11]) i inni. Schuster w zajmującej rozpra-

---

[1]) Pfaff 1883 str. 256; 1884 str. 170; 1885 str. 265. 277.

[2]) Pfaff 1887 str. 167. 317—319.

[3]) Zob. n. p. Ofner I 117 n., 248. 249. 363; II 39. 40, oraz Saxl u. Kornfeld, Quellen des a. b. G. B. 1906 do poszczególnych §§ p. u. c.

[4]) Porówn. ogólną charakterystykę tej literatury u Unger'a 638 n.

[5]) Commentar über das a. b. G. B. I.—IV. Wiedeń 1811—13.

[6]) w Pratobevera, Materialien für Gesetzeskunde u. Rechtspflege in den österreich. Erbstaaten V (1821) 277. 299. 313, VII (1823) 127. 146. 179. 180.

[7]) Wagner, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1825, 1 str. 204 n.

[8]) tamże 1826, 1 str. 133 n.

[9]) tamże 1827, 1 str. 5 n.

[10]) tamże 1828, 2.

[11]) tamże 1829, 2 str. 1 n.

wie obszerniejszej [1]) wywodzi, że nie należy się zadowolnić powierzchownem poznaniem zasad prawa rzymskiego, lecz należy badać przewodnie jego myśli oraz przeprowadzić krytykę przewodnich myśli mianowicie w tym kierunku, czy one są jeszcze odpowiednie dla dzisiejszych stosunków. Niestety ten piękny program naukowy nie został urzeczywistniony, mimo nawoływań ze strony uczonych monarchii i poza granicami monarchii [2]). Koniec końców uważano, że nauka prawa rzymskiego spełni już swoje zadanie, jeżeli wybierze z prawa rzymskiego, „co dla dzisiejszych czasów jest jeszcze wartościowem“ [3]).

Na tym samym nizkim poziomie, na którym naukowa literatura prawnicza stanęła wobec prawa rzymskiego, stoi też opracowany przez Zeillera plan studyów prawa z r. 1810 [4]). Wykłady o prawie rzymskiem zostały ograniczone co do ilości godzin wykładowych. Wykłady o p. u. c. miały tylko uwzględnić czyste austryackie prawo, ponieważ porównanie z prawem rzymskiem wywołałoby tylko „zamieszanie“ [5]). Skutek był taki, że wydziały prawa wyłącznie miały na oku „fabrykacyę urzędników“ [6]), co wprawdzie przyspo-

[1]) Beiträge zur Hermeneutik des österreichischen Privatrechts, tamże 1830, 1.

[2]) Porówn. Schuster, Theoretisch-praktischer Commentar über das a. b. G. B. I. (1818 str. IX.), Schlosser, Über das Studium des reinen römischen Rechts, w Hugo'na Civilistisches Magazin I. (Berlin 1803), który (str. 23) domaga się nawet już „palingenezyi prawa rzymskiego“. Haimberger, Reines romisches Privatrecht I. (Wiedeń 1835) jest bardzo słabą próbą urzeczywistnienia programu, gdyż autor z źródłami obchodzi się bezkrytycznie.

[3]) Zob. Pfaff u. Hofmann, Excurse I. 67 uw. 34. 35.

[4]) Porówn. Unger 641 n., P. u. H. 36 uw. 1.

[5]) Porówn. P. u. H. 37—39.

[6]) Porówn. Wahlberg, Gesammelte Schriften II. (1877) 2 n., 48 n., P. u. H. 39 uw. 211, Pfaff, Rede auf F. v. Zeiller (1891) 25 uw. 26, str. 26. 27., Lemayer, Verwaltung der österreich. Hochschulen 1868—1877 (1878) 25 n.

rzyło państwu urzędników dobrze zaznajomionych z paragrafami, lecz niezdolnych do objęcia wyższych widnokręgów. Sądzono nawet, że zajmowanie się prawem rzymskiem będzie już tylko czasowem[1]). Słusznie karci L. Pfaff[2]) to jednostronne i powierzchowne stanowisko w planie studyów prawniczych u Zeillera. Zmiana na lepsze nastąpiła dopiero przez radykalną reformę uskutecznioną pod wielkiem ministerstwem oświaty hr. Leona Thuna w r. 1850 i 1855[3]), przez którą postawiono całe wykształcenie prawnicze na historycznej podstawie, jaka jedynie daje możność poznania ewolucyi prawa i głębszego jego zrozumienia, a co za tem idzie, także możność głębszego zrozumienia stosunków społecznych i gospodarczych[4]). Niesłusznie podnoszą się znów dzisiaj głosy przeciw historycznej podstawie wykształcenia prawniczego. Uniwersytet nie ma być „tresurą“ na machiny urzędnicze, lecz ma słuchaczom dać możność wglądnięcia w powstanie i rozwój prawa w związku z stosunkami społecznymi i gospodarczymi.

Ze sformułowaniem prawniczem stanowiska prawa rzymskiego wobec kodyfikacyi nie spotykamy się w wywodach naszych autorów kodyfikacyjnych. Do tego nie dorośli oni z powodu braku historycznego wykształcenia, który im uniemożliwił zrozumienie ewolucyi prawa. Na jaskrawych przykładach wykazuje trafnie Unger[5]), do jakich konsekwencyj ten brak historycznego wykształcenia prowadził autorów kodyfikacyjnych i ich bezpośrednich następców. Jeżeli mimo to autorowie kodyfikacyjni

---

[1]) Porówn. P. u. H. 39 uw. 212.

[2]) Rede auf F. v. Zeiller 27.

[3]) Zob. L. Beck v. Mannagetta u. C. v. Kelle, Die österreichischen Universitätsgesetze (1906) 449 n.

[4]) Porówn. Wahlberg, Die Reform der Rechtslehre an der Wiener Hochschule, Gesammelte Schriften II. (1877) 4 n., 49 n., Lemayer j. w. 31. n., 180 n.

[5]) 320 uw. 17. 18, str. 322 uw. 22, str. 325—327.

w swych pracach na ogół trafną wybrali drogę, zawdzięczają to oni raczej swemu wyrobionemu poczuciu prawniczemu, niż swemu naukowemu wykształceniu, czem się też tłómaczy, że ich uzasadnienia przyjętych przepisów prawnych bardzo szwankują, i często wprost są powierzchownemi. A jednakże sformułowanie prawnicze prawa rzymskiego w p. u. c. jest koniecznem, jeżeli poznać chcemy, jaką wartość ma prawo rzymskie dla zrozumienia p. u. c. Ażeby dojść do wspomnianego prawniczego sformułowania, służyć nam może jedynie droga, którą wskazał już Unger[1]), mianowicie, że prawo rzymskie jest środkiem tłumaczenia dla p. u. c. W istocie, albo rzymskie prawo jest środkiem tłumaczenia dla p. u. c., i wówczas ono zajmuje jakieś stanowisko w p. u. c., albo rzymskie prawo nie jest środkiem tłumaczenia dla p. u. c., i wówczas o stanowisku prawa rzymskiego w p. u. c. wogóle mówić nie można. Chodzi tylko o to, w jaki sposób uzasadnić należy, że prawo rzymskie jest środkiem tłumaczenia dla p. u. c., oraz w jakiej rozciągłości ono uważanem być może za środek tłumaczenia. I na to pytanie dał odpowiedź Unger, utrzymując, że ustawodawca w licznych wypadkach, w których on tylko „punkt wyjścia i jądro jakiejś instytucyi prawnej zaznacza“, „przyjąć chciał ówczesną teoryę powszechnego prawa niemieckiego“ odnośnie do danej instytucyi prawnej. We wszystkich zatem wypadkach, w których p. u. c. wymienia jakąś instytucyę prawną z powszechnego prawa niemieckiego, ale nie podaje wyczerpująco treści tej instytucyi, we wszystkich tych wypadkach, zdaniem Unger'a, powszechne prawo niemieckie recypowanem zostało przez p. u. c., i mocą logicznego tłumaczenia powszechne prawo niemieckie w tych wypadkach jest obowiązującem prawem. Jestto to określenie niewątpliwie jasne

[1]) 83. Zob. też Unger, Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz w Grünhut'a Zeitschrift VIII. (1881) 241.

i ścisłe. Mimo to zdanie Unger'a prawie powszechnie odrzucono[1]), i słusznie; a Unger sam w swem systematycznem opracowaniu austryackiego prawa prywatnego tylko umiarkowanie zastosował swoje zdanie[2]). Prócz argumentów przeciw Unger'owi w literaturze już podnoszonych, przemawia przeciw niemu też następujący argument ogólny. Według Unger'a powszechne prawo niemieckie drogą interpretacyi jest obowiązującem prawem tylko w wypadkach przez Unger'a określonych, a zatem bądź co bądź w wypadkach liczebnie ograniczonych. A jednakowoż także w innych wypadkach, znajdujących uregulowanie przez p. u. c., mamy materyalnie przed sobą zasady, przejęte z prawa rzymskiego. Czy w tych ostatnich wypadkach niema już żadnego związku prawniczego pomiędzy p. u. c. a prawem rzymskiem? Innego sformułowania stanowiska prawa rzymskiego w p. u. c. prócz wymienionego i przez Unger'a określonego, nie spotykamy w austryackiej cywilistyce. Wobec wyraźnego brzmienia ustawy (§ 6 p. u. c.) nie śmiano twierdzić, jakoby p. u. c. była tylko posiłkowem prawem wobec dawniej obowiązującego powszechnego prawa niemieckiego[3]), co najwięcej odpowiadałoby zapatrywaniom szkoły historycznej[4]). To też cywiliści austryaccy, wspominając kwestyę stanowiska prawa rzymskiego w p. u. c., zadawalniają się tem, że należy „uwzględnić" prawo rzymskie, nie dodając, w jaki sposób i w jakich

[1]) Porówn. P. u. H. 186, Pfaff, Zur Lehre vom Schadenersatz, w Grünhut'a Zeitschrift VIII. 732, Krainz 45 uw. 10 (zdanie Unger'a „tylko o tyle jest słusznem, o ile chodzi o tłumaczenie deklaratywne", t. zn., o ile wyraźnie wynika z ustawy, że dana instytucya powszechnego prawa niemieckiego miała być recypowaną).

[2]) To podnoszą P. u. H. 186 uw. 177.

[3]) Zob. Krainz 28.

[4]) Jako na analogię możnaby powołać się na pruskie powszechne prawo ziemskie (Allgemeines Landrecht), które ma tylko posiłkową moc obowiązującą wobec dawniejszych praw statutowych. Zob. Dernburg, Preuss. Privatr. I. § 11 uw. 5.

granicach to „uwzględnienie“ nastąpić powinno[1]). A zatem po odrzuceniu zdania Unger'a pytanie o stanowisku prawa rzymskiego w p. u. c. jest znów otwartem, i należy szukać na nie odpowiedzi. Odpowiedzi od razu dać nie można w krótkich wywodach, a ponieważ długie wywody w tem miejscu są wykluczone, pragnę wykazać stanowisko prawa rzymskiego w p. u. c. na konkretnych przykładach, aby tą drogą dojść do ogólnego prawniczego sformułowania kwestyi.

1) Jako pierwszy przykład biorę pojęcie korporacyi według p. u. c. Kodeks Terezyański nie podaje nigdzie unormowania lub chociaż definicyi korporacyi. W Pierwszej Części, która zawiera przepisy o osobach, tylko ustanowioną zostaje (I. 1 l. 43, 44) autonomia publicznych korporacyj. Obszerniej mówi o publicznych korporacyach Druga Część, mianowicie o prawnem stanowisku gminy, zwłaszcza co do majątku gminy (II. 1 § 5 l. 126—155). Że tutaj gmina pojętą jest jako korporacya w pojmowaniu prawa rzymskiego, nie ulega kwestyi. Wyraźnie wynika to z II. 1 l. 133, gdzie przyznaje się gminom zdolność do własności „jako osobom moralnym“. Także reszta postanowień odpowiada na ogół znanym zasadom prawa rzymskiego o korporacyi[2]). Natomiast o prywatnych korporacyach niema wzmianki w kodeksie Terezyańskim. Obszernie unormowanem zostaje tylko stanowisko prawne spółki (societas[3]). Jednakże nie wynika z tego, jakoby autorowie kodyfikacyjni nie chcieli uznać prywatnej korporacyi. W III. 14 l. 6 w przeciwieństwie do spółki, która ma na celu zarobkowanie, mowa jest o „zrzeszeniu utworzonem w innym celu“, przez co niewątpliwie chciano wskazać na korporacyę prywatną. Według II 12 l. 46 „gmina, fundusz i zrzeszenie“ mogą być ustanowione dziedzicami. Także roz-

[1]) P. u. H. 186, Krainz 3 4, Zoll, Austryackie prawo prywatne I. (2 wyd. 1909) 77. 78.

[2]) Porówn. II. 1 l. 134, 144 (cf. I. 6 l. 634) 147, 149, 150.

[3]) III. 14 l. 1—134.

różnienie pomiędzy spółkami (societates), „o zarobkowaniu dozwolonem“ i „o niedozwolonych rzeczach“ przypomina żywo rzymskie rozróżnienie pomiędzy collegia licita i illicita: widocznie chciano z góry przeszkodzić, aby zrzeszenia o celach antypaństwowych nie przybierały formy spółki (societas), i w ten sposób nie uchylały się od policyjnych środków przeciwdziałających. Uderzyć musi, że stanowisko prawne prywatnej korporacyi nie zostało unormowane w kodeksie Terezyańskim, chociaż Lauterbach[1]), którego dzieło Zencker dobrze znał[2]), obszernie mówi o korporacyach, włącznie korporacyj prywatnych, idąc za odnośnymi rozdziałami w Dygiestach Justyniańskich[3]). Jeżeli szukać będziemy za powodem tego pominięcia korporacyi prywatnej w kodeksie Terezyańskim, to prawdopodobnym powodem jest, że uważano unormowanie stanowiska prawnego prywatnych korporacyj za sprawę polityczno-policyjną, kiedy w kodyfikacyi, jak autorowie kodyfikacyjni wyraźnie zaznaczają[4]), miano skodyfikować wyłącznie prawo prywatne. Projekt Horten'a i kodeks Józefiński zawierają o korporacyi jeszcze mniej postanowień niż kodeks Terezyański. W Pierwszej Części wogóle niema mowy o korporacyi. W Drugiej Części zaś projekt Horten'a (II. 1 § 48; II. 9 § 14; II. 24 § 14) uznaje tylko zdolność gminy do własności i do dziedziczenia, oraz zdolność do nabycia prawa użytkowania; co do prywatnej zaś korporacyi wspomina (II. 9 § 14), że ona może mieć własny majątek oraz może być powołaną do dziedziczenia. W projekcie Martini'ego i w kodeksie galicyjskim, który to ostatni służył

[1]) Collegium theoretico-practicum Pandectarum I—III. Tübingae 1726.

[2]) Porówn. Saxl, Eine alte Quelle des allg. bürgerl. Gesetzb., w Grünhut'a Zeitschrift XXIV (1897) 443, 147 n., 453 n.

[3]) do tit. Dig. 47, 22 i 3, 4.

[4]) Zob. H. G. 36 n.

za podstawę dla obrad ostatecznej redakcyi powszechnej ustawy cywilnej z r. 1811[1]), zachodzą znów liczniejsze postanowienia co do korporacyi. Ogólne unormowanie stanowiska osób prawnych zostało jednakże porzucone podczas dyskusyi nad projektem Martini'ego[2]). Ale projekt Martini'ego II. 10 § 15 zawiera postanowienie, które zdolność do dziedziczenia ze strony osób prawnych zależną czyni od publicznego prawa, co uważanem być może za potwierdzenie powyżej wyrażonego przypuszczenia, że wogóle chciano unormowanie stanowiska osób prawnych pozostawić prawu publicznemu. To samo stanowisko wobec zdolności do dziedziczenia ze strony korporacyj zajmuje kodeks galicyjski II. § 335, a w pierwszem czytaniu p. u. c. dano temu stanowisku wyraz jeszcze korzystniejszy dla korporacyj[3]). Pozatem w projekcie Martini'ego i w kodeksie galicyjskim znajdują się niektóre postanowienia, które wprawdzie nie normują ogólnego stanowiska korporacyj, jednakże ich istnienie uznają; odnoszą się one nie tylko do korporacyj publicznych (zwłaszcza do gminy), ale też do korporacyj prywatnych. I tak mówi projekt Martini'ego II. 1 § 6: „Członkami społeczeństwa obywatelskiego są albo mniejsze zrzeszenia i gminy, albo poszczególne osoby“[4]), a § 7 mówi wprost o rzeczach, które znajdują się w własności „podobnych ciał“[5]) Kodeks galicyjski I. § 25 przyznaje „mniejszym zrzeszeniom“ autonomię w tem określeniu, jakie nam znane jest już

[1]) Zob. H. G. 162 n., H. IV. 10 n., Pfaff, Zur Entstehungsgeschichte des westgalizischen Gesetzbuches, w Juristische Blätter 1890 str. 258, Till, j. w. 22 nr. 14, 15, Zoll, j. w. 6/7.

[2]) Zob. H. V. 15 uw. 1.

[3]) Zob. Ofner II. 326 do § 335.

[4]) W kodeksie galicyjskim skreślono wyrazy „mniejsze zrzeszenia i“.

[5]) Wniosek Martini'ego, aby mówiono ogólniej o rzeczach będących własnością „osób moralnych“ odrzucono, jako zbyteczny.

w starożytnem prawie rzymskiem XII tablic[1]; w drugiem czytaniu skreślono wprawdzie to postanowienie, lecz z wyraźnem zastrzeżeniem, że o tem mowa będzie w § 26[2]). Ustalono zatem już wówczas istnienie § 26 p. u. c., który, jak wiadomo, stanowi podstawę dla nauki o korporacyach według p. u. c. Za niedozwolone uznano te zrzeszenia, które nie mogą się wykazać „publicznem ogólnem lub poszczególnem zatwierdzeniem“ rządu[3]). „Osobom moralnym“ przyznano zdolność do nabycia „osobistych służebności“[4]). Przedawnienie przeciw „ciałom moralnym“, jakoteż nadzwyczajne zasiedzenie przeciw „dozwolonym ciałom moralnym“ podlega szczególnym postanowieniom[5]). Natomiast nie wolno się powołać na kod. gal. II. § 350, gdzie mowa jest o tem, że przy podziale spadkowym pomiędzy współdziedzicami „ciało, gmina, zebranie n. p. ubodzy, uważani być mają tylko za jedną osobę“[6]). Przez to nie chciano bynajmniej zaznaczyć, że korporacya jest „jednością“; raczej chodzi tylko o sposób rachunkowy przy podziale spadkowym: współdziedzice tacy mają być uważani za jednego współdziedzica. Gdyby chciano powołać się na to postanowienie na dowód, że korporacya uważaną jest za „jedność“, musianoby też „ubogich“ uważać za „korporacyę“. Natomiast wolno

---

[1]) Gaius lib. IV. ad legem duodecim tabularum (4 D. 47, 22): Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt — his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

[2]) Zob. Ofner I. 33 do § 25 i II. 333 do § 13.

[3]) Projekt Martini'ego II. 10 § 17; kod. gal. II. § 337.

[4]) Projekt Mart. II. 9 § 62; kod. gal. II. 315 (ogólniej „służebności“).

[5]) Projekt. Mart. III. 18 § 8 i § 27; kod. gal. III. § 594 jako też dyskusya (Ofner II. 260 do § 594) i III. § 613 (porówn. § 618) jakoteż dyskusya z opuszczeniem wyrazu „moralnym“ (Ofner II. 269 do § 613).

[6]) Przy pierwszem czytaniu nie poczyniono zmian. Zob. Ofner I. 334 do § 354.

powołać się na to postanowienie na dowód zdolności korporacyj do dziedziczenia, co uznano już w dyskusyi nad kod. gal. II. § 335[1]).

W drugiem czytaniu do p. u. c. mamy już § 26 p. u. c., którego ostateczne brzmienie ustalono przy superrewizyi[2]). W ten sposób stanowisko autorów kodyfikacyjnych wobec pojęcia korporacyi doznało swego ostatecznego formalnego ustalenia[3]).

Dla określenia pojęcia korporacyi austryacka cywilistyka musiała zatem za podstawę brać § 26 p. u. c. Unger[4]), który jako pierwszy w r. 1856 badał gruntownie naukę o osobach prawnych według prawa austryackiego, musiał przy tej sposobności pokonać następujące trudności. P. u. c. w § 26 określa pojęcie korporacyi ogólnie, przyznając wszystkim zrzeszeniom (Gesellschaften) dozwolonym osobowość prawną[5]). Co do tego niema wątpliwości u cywilistów austryackich[6]). Pod tym względem przyjmuje zatem p. u. c.

[1]) Zob. powyżej str. 167[3]; Kod. gal. II. § 350 odpowiada p. u. c. § 559.

[2]) Zob. Ofner II. 334, 496 do § 25.

[3]) To też nie wolno przypuszczać decydującego wpływu pruskiego kodeksu ziemskiego, jak to czynią Saxl u. Kornfeld, Quellenausgabe do § 26. Już w kod. Terez. dozwolone spólnoty uważane są za osoby prawne, choć nie przyszło jeszcze wówczas do ustalenia tej zasady, ponieważ uważano unormowanie stanowiska korporacyi za sprawę polityczno-policyjną.

[4]) 313 n.

[5]) „Prawa członków dozwolonego zrzeszenia pomiędzy sobą zostają określone przez umowę albo cel albo szczególne dla nich obowiązujące przepisy. W stosunku do innych, zrzeszenia dozwolone mają na ogół takie same prawa co poszczególne osoby [zrzeszenie dozwolone zatem na równi jest postawione z pojedynczą osobą fizyczną, o ile chodzi o stosunki zrzeszenia na zewnątrz: w tych stosunkach zrzeszenie występuje jako pojedyncza osoba, jako „jedność“]. Niedozwolone zrzeszenia nie mają zatem żadnych praw, ni wobec członków, ni wobec obcych, i są niezdolne do nabycia praw. Niedozwolonemi zrzeszeniami są“ i t. d.

[6]) Zeiller, Kommentar I. 129, Schuster, Kommentar I. 345 n.: „jede erlaubte Gesellschaft ist eine juristische Per-

przewodnią myśl prawa rzymskiego[1]). Ponieważ zaś Unger[2]) przyjmuje, że p. u. c. we wszystkich wypadkach, w których ona „zaznacza tylko pierwotny punkt wyjścia i podstawę jakiejś instytucyi prawnej", „przyjąć chciała całą ówczesną teoryę powszechnego prawa niemieckiego", przez to w konsekwencyi Unger uważa wszystkie poszczególne zasady powszechnego prawa niemieckiego, dotyczące się korporacyi, za obowiązujące w systemie p. u. c. Do tych zasad powszechnego prawa niemieckiego zalicza Unger też znaną zasadę Ulpiana (lib. X. ad edict. w 7 § 1, D. 3, 4) nec quod debet universitas singuli debent, którą pojmuje Unger w ten sposób, że korporacya odpowiada za swe długi wyłącznie swoim majątkiem korporacyjnym[3]). Ponieważ zaś ta ograniczona odpowiedzialność za długi nie przysługuje wszystkim stowarzyszeniom korporacyjnym, a dalej ponieważ p. u. c. nie rozróżnia dostatecznie korporacyi od spółki, gdyż w obydwóch wypadkach mówi często o zrzeszeniu („Gesellschaft"[4]), Unger stara się tę trudność usunąć w ten sposób, że prócz korporacyj przyjmuje on jeszcze „spółki z formalną jednością osób" („Gesellschaften mit formeller Personeneinheit"), do których zalicza spółki handlowe, towarzystwa akcyj-

son", Lemayer, Allg. österreich. Gerichtszeit. 1869 str. 137 Stubenrauch, Kommentar I[8] 69 uw. 2 do § 26, Krainz 203, Till j. w. 210, 1, M. Burckhard, System II. 84, Hruza w Mischlera i Ulbricha Österreich. Staatswörterbuch II., 1 (1896) 197, 2, Zoll j. w. 216, Pfersche, Grundriß des österreich. Rechtes in systemat. Bearbeit. I., 2 Allgemeine Lehren, str. 20, 21.

[1]) O pojmowaniu korporacyi w niemieckiem prawie (Genossenschaftstheorie) i znaczeniu tego pojmowania dla nowoczesnego prawa nie pora tutaj rozpisywać się. Zob. o tem Unger 330 nr. 12, str. 336 uw. 23, Krainz 203 uw. 68, 69. Słusznie podnosi Mitteis, Römisches Privatrecht I. (1908) 339 uw. 1 in f.: „Przeciwieństwo pomiędzy rzymskiem a niemieckiem pojmowaniem korporacyi istnieje tylko pozornie".

[2]) Zob. str. 163[1], a także Unger 319.

[3]) 323, 329 uw. 7.

[4]) Zob. P. u. H. 55 uw. 290, Krainz 199 n., Zoll j. w. 216

ne, związki społeczno-polityczne i t. d.[1]). Wprawdzie Unger później cofnął tę kategoryę zrzeszenia[2]); ale przez to trudność, na którą Unger słusznie wskazał, nie została usuniętą. Jednakże Unger nie posuwa się tak daleko, jak to później uczynił Laband[3]), który sądzi, że taka ograniczona odpowiedzialność jest istotną cechą korporacyi jako osoby prawnej i który z powodu tego wyłącza z liczby korporacyj wszystkie stowarzyszenia nie wykazujące owej ograniczonej odpowiedzialności, jak n. p. nowoczesne spółki z ograniczoną lub nieograniczoną odpowiedzialnością: Unger[4]) uznaje, że posiłkowa osobista odpowiedzialność członków może zachodzić, i że przez to dane zrzeszenie bynajmniej nie traci korporacyjnego charakteru. Ale zasadnicze stanowisko Unger'a przez to nie zmienia się: o ile nie obowiązują szczególne przepisy, każda korporacya odpowiada za swe długi wyłącznie swoim majątkiem korporacyjnym[5]). Także Krainz-Pfaff-Ehrenzweig[6]), porzucając rozróżnienie właściwych i niewłaściwych osób prawnych i przyjmując tylko dwie formy zrzeszenia (korporacyę i spółkę, societas), sądzą, że członkowie korporacyi nawet posiłkowo nie odpowiadają osobiście za długi korporacyi. Till[7]) uważa za istotną cechę korporacyi „jedność“ na zewnątrz i wewnątrz; a jako drugą formę zrzeszenia

[1]) 324, 330 n.

[2]) w Kritische Ueberschau VI. (München 1859) 147 n. 180. Zob. też Krainz 203 uw. 67.

[3]) Zeitschrift f. d. ges. Handelsr. XXX. (1884) 497 n.

[4]) 335 uw. 19. Porówn. też Stubenrauch, Kommentar I[8] str. 68 uw. 1 ad b) do § 26.

[5]) Stanowisko takie odpowiada stanowisku zajętemu przez powszechne prawo niemieckie. Zob. Savigny, System II. 295, Windscheid-Kipp, Pandekten I[8] § 58 uw. 3, Bekker, Pandekten I. str. 248 lit. γ), Brinz, Pandekten II[2] str. 794 uw. 73—75.

[6]) System 200 n.

[7]) j. w. 213, 215 uw. 3, 214 n.

przyjmuje spółkę (societas): ale kwestyi, czy odpowiedzialność korporacyi za długi wyłącznie majątkiem korporacyjnym, wynika z istoty korporacyi, autor nie porusza. Zoll[1]) upatruje zasadniczą różnicę pomiędzy korporacyą a spółką (societas) w zdolności prawnej, jaką ma korporacya jako jedność; jednakże autor nie zadowalnia się dwiema formami zrzeszenia, lecz pomiędzy korporacyę i spółkę wstawia liczniejsze formy przejściowe, które zbliżają się bądź do formy korporacyi bądź do formy spółki: kwestyi zaś, czy odpowiedzialność korporacyi za długi wyłącznie majątkiem korporacyjnym wynika z istoty korporacyi, autor nie porusza.

Wszystkie te trudności w tłumaczeniu § 26 p. u. c. usuwają się, jeżeli do pomocy weźmiemy klasyczne prawo rzymskie. Według klasycznego prawa rzymskiego do istoty korporacyi potrzeba większej ilości osób, która pragnie występować jako jedność, oraz organizacyi statutowej, wzorowanej na organizacyi gminnej, a opierającej się na wspólnym majątku, wspólnej kasie i organie (zarządzie), który wyjawia jednolitą wolę członków[2]). Skoro te wymogi są spełnione, mamy przed sobą korporacyę, a tem samem osobę prawną. Już po spełnieniu tych wymogów wielość osób zyska zdolność prawną i zdolność do działania prawnego jako jedność[3]), i jako taka może mieć majątek, zaciągnąć wierzytelności i długi, pozywać i być pozwaną. Więcej nie wynika wcale z istoty korporacyi, a przedewszystkiem

[1]) j. w. 214 n.

[2]) Gaius lib. III. ad edictum provinciale (1 § 1 D. 3, 4) Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

[3]) O historycznym rozwoju zob. Mitteis, Röm. Privatr. I. 398 n.

bynajmniej nie wynika z istoty korporacyi, jakoby za długi korporacyi wyłącznie odpowiadał majątek korporacyi, i jakoby członkowie korporacyi nie mogli być zobowiązani wobec korporacyi do dopłat, w celu pokrycia długów korporacyjnych[1]). Znane zdanie Ulpian a lib. X. ad edictum (7 § 1 D. 3, 4): Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent oznacza tylko, że dochody i rozchody wpływają do wspólnej kasy, względnie pokrywane bywają przez wspólną kasę, że zatem sprawa ta nie należy do poszczególnych członków korporacyi[2]). W jaki sposób postąpiono praktycznie, jeżeli majątek korporacyjny nie starczył na pokrycie długów korporacyjnych, w statucie zaś nie był ustanowiony obowiązek członków do dopłat, lub zarząd nie mógł albo nie chciał uzyskać odnośnej uchwały członków, na to nie mamy niestety odpowiedzi w naszych źródłach prawa rzymskiego. Być może, że zastosowanie miały zasady podobne do zasad obowiązujących w spółce[3]), być może, że w takim wypadku zastosowywano postępowanie administracyjne (cognitio extraordinaria[4]), być może nareszcie, że członkowie zarządu odpowiadali osobiście[5]). W klasycznem prawie rzymskiem mamy zatem tylko dwie formy dla zrzeszenia osób, mianowicie korporacyę t. j. zrzeszenie występujące jako jedność, oraz spółkę (societas) t. j. zrzeszenie występujące jako wspólna wielość osób[6]).

[1]) Porówn. Pernice, Labeo I. 296, 11, Mitteis j. w. I. 346: „Na wewnątrz musiały obowiązywać zasady podobne do zasad obowiązujących w spółce".

[2]) Porówn. Mitteis j. w. 345, Mommsen, Abriss des röm. Staatsrechts 267.

[3]) Mitteis j. w. 346, 405 n. (o societates publicanorum, które wprawdzie nie zawsze były korporacyami, ale niemi być mogły).

[4]) Mitteis j. w. 347 uw. 21.

[5]) Mitteis j. w. 402 i 383 uw. 21, 24.

[6]) Trafnie podnosi już Pernice, Labeo I. 292 uw. 12: „Jest li to istotą kolegiów, w takim razie musimy porzucić subtelne rozróżnienie kolegiów z osobowością prawną i bez tejże".

Obie formy mogą naturalnie wykazać najróżnorodniejsze rodzaje, jako species tej samej formy gatunkowej [1]).

Jeżeli skorzystamy z tej pomocy klasycznego prawa rzymskiego dla tłumaczenia § 26 p. u. c., to uzyskamy następujące stanowisko p. u. c., wolne już od wszelkich niejasności. Powszechna ustawa cywilna zna tylko dwie formy dla zrzeszenia osób, mianowicie korporacyę t. j. zrzeszenie występujące jako jedność, jako osoba prawna (§ 26) i spółkę (societas) t. j. zrzeszenie występujące jako wspólna wielość osób (§ 1175 u.). Spółka wykazuje różne rodzaje jak species tej formy gatunkowej (§ 1176 [2]). Ale i korporacya może wykazać różne rodzaje korporacyi. Istotną cechą korporacyi jest wyłącznie, że w dozwolony sposób łączy się większa ilość osób, występująca dla osiągnięcia pewnych celów jako jedność, i objawiająca to przez statutową organizacyę. Każda taka większa ilość osób jest osobą prawną, i jako taka może mieć majątek, może pozywać i być pozwaną, może zawierać akty prawne przez swe statutowe organa, o ile one nie są zastrzeżone wyłącznie osobom fizycznym jak n. p. akty familijnego prawa [3]). Więcej zaś bynajmniej nie wynika z istoty

[1]) O różnych formach spółki (societas) często słyszymy; a że korporacya mogła mieć także różne rodzaje, na to wskazują różne nazwy (societates, collegia, sodalicia i t. p.), któremi się posługuje. Porówn. Mitteis j. w. 390 n.

[2]) Naznaczyć należy, że w niektórych punktach dany rodzaj spółki może zażywać stanowiska prawnego, jakie przysługuje tylko korporacyi, przez co jednakże dany rodzaj spółki nie przestaje być spółką. Jako przykład przytoczyć można jawną spółkę handlową; zob. Krainz 205 uw. 81, Stubenrauch, Kommentar I. str. 69[1].

[3]) Zob. Unger 340 uw. 35, str. 341 uw. 46 n., Krainz 210, 215 n., Stubenrauch j. w. 74 uw. 2, Till, j. w. 224, 226 uw. 7, Zoll j. w. 217. Z szczególnych powodów może ustawą być zastrzeżone dalsze ograniczenie, zob. Unger 342 uw. 50, Krainz 211 uw. 18; lub przeciwnie uprzywilejowanie, zob. Unger 342 uw. 51, Krainz 210/211.

korporacyi; przedewszystkiem bynajmniej nie wynika z istoty korporacyi, jakoby za długi korporacyi odpowiadał wyłącznie majątek korporacyjny. Istnieje taki rodzaj korporacyi, w którym wedle ustawy lub wedle celu tego rodzaju korporacyi członkowie odpowiadają za długi korporacyi wyłącznie swoimi udziałami; to odnosi się n. p. do spółek akcyjnych[1]). Istnieje dalej taki rodzaj korporacyi, w którym wedle ustawy lub przepisów statutu korporacyi członkowie obowiązani są do dopłat, jeżeli majątek korporacyi nie starczy na pokrycie jej długów; to odnosi się n. p. do spółek zarobkowych według nowszego ustawodawstwa[2]). Istnieje dalszy rodzaj korporacyi, w którym nie odpowiedzialność członków odgrywa decydującą rolę, lecz który ze względu na cele i środki takiego rodzaju korporacyi podlega osobnym przepisom prawnym: to odnosi się n. p. do instytucyj kredytowych, towarzystw asekuracyjnych i t. p.[3]). Najprostszy rodzaj korporacyi przedstawiają zwykłe stowarzyszenia, dla których obowiązują ustawy o stowarzyszeniach z 26. listopada 1852 L. 253 i z 24. listopada 1867 L. 134. Odpowiedzialność zwykłego stowarzyszenia za długi li tylko majątkiem stowarzyszenia — o ile statut nie ustanawia co innego — nie wynika z korporacyjnego charakteru zwykłego stowarzyszenia, lecz z charakteru takiego zwykłego stowarzyszenia, jako pewnego rodzaju korporacyi. Kto przystępuje jako członek do zwykłego stowarzyszenia, ten w wspólnem działaniu takiego stowarzyszenia chce uczestniczyć majątkowo tylko swoją wkładką. O stosunkach finansowych stowarzyszenia musi statut zawierać objaśnienie (§ 4 ustawy z 24 listopada 1867). Wierzyciele stowarzyszenia mają zatem możność informowania się co

[1]) Zob. Krainz 204.

[2]) Zob. Doliński, Austryackie prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (1908) 24 n.

[3]) Oczywiście nie potrzebuje tu zawsze zachodzić forma korporacyi. Zob. Stubenrauch j. w. 69 uw. 4.

do majątkowych środków stowarzyszenia. Położenie wierzycieli stowarzyszenia przy udzieleniu kredytu nie jest więc gorszem od położenia wierzycieli osoby pojedynczej. Po zatem zarząd stowarzyszenia odpowiada osobiście, o ile popełnia winę, bądź przekroczeniem pełnomocnictwa, bądź udzieleniem fałszywych informacyj o stosunkach majątkowych stowarzyszenia. Niedozwolone stowarzyszenia nie są korporacyami, ponieważ według § 26 p. u. c. nie mają zdolności prawnej[1]); one zostają rozwiązane, a o losie majątku rozwiązanego stowarzyszenia decydują zarządzenia ustawowe[2]): prawnie one muszą być uważane za spółkę (societas[3]), jednakże z odmianą ustawowo[4]) wprowadzoną, że majątek rozwiązanego stowarzyszenia nie jest współwłasnością członków, lecz podlega dyspozycyi przez ustawowe zarządzenia[5]). Odpowiedzialność korporacyi za długi wyłącznie majątkiem korporacyjnym nie jest zatem istotną cechą korporacyi jako takiej — gdzie taka ograniczona odpowiedzialność obowiązuje, wynika ona bądź z szczególnych przepisów ustawowych, bądź z szczególne-

[1]) Porówn. Zeiller, Kommentar I. 130 L. 4, Krainz 217/218, Stubenrauch j. w. do §§ 26, 27, str. 71 uw. 1.

[2]) Zob. ustawę z 24. list. 1867 §§ 24, 27.

[3]) Na tem stanowisku stoi też kodeks dla Rzeszy niemieckiej z r. 1900, który jednakże stanowi, że niedozwolone stowarzyszenie może być pozwane jako jedność; zob. § 54 i Neumann, Handausgabe des B. G. B. do § 54, Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. I. § 44 III. in f.

[4]) Zob. ust. z 24. list. 1867 § 27. Oczywiście odnosi się to tylko do niedozwolonych stowarzyszeń rozwiązanych; porówn. Unger 346 uw. 68 n., Krainz 219, 220.

[5]) Zob. Krainz 222 n. Klasyczne prawo rzymskie zajmowało w tej kwestyi liberalniejsze stanowisko i pozwalało na rozdział majątku niedozwolonego stowarzyszenia rozwiązanego pomiędzy jego członków: Marcian lib. II. iudiciorum publicorum (3 D. 47, 22) Collegia si qua fuerint illicita — dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.

go charakteru danej korporacyi uznanego przez praktykę sądową lub przez prawo zwyczajowe. Przeciwko takiemu pojmowaniu kwestyi możnaby zauważyć, że nowsze ustawodawstwo wywodzi tę ograniczoną odpowiedzialność z istotnej cechy korporacyi, i że skutkiem tego de lege lata to zapatrywanie nowszego ustawodawstwa jest obowiązującem. Taki argument przytaczają Krainz-Pfaff-Ehrenzweig powołując się na § 12 ustęp 2 ust. z 27. kwietnia 1902 L. 91 o zawodowych spółkach rolniczych, na dowód, że odpowiedzialność korporacyi za długi wyłącznie majątkiem korporacyjnym wynika z istotnej cechy korporacyi; albowiem ustawa mówi: „Za długi spółki odpowiada tylko spółka jako osoba prawna“ [1]). Z tych słów ustawy niewątpliwie wynika, że ustawa stoi na stanowisku tego zapatrywania naukowego, według którego odpowiedzialność korporacyi za długi wyłącznie majątkiem korporacyjnym, wynika z istotnej cechy korporacyi jako osoby prawnej. Ale naukowe zapatrywanie ustawy nie ma mocy obowiązującej; moc obowiązującą mają tylko nakazy i zakazy ustawy. W wspomnianych słowach ustawy mieści się bezsprzecznie nakaz, że wspomniane spółki odpowiadają za długi swe wyłącznie majątkiem spółki, a ten nakaz ustawy oczywiście ma moc obowiązującą [1]). Ograniczona odpowiedzialność spółki rolniczej za swe długi polega zatem na osobnym i wyraźnym przepisie prawnym; powołanie się ustawy na to, iż to wynika z istoty osoby prawnej, było zatem zbyteczne: powołanie się to nie ma żadnego prawnego znaczenia, i zawiera tylko zbyteczny dodatek o naukowem zapatrywaniu ustawodawcy. Moc obowiązującą ma tylko wyraźny przepis ustawy, że wspomniane spółki odpowiadają za swe długi wyłącznie majątkiem spółki, przez co tego rodzaju spółki podporządkowane być muszą pod tę kategoryę korporacyj, które za swe długi od-

[1]) 201 uw. 58. Porówn. też § 13 tej ustawy.

powiadają wyłącznie majątkiem korporacyjnym. W analogiczny sposób należy rozumieć wszystkie te ustawy, które odpowiedzialność za długi w takich lub innych granicach wywodzą z zaistnienia lub niezaistnienia osoby prawnej.

Chodzi teraz o to, jaki wynik zyskamy dla prawnego sformułowania stanowiska prawa rzymskiego w p. u. c. z tego, że użyliśmy pomocy klasycznego prawa rzymskiego dla wyjaśnienia § 26 powsz. ust. cyw. Stwierdziliśmy, co zgodnem jest z powszechnem zapatrywaniem [1]), że p. u. c. przy określeniu pojęcia korporacyi przyjęła przewodnią myśl prawa rzymskiego. Przewodnie myśli prawa rzymskiego uwydatniają się zaś najwięcej w klasycznem prawie rzymskiem, a nie w prawie rzymskiem Justyniańskiem. Lecz jaki może być związek prawny pomiędzy p. u. c. a klasycznem prawem rzymskiem? Prawo rzymskie w żadnej postaci nie jest obowiązującem w p. u. c. [2]). Jeżeli p. u. c. przyjęła, jak stwierdziliśmy powyżej, przewodnią myśl prawa rzymskiego, uwydatniającą się najwięcej w klasycznem prawie rzymskiem, to jednakże ta przewodnia myśl klasycznego prawa rzymskiego tem samem stała się przewodnią myślą powszechnej ustawy cywilnej. Ale ponieważ w swej treści ta przewodnia myśl powszechnej ustawy cywilnej tąż samą jest jak w klasycznem prawie rzymskiem, oczywista jest, że treść tej przewodniej myśli powszechnej ustawy cywilnej poznamy najlepiej, jeżeli wprzód poznamy treść tej samej przewodniej myśli klasycznego prawa rzymskiego. A zatem przez porównanie z klasycznem prawem rzymskiem zgłębimy najłatwiej wspomnianą przewodnią myśl powszechnej ustawy cywilnej. Tłumaczenie powszechnej ustawy cywilnej winno zatem nastąpić drogą porównania

[1]) Zob. powyżej str. 170[1. 2.] (684[1. 2.]).
[2]) Zob. powyżej str. 149 (663).

z klasycznem prawem rzymskiem. Rezultatem naszych badań o stanowisku prawa rzymskiego w p. u. c. jest zatem: **klasyczne prawo rzymskie jest porównawczym środkiem tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej w tych wypadkach, w których powszechna ustawa cywilna przyjęła przewodnie myśli prawa rzymskiego.** Prawo rzymskie nie jest bezpośrednim środkiem tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej, albowiem prawo rzymskie nie zostało formalnie przyjęte przez p. u. c., i jako prawo rzymskie nie jest obowiązującem. Ale porównanie z klasycznem prawem rzymskiem objaśnia nam treść powszechnej ustawy cywilnej; jest ono zatem w całej pełni pośrednim środkiem tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej. Istnieje zatem związek prawny pomiędzy prawem rzymskiem a p. u. c. Ten związek prawny ma za podstawę związek faktyczny pomiędzy prawem rzymskiem a p. u. c., który polega na tem, że w swej treści przewodnia myśl prawa rzymskiego przyjętą została przez p. u. c. We wszystkich zatem wypadkach, w których istnieje faktyczny związek pomiędzy prawem rzymskiem a p. u. c., we wszystkich tych wypadkach istnieje też związek prawny, i we wszystkich tych wypadkach klasyczne prawo rzymskie jest porównawczym środkiem tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej. Oczywista, że tylko tak dalece klasyczne prawo rzymskie jest porównawczym środkiem tłumaczenia, jak dalece przewodnia myśl prawa rzymskiego przejętą została przez p. u. c. Albowiem nie jest wykluczonem, że przewodnia myśl prawa rzymskiego w danym wypadku tylko częściowo przejętą została przez p. u. c. W każdym wypadku należy zatem wprzód stwierdzić, w jakich granicach istnieje faktyczny związek pomiędzy prawem rzymskiem a p. u. c.: w tych samych granicach istnieje też związek prawny, i w tych samych granicach prawo rzymskie jest porównawczym środkiem tłumaczenia. Z chwilą przejęcia przewodniej myśli prawa rzymskiego przez p. u. c., ta przewodnia

myśl prawa rzymskiego stała się przewodnią myślą powszechnej ustawy cywilnej, która w dalszym ciągu samodzielnie rozwija się, bądź w samej powszechnej ustawie cywilnej, bądź w dalszem ustawodawstwie. Klasyczne prawo rzymskie jest tylko drogowskazem przy tłumaczeniu p. u. c., który chroni nas przed fałszywą drogą, na którą moglibyśmy się dostać, nie korzystając z tego drogowskazu; a my prawnicy doskonale potrafimy ocenić, jakiej wagi jest dla prawa i zastosowania prawa, nie dostać się na fałszywą drogę [1]).

Kilka osobnych uwag należy się jeszcze kwestyi, czemu klasyczne prawo rzymskie, a nie Justyniańskie prawo rzymskie zajmuje stanowisko porównawczego środka tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej. Wszakże przy recepcyi prawa rzymskiego za podstawę brano Justyniańskie prawo (corpus iuris civilis), a nie klasyczne prawo rzymskie [2]). Skoro jednakże przypatrzymy się bliżej kodyfikacyi Justyniańskiej, to możemy zauważyć, że ona bynajmniej nie zawiera Justyniańskiego prawa, t. zn. prawa obowiązującego we wschodniej części cesarstwa rzymskiego za czasów Justyniańskich. Instytucye Justyniana jako pierwsza część kodyfikacyi zawierają przeróbkę instytucyj Gaiusa z klasycznej epoki prawa rzymskiego. Dygesta Justyniańskie zaś są kompilacyą, zepsutą przez interpolacye z dzieł klasycznych prawników. Kodeks Justy-

[1]) Do jakich konsekwencyj może prowadzić fałszywa droga, to wykazuje na przykładach z nauki o korporacyi nader trafnie Unger 320 uw. 17, 18, str. 322 uw. 22. Porówn. też Till j. w. 212 uw. 3.

[2]) To podnosi Litten, Römisches Recht und Pandekten-Recht in Forschung und Unterricht (1907) 16 „Hier gilt es äusserstenfalls bis zum Recht der justinianischen Kodifikation zurückzugehen als der weitestmöglichen Grenze desjenigen Stoffgebietes, welches für die Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland und damit für jede massgebliche dogmengeschichtliche Entwicklung allein in Frage kommen kann. Insofern interessiert uns auch das Gesetzbuch Justinians als systematisches Ganzes, aber weder als Objekt einer duplex interpretatio nach der Jagd nach Interpolationen".

niana zawiera przeważnie konstytucye z klasycznych czasów. Zdaje się, że kodyfikacya Justyniańska wogóle nigdy nie obowiązywała jako całość. Prawo Justyniańskie t. zn. prawo obowiązujące za Justyniana wyglądało zupełnie inaczej, niż prawo zawarte w kodyfikacyi Justyniańskiej. Wystarczy na dowód tego, rzucić okiem na scholie prawników bizantyjskich. Scholiści bizantyjscy pisali, jak wiadomo, uwagi (scholie) do kodyfikacyi Justyniańskiej [1]; wcielone zostały te uwagi do późniejszej kodyfikacyi zwanej Basilica. Scholie zawierają zatem to prawo, które obowiązywało faktycznie i w praktyce sądowej za czasów Justyniańskich. Jeżeli zaś porównamy prawo zawarte w kodyfikacyi Justyniańskiej z prawem zawartem w scholiach, to mamy wrażenie, jakoby scholiści, którzy pisali owe scholie, uważali prawo zawarte w kodyfikacyi Justyniańskiej, za klasyczne prawo z pierwszych wieków po Chr. (od Augusta do Dyoklecyana), i jakoby oni dążyli do pogodzenia klasycznego prawa z prawem za czasów Justyniańskich faktycznie i w praktyce sądowej obowiązującem. Że scholiści znali klasyczne prawo, zauważono już kilkakrotnie [2]; tak samo, że oni starają się o stworzenie pomostu pomiędzy prawem klasycznem a prawem Justyniańskiem [3]. Należałoby jeszcze wykazać, że scho-

[1] Zob. Rudorff, Römische Rechtsgeschichte I. (1857) 356 n., Heimbach, Über den Nutzen der Basiliken und der sog. alten Scholien für die Kritik des Digestentextes, Zeitschrift f. Rechtsgeschichte II. (1863) 337 n., Baron, Condictionen (1881) 100 uw. 16—18.

[2] Erman, Beiträge zur Publiciana, Zeitschrift d. Savigny-Stift. XIII. (1892) 223, 224, oraz Conceptio formularum, tamże XIX. 305, oraz D. 44, 2, 21 § 4 Etudes de droit classique et byzantin (Mélanges Ch. Appleton. Lyon 1903) 213 n., 256 n., Costa, Corso di storia del diritto romano (1901) 116 n., Jobbé-Duval, Nature de la querella inofficiosi testamenti (Mélanges Fitting, Montpellier 1908) 5 n., 15 n., 21 n. Zob. też Ferrini, Storia della fonti del diritto romano (1885) 132 n

[3] Pernice, Ilario Alibrandi, Zeitschrift d. Savigny-Stift. XVIII. (1897) 233 n.

liaści nie uważają prawa zawartego w kodyfikacyi Justyniańskiej za identyczne z prawem obowiązującem za czasów Justyniańskich, lecz za klasyczne prawo z pierwszych trzech wieków po Chr. O wykazaniu w szczegółach nie może być mowy w tem miejscu. Ale jeżeli treść scholij porównamy z treścią Justyniańskiej kodyfikacyi[1]), to zauważymy z jednej strony, że scholiaści nad dosyć licznymi ustępami kodyfikacyi Justyniańskiej przechodzą do porządku dziennego, nie robiąc żadnych uwag do tych ustępów, prawdopodobnie wychodząc z zapatrywania, że te ustępy nie zawierają praktycznie obowiązującego prawa. Z drugiej zaś strony tam, gdzie scholiaści dodają uwagi do ustępów kodyfikacyi Justyniańskiej, te uwagi różnią się w swej prawniczej treści od prawniczej treści danych ustępów kodyfikacyi Justyniańskiej[2]). Skoro zaś dalej uwzględnimy, że scholie były pisane nie do poszczególnych ustępów kodyfikacyi Justyniańskiej, lecz do całych rozdziałów[3]), to przez zestawienie wszystkich scholij uzyskamy prawo za czasów Justyniańskich faktycznie obowiązujące, uzyskamy poniekąd podręcznik czyli Sumę (Summa) za czasów Justyniańskich obowiązującego prawa; zapatrywanie takie znajduje poparcie w tem, że takie sumy prawa rzeczywiście już istniały we wschodniej części cesarstwa rzymskiego[4]). Z tego wszystkiego wynika, że kodyfikacya

[1]) Przeprowadzenia takiego porównania domaga się słusznie Erman 44, 2, 21 § 4 j. w. str. 212 uw. 1.

[2]) Porówn. n. p. Sch. 1 do Pomp. 7 D. 12, 6 (Basilica XXIV. 6 c. 7 ed. Heimbach III. 30) lub scholie do tit. D. 2, 14 de pactis (Bas. XI., 1).

[3]) Zob. Heimbach, Basilicorum libri LX. Praefatio p. XII.

[4]) Zob. Ferrini, Storia delle fonti (1885) 141. Za czasów glosatorów ta forma literatury prawniczej była bardzo rozpowszechnioną: Fitting, Die systematischen Lehr- u. Handbücher (Summae) des römischen Rechtes in Zeitalter der Glossatoren, Blätter für vergleich. Rechtwissenschaft II. (Berlin 1906) 87 n.

Justyniańska raczej zawiera zepsute przez interpolacye prawo klasyczne, niż prawo za czasów Justyniańskich faktycznie obowiązujące[1]). W ten sposób wyjaśnia się też najlepiej, czemu scholiaści uwzględniają klasyczne prawo i czemu oni starają się o pomost pomiędzy prawem klasycznem a prawem za czasów Justyniańskich faktycznie obowiązującem. Oni uważają trafnie, że w kodyfikacyi Justyniańskiej znajduje się raczej prawo klasyczne, i dlatego starają się uwagami swemi tłumaczyć to prawo tak, aby ono pogodzić się dało z prawem faktycznie za owych czasów obowiązującem.

Jeżeli zatem kodyfikacya Justyniańska w swej przeważającej części przedstawia zepsute prawo klasyczne rzymskie, oczywistą jest rzeczą, że klasyczne prawo rzymskie a nie Justyniańskie musi być przedewszystkiem przedmiotem naszej uwagi[2]). Konsekwencyą tego zaś jest, że wielkie znaczenie dla nauki prawa nowoczesnego musi mieć ten kierunek w traktowaniu prawa rzymskiego, który za zadanie bierze sobie zbadanie klasycznego prawa rzymskiego[3]). Kierunek ten w traktowaniu prawa rzymskiego ma swego pierwszego przedstawiciela w XVI. wieku we Francyi w osobie wielkiego Cu-

[1]) Porówn. n. p. Theophilus, Paraphrasis Institutionum do tit. I. 4, 6 de actionibus. Znakomity rozbiór instytucyj Justyniana uskutecznił Zocco-Rosa, Justiniani Institutionum Palingenesia I., II. 1908. 1911 (Istituto di storia del diritto romano. Universitá di Catania); porówn. tegoż, D'une nouvelle palingénésie des Institutes de Justinien (Mélanges Fitting, Montpellier 1908).

[2]) Trafnie zaznacza F. Klein, Sachbesitz u. Ersitzung (1891) 483, że także ze stanowiska czysto prawniczo-dogmatycznego klasyczne prawo rzymskie budzi w wyższym stopniu nasze zaciekawienie niż prawo Justyniańskie.

[3]) Litten, j. w. 14, 16 przywiązuje konsekwentnie do tego kierunku mniejszą wagę, upatrując w powszechnem prawie niemieckiem podstawę nowoczesnego prawa.

jas'a, i rozpoczyna się na nowo w połowie XIX. w. prawie równocześnie w Niemczech i Włoszech, będąc reprezentowanym przez Adolfa Schmidt'a, Ernesta Immanuela Bekker'a, Alfreda Pernice'go oraz przez Włocha Ilario Alibrandi'ego [1]). Odtąd ten kierunek zalicza do swych zwolenników coraz większą liczbę poważnych badaczów u wszystkich narodów kulturalnych. Zadaniem tego kierunku w traktowaniu prawa rzymskiego jest zbadanie klasycznego prawa rzymskiego t. zn. prawa rzymskiego z czasów jego najwyższego rozkwitu, które sięgają od Augusta do Dyoklecyana. Przytem chodzi o to, aby zbadano, jakiem prawo rzymskie było w owych czasach, nie o to, ile z tego prawa może być zastosowanem jeszcze dzisiaj; nie chodzi o to, aby zasadami prawnemi z klasycznego prawa rzymskiego popierać lub zwalczać jedno lub drugie zapatrywanie w nauce nowoczesnego prawa, lecz o to, jak prawo rzymskie nam się przedstawia w swych formach i w swem działaniu w epoce klasycznej, i na tle stosunków społecznych i gospodarczych owych czasów. Z tego stanowiska wynika, że my pojmujemy kodyfikacyę Justyniańską jako zbiór cennego materyału służącego do rekonstrukcyi klasycznego prawa rzymskiego, nie zaś jako całość zamkniętego w sobie ustawodawstwa. To też antinomie zachodzące w kodyfikacyi Justyniańskiej nie interesują nas; również nie zajmujemy się kwestyą, o ile nastąpiła derogacya zasad prawnych, zawartych w kodyfikacyi Justyniańskiej, przez późniejsze nowele; a zgoła nas nie obchodzą zmiany, jakie uskuteczniali glosatorowie i późniejsi praktycy na podstawie krajowych praw w krajach europejskich. Usus modernus Pandectarum zostaje po za obrębem naszych badań prawa rzymskiego. We wszystkich tych modyfikacyach prawa rzymskiego upatruje-

[1]) Porówn. Pernice, Ilario Alibrandi, Zeitschrift d. Sav. St. XVIII (1897) 227 n.

my już zaczątki nowoczesnego prawa, a nie prawa rzymskiego. To też materyał naukowy, który nam służy do zbadania prawa rzymskiego, ogranicza się do materyału z rzymskich czasów aż do Dyoklecyana[1]), przytem uwzględniamy nie tylko materyał wchodzący ściśle w czasy epoki klasycznej, ale też materyał z poprzednich czasów, gdyż epoki klasycznej należycie zrozumieć nie podobna bez poznania tych podstaw historycznych, na których rozwinęło się prawo rzymskie z epoki klasycznej. Za to uwzględnić nam wypada cały materyał, który służyć może do zbadania prawa rzymskiego aż do czasów Dyoklecyana, a zatem nie tylko materyał prawniczy, ale i wszelkie wiadomości, jakie posiadamy u prawniczych lub nieprawniczych autorów o stosunkach społecznych i gospodarczych Rzymian i o innych gałęziach prawa po za prawem prywatnem stojących. Ponieważ zaś prawniczy materyał głównie nam zachowany jest w Dygestach Justyniańskich, w których zebrano wyjątki z pism klasycznych prawników po uskutecznieniu zmian (interpolacyj), potrzebnych ze względu na zmienione prawo za czasów Justyniańskich, jasną jest rzeczą, że w celu zbadania klasycznego prawa rzymskiego, potrzeba nam przedewszystkiem stwierdzenia tych zmian (interpolacyj), aby uzyskać, ile możności, pierwotny tekst w piśmie danego prawnika. Tem tłumaczy się wielka rola, jaką odgrywa stwierdzanie interpolacyj w badaniu klasycznego prawa rzymskiego[2]).

Ponieważ naszem zadaniem jest zbadanie prawa rzymskiego, jakiem ono było w klasycznej epoce u Rzy-

---

[1]) O środkach naukowych tego materyału zob. Łyskowski, Dwa nowe opracowania rzymskiego prawa prywatnego, Przegląd prawa 1908, maj, str. 336 n.

[2]) Zob. Łyskowski, j. w. 341 n. Zbiór wszystkich dotychczas stwierdzonych interpolacyj przygotowuje przy międzynarodowem współpracownictwie Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, Rom. Abteilung; wyjdzie on może jeszcze w bieżącym roku, jako osobny dodatek wspomnianego czasopisma.

mian, przeto nie wolno wciągać nowoczesnych zapatrywań, bądź prawniczych, bądź społeczno-gospodarczych do systemu prawa rzymskiego. Niewątpliwie zbadanie klasycznego prawa rzymskiego przyczyni się do wyświetlenia niejednej kwestyi prawniczej i społeczno-gospodarczej nowszych czasów[1]). Ale wprzód należy nam zbadać i wyłożyć prawo rzymskie, jakiem ono było w czasach jego najwyższego rozkwitu. Konsekwencye, które wyciągać pragniemy ze stanowiska prawa rzymskiego w danej kwestyi, mogą być bardzo cenne, ale te konsekwencye na tle nowoczesnych stosunków nie są prawem rzymskiem. Fałszywem zaś jest, chcieć nadać takiej konsekwencyi większą powagę, przedstawiając ją jako prawo rzymskie, bo tym sposobem popadamy znów w błąd fałszowania prawa rzymskiego, przedstawiając coś jako prawo rzymskie, co prawem rzymskiem nie było. Autor, który konsekwencye, jakie on wyciąga z prawa rzymskiego, wydaje za prawo rzymskie, krzywdzi też siebie samego, bo to, co jest zasługą jego własnej twórczej pracy, pisze on na rachunek prawa rzymskiego, a przytem dla oceny trafnej tych konsekwencyj może być doniosłem, ażali mamy przed sobą nowoczesną myśl, lub myśl z zamierzchłej przeszłości. Tak samo fałszywem jest, chcieć rekonstruować klasyczne prawo rzymskie na tle społecznych i gospodarczych stosunków starożytnych Rzymian, przyczem często ulega się autosuggestyi, upatrując nowoczesne zagadnienia społeczne i gospodarcze już u starożytnych Rzymian. Słusznie podnosi Pernice[2]) przeciw ta-

[1]) Zob. Ivo Pfaff, Über den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung 1897, Pernice, Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze, Parerga VIII., Zeitschrift de Savigny-Stift. XIX. (1898) 89 n., Zocco-Rosa, Il diritto Romano di fronte alle odierne idealitá giuridico-sociali 1911 (Istituto di storia del diritto romano. Universitá di Catania).

[2]) j. w. str. 82 uw. 1, str. 97 uw. 1, str. 98 uw. 1, 2. Nawet dla nowoczesnego prawa odrzuca zapatrywanie, jakoby prawo

kim próbom, że społeczne i gospodarcze stosunki Rzymian zbyt mało nam są znane, abyśmy mogli je brać za podstawę naszej rekonstrukcyi prawa rzymskiego. Metoda nasza przy rekonstrukcyi klasycznego prawa rzymskiego musi zatem być wyłącznie historyczno-filologiczną t. zn. za podstawę brać należy zachowane nam pomniki w językowem (filologicznem) ich

pojmować należało wyłącznie jako wyraz gospodarczych stosunków, tak praktyczny prawnik, jakim jest Riesser (dyrektor wielkiego banku „Berliner Handelsgeselschaft“ i prof. prawa handlowego w uniwersytecie berlińskim), Zur Methode des akademischen Unterrichts im Handelsrecht, Gellers Zentrallblatt f. jurist. Praxis (Wiedeń) XXV., 1907, str. 37, ponieważ „dies zu einer Ersetzung der festen rechtlichen Grundbegriffe durch wirtschaftliche Prinzipien Anlaß geben und damit keine Förderung, sondern eine uferlose Verschwommenheit jener Grundbegriffe herbeiführen würde“. Materyalistyczne pojmowanie prawa przez Iheringa przyjęło się niestety i u nas zanadto bezkrytycznie, i w rozmiarach o wiele szerszych niż w nauce niemieckiej, gdzie teorye Iheringa traktowano zawsze cum grano salis. Powodem tego jest bardzo uboga oryginalna praca twórcza u nas, skutkiem czego często teorya jakaś zostaje zbyt skwapliwie przyjętą, jak gdyby już orzekła ostatnie słowo w danej kwestyi. Sztuczne zbudowanie systemu „egoizmu“ przez Iheringa wyklucza z prawa wszelką „duszę“, bez której niema ani prawa ani życia społecznego. (Porówn. A. Sturm, Die psychologische Grundlage des Rechts 1910, który jednakże znów idzie za daleko, chcąc na tej jedynej podstawie zbudować cały system prawa). Bardzo charakterystyczną reakcyę przeciw materyalistycznemu pojmowaniu prawa i stosunków społecznych stanowi ruch „solidarystów“ we Francyi, wśród którego pod egidą nie żadnego „romantyka“ lecz „realisty“ w całem słowa znaczeniu, bo b. prezesa ministrów Leona Bourgeois, jeden z najwybitniejszych przedstawicieli tego ruchu A. Croiset domaga się uwzględnienia w polityce społecznej „uczucia“, które stanowi poniekąd wapno łączące poszczególne cegły budowy społecznej (Léon Bourgeois, Essai d'une philosophie de la solidarité. Conférences etc. Paris 1902, préface p. XII., A. Croiset: „Je serais tenté — de réclamer aussi, contre certains coopérateurs et mutualistes, en faveur du sentiment, de l'amour, qui me paraît en somme, le ciment nécessaire — le principe de vie de toutes les oeuvres destinées à faire régner dans la société plus de bonheur et plus de justice“).

znaczeniu, gdyż takie traktowanie pomników prawa uchroni nas od zbyt podmiotowych zapatrywań na prawo rzymskie[1]).

Do zbadania klasycznego prawa rzymskiego przyczynia się, choć w nie tak wysokiej mierze, papyrologia, od kiedy w r. 1878 odnaleziono w Arsinoe, stolicy egipskiej prowincyi El-Fayum, archiwum, składające się z licznych dokumentów, z których pewna część odnosi się do prawa rzymskiego z I. do III. w. po Chr., i których publikacya od r. 1895 systematycznie postępuje[2]). Papyrologii jako środkowi do zbadania klasycznego prawa rzymskiego przypisuje się często przesadne znaczenie. Skoro przejrzymy dotychczasowe rezultaty badań papyrologicznych, to na ogół dają one nam tylko potwierdzenie tego, co już przedtem było wiadomem; a jedynie gdzieniegdzie wychodzą nieznane dotychczas wiadomości (jak n. p. constitutio Antoniniana de civitate z r. 212[3]), albo poznajemy niektóre modyfikacye prawa rzymskiego przez krajowe prawa prowincyi uskutecznione[4]). Znaczenie papyrologii, o ile chodzi o prawo rzymskie, nie polega też na tem, jakobyśmy przez nią zyskali nowe wydatne pomniki dla poznania klasycznego prawa rzymskiego; raczej znaczenie papyrologii polega głównie na tem, iż jej rezultaty wykazują, że prawo rzymskie w swych podstawach wyrosło z innych, dawniejszych praw starożytności, co już zaznaczył w po-

[1]) Porówn. Pernice, Ilario Alibrandi. Zeitschr. d. Sav. St. XVIII. (1897) 229. Zob. też Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892) 37 n.

[2]) Zob. Łyskowski, Dwa nowe opracowania j. w. 1909, styczeń, str. 58 n.

[3]) Zob. Berger w sprawozdaniu w filolog. czasopiśmie „Eos“ (Lwów) 1910, str. 181 n.

[4]) Dobrą ocenę dotychczasowych rezultatów papyrologii dla zbadania klasycznego prawa rzymskiego podaje Ivo Pfaff, Die Bedeutung der Papyrusforschung für das römische Recht w Juristische Vierteljahresschrift (Prag) XXII. (1906) zesz. 3 i 4 Porówn. też Litten j. w. 9 n.

mnikowem dziele Mitteis [1]), podnosząc na nowo wpływ greckiego prawa na prawo rzymskie i wykazując wzajemny wpływ prawa rzymskiego na egipskie i odwrotnie. Jednakże rezultaty dotychczasowe papyrologii są jeszcze zbyt szczupłe, abyśmy mogli już dzisiaj wykazać przejście licznych instytucyj prawnych z greckiego prawa lub innego starożytnego prawa do prawa rzymskiego [2]). Po większej części zyskamy tylko urywkowe wiadomości o innych prawach starożytnych; skutkiem tego wcale nie wiemy dokładnie, jak dana instytucya prawna wyglądała w danem prawie starożytnem, a stąd też nic dokładnego nie możemy powiedzieć, w jaki sposób i w jakich granicach miał miejsce wpływ danego prawa na prawo rzymskie [3]). Gdybyśmy mogli to dokładnie stwierdzić, wówczas w istocie dane instytucye danego prawa starożytnego rzucałyby charakterystyczne światło na daną instytucyę prawa rzymskiego i przyczyniłyby się znacznie do głębszego rozpoznania danej instytucyi rzymskiej. W ten sposób rzeczywiście historya prawa rzymskiego mogłaby przekształcić się na historyę starożytnego prawa [4]).

[1]) Reichsrecht u. Volksrecht 1891. Zob. też Ivo Pfaff, j. w. str. 2 n., 25 n. (w odbitce).

[2]) Dobrą ocenę dotychczasowych rezultatów papyrologii dla poznania prawa greckiego podaje Ivo Pfaff, j. w. str. 17 n., a dla wpływu prawa greckiego na rzymskie, tenże str. 25 n. Zob. też Mitteis, Röm. Privatrecht I. (1908) 10 n. Dobrą ocenę rezultatów papyrologii dla poznania grecko-egipskiego prawa podaje Frese, Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben (1909) str. 8—61.

[3]) O rzymskiem postępowaniu per formulas tylko tyle na podstawie badań papyrologicznych powiedzieć możemy, że prawnicy rzymscy znaleźli wzory dla takiego postępowania w prawie greckiem, a może też w prawie grecko-egipskiem. Ale jakie były te wzory i jak dalece one wpłynęły na postępowanie w procesie rzymskim, tego nie wiemy. Stąd też nie można powiedzieć, że nasze wiadomości o rzymskiem postępowaniu formularnem zostały znacznie wzbogacone przez papyrologię. Zob. Łyskowski, j. w. 1909, styczeń, str. 65 n.

[4]) Porówn. Wenger, Römische und antike Rechtsgeschichte 1905.

Ale niestety dotąd przynajmniej tego rozwojowego ciągu i przejścia starożytnego prawa przedrzymskiego do rzymskiego prawa wykazać nie możemy. Być może, że kiedyś papyrologia dojdzie do tego pięknego rezultatu; ale obecnie nie można jeszcze powiedzieć, jakoby wielkie nadzieje były uzasadnione. Na razie zatem znaczenie papyrologii polega tylko na tem, że ona nam wykazuje, iż prawo rzymskie przejęło liczne myśli prawnicze od innych praw starożytności i przerobiło je ku własnemu użytkowi. Przez to oczywiście te myśli prawnicze stały się myślami prawniczemi rzymskiego prawa, i jako prawo rzymskie muszą być pojęte i tłumaczone. Ale dawniejsze zapatrywanie, jakoby prawo rzymskie było wyłącznym wytworem „prawniczego" ducha starożytnych Rzymian, należy kłaść pomiędzy legendy [1]). Przez to oczywiście powaga prawa rzymskiego bynajmniej nie doznaje uszczerbku [2]); przeciwnie, jeżeli prawo rzymskie potrafiło przejąć najważniejsze zdobycze całej starożytności na polu prawa i przerobić je w własnym systemie prawa, w takim razie powaga prawa rzymskiego jeszcze wzmaga się, bo mamy w niem przed sobą nie tylko dorobek prawniczy jednego narodu, lecz dorobek prawniczy całej starożytnej ludzkości. To jest oczywiście niezmiernie cennem dla powszechnych dziejów prawa, bo wykazuje ciąg w rozwoju prawa od początków cywilizacyi ludzkości. Widnokręg nasz rozszerza się niepomiernie, i tam, gdzie sądziliśmy mieć przed sobą zaczątki jakiejś instytucyi prawnej, mamy przed sobą tylko dalszy stopień w rozwoju tej instytucyi na tle dziejów ludzkości, kiedy zaczątki leżą o kilkaset lat lub nawet o kilka tysięcy lat wstecz, jeżeli w rachubę naszą wciągniemy jeszcze b a b i l o ń s k i e p r a w o, choć dotąd brakuje wszelkich ogniw,

[1]) Porówn. też M i t t e i s, Romanistische Papyrusstudien, Zeitschrift d. Sav. St. XXIII. (1902) str. 297.

[2]) To zaznacza słusznie też I v o P f a f f, j. w. 25 n.

łączących prawo babilońskie z prawem rzymskiem [1]). Tak jak rzeczy dzisiaj stoją, jeszcze na długi czas do badania rzymskiego prawa służyć nam muszą jeszcze przedewszystkiem rzymskie pomniki prawa rzymskiego; papyrologia nie może być jeszcze zaliczaną do wydatnich źródeł prawa rzymskiego. Ale same rzymskie pomniki prawa rzymskiego przedstawiają jeszcze bardzo obfity materyał, niezbadany dla poznania prawa rzymskiego, zwłaszcza, że dzisiaj chodzi nam o rekonstrukcyę tego prawa, jakiem ono było za rzymskich czasów epoki klasycznej, i o stwierdzenie głębszych czynników, które działały w tem jedynym w swoim rodzaju systemie prawa. A chociażbyśmy tylko zdołali odbudować części tego wspaniałego gmachu prawniczego, to korzyść dla poznania prawa, jego istoty, jego celów i środków byłaby tak wielką, że nakłady pracy sowicie się opłacą. Do tych celów dąży też dzisiejsza nauka prawa rzymskiego.

Dwa ostateczne zadania stara się spełnić ten kierunek w traktowaniu prawa rzymskiego, który dąży do zbadania klasycznego prawa rzymskiego.

Pierwszem zadaniem jest stwierdzenie przewodnich myśli w klasycznem prawie rzymskiem. Niezbędnym warunkiem tego jest, aby wprzód zbadano klasyczne prawo rzymskie, jak ono nam się z formalnej strony przedstawia. To zadanie stawia nauce już jeden z pierwszych przedstawicieli tego kierunku w traktowaniu prawa rzymskiego, mianowicie Pernice [2]) takiemi słowy, które tutaj powtórzyć wypada: „Bei der geschichtlich - analytischen Erforschung des römischen Privatrechtes dürfen wir uns selbstverständlich nicht über die Ausführungen der römischen Juristen hinwegsetzen. Denn das sind nicht

[1]) Zob. Łyskowski, j. w. str. 69 n.

[2]) Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze, Parerga VIII., Zeitschrift d. Savigny-Stift. XIX. (1898) str. 97[1], 98.

Betrachtungen über eine feststehende Rechtsordnung, sondern das Recht wird gerade durch sie weiter entwickelt. Man kann aber neue Einrichtungen und Verhältnisse nur begreifen, wenn man den Weg zurückgeht, auf dem sie ins Leben getreten sind. Wir sind also auf die Erwägungen der Juristen zunächst angewiesen, mögen wir sie noch so gering schätzen. Lässt man sie ganz beiseite, so gerät man in die ärgste Willkür, in Phantastereien, die durch ihre naturgemässe Nüchternheit nicht geschmackvoller werden. Aber freilich darf man bei den Ausführungen der Juristen nicht stehen bleiben. Man soll die sie selbst bewegenden Triebkräfte aufzufinden versuchen, die Ideen, unter deren unbewusstem Einflusse sie arbeiten". To zadanie jest prawdziwie naukowem zadaniem. Jak botanika nie zadowalnia się dzisiaj wyliczeniem roślin i ich uporządkowaniem według pewnego punktu widzenia, lecz dąży do zbadania życia roślin[1]), tak też nauka prawa nie może się zadowolnić opisaniem pojęć i instytucyj prawnych, oraz ich uporządkowaniem, aby w ten sposób służyć tłumaczeniu ustawy, lecz po za tem wprawdzie koniecznem zadaniem, nauka prawa musi się starać o stwierdzenie czynników działających w prawie, aby tą drogą mogła dojść do nowych rezultatów wyświetlających podstawy życia społecznego ludzi[2]). Takie za-

[1]) Jednakże nie można zalecać wyrażenia „biologia" prawa (Seitz, Biologie des geschichtlich positiven Rechts I—III 1906—1910), ponieważ nauki humanistyczne, do których zalicza się nauka prawa, podlegają odrębnym zasadom poznania, a nie zasadom przyrodniczym. Zob. Jellinek, Allgemeine Staatslehre 25 n.

[2]) n. p. czynniki bona fides (powszechna uczciwość) i causa (cel gospodarczy). Zob. Koschembahr-Łyskowski, Condictio als Bereicherungsklage I., II. 1903, 1907, gdzie staram się wykazać, że skarga o zwrot niesłusznego wzbogacenia (condictio) w klasycznem prawie rzymskiem była nie tylko pod wpływem czynnika celu gospodarczego (causa), lecz też pod wpływem czynnika powszechnej uczciwości (bona fides).

danie musi przypaść nauce prawa, jeżeli nauka prawa nie ma poprzestać na zbadaniu formalnej strony prawa, pozostawiając innym czynnikom rzeczowe uporządkowanie życia społecznego.

Drugiem zadaniem jest krytyka klasycznego prawa rzymskiego[1]). Krytyka ta musi się odbyć naprzód pod względem prawniczym, o ile prawnicy rzymscy dobrą wybrali drogę prawniczą, aby spełnić swoje zadanie[2]). Po drugie krytyka musi odnieść się do stosunków społecznych i gospodarczych, stwierdzając związek pomiędzy zasadami prawa rzymskiego a ówczesnymi stosunkami, a zapytując zarazem, czy ze względu na nowoczesne stosunki zasady prawa rzymskiego są jeszcze odpowiedniemi[3]).

Jak dalece te dwa ostateczne zadania nauki prawa rzymskiego już dzisiaj są spełnione, na to można dać odpowiedź, roztrząsając poszczególne kwestye na podstawie całego materyału naukowego. Uwagę zwrócić należy na podstawowe dzieła Bekker'a[4]), Pernice'go[5]), Lenel'a[6]), Wlassak'a[7]), Gi-

---

[1]) Na potrzebę krytyki prawa rzymskiego ze stanowiska polityki społecznej wskazuje też A. Menger, Sociale Aufgaben der Rechtswissenschaft (1895) 13.

[2]) Porówn. Ihering, Geist des römischen Rechts I. (4 wyd. 1888) 15 n., 22 n., Bekker, Besitz (1880) 317 n., 354 n., Piniński, Thatbestand des Sachbesitzerwerbes I. (1885) 2 n.

[3]) Porówn. Bekker, Aktionen II. (1873) 244 n., Klein, Sachbesitz u, Ersitzung (1891), który słusznie wskazuje na to, że rzymska nauka o posiadaniu była pod wpływem podziału rzeczy na res mancipi i res nec mancipi, co nie może być miarodajnem dla nowoczesnego prawa, Pernice, Labeo II. (2 wyd.) 1 (1895) str. 71 uw. 2.

[4]) Die Aktionen des römischen Privatrechtes. I., II. 1871, 1873.

[5]) M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. I. (1873), II., 1 (2 wyd. 1895), II. 2, 1 (2 wyd. 1900), III., 1 (1892).

[6]) Das Edictum perpetuum. 2 wyd. 1907.

[7]) Römische Processgesetze I., II., 1888, 1891.

rard'a[1]) i Mitteis'a[2]), nie zapominając o świetnych wywodach Iheringa[3]), choć ten ostatni nie należy do tego samego kierunku w traktowaniu prawa rzymskiego.

Naszem hasłem nie jest ani „Dzisiejsze prawo rzymskie" (Savigny), ani „Przez prawo rzymskie ponad prawo rzymskie" (Ihering) lecz: Obok prawa rzymskiego i przy nieustannem porównaniu z prawem rzymskiem nowoczesne prawo, a zatem też powszechna ustawa cywilna. W ten sposób nowoczesne prawo zyska przynależną mu samodzielną podstawę, prawo rzymskie zaś jest naszą busolą, naszym drogowskazem przy tłumaczeniu i rozwoju nowoczesnego prawa.

A teraz wróćmy do naszych kodyfikatorów powszechnej ustawy cywilnej. Na ogół możemy powiedzieć, że kodyfikatorowie, choć nie w całej świadomości naukowej, to jednakże wiedzeni trafnem poczuciem prawniczem, zajmują wobec prawa rzymskiego stanowisko, które w swych konsekwencyach prowadzi wprost do traktowania prawa rzymskiego, jakie sobie za zadanie wziął nakreślony powyżej kierunek naukowy. Kodyfikatorowie uwzględniają przedewszystkiem przewodnie myśli prawa rzymskiego, opierając się głównie na świetnych wywodach prawników z klasycznej epoki prawa rzymskiego. Znamiennem zaś dla stanowiska kodyfikatorów jest, że oni zawsze stosują krytykę wobec prawa rzymskiego[4]).

Mimo trafnego stanowiska podstawowego kodyfikatorów, potrzebne jednakże jest pogłębienie tego sta stanowiska, i to w dwojakim kierunku. Po pierwsze,

[1]) Manuel de droit romain. Paryż, 4 wyd. 1906, tłum. niem. 1908.

[2]) Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I., 1908.

[3]) Geist des römischen Rechts I., II., 1 (5 wyd. 1891, 1894), II., 2 (4 wyd. 1883), III., 1 (4 wyd. 1888), tłum. polskie p. t. Duch prawa rzymskiego.

[4]) Zob. powyżej.

kodyfikatorowie wprawdzie zaznaczają, że baczyć należy przedewszystkiem na przewodnie myśli prawa rzymskiego, ale przy wykonaniu tego trafnego programu trzymają się oni tylko wierzchnej warstwy tych przewodnich myśli prawa rzymskiego[1]), nie idąc w głębsze warstwy, nie badając szczegółów prawa rzymskiego. A jednakowoż przewodnie myśli prawa rzymskiego mogą być tylko zrozumiane, jeżeli zbadamy wszystkie szczegóły, bo dopiero wtedy mogą się jasno uwydatnić przewodnie myśli. Z tego wynika, że nie wolno nam zadowolnić się stwierdzeniem najogólniejszych zasad prawa rzymskiego, lecz dążyć należy do poznania całokształtu prawa rzymskiego, względnie poszczególnych jego instytucyj we wszyskich szczegółach. Po drugie, nie można dzisiaj godzić się na stanowisko, jakie przypisują kodyfikatorowie prawu rzymskiemu po skończonej kodyfikacyi prawa rzymskiego. O porównaniu poszczególnych zasad powszechn. ust. cyw. z prawem rzymskiem, co potrzebnem jest dla zachowania oryentacyi w prawie, oni nie chcą słyszeć, ponieważ to wywołałoby „zamieszanie“[2]). Takie stanowisko tłumaczy się przecenieniem kodyfikacyi, tak częstem u kodyfikatorów[3]). Zgoła fałszywem jest, jeżeli sądzi się, że wszystko to, co jest dobrem w prawie rzymskiem, od razu wyczerpać można, poczem już prawo rzymskie byłoby zbytecznem. Prawo klasyczne rzymskie przedstawia wspaniałą epokę w rozwoju prawa, opartą na blisko tysiącletniem, bo od najdawniejszych czasów do III. w. po Chr. sięgającem, nie-

[1]) To podnosi też Krainz 3 uw. 7, zaznaczając, że kodyfikatorowie uwzględniają tylko „elementarne pojęcia“, a nie całą „romanistyczną doktrynę“.

[2]) Zob. P. u. H. 37—39.

[3]) O Justynianie jest wiadomem, że kazał zniszczyć wszystkie dzieła prawnicze, poprzedzające jego kodyfikacyę, sądząc, że jego kodyfikacya powinna być alfą i omegą wszelkiej mądrości prawniczej. O przecenieniu kodyfikacyi przez kodyfikatorów z końca XVIII. i początku XIX. w. zob. też Dernburg, Preuss. Privatrecht I § 9.

przerwanem doświadczeniu prawniczem. Możemy nawet często odbiegać od zasad prawa rzymskiego, ale zapatrzenie się nieustanne na ten pomnikowy system prawa zawsze będzie dla nas z wielką korzyścią, jak dla malarza nie tracą nigdy na wartości arcydzieła minionych czasów. To też należy we wszystkich kwestyach poszczególnych porównawczo uwzględnić klasyczne prawo rzymskie, a tam, gdzie przewodnie myśli prawa rzymskiego przejęte zostały przez p. u. c., tam klasyczne prawo rzymskie służyć nam musi jako porównawczy środek tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej[1]). Oczywista, że cywilista austryacki musi się zadowolnić powołaniem się na rezultaty badań romanistyki i nie może się wdawać w rozstrząsanie kwestyj spornych, chyba, że to uczyni w osobnej rozprawie. Żadną miarą zaś nie wolno uważać nauki prawa rzymskiego tylko za encyklopedyę prawa, jeżeli nie chcemy dobrowolnie pozbywać się we wszystkich kwestyach poszczególnych busoli pewnej, jaką przedstawia prawo rzymskie.

2) Jako drugi przykład biorę pojęcie ciężaru realnego według p. u. c. Aby zrozumieć stanowisko p. u. c. w tej kwestyi, należy pamiętać, że pojęcie ciężaru realnego przebyło już szereg ewolucyj, kiedy kodyfikatorowie p. u. c. zaczęli się zajmywać tem pojęciem. Liczne odmienne zapatrywania na pojęcie ciężaru realnego[2]) dają się zatem poniekąd pogodzić, jeżeli my je stosować będziemy do odmien-

[1]) Tak czyni Schey, Obligationsverhältnisse des österreich. allg. Privatrechts I—III (1890—1907), zwłaszcza w dwóch pierwszych tomach. Bogaty materyał zawiera dzieło Pfaff u. Hofmann, Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzb. I. II. 1877 n.

[2]) Zob. Duncker, Reallasten (1837) 3 n., Heimbach, Reallasten w Weiske'go Rechtslexikon IX (1855) 31 n., Unger 558 n., Krainz 105 n., 760, Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts II, 2 (3 wyd. 1897) 49 n., Randa, Besitz § 24 uw. 37.

nych czasów w ewolucyi tego pojęcia. W najdawniejszym prawie niemieckiem pojęcie ciężaru realnego ma charakter rzeczowy, jeżeli uwzględnimy, że nie wolno brać tego ze stanowiska prawa rzymskiego[1]), oraz że chodzi tu nie o rzeczowe prawo lecz o rzeczowy obowiązek, wynikający ze stosunków zależności społeczno-politycznej[2]). Rozwój zaś pojęcia ciężaru realnego idzie w tym kierunku, że wobec rozluźnienia stosunków zależności społeczno-politycznych, kończącego się na zniesieniu wielkiej liczby ciężarów realnych w połowie XIX. wieku, charakter rzeczowy tego pojęcia coraz więcej blednie, i coraz więcej wysuwa się obligatoryjny charakter[3]). Rzeczowy charakter staje się tylko dodatkiem do obligatoryjnego charakteru pojęcia ciężaru realnego, skutkiem czego ta odrębnego rodzaju obligacya pod niejednym względem traktowaną jest jak prawa rzeczowe (zahipotekowanie, odpowiedzialność rzeczowa[4]). Przez

[1]) To należy zaznaczyć przeciw zdaniu Pitreich'a Reallasten im österr. Recht, Österreich. Allgem. Gerichtszeit. 1886 str. 366 uw. 11 n.

[2]) To należy zaznaczyć przeciw zdaniu Heusler'a, Institutionen des deutschen Privatrechts I (1885) 345, powołującego się na to, że uprawniony z ciężaru realnego nie ma „posiadania" (Gewere) na rzeczy obciążonej. Zresztą wybitny znawca prawa niem. wyraźnie zaznacza, że w najdawniejszem prawie niemieckiem należy wykluczyć z pojęcia ciężaru realnego wszystko, co ma charakter obligatoryjny. Porówn. jeszcze Stobbe-Lehmann, j. w. 43/44, 60, Pitreich, j. w. 365 uw. 2.

[3]) Zob. Gerber, System des deutschen Privatrechts (1. wyd. 1882) § 169 str. 453 uw. *, Stobbe-Lehmann, j. w. 42 44, 61 n., Pitreich, j. w. 367, Randa, j. w. § 24 uw. 3. str. 645 („Reallasten sind obligatorische, durch das Eigentum oder den Besitz des belasteten Grundstückes gegebene Verpflichtungen. Das Eigentum, beziehungsweise der Besitz des belasteten Grundstückes ist der obligatorische Verpflichtungsgrund zur Leistung der Verbindlichkeiten."), Pflüger, Archiv für zivilist. Praxis 81 (1893) 292 n. Dalszą literaturę w tej kwestyi podają Unger 559 uw. 19, Krainz 105 uw. 7.

[4]) Zob. też Krainz 106. Natomiast późniejsi wydawcy Pfaff i Ehrenzweig (107 uw. 13) kładą nacisk na ten

to jednakże pojęcie ciężaru realnego bynajmniej nie może być utożsamionem z pojęciem wierzytelności hipotecznie zabezpieczonej[1]); przeciwnie ciężar realny pozostaje osobnego rodzaju obligacyą o rzeczowym charakterze dodatkowym. Że ordynacya hipoteczna w kwestyi zahipotekowania traktuje ciężary realne jak wierzytelności hipotecznie zabezpieczone, niema nic do pojęcia ciężaru realnego; a również odrębność pojęcia ciężaru realnego nie może doznać uszczerbku przez to, że nowoczesne ustawy zaliczają czasami do ciężarów realnych (oczywiście w szerszem znaczeniu) także wierzytelności hipotecznie zabezpieczone[2]).

Co się zaś tyczy stanowiska kodyfikatorów p. u. c. wobec pojęcia ciężaru realnego, to powszechne ówczesne zapatrywanie pojmowało ciężar realny jako *servitus in faciendo*[3]). Takie było zapatrywanie według „powszechnego prawa", t. zn. zespolono zasady prawa rzymskiego i prawa niemieckiego, biorąc za podstawę prawo rzymskie, które modyfikowano przez prawo niemieckie. W ten sposób ciężary realne uchodziły za *servitutes iuris germanici*. Dla na-

---

dodatek rzeczowy i skutkiem tego zaliczają ciężary realne do praw rzeczowych. Rozwojowi prawa niemieckiego jednakże więcej odpowiada, jeżeli przyjmiemy, że dawne stosunki zależności społeczno-politycznej (pańszczyzna) zamieniły się w „obligacye", niż gdybyśmy je chcieli zamienić na „prawa rzeczowe". Że jednakże w tej osobnego rodzaju „obligacyi" pozostały znamiona o charakterze rzeczowym, przyznają także Pitreich, j. w. 367 uw. 18, Stobbe-Lehmann, j. w. 44 uw. 8, 9, Pflüger, j. w. („Die Reallast ist nach ihrem Inhalte obligatorisch, nach ihrem Rechtsschutz dinglich."). Jaki wpływ na ukształtowanie się pojęcia ciężaru realnego wywarło rozluźnienie średniowiecznych stosunków zależności społeczno-politycznych, wykazuje Pfersche, Österreich. Sachenrecht I (1893) 39 uw. 9.

[1]) Zob. Duncker, j. w. 6 n., Krainz 105 uw. 2.

[2]) Zob. Unger 354 n.

[3]) Zob. Duncker, j. w. 11 n., Heimbach, j. w. 31 uw. 13—15, Unger 558 uw. 15—18, Krainz 105 uw. 1, Stobbe-Lehmann, j. w. 50 uw. 5.

szych badań zaś jest ważną kwestya, czy kodyfikatorowie p. u. c. poszli drogą wskazaną przez ówczesną doktrynę, i za podstawę użyli ówczesne określenie pojęcia ciężaru realnego według prawa powszechnego, starając się ewentualnie je rozwinąć, lub czy w świadomości pochodzenia ciężaru realnego z prawa germańskiego, za podstawę użyli niemieckie prawo. Odpowiedź na to pytanie będzie odpowiedzią na zasadnicze pytanie, czy kodyfikatorowie za podstawę prawa brali „powszechne prawo niemieckie", starając się je dalej rozwinąć, lub czy oni rozróżniają dwa składniki powszechnego prawa niemieckiego t. zn. prawo rzymskie i prawo krajowe.

„Materyały" kodyfikacyjne zbadał należycie Pitreich[1]), na którego wywodach oprzeć się możemy. Kodeks Terezyański rozróżnia poszczególne rodzaje ciężaru realnego i osobno traktuje te poszczególne rodzaje. Te ciężary realne, które co do zewnętrznej formy najbardziej zbliżają się do „służebności", traktowane są jako prawdziwe i zwykłe służebności według zasad czystego prawa rzymskiego[2]). Na „powszechnem prawie niemieckiem" nie opierają się zatem tego rodzaju ciężary realne. Natomiast te ciężary realne, które kwalifikują się jako „renty"[3]), traktowane są jako obligacye, wynikające z „kontraktu czynszowego". A zatem i tego rodzaju ciężarów realnych nie opierano na powszechnem prawie niemieckiem, lecz na rozwinięciu prawa niemieckiego. To stanowisko zasadnicze kodyfikatorów porzuconem zostaje dopiero

[1]) j. w. 373 n.

[2]) Zwłaszcza ciężary realne wynikające z poddaństwa (pańszczyzny, dziesięciny, świadczenia urbaryalne), przyczem analogicznie do servitus oneris ferendi przyjęto, że ze służebności wynikać może obowiązek do świadczeń.

[3]) „Leistungen, die in einer regelmässig wiederkehrenden Geld- oder Naturalabgabe bestehen, auf rein privatrechtlichem Titel beruhen und nicht notwendig auf immerwährende Dauer berechnet sind."

w projekcie Martini'ego: ciężary realne podobne do służebności, nie są już pojmowane jako służebności z obowiązkiem do świadczeń, lecz przeniesione zostają do prawa publicznego; II. 9 § 37 wprawdzie podnosi, że tego rodzaju ciężary realne mogą powstać także z tytułu prywatnego, jednakże nie określa się cech tego rodzaju ciężarów realnych. Na tem samem stanowisku stoją kodeks galicyjski i powszechna ustawa cywilna[1]). Co do rent zaś, to projekt Martini'ego opuszcza zupełnie rozdział o „kontrakcie czynszowym", a niektóre postanowienia tego rozdziału umieszcza w rozmaitych miejscach systemu. Na tem samem stanowisku stoją kodeks galicyjski i powszechna ustawa cywilna, która tylko w § 530 daje do poznania, że ustawie „istnienie rent jest znanem"[2]). Możemy zatem o stanowisku ostatecznem powszechnej ustawy cywilnej (§ 530) powiedzieć to samo, co w naszej kwestyi powiedzieliśmy o kodeksie Terezyańskim: na „powszechnem prawie niemieckiem" nie opiera się pojęcie ciężaru realnego; raczej wyrasta ono z faktycznych krajowych stosunków, ulegając rozwojowi na podstawie późniejszego ustawodawstwa społeczno-politycznego[3]).

Skoro zaś kodyfikatorowie p. u. c. przy określeniu szeregu instytucyj prawnych, jak n. p. ciężaru realnego, opierają się na krajowych prawach, a nie na „powszechnem prawie niemieckiem", to musi się nasunąć za-

[1]) Pitreich, j. w. 334. Warto zaznaczyć, że i prawo rzymskie wykazuje epokę, gdzie uznane były ciężary realne o publicznym charakterze. Zob. Pernice, Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte, Parerga II (Zeitschr. d. Sav. St. V 6 n.). Czy czasem prawo rzymskie też nie znało kiedyś prywatnych ciężarów realnych, choć wiadomości o tem nas nie doszły?

[2]) Pitreich, j. w. 374.

[3]) Porówn. też Pitreich, j. w. 374, 375.

sadnicze pytanie, jakie stanowisko zajmują krajowe prawa w powszechnej ustawie cywilnej. Stwierdziliśmy powyżej[1]), że kodyfikatorowie wobec krajowych praw zajmują to samo stanowisko, co wobec prawa rzymskiego. Z tego wynika w dalszej konsekwencyi, **że także krajowe prawa są porównawczym środkiem tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej**[2]). Oczywiście odnosi się to tylko do krajowych praw przed powszechną ustawą cywilną obowiązujących; albowiem z chwilą mocy obowiązującej powszechnej ustawy cywilnej, rozpoczyna się jednolity rozwój wszystkich instytucyj prawnych, czy one są rzymskiego, czy też krajowego pochodzenia. Ale aby zrozumieć podstawy instytucyj prawnych, które wszakże leżą wstecz po za p. u. c., służyć muszą klasyczne prawo rzymskie i krajowe prawa jako porównawczy środek tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej.

Ogólny nasz rezultat co do stanowiska prawa rzymskiego w powszechnej ustawie cywilnej jest zatem następujący. „Powszechne prawo niemieckie“ w swej całości nie ma żadnego znaczenia dla p. u. c.[3]). Natomiast znaczenie mają już jako nowoczesne prawo te prawnicze myśli, które na podstawie krajowych praw lub nowoczesnych potrzeb społecznych i gospodarczych występują w powszechnem prawie niemieckiem jako „modyfikacye“

[1]) str. 159 (673).

[2]) Porówn. też Krainz 12. 13.

[3]) Przeciw uwzględnieniu powszechnego prawa niemieckiego w cywilistyce austryackiej występują stanowczo Zoll (starszy), O wykładach prawa rzymskiego i obowiązującego prawa cywilnego w uniwersytetach austryackich, Pamiętnik krak. wydz. prawa 1872, oraz O naukowem stanowisku prawa rzymskiego po zaprowadzeniu powszechnego kodeksu w Niemczech, Czasopismo prawnicze I (1899), oraz Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego I (2 wyd. 1906), przedmowa, A. Ehrenzweig, Leopold Pfaff, Jurist. Blätter 1910 nr. 14 str. 158.

czystego prawa rzymskiego[1]): one też muszą służyć razem z krajowemi prawami za porównawczy środek tłumaczenia powszechnej ustawy cywilnej. O ile zaś p. u. c. przejęła przewodnie myśli prawa rzymskiego, klasyczne prawo rzymskie jest porównawczym środkiem tłumaczenia p. u. c.

Taki rezultat wynika ze stanowiska kodyfikatorów powszechnej ustawy wobec prawa rzymskiego, a rezultat ten odpowiada jeszcze dzisiejszemu naszemu zapatrywaniu naukowemu[2]), o ile stoimy na stanowisku kierunku naukowego, który za zadanie bierze sobie zbadanie klasycznego prawa rzymskiego. Ale stanowisko kodyfikatorów potrzebuje pogłębienia, nie tylko co do prawa rzymskiego, ale też co do praw krajowych. Systematyczne badania praw krajowych przyczyniły się już należycie do tego pogłębienia. Z tego wynikać musi też głębsze pojmowanie pojęcia prawa, niż je mieli kodyfikatorowie. Rozum, jako decydujący czynnik przy tworzeniu się prawa, nie wystarcza, gdyż prawo przy tworzeniu się, krępowane jest faktycznymi stosunkami społecznymi i gospodarczymi[3]). Prawo jest wyrazem społecznych i gospodarczych stosunków, których uregulowanie drogą prawa powinno jednakże dążyć do pewnego „ideału" sprawiedliwości[4]); to dążenie do najodpowiedniejszego uregulowania stosunków znajduje już wyraz u kodyfikatorów, jednakże sądzili oni, że wystarczy określe-

[1]) Na tych nowoczesnych myślach prawniczych, mieszczących się w powszechnem prawie niemieckiem, opiera się piękna rozprawa L. Pfaff'a, Die Klausel: Rebus sic stantibus, Festschrift f. Unger 1898.

[2]) Zob. też P. u. H. 46 uw. 251.

[3]) Zob. też Unger 4, Scialoja, L'arbitrio del legislatore w czasopiśmie „Scientia" VII (Bologna 1910) 133 n. Znakomitą krytykę apryorystycznego pojmowania prawa, jako prawa natury, daje Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie (1892) 18 n., 25 n., 63 n., 109 n., 122 n. Porówn. też Makarewicz, Einleitung in die Philosophie des Strafrechts (1906) 1 n

[4]) To słusznie zaznacza Makarewicz, j. w. 13 n.

nie odpowiednie zasad prawnych drogą „rozumu", przezco oni nie zawsze potrafili ocenić należycie indywidualnych stosunków. Możemy powiedzieć: Prawo jest co do swej treści etyczną równowagą w społecznych i gospodarczych stosunkach ludzi[1]). Pamiętać zaś należy przedewszystkiem o tem, że prawo ma „pośredniczącą rolę" w stosunkach ludzkich, jak to trafnie już zaznaczył Arystoteles[2]). Kardynalnym błędem teoryi Iheringa jest, że ona utożsamia prawo z stosunkami gospodarczymi i uważa za istotę prawa te czynniki, które w stosunkach gospodarczych, gdzie niewątpliwie decyduje siła mocniejszego, dane prawo wytworzyły. Te czynniki zaś mogą być chyba wskaźnikami dla oceny jakości i charakteru danego prawa, ale nie określają istoty wewnętrznej prawa t. zn. tej roli, jaką prawo odgrywa w życiu społecznem ludzi. To też powstaje dzisiaj coraz silniejsza jawna opozycya przeciw określeniu prawa przez Iheringa („prawem jest siła")[3]), przyczem zauważyć należy wobec dyletanckich autorów, że definicya Iheringa przez naukę nigdy przyjętą nie została[4]); nie zwalczano jej otwarcie i skutkiem tego ona zbyt skwapliwie się przyjęła u bezkrytycznych publicystów i prowincyonalnych „polityków"[5]).

[1]) Porówn. też Loening, Wesen u. Wurzel des Rechts (1907) 21: Das Recht ist „die Harmonie des socialen Lebens". W dalszych wywodach przychyla się jednakże Loening do tego najnowszego kierunku, mojem zdaniem tylko w małej części uzasadnionego, który uważa prawo wyłącznie za rzecz „uczucia" (A. Sturm, zob. powyżej str. 186 (700) uw. 2).

[2]) Etyka Nikomachijska V § 6.

[3]) Porówn. Wahlberg, Der Kampf ums Recht 1872 (Gesammelte Schriften I 1875 str. 220 n.), Friedrich Frh. v. Wieser, Recht u. Macht 1910, przedmowa str. V, tekst str. 33 n., 61, 74, 82 n., także Loening, j. w. 10 n.

[4]) Niema ani jednego naukowego podręcznika w literaturze światowej, który byłby przyjął określenie pojęcia prawa, jak je podaje Ihering.

[5]) Co do kwestyi, czy prawo pojęte jako „równowaga", a zatem jako wielkość stosunkowa, może uchodzić za „rzeczy-

Ze stanowiska kodyfikatorów powszechnej ustawy cywilnej po jego pogłębieniu, wynika bardzo ważna konsekwencya, o której wspomnieć należy, a mianowicie: korektura zapatrywań szkoły historycznej. O obszernej krytyce szkoły historycznej mowy być nie może w tem miejscu[1]). Szkoła historyczna przyjmuje, że prawo rozwija się w czasowem następstwie. Co w rozwoju dziejowem według następstwa czasów wytworzyło się jako prawo, to jest ostatnim wyrazem obowiązującego prawa, i to powinno służyć za podstawę do dalszego rozwoju. Stąd nowoczesne prawo, w nieprzerwanym rozwoju od rzymskich czasów począwszy, jest „dzisiejszem prawem rzymskiem". Z tego punktu widzenia zapatruje się też szkoła historyczna na arcydoniosłe zagadnienie o recepcyi prawa rzymskiego. Tylko kilka zdań w tej kwestyi tutaj wypowiedzieć należy. Najtrafniejsze określenie tego kulturalnego zjawiska podaje w krótkich zdaniach Heinrich Brunner[2]); obrazy szczegółów zawiera doskonałe dzieło Adolfa Stölzel'a[3]);

wistość", warto zwrócić uwagę na przepiękne studyum o platońskich „ideach", pojętych również jako wielkości stosunkowe, przez L. Robin, La théorie platonicienne des idées et des nombres d'après Aristote. Paryż 1908 (zob. zwłaszcza str. 13 n., 30 n.)

[1]) Zob. Ihering, Geist d. röm. R. I. (5. wyd.) 3 n., A. Menger, Das bürgerl. R. u. die besitzlosen Volksklassen (1890) 12 n., Klein, Sachbesitz (1891) 2 n., Bülow, Heitere u. ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft (2. wyd. 1901) 56 n., Zoll, Austryackie prawo prywatne I (2. wyd. 1900) 19, 20, 26 n., 31, 32 (krótkie, doskonałe wywody), K. Wieland. Historische u. kritische Methode in der Rechtswissenschaft 1909 (mowa rektorska w Bazylei, według sprawozdania w Zentralbl. f. Rechtsw.) Porówn. też Windscheid-Kipp, Pandekten I (8 wyd.) § 10 uw. 4a i Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie (1892) 481 uw. 2.

[2]) Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (3 wyd. 1908) § 61.

[3]) Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien I. II 1872 (zob. zwłaszcza I 24 n., 36 n., 138 n.), oraz Die Entstehung der gelehrten Rechtssprechung I. II. 1901. 1910 (zwłaszcza II. 9, 15, 26 n.).

punkta sporne przedstawia najściślej Regelsberger[1]). Otóż wpływ prawa rzymskiego na prawa innych europejskich narodów rozpoczyna się już z chwilą zetknięcia się kultury rzymskiej z kulturą tych północnych narodów[2]). Rzymskie zasady prawne przejawiają się w Niemczech już w V. wieku[3]). Wpływ prawa rzymskiego wzmaga się potężnie od czasów glosatorów począwszy. W sądownictwie i nauce prawa *Corpus iuris civilis* staje się podstawą. Nauka prawa, ale też tylko nauka[4]), zaczyna przyjmować recepcyę prawa rzymskiego *in complexu*, t. zn. o ile nie dają się wykazać zwyczajowe lub ustawowe prawa krajowe, o tyle obowiązuje *Corpus iuris civilis*, ale w tłumaczeniu glosatorów i ich następców. W ten sposób starano się unikać chaosu, jaki przedstawiały ówczesne niezliczone prawa lokalne[5]); i glosatorowie oraz ich następcy spełnili wielkie zadanie[6]). Ale w praktyce prawo rzymskie nie zlało się nierozdzielnie z prawami krajowemi. W praktyce rozróżniano prawo krajowe i prawo rzymskie. Należy zatem powiedzieć, że miała miejsce tylko recepcya poszczególnych, choć licznych zasad prawa rzymskiego, a nie recepcya *in complexu*[7]). Nie prawa krajowe zmieniły prawo rzymskie, stając

[1]) Pandekten I. § 1.

[2]) Zob. Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten I—III 1899—1907 (w Gierke'go Untersuchungen zur deutsch. Staats- u. Rechtsgeschichte), zwłaszcza I. 15 n., 56 n., III. 356 n., Regelsberger, j. w. § 1. uw. 1.

[3]) Litten, j. w. 41.

[4]) To uznaje też Litten, j. w. 17. Przeciw temu Regelsberger, j. w. § 1. uw. 5.

[5]) Zob. Below, Die Ursachen der Reception des röm. Rechts (1905) 163 n.

[6]) Zob. Brugi, La riabilitazioni dei giuriconsulti Accursiani. Studi Senesi XXII (Torino 1905).

[7]) To również uznaje Litten, j. w. 17/18. Za recepcyą in complexu oświadcza się Regelsberger, j. w. § 1. uw. 26 n. Obawy wyrażone przez Windscheid'a-Kipp'a, j. w. I. § 10. str. 50 dzisiaj są płonne, gdyż wszędzie istnieją kodyfikacye krajowe.

się tylko modyfikacyą prawa rzymskiego, lecz odwrotnie prawo rzymskie zmieniło liczne zasady praw krajowych; nie prawo rzymskie stało się podstawą życia prawnego, lecz podstawą pozostały prawa krajowe[1]). Nie można zatem powiedzieć, jakoby nowoczesne prawo było dalszym ciągiem prawa rzymskiego. Trafnie zaznacza dzisiejsza socyologia, że ewolucya następuje nie w prostej linii, lecz w kształcie spiralnym (z postępem i cofaniem się)[2]). Niewątpliwie czasowe następstwo (tradycya) odgrywa wielką rolę w ewolucyi prawa. Ale należy rozróżnić pomiędzy świadomą a nieświadomą tradycyą. Stąd trafniej nasi kodyfikatorowie mówią o doświadczeniu[3]), gdyż z tem pojęciem łączy się krytyka. A zatem tradycya (czasowe następstwo) nie jest jedynym czynnikiem w ewolucyi. Należy stwierdzić nie tylko czasowy, lecz też rzeczowy związek w ewolucyi[4]). A pod tym względem niewątpliwie naśladownictwo odgrywa wielką rolę[5]). Należy rozróżnić pomiędzy świadomem, a nieświadomem naśladownictwem. Świadome naśladownictwo postępuje krytycznie, i przyjmuje tylko to, co jest odpowiedniem[6]). Zwłaszcza tam, gdzie chodzi o wpływ jednego prawa na prawo drugie, naśla-

[1]) Porówn. też Regelsberger, j. w. § 1. uw. 25.

[2]) Zob. Worms, Philosophie des sciences morales I. (1903) 149 n., III. (1907) 241 n., A. Sturm, Psychologische Grundlage des Rechts (1910) 39 n.

[3]) Zob. powyżej str. 152 n. (666). Doświadczenie uważa za najważniejszy czynnik w teoryi poznania Ostwald, Vorlesungen über Naturphilosophie (1902) 7 n.

[4]) Ostwald, j. w. 295: „Zwischen Ursache und Wirkung besteht nicht bloss eine zeitliche, sondern auch eine sachliche Beziehung".

[5]) Zob. G. Tarde, Les lois de l'imitation (1890) 158 n., 317, oraz: Les lois sociales (5. wyd. 1907) 31, 35 n., 50 n. Wielką wagę do naśladownictwa jako czynnika w ewolucyi przywiązuje też Scialoja, L'arbitrio del legislatore. w czasopiśmie „Scientia" VII (Bologna 1910) 136 n.

[6]) Klasycznym przykładem świadomego naśladownictwa są edicta tralaticia rzymskich pretorów.

downictwo odgrywa ważną rolę jako czynnik ewolucyi[1]). Poprzednie stwierdzenie czasowego następstwa jest jednakże niezbędnem; albowiem nie może być mowy o stwierdzeniu rzeczowego związku pomiędzy przeszłością a teraźniejszością, dopóki stwierdzony nie jest związek czasowy. Zapatrywanie szkoły historycznej stanowi zatem niezbędny punkt przejściowy przy stwierdzeniu ewolucyi. Ale stwierdzenie następstwa czasowego nie wystarcza. W ewolucyi prawa należy odszukać przewodnie myśli ewolucyi, a prócz tego te przewodnie myśli należy ocenić krytycznie[2]).

[1]) Porówn. R. M. Meyer, Kriterien der Aneignung, w Neues Jahrb. f. d. klass. Altertum XVII 1906 (odb. str. 18, 32 n.).

[2]) Zob. pow. str. 191 n. (705 n.). Porówn. też Makarewicz, Einleitung in die Philosophie des Strafrechts (1906) 13 n., który słusznie domaga się też filozoficznego traktowania prawa, w czem mieści się oczywiście krytyka. Zaznaczyć wypada, że austryacka cywilistyka w przeciwieństwie do niemieckiej cywilistyki energicznie domaga się historyczno-filozoficznej metody w traktowaniu prawa. Zob. Unger, przedmowa str IV, str. 647/648, Krainz 1 n., Zoll, Austryackie prawo prywatne I (2 wyd. 1909) przedmowa str. V, str. 31 n. Słabą stroną tego stanowiska cywilistyki austryackiej jest, że ona nie potrafiła ściśle sformułować, na czem ma polegać to „filozoficzne“ traktowanie. To zaś uzupełnia nasz postulat „krytyki“, który schodzi się z postulatem dążenia do „ideału w prawie“. Od Stammler'a (Lehre v. richtigen Recht 1902) różnimy się tem, że Stammler do krytyki lub ideału w prawie przykłada apryorystyczną miarę (porówn. Bergbohm j. w. 141 uw. 15), kiedy my stoimy na stanowisku realnych danych stosunków. Warto zaznaczyć, że Stammler'a stanowisko dałoby się utrzymać, gdyby jego apryorystyczną miarę ograniczono do nielicznego szeregu zasad etycznych, jako wyrazu najwyższej etyki, na którą ludzkość dotychczas zdobyła się. Ten nieliczny szereg zasad etycznych byłby do zasad pozytywnego prawa w tym samym stosunku, co u kanonistów ius divinum do ius ecclesiasticum. Zob. Łyskowski w ankiecie Przeglądu powszechnego 1906 str. 188. Obszerniej tutaj rozpisywać się nie mogę. W rezultacie to, co Stammler nazywa „richtiges Recht“, może być tylko środkiem tłómaczenia obowiązującego prawa. Bo jeżeli Stammler, Wesen

W końcu niniejszych wywodów o stanowisku prawa rzymskiego w powszechnej ustawie cywilnej, należy jeszcze odeprzeć jeden poważny głos, który podniósł przeciwko prawu rzymskiemu w całości wybitny autor Max Burckhard [1]). Wywodzi on, że trzy obce czynniki dostały się do soków życiowych germańskich narodów: chrześcijaństwo, grecka sztuka i rzymskie prawo, na razie prawo rzymskich cesarzów, a w dalszym ciągu prawo rzymskich papieży. Autor zaś tak ciągnie dalej: „Rzymskie prawo nie było zbawiennem dla germańskich narodów, które je przyjęły; przeciwnie recepcya prawa rzymskiego była największem nieszczęściem, jakie kiedykolwiek spotkało germańskie szczepy“ (str. 6). „Niemcy mieli prawo, które wyrosło z potrzeb narodu i odpowiadało

des Rechts und der Rechtswissenschaft w Kultur der Gegenwart II, 8 (1906) str. XLIII mówi: „Das richtige Recht ist ein besonders geartetes wirkliches Recht. Es sind diejenigen rechtlichen Sätze, welche die formale Eigenschaft der „Richtigkeit“ besitzen. Diese Qualität kommt einer einzelnen rechtlichen Norm dann zu, wenn deren bedingter Inhalt dem allgemeinen Gedanken der menschlichen Gemeinschaft — dem ‚socialen Ideal‘ entspricht“, to z drugiej strony zaznacza (str. LVIII), że sędzia musi się jednakże trzymać pozytywnego prawa, chociażby ono nie odpowiadało ‚ideałowi‘. A zatem tylko w granicach obowiązującego prawa, i drogą tłumaczenia, sędzia może dążyć do ‚ideału‘. To zatem nie jest jakiemś „odrębnem prawem“, lecz tylko metodą traktowania prawa; sędzia ma się starać, aby wyrok jego nie tylko był zgodnym z ustawą, lecz także, aby był ‚sprawiedliwym‘. Na tem polega ‚sztuka‘ prawa i zastosowania prawa. Zob. o tem Ihering, Geist d. röm. R. III (4 wyd.) 3 n., Bekker, Scherz u. Ernst über unsere Wissenschaft (1892) 76 n., oraz Grundbegriffe des Rechts I (1910) 194 n., Zitelmann, Die Jurisprudenz als Kunst, Jurist. Blätter 1904 str. 123 n.

[1]) Der Richter, w czasopiśmie „Das Recht“ IV (Berlin 1909). Zarzuty skierowane w najnowszej francuskiej i włoskiej literaturze przeciw prawu rzymskiemu, ze stanowiska nowoczesnych potrzeb społecznych i gospodarczych, odpiera Zocco-Rosa, Il diritto romano di fronte alle odierne idealità giuridico-sociali (Istituto di storia del diritto romano. Università Catania 1911) str. 7 n.

też cechom i charakterowi tego narodu — rzymskie prawo zaś było prawem, które wyrosło z zupełnie odmiennych stosunków i z zupełnie różnego ducha obcego narodu.“ Mniejszej wagi jest, czy swego czasu nauka wybrała trafną drogę przyjmując recepcyę prawa rzymskiego *in complexu* [1]); decydującem jest zapytanie, czy przejęcie licznych zasad prawa rzymskiego do nowoczesnych praw zbawiennem było dla ostatnich lub nie. Należy się oświadczyć za pierwszą alternatywą. Burckhard nie uwzględnia, że natura ludzka wspólną jest osobnikom wszystkich narodów i że zatem istnieją wytwory kulturalne, które zachodzą u wszystkich narodów. Z chwilą zetknięcia się świata nowoczesnego z starożytnością, musiał koniecznością rzeczy nastąpić wpływ kultury starożytnej na narody nowoczesne. Przez taki wpływ rodzima kultura bynajmniej zniszczoną nie została, lecz tylko przyspieszoną w swym rozwoju i skierowaną na właściwą drogę kultury wszechludzkiej [2]). Także kultura rzymska, a nie najmniej prawo rzymskie uległy wpływowi ze strony starszych narodów kulturalnych. Wystarczy wskazać na *ius gentium* i na wpływ greckiego i egipskiego prawa. Jeżeli pójdziemy za zdaniem Burckharda, to prawie zwątpić należy o istnieniu cywilizacyi wszechludzkiej; a jednakże istnienie cywilizacyi wszechludzkiej stwierdzonem jest przez nieprzerwany rozwój cywilizacyi poprzez granice poszczególnych narodów, na co także dzisiaj własnemi możemy patrzeć oczyma. Nad tą cywilizacyą wszechludzką, która stanowi poniekąd punkt zborny dążeń kulturalnych poszczególnych narodów, nie wolno przejść do porządku dzien-

[1]) Zob. powyżej str. 205 (719).

[2]) Porówn. Brunner, Grundzüge d. deutschen Rechtsgeschichte § 61 str. 249: „Die Tatsache der Rezeption [prawa rzymskiego] an sich ist nicht anzufechten. Sie bedarf keiner Verteidigung, wenn man von der Ansicht ausgeht, dass aller Kulturfortschritt der Menschheit die Aufnahme und innerliche Verarbeitung vorhergegangener Kultur zur Voraussetzung hat“.

nego. Jakiego rozwoju byłyby doczekały się germańskie prawa, gdyby nie był nastąpił wpływ prawa rzymskiego, o to nie warto toczyć sporu. Ale zbyt pięknych marzeń nie wolno mieć pod tym względem, bo stosunki prawne w Islandyi nie uzasadniają zbyt różowych nadziei. Upadek Polski tłumaczy się nie w najmniejszej części zaniechaniem recepcyi prawa rzymskiego, która byłaby wzmocniła władzę królewską i przez to koniec położyła anarchii; daremnie w XVI. wieku starał się o przeprowadzenie recepcyi prawa rzymskiego wileński i krakowski profesor Piotr Royzius, hiszpan rodem, a przyjaciel Antoniego Augustyna, ucznia wielkiego Alcyata. Jeżeli zaś Burckhard utrzymuje (str. 6), że prawo rzymskie rozwinęło się w ten sposób, „iż naród rzymski pozornie trzymał się stałych zasad i form, jednakże w rzeczywistości je łamał drogą systemu przypuszczeń, fikcyj, a zatem drogą kłamstw; i że jeszcze rozwinięte prawo klasycznych czasów zachowało cechy tego dziwnego sposobu rozwoju: ono było i pozostało prawem ‚kręctactw'", to wybitnemu uczonemu nie można oszczędzić zarzutu przesady. Czy nieliczne *actiones ficticiae* oraz nieczęste wypadki aktów obrazowych (n p. trzykrotna mancypacya jako forma emancypacyi i t. p.) stanowią o istotnej wartości rzymskiego prawa? A jeżeli dalej Burckhard (str. 47) studyum prawa rzymskiego uważa za zbyteczne, „ponieważ ono niszczy naturalne poczucie sprawiedliwości, ono wstrzymuje i przerywa bieg zdrowego uczucia prawnego, ono jest powodem, że nasi sędziowie nie umieją pogodzić prawa z poczuciem ludu", to na to należy odpowiedzieć co następuje: Każdy sędzia winien mieć zdrowe poczucie sprawiedliwości i niem się kierować; ale to poczucie sprawiedliwości nie zawsze sędziemu da wystarczającą odpowiedź. Tylko w prymitywnych stosunkach poczucie sprawiedliwości może wystarczyć. Jak nowoczesne różnolite stosunki społeczne i gospodarcze nie są wytworem kultury jednego narodu, lecz kultury wszech-

ludzkiej w dziejowym rozwoju tysięcy lat, tak też prawo nowoczesne, jako wyraz tych stosunków społecznych i gospodarczych, jest „naturalnym wytworem“ [1]), jest „zjawiskiem kulturalnem“ [2]), nie jednego narodu, lecz całej ludzkości, choć zachodzą poszczególne różnice u poszczególnych narodów. Kultura ludzka zaś nie jest od wczoraj i nie zaczyna się od jednego narodu. Zaczątki kultury ludzkiej leżą w niepamiętnej przeszłości, a tamże też leżą zaczątki prawa. Porównawcza nauka prawa i etnologia prawa dają nam już dosyć dokładny obraz o rozwoju prawa po przez narody i wieki [3]). Jak zaś wygląda sądownictwo, opierające się li tylko na „poczuciu sprawiedliwości“, na to daje nam często niewesołe przykłady sądownictwo ławnicze w średnich wiekach [4]). Ba, nawet w najnowszych czasach, w Szwajcaryi, sądownictwo ławnicze i jego „zdrowe poczucie sprawiedliwości“ doprowadziło do wprowadzenia uczonych sądów i do recepcyi licznych zasad prawa rzymskiego [5]). Żaden romanista nie uważa rzymskich zasad za nienaruszalne *Noli me tangere*, i gdzie na jaw wychodzą nowoczesne zasady prawa, które mają istotną wartość, każdy romanista z radością im przyklaśnie. Ale chcieć wszystkie przewodnie myśli prawa rzymskiego usunąć z nowoczesnego prawa, to równałoby się częściowemu zniszczeniu dziejowej podstawy prawa nowoczesnego i sprowadziłoby czasy, o których Unger [6]) tak trafnie mówi: „że wobec teraźniejszości zapominają one o przeszłości i przyszłości“.

[1]) Bekker, Grundbegriffe des Rechts I (1910) 13.

[2]) Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung 1885, oraz Recht, Glaube u. Sitte w Grünhut'a Zeitschrift XIX (1892) 561 n.

[3]) Zob. Kohler, Das Recht als Lebenselement der Völker 1887.

[4]) Zob. Stölzel, Entstehung des gelehrten Richtertums I 40, 138, 235 n., 605, 606.

[5]) Zob. Koschembahr-Łyskowski, Zur Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts (odczyt). Bazylea 1899.

[6]) 636.

TEORYA KOD. CYW. O TYTULE I SPOSOBIE NABYCIA

PRZEZ

PROF. DR. ERNESTA TILLA

728

I.

Kodeks cywilny przyjął dawną naukę o konieczności tytułu i sposobu nabycia przy nabywaniu praw ściśle rzeczowych w czasie, kiedy nauka ta w Niemczech już się chwiać poczęła i narażona była na silne ataki ze strony powstającej wówczas tamże szkoły historycznej. Krótki stosunkowo czas wystarczył, ażeby tę naukę, która przez długie wieki nieograniczonem niemal cieszyła się panowaniem, przywieść do upadku. Odtąd weszło w zwyczaj, że jeśli w ogóle o tej nauce mówiono, czyniono to zawsze, dodając epiteton, który ją charakteryzował jako całkowicie nieuzasadnioną. Już w r. 1821. Seuffert określił ją jako taką, która powinna być zapomnianą, gdyż brak jej wszelkiej podstawy; Sintenis wskazał nauce tej, jako pewnego rodzaju curiosum, miejsce w uwagach poniżej tekstu; Schiffner nie wahał się nazwać jej osławioną („berüchtigt"), a Franciszek Hofmann w znanej rozprawie „Ueber titulus u. modus acquirendi" 1872 scharakteryzował ją jako mieszaninę twierdzeń, które się same rozumieją i takich, które są nieprawdziwe, powstałą z wyobrażeń na pół prawdziwych i reminiscencyj niezrozumianych, na co Czyhlarz w recenzyi tejże rozprawy (Grünhut I. 432) zauważył, że Hofmann tej teoryi jeszcze za wiele wyświadczył zaszczytu. Randa (Eig. § 10.) prawi o bezzasadności i przewrotności tej teoryi, a nawet Strohal, który w wykładzie swoim „Die Gültigkeit d. Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung" silnie

wystąpił przeciw temu, aby przeniesienie własności uczyniono niezależnem od t. zw. interesu kauzalnego, potępia tę teoryę, o ile ona rozciąganą bywa do wszystkich, a zatem także i pierwotnych sposobów nabycia własności, i sądzi, że w tej „przesadnej“ rozciągłości teoretycznie nie da się utrzymać a praktycznie pozbawiona jest doniosłości.

Powołana powyżej rozprawa Hofmanna, w której ze ścisłością bibliograficzną zestawione są zapatrywania uczonych prawników kilku stuleci, uwalnia mię od potrzeby badania początków i rozwoju tej tak silnie zwalczanej teoryi. Czy zechcemy, idąc za Hofmannem poszukiwać jej początków w wieku 16., czy też za Czyhlarzem przypisywać jej powstanie jakiemuś jeszcze dawniejszemu niezrozumieniu źródeł rzymskich, — dziwnem wydać się musi, że teorya tak błędna, przez długie wieki mogła się ostać i — jak mówi Hofmann — „tkwić w powietrzu“, a między słynnymi prawnikami ówczesnymi nie znalazł się nikt, ktoby odkrył jej bezpodstawność, — co więcej, że dwie kodyfikacye uznane za znakomite, t. j. pruski Landrecht i austr. kod. cyw. przyswoiły sobie tę teoryę bez zastrzeżeń i ją przeprowadziły, a dopiero szkole historycznej przypadła zasługa odkrycia błędu. Charakterystycznym objawem jest, że wystarczyło kilka drobnych rozprawek Schoemanna, Thibauta i Hugona do obalenia dogmatu, przez tak długie lata wyłącznie w nauce panującego, i wykazania jego zupełnej bezpodstawności, tem bardziej, że owe pierwsze ataki wcale nie zwracały się przeciw przedmiotowemu jej uzasadnieniu, lecz tylko przeciw twierdzeniu, jakoby dogmat ten miał swój początek w prawie rzymskiem, a nawet w części przeciw terminologicznemu jego sformułowaniu — i nie zwalczały teoryi tej w całości lecz tylko o tyle, o ile ją zastosowywano do pierwotnych sposobów nabycia własności. Na razie wówczas przyznawano jej nawet, pod nazwą justa causa traditionis, racyę bytu przy przejściach własności,

a dopiero wywodom Savignego powiodło się pozbawić ową justa causa przedmiotowej jej treści i wyłączny nacisk zwrócić na abstrakcyjną wolę przeniesienia własności, objawiającą się w tradycyi.

Ewolucya zapatrywań, jaka pod wpływem szkoły historycznej odbyła się w nauce niemieckiej, przez długi czas po publikacyi kod. cyw. austr., nie wywierała żadnego wpływu na prawników austryackich. Jakkolwiek kodyfikacya austr. powstała pod wpływem tych samych idei filozoficznych, które w wieku 18. w Niemczech wyłącznie opanowały umysły t. j. filozofii prawa natury, nauka pr. w Austryi przybrała zupełnie odmienny kierunek. Rządy ówczesne potrafiły bowiem odosobnić kraje do Austryi należące od reszty krajów europejskich do tego stopnia, że reakcya, jaką samorzutnie wznieciła w Niemczech szkoła historyczna przeciw teoryom prawa natury, przez dłuższy czas do krajów austryackich nie dotarła. Znamiennym jest fakt, że podczas obrad austr. komisyi prawodawczej o §§ 380, 424, 425 i t. d. kod. cyw., w których teorya o t. zw. titulus et modus acquirendi znalazła wyraz, ani jedno nie padło słówko, któreby wskazywało, że redaktorom znana była opozycya, która w Niemczech już wówczas powstawała przeciw tej teoryi. Tak się stało, że dawna nauka o tyt. i sp. nab. w Austryi spokojny wiodła żywot w czasie, gdy w Niemczech należała już do reminiscencyj historycznych.

Dopiero o wiele później, gdy wypadki r. 1848 zburzyły ową granicę biurokratyczną, doktryny szkoły historycznej znalazły przystęp do nauki austryackiego prawa i wówczas pierwszy Unger w dziele swojem podjął walkę także i z nauką o tit. i modus acq. W tej nauce rozbrat między teoryą z Niemiec przeszczepioną a praktyką, liczącą się z prawem pozytywnem, objawił się szczególnie silnie. Zapatrywania przeważające tak pod względem ilości jak i powagi autorów, którzy je wygłaszają (wymienimy tylko nazwiska — Ungera, Randy, Exnera), pomijają niemal w zupełności prze-

pisy kod. cywilnego, odmawiając im wszelkiego wewnętrznego uzasadnienia głównie z powodu, że odróżnienie tytułu i sposobu nabycia przy pierwotnem nabyciu jest niemożebne, przy pośredniem niepotrzebne.

Nie będzie więc zbytecznem zastanowienie się nad kwestyą, czy teorya ta, której uzasadnienie w prawie rzymskiem co do pośrednich sposobów nabycia do dziś jeszcze znajduje zwolenników, zasługuje, ażeby ją poczytywać za przesąd średniowieczny i, jeśli nie rzucać jej między stare niepotrzebne graty, to co najmniej przekazywać do muzeum archeologicznego i czy przecież na dnie tej teoryi nie tkwi choć odrobina prawdy życiowej?

II.

Aby na to pytanie odpowiedzieć, a nie przekroczyć rozmiarów, przeznaczonych dla niniejszej pogadanki, zmuszony jestem ograniczyć zadanie co do przedmiotu i zakresu badania. Pomijam więc najpierw teoryę, która odnosi naukę o „t. i m.“ do nabycia wszystkich praw, a więc także poza granicami prawa majątkowego, a nawet — za przewodem prawa kanonicznego — prawa prywatnego wogóle. Pominięcie to usprawiedliwia się już tem, że w tej, niejako uniwersalnej rozciągłości nauka ta nietylko nie znajduje oparcia w przepisach kod. cyw., lecz nawet obecnie, o ile wiadomo, nie ma zwolenników.

Lecz także i w tem ograniczeniu do praw ściśle rzeczowych nie bierzemy na uwagę nabycia takichże praw na nieruchomościach, gdyż liczne kwestye do nich się odnoszące utrudniłyby zadanie w wysokim stopniu. Z podobnych przyczyn mówić będę tylko o nabyciu praw ściśle rzeczowych na rzeczach zmysłowych, a w końcu ograniczę się przeważnie do kwestyi nabycia własności, gdyż ewentualny rezultat, do którego zdążę, da się zapomocą argumentu a majore ad minus z łatwością zastosować do nabycia t. zw.

ograniczonych praw ść. rzeczowych t. j. służebności i prawa zastawu.

Nie może być też mojem zadaniem śledzenie rozwoju idei o tyt. i pr. sposobie nabycia. Dawniejsi autorowie stawiali rzecz autorytatywnie (ob. cyt. u Hofmanna), stawiając a priori zasadę: do każdego nabycia potrzeba tytułu i prawnego sposobu nabycia. Dla naszego badania jest obojętnem, czy ci autorowie uważali twierdzenie to za uzasadnione w prawie rzymskiem, czy też w samej naturze rzeczy. Zależność wzajemną tych dwóch czynników nabycia stwierdzano w ten sposób, że utrzymywano: modus acq. polega na objęciu posiadania rzeczy, to objęcie zaś powoduje jedynie osiągnięcie faktycznej nad rzeczą władzy, — jest ono faktem czyli t. zw. causa acquisitionis proxima. Jeżeli to objęcie spowodować ma nabycie prawa ściśle rzeczowego, polegać musi na jakiejś ratio sufficiens, która nabycie usprawiedliwić zdoła, czyli da odpowiedź na pytanie: cur illo facto producto jus in re sit acquisitum?, a która więc tworzy causam remotam nabycia, czyli t. zw. titulus acquisitionis. Innemi słowy: przyczyną nabycia jest tylko objęcie władzy faktycznej, usprawiedliwione przez przyczynę prawną (causa) Gdzie więc chodzi o pośrednie nabycie, usprawiedliwienie to tkwi w akcie prawnym, zawartym z właścicielem poprzednim, czyli w umowie, bez względu na to, czy umowa taka wyprzedza objęcie, czy równocześnie z niem się odbywa czyli nawet dopiero po niem nastąpi; — gdzie zaś chodzi o nabycie pierwotne, tytuł polega na innych, przez prawo przedmiotowe przewidzianych okolicznościach.

Krótko i jasno kreśli to Daries, Instit. jurisprudentiae universalis (3. wyd. 1748 str. 240), słowami: In titulo est ratio sufficiens, cur ille, qui hoc vel illud commisit factum, jus in re quadam a se diversa sibi acquisiverit. Et ex modo acquirendi concipitur factum, quod ejusmodi jus fit acquisitum. Niema tu wymagania, iżby causa była koniecznie praecedens.

Że w tem określeniu niema wewnętrznego umotywowania zasady, a w szczególności że niema odpowiedzi na pytanie, dlaczego prawo ściśle rzeczowe nabywa się dopiero z osiągnięciem faktycznej nad rzeczą władzy a nie n. p. już z chwilą zawarcia umowy, — dowodzić nie potrzeba. Daremnem byłoby też poszukiwanie w dziełach ówczesnych filozofów prawa natury za umotywowaniem, które odpowiadałoby dzisiejszym naszym poglądom na prawo. Filozofia Kanta, która wywodzi naukę prawa z pierwotnego stanu naturalnego, ad hoc skonstruowanego w sposób transcendentalny a więc pomijający wszelkie doświadczenia życiowe, — również nie nadaje się do umotywowania w naszych oczach tego procederu, odbywającego się przy nabywaniu praw i nie można się dziwić, jeśli nasz nowoczesny zmysł praktyczny nie chce skłaniać się do uznawania konsekwencyj logicznych, wynikających z wymarzonego a priori stanu naturalnego lub, zamiast tych mglistych wyobrażeń communionis originariae czy też negativae, pragnie przyjąć realniejszy, uchwytniejszy punkt wyjścia historyczny, doświadczeniem stwierdzony. Wszak Kant sam wskazał już na to, że prawo własności może powstać i istnieć tylko w stanie społeczności, państwowo zorganizowanej (Metaphys. Anfangsg. 1798 str. 72). Wprawdzie uczniowie jego tego twierdzenia nie podzielali, utrzymując, że już w stanie natury własność jest możebną; dziś temu twierdzeniu Kanta prawdopodobnie nikt zaprzeczyć nie zechce.

Z pomiędzy zwolenników Kanta najbliższym jest nam Zeiller, który z zapatrywań mistrza wielokrotnie korzystał przy układaniu kod. cyw. — W swojem Nat. Privatr. (wyd. 3. 1817) upatruje on przyczynę prawną nabycia pierwotnego z jednej strony „w przeznaczeniu rzeczy, przez rozum wskazanem“, z drugiej strony w „pra-prawie“ osoby, z którego wszelkie prawa się wywodzą. Zachowując kierunek przez Kanta wskazany, obiera punkt wyjścia również ze stanu natury, t. j. abstrahując od wszelkich na nabycie skierowa-

nych czynności, stąd, że wszelkie rzeczy pierwotnie są niczyje, uznaje jednak zarazem prawo „istoty rozumnej“ do używania tych rzeczy nietylko do celów koniecznych lecz dowolnych, a więc do wyłącznych celów swoich, skąd dochodzi do wniosku, że przyczyną prawną nabycia subjektywnie jest owe prapra-wo, objektywnie zaś okoliczność, iż rzecz jest niczyją. Do nabycia „posiadania intelektualnego“ t. j. pr. własności rzeczy niczyjej, wymaga Zeiller oprócz wewnętrznej woli wyłącznego posiadania, także oświadczenia tejże woli, t. j. „czynności zewnętrznej, za pomocą której nabywca wchodzi w stosunek (t. j. położenie fizyczne), w pośród którego ma możność używania jej“. Żąda więc objęcia posiadania, „ponieważ wola wewnętrzna nie wystarczy, ażeby innym służyć za wytyczną (Richtmass) postępowania prawnego“.

Natomiast do nabycia pośredniego Zeiller nie wymaga objęcia posiadania, „ponieważ prawo rzeczowe może bardzo dobrze istnieć także bez posiadania zmysłowego“.

Objawienie woli wydaje się Zeillerowi przy pośredniem nabyciu z tego powodu zbędnem, że rzecz już poprzednio wyłączoną być musiała ze spólności (t. zw. communio originaria), a więc, „skoro strony umawiające się zgodzą się co do tego, jaka rzecz i o ile przeniesiona zostaje, niema potrzeby objawiania prawa wyłącznego przez posiadanie“. Oddanie w posiadanie uważa Zeiller jedynie za „zarządzony przez państwo środek lepszego zabezpieczenia i upewnienia obrotu“ (§ 109). Przeciwko Kantowi (str. 104), który wymaga i tu oddania i objęcia posiadania, powoływając się na to, że zanim to nastąpi, nabywca nie może z rzeczy czynić dowolnego użytku, Zeiller zauważa: „prawda, że nie może rzeczą rozrządzać fizycznie, ale prawnie może, tak samo jak właściciel, od swej rzeczy oddalony“. Przyznaje jednak Zeiller swoim „przeciwnikom“ (t. j. tym, którzy przemawiają za potrzebą

objęcia posiadania, że także i po zawarciu umowy „prawo promisaryusza na razie widocznem się staje tylko dla promitenta i tych, którzy ewentualnie przy umowie byli obecni, że więc prawo to prawnie wykonalne jest tylko przeciwko tymże, nie zaś przeciwko wszystkim innym, a więc nie jest jeszcze właściwie prawem rzeczowem; aby się ono takiem stało, koniecznem jest, ażeby przedmiot umowy, zupełnie (indywidualnie) określony, oznaczony został w sposób każdemu widoczny, a więc, ażeby w jakikolwiek sposób nabywcy został oddany.“ Tym dość zawikłanym wywodem, który widocznie ma na celu przedstawienie stopniowania prawa od czysto osobistego, przez jus ad rem, do jus in re, Zeiller, chociaż jak się wydaje niechętnie, przyjmuje, że objęcie w posiadanie konieczne jest do perfekcyonowania własności tak przy pierwotnem jak i przy pośredniem nabyciu, a to w tym celu, aby własność nabytą ujawnić na zewnątrz. Z uwag Zeillera zawartych w jego komentarzu (II. str. 136) zdaje się jednakże wynikać, że odczuwał on słabą stronę tego uzasadnienia. Przywoływa więc do pomocy kategorye możności i rzeczywistości. Nabycie — wedle niego — musi być prawnie możebnem, — nie może stawać w sprzeczności ani z prawami przyrody ani z ustawą. Tę prawną możność, czyli raczej zasadę, która nabycie usprawiedliwia, nazywa zasadą prawną czyli tytułem. Do rzeczywistego nabycia, przystąpić musi factum, zdarzenie, gdyż inaczej „pozostałby zawsze jeszcze stan pierwotny, w pośród którego wszystkie dobra zewnętrzne dla użytku wszystkich stałyby otworem“.

Pojęcia „możności i rzeczywistości“, „jawności“, „bezpieczeństwa obrotu“, które znajdujemy u Zeillera, mniej lub bardziej zręcznie parafrazują jego następcy. Nippel n. p. rozwadnia — jak to mu nieraz się zdarza, wywody Zeillera; — to co do nich dodaje od siebie, mogłoby było bez szkody pozostać niewypowiedzianem; Schuster (Pratob. Mater. VI. str. 225 n.) broni

przepisów kod. cyw. argumentem, dla zwolenników prawa natury mało zapewne sympatycznym, że „podług przepisów prawa natury bezpieczeństwo własności rzeczywiście byłoby zagrożone a obrót zatamowany“. Jako paladyum bezpieczeństwa własności przedstawia jawność nabycia. Nawet Winiwarter, któremu opozycya, w Niemczech powstała, nie była nieznaną, ma nadzieję, teoryę o tytule i sposobie nabycia, jakkolwiek przeświadczony jest o jej błędności, utrzymać tym sposobem, że w sposób dość niejasny odróżnia tytuł w obszerniejszem i ściślejszem znaczeniu i pociesza się tem, że w tej formie teorya ta nie będzie szkodliwą. Inni autorowie pomijają kwestyę milczeniem.

III.

Po Stubenrauchu, który już w 1. wyd. swego komentarza (1854) zwrócił uwagę na to, że teorya o tytule i sposobie nabycia jest błędną, walkę z tą teoryą w austr. literaturze prawniczej podjął Unger (Syst. II. str. 8). Tu, podobnie jak w Prusach, przedstawiała się rzecz tem trudniej, że teorya ta w kodeksie wyraz znalazła tak jasny, iż odmienna interpretacya prawie była niemożebna. To też Unger ogranicza się do nader surowej krytyki przepisów ustawy, nie odmawia jednakże możności zastosowania ich. Argumenta Ungera są nadto skierowane bardziej przeciw zapatrywaniom, niegdyś w literaturze prawa pospolitego objawianym, aniżeli przeciw uzasadnieniu teoryi tej, usiłowanemu przez autorów austryackich. I tak n. p. z twierdzeniem, że do nabycia własności zawsze, a więc także przy nabyciu pierwotnem, konieczne jest istnienie pretensyi osobistej, nie występuje, — o ile mi wiadomo — żaden z autorów austryackich. Zarzut zaś jego, że teorya ta za tytuł nabycia uznaje przepis ustawy, który nabycie czyni prawnie możliwem, odnosić się może chyba tylko do sposobu wyrażenia się ustawy, nie zaś do autorów austryackich, gdyż znacze-

nie zwrotów w kodeksie często używanych „z ustawy samej“ i t. p. nie było nigdy wątpliwem i zawsze zgoda co do tego panowała, że zwroty takie nie miały na myśli samej ustawy, lecz wymagane przez ustawę stany rzeczy. Błędność teoryi o tyt. i sp. n. w zastosowaniu do nabycia pośredniego Unger w końcu motywuje tem, że przejście własności polega jedynie i wyłącznie na zgodnej woli przeniesienia i objęcia jej, — zdanie, które wprawdzie jako „zasada wielka“ weszło do kod. niemieckiego, w literaturze prawa austryackiego jednak w nowszych czasach silnie i skutecznie było zwalczane (Strohal, Schey, Koban), w praktyce nie jest uznane a zd. m. nie da się usprawiedliwić wogóle, a tem mniej w zakresie prawa austryackiego.

Uwagi krytyczne Ungera odnosiły się tylko do — zdaniem jego — błędnej, a przez kod. cyw. przyjętej teoryi, nie odmawiały jednak przepisom prawnym mocy obowiązującej. Dalej poszli niektórzy późniejsi autorowie. Exner (Trad. str. 84) odmawia przepisom kodeksu, jako „zasadom doktorynerskim“ — jako „Spiel der ins unbestimmte abstrahierenden Theorie“ wszelkiego znaczenia materyalnego, — podobnie Randa (Eig. str. 259), który przedstawia przepisy kodeksu jako „ze stanowiska teoretycznego błędne, ze stanowiska praktycznego bez doniosłości“, zalicza je zatem do t. z. „nieobowiązującej treści ustawowej“.

IV.

I rzeczywiście! Uzasadnienie, jakie tej teoryi dawano ze stanowiska prawa natury, nastręczało zbyt wiele punktów zaczepnych. Teorya, której punktem wyjścia jest pierwotny stan ludzkości i wymarzona przedhistoryczna communio originaria, nie ma dziś widoków powodzenia, chociażby ze stanowiska „czystego rozumu“ dała się uzasadnić. Przywykliśmy bowiem dziś do oceniania zasad prawnych nie podług miary abstrakcyjnych kategoryj, lecz podług ich skuteczności dla ukształtowania się stosunków ludzkich.

Z tego stanowiska niech mi wolno będzie rzucić krótki pogląd na zachowanie się nowszych prawodawstw w niniejszej kwestyi.

Od nauki o tytule i sposobie nabycia nowoczesne prawodawstwa europejskie stałego lądu w 19. w. odstąpiły w dwojakim kierunku. Obydwa kierunki zgadzają się co do tego, że łączność między tytułem a sposobem nabycia, której wymaga tu nauka, nie jest koniecznym wymogiem przejścia własności. Gdy jednak ustawodawstwo francuskie punkt ciężkości pokłada w tytule czyli t. zw. interesie kauzalnym (l'obligation de livrer la chose... rend le créancier propriétaire ...encore que la tradition n'en n'est point faite, art. 1138 kod. Nap.), rozwój najnowszy prawa niemieckiego w przeciwnym poszedł kierunku: (zur Uebertragung des Eigentums einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll, §929. niem. kod. cyw.). W obydwóch tych ustawodawstwach daje się jednak spostrzegać pewne cofanie się w kierunku łączności dwóch elementów. Kod. Nap. w wypadkach kolizyi daje pierwszeństwo temu, komu rzecz oddano, przed tym, któremu ją tylko — choćby wcześniej — przyrzeczono (art. 1141 kod. Nap.); kod. niem. natomiast nadaje przeciwko temu, komu rzecz bez prawnej przyczyny oddana została, prawo żądania przeniesienia własności na powrót na pozbywcę. W obydwóch więc prawodawstwach łączność interesu kauzalnego (tytułu) ze sposobem nabycia wprawdzie jest zmodyfikowana, lecz bynajmniej nie jest całkowicie zniesiona. Wychodzi ona na wierzch wówczas, gdy zasada przyjęta w kodeksie okazuje się niemożebną do przeprowadzenia jak w kod. franc., albo też, gdzie ścisłe przeprowadzenie jej sprzeciwiałoby się wprost sprawiedliwości i słuszności, jak w kod. niem.

Jednakże, co do stanowiska prawa francuskiego, odstąpienie od nauki o tytule i sposobie nabycia jest

tylko pozorne, nie oznacza ono bowiem zaprzeczenia potrzeby oddania i objęcia posiadania.

Dawne prawo francuskie wymagało, podobnie jak rzymskie, tradycyi rzeczy pozbytej. W praktyce jednak rzecz się ułożyła tak, że w kontraktach pozbycia zamieszczano z reguły klauzulę, którą pozbywający oświadczał, iż usuwa się z posiadania, a w przyszłości zachowa rzecz dla nabywcy. Na tej klauzuli polegała t. zw. „zmyślona“ tradycya (tradition feinte), która także i podług pr. austr. jest dopuszczalna (§ 428 u. c. constitutum possessorium — por. orz. G. U. 1620, 4938, 8696, N. F. 1037), a gdy ten tok postępowania w praktyce francuskiej stał się regułą, kod. Nap. przyjął go też jako przypadek regularny (ob. Demolombe Cours de Code Nap. XXIV. n. 416., Planiol Traité élém. I. n. 2589—2596). Tradycyi tedy z kod. Nap. nie usunięto, lecz owszem utrzymano ją z wszelkiemi konsekwencyami, jakiemi są: obowiązek zachowania pozbywającego, periculum, prawo rozrządzania nabywcy; — zmieniła ona tylko formę, zachowała zaś istotę, którą stanowi władza rozrządzania, służąca nabywcy, a — co najważniejsza: zależność przejścia własności od ważności interesu kauzalnego.

Gruntowniej uporał się z teoryą o „t. i m.“ kod. niemiecki. Zatrzymał wprawdzie tradycyę, lecz oderwał ją całkowicie od jej causa. Tytuł wygnany został z obszaru prawa rzeczowego.

Czy to de lege ferenda było uzasadnione? Po wywodach Strohala i Scheya zdaje mi się, że na to pytanie śmiało można odpowiedzieć przecząco. Lecz badanie tej kwestyi wykracza już po za ramy rozprawy niniejszej. Tu bowiem tylko chodzi o to, czy teorya o tyt. i sp. n. dziś jeszcze ma uzasadnienie czyli nie?

V.

Co się tyczy przedewszystkiem nabycia pośredniego, oddania i objęcia rzeczy wymagają wszędzie, a nawet —

mimo pozór odmienny — w prawie francuskiem. Lecz umotywowanie tego wymogu nie wydaje mi się bez zarzutu.

Motywowany bywa ten wymóg przedewszystkiem tem, że prawa rzeczowe, ponieważ mają być uznawane przez wszystkich, muszą być ujawnione na zewnątrz, widoczne wszystkim (tak n. p. Förster Preuss. Privatr. I. str. 116). Wymaganą jest tedy jawność wobec osób trzecich, a powodować ją ma oddanie posiadania. To oddanie musi być więc tego rodzaju, aby władzę nad rzeczą dojrzeć i poznać mógł każdy. Oddanie w posiadanie byłoby więc formą, w której przejście własności objawić by miało wpływ swój na osoby trzecie.

Gdyby to był prawdziwy powód tego wymagania, należałoby najpierw wykreślić tak zwane constitutum z rzędu aktów nabycia posiadania, gdyż ono nie powoduje żadnej zmiany położenia rzeczy na zewnątrz. Lecz i formalne oddanie detencyi fizycznej nie jest zdatne do osiągnięcia zamierzonego celu. Jeśli oddam komu zarzutkę, to chociażby się to stało na otwartej scenie, coram populo, nikt bez odpowiedniego komentarza stąd nie powezmie wiadomości, w jakim celu to nastąpiło, czy uczyniłem to w wykonaniu kontraktu kupna lub darowizny, czyli też zawarłem kontrakt wygodzenia lub składu, przyczem pomijam, że i taki komentarz stałby się wiadomym tylko osobom obecnym, nie zaś wszystkim, na których cięży obowiązek ujemny, odpowiadający prawu własności. Komentarz taki mógłby być zresztą zaczerpnięty znowu tylko z aktu kauzalnego, na podstawie którego nastąpiło oddanie. Nie tylko samo oddanie w posiadanie, lecz także i interes kauzalny musiałby więc być ujawniony wszystkim, jeśli ci wszyscy mieliby powziąć wiadomość o przejściu własności i stąd „otrzymać wskazówkę“ (das Richtmass), że im nie wolno wpływać na rzecz. A jakżeż byłoby z jawnością podarunku we cztery oczy komuś ofiarowanego? Czy mogłyby trzecie osoby z powstałej stąd zmiany faktycznego władztwa wnosić, że pierścień

został oddany na własność, czyli też ukradziony lub złożony w depozyt?

Zapytać się tu wypada: w jakim celu służyćby miało ujawnienie aktu przejścia własności i czy mogłoby ono rzeczywiście wpłynąć na zachowanie się osób trzecich? Prawu własności odpowiada ujemny obowiązek wszystkich do zaniechania wszelkiego oddziaływania na rzecz cudzą. Czy rzecz ta należy do A. czy do B., obowiązek ten ujemny w niczem zmianie nie ulega. Wał ochronny, utworzony przez nakazy i zakazy prawa, a mający na celu powstrzymanie osób trzecich od wpływania na rzecz cudzą, pozostaje niezmienionym, bez względu na to, czy Piotr czy Paweł w pośrodku jego się osiedlił. Rzecz jest nieprzystępna osobom trzecim nie dlatego, że należy do A. a nie do B., lecz dlatego, że jest rzeczą cudzą. Ujawnienie przejścia własności w obec osób trzecich mogłoby co najwyżej zadowolnić ciekawość, zresztą nie miałoby celu a tem samem byłoby zbędnem, mogłoby więc odpaść, o ile chodziłoby o ujemny obowiązek osób trzecich. Gdyby jednak podniesiono dla uzasadnienia jawności potrzeby obrotu, jawność i takim potrzebom nie zdołałaby zadość uczynić, gdyż ze samego stosunku władztwa nikt z wymaganą pewnością nie mógłby wnosić, kto jest właścicielem. A zresztą takim względom ustawa w inny sposób czyni zadość (§ 367, 456, 824).

Dla uzasadnienia oddania i objęcia pasiadania powoływano się na kategoryę pojęć możności i rzeczywistości.

Jestto twierdzenie na wskróś trywialne, a mimoto na tem miejscu pominąć się nie da, że jeśli coś ma nastąpić, musi być możebnem. Musielibyśmy więc możność i rzeczywistość odróżniać nietylko przy nabywaniu praw rzeczowych, lecz wogóle wszędzie, a więc przy wszystkich zajściach prawnych, co byłoby nie tylko zbędne lecz i bałamucące, i nie można mieć za złe Hugo'wi, jeśli z tego punktu widzenia pozwolił sobie łatwy dowcip: nie mam żony, jeśli to nie jest

zarazem możebne i rzeczywiste, że żonę mam (Ziv. Mag. I. str. 81). Przykładem tym jednak trafił daleko po za cel. Rzeczywistość zapewne bez możności nie da się pomyśleć, lecz można sobie wszakże wyobrazić stan, w pośród którego coś jest możebne, a rzeczywiście nie istnieje, i że już sama możność zmiany jakiegoś stanu prawnego powoduje następstwa prawne. Przypominam n. p. warunki. Jeżeli więc zawarta została umowa, jakieś prawo powstało, nazwijmy je prawem osobistem, albo też jus ad rem albo jakkolwiek inaczej — prawem własności ono jeszcze nie jest.

Pojęcia możności i rzeczywistości określają wprawdzie do pewnego stopnia to, co się dzieje przy nabyciu praw rzeczowych, wyczerpują skalę od niemożności, przez możność, do rzeczywistości — żadnego jednak wewnętrznego uzasadnienia nam nie podają, gdyż zawsze jeszcze pozostaje niewyjaśnionem, dlaczego zachowanie tej skali wymagane jest przy nabywaniu praw rzeczowych a nie także innych praw.

Wewnętrzego uzasadnienia tego, nauką o tytule i pr. sp. nab. przepisanego wymogu, szukać należy zd. m. w szczególnej właściwości prawa rzeczowego, mianowicie w tem, że treść jego t. j. ogół uprawnień, jakie w sobie mieści, objawia się w bezpośredniem władztwie podmiotu nad rzeczą zmysłową. Zrealizowanie prawa rzeczowego nie da się odłączyć od zewnętrznego położenia rzeczy. Prawo, które mi nadaje prawną możność dowolnego rozrządzania rzeczą i wyłączenia wszystkich innych od jej używania, podług przeświadczenia prawnego głęboko w naszem poczuciu prawnem zakorzenionego, nie może być uważane za nabyte, dopóki uprawniony nie znajdzie się w faktycznej możności wykonywania tej prawnie mu przysługującej władzy nad przedmiotem (modus acq.).

Władza faktyczna nad przedmiotem, jaką osiągnąć może uprawniony, nie różni się jednak w niczem od władzy faktycznej, jaką miałby ktokolwiek nieuprawniony. Sama przez się jednak władza ta nie wyczer-

puje treści prawa rzeczowego. Ażeby władzę tę wykonywać mógł jako prawo, uprawniony musi mieć możność przywołania pomocy ustawy przeciw wszelkim atakom ze strony nieuprawnionych. Otóż prawo do tej ochrony uzyskać może tylko wówczas, jeśli wykonywana przezeń faktycznie władza jest wobec ustawy usprawiedliwioną (titulus).

Punkt ciężkości obrotu gospodarczego spoczywa niewątpliwie w woli uczestników stanu prawnego, do której prawo przedmiotowe stosuje się, ale tylko o tyle, o ile uzna cele zamierzone przez nich za godne ochrony. Pod tym warunkiem i tylko pod tymże zgodna wola właściciela i nabywcy usprawiedliwić zdoła przejście władzy faktycznej nad przedmiotem zmysłowym.

W zastosowaniu do przejścia własności, spowodowanego wolą właściciela, zapatrywanie to nie napotka zapewne na opozycyę. Usprawiedliwienie władzy faktycznej nabywcy polega tu na uznanej przez ustawę woli właściciela. Lecz należą pod tę rubrykę także i owe przypadki, w których ustawa nie wymaga udziału właściciela (wywłaszczenie, nabycie bona fide od niewłaściciela, przedaż przymusowa i t. p.); w tych bowiem przypadkach brakującą wolę właściciela zastępuje wymagany przez ustawę stan rzeczy. Tak samo jednakże ma się rzecz w przypadkach pierwotnego nabycia, w szczególności w typowym przypadku nabycia rzeczy niczyjej. W przypuszczeniu, że żadne istniejące prawo nie zostaje naruszone (por. § 382 austr., 958 niem. kod. cyw.), usprawiedliwia ustawa objęcie władzy faktycznej nad przedmiotem, dokonane w celu nabycia własności przez zawłaszczenie z motywu niewątpliwie prawodawczo uzasadnionego, że istnienie rzeczy niczyich, nieużywanych, ze stanowiska ogólno gospodarczego przedstawiałoby się jako czynnik ujemny. Usprawiedliwienie nabytej w ten sposób władzy faktycznej polega i tu jedynie tylko na pewnym stanie rzeczy przez ustawę wymaganym. Daremne i niepotrzebne byłoby, gdybyśmy z pomiędzy momen-

tów tego stanu rzeczy wybierać chcieli niektóre i przedstawiać je jako tytuł prawny. I tak n. p. przy nabyciu pierwotnem okoliczność, iż rzecz jest niczyją, sama przez się nie jest dostatecznym powodem usprawiedliwienia nabytej faktycznie władzy. Rzecz może być niczyją, a mimoto nie stanie się własnością zawłaszczającego, chociażby ją objął w zamiarze przywłaszczenia, jeśli ono ustawowo jest wzbronione albo narusza prawa innej osoby (§ 958/II kod. cyw. niem.). Usprawiedliwienie władzy faktycznej polega na całokształcie stanu rzeczy przez ustawę wymaganym, nie zaś na pewnych tylko momentach jego.

Takie a nie inne jest m. zd. znaczenie teoryi o tytule i prawnym sposobie nabycia i to jest ową „odrobiną prawdy życiowej“, której poszukiwaliśmy na jej dnie. Kampania, którą szkoła historyczna przeciw niej wywołała, nie odpowiadała osiągniętemu rezultatowi a potępienie jej było niezasłużonem. Obca nam dziś forma scholastyczna, w której teorya ta była wykładana, dziwaczny, niekiedy wprost krytykę wywołujący sposób, w jaki uzasadnianą bywała, jest przyczyną tego, że tak jednomyślnie potępiała ją nauka, wyrastająca ponad średniowieczne formy myślenia. A jeśli się dobrze przypatrzymy, znajdziemy teoryę tę, ubraną w szaty nowoczesne, we wszystkich nowszych ustawach, w których utrzymała się różnica między prawami rzeczowemi a osobistemi. Wszędzie bowiem daje się dokładnie odróżnić stosunek władztwa faktycznego od przyczyn, które je usprawiedliwiają, czy nazwiemy je tytułem, czy zasadą prawną, objektywną czy subjektywną, causa albo jakkolwiek bądź inaczej. A ważnem jest odróżnienie i doniosłem nie tylko z powodu, że uzasadnione jest w naturze stosunku faktycznego władztwa, lecz także i dlatego, że tylko ono daje nam możność stwierdzenia c h w i l i nabycia prawa rzeczowego, z dokładnością konieczną szczególnie w przypadkach kolizyi między kilku nabywcami powstającej.

Pozostaje nam jeszcze rozwiązanie jednego pytania, które, co prawda, samo się nasuwa: Jeśli przy nabyciu praw rzeczowych jedna część stanu rzeczy przez ustawę wymaganego, odróżnianą być ma jako usprawiedliwienie jego reszty, dlaczego tak samo nie dzieje się przy nabyciu innych praw, a więc n. p. praw osobisto rzeczowych?

Odpowiedź na to pytanie nie może być inną jak tylko: przy prawach osobistych odłączenie władzy faktycznej od stanu rzeczy, który ją usprawiedliwia nie jest wykonalne, ponieważ prawo osobiste wyczerpuje się w roszczeniu, a kwestya faktycznej władzy nad jakimś przedmiotem świata zewnętrznego, a więc i kwestya usprawiedliwienia takiej władzy, wcale zdarzyć się tu nie może [1].

---

[1]) Inną jest kwestya, która właściwie tu nie należy, bo jest kwestyą sumienia prawodawcy — a jednakże poruszyć ją może uchodzi: czy sama zgodna wola przeniesienia własności bez względu na akt prawny, który jej służy za podstawę, zdolna jest usprawiedliwić dostatecznie przejście własności? Innemi słowy, czy słusznem jest odłączenie woli przeniesienia własności od aktu między stronami zawartego albo też od tegoż ważności.

Jeżeli się zważy, że wola właściciela przeniesienia własności na podstawie ważnego aktu prawnego, lub też na podstawie aktu, który zapewnia odpowiedne wzajemne świadczenie, jest z reguły warunkową i implicite mieści w sobie wolę nieprzenoszenia własności na podstawie aktu nieważnego lub takiego, który nie był zamierzony, — jeżeli się dalej zważy, że odwrotnie wola objęcia własności bez przyjęcia na się wzajemnego świadczenia albo też aktu ważnego, mieści w sobie wolę nieobjęcia tej własności, jeśli to przypuszczenie okaże się nieprawdą, wydaje mi się odłączenie to niesprawiedliwem i niesłusznem. Środek naprawy, podany drogą kondykcyi stronie pokrzywdzonej, jest niedostatecznym. Rozrywa się tu coś, co do siebie należy, na to, aby kawałki następnie z trudem złatać! Pierwszy kodeks 20. stulecia, szwajcarski, zasady zwalczanej nie przyjął. Uznania godnem jest zaś, że i najnowsze projekty austryackie tym razem nie uległy w tym względzie suggestywnej sile, jaką ustawodawstwo niemieckie często wywiera na legislacyę austryacką.

PRZYCZYNEK DO NAUKI O T. ZW. SŁUŻEBNOŚCIACH NIEPRAWIDŁOWYCH

SKREŚLIŁ

FROF. D[R] FRYDERYK ZOLL, SENIOR

Paragraf 479 austr. kodeksu cywilnego z marginesem „Unregelmässige und Scheinservituten“ opiewa następnie: „Es können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein: oder, es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, nur bloss auf Widerrufen zugestanden werden. Die Abweichungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nicht vermutet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob“. Wyrazy „unregelmässige Servituten“ odnieść należy oczywiście do służebności naprzód przytoczonych i te właśnie będą przedmiotem niniejszej rozprawy.

Służebności te przejęto z prawa rzymskiego a najważniejsze tegoż ustępy, dotyczące ich są następujące: 1) l. 32 D. de usufr.. 7, 1 (Pomponius), traktująca o częściowem pewnej osobie zezwolonem używaniu obcego gruntu (pascere) lub domu (inhabitare); 2) l. 4 D. de serv. pr. rust. 8, 3 (Papinianus), pojmująca prawo pecoris pascendi item ad aquam appellendi, udzielone pewnej, wyraźnie przez testatora wymienionej osobie, jako służebność, chociaż emptori vel heredi non praestabitur; 3) l. 6 D. eod. 8, 3 (Paulus), dopuszczająca uprawnienie do ciągnienia pewnej poszczególnej korzyści z obcego gruntu (ius cretae eximendae, calcis coquendae) także jako ususfructus, zatem jako służebność osobistą; 4) l. 37 D. eod. (Paulus), stanowiąca usum aquae, ograniczonego do pewnej ilości wody, bez względu na większą lub mniejszą potrzebę upra-

wnionego; 5) l. 6 D. de serv. leg. 33, 3 (Papinianus), odróżniająca usum transeundi personae datum od plenum legatum servitutis, quae ad heredem transmittitur; 6) l. 14 § 3 D. de alim. 34, 1 (Ulpianus), omawiająca istotę aquae libertis per fideicommissum relictae. Na podstawie tych ustępów kwestya co do właściwej istoty powyższych służebności była, jak wiadomo, już od czasu glosatorów przedmiotem gorących sporów naukowych [1]).

Zapatrywania glosatorów były podzielone. Jedni utrzymywali, że uprawnienia, przyznane w powyższych ustępach poszczególnym osobom, ustanowić można było zwyczajnie tylko w drodze umowy i że wtenczas one wytwarzały jedynie stosunki obligatoryjne. Jednakże zdaniem ich można było uprawnienia te ustanowić także jako służebność gruntową, ale w takim razie osoba uprawniona musiała posiadać praedium vicinum, a posiadacz gruntu służebnego w razie śmierci posiadacza gruntu uprawnionego lub sprzedaży tegoż gruntu, bronić się mógł przeciwko trzeciemu tegoż nabywcy tylko w drodze ekscepcyi. Głównym przedstawicielem tego zdania był Joannes Bassianus, który według gl. personae tamen ad l. 14 § 3 D. 34, 1 twierdził, że jeżeli podobne uprawnienie non habenti praedium relinquitur, to będzie ono quoddam ius, quod actione personali ex testamento vel pacto debetur, sicut si decem mihi stipuler. Za tem zdaniem oświadczył się między innymi także Azo (gl. valet exceptio ad l. 32 D. 7, 1). Natomiast Rogerius, za nim Hugolinus i inni upatrywali w owych uprawnieniach prawdziwe służebności, które oznaczali wyrazem servitus

[1]) Dotyczącą historyę dogmatyczną skreślili w nowszych czasach Zachariae (Civ. Archiv XXVII. str. 5 i nast.) i Cohnfeldt (Die sog. irregulären Servituten, 1862, str. 6 i nast.), za którymi poszli Bloedorn (1895) i Tappe (1899), tak dokładnie, że się co do niej ograniczyć mogę do krótkiego wywodu i w dalszym ciągu szerzej omówić tylko to, co dotąd nie było dostatecznie uwzględnionem.

personalis, podciągając taką servitus prawdopodobnie pod pojęcie usus lub ususfructus [1]).

Glosa przychyliła się do zdania Bassiana. Stwierdza to Accursius w gl. non eadem ad l. 4 D. 8, 3: ... sed qualis erit servitus his casibus... si ille, cui tales servitutes conceduntur, nullum habeat praedium? Adhuc dicunt Ro. (sc. Rogerius) et alii, quod est servitus personalis, sed potius dicam esse ius personale non servitutem: ut supra lex ut pomum. sicut si decem mihi stipuler, et sic agam ex contractu, si patientia non praestatur. Tego zdania trzymali się także t. zw. postglosatorowie, zwłaszcza Bartolus i Baldus, chociaż niektórzy pomiędzy nimi, jak n. p. Cinus, nauczyciel Bartola, oświadczyli się także za zdaniem Rogeriusa [2]).

Szkoła humanistów zdanie Rogeriusa podniosła zaś do tego stopnia, iż się ono odtąd stale utrzymywało. Wystarczy przytoczyć o tej kwestyi słowa dwóch najwybitniejszych humanistów t. j. Donella i Cujaciusza. I tak mówi Donellus: ...ita superiora iura esse praediorum servitutes, nisi id actum sit, ut personae tantum tribuerentur. Quod si actum erit, etiamsi omnia natura ad servitutem praedii occurrant, personae tamen servitutes erunt, non praedii (Comm. l. XI., c. VIII. sub 3)[3]). Cuiacius pisze również: Proponit deinde l. 1 (sc. D. 8, 3) alia exempla rusticarum servitutum, ut aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, ius calcis coquendae vel arenae fodiendae. Et haec iura ita demum sunt praedialia, si respectu praediorum conceduntur:

[1]) Por. Zachariae str. 5 i nast.; Cohnfeldt str. 7, 19. Bloedorn str. 9 i nast.; Tappe str. 5 i nast.

[2]) Zachariae str. 8.

[3]) W dalszym ciągu pod 4 mówi on: Personae ius datum partim intellegitur ex verbis ipsis constituae servitutis, partim ex genere personarum colligitur. Jako przykład ustanowienia ex verbis przytacza pod 5: cum testator ita legaverit: Titio actum per fundum meum Tusculanum praestari volo, dum sciat soli sibi datum non aliis; następnie pod 6: ex genere ius personae datum, cum filio, cognato, amico sub hac ipsa coniunctionis et affectus demonstratione ius alicui datum est.

nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen usus vel ususfructus: Nam his nominibus omne ius personale continetur, ut aquae est servitus personae et vocatur usus aquae (Comm. in tit. III. de serv. rust. praed. l. VIII. Dig. — wyjęte z recit. ad diversos tit. pandectarum): także na innem miejscu: nec ulla est (sc. servitus), quae semper sit praedii, hoc est, quae non possit esse personalis, quod Pap. in hac lege demonstrat (Comm. in l. II. respons. Papiniani ad l. 4 D. s. pr. r.)[1]).

Zdanie Bassiana w nowszych czasach zostało prawie zupełnie porzucone[2]). Ale w innym znowu kierunku rozdzieliły się zapatrywania prawników. Kiedy bowiem jedni powyższe służebności podciągali pod pojęcie używania względnie użytkowania, inni upatrywali w nich osobny obok tamtych rodzaj służebności osobistych.

---

[1]) Cohnfeldt (str. 20) z odwołaniem się do Observ. l. XXIV. c. 22, twierdzi, że Cuiacius przychylił się później do zdania glosy i Bassiana. Z tem zdaniem zgodzić się nie mogę, albowiem Cuiacius na tem miejscu mówi o takich uprawnieniach, jak in alieno agro pomum decerpere, spatiari, deambulare, coenare i sądzi, że one nie nadają się ani na służebności gruntowe, gdyż niczem nie przyczyniają się ad utilitatem vel amoenitatem habentium praedia, ani na służebności osobiste, quia nec usui nec fructui ea facultas... similis est... verum conventio huius modi iusta est et obligationem parit. Jednakże zdanie to nie dotyczy służebności gruntowych, któreby ustanowiono dla poszczególnej osoby, a które glosa w całej kwestyi spornej głównie miała na oku. Gdyby więc Cuiaciusa posądzić chciano o zmianę zdania, to zarzut taki należałoby ograniczyć do poprzednio wymienionych uprawnień i to byłoby o tyle usprawiedliwione, skoro on w Comm. in l. II. resp. Pap. ad l. 4 D. de s. p. r. pisze: ut mihi liceat poma decerpere ex arbore vicini, vel ut mihi liceat spatiari in agro vicini, aut coenare, servitus imponi non potest praedialis: quia nihil hoc pertinet ad utilitatem praedii: sed quae tantum pertinet ad nonnullam utilitatem, ad voluptatem hominis, ea servitus valet ut personalis.

[2]) O niektórych prawnikach, którzy poszli za Bassianem, ob. Cohnfeldt str. 9 i nast., który sam na str. 23 w kilku słowach broni tegoż zdania.

Za pierwszem zdaniem oświadczyli się tak Donellus, jak i Cuiacius, tamten w X. i XI. księdze swoich Commentarii, ten w ustępie przytoczonym powyżej z jego recitationes. Za nimi poszła największa część francuskich i holenderskich humanistów a zdanie to przeważało wśród uczonych prawników wieku XVI. i XVII.[1]). Uwagi godnem jest zapatrywanie Donella na pojęcie służebności w Comm. l. X. c. I., gdzie pisze pod 2: Omnes servitutes, etiam quae praediorum sunt, constituuntur ab initio alicui personae ut eas habeat aut per se, sive per praedium suum, cui acquiruntur. W dalszym ciągu pod 3 i 4 poczytuje on zarówno służebności gruntowe, ustanowione na korzyść poszczególnych osób, jak i rzymską habitatio i operae servorum za ususfructus względnie usus, twierdząc pod 5: Servitutum personae genera duo, ususfructus et usus... Legimus tamen in hoc numero habitationem et operas servorum... Verum haec effectu nova genera non sunt; sed superiorum species.

Ale i drugie zdanie pozyskało kilku znakomitych zwolenników. I tak już Zasius in l. II. resposorum, mianowicie w rozdziale VII., traktującym de anonymis quibusdam in iure nostro owe służebności zaliczył do tych iura, pisząc: Sic inveniuntur servitutes, quae nec sunt reales, nec personales, nec rusticae, nec urbanae et tamen sunt iura servitutum anonyma[2]). Vinnius w swoim Commentarius in IV. libros instit. imp. ad l. II. tit. IV. (proemium) nazywa je servitutes personales innominatae et irregulares, Duarens usui vel usufructui similes, Maranus servitutes communes, quae sunt modo vere personarum, modo vere praediorum. W Niemczech zapatrywanie to w wieku XVIII. prze-

[1]) Bliższe szczegóły przytacza Zachariae str. 10 i nast., tudzież Cohnfeldt str. 9 i nast.

[2]) O t. zw. iura anonyma mówi on w dalszym ciągu: Illas igitur anonymas dispositiones recipi necesse est, quia legis lator qui ad universalia respexit, in individuis non poterat omnia perspicere et natura semper novas deproperat edere formas.

ważało, jakkolwiek i tu Heineccius w § 101 swoich Observationes theoretico-practicae sub v. habitatio stanowczo oświadczył się za pierwszem zdaniem[1]).

Zwolennicy zdania drugiego na orzeczenie powyższych służebności najczęściej używali wyrazu irregularis, mając na oku przeważnie takie służebności osobiste, które zwykle ustanawiano ad utilitatem praedii. Glück w swoim komentarzu pandektów (IX., str. 21) nazywa je servitutes irregulares, extraordinariae, anomales, w przeciwieństwie do usus, usufructus i habitatio jako servitutes regulares vel ordinariae.

Redaktorowie austryackiego kodeksu cywilnego przychylali się również do zdania drugiego, jak tego dowodzi historyczny przebieg ułożenia przytoczonego na początku § 479.

W kodeksie Terezyańskim przyjęto ogólną zasadę, że każda służebność gruntowa może być także osobistą, jeżeli ustanowioną będzie na korzyść (zum Nutzen) osoby, ale nie gruntu[2]). Z podobnem zdaniem spotykamy się w projekcie Hortensa, wyrażonem w następujących słowach: durch einen Beding oder die Bestellungsart können auch alle Dienstbarkeiten persönlich werden, wenn sie nicht zum Nutzen eines Grundes sondern einer Person bestellt werden[3]).

Martini w IX. rozdziale drugiej części swojego projektu ułożył na ten temat dwa §-fy w następującym tekście: Zu den persönlichen Servituten gehören vornehmlich der nötige Gebrauch einer fremden Sache, die völlige Nutzniessung derselben und die freie Wohnung. Es giebt aber auch Gerechtigkeiten, welche in sich und nach ihrer Natur sächlich sind und doch der Person allein z. B. der Fusssteig, das Wasserschöp-

[1]) On tam tak się wyraża: neque tantum ideo opus est, ut numerus servitutum personalium augeatur, quum omnes istae servitutes ad usum commode referri possunt.

[2]) Harrasowsky, Codex Theresianus, t. II., rozdział XXVII. l. 10. Por. tamże ll. 9, 11, 12 i 146.

[3]) Harrasowsky, t IV., rozdział XXIII., § 3.

fen eingeraumt werden wollen (§ 11). Indessen soll derjenige, der die Abweichung von der Natur einer Servitut behauptet, diese Ausnahme zu beweisen schuldig sein i t. d. (§ 12)[1]).

W t. zw. Urentwurf ustawy cyw. aust. (t. j. w kodeksie cyw. zachodnio-galicyjskim) przyjęto obydwa te §-fy z małemi zmianami stylistycznemi, mianowicie pierwszy z nich, który nas tu obchodzi, jako § 263 części II., rozdziału IX. w następującym tekście: Zu den persönlichen Servituten gehören vorzüglich der nötige Gebrauch einer Sache, derselben völlige Nutzniessung, die freie Wohnung. Auch werden zuweilen an sich sächliche Rechte der Person allein eingeraumt z. B. das Recht des Fussteiges, des Wasserschöpfens[2]).

Przy następnych naradach starano się dokładniej jeszcze uwydatnić odrębną cechę owych jako osobiste ustanowionych służebności gruntowych, albowiem na posiedzeniu z dnia 18. lipca 1803 uchwalono na wniosek referenta jednomyślnie, aby drugi ustęp powyższego §-fu 263, począwszy od wyrazu auch, odłączono od niego i połączono ten ustęp z następującym §-fem 264. Tak więc opiewał § 263: Die persönlichen Servituten sind der nötige Gebrauch einer Sache, der Niessbrauch und die Wohnung. Następny zaś § 264: Es können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein, oder es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, nur bloss auf Widerrufen zugestanden werden. Die Abweichungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nich vermutet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob[3]). Powyższą uchwałę tudzież tekst obydwóch §-fów utrzymano przy ostat-

[1]) Harrasowsky, t. V. Część II., rozdział (Hauptstück) IX., §§ 11 i 12.

[2]) Ofner, Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des ost. a. b. Gb. t. I., Część I., str. LIII.

[3]) Ofner, t. I., Część II., str. 303, 304.

niej rewizyi (Superrevision) w §§ 468 i 469[1]) i przyjęto także w samym kodeksie (§ 478, § 479)[2]).

W XIX. stuleciu zwrócono się jednak znowu ku pierwszemu zdaniu i przeważna część prawników podciągała t. zw. nieprawidłowe służebności pod pojęcie usus względnie ususfructus.

I tak mniema Löhr[3]), że w razie ustanowienia służebności gruntowej jako osobistej nigdy nie istnieje tamta, ale zawsze usus albo usufructus. Również twierdzi Zachariae[4]), że każda możliwa służebność osobista musi być albo usufructus albo usus. Zielonacki[5]) zgadza się z Löhrem tylko co do takich służebności wodnych, które mają na celu zaspokojenie czysto osobistych potrzeb i przy których odpada warunek sąsiedniego gruntu, lecz przyznaje zarazem, że i przy innych tak zw. nieprawidłowych służebnościach znachodzi się pierwiastek, podobny do usus (ein dem usus analoges Element). Elvers[6]) upatruje w źródłach dążenia do objęcia wszystkich służebności osobistych

[1]) Ofner, t. II., str. 712.

[2]) Pruski Landrecht nie wspominał o tych służebnościach. W części I., tytule 21, § 227 wypowiedziano tam zasadę, dass Einschränkungen des Nutzungsrechtes teils durch die Natur des Geschäfts, teils durch Verträge oder letztwillige Verordnungen bestimmt werden, poczem nastąpiła rzecz o pożyczce, precarium, najmie i dzierżawie. Tak więc w tym kodeksie zajęto stanowisko Bassiana. Natomiast stanowił kodeks saski w § 601: Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit können die gesammten Nutzungen oder einzelne Arten der Nutzungen einer fremden Sache sein i t. d.

[3]) Magazin für Rechtwiss. und Gesetzgebung, III. str. 497.

[4]) l. c. str. 51. Do tego por. cały jego wywód, począwszy od str. 49.

[5]) Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach röm. Rechte str. 44 (1849). W § 172 pandektów (wyd. 2-gie) twierdzi zaś, że ustanowienie służebności gruntowej na korzyść osoby jako takiej nigdy nastąpić nie może, a gdyby ją ktoś właścicielowi sąsiedniego gruntu na czas jego życia udzielił, toby przez to nie stała się służebnością osobistą, lecz pozostała służebnością gruntową.

[6]) Die röm. Servitutenlehre, str. 186 i 189 (1856).

pojęciem usus fructus i usus, a co do t. zw. służebności nieprawidłowych widzi tam pewne wahanie się w rozstrzygnięciu pytania, czy je pojąć za rodzaj usus fructus i usus, czy za odrębne służebności osobiste. Schönemann [1]) wychodzi z założenia, że pojęcie usus i usus fructus nie należy do ilości lecz do jakości uprawnienia, z nimi połączonego, że więc także prawo do ograniczonego używania pewnej rzeczy (einzelne Sachnutzung) powinno uznane być za służebność osobistą, w szczególności (in specie) za usus albo usus fructus. Bloedorn [2]) sądzi, że prawo rzymskie dopuszcza ustanowienia ograniczonych służebności osobistych i stosuje do nich prawidła, obowiązujące przy usus względnie usus fructus. Tappe [3]) twierdzi, że prawo rzymskie w każdym przypadku, w którym zapatrywania społeczne domagają się zabezpieczenia rzeczowego, dopuszcza ustanowienia jakiegokolwiek prawa używania (jedwedes Nutzungsrecht) pod formą usus względnie usus fructus [4]).

W nowszych kompendyach pandektów t. zw. służebności nieprawidłowe pojmowane bywają także jako ograniczone prawo używania lub użytkowania. Już Sehweppe (§ 291) utrzymuje, że z prawa użytkowania wydzielić można poszczególne uprawnienie i ustanowić je jako służebność osobistą, bez względu na to, czyby ono ustanowione być mogło także jako służebność gruntowa lub nie. Vangerow (§ 339 uw. 1) sądzi, że tego rodzaju służebność, ustanowioną jako służebność osobistą pojąć należy za ograniczony usus lub usus fructus i zastosować do niej prawidła doty-

[1]) Die Servituten, str. 93 (1866).

[2]) l. c. str. 34.

[3]) l. c. str. 31.

[4]) Cohnfeldt (str. 47) powiada: die irregulären Servituten sind ohne praktischen Wert, theoretisch unmöglich, ihrem Begriffe nach widersinnig und mit den Prinzipien des usus und usus fructus unvereinbar. W dalszym ciągu na str. 48: Soll eine einzelne Nutzung überhaupt Servitut werden, so ist sie nur möglich als Realservitut mit personaler Modifikation.

czące służebności osobistych. Puchta (§ 180) jest tego zdania, że prawo używania ograniczyć można albo przez zakaz pewnych sposobów używania (Gebrauchsarten), albo przez zredukowanie go do jednego tylko poszczególnego sposobu używania. Sintenis (I. § 58) uprawnienia, objęte służebnościami gruntowemi, nazywa wtenczas służebnościami osobistemi używania lub użytkowania, gdyby je przyznano pewnym tylko osobom. Arndts (§ 177) powiada, że niepotrzebnie wytworzono pojęcie t. zw. nieprawidłowych służebności, skoro one nie są czem innem, jak prawdziwemi służebnościami osobistemi, których treść lub przedmiot jest ograniczony. Böcking (II. § 161 str. 216) sądzi, że wszelkie uprawnienia, objęte służebnością gruntową, o ileby stale połączone być mogły z korzyścią ekonomiczną dla pewnej osoby, ustanowić można było jako służebności osobiste, które podpadały pod pojęcie szczegółowo oznaczonego używania lub użytkowania. Brinz (§ 195) nazywa powyższe służebności Detail-Gebrauchsrechte i oświadcza się przeciw nazwaniu ich służebnościami nieprawidłowemi. Keller (§. 179) mniema, że te służebności ustanowić można było w rozmaite sposoby a pomiędzy tymi także jako usus lub usus-fructus. Windscheid (§ 202) sądzi, że i poszczególne uprawnienia użytkowania lub używania mogą być przedmiotem służebności osobistych. Vering (§ 154) powiada, że niesłusznie mówi się o służebnościach nieprawidłowych, skoro one żadnych nie posiadają właściwości i podlegają całkowicie zasadom służebności osobistych. W podobny sposób wyraża się Heyrovský w swoich „Dejiny a system soukromého práva rímskeho“ (wyd. 3-cie § 129). Baron (§ 158) pojmuje te służebności jako bardzo ograniczone prawa używania i użytkowania. Dernburg (I. § 280 in fine) przyznaje, że poszczególne sposoby używania bywają przedmiotem służebności osobistych i to najczęściej uprawnienia, ustanawiane zwykle jako służebności gruntowe. Wendt (§ 143) widzi w owych służebnościach

poszczególne sposoby używania, skoro tak usus jak ususfructus dopuszczają stopniowania. Także C. O. Müller w swoich instytucyach (§ 90 str. 206) upatruje w prawie używania i użytkowania zasadnicze formy wszystkich przytoczonych w źródłach służebności osobistych.

Powyższe stanowisko zajęły także nowsze ustawodawstwa. I tak opiewa § 1090 kodeksu cywilnego dla państwa niemieckiego: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugniss zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Kodeks cywilny szwajcarski traktuje w osobnych oddziałach o prawie użytkowania, mieszkania, budowania, używania źródeł (Quellenrecht), wreszcie o innych służebnościach, o których w artykule 781 tak się wyraża: Dienstbarkeiten anderen Inhaltes können zu Gunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellt werden, so oft diese in bestimmter Hinsicht jemandem zum Gebrauch dienen können, wie für die Abhaltung von Schiessübungen oder für Weg und Steg. Bardzo jasne pod tym względem zdanie znajdujemy wypowiedziane w projekcie węgierskiego kodeksu cywilnego w pierwszej tegoż redakcyi, mianowicie w § 779: Das Gebrauchsrecht belastet eine unbewegliche Sache derart: 1) dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgte, befugt ist, zur Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse die Sache zu gebrauchen u. s. w.; oder 2) dass ihm an der Sache ein Recht zusteht, vermöge dessen er die unbewegliche Sache in einzelnen Beziehungen benützen darf, oder das sonst in Ansehung seines Inhaltes einer Grunddienstbarkeit entspricht.

W kodeksie francuskim niema wprawdzie szczegółowego w tym kierunku postanowienia, ale z art. 628 (les droits d'usage et d'habitation se règlent par le

titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue), mianowicie z końcowego tegoż zdania dochodzi się do podobnego wniosku, jaki odpowiada postanowieniom przytoczonych poprzednio kodeksów.

W końcu należy podnieść, że także w Austryi w nowszych czasach wyrazy kodeksu cywilnego unregelmässige Servituten poczęto w podobny sposób interpretować. I tak napisano w wydanym przez Pfaffa i Ehrenzweiga Systemie Krainza (4-te wyd.): Eine solche Dienstbarkeit ist weiter nichts, als (ähnlich dem Wohnungsrecht) Gebrauch oder Fruchtgenuss, beschränkt auf einzelne besondere Ausübungsarten und Nutzungen[1]). Następnie Klang tak mówi o t. zw. służebnościach nieprawidłowych: So gelten ja auch diese Rechte der neueren Theorie nicht mehr als eine besondere Kategorie von Dienstbarkeiten (sog. irreg. Serv.), sondern als auf eine oder mehrere bestimmte Richtungen der Nutzung beschränkte Fruchtgenuss- und Gebrauchsrechte[2]). Już przedtem twierdził także Till w swojem dziele o prawie prywatnem austryackiem, że „t. zw. służebności nieprawidłowe są rzeczywiście prawdziwemi służebnościami osobistemi, a nazwanie ich nieprawidłowemi nie jest niczem uzasadnione, gdyż odpowiadają w zupełności pojęciu służebności osobistych ustanowionemu w § 473 u. c.“ [3]).

Stanowisko to w powyższej kwestyi mojem zdaniem zajęli także rzymscy prawnicy klasyczni. Do tego wniosku dochodzi się, czytając bez uprzedzenia powołane na początku ustępy z ich prac i poddając je bliższemu rozbiorowi. To wprawdzie nie ulega wątpliwości, że omówione powyżej uprawnienia mogły być poszczególnej osobie udzielone w drodze umowy i że wyradzały w takim razie stosunek obowiązkowy, ale

[1]) T. I. §. 257.
[2]) Allgem. österr. Gerichtszeitung z r. 1903 str. 137.
[3]) T. II. § 205 uw. 1 (1886).

niemniej jest pewnem, że rzymscy prawnicy w powyższych ustępach mieli na myśli służebności osobiste. Przemawia za tem nietylko dosłowne brzmienie owych ustępów, ale i ta okoliczność, że kompilatorowie Justyniańscy umieścili je z jedynym wyjątkiem l. 14 D. de alim. leg. w tytułach, których przedmiotem są służebności. Zresztą, ściśle biorąc, Rzymianie, jak to stwierdza Marcianus[1]), uznawali tylko usus-fructum i usum za służebności osobiste. Jeżeli zaś obok nich używali osobnych wyrazów na oznaczenie służebności habitatio i operae servorum, to czynili to ze względu na szczegółowe przepisy, dotyczące ich powstania, objętości i zgaśnięcia, ale przedmiotem ich nie było nic innego, jak usus albo usus-fructus[2]).

Cohnfeldt sądzi, że pojęcie użytkowania i używania jest pojęciem stałem, obejmującem wszelkie sposoby używania pewnej rzeczy (l. c. § 3, str. 33), ale sam przyznaje, że podrzędniejsze sposoby używania jej mogą być uprawnionemu odmówione (l. c. str. 34,40). Skutkiem tego on zasadnicze zdanie swoje, które zresztą nie zostało przyjęte, sam osłabia i trudno też pojąć, dlaczegoby udzielone pewnej osobie dożywotnie prawo zrywania dla swojej potrzeby pewnej ilości owoców z obcego ogrodu, albo mieszkania w jednym pokoju obcego domu nie miało być poczytane za ograniczone prawo używania tych przedmiotów[3]).

---

[1]) Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus-fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum (l. 1 D. de serv. 8. 1).

[2]) Wypowiedział to już Donellus w jednym, powyżej przytoczonym ustępie (Comm. l. X., c. I. sub. 2). Por. jeszcze Ulpianus: Si habitatio legetur, at proinde sit atque si usus, quaeritur et effectu quidem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum (l. 10 D. de usu et hab. 7, 8).

[3]) Że właściciel przy ustanowieniu służebności użytkowania lub używania uprawnionemu nałożyć mógł pewne ograniczenia, to wynika z l. 15 § 6 D. de usus-fr. 7, 1 i z l. 12 § 4 D. de usu 7, 8.

W źródłach prawa rzymskiego najsilniej za przyjęciem poszczególnego sposobu używania jako służebności osobistej przemawia l. 14 § 3 D. de alim. leg., będąca od dawna przedmiotem sporów naukowych. Niechże mi więc będzie wolno, zwrócić się do niej i poddać ją raz jeszcze bliższemu omówieniu.

W najnowszych wydaniach Corpus iuris civilis podany jest ten ustęp, wyjęty ex libris fideicommissorum Ulpiana w następującym tekscie: Quidam libertis suis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est, dicebam igitur esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. nec videri inutile esse fideicommissum quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personae tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur: in eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi haec enim aqua personae relinquitur.

W poprzednich wydaniach Corpus iuris civilis (włącznie z wydaniami braci Kriegel), zarówno, jak i wydaniach Infortiati z XVI. wieku ustęp począwszy od nam et haustus i t. d. ma odmienną następującą interpunkcyę nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei i t. d. W niektórych wydaniach personae od tamen oddzielone jest kropką lub dwukropkiem, tak samo i w wydaniach, przejętych z lectio Florentina.

Jest rzeczą wprost niemożliwą, ażeby Ulpian mógł pisać nam et haustus i t. d. est servitus personae i to było zapewnie powodem, że tak Donellus, jak i Cuiacius oświadczyli się za oddzieleniem wyrazu servitus od słowa personae, sądząc, że w ten sposób ułatwi

się zrozumienie całego ustępu. I tak pisze Donellus przy omawianiu legis Mela (Comm. l. XI. c. VII. sub 6): Error subiicitur ex vitiosa interpunctione, et una itemque altera litera detracta. Quae si recte reponuntur, locus integritati suae restituetur.... Sic ergo locus legendus et interpretandus est: „nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus. Personae tamen eius, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur". Eius non ei, ut conveniat relativum, quod sequitur, qui vicinus non est. Hoc vero contextu habemus sententiam veram et superioribus consentientem. Cuiacius pisze w swoich recitationes (Comm. in tit. III. de serv. rust. pr. l. VIII. Dig.) przy wzmiance, uczynionej occasionaliter o l. 14 D. de alim. 34, 1: Sed notandum est, quaedam verba, quae ibi sunt perturbata, ita restitui debere: Nam etc. est servitus: personae tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur.

Do tego zdania przychyliło się wielu późniejszych prawników i wystarczy powołać się na uwagi, uczynione pod tym względem przez Glücka (kommentarz do pandektów IX. str. 20), Hasse'go (Rhein. Museum für Jurisprudenz I. str. 77), Zachariae'go (l. c. str. 46), Elvers'a (l. c. str. 202), Fuchs'a (Archiv für prakt. Rechtswiss. IV. str. 315), Vangerowa (I. str. 699), Arndts'a (§ 177 uw. 2), Windscheid'a (§ 202 uw. 2). Wreszcie i w Mommsena wydaniach dygestów okazał się tekst z niezmienioną interpunkcyą est servitus, personae tamen ei i t. d.

Jednakże ta zmiana interpunkcyi sama przez się niewiele się przyczyniła do zrozumienia powyższej lex, albowiem nie przestano spierać się co do jej interpretacyi. Wielu prawników, którzy się nią zajmowali, byli zatem tego zdania, że bez emendacyi tekstu kwestyi tej rozwiązać nie można. Takich emendacyj było też dosyć dużo a największa ich część dotyczyła znachodzących się w ustępie nam et haustus aquae etc. wyrazów ei i inutiliter, które chciano zmienić na eius i non inutiliter. Z tą zmianą opiewał tekst następnie: nam

et haustus etc. est servitus, personae tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. Na podstawie tej zmiany sądzono więc, że według prawa rzymskiego można było uprawnienia, objęte służebnością gruntową, udzielić także osobie, nie posiadającej praedium vicinum i ustanowić je jako służebność osobistą. Zdanie to wypowiedział i zmianę powyższą proponował już Cuiacius w ustępie, poniżej z jego dzieł przytoczonym i powtórzył to samo w Comm. in l. II. resp. Pap. ad l. 4. D. de s. pr. r.[1]).

Tymczasem byli i tacy prawnicy, którzy na zmianę wyrazu inutiliter się nie zgadzali a zatem powyższą lex inaczej pojmowali. Do nich należał przedewszystkiem Donellus. W dalszym ciągu swego, powyżej przytoczonego omówienia legis Mela pisze on: Illa verba „nam et haustus aquae" et quae sequuntur usque ad illa extrema „haec enim aqua" legenda sunt per parenthesim. Ratio autem posterior, quae hanc parenthesim excipit, ad principium responsi referenda est. Zdaniem jego należałoby więc końcowe zdanie haec enim aqua personae relinquitur przyłączyć do właściwego responsum, któreby zatem tak się skończyło: nec videri inutile esse fideicommissum quasi servitute praedii non possessori vicinae possessonis relicta: haec enim aqua personae relinquitur. Cały zaś ustęp, począwszy od nam et haustus aż do utendi poczytuje on za parentezę, skierowaną przeciwko responsum a odpartą przez końcowe zdanie haec enim aqua personae relinquitur[2]).

[1]) Troszkę dalej po zdaniu przytoczonem powyżej na końcu uwagi 5-tej t. j. przy omawianiu legis Mela, dodaje w dalszym jeszcze ciągu te słowa: inutilem servitutem praedio, si personae non sit inutilis cui relinquitur, soli personae relictum videri.

[2]) W dalszym ciągu mówi on: recte dicebam fideicommissum aquae, quod nunc proponitur, non ideo videri inutile, quia servitus praedii ei qui vicinae possessionis possessor non est, inutiliter relinquitur. Etsi enim hoc posterius verum est, ad hanc speciem non pertinet. Haec enim aqua personae re-

Z podobnem zapatrywaniem spotykamy się u Mühlenbrucha (Civ. Archiv, XV. str. 304 i nast.), jakkolwiek on się do Donella nie odwołuje, ani go wcale nie cytuje. On oświadcza się także za zatrzymaniem wyrazu inutiliter, cały ustęp począwszy od nam et haustus aż do utendi poczytuje za parentezę, służącą do objaśnienia rationis dubitandi i wkońcu utrzymuje, że cała lex ma za przedmiot stosunek obligatoryjny, mający być zawiązany skutkiem sporządzonego legatu.

Zdanie Mühlenbrucha nie znalazło zwolenników i poddane zostało surowej krytyce, szczególniej przez Vangerowa (§ 339, str.698 i nast.) i przez Schönemanna (l. c. str. 100). Tę krytykę odnieść należałoby także przeciwko Donellowi.

O innych emendacyach nie wspominamy, bo zostały częstokroć przez innych prawników omawiane i krytykowane[1]).

Za emendacyą Cuiacius'a podaną powyżej i przyjętą później przez większą część prawników, przemawia ta okoliczność, iż dochodzi ostatecznie do wniosku dobrego. Przypuściwszy jednak, że Ulpian w zdaniu nam etc. est servitus przy słowie servitus miał na myśli służebność gruntową, trudno zrozumieć, na coby on w dalszym ciągu używał niezwykłego zdania personae tamen eius, zamiast powiedzieć o wiele poprawniej tamen ei etc. non inutiliter relinquitur. Tymczasem Ulpian przez słowo tamen chciał oczywiście zdanie z niem połączone przeciwstawić temu, co powiedział w zdaniu poprzedniem, a w takim razie mu-

---

linquitur. Zdaniem jego niema tu więc żadnej służebności, ale tylko fideicommissum aquae.

[1]) Ostatnim, który się podjął objaśnić zakwestyonowany ustęp bez emendacyi, jest o ile mi wiadomo, Tappe (l. c. str. 19). On pojmuje wyraz inutile w pierwszem zdaniu nec videri jako coś prawniczo bezskutecznego (juristisch wirkungslos), a w drugiem zdaniu tamen ei jako coś praktycznie bezwartościowego (praktisch wertlos) i na podstawie tych odmiennych pojęć sądzi dojść do należytego zrozumienia owego ustępu.

siało mu na tem zależeć, aby cechę poprzednio przytoczonych służebności jako służebności gruntowych dokładnie zaznaczyć i przy tem w następnym zdaniu wyrazami non inutiliter możliwość ustanowienia zawartych w nich uprawnień jako służebności osobistych dopuścić. Dlatego to mojem zdaniem nie było szczęśliwym pomysłem, że przez przesunięcie dawniejszej interpunkcyi sądzono dojść do zrozumienia zakwestyonowanego ustępu, skoro można było o wiele łatwiej osiągnąć ten cel, gdyby przypisany Ulpianowi wyraz personae zmieniono na praedii, a wtenczas opiewałby ten ustęp: nam et haustus etc. est servitus praedii, tamen ei, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. Ja sądzę, że to był właśnie prawdziwy tekst Ulpiana i że użycie wyrazu personae zamiast praedii, tudzież opuszczenie słowa non przed inutiliter przypisać należy nieuwadze odpisywaczy starych rękopisów, zwłaszcza że ta część dygestów, jak zauważył Zachariae (l. c. str. 43) w rękopisie florenckim z mniejszą była pisana troskliwością i że glosatorowie dla ustalenia tekstu Infortiati mniej zapewnie posiadali środków pomocniczych.

Ulpian, mówiąc w dalszym ciągu: in eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel arenae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi, upatrywał także w tych uprawieniach służebności osobiste, jakkolwiek one, szczególniej ius gestandi z korzyścią dla gruntu połączone być nie mogły. Zresztą Rogerius i inni prawnicy uprawnienia tego rodzaju również uznawali za służebności osobiste[1]) co, jak

[1]) Por. gl. erunt ad l. 14 § 3 D. 34, 1. Czy uprawnienia, przytoczone przez Paulus'a w l. 8 D. de serv. 8, 1: ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus można było także ustanowić jako służebności osobiste, jest kwestyą wątpliwą. Paulus powiada, że nie (servitus imponi non potest), ale wyraz servitus przez niego użyty możnaby tłumaczyć także jako servitus praedii. Tak to uczynił Cuiacius w swoim Comm. in l. II. resp. Pap. w zdaniu, przytoczonem powyżej na końcu uwagi 5.

się zdaje i Zachariae'go (l.c. str. 47) spowodowało do nowej emendacyi końcowego ustępu po gestandi t. j. aby słowa haec enim aqua personae relinquitur zmieniono na haec (sc. iura) enim aeque personae relinquuntur. Emendacya ta jest, jak słusznie podniósł Vangerow (I., str. 699), bardzo właściwą, ale nie koniecznie potrzebną.

Na podstawie powyżej przeprowadzonej interpretacyi fragmentu Ulpiana dochodzimy do ostatecznego wniosku, że prawo rzymskie nie tylko dopuszczało ustanowienia służebności osobistych dla takich uprawnień, które zwyczajnie były przedmiotem służebności gruntowych, ale że tę możliwość rozciągnęło i na inne sposoby używania obcej rzeczy, które służyć mogły do zaspokojenia potrzeb osobistych [1]). Uwzględniając zaś orzeczenia Marciana i Ulpiana (ob. powyżej uw. 28 i 29) należy wnosić, że i prawo rzymskie powyższe służebności pojmowało jako ograniczony usus lub ususfructus. To zaś odpowiada w zupełności stanowisku, zajętemu co do tych służebności w nowszych ustawodawstwach, jakoteż przyjętemu obecnie sposobowi interpretacyi §-fu 479 austryackiego kodeksu cywilnego.

[1]) Do takiego wniosku dochodzi także Tappe (l. c. str. 20), jakkolwiek fragmentum Ulpiana całkiem inaczej tłumaczy.

PARAGRAF 440 USTAWY CYWILNEJ W JUDYKATURZE

NAPISAŁ

D[R] EUGENIUSZ ZWISŁOCKI

C. K. RADCA DWORU I PREZYDENT SĄDU OBWODOWEGO W ZŁOCZOWIE

Często, częściej, niżby uczciwość na to zezwalała, zdarzają się wypadki, iż właściciel sprzedaje jednę i tę samą nieruchomość, w różnych odstępach czasu, dwu różnym osobom. Pierwszy, wcześniejszy nabywca, czy to dla nieznajomości przepisów prawnych, czy dla innych względów, zadowala się tem, iż mu nieruchomość do używania oddano; z tej nieoględności korzysta właściciel i opierając się na tem, że jego prawo własności w księgach gruntowych wykreślone nie zostało, że mu nie odebrano mocy dysponowania rzeczą według przepisów ustawy, sprzedaje ją innej osobie, która już uzyskuje wpis nabytego prawa własności w księgach gruntowych. Między oboma nabywcami wywiązuje się w następstwie wspomnianych tranzakcyj spór o to, do kogo nieruchomość należy? Jakie przepisy ustawy służyć mają za podstawę przy rozstrzyganiu tego rodzaju sporów, jest od szeregu lat i w literaturze i w praktyce wątpliwe. Wielu zwolenników liczy pogląd, który dla tego rodzaju sporów uważa za jedynie rozstrzygające postanowienie § 440 ustawy cywilnej, ponieważ wedle rozpowszechnionej interpretacyi — (por. Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche von Dr. Stubenrauch, herausgegeben von Dr. Schuster und Dr. Schreiber, VIII. Auflage 1902, strona 575; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt, 1839 — Zweiter Teil, erste Abteilung, strona 222) — § 440 ustawy cywilnej koresponduje z § 430 u. c. — a więc odnośnie do nieruchomości wpis w księgi

gruntowe zastępuje miejsce oddania. Interpretacya ta nie godzi w jądro rzeczy, przeocza istotę prawa własności, która polega w możności dysponowania przedmiotem (Till, Prawo prywatne austryackie, tom II., 1892, str. 232). Oddanie rzeczy ruchomej zabezpiecza odbiorcy możność władania przedmiotem, ale sam wpis w księgi gruntowe nie daje jeszcze wpisanemu możności korzystania z przyrodzonych własności rzeczy; nastąpi to dopiero wówczas, gdy do wpisu przyłączy się fizyczne oddanie rzeczy nieruchomej, gdy intabulowany właściciel wejdzie w taki faktyczny stosunek do nieruchomości, że jej używać, korzystać z niej może. Ta właśnie różnica między oddaniem rzeczy ruchomej, a wpisem prawa do nieruchomości, nie dozwala w jednym rzędzie stawiać postanowień obu wspomnianych paragrafów i zmusiła sądy do szukania takich przepisów ustawy, któreby jaśniej, niż to czyni § 440 ustawy cywilnej, rozwiązały kolizyę, wynikającą z faktycznego władania rzeczą i wpisu prawa własności w księgi gruntowe. Kolizya ta nie nastręczała sądom trudności, o ile wpisany nabywca nie miał świadomości o tem, że go ktoś uprzedził, że poprzedni właściciel już innemu rzecz ustąpił. Niestety, te wypadki były nadzwyczaj rzadkie, daleko częściej zdarzało się, że drugi nabywca działał z perfidyą, w zamiarze przysporzenia sobie zysków ze szkodą nieoględnego lub nieuświadomionego pierwszego nabywcy.

Dla ilustracyi przytoczę kilka przykładów: (Stan faktyczny, stanowiący podłoże wyroku najwyższego trybunału z 7. sierpnia 1861, I. 5023): P. sprzedał K. w dniu 7. marca 1857 dwie realności. Odnośny kontrakt kupna i sprzedaży podpisał jako świadek S., mimo to te same realności kupuje od P. w dniu 10. marca 1857 S. i zyskuje wpis w księgi gruntowe jako właściciel. — (Stan faktyczny, zaczerpnięty z aktów sporu, w którym zapadło orzeczenie najwyższego trybunału z 4. listopada 1909 Rv. IV. 550/9): S. sprzedał około roku 1902 parcelę gruntową P. — który to ostatni objął ją zaraz

w posiadanie. Ponieważ jednak S. nie chciał zeznać kontraktu, wywiązał się spór, który na korzyść P. został rozstrzygnięty w II. instancyi w dniu 28. października 1907. W trzy dni po wyroku, bo w dniu 31. października 1907, darowuje S. powyższą parcelę swej żonie, która też uzyskuje wpis w księgi gruntowe jako właścicielka. — (Zaczerpnięte z aktów sporu, w których zapadło orzeczenie najwyższego trybunału z 28. września 1905 L. 8.122): M. sprzedał zięciowi swemu Mo. na wiosnę roku 1903 parcelę gruntową w Karpatach położoną. Stan hipoteczny nie był uregulowany i dlatego odłożono sporządzenie kontraktu umożliwiającego wpis na później. W roku 1904 pogniewał się M. na zięcia swego i kontraktem kupna i sprzedaży z 5. sierpnia 1904 odstępuje powyższą parcelę gruntową Mechlowi M., który też uzyskał wpis hipoteczny jako właściciel. Nadmienić jeszcze wypada, że wedle ustaleń sądu pierwszego, Mechel M. kupił grunt w zamiarze, aby Mo. zmusić do zapłacenia wysokiej ceny odstępnego, bo na gruncie tym, w niedostępnych górach się znajdującym, tylko Mo. jako właściciel sąsiadujących parcel gospodarować mógł. — (Podłoże orzeczenia najwyższego trybunału z 19. czerwca 1907 l. 7.834): Pesla G..... sprzedała kontraktem kupna i sprzedaży z 28. marca 1902 część gruntu Mikołajowi i Katarzynie M. — którzy tę część objęli w posiadanie. Simche S. zniewala Peslę G. przedstawieniem, że powyższy kontrakt unieważni, do odstąpienia jemu gruntu kontraktem kupna i sprzedaży z 5. października 1903 i uzyskuje wpis jako właściciel i t. d.

Sądzę, że przytoczenie tych kilku przykładów, wybranych dorywczo, wystarczy do usprawiedliwienia cierpkich słów Burckharda (System der österreichischen Privatrechtsverhältnisse, Erste Abteilung, Wien 1889, § 180): „nicht von einem Vertrauen auf die materielle Wahrheit des öffentlichen Buches seitens des rechtlichen Mannes könnte man da noch sprechen, sondern nur von einem Sichverlassen auf die formale

Macht bücherlicher Eintragungen seitens jener dunklen Ehrenmänner, welche ihren Raub auf dem Grenzpfade zwischen Straf- und Zivilrecht in Sicherheit schmuggeln wollen". — Powyższe fakty świadczą o naginaniu litery ustawy do celów niemoralnych, czego nie mogły nie widzieć sądy, zwłaszcza, że postulatem zdrowego poczucia prawa jest zapobiedz machinacyom obliczonym na wykorzystanie nieświadomości. Wprawdzie usiłowano zbyć widoczną krzywdę frazesem — „vigilantibus jura scripta" (porównaj orzeczenie najwyższego trybunału z 25. lutego 1890 l. 1601 i plenarne z 28. października 1908, Rv. V. 1545/8), ale jest to tylko petitio principii, bo i lat temu kilkadziesiąt i dziś jeszcze niema pewności, po której stronie leży „jus". I tak Randa (Eigentumsrecht § 17 uwaga 16) przyznaje nabywcy, któremu grunt nabyty tylko fizycznie oddano, który nie uzyskał wpisu swej własności w księgi gruntowe, jedynie stanowisko rzetelnego posiadacza, ale i ten autor i Stubenrauch (l. c. ad § 431) nie zaprzeczają takiemu nabywcy — actio publiciana, a Unger (Gerichtszeitung 1868, Nr. 25 i 26, Die materielle Seite des Institutes der öffentlicher Bücher) twierdzi, iż nabywca na mocy fizycznego oddania otrzymuje nieruchomość na własność (t. zw. Naturaleigentum). Prócz tej niepewności co do stanowiska prawnego nabywcy mającego za sobą jedynie fizyczne oddanie, przemawia za nim etyka, w tych wypadkach, w których zaufanie w uczciwość sprzedającego odwiodło go od starania się o natychmiastowy wpis, przemawia za nim postulat obrony słabych i pokrzywdzonych w innych wypadkach. Krzywdą bowiem jest, jeżeli ktoś ciężko zapracowany grosz wkłada w kupno nieruchomości i owocu swej pracy ma być jedynie dlatego pozbawiony, iż nie dochował pewnych form prawnych, zwłaszcza wówczas, kiedy niedochowanie form prawnych polega nie w niechęci do przestrzegania ustawy, lecz jedynie w nienależytem uświadomieniu, w owem u szerokich warstw ludu rozpowszechnionem

zapatrywaniu, iż możność uzyskiwania korzyści z rzeczy, stan fizycznego posiadania rozstrzyga jedynie o własności — zapatrywanie, którego źródła możnaby się doszukać w przepisach prawnych o posiadaniu i zasiedzeniu. Pozbawienie zatem objęcia nabytej nieruchomości we władanie — wszelkiej doniosłości prawnej, musieliby najbardziej odczuć mniej uświadomieni, ekonomicznie słabsi, bo $^{9}/_{10}$ wszystkich procesów na obecnie omówionem tle miało za przedmiot grunta nie dochodzące 1000 koron wartości, a pochodziło z okolic, gdzie oświata nie dotarła jeszcze do ubogich, do pracujących na skromnym kawałku roli. Nie potrzebuję chyba dodawać, że główny kontyngent procesów dostarczyły Galicya i Bukowina. Wymienione względy prawne, etyczne i społeczne spowodowały najwyższy trybunał do szukania takiej interpretacyi ustawy, któraby czyniła zadosyć postulatom wyżej wymienionym, odpowiadała duchowi ustawy, tak silnie akcentującej na wielu miejscach, że to tylko, co jest godziwe, co odpowiada zasadom moralności, zasługuje na opiekę prawa. Skrzyżowały się więc w najwyższym trybunale dwa prądy: jeden, który załatwienie sporów o własność nieruchomości, w razie pozbycia jej przez właściciela dwu różnym osobom, chciał oprzeć wyłącznie na brzmieniu § 440 ust. cyw. posługując się jeszcze co najwyżej § 431 ust. cyw. — drugi, który przepisu § 440 ust. cyw. nie uważał jako sam dla siebie stojący, tylko myśl tam zawartą starał się wysnuć z całego kompleksu norm prawnych, rozsianych po kodeksie cywilnym. Dwa te prądy i dziś jeszcze walczą z sobą, bądź pierwszy, bądź drugi bierze górę i mimo judykatu Nr. 186, walki za skończoną uważać nie można.

Poniżej przedstawię rezultaty walki w porządku, o ile to może być, systematycznym i chronologicznym: żałuję bardzo, że nie mogę podać do wiadomości czytelników protokołów obrad poszczególnych posiedzeń, które zawierają nieraz wiele trafnych i głębokich my-

śli, pełnych erudycyi prawnej i poglądów o szerszym zakroju (n. p. obrady z 9. grudnia 1896, poprzedzające wydanie plenarnego orzeczenia z 9. grudnia 1896 l. 18.322).

Gdyby ogłoszenie wspomnianych protokołów było dopuszczalne, treść ich rozwiałaby wiele mylnych zapatrywań o tem, jak w najwyższym trybunale rozstrzygane bywają sprawy, których przedmiotem nie są ani krocie, ani miliony.

I.

W teoryi prawie nie jest sporne, że posiadanie nieruchomości, jak je określają §§ 309 i 312 ust. cyw., przysługa wyłącznie temu, który rzeczą faktycznie włada, ma ją w swojej mocy, używa jej, że tylko to fizyczne posiadanie (niekiedy Naturalbesitz zwane) zasługuje na ochronę w postępowaniu prowizoryalnem, podczas gdy wpis prawa własności w księgi gruntowe wywołuje wprawdzie doniosłe skutki prawne, stwarza stan (niekiedy Tabularbesitz zwany), pociągający za sobą możliwość przedsięwzięcia aktów w dziedzinie majątkowej doniosłych, ale nie da się żadną miarą podciągnąć pod pojęcie posiadania w rozumieniu §§ 309 i 312 ust. cyw., nie może służyć za podstawę do rozstrzygnięcia w sporach prowizoryalnych.

Ta przewaga fizycznego posiadania nad stanem hipotecznym w sporach prowizoryalnych, musiała wywołać refleksye na ten temat, że jeżeli tam, gdzie chodzi o tymczasowe zarządzenie, rozstrzyga jedynie możność dysponowania rzeczą, jeżeli ta możność pod pewnymi warunkami może w drodze zasiedzenia doprowadzić do pokonania faktu wpisu własności w księgi gruntowe, to nie uchodzi nie przyznawać jej żadnej doniosłości prawnej w sporach o własność, przeciwnie już ze względu na jednolitość prawną, należy podstawowe zasady prawne uczynić wytycznemi dla rozstrzygania sporów obu rodzajów. Doszedłszy do tej

konkluzyi nie zawahał się najwyższy trybunał wyciągnąć z niej dalszych konsekwencyj, streszczających się w tem, że nie § 440 ustawy cywilnej, ale przepisy o niegodziwem, nieprawnem posiadaniu zawierają normy, według których rozpatrywać wypada roszczenia dwu nabywców jednej i tej samej nieruchomości. Myśl tę wypowiada rozstrzygnienie z dnia 7. sierpnia 1861 L. 5023 w słowach: „Powodowi (faktycznemu posiadaczowi) przysługuje prawo skargi. On nie domaga się od pozwanego (hipotecznego właściciela) dotrzymania kontraktu z poprzednim właścicielem zawartego, tylko skarży go z przyczyny przedsięwziętej przez niego bezprawnej czynności, celem usunięcia skutków tejże; oparty o ważny tytuł występuje przeciw nierzetelnemu i niegodziwemu posiadaczowi. Że on to uczynić może, wynika z §§ 326, 335 i 346 ust. cyw. Wypada przeto tylko zbadać, czy powód udowodnił ważny tytuł do nabycia własności i czy posiadanie pozwanego jest nierzetelne i bezprawne. Jeżeliby tak się rzecz miała, to pozwany nie może odwoływać się do przepisu § 440 ust. cyw., ponieważ i ten paragraf zawiera wymóg, że kto pierwej uzyskał wpis hipoteczny, postąpił w sposób rzetelny, gdyż ważność tytułu może być zawsze zaprzeczoną, nierzetelny i bezprawny posiadacz nie może domagać się obrony prawnej i temu ustąpić musi, za którym przemawia ważny tytuł". Myśl powyższą rozsnuwa dalej orzeczenie najwyższego trybunału z 30. stycznia 1866 L. 110, w uzasadnieniu wyroku: — „Ważność tytułu może być zawsze zaprzeczona. § 440 ust. cyw. wychodzi z założenia, że ten który uzyskał wpis hipoteczny, uczynił to w sposób rzetelny. Ten paragraf należy czytać w związku z ogólnemi zasadami, zawartemi w poprzednim rozdziale ustawy cywilnej, a traktującemi o posiadaniu i prawie własności, ponieważ nierzetelny posiadacz może być każdego czasu zmuszony do ustąpienia posiadania i do przywrócenia do dawnego stanu (§§ 335, 346, 373 ust. cyw.), od czego go nie chroni nawet prze-

dawnienie, gdyby je zarzucono (§ 1477 ust. cyw.). Pozwani (hipoteczni właściciele) muszą być uważani za nierzetelnych posiadaczy, ponieważ wiedzieli, że powód (faktyczny właściciel) znajduje się w posiadaniu spornego gruntu. Pozwani mają przeto obowiązek przywrócenia dawnego stanu tak wedle powołanych już postanowień §§ 335, 346 i 373 ust. cyw., jak i według §§ 1295 i 1323 ust. cyw. — ponieważ mieli udział w sprzedaży gruntu, ze świadomością bezprawności tegoż i tę sprzedaż wykorzystali dla siebie z naruszeniem praw powoda. Najdosadniej jednak odzwierciedla zapatrywania prawne, jakim najwyższy trybunał hołdował, stojąc na stanowisku obecnie omówionem, uzasadnienie wyroku z 28. stycznia 1873 L. 12.937: „Prawdą jest, że pozwana (hipoteczna właścicielka) po myśli §§ 316, 321, 322, 431, 432, 440 ust. cyw. znajduje się w prawnem hipotecznem czyli cywilnem posiadaniu, prawdą jest, że na pozwanej nie ciąży zobowiązanie umowne do zezwolenia na wpis prawa własności powódki, ale te okoliczności nie stoją na przeszkodzie temu, aby pozwana z punktu widzenia nierzetelności jej hipotecznego cywilnego posiadania nie mogła być skarżona o odstąpienie i ustąpienie cywilnego posiadania przez powódkę wykazującą silniejsze prawo do uzyskania posiadania cywilnego, ponieważ § 440 ust. cyw. przedstawia się tylko jako konsekwencya §§ 320, 321 i 322 ust. cyw. Także i posiadanie hipoteczne albo cywilne może być, podobnie jak posiadanie fizyczne, prawnem i bezprawnem, rzetelnem i nierzetelnem, a ponieważ ustawa żadnej nie czyni różnicy, może być i formalnie prawne hipoteczne albo cywilne posiadanie tak jak formalnie prawne posiadanie rzeczy, które nie dostarcza podstawy do wniesień hipotecznych, zaczepione przez tę stronę, która silniejsze prawo do posiadania udowodnić jest w stanie, z punktu widzenia udowodnionej nierzetelności po myśli § 320, 326, 328 i 335, przez co hipoteczny kredyt, na którym opierają się ustawowe postanowienia o ta-

bularnem (hipotecznem) posiadaniu — nie poniesie szwanku, ponieważ trzecie osoby, które w zaufaniu do ksiąg publicznych nabyły prawa rzeczowe, nie powinny doznać uszczerbku w swoich prawach dobrze nabytych. Pozwana zaprzeczyła, jakoby okupacya i używanie gruntów (przez powódkę) od maja 1869 przez cały rok 1869 trwało, jakoby w jej oczach powyższa okupacya i używanie się odbywały; ponieważ te okoliczności mogą dostarczyć dowodu do przyjęcia nierzetelności jej hipotecznego posiadania po myśli § 326 ust. cyw., przeto na te okoliczności należało dowód dopuścić". Podobne uzasadnienie znajduję w orzeczeniach najwyższego trybunału z 5. maja 1858 L. 3156, z 10. czerwca 1870 L. 2904, z 17. lutego 1870 L. 13.764/69, z 9. grudnia 1896 L. 13.332 (plenarne), z 19. czerwca 1907 L, 7934, z 4. listopada 1909 R. IV. 550/9 i wielu, wielu innych, przyznających prawo własności fizycznemu posiadaczowi w razie, jeżeli ten, kto uzyskał wpis hipoteczny, wiedział o poprzedniem nabyciu przez faktycznego posiadacza. Zasady zawarte w orzeczeniach tych wielokrotnie ogłaszanych, w zbiorach i pismach prawniczych, przyswoiły sobie wkrótce sądy niższych instancyj, tak dalece, że w uzasadnieniach wyroków sądów powiatowych z lat siedmdziesiątych ubiegłego stulecia czytać można bardzo często zwrotkę: „Najwyższy trybunał orzekł już tylokrotnie, że tylko rzetelny posiadacz ma prawo do ochrony prawnej" itd.

Co więcej orzeczenie trybunału najwyższego jako kasacyjnego z dnia 12. września 1866 L. 8205 powiada: „Kupno nieruchomości wpisanej wprawdzie jeszcze na nazwisko poprzedniego właściciela, o której jednak kupującemu wiadomo było, że pozbyta została na rzecz trzeciej osoby, uzasadnia zbrodnię oszustwa (§§ 197, 200, 201 d. ust. karn., najwyższe postanowienie z 28. lutego 1860)", jakkolwiek czyn, z powodu którego oskarżenie nastąpiło, nie zawiera żadnych innych okoliczności, niż te, które stanowiły tło licznych sporów cywilnych. Rzecz się miała bowiem tak: Małżonków S.

pociągnięto dlatego do karno-sądowej odpowiedzialności, ponieważ nabyli od Teresy R. domek, mimo iż wiedzieli, że ustnym kontraktem sprzedany był małżonkom F., ponieważ na podstawie zawartego z Teresą R. pisemnego kontraktu uzyskali wpis hipoteczny swego prawa własności, a następnie domek ten dalej pozbyli. Rozstrzygnienie to trybunału kasacyjnego jest nadzwyczaj znamienne, bo dowodzi, jak głęboko wówczas było uzasadnione przekonanie, że prawo musi być w zgodzie z etyką, iż czyn, ze stanowiska etyki potępienia godny, nie tylko nie zasługuje na ochronę prawną, ale powinien być przez władze karany.

Nie twierdzę, że w latach siedmdziesiątych ubiegłego stulecia nie było odmiennych orzeczeń, opartych o literalne tłumaczenie § 440 ust. cyw., ale pojawiały się one sporadycznie, nie zataczając szerszych kręgów. Powoli jednak zaczęła się reakcya podnosić, wzmacniać, aż spowodowała plenarne rozstrzygnienie najwyższego trybunału z 23. października 1873 L. 8489/73 kulminujące we wpisanem w księgę orzeczeń pod Nr. 59 orzeczeniu: § 440 ust. cyw. nie wymaga, aby ten, kto wpis uzyskuje, nie miał wiadomości o poprzedniem odstąpieniu tej samej rzeczy drugiemu. Najwyższy trybunał uzasadnia ten pogląd na rzecz następująco: Rozstrzyganie sporu zawisło jedynie od odpowiedzi na pytanie, czy § 440 ust. cyw. wymaga, aby nabywca uzyskujący wpis nie miał wiadomości o poprzedniem odstąpieniu tej samej rzeczy innemu. Postanowienia takiego niema w odnośnym przepisie prawnym i nie da się ono winterpretować w ustawę przez powołanie się na przepisy o nierzetelnem posiadaniu. Jeżeli jedna i ta sama nieruchomość sprzedana została dwu różnym osobom, to mają obie przed hipotecznem oddaniem tylko równe osobiste roszczenie. Dopiero ten, który co do wpisu wyprzedził, zmienia swoje osobiste prawo w rzeczowe i staje się właścicielem. Jak długo poprzednie kupno tylko tytuł prawny uzasadnia, a rzecz sprzedana przed jej tabular-

nem przeniesieniem nie należy do poprzedniego kupca, tak długo nie może być w znaczeniu prawnem mowa o nierzetelnem hipotecznem posiadaniu późniejszego kupca, który o poprzedniem kupnie wiedział, ale mimo to za pomocą prewencyi uzyskał wpis na rzecz swoją, ponieważ jego postępowanie nie miało na celu, odjąć rzecz, która stanowiła już własność obcą, tylko wcześniej w prawo rzeczowe zamienić swoje osobiste prawo, które nie ustępuje prawu drugiego. Z tego punktu widzenia i dalszego, że nie twierdzono nawet, iżby pozwany wobec powoda stał się winnym oszukańczego wykorzystania, zatwierdzono rozstrzygnienie wyższego sądu.

Ten, nowo zainicyonowany pogląd prawny najwyższego trybunału, nie szuka związku między § 440 ust. cyw. a innymi, nie stara się wniknąć w istotę wpisu w księgi gruntowe, zadowala się brzmieniem jednego przepisu, to też mimo, iż skwapliwie przez teoryę i praktykę podchwycony został, nie zdołał wyrugować wątpliwości nasuwających się, nie zażegnał toczącej się walki, tem bardziej, że końcowy zwrot motywów dopuszcza możliwość innego rozstrzygnięcia w razie oszukańczego wykorzystania (einer betrügerischen Übervorteilung). To też podczas obrad sesyjnych głosy się ciągle ważą, szuka się, czy po stronie uzyskującego wpis nie zachodził podstęp i stąd to pochodzi, że w rozstrzygnieniach z doby po roku 1873 znajdujemy często rozpatrywane pytanie, czy zawarcie kontraktu przez uzyskującego wpis nie da się subsumować pod pojęcie podstępu. I tak czytamy w orzeczeniu najwyższego trybunału z 7. listopada 1883 L. 11.280: Chociaż pozwany wiedział o wcześniejszem pozbyciu nieruchomości na rzecz powódki, to jednak w tej okoliczności jedynie nie podobna się dopatrzeć podstępnego oszukańczego pokrzywdzenia powódki, a to tylko uprawniałoby powódkę do zaczepienia późniejszej sprzedaży. Podobnie wyraża się orzeczenie najwyższego trybunału z 25. lutego 1890 L. 1601/90: „Wynika z § 440 ust.

cyw., że wyprzedzenie nie stanowi materyalnej krzywdy, jura vigilantibus scripta. Mala fides zachodziłaby tylko wtedy, jeżeliby formalnie poprawny wpis prawa własności był bezprawny i o tej bezprawności pozwany wiedział". Skoro zaś pogwałcenie zasad etycznych było zbyt widoczne, skoro krzywda fizycznego posiadacza, przysporzenie sobie korzyści przez uzyskującego wpis hipoteczny w sposób niezgodny z etyką nie ulegało wątpliwości, to wielokrotnie i po roku 1873 wracano do zasad o prawnem i bezprawnem posiadaniu, czego dowodem są przytoczone wyżej rozstrzygnienia z lat 1896, 1907, 1909 i inne. Atoli podstawy zapatrywania, że o własności można orzekać na podstawie postanowień o posiadaniu zostały zachwiane. W zwolennikach zapatrywania, że § 440 ust. cyw. jest tylko jednem ogniwem postanowień ustawy cywilnej w związku z sobą pozostających, zaczęło się budzić powątpiewanie, czy dotychczasowa droga interpretacyi jest właściwą, odpowiada intencyi ustawodawcy: rozstrzygnienia najwyższego trybunału stają się chwiejne, motywa jednego nie godzą się z motywami drugiego, widoczne szukanie nowych dróg.

II.

W teoryi (Randa l. c., Stubenrauch l. c. uw. 1. do § 431 ust. cyw.) panuje prawie niepodzielnie zapatrywanie, że fizycznemu posiadaczowi przysługuje actio publiciana i przeciw temu, który w księdze gruntowej wpisany jest jako właściciel. Zdawałoby się, że te teoretyczne wywody skwapliwie przyswoi sobie najwyższy trybunał i rozwinie je, szukając nowych dróg dla zapewnienia obrony prawnej tym, którzy przez fizyczne oddanie nieruchomości prawa swoje należycie zabezpieczone widzieli.

Tak się jednak nie stało.

Wprawdzie w rozstrzygnieniach sądów niższych można było nieraz wyczytać wzmianki o postanowieniach odnoszących się do skarg z domniemanej wła-

sności, wyroków jednak najwyższego trybunału zdołałem znaleźć tylko dwa, akceptujące odnośne zapatrywania prawne. Z tych jeden z 14. grudnia 1905 L. 18.153 odsyła tylko do motywów sędziego pierwszego, odwołujących się także i do postanowień §§ 372, 373 i 374 ust. cyw. — a jedynie drugi z 31. marca 1881 L. 1499 rzecz bliżej rozwija w następujący sposób: Skarga jest co do swej istoty skargą z domniemanego prawa własności (§ 372 ust. cyw.). W takim wypadku mogłaby być wobec pozwanych (faktycznych posiadaczy) tylko wtedy skuteczna, gdyby powodowie (hipoteczni właściciele) udowodnili silniejszy tytuł nabycia, niż ten, który przysługa pozwanym. W obecnym wypadku obie strony odwołują się do kupna, a więc mają za sobą równy tytuł nabycia. Jeżeli się jednak zważy, że pozwani po kupnie w rzetelny sposób weszli w posiadanie, jeżeli się zważy, że powodowie jako sąsiedzi wiedzieć musieli, że pozwani grunt posiadają, uprawiają, używają, to powodowie nie mają dobrej wiary, mogą być tylko uważani za nierzetelnych posiadaczy tabularnych i nie mogą doznać ochrony prawnej wobec faktycznych rzetelnych posiadaczy. Nawet przy skardze o własność z prawnie domniemanej własności ma powód udowodnić, że wszedł w posiadanie rzeczy w godziwy sposób i nie czyni to żadnej różnicy, czy posiadanie pozwanego jest naturalne, czy hipoteczne, ponieważ nasza ustawa bezwątpienia uznaje i posiadanie naturalne nieruchomości za ważne.

Motywa w powyższem rozstrzygnieniu przytoczone nie znalazły widocznie uznania w najwyższym trybunale, bo wzorowanych na nich dalszych orzeczeń nie znalazłem, a i odparcie następuje mimochodem, bez dłuższych wywodów. I tak czytamy w rozstrzygnieniu z 6. maja 1908 Rv. I. 3228: „Według § 431 ust. cyw. (napis) polega oddanie nieruchomości na uzyskaniu wpisu hipotecznego. Z tego § 431 ust. cyw. widoczna dalej, że pozahipoteczne umowne nabycie nie-

ruchomości wpisanej w księgi gruntowe, jest w ogóle niemożliwe, ponieważ bez prawnego oddania i przyjęcia, własność nie może być nabyta (§ 425 ust. cyw.)". Rozstrzygnienie zaś najwyższego trybunału z 2. lipca 1908 Rv. II. 513/8 powiada: „W stosunku do pozwanych, jako tylko naturalnych właścicieli, przysługa powodom, jako hipotecznym właścicielom pierwszeństwo". Za tem przemawia § 440 ust. cyw. Chociaż ten paragraf omawia tylko kolizyę dwu wpisów hipotecznych, to jednak dostarcza widocznej analogii dla ozstrzygnięcia obecnego wypadku; skoro bowiem z dwu aktów prawnych ten jest skuteczny, na podstawie którego wcześniej uzyskano wpis hipoteczny, to ta zasada winna tem bardziej wówczas znaleźć zastosowanie, jeżeli jeden akt prawny nawet nie zawiera wymogów do uzyskania wpisu hipotecznego.

Unger (l. c.) pojmuje stosunek hipotecznego wpisu do fizycznej tradycyi jako zgodny co do istoty ze stosunkiem starorzymskiej mancipatio do tradycyi i na tej podstawie uznaje możliwość własności pozahipotecznej (naturalnej). Unger nie stoi sam; z jego teoryą zgadzają się inni, że wymienię najnowszą publikacyę w tej mierze: „Die Übertragung des Eigentumsrechtes an Grundbuchskörpern durch blosse Tradition von Dr. Friedrich v. Zoll jun." Gerichts-Zeitung 1908 Nr. 33 i 34.

Teorya ta nie znalazła jednak donioślejszego oddźwięku w judykaturze. Wprawdzie sądy niższe częstokroć zaznaczają, że sprzedawca już przez odstąpienie gruntu i oddanie w fizyczne posiadanie pierwszemu nabywcy, utracił prawo własności i dlatego po myśli § 442 ust. cyw. prawa własności przenieść nie mógł na późniejszego nabywcę, atoli najwyższy trybunał n. p. w orzeczeniach z dnia 5. maja 1858 L. 3156, z 14. grudnia 1905 L. 18.153 i t. p. nie badał bliżej powyższych wywodów prawnych, nie poddawał ich ocenieniu, ograniczał się tylko do zatwierdzania z przyczyn przywiedzionych przez sądy niższe. Choć więc w orzeczeniach najwyższego trybunału niepodobna

znaleźć uzasadnienia tezy, iż tytuł w związku z fizycznem oddaniem wystarcza do nabycia nieruchomości na własności, to jednak odparcie tej tezy czytamy w licznych orzeczeniach. Motywowanie odparcia jest prawie we wszystkich to samo, wystarczy więc, jeżeli przytoczę motywa rozstrzygnienia z 15. lutego 1881 L. 14.351: „Ponieważ sporny grunt z dóbr O.... nie został wydzielony i na pozwanego zaintabulowany, to stąd wynika, że powód z dobrami O..... i sporny grunt nabył, zwłaszcza że na jego imię jest wpisany. Pozwany, który znajduje się w fizycznem posiadaniu spornego gruntu, wykazał tylko ważny tytuł, ale nie i oddanie, ponieważ oddanie przy nieruchomościach, tam gdzie zaprowadzone są księgi gruntowe, dokonane być może według postanowień §§ 321 i 431 ust. cyw. jedynie tylko przez uzyskanie wpisu hipotecznego. Powód natomiast wykazał tak ważny tytuł, jakoteż prawny sposób nabycia, zatem wszystkie wymogi skargi windykacyjnej z § 369 ust. cyw. i dlatego za właściciela spornego gruntu uważany być musi."

Oryginalnej konstrukcyi prawnej probuje orzeczenie najwyższego trybunału z 16. lutego 1886 L. 79 rozstrzygające na korzyść pozwanego fizycznego posiadacza. Powiada ono co następuje: „Pełnomocnik A. S. (poprzedniego właściciela) oświadczył powódce (hipotecznej właścicielce) w toku pertraktacyi o kupno, że nie zna składowych części realności, niech wglądnie w arkusze katastralne. Po tem oświadczeniu wglądnęła powódka w arkusze katastru podatkowego i skonstatowała, że te nie zawierają spornych parcel, które w księdze gruntowej na poprzedniego właściciela są zapisane. Stąd wypływa, że sporne parcele gruntowe w ogóle nie stanowiły przedmiotu kupna i sprzedaży. Wskutek tego zbywa powódce na prawnym tytule, jaki do nabycia prawa własności jest konieczny. Do § 440 ust. cyw. nie może się powódka odwołać, ponieważ sporna parcela powódce sprzedaną nie została."

Nazwałem tę konstrukcyę prawną, oryginalną, ponieważ nie znalazłem jej podobnych, przeciwnie najwyższy trybunał prawie zawsze, konsekwentnie, kierował się tem zapatrywaniem, że dla ocenienia stosunku prawnego, jaki zachodzi między fizycznym posiadaczem a hipotecznym właścicielem, są bez znaczenia umowy zawarte między jednym, lub drugim, a poprzednikiem w prawie własności, jako umowy zawarte między osobami trzeciemi.

To stanowisko najwyższego trybunału, zawarte w długim szeregu rozmaitych orzeczeń, najlepiej określa rozstrzygnienie z 8. maja 1908 Rv. I. 322/8: „Zapatrywanie rewidentki, że powodowie nie mogli nabyć własności na spornej części parceli, ponieważ zamiar kontrahentów nie szedł w tym kierunku i tylko z przyczyny błędu ta sporna część parceli wciągnięta została do zawartego przez powodów kontraktu zamiany, usuwa się w obecnym sporze całkowicie z pod ocenienia sędziowskiego, ponieważ opugnowanie ważności kontraktu, albo poszczególnego postanowienia umownego na zasadzie postanowień §§ 869 do 877 ust. cyw. dokonane być mogło tylko przez jednę ze stron kontrakt ten zawierających. Trzecia osoba — a pozwani przedstawiają w odniesieniu do kontraktu zawartego przez powodów z poprzednikiem we własności, osobę trzecią — nie jest do tego uprawnioną i co najwyżej, mogłaby trzecia osoba, jeżeliby w odniesieniu do niej w zawarciu kontraktu mieściło się zawinione lub opieszałe (fahrlässiges) działanie jednej z osób kontrakt zawierających, żądać odszkodowania; dlatego nie mogą pozwani zarzucać, że umowa zamiany przez powodów zawarta nie dostarcza im ważnego tytułu nabycia własności.“

III.

W rozdziale poprzednim przedstawiłem drogi, jakiemi, po obaleniu zasady, że § 440 ust. cyw. interpretować należy na podstawie postanowień ustawy cy-

wilnej o rzetelnem i nierzetelnem posiadaniu, zwolennicy fizycznego posiadania kroczyli, aby temu zapewnić przewagę nad wpisem hipotecznym. Żadna z tych dróg nie znalazła powszechnego uznania, żadne zapatrywanie nie zapuściło głębszych korzeni, tak, że w wypadkach jaskrawych najczęściej wracano do poglądu w rozdziale I. przedstawionego. Ten stan rzeczy trwał mniej więcej od roku 1873, kiedy to w księgę orzeczeń wpisano zasadę Nr. 59, aż do końca niemal ubiegłego stulecia, kiedy to w najwyższym trybunale począł się utrwalać nowy zupełnie pogląd na rzecz. Pogląd ten składa się z dwu części. Pierwszą część odnajdujemy już w rozstrzygnieniu najwyższego trybunału z 31. marca 1881 L. 1499 — a zasadza się ona na następującem zapatrywaniu: § 440 ust. cyw. normuje jak to wskazuje napis na marginesie, tylko kolizyę dwu wpisów hipotecznych i rozstrzyga o pierwszeństwie między dwoma nabywcami, którzy obaj upraszali o wpis hipoteczny, nie powiada atoli, co ma być prawem, kiedy jednej osobie oddano fizyczne posiadanie realności, a druga uzyskała wpis hipoteczny. Jak to z zakończenia wypływa, motywa powyższe nie wystarczają same przez się do rozstrzygnienia sporu między fizycznym, a hipotecznym właścicielem, to też zwolennicy tych motywów dorabiali dalszą część uzasadnienia według wzorów omówionych w poprzednich rozdziałach. Dopiero u schyłku ubiegłego stulecia pojawia się nowa zupełnie druga część, a impuls do niej dał, ile że w tej długoletniej walce dwu prądów uciekano się chętnie do teoryi i z niej czerpano obficie, Krainz.

Znakomity profesor prawa cywilnego (System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes von Dr. Josef Krainz, herausgegeben von Dr. L. Pfaff. Vierte Auflage besorgt von Dr. Armin Ehrenzweig. I. Band, Wien 1905, § 224) uzasadnia swe zapatrywanie — którego późniejsi wydawcy się wyparli — następująco: Stanowisko posiadacza, który nieruchomość

kupił i objął w posiadanie, lecz nie został za jej właściciela wpisany, jest to samo, jakie ma ów, który nieruchomość nabył przez zasiedzenie, lecz jeszcze wpisu nie uzyskał. W wypadku zasiedzenia własność posiadacza zawisła od tego, czy ten, który uzyskał wpis hipoteczny, działał w dobrej, czy złej wierze (§ 1500 ust. cyw.). To samo zachodzi wówczas, gdy ktoś w pełnej świadomości, że trzeci rzecz nabył, objął w posiadanie, tylko nie jest wpisany, nadużywając form prawa cywilnego, aby pierwszego nabywcę pozbawić korzyści godziwego zarobku, kupuje i wpis własności uzyskuje; i takiemu późniejszemu nabywcy można ze skutkiem przeciwstawić exceptio doli. Postanowienie § 1500 ust. cyw. nie jest bowiem przepisem wyjątkowym, tylko wypływem zasady, że wynikające z tytułu i posiadania roszczenie (exceptio rei venditae et traditae) jest skuteczne nie tylko przeciw kontrahentowi, ale i przeciw następcy jego pod tytułem szczególnym, o ile nie działał w zaufaniu do ksiąg publicznych.

Z tych dwu części składają się motywa orzeczeń najwyższego trybunału z 29. grudnia 1899 L. 13.202, z 5. lipca 1901 L. 4767/01, z 10. kwietnia 1902 L. 3817, z 27. stycznia 1903 L. 13.266, z 28. września 1905 L. 8122 i wiele innych. Tylko najwcześniej w tym duchu zapadłe rozstrzygnienia zawierają obszerniejsze umotywowanie i dlatego dla zrozumienia stanowiska najwyższego trybunału, przytoczymy uzasadnienie najwyższego trybunału, zaczerpnięte z orzeczenia z 27. stycznia 1903 L. 13.266 jako najwierniej, najdosadniej oddające ten pogląd rzeczy: „Słuszną jest natomiast druga przez sąd odwoławczy przyjęta zasada prawna, że § 440 ust. cyw. normuje tylko wypadek kolizyi praw dwu osób, które to obie roszczą sobie pretensyę do hipotecznego posiadania, żadna zaś z nich nie znajduje się jeszcze w fizycznem posiadaniu pozbytej nieruchomości, nie zaś wypadek kolizyi prawa późniejszego, jedynie w tytuł własności uposażonego pretendenta (Anspruchberechtigten) z wcześniejszym, któremu fizy-

czne posiadanie pozbytej rzeczy już oddano. Ostatni z odebraniem fizycznego posiadania nabył także właściwą materyalną treść własności, tak zwane naturalne posiadanie, którego on za pomocą exceptio rei venditae et traditae może tak samo bronić przeciw swojemu prawozlewcy, jak i przeciw następcy pod tytułem szczególnym tego prawozlewcy, jeżeli następca o wcześniej nabytem faktycznem posiadaniu wcześniejszego pretendenta wiadomość otrzymał, zatem nie działał w zaufaniu do ksiąg publicznych. To wynika z postanowienia § 1500 ust. cyw., ponieważ także w wypadku zasiedzenia usucapiens do wydania rzeczy nabytej w drodze zasiedzenia hipotecznemu następcy pod tytułem szczególnym tego właściciela, przeciw któremu zasiedzenia dokonano, tylko wtedy zmuszony być może, kiedy następca pod tytułem szczególnym prawo w zaufaniu do ksiąg publicznych nabył".

W ciągu lat kilku pogląd ten się utrwalił, stał się communis opinio najwyższego trybunału, to też rozstrzygnienia późniejsze po roku 1903 nie zawierają obszerniejszych motywów, w kilku dosadnych zwrotach streszczają całe uzasadnienie, odsyłając tem niejako strony do rzeczy powszechnie znanych. Nie znaczy to jednak bynajmniej, jakoby ci członkowie najwyższego trybunału, dla których alfą i omegą prawa jest wpis hipoteczny, zamilkli, nie mogli tylko w senatach przeprzeć swego zapatrywania. Dopiero po śmierci najwybitniejszych zwolenników omawianego obecnie poglądu na rzecz, zwycięża ponownie zapatrywanie, iż nieruchomość przypada temu, który wcześniej wpis hipoteczny uzyskał. Temu ostatniemu zapatrywaniu dają wyraz rozstrzygnienia najnowszej daty, których ton polemiczny jest niezrozumiały dla nieobznajomionego z przebiegiem długoletnich zapasów o interpretacyę § 440 ust. cyw. Przytoczymy wyjątki z wyroku najwyższego trybunału z 22. stycznia 1908 Rv. I. 11/8, który precyzuje dokładnie argumenta zwolenników wpisu hipotecznego. W uzasadnieniu tego rozstrzygnie-

nia powiedziano: „Okoliczności, że pozwany sporny grunt wcześniej kupił, że go powód widział, jak wykonywał akty posiadania na spornym gruncie, są obojętne. Roszczenie powoda ma za podstawę § 440 ust. cyw. Ten przepis znajduje w tem wyjaśnienie, że ustawa cywilna w § 435 jako wymóg stanowi dokument, który ma na celu przeniesienie prawa własności, że w tym dokumencie, albo innym osobnym zawarte być musi zezwolenie na wpis prawa własności nabywcy. O tem, by pozahipoteczne przeniesienie własności wpisanej w księdze gruntowej realności mogło być skuteczne, nie myślała ustawa. W § 440 ustawy cywilnej przewidziano tylko wypadek, że poprzedni właściciel obu osobom oddał dokumenty, które odpowiadają przepisowi § 435 ust. cyw. i o tyle jest usprawiedliwiony napis na marginesie: „Przepisy o kolizyi wpisów“. Kto na podstawie odpowiednich dokumentów naprzód prosił o wpis, staje się właścicielem, druga osoba, która także posiada dokument nadający się do wpisu, nie może uzyskać już więcej rzeczowego prawa własności; aby jednak ten, który nie posiada takiego dokumentu, miał być lepiej postawiony, aby mógł się powołać na swój ważny tytuł i na fizyczne posiadanie w tym celu, iżby prawo własności nabyte przez innego na podstawie dokumentów posiadających przepisaną formę uczynić bezskutecznem i nieważnem, sprzeciwia się ustawie, która zezwala na powstanie prawnego posiadania prawa rzeczowego na nieruchomości w § 321 tylko przez wpis w księgi gruntowe. Ani dowód zawartego kontraktu kupna i sprzedaży, ani dowód przedsięwzięcia aktów posiadania ze strony pozwanego nie są w stanie sprowadzić korzystniejszego załatwienia sprawy dla pozwanego ..... Na wypadek, gdy ktoś już miał możność wpisania prawa rzeczowego do ksiąg gruntowych, tego jednak nie uczynił, wypowiada § 1500 ust. cyw. zasadę, że ten, który w zaufaniu do ksiąg gruntowych rzecz lub prawo nabył, przez to niewpisane prawo nie może być później ograniczony. Ze sta-

nu rzeczy wynika, że pozwany ani w czasie, kiedy powodowie zawarli kontrakt zamiany, ani później nie miał możności uwidocznienia przeniesienia własności w księdze gruntowej, gdyż przedtem brakowało mu dokumentu, potem poprzedni właściciel nie był w możności dokument zeznać, ponieważ powodowie byli już wpisani jako właściciele, ci jednak nie mieli żadnego obligatoryjnego zobowiązania wobec pozwanego". Na tem orzeczeniu wzorowane są rozstrzygnienia najwyższego trybunału najnowszej doby.

IV.

Tak więc po latach kilkudziesięciu wytężającej walki o to, czy myśl ustawodawcy należy wysnuć z całego systemu skodyfikowanych norm prawnych, czy też z brzmienia jednego paragrafu bez związku z innymi, wrócił najwyższy trybunał do stanowiska, jakie zajął w tej mierze jeszcze przed rozpoczęciem kampanii Winiwarter (l. c.). Jeżeliby ktoś mógł mieć wątpliwość, czy ta konkluzya jest trafna, to usuwa ją judykat Nr. 186 (rozstrzygnienie plenisimarne najwyższego trybunału z 28. października 1908 Rv. V, 1545/8). Spór, który dał assumpt do tego judykatu, nadzwyczaj częsty w naszym kraju. Wierzyciel uzyskuje prawo zastawu na nieruchomości w drodze egzekucyi; uzyskanie prawa zastawu opugnuje powód, ponieważ przed wdrożeniem egzekucyi kupił nieruchomość i otrzymał w posiadanie, a tylko wpisanie kontraktu kupna w księgi gruntowe nastąpiło po uzyskaniu egzekucyjnego prawa zastawu. Ten spór skłonił najwyższy trybunał do wydania judykatu następującej treści: „Jak długo akt prawny nabycia nie jest wpisany w księgi gruntowe (§ 431, 451 i 481 ust. cyw.), tak długo kontrakt w celu uzyskania prawa rzeczowego zawarty dostarcza tylko tytułu". Uzasadnienie judykatu brzmi następująco: Prawo własności, na którem skarga oparta, nie istniało jeszcze prawnie w czasie ustanowie-

nia prawa zastawu w drodze egzekucyi, ponieważ według § 425 ust. cyw. sam tytuł nie daje jeszcze prawa własności. To nabywa się tylko przez prawne oddanie i objęcie, a oddanie nieruchomych, w księgę gruntową wpisanych rzeczy, może według § 431 ust. cyw. nastąpić jedynie przez wpis w księgi gruntowe, zaczem jak długo nowy nabywca wpisu nie uzyskał, ten którego własność w księdze gruntowej jest wpisana, jako właściciel uważany i traktowany być winien. Według § 444 ust. 2 ust. cyw. własność nieruchomości zostaje uchylona jedynie przez wykreślenie z ksiąg publicznych. W decydującej chwili stanowiła sporna nieruchomość jeszcze własność zobowiązanego, a powodowi służyło odnośnie do spornej nieruchomości tylko roszczenie obligatoryjne, skuteczne wobec zobowiązanego jako współkontrahenta. Tego rodzaju roszczenie nie usunęło atoli przedmiotu zastawu dyspozycyi zobowiązanego — ponieważ, jak powiedziano, możliwość pozbycia i obciążenia nieruchomości przez wpisanego właściciela trwa tak długo, jak długo ten jako właściciel jest zaintabulowany, bez względu na sprzedaż dokonaną na rzecz trzeciej osoby i bez względu na oddanie posiadania tej trzeciej osobie (§ 440 ust. cyw.) — ani też egzekucyi przeciw pozwanemu nie czyni niedopuszczalną. Powód nabył rzeczowe prawo własności na przedmiocie zastawu dopiero w czasie, gdy ten już po myśli § 21 ust. hip., § 87 ord. egz. i § 443 ust. cyw. był obciążony w prawnie skuteczny sposób prawem zastawu dla wierzytelności przysługującej pozwanemu w obec poprzedniego hipotecznego właściciela, i wskutek tego pozwany po myśli §§ 447 i 461 ust. cyw. uzyskał prawo poszukiwania swego zaspokojenia na zastawie i dążenia do jego sprzedaży licytacyjnej. Z tego punktu widzenia nieuzasadnioną okazuje się przeto skarga zwrócona przeciw dopuszczalności spornego nabycia egzekucyjnego prawa zastawu i przeciw licytacyi uzyskanej celem zrealizowania tegoż. Gdy według § 2 ust. cyw. nikt nie-

świadomością ustawy usprawiedliwiać się nie może, musi powód sam sobie przypisać, jeżeli pozwany obecnie przystępuje do zrealizowania prawomocnie nabytego prawa zastawu, ponieważ powód zaniedbał o to się postarać, aby na podstawie kontraktu kupna i sprzedaży z 1. czerwca 1905 intabulacya prawa własności dla niego w księdze gruntowej została w należytym czasie uskuteczniona.

Możnaby mieć pewne wątpliwości pod tym względem, czy wypadek stanowiący podstawę rozstrzygnienia wymagał wydania judykatu o treści tak obszernej, a na innem miejscu (Aus Anlass der Judicate des Obersten Gerichtshofes Nr. 186 u. 188 von Professor Dr. Friedrich Ritter von Zoll junior, Gerichtszeitung 1910 Nr. 4. bis 5.) zwrócono już uwagę na zadziwiającą krótkość motywowania, na pominięcie obfitej judykatury i literatury, na nieuwzględnienie całego szeregu przepisów, wydanych po wejściu w życie kodeksu cywilnego, mianowicie §§ 22 i 78 ustawy hipotecznej, ustawy z 23. maja 1883 dz. u. p. Nr. 82, § 350 ord. egz. i t. d. Ze stanowiska interesów naszego kraju podniósłbym przeciw judykatowi jeszcze dalsze zarzuty.

Jeżeli księgi gruntowe mają być jedynym drogowskazem dla rozstrzygania ważności interesów prawnych, odnoszących się do nieruchomości, to te księgi gruntowe winnyby przynajmniej odpowiadać wymogom, jakie ustawa dla ich założenia i prowadzenia stanowi. Tymczasem księgi gruntowe założono w Galicyi w sposób tak wadliwy, tak pobieżny, że celem ich zrektyfikowania wydano ustawę z 11. grudnia 1906 dz. u. p. Nr. 246.

Skoro więc w drodze ustawodawczej uznano konieczność poprawy ksiąg gruntowych, to judykatura, która niepoprawione księgi czyni dla stron obowiązującemi, nie wypełnia swego zadania, polegającego w zastosowaniu, a nie w poprawianiu lub uchylaniu ustawy. Lecz nie tylko samo istnienie ustawy z 11. gru-

dnia 1906, dz. u. p. Nr. 246, ale i treść jej wykazuje mylność poglądu najwyższego trybunału wyrażonego w judykacie Nr. 186. Podczas gdy najwyższy trybunał oddaniu nieruchomości we fizyczne posiadanie odmawia wszelkiej doniosłości pod względem ukonstytuowania prawa własności, to wspomniana wyżej ustawa w §§ 1 i 28 stawia jako cel „sprostowanie stanu hipotecznego nie zostającego w zgodzie z faktycznym stanem posiadania“ a w § 9 ust. 4. rolę pozwanego — w razie sporu — przeznacza faktycznemu posiadaczowi, czem niedwuznacznie dała do poznania, że pierwszeństwo przyznaje temu, który rzecz ma we władaniu, a nie temu, kto uzyskał wpis hipoteczny.

Myśl tę wyraża jeszcze jaśniej § 28 rozp. wykonawczego ministerstwa sprawiedliwości i finansów z 11. października 1907, dz. p. p. Nr. 243 w słowach: „aby stworzyć podstawy do wpisania w księgach gruntowych rzetelnego faktycznego posiadacza jako właściciela“. — Jeżeli mimo tych przepisów, po wejściu w życie ustawy z 11. grudnia 1906 najwyższy trybunał odnośnie do Galicyi wypowiada zasadę, że własność nieruchomości oceniać można jedynie według wpisu hipotecznego, to difficile est satiram non scribere. Atoli pogląd prawny wyrażony w judykacie Nr. 186 za ostatni wyraz judykatury uważany być nie może, bo w kilka miesięcy po nim zapadło rozstrzygnienie plenissimarne najwyższego trybunału z 13. stycznia 1909 Rv. 2049/8 zawierające judykat Nr. 188. Analogia między oboma judykatami jest jasna: w pierwszym wypadku roztrząsano pytanie, czy nieruchomość mimo jej pozbycia, należy jeszcze do majątku pozbywcy jedynie dlatego, że nowy właściciel nie uzyskał wpisu w księgi gruntowe, w drugim zaś wypadku pytano o to, czy wierzytelność, dla której prawo zastawu w księgach hipotecznych cięży, może mimo zaspokojenia być uważana jeszcze jako mienie zaspokojonego wierzyciela. Mimo podobieństwa zachodzącego między tymi sporami, zapadają sprzeczne

z sobą rozstrzygnienia, sprzeczne judykaty, różniące się zasadniczo w poglądach prawnych, wyrażonych w motywach. Uzasadnienie nadzwyczaj obszerne i wyczerpujące judykatu Nr. 188 streszcza się bowiem w krótkości w następujących zdaniach: Nie jest słusznem twierdzenie, że formalna prawomocność wpisów wynika z zasady jawności i że dlatego każda trzecia osoba jest uprawniona, korzystać z tej formalnej prawomocności. Tylko wzgląd na obieg prawny wymaga obrony trzeciego, który w nieświadomości rzeczywistego stanu rzeczy coś nabywa, co formalnie, jakkolwiek nie materyalnie, prawnie istnieje. Prawne bezpieczeństwo nabycia prawa na przedmiocie hipotecznym, jest przedewszystkiem od tego zawisłe, aby nabywającemu było wiadome uprawnienie pozbywającego. Tej wiadomości udziela mu księga gruntowa, której treść uprawniony jest wziąć za podstawę swego postanowienia, czy interes prawny z formalnie uprawnionym ze względu na przedmiot zawrzeć może... Odnośnie do nieruchomości rozporządza materyalnie już nieuprawniony, ale formalnie jeszcze uprawniony mocą swego wpisu w księdze gruntowej przysługującem mu prawem hipotecznem na rzecz nabywcy w dobrej wierze... Trafne pojęcie celu polega na tem, że zaufanie do ksiąg publicznych ma doznać poparcia. Temu, który zawiera interes prawny z uprawnionym wedle treści księgi gruntowej i to interes, który właśnie tego prawa dotyczy, winno służyć prawo uważania wpisu w księdze gruntowej, odnoszącego się do przedmiotu interesu prawnego, za prawdziwy. Księga gruntowa nie jest księgą wywiadowczą o majątku i zdolności kredytowej tego, z którym ma się zawrzeć umowę, tylko dowodem uprawnienia tego, kto dysponuje przedmiotem wpisu hipotecznego. W tych rozmiarach zasada jawności znalazła wyraz w §§ 891 i 892 niemieckiej ustawy cywilnej, które jasno postanawiają, że za tym, na rzecz którego wpisane jest prawo w księdze gruntowej, przemawia domniemanie, iż jemu prawo przysługuje.

Tak więc w niespełna trzy miesiące po judykacie Nr. 186 wydaje najwyższy trybunał judykat Nr. 188, którego umotywowanie co do istoty rzeczy, co do doniosłości wpisów uzyskanych w księgi gruntowe, zbliża się bardzo do poglądów prawnych wyłuszczonych pod II. i IV., jakkolwiek punkt wyjścia jest inny.

Wobec tego stanu rzeczy, mimo całej apodyktyczności judykatu Nr. 186 nie podobna walki o interpretacyę § 440 ust. cyw. uważać za skończoną, nie podobna oprzeć się myśli, że w drodze interpretacyi znajdzie urzeczywistnienie postanowienie kodeksu terezyańskiego: „Es wäre denn, dass der Eingetragene von dem ersteren Kauf oder sonstiger Übertragung gute Wissenschaft gehabt zu haben überwiesen werden könnte, in welchem Falle ihm sein Betrug zum Nachteil des Anderen nicht zu statten kommen kann".

Nowe poglądy na stanowisko sędziego cywilnego przy stosowaniu ustaw.

(Referat na V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich).

Napisał

Szymon Rundstein.

I.

W poglądach na stanowisko sędziego przy stosowaniu ustaw daje się zauważyć w czasach ostatnich charakterystyczny przełom, zwiastujący odrodzenie nauki o wykładności prawa. Dawna „hermeneutyka", od glossatorów ród swój wywodzą a „ars interpretandi", wychowana w tradycyjnej czci dla litery prawa, dla woli prawodawcy — nie zdołała wykazać warunków dalszego naturalnego rozwoju. Zredukowana do kilku twierdzeń ogólnikowej natury, powtarzanych bezkrytycznie z pokolenia w pokolenie, trwała w stanie bezwładu aż do dni ostatnich. Podstawową zasadę tradycyjnej hermeneutyki stanowi pogląd, iż przystosowanie normy prawnej do przejawów życiowych polega wyłącznie na operacyi logicznej, na zestawieniu przesłanek sylogistycznych, które w wyniku ostatecznym prowadzą do nieomylnych, niejako „przedustanowionych" wniosków. Oczywiście ani wzgląd na praktyczną zastosowalność osiągniętych drogą mechaniczną wniosków, ani konieczność liczenia się z momentami „pozaprawnemi", które tkwić mogą w ze-

składzie faktycznym, jako w jednym z terminów sylogizmu, nie odgrywa żadnej roli przy stosowaniu ustawy. Od Donellusa poczynając a kończąc na Windscheidzie i szkole jurysprudencyi pojęciowej, prawo obowiązujące pojmuje się jako systemat sam w sobie zakończony, zawierający in nuce wszelkie rozwiązania, które jedynie drogą odpowiedniej subsumcyi, zestawienia i „przetasowania“ niewzruszonych, w osnowie systematu tkwiących zasad osiągnięte być mogą. Rola sędziego jest tedy tylko mechaniczną: skrępowany wolą prawodawcy, winien być posłusznym automatem; wolno mu co najwyżej w zakresie ściśle sformułowanych zasad ustawowych poszukiwać możliwych intencyj, podstaw przewodnich myśli prawodawczej; po to wszakże, by z tych drogą logicznej abstrakcyi ustalonych przesłanek dojść do zasad już bezpośrednio z wyraźną osnową ustawy połączonych, bez żadnych odchyleń i odstępstw od systematycznego całokształtu prawa. O prawotwórczej — nawet w ścieśnionym zakresie — funkcyi sędziego mowy być nie może i wszelka samodzielność i swoistość w stosowaniu prawa, wszelkie pomijanie lub odchylenie się od ustalonych ratione imperii granic systematu prawnego uchodzi za napiętnowania godną „aequitas cerebrina“.

W tak sformułowanym poglądzie na rolę sędziego tkwi wszakże zasadnicza sprzeczność.

Stosowanie ustawy nie jest i nie było nigdy operacyą wyłącznie logiczną. Pogląd na całokształt prawa, jako na zamknięty sam w sobie systemat logiczny, na ukryte w tym systemacie „konstrukcye“, które in hypothesi już z chwilą ogłoszenia prawa istnieją, a in thesi, w każdym poszczególnym wypadku tylko „wykryte“ być winny — jest złudzeniem, wynikającem z braku perspektywy w ujęciu i zrozumieniu genezy oraz funkcyj prawa. Gdyby nawet przypuścić, iż ustalenie skutków prawnych, wynikających z zastosowania normy do pewnego przejawu życiowego, jest ope-

racyą wyłącznie logiczną — to zastanowienie się nad właściwym mechanizmem owego „niby-sylogizmu“ wyjaśni odrazu bezpodstawność takiego poglądu. Otóż hermeneutyka dawnego autoramentu ustanawia celem uskutecznienia powyższej operacyi logicznej szereg prawideł wykładni, zasad przewodnich, któremi sędzia przy wykryciu myśli i intencyi prawa kierować się powinien. Posiadamy tedy niejako zupełną metodykę wykładni, znamy jej sposoby (wykładnia gramatyczna, historyczna, logiczna), możliwy zakres (interpretatio extensiva, lata, declarativa, stricta, restrictiva, analogia) i odcienie argumentacyi (a contrario, e silentio). Takie oto „instrumentarium“ posiada sędzia, gdy przystępuje do stosowania prawa. Ale tradycyjna hermeneutyka nie wyjaśnia i nie wskazuje, kiedy i przy jakich warunkach stosować należy ten a nie inny sposób wykładni. Nie wyjaśnia też, w jakim zakresie (ścieśnionym, szerszym lub najszerszym) stosować należy dany środek pomocniczy. Nie mówi wreszcie, który ze środków rebus sic stantibus najlepiej do wykrycia intencyi i myśli prawodawczej prowadzi. Ogranicza się tedy na ustanowieniu prawideł; pozostawia tedy wybór i zastosowalność środków pomocniczych uznaniu sędziego. Uznanie zaś w tym wypadku może być tylko dowolnością.

Ustalenie więc zasad wykładni bez wskazania konieczności i celowości stosowania owych prawideł w zależności od ukształtowania poszczególnego wypadku, brak — jednem słowem — wskazówek, dlaczego ten a nie inny „zabieg“ interpretacyjny użyty być winien — pozbawia całą metodologię dawniejszą wszelkiej wartości. Zresztą jest rzeczą powszechnie wiadomą, iż prawidła owe stosują się ad hoc t. zn. w zależności od już uprzednio w umyśle sędziego sformułowanego wyniku, że mogą być naginane dowolnie i że przeto zależnie od wypadkowego doboru prowadzić mogą do wyników wręcz sprzecznych. Ja-

kiż n. p. posiadamy niezmienny sprawdzian co do stosowania argumentu a contrario lub ex analogia?

Słusznie przeto twierdzi Wurzel, że żadne prawidła nie spotykają takiego niedowierzania jak t. zw. zasady wykładni[1]).

Ale owa metodologia, pozbawiona w istocie rzeczy wszelkiej podstawy teleologicznej, ów „modus procedendi“ bez ustalenia celowości i konieczności każdego poszczególnego zabiegu — wykazuje inne jeszcze w założeniu samej metody tkwiące braki. Pogląd, iż t. zw. konstrukcya opiera się wyłącznie na przesłankach pojęciowych, nie zależnych od treści i oceny normy w stosunku do danego zeskładu faktycznego, jest tylko złudzeniem. Czyż rzeczywiście dzięki ustaleniu sprawdzianów wyłącznie pojęciowych, opartych na formalnie-logicznem ujęciu normy, osiągnąć się dają wyniki bezwzględne i bezwzględnie słuszne w zastosowaniu do wszelkich możliwych przypadków konkretnych. Nie zaprzeczamy znaczenia konstrukcyi, jako koniecznej ujednostajniającej i upraszczającej syntezy zjawisk prawnych: atoli ustalenie przewodniej zasady w drodze konstrukcyjnej nie prowadzi bynajmniej do ustanowienia bezwzględnych pewników logicznych, z których per subsumptionem osiągać się dają jakoby niewzruszone wyniki. Rozumowania konstrukcyjne wydawać się mogą jako wyłącznie pojęciowo-logiczne operacye; w istocie zaś rzeczy muszą polegać na uprzedniem wartościowaniu istoty normy oraz stosunku faktycznego, pozostawać mającego w sferze czy też poza sferą panowania danej normy. Ustalenie zasady, a co ważniejsze, ustalenie związku owej zasady ogólnej z pojęciami gatunkowemi i specyalnemi, które znajdują zastosowanie przy określeniu skutków prawnych in concreto, nie polega na zwykłej subsumcyi logicznej i bez uprzedniej jakościowej oceny zarówno w kwestyi zastosowalności tej lub owej zasady, a też

[1]) Wurzel. Das juristische Denken 1904, str. 28.

w kwestyi celowości związku zasady ogólnej z jej poddziałami — nie ma stosowania prawa[1]).

Nieświadomie niekiedy przemyca się pod flagą konstrukcyi oceny i wartościowania normy, jej możliwych skutków w zastosowaniu do danych przypadków; obiera się tę a nie inną drogę wykładni pod wpływem poglądów na ewentualny (szkodliwy lub pożyteczny) wynik subsumcyi. Ileż razy względy na cel stosowania danej normy, na jej wartość wewnętrzną w zależności od okoliczności sprawy, uchodzi za czynnik jedynie miarodajny, aczkolwiek wykładnia i stosowanie prawa odbywa się pod maską operacyj wyłącznie niby-logicznych. Owo wartościowanie polega tedy nie na rozumowaniu wyłącznie formalnem, lecz kieruje się pewnymi aktami woli i uczucia, miarodajnymi dla osoby stosującej prawo. Sędzia nie jest automatem logicznym, żywym warsztatem sylogizmów. Ileż razy sędzia winien kierować się oceną materyalnej treści przepisu, jako zeskładem pewnych przez ustawę pomyślanych i pożądanych wartości! Przez powiązanie wartościowania normy z najwyższym celem prawa, przez odpowiednią subsumcyę (która odgrywa już tylko rolę podrzędną, nie zaś pierwszorzędną, jak to przypuszczała szkoła jurysprudencyi pojęciowej), osiąga sędzia rozumową ocenę poszczególnej normy (Werturteil). Moment formalny, logiczny, tak charakterystyczny zresztą dla pojęcia o prawie, nie zatraca się bynajmniej. Słusznie zauważył Rumpf w pięknej pracy „Gesetz und Richter, Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung“ (1906), iż wartościowanie samo przez się nie jest operacyą logiczną, ale na mocy procesu wartościowania odszukana zasada naczelna jest założeniem logicznem, uzależniającem drogą naturalną wynik poszczególny[2]).

[1]) Uzasadnienie tej tezy zob. w pracy holenderskiego prawnika Meijers'a, Dogmatische Rechtswetenschap 1903.

[2]) Zob. str. 51 i specyalnie roz. IX „O związku wartościowania z myśleniem“. O pracy Rumpfa por. mój artykuł „Z no-

Badanie wyników orzecznictwa konstrukcyjnego prowadzi zresztą do wniosku, że nawet przy ustaleniu jednolitej zasady przewodniej w danym zakresie stosunków prawnych osiągane być mogą zupełnie sprzeczne wyniki, aczkolwiek rozumowanie sędziego opiera się na jakoby-logicznych operacyach dedukcyi, redukcyi i indukcyi. Ileż razy zresztą zaobserwować się daje, iż w wypadku, gdy bezwzględne, prostolinijne stosowanie wyników konstrukcyi prowadzi do rozwiązań sprzecznych z potrzebami obiegu i z poczuciem prawnem ogółu — iż wtedy sędzia drogą nadzwyczajnych niekiedy „łamańców“ logicznych wynik niepożądany odwrócić się stara i znów przez niby-logiczne rozumowanie uzasadnia odmienne, a z nakazami życia praktycznego zgodne rozumowanie! Niekiedy znów gdy prostolinijne stosowanie konstrukcyi prowadzi — ze względu na swoiste ukształtowanie zeskładu faktycznego — ad absurdum, sędzia przez sztuczne zastosowanie argumentu e contrario stara się osiągnąć niby-logiczne rozwiązanie, nie kłócące się z wymaganiami życia. I znów konstrukcya gra tylko rolę szablonu, pod którym kryje się treść, niezależna bynajmniej od zestawień, połączeń i kombinacyj pojęciowych. Dlatego też słusznie nazywa Fuchs metodę konstrukcyjną, która, w istocie rzeczy, pod osłoną gry pojęć kryje wartościowanie, a niby-logiczny wynik subsumcyi nagina do pod progiem świadomości tkwiących ocen — metodą krypto-socyologiczną[1]): nieświadomie, pod osłoną konstrukcyi, sędzia wyrok swój wydaje pod wpływem samoistnej oceny i wartościowania; ze względu na tę ocenę swoiście przekształca i nagina konstrukcyę, aby tylko zachować pozór, iż

wszych badań filozoficzno-prawnych“ Gazeta Sądowa 1907 r. Nr. 14 nast.

[1]) Por. Fuchs, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz 1908, str. 23, 24 i tegoż autora słynne dzieło polemiczne „Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz“. 1909.

rozumowanie jego jest wyłącznie logiczną kombinacyą pojęć: w istocie zaś rzeczy świadomość i poczucie prawne w połączeniu ze względami na potrzeby obiegu w sposób utajony wpływa na wyniki konstrukcyi.

Krytyka jurysprudencyi pojęciowej, którą w tak świetny sposób zapoczątkował jeszcze Ihering, prowadzi z konieczności do poddania rewizyi roli sędziego przy stosowaniu ustaw. Tem bardziej, iż współczesne ustawodawstwo zarzuciło oddawna kazuistyczny sposób redagowania norm prawnych; iż ustalając bądź normy o abstrakcyjnym zakresie, bądź uciekając się do przepisów in blanco, które uznaniu sędziego najszersze pozostawiają pole, — zmusza go niejako do liczenia się z oceną i wartościowaniem zeskładu faktycznego. Poza tem zaś prawodawca współczesny rozumie doskonale, iż przy ciągłej zmienności życia współczesnego norma prawna i skrystalizowany w niej przepis nie mogą obejmować zjawisk, które, po wydaniu ustawy, w życiu prawo obywatelstwa zyskują, gdy zaś istnieją niedomówienia i luki w prawie obowiązującem, którego ciężka i powolna maszyna ustawodawcza ad nutum nowej regulacyi poddawać nie może — koniecznem jest tedy uznanie pełnomocnictw sędziego w zakresie wypełniania luk — a więc pośrednie uznanie jego roli prawotwórczej. Współczesna technika prawa stanowionego szczególną predylekcyę okazuje dla t. zw. wskaźników pozaustawowych i prawodawca sam niejako sankcyonuje lukę, gdy w danej normie ustala, iż przy jej zastosowaniu sędzia kierować się winien samoistnymi wskaźnikami. Wskaźniki te mogą być wyraźnie w ustawie określone — n. p. jako uznanie sędziego lub jako normy zwyczajowe (dobra wiara w łączności z zwyczajem potocznego życia, Verkehrssitte niemieckiego kodeksu cywilnego). Lub też ustawa zawiera jedynie wskaźnik milczący, który w każdym poszczególnym wypadku przez sędziego określony być winien. Ma to miejsce

w tych głównie wypadkach, gdy norma prawna zawiera w sobie pewne oceny (Wertbegriffe) n. p. „dobre obyczaje“, „porządek publiczny“, „słuszność“, „nadużycie prawa“, „przyczyna godziwa“, „przyczyna ważna“, „pilność przeciętna“ i t. d. Treść tych pojęć nie tkwi w samej normie — norma wskazuje na sferę pozaprawną, z której sędzia czerpać winien poznanie owej oceny i ocenę tę przystosować do podlegającego wyrokowania zeskładu faktycznego. Tu nie zachodzi wyraźne wskazanie na zwyczaje powszechnie w obiegu przyjęte, które łatwo mogą być ustalone i jako treść normy do niej per se włączone — lecz wskaźnik ustawowy żąda poprzedniej oceny, którą osiąga się przez zbadanie konkretnego zeskładu łącznie z powszechnie przyjętemi pojęciami obiegu, milcząco w ustawie wskazanemi[1]). „La loi n'est pas le droit“ — oto zasada metodologiczna, o której nie wolno zapominać sędziom współczesnym.

A więc orzeczenie sędziego nie może opierać się wyłącznie na subsumcyi logicznej. Otwiera się dlań szerokie pole ocen podmiotowych — oczywiście nie w znaczeniu bezwzględnej dowolności, lecz w sensie konieczności samodzielnego ustalania sprawdzianów, na które ustawa bądź milcząco, bądź wyraźnie wskazuje. Sprawdziany te są jedynie granicą, ustaloną przez ustawę. Ustawa zakreśla linię, której sędziemu przekroczyć nie wolno; ale nie zakreśla treści pojęć, które w obwodzie i zakresie linii granicznej zyskały prawo obywatelstwa. Wprawdzie łatwo obejść kwestye, opierając się na twierdzeniu, iż ocena, dopełniająca normę (Ausfüllungsbegriff) tkwi nie w osobistem przekonaniu i poglądzie sędziego, lecz w przeciętnem wartościowaniu, typowem dla danej społeczności lub dla poszczególnej grupy społecznej. Ale jak to war-

[1]) Por. dokładną analizę umyślnie przez ustawę pozostawionych luk — w pracy Kiss'a, Gesetzauslegung und „ungeschriebenes“ Recht 1911 (przedruk z „Iherings Jahrbücher“. T. XXII., str. 56 n.

tościowanie przeciętne określone być może jako sprawdzian, chociażby w przybliżeniu przedmiotowy? Gdzież szukać należy wspólnego punktu krzyżujących się ocen społecznych — szczególnie w czasach dzisiejszych, w czasach zaostrzonych sprzeczności i walk, gdy nawet klasy społeczne, więzami narodowemi — nie mówiąc już o państwowych — połączone wzajemnie zrozumieć się nie mogą? W tym zakresie najściślejszy nawet zespół rozumowań logicznych nie daje rozwiązania kwestyi prawnej — a więc twórczość sędziego, wolna od powijaków sylogistyki, musi kierować się samoistnem wartościowaniem z uwzględnieniem czynników psychologicznych i gospodarczych w tych granicach, które norma prawna sama zakreśliła.

Poza tem i sędzia niejednokrotnie — a szczególnie wobec właściwości współczesnej techniki ustawowej i szybkości rozwoju gospodarczego — staje przed luką prawną i ustawa nie daje mu żadnego wskaźnika, a rozwiązanie zagadnienia poszczególnego musi być ustalone. A nawet w tych wypadkach, gdy ustawa powołuje się na sprawdziany, które pomocne być mają sędziemu przy rozwiązaniu pominiętej w prawie stanowionem kwestyi — bynajmniej nie wskazują one, w jaki sposób wytknięty przez nie cel ostateczny osiągnięty być może. Cóż bowiem mówią pojęcia jak n. p. „natura rzeczy“, „duch ustawodawstwa“, „naturalne zasady prawne“? Lub czyż nawet wskaźnik, nadany sędziemu przez art. 1. nowego kodeksu szwajcarskiego, który przelewa nań w pewnych wypadkach funkcye prawodawcze, nie prowadzi en dernière analyse do wartościowań i ocen wyłącznie subjektywnych, aczkolwiek sędzia winien zawsze i ciągle mieć na oku łączność z podłożem kulturalnem systematu prawnego, jako jednolitej całości. Zresztą sędzia, jako niby-prawodawca, przy ustaleniu normy kieruje się pojęciami ogólnikowemi — jako to „miarodajne potrzeby życia“, „ocena interesów“, „uzgodnienie luki

z całokształtem systematu prawnego“ [1]): pojęcia te są raczej określeniem celu, do którego dąży sędzia, nie zaś wyszczególnieniem środków i sposobów, które do owego celu prowadzą.

Gdy tedy konstrukcye pojęciowe i formalne nie tworzą istotnego wątka metologicznego przy stosowaniu ustaw — powstaje eo ipso pytanie: w jaki sposób dawna i za bezowocną uznana metoda wykładni przez inną doskonalszą zastąpioną być może? Odpowiedź na to dają nam najnowsze, w współczesnem prawoznawstwie nurtujące prądy: logika konstrukcyjna winna być zastąpiona przez wolne, niekrępowane poszukiwanie prawa, przez prawotwórcze funkcye sędziego (t. zw. „Freie Rechtsfindung“).

Na czem polega ta nowa metoda? Zdaniem naszem jej zasadniczą cechą jest ustalenie ewentualnych przy stosowaniu prawa koniecznych sprawdzianów, niezależnych od zasad prawa stanowionego i sformułowanych jako samoistne oceny gospodarcze, etyczne i polityczne. Prawo stanowione nie określa treści owych samoistnych ocen i by treść tę ustalić trzeba zbadać dany przejaw życiowy, nie zaś ustawę samą, która jest tylko częściowem a niekiedy niedokładnem — bo z rozwojem obiegu niewspółmiernem — ujęciem życia. Konstrukcya i wykładnia logiczna nie oddają dokładnie nawet tych ocen, które tkwią w samej ustawie: albowiem konstrukcyjne poszukiwanie prawa polega w istocie rzeczy nie na ocenie zasad, lecz na formalnem ich zestawieniu i kombinacyi. Wolne zaś poszukiwanie prawa w pierwszej linii stara się ustalić, czy dany zeskład norm prawnych nie zawiera w sobie samoistnej, przez samą ustawę już sformułowanej oceny (t. zw. „immanente Werturteile“). Ocena ta może być bezpośrednia, bądź też

[1]) Por. w tej kwestyi Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches 1908, str. 103, 108, 109, również M. Rümelin, Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns 1908, str. 32 n.

należy ją wyeliminować z całego szeregu norm wtórnych lub szczegółowych. Gdy jednolita ocena na mocy materyału ustawowego wykryć się nie daje, wolno sędziemu czerpać sprawdzian ostateczny z przejawów obiegu i tą drogą osiągnięte wartościowanie uznać za podstawę wyrokowania. Jeśli zaś ustawa sama wskazuje na oceny, które leżą poza obrębem norm stanowionych, lub gdy prawo stanowione danego zeskładu faktycznego ani wyraźnie ani milcząco nie uregulowało — wtedy sprawdzian leży w zupełności poza granicami ustawy i winien być poszukiwany w samoistnem wartościowaniu miarodajnych in statu causae pojęć etycznych, zwyczajnych, gospodarczych lub niekiedy nawet politycznych. Wszędzie zaś — o ile sędzia samoistne tworzy oceny i o ile nie krępuje go wyraźny per se kategoryczną ocenę zawierający przepis prawa, przysługuje mu możność przekroczenia granic ustawowych: sędzia nie jest wiązany literą prawa; kształtuje normy ustawowe w zależności od potrzeb obiegu — i to nie tylko w tej granicy, którą mu ustawa zakreśla: przysługuje mu bowiem pełnomocnictwo przekształcania i zmieniania prawa, o ile wartościowanie faktów i możliwych skutków prawnych prowadzi do wyników, niezgodnych lub pominiętych w regulacyi stanowionej. Wreszcie gdy zgodnie z wewnętrznem przekonaniem sędziego litera ustawy lub miarodajne w niej oceny sprzeczne są z potrzebami obiegu lub duchem czasu, wolno mu rozstrzygać spory wbrew przepisom ustawowym, tworzyć normy w zeskładzie stanowionego prawa nieznane, jednem słowem wolno mu stać się jakoby prawodawcą. Nowy kierunek metodologiczny uznaje wprost prawotwórczą funkcyę sędziego[1]).

Oto ogólne podstawy nowej metodologji. Zasadniczą jej cechę stanowi to, iż dopuszcza ona rozwią-

[1]) Zob. uwagi co do charakterystyki naszej szkoły w mojej pracy „Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins“ w „Archiv für Bürgerliches Recht“. Tom 34.

zania contra legem; że w znacznym stopniu przychyla się do wyrokowań praeter legem — w zestawieniu z dawną metodą konstrukcyjną, która ten drugi, w porównaniu z otwartem obejściem ustawy łagodniejszy sposób odchylenia od woli prawodawczej, dopuszczała przy zachowaniu pewnych restrykcyj. Wreszcie, nawet w zakresie ustawowym (intra legem) pozostawia sędziemu większą możność wyboru, nie krępuje go więzami konstrukcyi, a zezwala na ocenę normy, która przy formalistycznem pojmowaniu prawa uchodzi za dogmatyczny, niedopuszczający krytyki punkt wyjścia.

Przy ocenie nowej metodologii zastanowić się należy nad zakresem samodzielności sędziowskiej, gdyż uznanie funkcyj prawotwórczych wymaga określenia, kiedy i w jakich wypadkach dopuszczalne jest orzecznictwo wbrew lub w pominięciu ustawy. Koniecznem jest tedy ustalenie pewnego stopniowania owej władzy sędziowskiej, która w mniemaniu zwolenników nowej szkoły staje się nieograniczoną, bodaj że nie absolutną. A przy tem określeniu stosunku do ustawy winniśmy zastanowić się również nad temi sprawdzianami, które nadawać mają pewien określony kierunek wszelkim wartościowaniom i ocenom sędziowskim. W tej zaś szczególnie dziedzinie należy zwrócić uwagę, czy w ustaleniu sprawdzianu nie kryją się pewne niebezpieczeństwa dla jednolitego stosowania ustawy; czy względy pozaprawne nie prowadzą w pewnych wypadkach do zboczeń i odchyleń od prostolinijnej na pierwszy rzut oka zasady.

II.

Przy ustaleniu zakresu samodzielności sędziowskiej i stopniowaniu funkcyj orzecznictwa musimy z natury rzeczy zastanowić się nad punktami stycznemi nowej metodologii z dawnym kierunkiem wykładni formalnej i pojęciowej. Otóż okazuje się, iż punktów stycznych jest więcej niżby zdawać się mogło.

Gdy niedawno jeszcze przedstawiciele kierunku konstrukcyjnego odrzucali zupełnie rewolucyjną metodę samoistnej oceny wartości prawnych — dziś nie zaprzeczają już konieczności kierowania się sprawdzianami, niezależnymi od podłoża dogmatycznego. Idzie im jedynie o to, by wyeliminować te przejawy nowego kierunku, które nie liczą się ani z brzmieniem ani z duchem ustawy, a prowadzą do niekrępowanej żadnymi więzami samodzielnej twórczości sędziowskiej. W granicach prawa stanowionego nowa metodologia zyskuje zupełne prawo obywatelstwa — spór zachodzi jedynie w kwestyi, czy granice te są niewzruszone, czy sprawdziany, niezależnie od woli ustawodawczej, prowadzić mogą do przekroczeń i przekształceń normy. Poza tem stronnikom jurysprudencyi pojęciowej idzie o to, by w zakresie stosowania nowej metody nie zapoznawać znaczenia konstrukcyi, jako niezbędnego czynnika syntezy prawnej. Zachodzi więc kwestya co do stosunku konstrukcyi do owych poprzednio zobrazowanych wartościowań, niezależnych od gry pojęć, a opartych na badaniu i rozumieniu przejawów życia rzeczywistego. Otóż stronnicy jurysprudencyi pojęciowej coraz bardziej przychylać się poczynają do poglądu, iż pierwiastki konstrukcyjne, uznane być winny jedynie za środek pomocniczy: konstrukcya ułatwia pojmowanie materyi prawnej, ujednostajnia i upraszcza niezróżniczkowane przepisy, sprowadza je w miarę możności do jednego mianownika, tworzy syntezę konieczną przy stosowaniu prawa. Sohm, początkowo zasadniczy przeciwnik nowego kierunku, w czasach ostatnich wypowiada pogląd, iż konstrukcya, jako taka, uznana być winna jedynie za środek pomocniczy, iż nie tworzy ona wyłącznej treści oraz osnowy prawoznawstwa, iż tylko jako „forma ujęcia“ materyi prawnej (Form der Darstellung) rościć może pretensye do samoistnych funcyj naukowych. A niedawno wszak jeszcze ten sam Sohm twierdził z emfazą, że zasadnicze pojęcia prawne są niewzruszoną ostoją, niezależną od

zmiennych warunków życiowych, że tkwiące w podłożu konstrukcyjnem uogólnienia wieki potrwać mogą[1])! Dziś postać rzeczy się zmieniła: metoda konstrukcyjna zdegradowana do roli służebnicy uchodzi jedynie za sposób ujęcia materyi prawnej: na podstawie zaś tego ujęcia, dzięki ułatwieniu w percepcyi niezróżniczkowanych przepisów — sędzia niezależnie od więzów logiki formalnej tworzy samoistne oceny faktu i daje rozwiązania, aczkolwiek na podstawie konstrukcyi, lecz niezależnie od jej konsekwencyj ostatecznych. Moment celowy przeważa nad momentem logicznym: w sposób bardzo plastyczny przewagę tę ujął Saleilles, nie odrzucając bynajmniej znaczenia koncepcyj prawnych, jako owej „part d'idéalité", koniecznej dla ujęcia wszelkiego stosunku prawnego. Drastycznie charakteryzuje Saleilles ową wtórną, prawie podrzędną rolę konstrukcyi: nie możemy nie przytoczyć tych słów znamiennych, zawierających niejako wyznanie wiary: „presque toujours — mówi Saleilles — la construction elle-même est dominée, sans qu'on se l'avoue formellement, par le but primordial qui en a inspiré la recherche, celui de tel résultat à déduire d'un principe. On veut d'abord le résultat, on trouve le principe après; telle est la genèse de toute construction juridique" [2]).

Jeśli uznajemy metodę formalną, jako środek pomocniczy przy stosowaniu metody celowej, zgodzić się musimy na współdziałanie tych sposobów ujęcia

---

[1]) Por. Sohm, Ueber Begriffsjurisprudenz, Deutsche Juristen-Zeitung XIV str. 1019 n. „Begriffsjurisprudenz loc. cod. XV str. 114 n. — i dawniejszy wywód tego autora w „Archiv für bürgerliches Recht XXVIII str. 176: ...„von Wind und Wellen der Gegenwart nicht bewegter Wert der rechtlichen Grundbegriffe...."

[2]) Saleilles, De la personalité juridique. Histoire et théories 1910. str. 45, 46.

materyi prawnej [1]). Ale nie rozstrzygamy bynajmniej kwestyi, w jakim stosunku do prawa stanowionego pozostają sprawdziany, uzyskane na podstawie samoistnych ocen celowych, nawet gdy te ostatnie powstają zgodnie z wynikami syntezy konstrukcyjnej. Kwestya ta — w formie oczywiście ukrytej — powstaje również przy wyłącznem stosowaniu metody konstrukcyjnej: gdyż i tu zachodzi może wątpliwość, czy wolno na podstawie wyników konstrukcyjnych, zgodnych być może w założeniu z podstawą prawa stanowionego, aprobować rozwiązania, niezgodne lub odskakujące od litery normy ustawowej. Przy połączeniu metody formalnej z celową kwestya ta jest zasadniczą: czy i w jakim zakresie prawotwórcza funkcya sędziego prowadzić musi do rozwiązań, leżących poza granicą ustawy, lub też wprost z duchem ustawy sprzecznych?

Radykalny kierunek w zakresie wolnego, niekrępowanego poszukiwania „słusznego prawa“ uznaje bezwzględną zasadę, iż jako prawidło ustalić należy możność przekraczania granic ustawowych, przeistaczania normy stanowionej w imię celowości, w imię uzgodnienia faktu z najbardziej mu odpowiadającą regulacyą prawną. Kierunek umiarkowany, oparty na syntezie momentu celowego i logicznego, nie uznaje niekrępowanej niczem wolności sędziowskiej: wolne poszukiwanie prawa możliwe jest w zakresie ustawowym lub w obrębie pozostawionym uznaniu sędziego skutkiem luk w prawie lub na mocy

[1]) por. monistyczną teoryę Brütt'a, die Kunst der Rechtsanwendung 1907 str. 163: „In Wahrheit ist das teleologische, wie das logische Moment gleich notwendig: ersteres ist das treibende Moment, die inhaltliche Seite der Rechtsanwendung, letztere ist dagegen die Form, in der sich die teleologische Erwägung entfalten muss“.

bądź wyraźnych, bądź milczących wskaźników samej ustawy [1]).

Tak zakreślona „differentia specifica“ nie jest bynajmniej, zdaniem naszem, zasadniczą. Albowiem metoda wykładni konstrukcyjnej nie wyłącza wcale możności stosowania prawa wbrew wyraźnym przepisom ustawy: niejednokrotnie wynik rozumowań formalnych znajduje się w rażącej rozbieżności z literą ustawy i tylko dzięki karkołomnym operacyom logicznym wykładnia ustala sztuczny związek pomiędzy zasadą prawną a wynikiem z nią sprzecznym. Idzie wtedy tylko o zachowanie pozorów łączności, o uzgodnienie wyniku z podstawą prawną, przez ten wynik w rzeczywistości obrażoną, w istocie zaś rzeczy wykładnia prowadzi do zastosowań nie tylko przez ustawę nieprzewidzianych, lecz wprost z nią sprzecznych. Różnica pomiędzy wolnem a konstrukcyjnem poszukiwaniem prawa polegałaby właściwie nie na zakresie i intenzywności władzy sędziowskiej, lecz jedynie na metodologicznych rozbieżnościach w sposobie stosowania ustawy. Bez znaczenia, oczywiście, pozostałby przejaw charakterystyczny, że gdy nowa metoda otwarcie i szczerze przyznaje się do możności przeistaczania ustawy — szkoła konstrukcyjna ewentualność tę w teoryi odrzuca, w praktyce zaś milcząco uznaje. Cechę odróżniającą stanowić mogą tedy rozbieżności metodologiczne w stosowaniu ustawy: to znaczy, że metoda dawna opiera się wyłącznie na konstrukcyi formalno-pojęciowej — szkoła zaś wolnego poszukiwania prawa, uznając konstrukcyę jedynie za środek pomocniczej syntezy, szuka rozwiązań w ocenie i wartościowaniu treści oraz w podporządkowaniu ustawy interesom obiegu.

[1]) Por. Brie, Billigkeit und Recht mit besonderer Berücksichtigung de Freirechtsbewegung, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie III., str. 542, Reichel, Zur Freirechtsbewegung, Deutsche Richterzeitung II., str. 466.

Wyniki orzecznictwa sądowego najlepszym są dowodem, iż metoda konstrukcyjna, wbrew odmiennym zapewnieniom, nie waha się uchylać, zmieniać i przeistaczać prawa stanowionego. Konstrukcya staje się pretekstem, dzięki któremu potrzeby życia znajdują uwzględnienie przy stosowaniu ustaw; szczególnie wtedy, gdy ustawa datuje z tych jeszcze okresów, w których dany przejaw życiowy nie miał prawa obywatelstwa, gdy przeto powstaje rozbieżność pomiędzy materyą a formą życia społecznego, jeśli użyjemy terminologii Stammlera. Objaw ten zauważyć się daje nie tylko przy rozbieżności przestarzałej ustawy z wciąż różniczkującymi się i nowe formy tworzącymi przejawami obiegu: nawet w utworach najświeższego stempla możliwe są luki, które sędzia wypełnia, niby na podstawie konstrukcyi, w rzeczywistości zaś ze względów konieczności uzgodnienia prawa z życiem; i nie bacząc na podstawę konstrukcyjną, która w ustawie i z ustawy czerpie swą racyę istnienia, możliwe są odchylenia i przeistoczenia normy stanowionej. Kodyfikacya ostatniej daty — nowy cywilny kodeks niemiecki — daje w tym zakresie szereg charakterystycznych przykładów: zaznaczymy tutaj konstrukcye Sądu Rzeszy co do dopuszczalności t. zw. expositio doli generalis, zupełnie w kodeksie nieznanej a na nowo do doktryny zgodnie z tradycyą powszechnego prawa rzymskiego wprowadzonej, lub co do nowego pojęcia t. zw. pozytywnej obrazy stosunku umownego (positive Vertragsverletzung), jako nowotworu konstrukcyjnego, wciśniętego w ogólne ramy przepisów o świadczeniu umownem[1]). Typowe przykłady zmiany i uchylenia normy stanowionej znajdujemy w orzecznictwie francuskiem, które w drodze konstrukcyjnej, symulując niejako zupełną zależność sędziego od przepisu ustawy, zdołało jednak dojść do wyników z ustawą sprzecznych a zgodnych z wymaganiami obiegu. Cały

[1]) Por. Jung, Positives Recht 1907, str. 33 n., Rumpf, j. wyż., str. 14 n.

szereg przykładów, świadczących o twórczem znaczeniu jurysprudencyi, nie liczącej się z literą ustawy, znajdzie czytelnik w pracy Van der Eycken'a, Méthode positive de l'interprétation juridique" 1907 w charakterystycznej rubryce „Violations de la loi" (str. 227 n.). To samo również orzecznictwo konstrukcyjne nie wahało się uznawać przepisów prawa obowiązującego, przez żaden nakaz ustawodawczy wyraźnie nie uchylonych, za pozbawione mocy prawnej, za derogowane milcząco wobec rozbieżności z potrzebami obiegu. Jurysprudencya omijała prawo czasami pod mniej lub więcej sztucznym pretekstem, a czasami wprost bez żadnego pretekstu [1]).

Nowa metoda orzecznictwa tę niezależność sędziego uznaje otwarcie, bez potrzeby uciekania się do argumentacyi scholastycznej, bez kunsztownego naginania ustawy do sztucznej konstrukcyi. Jednakże to, co dawna szkoła uznawała za wyjątek milcząco, „sous restrictions terribles" tolerowany, radykalny kierunek nowoczesny zamierza podnieść do godności zasady przewodniej. Tem różni się właśnie od kierunku umiarkowanego w zakresie wolnego poszukiwania prawa, że ten ostatni zasady dowolności sędziowskiej na pierwszym nie stawia planie: że — na równi z szkołą konstrukcyjną — uznaje wolę ustawy, jako punkt wyjścia wszelkiego orzecznictwa; że tylko w wypadkach nadzwyczajnych (luki ustawy, rozbieżność ustawy z ocenami obiegu) dopuszcza możność przeistoczenia normy. Linia demarkacyjna pomiędzy kierunkiem skrajnym a umiarkowanym przeprowadzić się daje w ten sposób: kierunek skrajny uważa ustawę za wielkość, której sędzia wcale pod uwagę brać nie powinien, gdy przekonanie wewnętrzne, ugruntowane na ocenie faktu, do tego go upoważnia [2]); natomiast

[1]) Rolin, prolégomènes a la science du droit 1911, str. 117 — również Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois 1908 str. 22 n. (La mort naturelle des lois; la désuétude).

[2]) Por. n. p. Gnaeus Flavius (Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft 1906, str. 41.

kierunek umiarkowany uważa ustawę za punkt wyjścia, dopuszcza odchylenia w przypadkach istotnie ważnych i główny nacisk kładzie na poszukiwanie słusznego prawa w zakresie bądź wyraźnie, bądź milcząco przez ustawę uznaniu sędziego pozostawionych granic. Jednakże kierunek skrajny i umiarkowany łączy się w punkcie wspólnej metody wykładni, zasadniczo różnej od sposobów formalnych, używanych przez dawną szkołę konstrukcyjną.

Zdaniem naszem punkt ciężkości kwestyi nie spoczywa w uznaniu bezwzględnej dowolności sędziego w stosunku do norm prawa stanowionego. Konieczność zmiany prawa w drodze jurysprudencyjnej występuje na pierwszy plan w tych tylko wypadkach, gdy sprzeczność i konflikt ustawy z potrzebami obiegu zarysowuje się w formie ostrej. Jest to oczywiście wypadek anormalny, szczególnie, gdy machina ustawodawcza podąża za wymaganiami życia i jest tegoż wiernem odbiciem: w czasach współczesnych, w czasach wzmożonej a nawet przesadnie wzmożonej działalności ustawodawczej — zauważyć się daje objaw nader czułego reagowania czynników ustawodawczych na luki w stosowaniu prawa: ustawodawstwo, o ile można, stara się przeciąć konflikt przez wytworzenie nowej ad hoc przystosowanej normy. Ważniejsze natomiast znaczenie posiadają funkcye sędziowskie w tym zakresie, które sama ustawa bądź wyraźnie, bądź milcząco uznaniu czynników stosujących prawo pozostawiła. W tym niejako „poruczonym“ zakresie możliwa jest wolna twórczość sędziowska, niekrępowana scholastyką konstrukcyjną a kierowana jedynie urozmaiceniem życia, jego przejawów zmiennych i potrzeb wielostronnych. Przy tak pojmowanem zadaniu władzy sędziowskiej możliwem jest poruczenie — nawet na skutek wyraźnej delegacyi ustawowej — funkcyj prawotwórczych, jak to widzimy n. p. w nowym kodeksie szwajcarskim. Ale funkcye te są dopuszczalne jedynie w wypadku istotnej luki, gdy ani ustawa, ani

zwyczaj nie dają rozwiązania; nie są wszakże dopuszczalne wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy, lub wbrew bezpośrednim konsekwencyom, które z istoty i celu danej normy, jako skutek konieczny, wynikają.

Należy mieć również na względzie, iż normy ustawowe w pewnych wypadkach sformułowane są w formie bezwzględnych nakazów, niedopuszczających żadnych odchyleń i zmian dowolnych w drodze wykładni. W tym zakresie wszelka samoistna twórczość sędziego ustaje: czyż n. p. w drodze wykładni zmienione być mogą przepisy o porządku spadkobrania lub o określeniu pełnoletności? Tę granicę musi uznać radykalny kierunek nowej szkoły; słusznie przeto zaznacza Regelsberger, iż punktem wyjścia wykładni winno być rozróżnienie norm niezmiennych, stałych („starre Gesetzesnormen") od przepisów elastycznych („ausbaufähige Gesetzesnormen")[1]. I wyłącznie w zakresie tych ostatnich możliwy jest istotny spór metodologiczny co do sposobu wykładni prawa: w sporze tym nie odgrywa roli kwestya ewentualnych pełnomocnictw sędziego w zakresie rozstrzygania spraw contra legem. Albowiem prawodawca, ustalając normę elastyczną, pozostawił uznaniu sędziego zakres wolnego wyrokowania, dał mu możność rozstrzygania według ocen podmiotowych, zgodnych oczywiście z całokształtem ustroju prawnego in toto. Spór właściwy toczyć się winien o to, czy w zakresie „poruczonym" punktem wyjścia rozumowań sędziowskich winna być ocena teleologiczna, czy też ujęcie konstrukcyjne. Wobec tego zasadniczego sporu kwestya dopuszczalności wykładni contra legem, jako stałej zasady, ustępuje na plan drugi[2].

---

[1]) Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung (Iherings Jahrbücher T. 58, str. 149).

[2]) Zob. słuszne wywody Meijers'a, De taak der rechtswetenschap ten anzien der vrije rechtsspraak, str. 11, 12.

Oczywiście zachodzić może pytanie, do jakiej kategoryi przepisów zaliczać należy normy ustawowe i jakim trzeba kierować się sprawdzianem w celu uznania przepisu za bezwzględny lub za elastyczny. Niewątpliwie w pewnym zakresie kwestya ta rozstrzygnąć się daje w drodze ustalenia treści przepisu i związku tej treści z sankcyą, jaką prawodawca zwykle bezwzględnym przepisom ustawy nadaje. Poza tem możliwe są „spory graniczne“: jako typowy przykład przytoczymy brzmienie art. 125 kodeksu cywilnego niemieckiego, który przy pewnych objawieniach woli wymaga „własnoręcznego podpisu“ („eigenhändig durch Namensunterschrift“). Własnoręczność podpisu uchodzi tedy za wymaganie konieczne i zdawaćby się mogło, iż bezwzględność nakazu wyłącza możność wszelkiej odmiennej wykładni. Wszakże praktyka (zob. znany wyrok połączonych senatów cywilnych Sądu Rzeszy z dnia 27. czerwca 1910 r.) orzekła, że podpis niekoniecznie musi być własnoręczny, że pełnomocnik w imieniu nadawcy dokument podpisać może bez uszczerbku dla mocy prawnej objawienia woli[1]).

Spór będzie natomiast wyłączony w wypadkach, gdy ustawodawca bezwzględność przepisu opatrzył sankcyą nieważności, gdy ustalił granice autonomicznej woli stron, a szczególnie, gdy norma cywilistyczna w istocie rzeczy ukrywa przepis prawa publicznego i przymusowego.

III.

„Les infractions à la logique sont la première condition de toute bonne méthode d'interprétation juridique“. Te słowa Saleilles'a (j. wyż., str. 332) —

[1]) Por. motywy wyroku: „Die Vorschrift ergebe nicht, dass der Aussteller mit seinem Namen unterschreiben müsse, sondern nur, dass sie mit einem Namen zu unterschreiben sei“ (Deutsche Juristen Zeitung XV. str. 1297).

aczkolwiek brzmią paradoksalnie — stają się przewodnim motywem nowych poglądów na rolę sędziego przy stosowaniu ustaw. A więc zamiast rozumowań logicznych, zestawień konstrukcyjnych i ujęcia formalnego — odmienne stosować należy sprawdziany.

Ale jakie?

Na to pytanie nowe kierunki wykładni nie udzielają jednolitej odpowiedzi. Sprawdzian oceny i wartościowań sędziowskich rozumiany bywa rozmaicie w zależności od poglądów etycznych, psychologicznych i politycznych. Rozumie się samo przez się, iż wahania w określeniu sprawdzianu a również poglądy na absolutne tegoż znaczenie, bez względu na zachodzące różniczkowania świadomości prawnej, kryją pewne niebezpieczeństwa. Częstokroć bowiem sprawdzian służyć może za osłonę dowolności sędziowskiej, za wygodny sposób przemycania poglądów politycznych: jednolitość i zasadnicza prawidłowość w stosowaniu ustawy wystawiona być może na szwank a bezstronność i przedmiotowość wyroków nie będzie osiągnięta.

Rozpatrzyć przeto należy poglądy stronników nowej metody na istotę wartościowania i oceny sędziowskiej. Krytyka wygłaszanych w ostatnich czasach teoryj, zyskujących nie tylko w nauce, lecz i w praktycznem stosowaniu ustawy prawo obywatelstwa, szczególnie dla nas posiada znaczenie: winniśmy bowiem mieć na uwadze, że teorye nowoczesne, aczkolwiek optima fide pomyślane i w zasadzie pod kątem widzenia abstrakcyjnym być może słuszne, kryją sporą dozę niebezpieczeństwa; szczególnie wobec tego, że podlegamy sądownictwu obcemu, nieobeznanemu z swoistym układem stosunków krajowych, nie rozumiejącemu i nie odczuwającemu swoistej świadomości prawnej. Z punktu widzenia polityki prawa teorye radykalne w takim stanie rzeczy prowadzić mogą w praktyce do wyników niepożądanych.

Rozważając odnośne teorye przedewszystkiem azznaczyć musimy, iż pewien odłam stronników no-

wego kierunku rezygnuje wogóle z określenia sprawdzianu. Uznaje on jako zasadę przewodnią przy stosowaniu prawa „podmiotowe poczucie prawne“ („subjectives Rechtsgefühl“). Mamy więc do czynienia z t. zw. jurysprudencyą uczuciową (Gefühljurisprudenz) która kieruje się nie niewzruszoną lub bądź co bądź przedmiotowo rozumianą literą ustawy, lecz afektem, uczuciem, nieokreślonem bliżej pojmowaniem „słuszności“ naturalnej. Charakterystyczną jej cechę stanowi negacya logicznego momentu w prawie.

Atoli powołanie się na „poczucie prawne“ sędziego nie wyłącza bynajmniej możliwej dowolności — a co za tem idzie i samowoli — w stosowaniu prawa. Wprawdzie niektórzy stronnicy tego kierunku chcą widzieć gwarancyę przedmiotowego stosowania ustawy w osobistych zaletach sędziego: niekrępowana twórczość prawna o tyle jest wartościowa, o ile rzeczywiście za „myśl wybitnej indywidualności sędziowskiej“ uchodzić może[1]). Sędzia winien być tedy niejako duchowym przewodnikiem narodu — i tylko takiemu sędziemu spokojnie powierzyć można samodzielną twórczość w dziedzinie niekrępowanego literą stosowania ustaw. Ale jeśli nawet uznamy, że osobistość sędziego jest najdoskonalszą gwarancyą objektywnego stosowania prawa, to czyż ten sprawdzian zapewnić może stałość i bezwzględność wyników orzecznictwa? Wszak gwarancya jest niejako wyłącznie osobista: odstępstwo od przepisów ustawy, powołanie do życia ukrytych jakoby w ustawie zasad prawnych polega nie na tem, że pewne przedmiotowe sprawdziany konieczność takiej wykładni nakazują: ale wyłącznie bierze swe źródło w naiwnej wierze w „genialność“ instytucyi sędziowskiej.

Stronnicy tego kierunku zakreślają wszakże pewne granice owej instytucyi. Wyroki sędziowskie winny

[1]) Zob. n.p. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903, str. 29, 31, 32.

odpowiadać „poczuciu prawnemu panującej wspólnoty“[1]), winny kierować się „społecznym instynktem sprawiedliwości“. Ale czy takie zastrzeżenie, bronić jakoby mające jurysprudencyę „uczuciową“ od zarzutu podmiotowości i dowolności, jest rzeczywiście wskazaniem kierunku i zakreśleniem granicy? Czyż „instynkt prawny panującej wspólnoty“ nie prowadzi niekiedy na manowce — i czyż pojęcie prawa jest wyłącznym odpowiednikiem kulturalnej społeczności? Czyż społeczeństwa niekulturalne nie znają układu prawnego — i czyż sędzia o wysoko rozwiniętem poczuciu etycznem nie będzie zmuszony pominąć lub przekroczyć zakreślonej przez „instynkt społeczny“ granicy, jeśli uzna pogląd niekulturalnej wspólnoty za zgubny zdrożny lub niemoralny? A więc „genialna intuicya“ sędziego musiałaby być skrępowaną względami na „instynkty społecznej sprawiedliwości“, które w mniemaniu jego są anormalnym wytworem niedorozwoju kulturalnego!

W gruncie rzeczy owa „granica“ dowolności sędziowskiej nie jest miarodajnym sprawdzianem. Sędzia kieruje się nią, gdy jej linie wytyczne odpowiadają całokształtowi jego pojęć etycznych i społecznych. Gdy zaś ta zgodność nie zachodzi — czyż w imię owej „genialnej intuicyi“ będzie mieć wątpliwości, że wolno niewyraźnie zresztą — zakreśloną granicę przekroczyć?

O ogólnie obowiązującym sprawdzianie nie może być przeto mowy; gdzie zaś takiego sprawdzianu niema, nie zachodzi niebezpieczeństwo, wynikające z pominięcia faktycznych różniczkowań świadomości prawnej; przeciwnie, jurysprudencya uczuciowa różniczkowanie to uznaje, albowiem wyniki swe uzależnia właśnie od indywidualnych, podmiotowych ocen sędziowskich. Z chwilą wszakże, gdy punkt ciężkości spoczywa wyłącznie w dopuszczalności ocen podmiotowych, jako wytycznych wykładni, otwiera się sze-

[1]) Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit 1907, str. 28—34.

rokie pole dla dowolności i subjektywizmu sędziego: powołanie się zaś na „natchnienie“ i „intuicyę“, jako na środki zabezpieczające słuszne stosowanie prawa, jest zbyt słabą gwarancyą, ażebyśmy jej metodologiczną wartość uznać musieli.

Również odrzucić musimy pogląd, który opiera się na t. zw. „sprawdzianie taktycznym“. Według tego poglądu przepis prawa jest podstawą zasadniczą, od której sędziemu in thesi odchylić się nie wolno. Przeistoczenia i zmiany normy stanowionej uchodzą jedynie za wyjątek; a dopuszczalność i słuszność owego wyjątku w każdym poszczególnym wypadku oceniana być winna. A więc sędzia z jednej strony winien baczyć, by przepisy prawne pozostawały niewzruszone i w całej swej rozciągłości stosowane i wyjątkowo wszakże, gdy bezwzględne stosowanie normy prowadzi do wyników sprzecznych z wymaganiami obiegu, duchem czasu, kulturalnemi potrzebami społeczności, wolno mu normy ustawowe — wbrew wyraźnemu ich brzmieniu — dowolnie, celem usunięcia owych sprzeczności, przekształcać [1]). Ale i tu zauważyć musimy, że ów modus procedendi nie daje w istocie rzeczy żadnego właściwego sprawdzianu. Albowiem znów od subjektywnego uznania sędziego zależyć ma w zupełności wybór drogi: daną mu jest możność odstępstwa od normy ustawowej z zastrzeżeniem, iż winien mieć odpowiedni „hart ducha“, który nie zezwala na to odstępstwo dla każdego drobiazgu, a jednocześnie taką „siłę woli“, która w wypadkach poważniejszych wprost do ominięcia lub przeistoczenia przepisu prowadzić winna. A więc uznanie sędziowskie w istocie rzeczy wcale nie jest krępowane: jeśli sędzia posiada odpowiednią „siłę woli“, może w imię swego dowolnego uznania obrać zawsze drogę prowadzącą do wyników, sprzecznych z normą ustawową. Motywy, które sędziego do obioru tej a nie innej drogi pro-

[1]) Zob. n. p. Rumpf j. wyż., str. 78.

wadzą, przedmiotowo nigdy sprawdzone być nie mogą. A więc znowu dowolność, jako sprawdzian! A więc znów wyniki orzecznictwa, uzależnione od podmiotowych poglądów sędziego, co prowadzi do atomizacyi świadomości prawnej, do uznania zgubnej zasady: tel juge — tel jugement.

Zasada taktyczna powiada tylko, iż sędzia na drogę tych ocen subjektywnych bardzo ostrożnie, w wypadku potrzeby koniecznej wstępować winien: ale nie powiada, kiedy właściwie owa nieodzownapotrzeba, jako fakt niesporny w rozumieniu powszechnem, uznana być winna. A prócz tego — nie wyjaśnia, skąd czerpać winien sędzia swe oceny przy dokonanym już obiorze tej drogi „pozaustawowej". Czy kierować się winien jakimś sprawdzianem ogólnym, dośrodkowym, czy też baczyć musi na różniczkowanie świadomości prawnej, zależnej od poglądów narodowych (w państwach o ludności mieszanej) lub klasowych. Zasada taktyczna kwestyę tę zupełnem pomija milczeniem.

Kwestyi tej również nie rozstrzygają teorye, oparte na ustaleniu sprawdzianu formalnego. W tym wypadku sprawdzian nie zawiera treści, powziętej z doświadczenia, z analizy faktów, lecz jest jedynie szablonem formalnym, według którego konkretne zjawiska prawne oceniane być winny[1]). Sam przez się nie wykazuje wskaźników konkretnych i nie uchodzi bynajmniej za wznowienie tradycyj szkoły prawa naturalnego, które ustalało jakoby niewzruszone normy ogólne, uchylające lub zmieniające in hypothesi osnowę prawa stanowionego.

W znanych pracach Stammlera widzimy próbę ustalenia sprawdzianów formalnych. „Ideał społeczny" w rozumieniu „słusznego prawa" — oto punkt wyj-

[1]) Zob. Stammler, Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft (w zbiorze „Die Kultur der Gegenwart" II, VIII 1906), str. XL.

ścia dla oceny i stosowania ustaw. Sprawdzian ten opiera się na ujęciu zasad wzajemnego „panowania“ i „współudziału“ (Grundsätze des Achtens und Teilnehmens) podmiotów praw, które w każdym konkretnym wypadku winny działać, jako uczestnicy pomyślanej „wspólnoty“ (Sondergemeinschaft), mającej na celu urzeczywistnienie słusznego prawa[1]). Sprawdzianem normy pozytywnej w zastosowaniu praktycznem jest właśnie jej krytyczne ujęcie z punktu widzenia wzajemnego poszanowania i współudziału podmiotów praw w życiu wspólnem, rozumianem pod kątem ideału społecznego.

Stosowanie sprawdzianu, zawartego w pojęciu „słusznego prawa“ wtedy głównie ma miejsce, gdy ustawodawca nie rozstrzyga konkretnego przypadku, a odsyła osoby zainteresowane do poszukiwania owej „słusznej“ zasady na własną rękę. Należy bowiem mieć na względzie, iż teorya Stammlera jest nie tylko specyficzną polityką prawa i krytycznym probierzem norm ustawowych, lecz jednocześnie swoistą metodą stosowania prawa[2]). W tym zakresie Stammler nie uznaje bynajmniej absolutnej udzielności i niezależności swego sprawdzianu: aczkolwiek z punktu widzenia teoretycznego norma ustawowa sprzeczną być może z przyjęciem słusznego prawa, jako odpowiednika „niezależnej wspólnoty wolnych ludzi“, jednakże ocena krytyczna nie upoważnia do odstępstw w stosowaniu normy niesłusznej, niesprawiedliwej, z ideałem społecznym w niezgodzie pozostającej[3]) W konflikcie pomiędzy normą ustawową a pojęciem słusznego prawa — zwycięzcą pozostaje zawsze pierwsza, o ile idzie o zastosowanie normy do przejawów życiowych, podlega-

[1]) Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902, str. 281 n.

[2]) Zob. Makarewicz, Das richtige Recht, w zbiorze „Juristische Abhandlungen“ T. I. 1907, str. 3.

[3]) Stammler, Die Lehre str. 313, Wesen des Rechtes, str. LVIII.

jących kompetencyi sędziowskiej. Sprawdzian formalny winien znaleźć zastosowanie jedynie w tych wypadkach, gdy ustawa wykazuje luki lub gdy osnowa normy wskazuje per se na konieczność zastosowania słusznego prawa n. p. pojęcie dobrych obyczajów, dobrej wiary, słuszności, obowiązku moralnego, przyczyny godziwej i t. d.). Aczkolwiek więc Stammler nie uznaje pełnomocnictw sędziego w zakresie uchylania i przeistaczania norm stanowionych, jednakże niemożność tych pełnomocnictw nie wynika bynajmniej ani z charakteru ani z tendencyi zasadniczego probierza formalnego. Przeciwnie: w imię słusznego prawa nawet wskazanem być może przeistaczanie normy ustawowej, o ile ona sprzeciwia się pojęciom ideału społecznego, jako najwyższego wskaźnika w stosunkach ludzkich. Wszakże bez względu na ustalone przez Stammlera ograniczenie, zakres słusznego prawa posiada nawet w granicach ustawowych dość szeroką sferę zastosowania. Pomijając przeto kwestyę granic stosowania owego probierza — musimy zastanowić się nad pytaniem zasadniczem: czy rzeczywiście zastosowanie formalnego sprawdzianu prowadzi bezwzględnie do wcielenia i konkretyzacyi idei „słusznego prawa“? Rozważamy tę kwestyę li tylko z punktu widzenia formalnego, nie dotykając istoty owego słusznego prawa[1]) — albowiem już analiza formalna wystarcza dla wykazania ukrytej podmiotowości, tkwiącej w owym niby powszechnym probierzu.

Otóż, jeśli przypuścimy nawet, że pojęcie „słusznego prawa“ jest rzeczywiście probierzem bezwzględnym, absolutnym — jaką wszakże posiadać będziemy gwarancyę, że krytyczne zastosowanie owego sprawdzianu do wypadków konkretnych również na abso-

[1]) Makarewicz, j. wyż. str. 11, 12, słusznie zauważył, że właściwie t. zw. słuszne prawo jest specyficznie sformułowanym rodzajem dawnego prawa natury: oparte jest ono jedynie na negacyi pewnych przejawów prawnych, jako bezwzględnie i bezwarunkowo niesłusznych (negatives Naturrecht).

lutnych i bezwzględnych podstawach rozumowych spoczywa? Na to jedyna może być odpowiedź: gwarancyi takiej nie posiadamy i posiadać nie możemy.

Pojęcie przedmiotowe może być ustalone jako ideał konieczny i jako ideał nie podlega dalszemu wartościowaniu. Ale zastosowanie ideału, ocena krytyczna pewnej kategoryi zjawisk według normy idealnej nie może być operacyą wyłącznie logiczną, formalną. Owo zastosowanie i ocena polega na wartościowaniu podmiotowem: zestawienie „ideału“ z „życiem“ nie jest zwykłą kombinacyą sylogistyczną, lecz oceną zarówno przejawu życiowego jako też stosunku ideału do owego przejawu. W zakresie zaś wartościowań niema żadnych sprawdzianów objektywnych, a słuszność samej oceny (niezależnie od bezwzględnej słuszności ideału) pozostaje zawsze względną i podmiotową[1]). Zresztą zasada przewodnia, jako punkt wyjścia oceny — a w danym wypadku pojęcie „ideału społecznego“, jako ściśle formalne, nie posiada żadnej określonej treści: a więc zmieniane być może dowolnie przez wypełnienie jakąkolwiek treścią według uznania osoby, probierz ów stosującej. Z chwilą zaś gdy porzucamy zakres pojęć formalnych — i jako takie bezwzględnych — musimy przystosowanie pojęcia ogólnego do zjawisk konkretnych poddawać nie tylko ocenie podmiotowej, lecz uzależniać sam pogląd na „ideał najwyższy“ od konkretnego wartościowania całokształtu zjawisk życiowych. Słusznie zauważył Steinbach, że najogólniejsze nawet pojęcie ideału społecznego nie jest wielkością stałą — zmienia się ono w zależności od istoty stosunków prawnych, podlegających ocenie sędziowskiej[2]).

Poza tem należy mieć na względzie, że pod zasadami formalnemi Stammlera (zasada panowania i współudziału) kryją się istotne oceny o określonej

[1]) Zob. słuszne uwagi Kantorowicza, Zur Lehre vom richtigen Rechte 1909, str. 25—29.

[2]) Steinbach, Treu und Glauben im Verkehr 1900, str. 22.

treści; zasady te są właściwie tylko w sposób abstrakcyjny sformułowanemi wartościowaniami moralnemi, które jako takie z natury rzeczy nie mogą uchodzić za bezwzględne[1]). Części składowe obiegowych pojęć moralnych wtłacza poprostu Stammler w ramy swych sprawdzianów formalnych, by potem drogą operacyj jakoby logicznych uznać je za bezwzględne i konieczne wyniki zasady „ideału społecznego“[2]).

A więc: formalne kryteryum Stammlera w istocie rzeczy nie daje żadnego bezwzględnego probierza i w ostatecznym wyniku prowadzi do ocen podmiotowych; ze względu zaś na swój charakter jakoby — bezwzględny usuwa z natury rzeczy wszelkie względy na różniczkowanie świadomości prawnej, tem bardziej jest niebezpieczne, że pod pozorem ocen niby bezwzględnych i zawsze z pojęciem ideału społecznego zgodnych prowadzi do wartościowań dowolnych, które w powołaniu się na swój tytuł „abstrakcyjny“ usprawiedliwiać mogą samowolne i szkodliwe obejście prawa.

IV.

Należałoby przypuszczać, iż subjektywizm i dowolność sędziowska ustają wtedy, gdy teorya wykładni ustala pewien probierz o określonej treści wewnętrznej. Że tak wszakże nie jest — przekona nas analiza sprawdzianów tego rodzaju.

Przedewszystkiem zastanowić się należy nad probierzem, który stanowi niejako łącznik pomiędzy sprawdzianami formalnemi a zasadami wykładni o określonej treści. Jest to probierz, który właściwej swej treści nie określa bliżej, a zawiera jedynie wskazówkę, w jaki sposób owa treść ustalona być może. Ma to miejsce wtedy, gdy nadajemy sędziemu pełnomocnictwa prawo-

[1]) Zob. Brütt j. wyż. str. 120, Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie 1909, str. 16.

[2]) F. Somló, Masstäbe zur Bewertung des Rechts, Archiv f. Rechts und Wirtschaftsphilosophie III., str. 516.

twórcze w zakresie niedomówień i luk prawa z zastrzeżeniem, iż sędzia winien rozstrzygać tak, jak gdyby był ustawodawcą, ustalającym właśnie regulacyę pominiętego przypadku. A więc, w wypadku, gdy należy zwrócić się do wolnej niekrępowanej wykładni — sędzia winien znaleźć rozwiązanie, odpowiadające tym hypotetycznym poglądom, jakie ewentualnie miałby ustawodawca przy rozstrzygnięciu spornej kwestyi. W jakim zakresie i kiedy właściwie sędzia winien się przeistaczać w „ustawodawcę“ ad hoc — to rzecz inna: kodeks cywilny szwajcarski ewentualność tę jedynie w wyjątkowych wypadkach uznaje, zastrzegając wyraźnie, że i wtedy sędzia nie może odstępować od linii, wytkniętej, od ustalonych zasad tradycyi i jurysprudencyi; natomiast niektórzy przedstawiciele radykalnego kierunku chcieliby możność stosowania tego sprawdzianu pozostawić w zupełności uznaniu i władzy dyskrecyonalnej sędziego (n. p. Kantorowicz).

Nie rozważając wszakże tego zagadnienia, winniśmy zastanowić się, czy w tym probierzu — bez względu na zakres zastosowania — nie kryją się pewne niebezpieczeństwa szczególnie wobec możności podmiotowej wykładni i dowolności w stosowaniu prawa. W zasadzie sędzia winien znaleźć takie rozwiązanie, jakie właściwem byłoby dla ustawodawcy, rozpoznającego ad hoc daną kwestyę. Funkcya ta, wywodząca swój ród od Arystotelesowskiego pojęcia o „*ἐπανόρθωμα τοῦ νομίκου δικαίου*“, polega na domniemaniu, iż sędzia postępować winien jako normalny ustawodawca: to znaczy, że sędzia nie powinien kierować się ani wrażeniem chwili, ani względem na osoby, ani chęcią uprzywilejowania lub ustalenia norm wyjątkowych (jak to, niestety, bardzo często przy robocie ustawodawczej widzimy), lecz działać musi w zrozumieniu potrzeb wspólnoty, jako całości, w imię postulatów dobra publicznego. A więc sędzia a priori winien mieć ustalony pogląd na znaczenie normalnych funkcyj ustawodawczych. A więc w razie sprawności interesów etycznych, gospodarczych

i politycznych, które ujawniają się w wypadku, podlegającym rozstrzygnięciu, winien ustalić tak rozwiązanie, jakie najbardziej odpowiada wymaganiom dobra powszechnego[1]). Zdawałoby się tedy, że sprawdzian przedmiotowy został znaleziony: ale, zastanawiając się nad istotą pojęcia „dobra powszechnego", jako punktu wyjścia owych „normalnych" funkcyj ustawodawczych — dochodzimy do wniosku, iż pojęcie to samo przez się cech przedmiotowych nie wykazuje: wszak zawsze będziemy mieli do czynienia z pojęciem „dobra powszechnego" w tem rozumieniu, jakie mu sędzia stosujący prawo nadaje. Jest to sprawdzian elastyczny: w imię dobra powszechnego sędzia nadać może przewagę interesom klasy panującej, nie uwzględniając wcale świadomości prawnej innych grup społecznych. Albowiem za „dobro" uchodzi to, co sędzia jako „dobro" rozumie.

Zachodzi tu prócz tego jeszcze jedno niebezpieczeństwo: uważamy prawo za pewną wielkość stałą, nie podlegającą wahaniom; wiemy, że pewnym zeskładom faktycznym stale odpowiadać winny ustalone skutki prawne. Czynnik ten odgrywa niezmierną rolę w całokształcie życia społecznego: wiara w niezachwianą powagę prawa, w przyczynowy niejako związek podłoża stosunków faktycznych z ustanowionymi uprzednio skutkami prawnymi, jest podstawą obiegu. Zgadzamy się na niedoskonałą, na niesprawiedliwą nawet regulacyę prawną, o ile posiadamy gwarancyę konsekwentnego i stałego stosowania ustawy: gdyż życie potrafi się przystosować nawet do regulacyi, potrzebom jego nieodpowiadającej. Postać rzeczy się zmienia, jeśli przypuścimy, że sędzia w imię swej funkcyi „jakoby-ustawodawczej" przeistaczać może normy stanowione. Wtedy zanika wiara w konsekwencyę regulacyi prawnej, wtedy skutki prawne a priori przewidziane być nie mogą,

[1]) Por. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art 1. des schweizerischen Zivilgesetzbuches 1908, str. 109.

wtedy wszelakie „kalkulacye“ prawne muszą się liczyć z momentem przypadkowości. Jeśli sędzia przeobraża ustawę niesprawiedliwą, nie odpowiadającą poczuciu prawnemu pewnej grupy narodowej lub klasy społecznej w sensie zaostrzającym sprzeczności wzmiankowane — wtedy sfery zainteresowane bardziej jeszcze odczuwają niedokładności i niedomagania już per se niedoskonałego układu. A ewentualność pogorszenia normy w drodze wykładni jakoby ustawodawczej zawsze jest możliwą, albowiem przypuścić należy, że sędzia przeistaczać będzie normę w kierunku już uprzednio przez ustawodawcę zakreślonym, że pojmować będzie „dobro powszechne“ tak, jak je pojmował ustawodawca. Wiemy zaś, jak często — właśnie w imię domniemanego dobra publicznego ustawodawca ustala normy wręcz niesprawiedliwe! Zresztą nawet, jeśli przypuścimy, że sędzia działa w chararakterze „normalnego ustawodawcy“, że stara się usunąć niedomagania niedoskonałej regulacyi i pojmuje dobro powszechne w sensie prawdziwym — to wszak i wtedy działalność jego mogła być owocną o tyle tylko, o ile świadomość prawna ogółu jest jednolitą i niezróżniczkowaną. W przeciwnym bowiem wypadku pojęcie „normalnego ustawodawcy“ jest fikcyą, ukrywającą podmiotowość ocen sędziowskich. Niezawsze różniczkowanie narodowe i klasowe prowadzi do konfliktów świadomości prawnej: ale jeśli jedność wspólnoty prawnej polega wyłącznie na przewadze siły, jeśli „panujący“ dyktują „podległym“ prawa — wtedy nadanie sędziemu funkcyj ustawodawczych przyczynia się do zaostrzenia konfliktów, rozszerza granice dowolności, tworzy nową kategoryę starć. Wprawdzie tego rodzaju kolizye (w mniejszym daleko stopniu) możliwe są również i przy zastosowaniu się sądów do tradycyjnej metody wykładni: gdyż pod osłoną rozumowań logicznych zachodzi dowolne przeistaczanie prawa. Ale metoda tradycyjna ustala jako naczelną zasadę niewzruszalność normy i zależność sędziego od ustawy: przekroczenie więc tej zasady jest oczywistem

nadużyciem władzy. Przy nadaniu zaś sędziemu funkcyj ustawodawczych — przekroczenie staje się prawidłem, a dowolność i subjektywizm nie mają potrzeby uzasadnienia odstępstw od normy stanowczej. W tem właśnie kryje się poważne niebezpieczeństwo, lekceważone przez zwolenników nowej metody.

Treść miarodajnego sprawdzianu może być określoną bliżej i dokładnie: zdawaćby się mogło, że przy takiem ustaleniu treści usunięte będzie w zupełności niebezpieczeństwo, powyżej przez nas zobrazowane. Tak wszakże nie jest — a umocni nas w naszym sceptycyzmie analiza poglądów, ustalających probierz wykładni o ustalonej treści.

Sprawdzian tego rodzaju znajdujemy w pracy Brütt'a, który w tym względzie rozwija poglądy, wypowiedziane przez Kohlera. Zdaniem Brütt'a (j. wyż. str. 129 n.) za słuszne uchodzić winno takie prawo, „które, o ile możności, popiera rozwój kulturalny narodu i najbardziej się do tego przyczynia, aby urzeczywistnić ukryte czynniki potęgi narodowej". Popieranie rozwoju kultury narodowej jest sprawdzianem bezwzględnym, aczkolwiek o treści zmiennej zależnie od warunków czasu i środowiska.

Przy ustaleniu tego sprawdzianu wykładni czyni wszakże Brütt bardzo poważne zastrzeżenie. Sędzia winien się kierować powyższym probierzem słusznego prawa przeważnie w tych wypadkach, gdy „naród" tworzy jedność pod względem kulturalnym. Sprawdzian ten nie wystarcza wtedy, gdy państwo składa się z kilku narodowości o odmiennym podkładzie psychicznym i przekonaniowym w zakresie świadomości prawnej. A więc jedność narodowa jest nieodzownym warunkiem owego sprawdzianu.

Jeśli zaaprobujemy to zastrzeżenie, zwężające znaczenie stosowania sprawdzianu wykładni, to wszakże nawet w tak ścieśnionym zakresie nie da się ustalić jednolitość zasady przewodniej. Czyż w państwie, składającym się tylko z jednej narodowości o wspólnem

podłożu kulturalnem, nie zachodzą różniczkowania świadomości prawnej? Czyż jednolitość narodowa nie wyłącza rozbieżności w pojmowaniu ideału „kulturalnego" zależnie od uwarstwowień klasowych i sprzeczności gospodarczych? Brütt przypuszcza, że aczkolwiek poglądy poszczególnych klas i warstw różnić się mogą in puncto „celu ostatecznego", to wszakże możliwem jest porozumienie się co do pewnych „celów wtórnych", przejściowych („Zwischenzwecke" — zob. j. wyż. str. 139.). Ale czyż zrozumienie i uprawnienie celów przejściowych w świadomości klasowej nie uzależnia się właśnie od poglądu na jedynie miarodajny cel ostateczny? Mylnym jest pogląd, według którego świadomość prawna w państwie, składającem się z jednej narodowości, jest jednolitą: nie należy przypuszczać, że istniejący w takiem państwie układ prawny jest wyrazem przekonań ogółu, jako niezróżniczkowanej całości[1]). A więc probierz, który stosowanie prawa uzależnia od ideału „rozwoju kulturalnego", nie daje jednolitych rozwiązań: albowiem poszczególne warstwy narodu rozmaicie ów rozwój kulturalny rozumieją. O ile idzie o zastosowanie wyraźnych lub niezupełnie wątpliwych przepisów prawnych — stosowanie sprawdzianu nie jest w istocie rzeczy niebezpieczne, albowiem dla sędziego miarodajne być muszą w pierwszej linii oceny i wartościowania, zawarte w normach ustawowych, jako takich. Przekształcenie norm tych w imię „rozwoju kulturalnego" jest niedopuszczalne: wszakże gdy chodzi o niedomówienia i luki prawne, gdy ustawa sama odsyła do wartościowań poza sferą prawa pozytywnego, gdy jednem słowem mamy do czynienia z ocenami „nadpozytywnemi" („transpositive Werturteile", według terminologii Brütta) — wtedy pojęcie „rozwoju kulturalnego", jako zasady wykładni będzie narażone na do-

[1]) Tym mylnym poglądom hołduje Sohm; zob. jego pracę „Bürgerliches Recht" w zbiorze „Die Kultur der Gegenwart" 1906, str. 82, 83, również Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz 1908, str. 66, 74.

wolne przekształcanie w zależność od poglądów sędziego. A poglądy te będą zawsze podmiotowe, gdyż jednolitość sprawdzianu jest fikcyą.

Tedy nawet w państwie, składającem się z jednej tylko narodowości, sprawdzian, ustalony przez Brütta, prowadzi do niepożądanych a możliwych konsekwencyj, właściwych — jak to widzieliśmy poprzednio — również probierzom formalnym. Ale gdy probierze formalne obowiązywać miały bezwzględnie, Brütt zastrzega sobie restrykcyę, ideał rozwoju kulturalnego możliwym jest tylko w państwie narodowo-jednolitem, a więc pośrednio nie nadaje się do stosowania, jako sprawdzian, w państwach o narodowościach mieszanych. W celu „uproszczenia“ swych wywodów Brütt zastrzega wyraźnie, iż przypuszcza stosowanie swego probierza „w zamkniętem państwie narodowem“ (geschlossener Nationalstaat). Cóż tedy w państwach o odmiennej strukturze narodowej? Czyż wtedy sprawdzian inaczej powinien być ustalony? Albo też czy sprawdzian winien się kierować poglądem na ideał rozwoju kulturalnego, właściwy narodowości przeważającej i panującej? Czy też może być skonstruowany taki punkt skrzyżowania się poglądów kulturalnych różnych pod jednem panowaniem pozostających ludów, który uznany będzie za ostateczną instancyę przy wyrokowaniu o pożądanym kierunku rozwoju kulturalnego? Na te wszystkie pytania Brütt odpowiedzi nie udziela.

Jednolitość sprawdzianu nie może być tedy osiągnięta. Z punktu widzenia metodologicznego jest to poważną wadą konstrukcyi Brütta. Atoli z punktu widzenia polityki prawa zastrzeżenie jego posiada niezmierną wagę: wskazuje bowiem na to, iż jednolity sprawdzian wykładni jest niemożliwy w państwach o narodowościach mięszanych; dowodzi przeto pośrednio, że pomijanie różniczkowania świadomości prawnej i ukształtowanie sprawdzianu na modłę abstrakcyjną (zgodnie z podmiotowym poglądem na rozwój kulturalny ogółu)

prowadzi do wyrokowań dowolnych — a przeto w tym wypadku szczególnie niebezpiecznych.

Niebezpieczeństwo quasi jednolitego sprawdzianu w państwach mięszanych zasługuje na specyalną uwagę, albowiem w wielu wypadkach prawa w tych państwach obowiązujące bynajmniej nie liczą się ani z potrzebami kulturalnemi, ani z świadomością prawną ludów podległych. Układ prawny polega częstokroć na przewadze siły, na panowaniu grupy bezwzględnej bez względu na samoistne wymagania kulturalne narodów podbitych [1]). Świadomość prawna grup politycznie słabych liczy się z faktem narzuconego im obcego prawa, uznaje przymusową regulacyę jako taką ze wszelkiemi jej konsekwencyami, o ile one z litery i ducha ustaw bezpośrednio lub pośrednio wypływają. Otóż, gdy sędzia w imię obcych ideałów kulturalnych kształtuje i dopełnia ustawę — grupy słabsze na stałość i konsekwencyę w stosowaniu prawa liczyć oczywiście nie mogą. Albowiem wykładnia sędziowska kierować się będzie nie względem na odrębną świadomość prawną ludów podbitych, lecz rozumieć będzie twórczość swą w duchu pojęć i ideałów „kulturalnych“ grup panujących, a więc wprowadza czynnik nieprzewidziany w normalnem stosowaniu prawa. W tem źródło bierze niedowierzanie do władzy sędziowskiej, szczególnie gdy ze względów „wyższej polityki“ przy mianowaniu sędziów w krajach zabranych uwzględniane są wyłącznie osoby, należące do narodowości panującej. Stąd rozdźwięki i kolizye, stąd oczywisty brak zaufania do sądów. Ludność chętniej znosi surowego, ale stałego, nie podlegającego wahaniom prawa, niż dowolność ocen i wartościowań sędziowskich, opartych — jak w tych wypadkach — na przystosowaniu stanowczego prawa do obcych i niezrozumiałych ideałów narzuconej „kul-

[1]) Por. słuszne uwagi Jellinka, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht 1907, str. 6.

tury“ [1]). Tembardziej zresztą w tych, bynajmniej nie rzadkich wypadkach, gdy kultura grupy panującej co do istoty swej i ideałów nie przewyższa kultury ludów podbitych. Quo titulo kulturze co do treści swej niższej, aczkolwiek ujawnionej w normach stanowionych, winniśmy przyznać przewagę nad wyższą świadomością prawną grup podległych? Czyż w imię tytułu faktycznej przewagi? W takim razie fakt panowania sam przez się winien był być uznany za uzasadniający jednocześnie kulturalną przewagę grup panujących. Na taką zaś konsekwencyę trudno się zgodzić.

Musimy przeto uznać, iż „jednolitość“ sprawdzianu, opartego na ocenie ideału kulturalnego, jest fikcyą i to fikcyą szkodliwą. Sprawdzian ten — przy uznaniu zupełnej niezależności sędziego od norm stanowionych — prowadzi, szczególnie w państwach o kulturach mięszanych, do uzależnienia sędziego od częstokroć niebezpiecznych wartościowań politycznych. Wyobraźmy sobie — powiada znany kryminalista Finger [2]), iż w Austryi, gdzie sprzeczności narodowe, społeczne i religijne zarysowują się w konturach ostrych, ustawodawstwo karne pozostawia sędziemu dowolność zupełną nie tylko w wymierzaniu rodzaju i stopnia kary, lecz również w kwestyi, czy dany czyn wogóle za karalny uważać należy. Przekonalibyśmy się łacno, że zaufanie do sądów zanikłoby zupełnie, gdyż słusznem mogłoby być podejrzenie, jako ocena i wyrok sędziowski kierują się względami politycznymi i narodowymi. Ten sam objaw zachodzi niewątpliwie w zakresie prawa cywilnego. Pojęcia: jakoto „dobre obyczaje“, „porządek publiczny“, „dobra wiara i ufność wzajemna“, „przy-

[1]) Por. Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909, str. 38.

[2]) Finger w zbiorze „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“. Część szczególna. Tom VIII (1906), str. 369 uw. I.

czyna godziwa", „obowiązek moralny", „słuszność" i t. d. mogą częstokroć kształtować się nie według ocen świadomości prawnej danej grupy narodowej, lecz w zależności od narzuconych ideałów kulturalnych narodu panującego. Wtedy pod osłoną niby przedmiotowego sprawdzianu, opartego na wzniosłym pojęciu „rozwoju kulturalnego" władza sędziowska stosuje oceny obce duchem i treścią dla zróżniczkowanej świadomości ludów politycznych. Pozwolę sobie w tym zakresie zwrócić uwagę na typowy co do zrozumienia pojęcia „dobrych obyczajów" wyrok niemieckiego Sądu Rzeszy. W wyroku z dnia 6. czerwca 1903 r. (T. 55, str. 78—80) Sąd Rzeszy orzekł, iż umowa, mocą której nabywca majątku zobowiązuje się do odprzedania tegoż wyłącznie osobom pochodzenia niemieckiego, nie sprzeciwia się dobrym obyczajom. Otóż niewątpliwie w danym wypadku (chodziło bowiem o wyłączenie od nabycia „osób pochodzenia polskiego") poglądy polityczne wpłynęły na pojęcie „dobrych obyczajów", w zasadzie bowiem wszelkie zaostrzenia wyłączające jedną narodowość na korzyść innej z korzystania z praw cywilnych, powinny być w państwie prawnorządnem uznane za sprzeczne zarówno z dobremi obyczajami jako też z porządkiem publicznym. W obliczu prawa wszelkie korzystanie z niesnasek i waśni narodowych, wszelkie przywileje umowne na korzyść tej lub owej narodowości sprzeciwiają się dobrym obyczajom. I tu znów zachodzi pytanie: czy Sąd Rzeszy kierując się pojęciem dobrych obyczajów, zgodnem z „ideałem kulturalnym" niemieckim, uznałby za ważną umowę, mocą której nabywca obowiązuje się do odsprzedania majątku wyłącznie osobie pochodzenia polskiego? A jeśli według „kulturalnych" pojęć panującej grupy narodowej niemieckiej walka z polskością uchodzi za „obowiązek narodowy", ujawniony zresztą w wielu aktach prawodawczych — czyż wtedy sąd znów w imię „dobrych obyczajów" niemieckich nie uzna takiego zastrzeżenia za nieważne? Widzimy więc, jak niebezpieczne

są owe wskaźniki ogólne, zawarte w ustawach współczesnych, szczególnie gdy określenie ich treści winno się kierować sprawdzianiem, nieuwzględniającym różniczkowań świadomości prawnej. Jak n. p. interpretowały sądy pruskie art. 1666 kod. cyw. niem., gdy ze względów politycznych chodziło o pozbawienie rodziców prawa do wychowywania dzieci polskich, które w słynnym strejku szkolnym udział brały! W postępowaniu rodziców, którzy nie posyłali dzieci do szkół niemieckich, sądy dopatrywały się „narażenia duchowych dóbr dzieci“ — i zamykały je w zakładach poprawczych![1]).

V.

Rozważania nad nowymi prądami i kierunkami w wykładni prawa prowadzą do wniosku, iż tendencye nowoczesne, aczkolwiek usuwają liczne niedomagania i niedokładności tradycyjnej metodologii formalnej, kryją w sobie jednakże poważne niebezpieczeństwa: szczególnie, gdy ustalone teoretycznie sprawdziany wykładni pomijają różniczkowanie świadomości prawnej a przez to zezwalają pośrednio na stosowanie prawa zależne od dowolnych i podmiotowych ocen, uwarunkowanych niekiedy jednostronną tendencyą gospodarczą lub polityczną. Niebezpieczeństwo takie zachodzi nie tylko w państwach o ludności narodowo różnolitej: jeśli specyalnie ten wypadek uwzględnialiśmy, mieliśmy wyłącznie na oku układ naszych stosunków, gdzie obce sądownictwo w razie zastosowania nowych kierunków w praktyce, mogłoby przekształcić prawo obowiązujące w duchu niepożądanym, w kierunku „ideałów“ dla naszej zbiorowej świadomości prawnej niezrozumiałych. Ale kolizya taka zachodzi również w państwach, które pod względem etnicznym tworzą jednolitą całość, a to ze względu na możliwe odchyle-

[1]) Rumpf, Volk und Recht 1910 str. 21.

nia w rozumieniu celów i ideałów rozwoju kulturalnego przez poszczególne warstwy i klasy obywateli. Znamienne są pod tym względem liczne ostrzeżenia pod adresem nowego kierunku wykładni: niezależne stosowanie i przekształcanie prawa winno być wyłączone w tych dziedzinach, w których kolizye interesów różnych grup społecznych na pierwszy plan występują n. p. w zakresie regulacyi umowy o pracę. Tu nawet zwolennicy „wolnej wykładni“ zastrzegają wyraźnie, iż dopuszczalność sprawdzianów podmiotowych podkopać może zaufanie do władzy sędziowskiej, dlatego też oświadczają się raczej za bezwzględną, nie nadającą się do przeistoczeń i metamorfoz według rozumienia sędziowskiego normą prawną („strenges Recht“), odrzucają tedy wszelkie elastyczne formuły, które w stosowaniu prawa wywołać mogą wahania niepożądane i szkodliwe[1]).

Wprawdzie niektórzy zwolennicy wolnej wykładni uznają, iż wogóle ustalenie sprawdzianu jest rzeczą niemożliwą, iż przy zakreśleniu granic i pełnomocnictw władzy sędziowskiej nie chodzi o ustalenie jakowychś prawideł, lecz jedynie o wykazanie możności i dopuszczalności państwowych funkcyj sędziowskich[2]). Nie o zasady idzie lecz o logiczną i istotną możność uznania tych funkcyj, bez względu na ewentualny kierunek i tendencye, któremi działalność prawotwórcza sędziego się kieruje. Zdaje się, iż co do tego sporu być nie może: widzieliśmy bowiem, że nawet zwolennicy metody formalnej coraz bardziej uznają jej braki i dążą jedynie do jej możliwego uzgodnienia z wynikami nowych poglądów. A więc metodologiczna możność i dopuszczalność prawotwórczej funkcyi nie jest przedmiotem sporu. Atoli wykazanie i zaznaczenie tej możności by-

[1] Por. Kechne, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie III. str. 587, Oertmann, Gute Sitten und Socialpolitik, Deutsche Juristen-Zeitung XVI., str. 435. u.

[2]) Kiss, j. wyż., str. 4. n. („methodische Möglichkeit einer rechtsschöpferischen Auslegungstätigkeit“).

najmniej nie rozstrzyga kwestyi: wszak zasady i punkty wytyczne funkcyi prawotwórczej muszą być ustalone. teoretycy, zmieniający w kursie powyższym punkt widzenia, zaznaczający jedynie stronę metodologiczną uznają wszak, iż sędzia subjektywną dowolnością kierować się nie powinien, że miarodajne być dlań powinny względy na przekonania, obyczaje, przeciętne sprawdziany ogółu społeczności [1]).

A więc ustalenie sprawdzianów jest nieodzowne, ale ustalenie to kryje w sobie pewne niebezpieczeństwa. Oto zasadniczy dylemat, nierozwiązany dotychczas przez nowe prądy i kierunki wykładni. Zdaniem naszem sprzeczności wywołane przez stosowanie jakoby jednolitego probierza do zróżniczkowanych przejawów świadomości prawnej mogłyby usunięte, gdyby sędziowie zawsze i wszędzie liczyli się właśnie z owem zróżniczkowaniem; gdyby sprawdzian ustalony teoretycznie uznawali nie za bezwzględny, niezależny od rzeczywistego układu stosunków politycznych i gospodarczych, lecz jako czynnik zmienny, uwarunkowany właśnie zróżniczkowaniem świadomości prawnej: tak zrozumiane pojęcie „rozwoju kulturalnego", jako przewodniej zasady prawa, mogłoby być z pewnemi restrykcyami uznane za punkt wyjścia wolnej wykładni. W tedy zrozumienie odmiennych potrzeb narodowych i gospodarczych w harmonii z ogólnym duchem prawodawstwa mogłoby być korrektywą zawsze podmiotowych ocen sędziowskich; usuwałoby podejrzenia co do stronnego i dowolnego stosowania prawa zgodnie z wymaganiami grup panujących, które, rzecz oczywista, niewygodne z tego lub innego względu odchylenia świadomości prawnej zwykły pomijać milczeniem.

Nie należy wszakże się łudzić, iż tego rodzaju uzupełnienie i korrektywa nowej metody rychło zyska w praktyce prawo obywatelstwa. Przeciwnie, można się obawiać, iż uznanie dowolnych wartościowań sę-

[1]) również Kiss, str. 58.

dziowskich doprowadzi do przemycania pożądanych dla klas i grup panujących poglądów w sferze prawa prywatnego. Niewątpliwie, możność ta istniała i istnieje również przy konsekwentnem nawet stosowaniu dawnej metody logiczno - formalnej. Jest bowiem złudzeniem przypuszczenie, jako metoda konstrukcyjna daje najlepszą gwarancyę pewności i stałości w stosowaniu prawa [1]). Wszak wiemy, iż pod osłoną pojęć logicznych i formalnych możliwe są najdowolniejsze oceny i przeistoczenia treści ustawowej. Atoli sama metoda, operująca przesłankami logicznemi, wyłączająca w samej swej podstawie dowolność sędziowską, daje pewne złudzenie stałości i pewności norm prawnych. Złudzenie to posiada pewną wartość psychologiczną: utrzymuje bowiem przekonanie, iż wyrokowanie polega na przedmiotowem, wszelką dowolność wyłączającem zastosowaniu normy [2]). Z chwilą wszakże, gdy usuwamy złudzenie, gdy wykazujemy na czem polega istotna funkcya władzy sędziowskiej, jako czynnika niekiedy prawotwórczego, winniśmy baczyć, by zachowane zostały gwarancye niezależnego od d o w o l n o ś c i sędziego stosowania prawa. A jeśli już z natury rzeczy wszelkie wartościowanie musi być podmiotowe, usilne należy dać na to baczenie, aby oceny sędziowskie uwzględniały różniczkowania świadomości prawnej i nie zakreślały linii rozwojowej orzecznictwa w kierunku jednostronnie zrozumianych dążeń kulturalnych, politycznych i gospodarczych.

[1]) Por. uwagi Fuchsa, j. wyż., str. 235, Jung, str. 47.

[2]) Por. Wurzel j. wyż., str. 95.

Środki ochronne wobec recydywistów i przestępców anormalnych.

(Referat na V Zjazd prawników i ekonomistów polskich).

Napisał
Wacław Makowski
adwokat przysięgły w Warszawie.

Najmodniejszą dziś w dziedzinie kryminalistyki kwestyą, jest niewątpliwie kwestya „stanu niebezpieczeństwa“, „état dangereux“ i środków ochronnych, jakie społeczeństwo przedsiębrać może i powinno celem zabezpieczenia się przeciwko temu niebezpieczeństwu ze strony tej lub owej jednostki zagrażającemu.

Tu z konieczności muszę wyjść poza ramy zakreślone przez tytuł ustalony w programie prac zjazdu (Środki ochronne wobec recydywistów i przestępców anormalnych), gdyż ramy te uważam za zbyt ciasne, z góry wypowiadające się za pewną doktryną, a doktryny tej bynajmniej wyznawcą nie jestem.

Pierwiej zatem niż w stosownej rezolucyi powiemy, czy „środki ochronne“ mające na celu ochraniać społeczeństwo od grożących mu niebezpieczeństw, mają być stosowane do recydywistów i nienormalnych, jak chce program Zjazdu, czy też do tych również, którzy stają się niebezpiecznymi wskutek swoich „nałogów życiowych“ lub „skłonności i sposobu życia uzewnętrznionych w postaci przewidzianego przez prawo przestępstwa“, jak tego chciał kongres międzynarodowy Zw. Kr. w Brukseli w 1910 r. — pierwiej nim rozstrzygniemy, gdzie stanąć i czy nie pójść dalej jeszcze, niezbędną jest rzeczą odpowiedzieć na pytanie, co to są

za „środki ochronne“, dlaczego się stały tak modne i co właściwie wnoszą nowego?

Nowego wnoszą bardzo wiele i bardzo mało zarazem. Mało: nie ulega bowiem wątpliwości, że i dotąd i od dawna stosowano rozmaite środki ochronne obok właściwej kary, stosowano rozmaite t. zw. kary dodatkowe, zmierzające do tegoż celu, piętnowano i obcinano uszy, a wszak i sama kara jest właśnie swoistym środkiem ochronnym w pierwszym rzędzie.

Nową rzeczą jest zaś to, co podrywa podstawy dotychczasowego prawa karnego, zwiastuje jego koniec i zamianę przez inne urządzenia, zmierzające ku ochronie społecznej wyłącznie, wyzwolone od pojęć zbrodni, winy i kary.

To jest nowe i śmiałe.

A jeśli śmiałem jest to jako myśl, jako pewna konstrukcya gabinetowa traktowana w monografiach i rozważania na kongresach, to znacznie śmielszemi są jeszcze próby urzeczywistnienia, realizacya tej myśli. Budzi ona szereg obaw, obaw bardzo uzasadnionych i stąd omówienia, zastrzeżenia, ograniczenia, aż wreszcie dochodzimy do nieszkodliwej, ale i błahej, pozbawionej głębszego znaczenia formuły o środkach ochronnych przeciwko recydywistom i chorym.

Nie będę tu ani wykładał szczegółów zagadnienia, ani cytował materyałów z prac Prins'a, Liszt'a, czy innych zwolenników nowej teoryi, i te bowiem ich prace i popularyzacya ich poglądów drogą kongresowych rozstrząsań i uchwał poszły już tak daleko, że nawet poza sferą prawników nie są rzeczą nieznaną.

Chcę przystąpić wprost do pytania, które powstało wraz z samą nową doktryną i które dotąd najżywiej trapi umysły nie znajdując dostatecznej odpowiedzi. Pytanie to tyczy się gwarancyi praw osobistych i dzieli świat kryminalistyczny na obozy najbardziej wyraźnie niezgodne: Francuzi są za prawami osobistemi i ich nienaruszalnością, Niemcy idą w kierunku nieograniczonej prawie supremacyi społecznej.

Urodzona z walki i gniewu, zależna początkowo całkowicie od jednostki pokrzywdzonej i stanowiąca jej wyłączne prawo, powoli stawała się kara własnością publiczną. Ewolucya ta została uwieńczona w klasycznej zasadzie jeszcze do niedawna obowiązującej powszechnie. Za podstawę wzięto czyn, winę; unormowano stosunkową ciężkość win i zastosowano do nich równie unormowany system kar. Handlowa sprawiedliwość trzeciego stanu, który tę zasadę stworzył, stała się zasadą wszystkich kodeksów, ukróconą została dotychczasowa samowola sędziów i sędzia stał się kupcem, który ściśle według kodeksowego cennika, odmierzał każdemu za cenę dokonanej zbrodni odpowiednią ilość i odpowiedniej jakości karę.

Ale oto przyszły wyłomy w tej klasycznej konstrukcyi.

Wyłomy w rozmaitych pozornie kierunkach, prowadzą wszakże do wspólnego punktu.

Jakoś nie może sobie poradzić teorya i życie z tą sprawiedliwością klasyczną, widzi, że i ona staje się źródłem niesłusznego pastwienia się nad człowiekiem, że jednak nie wszyscy zbrodniarze mogą być równi przed karą i tu pojawia się: 1) indywidualizacya kary t. j. przeniesienie punktu ciężkości od czynu do jednostki czyniącej. Niezupełna poczytalność — mniejsza kara. Ale wtedy przychodzi poszkodowany interes społeczny, któremu bliższą już była klasyczna zasada równości. Nad wszystkiem ja jestem — mówi ten interes społeczny, — niema praw człowieka — są prawa społeczne. I ma się dokonać to, coby można nazwać 2) socyalizacyą kary. Ale teraz już nie w imię ustępującej sprawiedliwości, a w imię tego interesu społecznego rzeczą jest niesłychanej wagi, aby te środki, jakimi rozporządza społeczeństwo ku ochronie swojej, t. j. to co stanie na miejsce dotychczasowych kar, aby było stosowane najbardziej celowo, najskutecznej. A to znów wymaga wzięcia pod uwagę każdorazowo indywidualnych właściwości jednostki, czyli znów indywi-

dualizacyi, nie kary już wszakże, — tylko „środków ochronnych".

Jeżeli zasada równowagi win i kar, zasada kodeksu francuskiego 1810 r. a za nim wszystkich kodyfikacyj XIX. wieku była dziełem stanu trzeciego, to nie ulega wątpliwości, że na tworzenie się nowej zasady obrony społecznej wpływa w wielkim stopniu ideologia stanu czwartego. Miejsce indywidualnej działalności i wolnej konkurencyi zajmują ideały zbiorowego życia i socyalizacyi przenikającej najgłębiej w życie poszczególnego człowieka. Nic też dziwnego, że na każdy czyn ustalić się musi pogląd z punktu widzenia jego pożytku lub szkody dla społeczeństwa. Zbrodnia też z tego tylko punktu traktowana, musi być odseparowana od subjektywnego pojęcia winy i odpowiedzialności całkowitej, czy zmniejszonej. Wogóle kwestya odpowiedzialności nie istnieje, a zatem niema winy i niema kary. Społeczeństwo broni się przeciw szkodliwym jednostkom, jak przeciw zaraźliwym chorym, aby uniknąć grożącego od nich niebezpieczeństwa. A jeśli ta obrona społeczna naraża jednostkę na pewną przykrość mniejszą lub większą, to: po pierwsze obowiązkiem społeczeństwa jest kurtuazya względem eliminowanych i oszczędzanie im zbytnich przykrości, to rzecz kultury, — a po drugie i to najważniejsze: będzie to ze strony jednostki złożenie ofiary na ołtarzu wspólnego interesu społecznego, a do takich ofiar każdy jest powołany; jeden złoży swoją pracę owocną, inny pozwoli się unieszkodliwić.

Taka idealna harmonia wymaga, rzecz prosta, odpowiednio idealnej i harmonijnej organizacyi społeczeństwa. I wtedy nie budziłaby zapewne obaw co do samowoli i oddania swobód indywidualnych na pastwę władz i urzędów powołanych do określania „stanu niebezpieczeństwa" obywateli.

Tymczasem jednak takiej idealnej budowy i harmonii społecznej nie mamy, a nawet nic nie zwiastuje bliskiego jej urzeczywistnienia. A zatem wprowa-

dzenie dzisiaj już do kodeksu jako podstawowej zasady „unieszkodliwiania“ ludzi, którzy wydają się niebezpiecznymi, mogłoby pociągnąć tylko przeniesienie niebezpieczeństwa w inne miejsce, ale nie usunięcie go całkowite, a nawet nie zmniejszenie.

Dotąd kodeks karny był nie tylko wyliczeniem grożb dla przestępcy, ale także zabezpieczeniem i gwarancyą jego praw. Dziś ta gwarancya powinna ustać, konieczną bowiem konsekwencyą nowego stanowiska jest przeniesienie punktu ciężkości od litery prawa do żywej działalności sędziego, który jednak w każdym wypadku określić winien stopień niebezpieczeństwa, jakie wyobraża dany osobnik i charakter środków, jakie do niego zastosowane być mają. Tych rzeczy drogą prawodawczą ustalić nie można; można dać wskazanie wytyczne, ale tylko w ogólnych zarysach: praca stosowania staje się nierównie więcej skomplikowaną, odpowiedzialną i szeroką.

A wobec tego wzrasta niepomiernie i prawo komentowania, urzędy wykonawcze uzyskują pełnomocnictwa nie tylko nowe, ale i wprowadzające istotną zmianę w ich stosunku do obywateli, gwarancye nietykalności obywatela ustępują i następuje samowola, której się tak obawiają z jednej strony Francuzi, a z drugiej Rosyanie, nauczeni, być może, gorzkiem doświadczeniem ostatnich lat, gdzie przywileje władz administracyjnych w zakresie osób niebezpiecznych pod względem prawomyślności politycznej, nie wahały się nawet przed prawem do życia. Były wypadki rozstrzeliwania bez sądu, a wysyłanie długoterminowe (5 lat) do kraju Narymskiego (Wschodnia Syberya) osób, które objektywnie nie uczyniły nic złego, uznane jednak zostały ze względu na istniejące przeciw nim podejrzenia za niebezpieczne politycznie, było na porządku dziennym. Ten środek wyjątkowy walki politycznej mógłby się stać stałem narzędziem samowoli.

Konsekwencya bowiem nie pozwala się zatrzymywać w tem miejscu, które dotąd było progiem, za

który nie przenikała interwencya władzy karzącej. Zasada „nulla poena sine lege“ nie może się ostać, bo wszak często znacznie większe niebezpieczeństwo tkwi w osobniku, który żadnej dotąd zbrodni nie dokonał, ale idzie po pochyłości niechybnej w tym kierunku, niżli to, jakie grozi ze strony wypadkowego przestępcy, który zniewolony raz do przekroczenia kodeksu, niezależnie od kary więcej już tego nie uczyni. A przytem nowa zasada chce naprzód wybiegać i zapobiegać, a nie jak dotąd tropić zbrodniarza, który już zbiegł. Trzebaby zatem próg przestąpić i uznać, że człowiek, który wprawdzie nic jeszcze złego nie uczynił, ale, którego „sposób życia, skłonności i nałogi“ dają prawo przypuszczać, że uczynić może, człowiek taki uznany za niebezpiecznego ma uledz represyi społecznej.

Zapewne prawodawczo musiałyby być ustalone jakieś probierze pozwalające sądzić o stanie niebezpiecznym osobnika przed dokonaniem przestępstwa; lub inaczej: nazwa i skutki przestępstwa byłyby rozszerzone na niektóre czyny dotąd kryminalnie obojętne, na ten lub inny sposób życia, wszystko to jednak nie usunęłoby ostrego konfliktu pomiędzy interesem społecznym z jednej, a prawem jednostki z drugiej strony.

Prins wierzy w możliwość usunięcia tej sprzeczności, nie istnieje ona dla niego, gdyż środki ochronne proponowane przez niego celem zapobieżenia przestępstwu nie mają nic wspólnego z karą, wchodzą one całkowicie w sferę opieki społecznej. „La défense sociale.... n'est plus de la répression, elle est de la protection et de l'assistance“. I zdaje się, że jeśli nie najwłaściwszą, to zbliżoną do niej drogę pogodzenia tych sprzeczności wskazuje tu Prins.

Bo zważmy, jak się idea tej nowej metody obrony społecznej, uznania stanu groźnego i środków ochronnych wyraża u niektórych poszczególnych ludzi i w konkluzyach zbiorowej pracy zjazdów i kongresów.

Przedewszystkiem, jakeśmy to już wspomnieli, istnieje wyraźna różnica w stosunku do kwestyi szkół

niemiecko-belgijskich i kryminalistów francuskich, a jaskrawy wyraz tego stosunku dał Garraud, mówiąc na zjeździe grupy francuskiej M. Z. K. w Rennes: „L'état dangereux est né dans les brumes allemandes. Il faut l'y laisser". Taki stosunek odporny oparty na obawach o całość gwarancyi swobód osobistych, wobec niewątpliwego z drugiej strony faktu, że i dotąd i w dotychczasowych urządzeniach zadaniem prawa kryminalnego, kary i sądu nie było męczenie zbrodniarza, ale ochrona społeczeństwa od zbrodni, od niebezpieczeństwa, że i dzisiaj istnieje już i stosowany jest przez tychże Francuzów szereg środków o charakterze ochronnym i uzależnionych właśnie od „stanu" przestępcy, w luźnym tylko związku z popełnionym przezeń czynem, lub tego czynu powtórzeniem (n. p. prawo 1885 r. o relegacyi), że zatem to, co teoretycznie budzi takie obawy, praktycznie znalazło już częściowo i bardzo dalekie od doskonałości, urzeczywistnienie.

Taki kompromis zawiera w sobie niewątpliwie uchwała (cytowanego już) zjazdu w Rennes, która brzmi:

„Zjazd jest zdania, iż:

Istnieją delikwenci, których czyto ze względu na ich stan umysłowy, czy też z powodu ich zbrodniczego życia, należy uznać za niebezpiecznych (doivent être considérés comme en état dangereux).

Osobnik w stanie niebezpiecznym nie może być pozbawiony gwarancyi swobody indywidualnej. Prawo powinno ustanowić warunki stanu niebezpiecznego i nie może tego zrobić inaczej, jak biorąc pod uwagę objektywną wagę lub powtórzenie dokonanych przestępstw".

Jakkolwiek chciał Garraud pozostawić ten „stan niebezpieczny w mgłach niemieckich, jakkolwiek w podobny sposób wypowiada się o nim i Garçon i wielu z pomiędzy najpoważniejszych Francuzów, jednak uznali oni za tem pojęciem „stanu niebezpiecznego" prawo obywatelstwa w prawodawstwie, zastrzegając tylko najściślej, że właściwą i jedynie powołaną do określania

i ustalania tego stanu niebezpiecznego instytucyą jest ciało prawodawcze; granice, charakter, warunki stosowania, określa kodeks i o żadnych swobodach interpretacyi, o żadnem widzimisię sędziego mowy być nie może.[1])

W tym też kierunku zmierza referat Garçon'a na kongresie w Brukselli. Rozszerzając i wyjaśniając uchwałę cytowaną, wychodząc może poniekąd z jej granic, ustala on trzy rodzaje „stanów niebezpiecznych". A więc: 1) Przedewszystkiem recydywiści, co do których środki ochronne mają być ostre, jednak wyroki nieokreślone nie wydają się Garçon'owi rzeczą właściwą. 2) Sutenerzy, alkoholicy, żebracy, włóczęgi — (tutaj właściwy stan niebezpieczeństwa przed ściśle występnym czynem). Garçon żąda ustalenia przez prawo tych warunków szczególnych, któreby dawały władzy państwowej prawo wkroczenia w życie prywatne wymienionych kategoryj osobników, a także tych środków, jakie w każdym poszczególnym wypadku stosować należy, innemi słowy, żąda, aby wymieniony powyżej sposób życia był uznany przez prawo w pewnych warunkach za karalny, jakkolwiek środki stosowane przeciwko osobnikom niebezpiecznym tego typu mają być raczej środkami opieki, niż karami w ścisłem znaczeniu tego wyrazu. 3) Wreszcie trzecią grupę stanowią osoby o zmniejszonej odpowiedzialności. Interwencya publiczna do ich życia rozpocząć się może dla Garçon'a dopiero po dokonaniu przez nich karalnego czynu.

Właściwy, główny, a przynajmniej jeden z głównych propagatorów „obrony społecznej" i „stanu niebezpiecznego" Liszt, domaga się przeciwnie rozszerze-

[1]) Już w 1905 r. na pewnym zjeździe francuskiej grupy Zw. M. Kr.w Paryżu po referacie tegoż Garraud przyjęto uchwałę wprawdzie ogólnikową ale bardzo znamienną w tej kwestyi, a mianowicie: La notion de l'état dangereux du délinquant peut être substituée, pour certaines categories de criminels, à la conception trop exclusive de l'acte poursuivi".

nia atrybucyj sędziego, wyroków nieokreślonych i tych wszystkich nowości, w których widzą niebezpieczeństwo dla jednostki Francuzi.

I znowu jako kompromis powstaje idąca już nieco dalej znana rezolucya kongresu Brukselskiego.

Oczywista, że ta walka myśli i teoryi nie może pozostać bez wpływu na kodeksy. Już w 1902 roku Storthing Norweski zawotował kodeks ze znanym §. 65, który ustanawia, że recydywiści skazani za kilkakrotny czyn lub usiłowanie z wyszczególnionych artykułów mogą uledz specyalnej represyi. Sąd może co do nich postawić dodatkowe pytanie o stanie ich niebezpieczeństwa i w razie twierdzącej odpowiedzi zamknąć ich po odbyciu kary właściwej na potrójny przeciąg czasu; będzie to już środek ochronny, bardzo prymitywny coprawda, ale ochronny (Artykuł dotąd niestosowany). A § 39 ustanawia środki ochronnne w postaci internowania w przytułku dla obłąkanych, w domu pracy dla alkoholików, w postaci wysłania do określonej miejscowości lub zabronienia pobytu przeciwko tym, którzy zostali przez sąd uwolnieni, lub skazani na mniejszą karę, jako nieodpowiedzialni, lub z odpowiedzialnością zmniejszoną na skutek nienormalności umysłowej.

Projekt austryacki podobnież traktuje jako niebezpiecznych tych, którzy popełnili czyn karany nie mniej jak 6 mies. więzienia w stanie zmniejszonej poczytalności, a także recydywistów, przyczem charakter czynu wzięty jest pod uwagę.

Projekt niemiecki zna wzmożoną odpowiedzialność dla profesyonalnych przestępców, zna także „Sichernde Massnahmen“ przy odpowiednich pobudkach czynu i t. d.

Odbicie kodeksowe myśli o stanie niebezpieczeństwa i zmianie charakteru tych środków, jakie przedsiębierze społeczeństwo celem obrony przed przestępstwem, jest, jak widać, niezmiernie dalekie od prawzoru,

tak dalekie, że najdokładniej przeinaczyło leżącą u podstawy myśl.

Myśl była:

Nielogicznością jest wszelka „kara", gdyż z jednej strony źle spełnia swoje zadanie ochrony społeczeństwa przed przestępstwem, z drugiej zawiera niewłaściwe pierwiastki uczuciowe odwetu i t. p., które powinny być z celowej polityki społecznej wyeliminowane. Nie należy karać zbrodni, ale unieszkodliwić zbrodniarza. Stąd przeciwko osobnikom zagrażającym interesowi społecznemu należy przedsiębrać środki ochronne. Ten system środków ochronnych postawiony na miejsce systemu kar, łącznie z odpowiedniem przekształceniem budowy społecznej w kierunku socyalizacyi, stworzy nową regulacyę stosunków na właściwym gruncie.

W szczególności zaś: są ludzie chorzy, wypaczeni psychicznie, stojący poniżej normy „odpowiedzialności", parci dzięki tym brakom psychicznym ku przestępstwu, a jednak karanie ich nie osiągnie celu, kara bowiem wobec ich stanu psychicznego nie wywiera wpływu. Z nich to rekrutują się recydywiści i profesyonalni przestępcy. Zamiast kary należy stosować środki ochronne.

Są ludzie, którzy występczość swoją zawdzięczają całkowicie niedoskonałości urządzeń społecznych, warunkom, w jakich postawiło ich społeczeństwo — takich jest najwięcej — karanie ich jest tragicznym paradoksem; należy dać im możność uniknięcia zbrodni stosować znów środki ochronne — nie kary.

A praktyczny myśli tej wyraz:

Środki ochronne wchodzą nie zamiast kary, ale obok niej.

W stosunku do największej ilości przestępców, stworzonych przez warunki społeczne, o żadnych zmianach niema mowy; w dalszym ciągu społeczeństwo będzie kultywowało zbrodnię, żeby potem karać zbrodniarzy.

A zaś do ludzi ze zmniejszoną poczytalnością, będą stosowane wzmożone represye, wprawdzie nazwie się je „środkami ochronnymi“ nie „karą“, ale istota ich pozostaje prawie niezmienioną.

Zrozumiałą wobec tego jest opozycya kryminalistów francuskich przeciwko tego rodzaju praktycznym reformom prawa karnego.

Zasada niewątpliwie słuszna i piękna staje się dziwolągiem w zastosowaniu, chcą bowiem gwałtem wtłoczyć ją w nieodpowiednie środowisko. Na jednym z konarów wierzby, mającej i nadal dostarczać rózeg do bicia, gwałtem usiłują zaszczepić gruszki — oczywista próżno.

Nowa metoda walki z przestępstwem, jest niewspółczesną dzisiejszej budowie społecznej, wybiegła ona daleko naprzód i stąd stosowana i przystosowywana par force do dzisiejszych warunków może rodzić dziwolągi.

I stąd wpływają dwa wnioski:

Pierwszy o konieczności reformy społecznej, któraby zmieniając formy stosunków pomiędzy ludźmi ukróciła samą możliwość najliczniej dotąd dokonywanych przestępstw.

Nie leży to wszakże w kompetencyi Zjazdu.

I drugi o tych środkach, jakie na dziś należałoby przedsiębrać w zakresie walki z przestępstwem, nim się warunki społeczne należycie zmienią i może w oczekiwaniu tej zmiany.

Punktem środkowym dotychczasowej walki z przestępstwem, narzędziem głównem i jedynem była kara.

Wszystko było dostosowane do jej wymagań: prawo i sąd i wreszcie organy wykonywania wyroków. Myśl o karze przyświecała ludziom budującym więzienia i tym, którzy stanowią tych więzień rozumną część, — bezpośrednim a i pośrednim ich dozorcom.

Dziś na miejsce kary ma stanąć urządzenie nowe, nowy środek walki. I tu właśnie trzeba być radykal-

nym, rozpocząć zmianę gruntowną. Półśrodki nie osiągną celu.

Zamiast stosowanego dotąd więzienia karzącego i określanych z góry jego terminów, mających wywrzeć zbawienny, a wywierających zgubny pod każdym względem wpływ i na osobnika i na wzrost przestępstw, należy powołać do życia instytucye odmienne, któreby mogły stosować ściśle indywidualne w każdym poszczególnym wypadku środki, zmierzające do zabezpieczenia społeczeństwa od powtórzenia zbrodni.

Dla zbrodniarzy niepoprawnych, recydywistów niezupełnie poczytalnych i tych, których nałogi życiowe czynią niebezpiecznymi stale, należy stworzyć zakłady od dzisiejszych więzień odmienne, z taką ilością oddzielnych sekcyj, na ile poszczególnych indywidualnych grup dzielić będzie można owych niebezpiecznych zbrodniarzy.

Należy powołać do życia urzędy wykonawcze mające na celu stosowanie środków ochronnych i w tym celu dać im specyalne przygotowanie teoretyczne i praktyczne, rodzaj lekarzy i felczerów, tego społecznego zła.

Wreszcie należy zorganizować możliwie najszerzej akcyę społeczną dążącą do zapobieżenia przestępstwu i rozwinąć najszerszą działalność patronatów nie tylko w stosunku do osób uwolnionych z więzień, uwolnionych przedterminowo, lub warunkowo, ale także i do osób, któreby mogły być zaliczone do kategoryj społecznie niebezpiecznych przed dokonaniem czynu zbrodniczego.

Zważywszy to, proponuję uchwałę Zjazdowi:

Zjazd uznaje, iż:

Prawodawczo powinny być ustalone wypadki, kiedy osobnik wobec powtórzenia i charakteru dokonanych czynów zbrodniczych, wobec stanu umysłowego, nałogów życiowych i sposobu życia uzewnętrznionych w czynie zbrodniczym, ma być uznany za społecznie niebezpiecznego.

W stosunku do takich społecznie niebezpiecznych

ludzi powinno być stosowane, jako środek ochronny, umieszczenie w specyalnie na ten cel urządzonych instytucyach, posiadających swoją odrębną od więziennych i specyalnie wykwalifikowaną administracyę.

Winien być dopuszczony jak najszerszy udział społeczeństwa, w postaci patronatów, w organizacyi i opiece nad wspomnianemi instytucyami, jak też w akcyi, systematycznie popieranej przez państwo, a zmierzającej ku zapobieżeniu przestępstwom nie tylko wśród osób uwolnionych z więzień, ale i wśród tych osób, które będą uznane przez patronat za będące w stanie niebezpiecznym.

Z badań statystyczno-ekonomicznych nad klasą robotniczą w Królestwie Polskiem.

(Referat na V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich).

Napisał

Edward Chwalewik.

Znowu jesteśmy świadkami wytężonej pracy twórczej w zakresie dociekań ekonomicznych. Bodźcem do niej jest w dalszym ciągu ów namiętny spór w dziedzinie metodologii nauki ekonomicznej, który z zaciekłością niezwykłą wszczął się w latach 80-tych ubiegłego stulecia w Niemczech i szybko przeniósł się następnie do piśmiennictwa ekonomicznego innych krajów. Sporowi temu zawdzięczamy cały niemal rozrost obecny myśli ekonomicznej, a przedewszystkiem zaś wysunięcie na plan pierwszy zarówno kwestyi zasadniczego utrwalenia związku ze wszystkich konarów nauki ekonomicznej, jak i kwestyi ustalenia ściślejszej łączności pomiędzy samym pniem tejże nauki, t. j. starą abstrakcyjną ekonomią polityczną (właściwie teoryą ekonomiczną) i licznemi jego rozgałęzieniami: polityką ekonomiczną, historyą ekonomiczną, geografią ekonomiczną tudzież, na co tutaj bliższą zwrócić chcemy uwagę, statystyką ekonomiczną.

Statystyka ekonomiczna należy niewątpliwie do najmłodszych pędów nauki ekonomicznej. Wprawdzie odkąd sporządzane są metodyczne spisy ludności, wtrącano niekiedy do demograficznych danych i fakty z życia społeczno-ekonomicznego, nie poddawano ich wszakże dalszym, głębszym badaniom, nie wysuwano z nich żadnych pozytywnych wniosków i co najważ-

niejsza, nie tworzono z tej kategoryi faktów odrębnej nowej dyscypliny naukowej.

Nie chcemy przez to powiedzenie utrzymywać, że kwestya podziału ludności na te lub owe grupy, klasy i stany ekonomiczne, nie interesowała dawniej uczonych. Przeciwnie, ślady dociekań podobnych znajdujemy już w w. XVII. w pracach pierwszego statystyka angielskiego W. Petty'ego, który zarówno w swej „Arytmetyce politycznej", jak i w „Politycznej anatomii Irlandyi" kwestyę podziału ludności według zawodów i zajęć wysunął, po raz pierwszy ponoś w nauce, na czoło zagadnień ekonomicznych. Później, w w. XIX, wraz z przyjęciem się spisów powszechnych ludności, głębszej analizie społecznej poddawano zaledwie ludność przemysłowo-fabryczną. W ostatniem 30-leciu (1880—1910) dopiero statystyka niemiecka zwróciła należytą uwagę na konieczność badania całej ludności krajowej z punktu widzenia jej składu zawodowego i przeprowadziła w tym celu w r. 1882 pierwszy specyalny spis zawodowy w Niemczech. Naukowa doniosłość takich spisów pomimo to długo jeszcze nie była należycie oceniona i spożytkowana. Zrozumiał ją dopiero znany statystyk francuski L. March, kierownik spisu zawodowego francuskiego z r. 1896 i autor rezultatów tego spisu. On to pierwszy uzasadnił naukowo, że tylko dzięki statystyce zawodowej można dokładnie i podstawowo określić, zbadać i oświetlić należycie tak ważne zjawiska życia fizycznego i moralnego ludności, jak stopień śmiertelności, słabowitości i zbrodniczości, jak alkoholizm, prostytucya, warunki sanitarno-hygieniczne i t. d. Nadto, według Marcha, jedynie studya nad statystyką zawodową ludności umożliwiają należyte poznanie wielu stron życia ekonomicznego, jak sprawa wytwórczości w różnych gałęziach przemysłu, jak kwestya spożycia, jak skład i liczebność klasy robotniczej w najszerszem tego słowa znaczeniu. W znajomości statystyki zawodowej ludności widzi wreszcie March najlepszy klucz, dozwa-

lający mężom stanu na należytą oryentacyę w dziedzinie polityki ekonomicznej, zwłaszcza przy rozwiązywaniu takich palących zagadnień współżycia społecznego, jak wzrost najemnictwa kobiet i dzieci w przemyśle, jak kwestya bezrobotnych, jak zatargi pracy z kapitałem, jak uprzemysłowienie rolnictwa, jak walka wielkiego przemysłu z drobnym i t. d. i t. d.

Owoce otrzymane z przeprowadzenia spisów zawodowych w Niemczech, Austryi, Francyi, Szwajcaryi tudzież w innych krajach, stwierdziły słuszność wniosków Marcha. Istotnie. Przeprowadzenie spisu zawodowego w r. 1882 znacznie ułatwiło Niemcom opracowanie i wcielenie w życie przymusowego ubezpieczenia robotniczego. Tylko na zasadzie ścisłych danych, wysnutych z powszechnych spisów zawodowych, przeprowadza się obecnie na Zachodzie każda reforma społeczna.

Nie dość tego. Znajomość podziału zawodowego ludności posiada nie tylko doniosłość praktyczną, socyalną, ale i wartość naukową przy rozważaniu wielu problematów teoretycznych ekonomii społecznej, jak zagadnienie klas społecznych i wielu innych. Nie brak nadto teoretyków, którzy od badań nad statystyką zawodową ludności oczekują, jeśli nie rozwiązania definitywnego zagadnienia klas społecznych, to przynajmniej racyonalnego jego ujęcia.

Kiedy się rozczytujemy w licznych pracach naukowych, wywołanych zagranicą wynikami ostatnich spisów zawodowych powszechnych, mimowoli nasuwa się pytanie, co my, Polacy, wiemy w tym względzie o sobie, jaką jest nasza struktura ekonomiczna wogóle i pod każdym zaborem w szczególności, jak się przedstawia nasze uwarstwienie społeczne i t. d. A wszak bez ścisłej, naukowej znajomości tego, nie sposób rozwiązywać zagadnienia uprzemysłowienia.

Ze smutkiem, niestety, po rozejrzeniu się bliższem w bibliografii ekonomicznej polskiej, stwierdzić musimy, że bardziej interesujemy się sprawami rozwoju

ekonomicznego na Zachodzie lub Wschodzie, niż poznawaniem własnych stosunków ekonomicznych. Trusty amerykańskie, prądy syndykalistyczne we Francyi, postępy reform socyalnych w Niemczech są nam bardziej znane i na szpaltach prasy naszej, zarówno naukowej, jak i codziennej, częściej omawiane, niż zjawiska społeczno-ekonomiczne na naszej ziemi, ukazujące się i domagające natarczywie wyjaśnienia, uświadomienia, jeśli nie rozstrzygnięcia natychmiastowego.

Wprawdzie w Królestwie Polskiem, gdzie jesteśmy pozbawieni instytucyi nie tylko autonomicznych, lecz i samorządnych, nie mamy wcale własnych biur statystycznych, które gromadziłyby ścisłe, źródłowe dane o kwestyach nas obchodzących, lecz ta okoliczność, aczkolwiek bardzo poważna, nie usprawiedliwia bynajmniej licznych braków naszych w tym względzie. Rozwój statystyki prywatnej, zbieranej w drodze inicyatywy osobistej w Anglii i w Niemczech, doskonale poucza, do jakich świetnych rezultatów pozytywnych dojść można drogą samopomocy społecznej w dziedzinie statystyki, byleby celowi temu jasno przyświecała rozbudzona świadomość potrzeby poznania kraju i ludzi, tudzież nieustających śród nich zjawisk społecznych.

Jak mało wiemy o sobie — mówię głównie o Królestwie Polskiem — świadczy między innemi i fakt, że nie tylko nie zdobyliśmy się na własne źródła, dotyczące naszego życia ekonomicznego i społecznego, ale i nie zdołaliśmy dotąd należycie przetrawić, sprostować i właściwie oświetlić nawet tego, co statystyka biurokratyczna rosyjska o nas głosi i na zasadzie i na znajomości czego zadaje nam niejednokrotnie dotkliwe na polu ekonomiczno-społecznem ciosy.

Czy nie byłoby wobec tego wskazane, aby Zjazd obecny prawników i ekonomistów polskich zajął się bliżej tą kwestyą i dał inicyatywę do powstania swego rodzaju wydawnictwa „Rocznika statystycznego ziemi polskiej“, w którym należałoby zogniskować wszystkie źródłowe wiadomości statystyczno-ekonomiczne

o kraju i ludziach, rok rocznie je dopełniać, zestawiać i prostować i w ten sposób naukowo poznawać ją bliżej. Wprawdzie „krajowe biuro statystyczne“ we Lwowie wydaje „Podręcznik Statystyki Galicyi“, lecz Królestwo Polskie i Ks. Poznańskie dotkliwie cierpi na brak podobnego rodzimego wydawnictwa, nadto „Podręcznik Statystyki Galicyi“ nie zawiera niezbędnych dla nas zestawień z ziemiami polskiemi pod innymi zaborami. Wydawany po polsku i francusku, kto wie, czy nie przyczyniłby się również nieco do uprzemysłowienia kraju, przez ściągnienie kapitałów obcych, którym taki „Rocznik“ mógłby dopomódz wielce do lepszej oryentacyi, czy warto zaryzykować swój grosz, czy też nie.

Do źródeł, stosunków społeczno-ekonomicznych Królestwa Polskiego dotyczących, a mało u nas wyzyskanych, należy między innemi i jednodniowy spis ludności, przeprowadzony w r. 1897 w państwie rosyjskiem. Pod względem naukowego, metodycznego opracowania jest on bez wartości. Aby zaś kiedyś, w przyszłości, któryś z uczonych, wiedziony ciekawością, nie zechciał zajrzeć do dokumentów tego spisu i ujawnić rażących w opracowaniu urzędniczem błędów, jak n. p. zaliczenie Kirgizów do wyznania katolickiego, wykazanie żonatych śród dzieci albo analfabetów śród nauczycieli — zaraz po ukończeniu opracowania spisu, Centralny Komitet Statystyczny w Petersburgu sprzedał wszystkie materyały spisu na makulaturę.

Zanim wszakże doczekały się one swego smutnego losu, spożytkowane zostały w inny sposób, godziwszy. I rzecz charakterystyczna dla Rosyi, że głośny przedstawiciel reakcyi rosyjskiej, minister ówczesny spraw wewnętrznych, Plehwe, wprawdzie dla swych policyjnych celów, zrobił z materyałów spisu naukowy użytek. Zaniepokojony żywiołowymi wybuchami robotniczymi, które w latach 1902—1904 wstrząsały państwem rosyjskiem, postanowił w r. 1904 wyciągnąć z materyałów spisu jednodniowego dane, dotyczące

klasy robotniczej, by módz przeciwstawić jej siłę odpowiednią i zgnieść doszczętnie. Szczegółowe wyniki tej skrupulatnej pracy policyjno-statystycznej początkowo zachował do własnego użytku, podawszy do wiadomości ogółu jedynie ogólne wiadomości w niewielkiej broszurce [1]). Dopiero po śmierci Plehwego, kiedy porobione wyciągi policyjne ze spisu przyszły w spadku do ministeryum finansów, to ostatnie opracowało je na nowo i wydało część w dwu pracach [2]), odbitej w nieznacznej ilości egzemplarzy, stąd niedostępnych dla szerszego koła badaczy.

Nad niemi zamierzamy się tutaj bliżej zastanowić przy omawianiu klasy robotniczej w Królestwie Polskiem pod względem statystyczno-ekonomicznym.

Tutaj pamiętać winniśmy, że spis, jednodniowy rosyjski, przeprowadzony w r. 1897, miał na celu głównie obliczenie ogólne ludności w państwie i słaby wogóle kładł nacisk na stanowisko społeczne każdego obywatela w profesyi, na zróżniczkowanie społeczeństwa pod względem źródeł pracy. Dla tego też do rubryki robotników i służby osobistej wcielano tylko tych, którzy osobiście zapisywali się lub oświadczali, że są robotnikami albo że trudnią się usługą i zajęcie to podawali jako zawód główny. Kto zaś, czy to nie rozumiejąc, o co chodzi — a takich było najwięcej — czy też wstydząc się swego stanowiska podległego, mieszał zawód swój ze stanowiskiem w zawodzie, tego już, wskutek formalistycznego traktowania opracowania spisu, nie włączano do rubryki robotników. Stąd otrzymana w dziale zawodowym spisu liczba robotników, jest naturalnie o wiele niższą, niż rzeczywista.

---

[1]) „Raspredjelenje raboczych i prisługi po gruppam zarjalij i miestu rożdenja“ (Petersburg, 1905).

[2]) „Raspredjelenje nasielenja po widam gławnych zanjatij i wozrostnym gruppam po otdjelnym rajonam“ (t-że, 1905 4 tomy) „Cziślennost i zsostaw raboczych w Rossii“ (t-że, 1906 2 tomy).

Nadto dodać winniśmy, że dane spisu jednodniowego z 1897 r. są już dla zobrazowania spółczesnych nam stosunków społeczno-ekonomicznych w Królestwie Polskiem całkiem przestarzałe, za słabe. Wszak przez ubiegłe odtąd 14-lecie przeżyliśmy duży szmat życia, w ciągu którego przebyliśmy i kryzys ekonomiczny i przewrót polityczny, aby znowu wejść w okres bezwzględnej reakcyi polityczno-społecznej Wypadki te nie mogły nie wpłynąć na dalszą proletaryzacyę ludności zaboru rosyjskiego.

A jednak pomimo takiego przedawnienia danych spisu r. 1897, fakty ujawnione przezeń o klasie robotniczej u nas są tak znamienne i domagające się zastanowienia nad niemi, że uważamy za niezbędne wydobyć je z pyłu zapomnienia. Zasługują one na bliższe zaznajomienie się z niemi już choćby z tego względu, że stanowią pierwszą próbę zebrania w jedną całość wszystkich danych, dotyczących całej klasy robotniczej u nas, nie tylko o robotnikach ściśle fabrycznych, o czem mamy dość dokładne wiadomości i z innych jeszcze źródeł, lecz i o robotnikach rolnych oraz o najmitach zatrudnionych w przewozie, handlu i w służbie osobistej. Z tych względów stanowią one jedyne u nas źródło, skąd możemy się dowiedzieć szczegółowiej, ilu właściwie liczymy ludzi w Królestwie Polskiem żyjących z pracy rąk własnych i bezpośrednio zainteresowanych w zmianie całej obecnej u nas gospodarki społecznej. One nam wreszcie jasno wskazują, jak głęboko postąpiła u nas proletaryzacya ludności oraz jak wielkie znaczenie w strukturze ekonomicznej społeczeństwa naszego, posiada klasa robotnicza.

Pod względem zawodowym spis jednodniowy ludności z 1897 r. rozróżnia dwie kategorye osób: samodzielną i niesamodzielną. Do pierwszej zalicza osoby zarobkujące na własne, swych rodzin lub czyjekolwiek utrzymanie i takich osób wykazuje dla r. 1897 w Król. Polskiem — 2,954.685, czyli 31·4% ogółu ówczesnej

ludności kraju. Do drugiej kategoryi wciela osoby niezarobkujące na swoje utrzymanie i tego rodzaju osób oblicza na — 6,447.568, czyli 68.6% ogółu ówczesnej ludności naszej. Pomijając Cesarstwo rosyjskie, gdzie odsetek samodzielnych jest jeszcze niższy (24.9%), śród ludów europejskich pod względem wskazówka osób zarobkujących zajmujemy stanowisko najniższe: Austrya (51.5), Francya (51.3), Włochy (50.1), Szwecya (46.9), Belgia (45.9), Niemcy (45.5), Dania (44.9), Anglia (44.1) i... Królestwo Polskie niemal na szarym końcu — 31.4. Tak więc należymy do narodów o największym balaście osób, z cudzej pracy żyjących. Ale idźmy dalej.

Z wyliczeń, dokonanych na podstawie tego spisu z polecenia Plehwego, dowiadujemy się, że ogólna ilość osób w Królestwie Polskiem, które same zaliczyły się do kategoryi robotników i służby domowej wynosiła w r. 1897 poważną liczbę — 1,179.027 osób, co stanowiło już podówczas, przed 14-stu laty, bardzo wysoki odsetek, gdyż 12.53% ogółu ówczesnej ludności naszej.

Odsetek ten nie wyraża jednak właściwego stopnia proletaryzacyi ludności pod zaborem rosyjskim. Pominięto w nim bowiem rodziny robotnicze i wogóle osoby z pracy robotniczej utrzymywane. Daleko przeto właściwszem będzie określenie odsetka proletaryzacyi przez zestawienie ilości zarobkujących robotników i służby domowej z liczbą ogólną osób samodzielnie u nas zarobkujących. Jeżeli tego dokonamy, to odsetek odrazu podskoczy do — 39.8%, czyli że w Królestwie Polskiem, przed laty 14-stu, śród każdych stu osób, z własnego zarobku żyjących, do klasy robotniczej należało prawie 40-stu.

Ale i to zestawienie nie jest dostatecznie ścisłem i nie wyraża prawdziwego stosunku klasy robotniczej do ogółu mieszkańców Królestwa Polskiego. Wszak spis jednodniowy wliczył do mieszkańców kraju całą armię rosyjską, stojącą podówczas u nas załogą i wynoszącą według urzędowych obliczeń — 239.364 ludzi

i w dodatku zaliczył ją do kategoryi osób samodzielnie zarobkujących. Jeżeli wyeliminujemy tych gości i z pozostałą resztą ogółu samodzielnych zestawimy klasę robotniczą, wówczas otrzymamy dla wskaźnika liczbę — 43.4, czyli. że śród każdych 100 mieszkańców kraju naszego, z własnego zarobku utrzymujących się, z wyjątkiem wojska, przypadało w r. 1897 na klasę robotniczą osób przeszło 43. Jest to stosunek już bardzo pokaźny.

Jeżeli przypomnimy sobie wreszcie jeszcze raz tutaj, że rachmistrze Plehwego do klasy robotniczej zaliczali tylko tych, którzy w odpowiedniej rubryce zapisani byli jako robotnicy lub trudniący się usługą osobistą, to przyznać musimy, że i ten ostatni wyprowadzony przez nas wskaźnik (43) proletaryzacyi kraju jest niewątpliwie o wiele niższy od rzeczywistego. Wskutek nieścisłości nomenklatury urzędniczej, dającej możność bardzo częstego mieszania zawodu ze stanowiskiem w zawodzie, tysiące chałupników tudzież rzemieślników ubogich, pędzących żywot iście proletaryacki, nie wzięto w rachubę; pominięto dość już liczny u nas proletaryat inteligentny, a co najważniejsza, krocie tysięcy drobnych rolników, właścicieli karłowatych skrawków ziemi (takich, po 3 i mniej morgów mających, statystyka urzędowa dla r. 1899 liczyła — 107.574), gospodarzy, dla których ziemia jest często więcej ciężarem, niż głównym warsztatem pracy, wcielono do grupy samodzielnych rolników, a nie, jak należało, do proletaryuszy. Zważywszy to wszystko, sądzimy, że zbyt nie miniemy się z prawdą, gdy powiemy, że proletaryzacya ludności Królestwa Polskiego jest bardzo głęboko posunięta, że ogarnia niemal połowę jego mieszkańców, a przynajmniej połowę osób samodzielnie pracujących, czyli że najtęższą część ludności kraju mamy sproletaryzowaną.

Pod względem terytoryalnym klasa robotnicza skupia się u nas najbardziej w ziemi warszawskiej (26.61%), następnie w piotrkowskiem (19.56), dalej

w kaliskiem (9.87), w lubelskiem (8.79), w radomskiem (6.67), następnie w płockiem (6.57), suwalskiem (6.51) kieleckiem (5.98), siedleckiem (5.21) i najmniej, bo zaledwie 4.23% ogółu robotników samodzielnych, w łomżyńskiem. Skupienie to mniej więcej, odpowiada rozmieszczeniu gegraficznemu okolic przemysłowych kraju i stopniowi ich uprzemysłowienia. W bardziej przemysłowej zachodniej połaci kraju widzimy większe skupienie klasy robotniczej, na wschód, za Wisłą, w części słabiej uprzemysłowionej—skupienie rzadsze.

Bardzo ciekawem jest zróżniczkowanie naszej klasy robotniczej pod względem płci. Według obliczeń Plehwego, kobiety śród samodzielnie zarobkujących osób z klasy robotniczej stanowią 35.84%. Na 756.550 bowiem samodzielnie zarobkujących robotników przypada 422.477 samodzielnie zarobkujących robotnic. Jest to fakt bardzo znamienny, świadczący o szerokiem zastosowaniu u nas pracy kobiecej.

Według rodzaju pracy proletaryat zarobkujący Królestwa Polskiego, według danych 1897, rozpada się na dwie wielkie grupy: na t. zw. robotników właściwych w ilości 905.643 ludzi i na osoby, trudniące się usługą osobistą, w liczbie 273.384. W obydwu grupach kobiety uczestniczą w bardzo poważnej ilości, jak to przedstawia tabelka poniższa:

	Rol. właściwi	Służba	Razem
Mężczyźni:	661.097	95.453	756.550
Kobiety:	244.546	177.931	422.477

W zestawieniu tem uderza bardzo ciekawy fakt, zbijający pospolite mniemanie, jakoby kobiety samodzielnie zarobkujące trudniły się u nas głównie posługą osobistą. Dowodzi on, że zarobkują one przeważnie jako robotnice (57.9%) i zaledwie 42.1% ogółu kobiet samodzielnych trudni się służbą osobistą. Nie dość tego. Ze stosunku proletaryatu kobiecego (422.477) do ogółu zarobkujących u nas, według danych 1897 r., kobiet (644.103) przekonywujemy się, że pierwszy sta-

nowi 65% drugiego, czyli, że śród każdych stu samodzielnie zarobkujących w Królestwie Polskiem kobiet proletaryuszki wynoszą 65 osób.

W każdym z poszczególnych rodzajów pracy proletaryat zarobkujący Królestwa Polskiego w r. 1897 wynosił:

	Ogólna ilość robotników		w tem w %	
		w %	mężcz.	kob.
1. Rolnictwo wogóle	363447	30.38	64.7	35.3
2. Hodowla bydła	70133	5.95	80.4	19.6
3. Leśnictwo	3328	0.28	98.8	1.2
4. Inne rodzaje rolnictwa	3377	0.29	85.8	14.2
5. Rybołowstwo i myśliwstwo	316	0.03	99.4	0.6
6. Najmici i wyrobnicy	133892	13.05	67.2	32.8
7. Służba przy instytucyach	13996	1.19	90.2	9.8
8. Służba fabrycz. i folwarczna	44068	3.74	86.0	14.0
9. Służba przy domostwach	14299	1.21	98.2	1.8
10. Usługa osobista	201121	17.05	15.5	84.5
11. Robotnicy fabryczni	311050	26.38	83.6	16.4
Razem	1,179027	100.00	64.2	35.8

Widzimy stąd, że największa stosunkowa część proletaryatu pracuje jeszcze u nas w rolnictwie, choć rolnictwo od dawna przestało być w Królestwie Polskiem głównem źródłem bogactwa narodowego, stanowiąc obecnie wszystkiego około $^1/_3$ ogólnej produkcyi krajowej. Stąd niska skala zarobków, wypierająca proletaryat, zwłaszcza w ostatnich czasach, z tej dziedziny pracy coraz intensywniej. Śród poszczególnych rodzajów pracy robotnice zarobkujące najwięcej znajdują pola dla swej działalności w usłudze osobistej (84.5%), w rolnictwie (35.3%), w najemnictwie (32.8%) i w przemyśle (16.4%).

Jeżeli zestawimy proletaryat zarobkujący w Królestwie Polskiem według kategoryi wieku, to otrzymamy szemat następujący:

Lat	Ilość robotników		Ogół ludności Królestwa Polskiego w %	
		%	mężcz.	kobiet
12 i mniej	56.230	4·77		
13 — 14	55.460	4·70	30.63	
15 — 16	89.146	7·64	48·59	49·63
17 — 19	159.949	13·52		
20 — 39	536.685	45·51	31·22	29·40
40 — 59	212.972	18·05	14·14	14·54
60 i więcej	67.531	5·73	6·02	6·38
Niewiadomego wieku	1.054	0·08	0·03	0·05
razem	1,179.027	100·00	100·00	100·00

Uderza nas tu przedewszystkiem wysoki stopień, (30.63%) uczestnictwa młodzieży w pracy zarobkowej proletaryatu oraz fakt, że znakomita ilość ludzi w wieku dojrzałym zmuszona jest warunkami ekonomicznymi u nas do szukania zarobku w sprzedaży rąk własnych do pracy. Kiedy bowiem śród ogółu ludności kategorya osób w wieku dojrzałym (20—59) wynosi około 44%, śród robotników — 63.56%, czyli że najtęższa część zarobkującej ludności Królestwa Polskiego jest proletaryzowana.

Przechodząc z kolei do bliższego zestawienia klasy robotniczej w Królestwie Polskiem z ogółem zarobkujących osób. zatrzymamy się na chwilę nad strukturą ekonomiczną ludności Królestwa Polskiego która według poszczególnych wielkich działów zawo-

dowych, na zasadzie spisu r. 1897 przedstawia następujący szkielet zawodowo-organizacyjny społeczeństwa naszego.

	Zarobkujący	Niezarobkujący	Razem w %
I. Rolnictwo	1,300.649	4,027.014	56·66
II. Przemysł przetw. . . .	520.561	968.475	15·84
III. Handel i przewóz . . .	199.874	590.072	8·39
IV. Praca najemna	450.714	511.352	10·23
V. Administracya, wojsko, zawody wolne.	318.265	172.163	5·22
VI. Inne	164·622	178.492	3·66
razem. . . .	2,954.685	6,447.568	100·00

Widzimy stąd, że najwięcej stosunkowo osób znajduje u nas zajęcie w rolnictwie, które zarazem jest u nas źródłem utrzymania największej ilości ludzi (56.66%), następne dopiero miejsce zajmuje przemysł. Z zestawienia zaś zarobkujących do niezarabiających w każdym rodzaju pracy, przekonywamy się że największy balast w tym względzie cięży na rolnictwie i handlu, gdzie stosunki zarobkowe nie są zbyt wysokie.

Praca najemna według danych powyższych zapewnia byt dziesiątej (właściwie 10.23%) części społeczeństwa naszego, w tym czasie, kiedy według obliczeń Plehwego z tegoż spisu osiągniętych, samych zarobkujących robotników i służby domowej, bez ich rodzin, liczyliśmy podówczas w Królestwie — 1,179.027. Przekonywamy się tu naocznie, co jest wart, wskutek tak rażącej dysproporcyi, cały jednodniowy spis rosyjski, a właściwie metoda jego opracowania.

Jeżeli w dalszym ciągu powyższych 6 typowych rodzajów pracy rozklasyfikujemy na jeszcze drobniejsze działy i zestawimy z danemi otrzymanemi przez Plehwego dla klasy robotniczej, otrzymamy następujący interesujący obraz proletaryzacyi ludności Królestwa Polskiego:

			Ogół samodzielnych płci obojga	W tej liczbie	
				proletarjat płci obojga według Plehwego	stosunek proletarjatu do ogółu samodzieln.
I.	Rolnictwo		1,300.649	440.601	33·87
II.	Przemysł przetwarzający	Hutnictwo	3.610	3.191	88·36
		Górnictwo	18.457	15.390	83.38
		Przemysł	498.494	259.087	51·97
III.	Handel i przewóz	Poczta, telegraf, telefon	3.450	589	17·07
		Komunikacye	41.263	18 902	45·18
		Handel	155.161	13.891	8·91
IV.	Praca najemna	Najmici, wyrobnicy	450.714	153.892	—
		Usługa osobista		259.488	—
V.	Admin., wojsko i inne	Adm,. sąd., zaw. wyzwolone	78.901	13.996	17·74
		Wojsko	239.364	—	—
VI.	Inne		164.622	—	—
		razem	2,954.685	1,179.027	39·8

Jak już powyżej zaznaczyliśmy, wskaźnik proletaryzacyi ludności Królestwa Polskiego wyprowadzony

ze spisu (39.8%) jest o wiele niższy od rzeczywistego wskutek zaliczenia wojska do kategoryi zarobkujących, oraz wskutek nieumiejętnego określenia w spisie stanowiska zawodowego. Na zasadzie umotywowanych wniosków podnieśliśmy ten wskaźnik do 50% twierdząc, że proletaryzacya ludności Królestwa Polskiego postąpiła bardzo daleko, ogarnąwszy najtęższą część ludności. Powyżej ułożona tabelka potwierdza to nasze zdanie, dając zarazem nam możność wykazania najbardziej rażących błędów w danych statystycznych spisu i w metodzie ich opracowania.

Zaczniemy od rolnictwa. Każdego znającego stosunki rolne Królestwa Polskiego uderzyć musi tak niski (33.87) stosunkowo wskaźnik proletaryzacyi śród zarobkujących na roli, jak gdyby przeczący tej nędzy, która panuje u nas na wsi, naraża ludność wiejską na wysoką śmiertelność i zmusza do natężonej emigracyi. Po wniknięciu jednak bliższem w metodologję spisu, okazuje się, że do kategoryi proletaryuszów rolnych wliczono zaledwie tych, którzy się jako tacy podali. Wyeliminowano nadto wszystkich najmitów, wyrobników i służbę domową, tworząc z nich odrębną grupę najmitów o pracy zmiennej. A co najważniejsza, małorolnego nędzarza, jeśli miał tylko skrawek roli, wciągano do kategoryi samodzielnych rolników, choćby praca na tej roli nie wystarczała mu do opłacania podatków. A jak rozpaczliwe stosunki w tym względzie panują u nas na wsi, świadczy fakt ze statystyki rolnej dla czasów nam bliskich stosunkowo, bo z 1904 r. wzięty, że na ogólną cyfrę 1,011.240 gospodarstw rolnych większość (598.167) była poniżej 10 morgowego minimum, niezbędnego dla skromnego utrzymania rodziny wiejskiej. Z formalnego punktu widzenia cała ludność na tych skrawkach mieszcząca się, uchodzić może za rolniczą, ze społecznego jednak stanowiska jest to ów nasz rezerwoar proletaryacki,

z którego rok rocznie przewrotnością losu uzupełniają się przerzedzone szeregi klasy robotniczej.

Największe stosunkowo rozmiary przybrała u nas proletaryzacya zarobkujących w hutnictwie i górnictwie. W pierwszem, według obliczeń Plehwego, proletaryat właściwy stanowi 88.36% zarobkujących, w drugiem — 83.38%, nie licząc naturalnie całej rzeszy wyrobników, służby i oficyalistów, przeniesionych do IV-tej kategoryi pracy najemnej i w niej zgrupowanych.

W przemyśle przetwarzającym proletaryat właściwy, według obliczeń Plehwego, stanowił w r. 1897 — 52% ogółu w tej dziedzinie pracującego, wahając się od 8% w gorzelnictwie do 86.75% w przemyśle tytuniowym. Powyżej średniej (52%) najbardziej były sproletaryzowane następujące gałęzie: przemysł mineralny z 75% proletaryatu, chemiczny — 72%, powozowy — 64%, metalowy — 58%, spożywczy — 54% i budowlany — 53%. Wszystkie atoli powyższe wskaźniki proletaryzacyi danych zawodów, są dla tych samych powodów, o których wzmiankowaliśmy przy górnictwie i hutnictwie, również niższe niż rzeczywiste. Przyczynia się do tego w przemyśle i ta okoliczność, że tysiące chałupników, rzemieślników a nawet majstrów i innych cechowców różniących się od robotników właściwych, przeważnie tylko nominalnie, jeżeli zaś i posiadających niekiedy własne narzędzia pracy, to korzystających zato z mniejszej swobody, przepracowujących się stale i pędzących iście proletaryacki żywot, — zostały wyłączone z rubryki proletaryatu.

Niski odsetek (8.91%) robotników właściwych u nas w handlu, wynika nie tylko z tego powodu, że nie wciągnięto tu ani najmitów dziennych, ani służby, ani usługi osobistej, lecz i z charakteru kramikarskiego całego naszego handlu w Królestwie. Zważywszy jednakże, że kramikarze tacy pod względem pracy i bytu są najczęściej również proletaryuszami, w rzeczy-

wistości spodziewać się należy wyższego odsetka ludzi do klasy robotniczej przynależnych w handlu.

Dla przewozu przeciętny wskaźnik proletaryzacyi wynosi według Plehwego — 45.8, podnosząc się na kolejach do 60% zaledwie. Tak niski odsetek wskazuje najlepiej na rążące niedokładności spisu, skoro w tak arcykapitalistycznych przedsiębiorstwach, jak koleje, otrzymano taki mały wskaźnik proletaryzacyi: niezawodnie tysiące dróżników, majstrów i drobnych urzędników przeniesiono do innych rubryk zawodowych spisu.

Podobną nieścisłością grzeszy i wskaźnik proletaryzacyi (17.74%) dla pracowników różnych urzędów państwowych duchownych i społecznych, dla pracowników zawodów wyzwolonych (z wyjątkiem wojska) i t. d. I tutaj naturalnie — nie mówiąc już o tem, że nie policzono ani najmitów dziennych, ani służby osobistej, — wszystkich proletaryuszów inteligentnych oraz liczne szeregi funkcyonaryuszów najniższych, pod szumną nazwą urzędnika, pędzących żywot proletaryacki, przeniesiono do innych rubryk spisu.

Wszystko to świadczy wymownie, jak daleko postąpiła u nas proletaryzacya ludności oraz jak wybitne stanowisko zajmuje w strukturze ekonomicznej społeczeństwa Królestwa Polskiego proletaryat.

Jako czynnik niezbędny każdego spółczesnego społeczeństwa prowadzącego gospodarkę towarową, proletaryat warunkuje zarazem i stopień jego uprzemysłowienia. I dla tego rozwiązywać zagadnienie uprzemysłowienia kraju bez wniknięcia w potrzebę polepszenia materyalnych i moralnych warunków pracy klasy robotniczej, tego budowniczego-cyklopa przyszłego ustroju społecznego, nie wolno, bo chybi celu.

Wprawdzie dążenie do wyzwolenia się ekonomicznego i do polepszenia swych warunków jest i być powinno dziełem samej klasy pracującej, lecz rozbudzić się ono może dopiero po uświadomieniu sobie

przez proletaryat wspólności swych interesów. Uświadomienie zaś nastąpić może dopiero po zdobyciu przez proletaryat pewnego stopnia oświaty. Tymczasem pod tym względem klasa robotnicza wielce grzeszy. Wprawdzie wskaźnik oświatowy klasy robotniczej w Królestwie Polskiem jest nieco wyższy (33%), niż ogółu ludności Królestwa Polskiego (30.5%), lecz bardzo nieznacznie. Według danych Plehwego w r. 1897 śród samodzielnie zarobkujących członków klasy robotniczej liczono oświeconych, w odsetkach, w Królestwie Polskiem:

	Mężcz.	Kob.	Razem płci obojga
I. W rolnictwie	23·1	25·6	24·4
II. W przemyśle fabrycznym . .	54·2	47·3	53·1
III. Śród najemników i wyrobników	25·1	20·0	23·3
IV. Śród służby w instytucyach.	59·5	47·4	58·1
V. „ służby fabrycznej i folwarcznej	22·6	15·3	21·6
VI. „ stróży domów i in. . .	32·3	22·0	32·1
VII. „ usługi osobistej	37·6	30·0	31·2

Jak widzimy, najlepiej stosunkowo są oświeceni pracownicy różnych instytucyj, jak woźni, portyerzy i t. d., następnie dopiero robotnicy fabryczni (53.1%), stróże różni (32.1%) i usługa osobista (31.2%), najsłabiej: najemnicy (23.3%) i służba fabryczna i folwarczna (21.6%). Rozróżniając dalej oświatę według płci w klasie robotniczej Królestwa Polskiego, widzimy, że we wszystkich gałęziach pracy, z wyjątkiem rolnictwa

jest stosunkowo w Królestwie Polskiem w klasie robotniczej więcej śród mężczyzn, niż śród kobiet. Zapewne w ciągu ubiegłego 15-lecia nastąpiły w tym względzie zmiany na lepsze, lecz natomiast pogorszyły się inne warunki pracy i drogi uświadomienia. Przypomnieć, że bez światłego robotnika nie można osiągnąć wysokiego poziomu uprzemysłowienia kraju, uważamy tutaj za wskazane.

Zapiski literackie.

Dr. Josef Freiherr von Anders, Grundriss des Familienrechts, 2. bearbeitete u. erweiterte Auflage. (Grundr. des oest. R. I. Bd. 5. Abt.) Lipsk 1911. Duncker & Humblot.

W porównaniu z pierwszem wydaniem (1899 — ob. sprawozd. o temże w Przegl. prawa i admin. 1899 str. 805) przedstawia się drugie prawie w dwójnasób powiększonem. Na powiększenie to wpływa oprócz licznych porównań z kod. niemieckim i uwzględnienia najnowszych projektów reformy pr. famil. austr., głównie okoliczność, że autor w osobowem prawie małżeńskiem bardziej, aniżeli w pierwszem, akcentuje swoje subjektywne stanowisko. Gdy bowiem w pierwszem referował prawie wyłącznie de lege lata, w niniejszem wypowiada częściej i uzasadnia obszerniej de lege ferenda, idąc w kierunku, który na sztandarze swoim wypisał nowoczesny liberalizm. Nie tu miejsce polemizować z tem zapatrywaniem — zauważyć jedynie nie zawadzi, że i kod. cyw. był liberalnym, lecz w innem znaczeniu. Pojmując bowiem zgodnie z zasadami józefińskiemi małżeństwo, jako instytucyę obyczajowo-religijną, starał się w obszernej mierze zastosować się do wyobrażeń obyczajowo-religijnych rozmaitych wyznań, a tem samem stał na stanowisku tolerancyi — gdy liberalizm dzisiejszy pragnąc bezwzględnej unifikacyi państwowego prawa małżeńskiego, uwzględnia właściwie tylko jedno wyznanie t. j. bezwyznaniowość, a więc stoi

na stanowisku nietolerancyi. Z tego stanowiska rzecz biorąc zarzut wstecznictwa, który autor zresztą bardzo delikatnie podnosi przeciwko kod. cyw., wydaje mi się nieuzasadnionym i nie poczytywałbym tego za wielkie nieszczęście, gdyby kod. cyw., czego autor się obawia, długie jeszcze lata na tem samem zostawał stanowisku. Inna rzecz, czy kod. cyw. w niektórych szczegółach nie poszedł za daleko t. zn. po za wymogi wyznań n. p. co do przeszkody § 63 albo bezwzględnej nierozwiązalności małżeństwa katolickiego; — to są kwestye de lege ferenda, które nie uwłaczają powyżej określonemu zasadniczemu stanowisku.

Zanim przystąpimy do niektórych szczegółów, które wydawają się ważniejszemi, podnieść należy, że książka ta znakomite może oddać usługi jako repetitoryum tym prawnikom, którzy odnośną partyę już gruntownie przestudyowali, a dla których jest z natury swej i założenia przeznaczona; natomiast uważałbym za niebezpieczne oddać ją w ręce początkujących, którzyby bez innego przygotowania przyswajali sobie z niej materyał pozytywny. Stawiając bowiem swe twierdzenia autorytatywnie, jak to inaczej w zarysie być nie może, autor motywuje je wprawdzie krótko, lecz rzadko tylko zaznacza, że istnieją lub możebne są inne zapatrywania. W tych granicach przedstawienie jest wszędzie jasne i wyrównane, tak, iż książka czyta się z przyjemnością.

Zewnętrzny układ materyi nie różni się od pierwszego wydania, z wyjątkiem, że autor o zaręczynach traktuje — z samego początku — (§ 2), a nie jak dawniej przy końcu osobowego prawa małżeńskiego (§ 24). Autor uważa zaręczyny za umowę przygotowawczą prawa familijnego i zwraca się słusznie przeciw zapatrywaniom, które odmawiają im charakteru umowy, uważając je za „zdarzenie innego rodzaju“, lub też upatrują w nich umowę „podobną do mandatu“, a obowiązującą do czynienia przygotowań do małżeństwa“ (!). Zgodnie z communis opinio autor nakłada obowiązek wynagrodzenia szkody z zerwania zaręczyn nie tylko na tego, kto odstę-

puje, lecz i na stronę drugą, — chociażby bez swej winy dała powód do odstąpienia (str. 4). Interpretacya ta prowadzić musi do rezultatu obrażającego wprost poczucie słuszności, że n. p. narzeczona, któraby bez swej winy okaleczała, musiałaby wynagrodzić szkodę narzeczonemu, któryby z tego powodu ją porzucił! Mnie się zdaje, że podług pr. małżeńskiego, tylko odstępujący może być pociągany do wynagrodzenia szkody, druga strona zaś tylko wówczas, gdyby dopuściła się czynności, za którą odpowiadałaby podług ogólnych zasad 30 rozdz. Cz. II.

W kwestyi przeszkód małż. nie mógłbym się zgodzić na twierdzenie (str. 8), że istniejący stosunek adopcyjny nie jest przeszkodą. Argument, że taki stosunek łatwo rozwiązany być może, przemawia właśnie za tem, że jak długo istnieje, jest przeszkodą wobec tego, że uzasadnia między stronami stosunek rodzicielski (imitatio naturae). W przedmiocie przeszkody ordinis et voti solennis, autor odmiennie od wyd. I. utrzymuje, że wystąpienie z zakonu lub stanu duchownego znosi przeszkodę § 63. Kwestya ta po słynnej polemice między Krasnopolskim a Brentaną zdawała się przesądzoną w kierunku przeciwnym, którego bronił Krasnopolski. Autor widocznie dał się przekonać dyalektyce Ungera (Priesterehen und Mönchsehen, w wied. pamiętniku jubileuszowym kod. cyw. II. str. 295).

Zbyt ryzykownem wydaje mi się twierdzenie (str. 13.), że jeśliby przy uroczystym akcie zawarcia małżeństwa jedna strona przez pomyłkę wypowiedziała słowo nie zamiast słowa tak, małżeństwo mimoto przyszłoby ważnie do skutku. Jak autor pogodzić zechce twierdzenie to z przepisem § 69, który do ważności małżeństwa wymaga „die freierliche Erklärung der Einwilligung“, nie mogę sobie wyobrazić.

Słusznie odstąpił autor od wypowiedzianego w I. wydaniu zdania, żeby prawo żądania spełnienia powinności małżeńskiej mogło być zaskarżone sądownie (str. 26). Słusznie też autor (str. 27) motywuje przewagę męża w małżeństwie tem, że na nim ciąży też przewaga obowiązków.

We wstępie do majątkowego prawa małżeńskiego autor daje pierwszeństwo austryackiemu systemowi odrębności majątkowej, odznaczającemu się prostotą i jasnością, przed skomplikowanym systemem kod. niem., który zadowolić może chyba tylko amatorów szczególnych finezyj jurydycznych. Oświadcza się więc za utrzymaniem systemu odrębności także i na przyszłość. Niezrozumiałą mi jest wzmianka (str. 41) o tem, że definicya legalna kontraktów majątkowych małżeńskich § 1217 jest niedokładną i zbyt obszerną i że autorowie ustawy nie mieli jasnego o nich pojęcia. Definicya, jaką podaje autor, o ile ją rozumiemy, innemi słowy nic innego nie wyraża. W rozdziale o maj. kontr. małżeńskich nie znajdujemy nauki o kontrakcie dziedziczenia. Opuszczenia tego wytłomaczyć sobie nie możemy, wobec tego, że o tem, iż jest to podług prawa austr. kontrakt maj. małżeński, niema wątpliwości, że autor o kontrakcie dożywocia małżonka, dochodu wdowiego i t. d., traktuje obszernie, jakkolwiek i te kontrakty regulują stosunki pośmiertne, zatem możnaby je zaliczyć do prawa spadkowego.

O doniosłości pominięcia formy aktu notaryalnego autor objawia nowe, o ile mi wiadomo, dotąd nigdzie nie wypowiedziane zapatrywanie, twierdząc, że wprawdzie to co na podstawie nieformalnego kontraktu było świadczone, nie może być kondykowane, lecz i zamierzony stan rzeczy zaistnieć nie może, tak, że n. p. posag wypłacony nie byłby posagiem, lecz stałby się dobrem parafernalnem żony! Na jakiej podstawie taka zmiana przeznaczenia miałaby nastąpić?

Kontrakt o dożywocie małżonka (Advitalitäts-Vertrag) uważa autor za kontrakt o zapis (Vermächtnisvertrag), chociaż uznaje, że przedmiotem jego może być tylko spuścizna cała lub ułamkowa jej część (str. 48). Zostaje to w związku z rozpowszechnionem dotąd zapatrywaniem że sukcesya uniwersalna tylko tam zachodzi, gdzie następca nabywa prawo czasowo i przedmiotowo nieograniczone — które to zapatrywanie jest — zd. mojem — mylne (bliższe uzasadnienie ob. w mojem Pr. pryw. VI.

§ 531, i wywód Pfaffa i Hofmana II. str. 242 n.). Posag uważa autor za pomnożenie majątku mężowskiego, z czem zgodziłbym się nie mógł, ponieważ pomnożenie to zneutralizowane zostaje — nawet i w przypadkach, w których przedmioty stają się własnością męża — obowiązkiem zwrotu. Nie znajdujemy też rozwiązania kwestyi, podług jakich zasad oceniać należy umowę o spólność za życia małżonków. Autor konstatuje jedynie (str. 50), że ustawa takiej umowy między małżonkami nie reguluje wyraźnie, że jednak nauka i praktyka stosuje do niej zasady § 1233 i dalszych. Czy słusznie? Z milczenia ustawy wynikałoby, zd. moj., owszem, że należy do niej stosować przepisy ogólne o kontraktach spółki.

W nauce o stosunku rodzicielskim autor wychodzi z założenia, że władza ojcowska w sprawach majątkowych zasadniczo zrównana jest z władzą opiekuna i dochodzi stąd do wniosku, że ograniczenia § 233 mają zastosowanie także do zarządu ojcowskiego. Podstawy tego zdania w ustawie nie znajdujemy; w szczególności nie dają takiej podstawy § 175 i 152., na które się powoływają zwolennicy tego zdania.

Znakomicie opracowane jest prawo o opiece i kurateli, tak pod względem ogólnego poglądu na ich różnice zasadnicze, jakoteż i pod względem szczegółów. Może tylko jeszcze bardziej należało nacisk położyć na moment publiczny, który tkwi w instytucyi opieki nad nieletnimi, jako dalszym ciągu opieki ojcowskiej — w przeciwstawieniu do opieki nad pełnoletnimi (kurateli), której brak owego momentu publicznego, objawiającego się w obowiązku wychowania. Trafnie też uchwyconą jest różnica między kuratelą ogólną (nad pełnoletnimi), a szczegółową (Pflegschaft), która to różnica, jakkolwiek niewątpliwie tkwi w duchu ustawy, jednakże w ustawie nie jest jasno wyrażona.

Byłoby pożądane, gdyby autor przepisy dopiero projektowane uwydatnił był wyraźniej w zewnętrznym układzie tekstu, chociażby tylko typograficznie. Wobec tego

bowiem że wplecione są w tekst, zachodzi obawa, żeby uczący się nie poczytywał ich za prawo już obowiązujące.

Pomimo wielu różnic w zapatrywaniach przyznać musimy, że autor bardzo dobrze wywiązał się ze swego zadania i utrzymując się na wysokości naukowego przedstawienia partyi prawa cywilnego austr., pod względem literackim dość ubogo uposażonej, dobrze zasłużył się nauce. *E. Till.*

Kronika.

Piąty zjazd prawników i ekonomistów we Lwowie. Ponieważ nie jest rzeczą wykluczoną, iż nie wszystkie osoby zaproszone otrzymały rozsyłane w swoim czasie zestawienie programu prac zjazdu, uważa komitet za właściwe opublikować ponownie zarys prac, który opiewa:

A) Z dziedziny prawa:

1. Zasada wiarygodności ksiąg gruntowych i jej wpływ na stosunki majątkowe ludności, szczególnie włościańskiej.

2. Kwestya wykonalności wyroków zagranicznych.

3. a) Nowe poglądy na stanowisko sędziego cywilnego przy stosowaniu ustaw. b) Władza dyskrecyonalna sędziego karnego.

4. Sprawa umiędzynarodowienia prawa wekslowego i czekowego.

5. Akcya społeczna przeciw przestępności.

6. Środki ochronne wobec recydywistów i przestępców anormalnych.

7. Ochrona własności literackiej i artystycznej na ziemiach polskich.

B) Z dziedziny gospodarstwa społecznego:

Uprzemysłowienie: a) Rys historyczny w ogólności; b) Rys historyczny uprzemysłowienia w Polsce; c) Stan obecny uprzemysłowienia w trzech zaborach.

Rękopisy przesyłać należy pod adresem: Dr. Jan Jordan, Uniwersytet, Lwów.

Postępowanie spadkowe włościańskie

na tle niezgodności ksiąg gruntowych ze stanem faktycznym posiadania.

(Referat na V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich).

Napisał

Dr. Leon Biegeleisen.

I.

W myśl postanowień ustawy cywilnej z r. 1811. przypada spadek — w braku ważnego rozporządzenia ostatniej woli (testamentu) — dziedzicom powołanym ku temu przez ustawę na mocy dziedziczenia ab intestato i to w razie, jeśli jest ich więcej w t. zw. częściach idealnych, więc ułamkowych, w stosunku do całości obliczonych. Jeśli spuścizna, jak w postępowaniu włościańskiem, składa się z jednostki gospodarczej, z gruntu przedewszystkiem, to dziedzice, z reguły dzieci, stają się jego spółwłaścicielami w tylu częściach idealnych, ile jest dzieci pozostałych po zmarłym. Konstrukcya spółwłasności[1]) jednak, jako formy i instytucyi prawnej, z modyfikacyami znacznemi przyjętej z prawa rzymskiego przez prawo austryackie, pod względem gospodarczym i wiarogodności ksiąg gruntowych nie ma innego znaczenia, jak przeważnie ujemne.

Dekret dziedzictwa w formie swej typowej nie zawiera szczegółowego oznaczenia, jaka część gruntu, które parcele (cyfrowo oznaczone wedle ksiąg gruntowych), przypadły temu a nie innemu dziedzicowi,

[1]) Por. np. Steinlechnera: Das Miteigenthum (Juris communio) i Seelera: Die Lehre vom Miteigenthum.

owszem nie wymieniając nawet, z czego się składa ów spadek, lub w najlepszym razie zadowalając się nic nie mówiącem przytoczeniem liczby wykazu hipotecznego tej lub owej księgi gruntowej, dekret dziedzictwa przeznacza wykaz ów, czy spadek wogóle, dziedzicom w częściach ułamkowych, nie troszcząc się zupełnie o dalsze stosunki gospodarcze między dziedzicami, których mianuje jeno spółwłaścicielami z wszelkiemi konsekwekwencyami tej instytucyi prawnej.

Spółwłasności tej jednak jako instytucyi gospodarczej chłop nasz w życiu swem gospodarczem, nie realizuje, wyjąwszy nieliczne w okolicach górskich spółki włościańkie, w których jednak coraz silniej przebija tendencya indywidualistyczna, każąca spólnikom wedle porozumienia wzajemnego używać gruntu na częściach wydzielonych fizycznie, i wyjąwszy współwłasność małżonków, którzy prowadzą w istocie gospodarkę wspólną. Jest jasne bowiem, że w gospodarce rolnej pod żadnym warunkiem nie da się przemycić wielu z postanowień ustawy cywilnej o spółwłasności, zwłaszcza jeśli chodzi o zarząd rzeczy wspólnej. Postanowienia te bowiem, wymagając z reguły do każdego zarządzenia gospodarczego porozumienia się spółwłaścicieli i to wedle większości głosów (§ 833 u. c.) uniemożliwiają racyonalną gospodarkę rolną, która polega przeważnie na indywidualnem, niezależnem od nikogo i szybkiem, terminowem działaniu, wykluczającem zwłaszcza w okresie robót pilnych, wzajemne pozwolenia i zakazy. Stąd chłopi, nie mogąc i nie chcąc zrealizować spółwłasności gospodarczo, dzielą się w razie, gdy im sądownie przyznano spadek w częściach idealnych — gruntem fizycznie i pozasądownie tak, iż w rezultacie każdy gospodaruje na swojej ściśle oznaczonej części fizycznej gruntu.

Jest to na ogół konieczność gospodarcza, którą chłop nasz często idący wbrew postulatom polityki agrarnej, zrozumiał i zrealizował dawno, konieczność stworzona jednakże głównie przez postępowanie

spadkowe, zadowalające się mimo skomplikowane stosunki gospodarcze i tabularne w danym wypadku przyznaniem spadku w częściach idealnych, bez równoczesnej starannej regulacyi tychże stosunków.

I rzeczywiście mimo znaczne zasługi naszego materyału sędziowskiego, położone na polu podniesienia gospodarczego włościaństwa naszego, zwłaszcza w spadkowych oddziałach sądów powiatowych, na ogół władze sądowe, a raczej praktyka zakorzeniona w urzędowaniu, sprawiły, że to, co sąd ustala i normuje w postępowaniu spadkowem, regulując po śmierci spadkodawcy stosunki gospodarcze i tabularne, jest sprzeczne nietylko z tem, co włościaństwo nasze dziś gospodarczo w tej mierze czyni, ale także i z tem, czego polityka agrarna odnośnie do własności chłopskiej żąda jako postulatów niezbędnych. Świadome są na szczęście tego tak sędziowskie siły, przeprowadzające pertraktacyę spadkową, jak okólniki i reskrypty, wydane z okazyi tego postępowania przez min. spr. i wyższe sądy krajowe.

Okólnik wyższego sądu kraj. we Lwowie z d. 19. marca 1910 r. ujmuje w paru słowach cel praktyczny postępowania spadkowego. „Sędziowie powinni dążyć z całą gorliwością do tego, aby pertraktacya spadku doprowadziła do możliwego wyrównania wszystkich różnic między stronami interesowanemi, niemniej do takiego uporządkowania stosunków prawnych odnośnie do nieruchomości spadkowych, aby wynik pertraktacyi mógł być bez żadnej przeszkody podstawą wpisu do ksiąg gruntowych, tudzież aby nastąpić mogło natychmiast zlikwidowanie zgłoszonych wierzytelności. Największą wagę kłaść należy na to, aby przeprowadzony został taki rozdział spadku, który odpowiadałby interesom dziedziców i wymogom racyonalnie prowadzonego gospodarstwa, niemniej też na to, aby zamierzony przez strony dział fizyczny nieruchomości jeszcze przed przyznaniem spadku nastąpił. Sędzia wpływem swym winien zapobiegać tak często zdarzającemu się niekorzy-

stnemu stanowi rzeczy, iż kilku dziedziców zapisanych jest w księdze gruntowej, jako spółwłaściciele, w idealnych częściach, jakkolwiek w rzeczywistości nieruchomością tą między sobą fizycznie się podzielili. Także należy starać się o to, aby przy fizycznym dziale, unikano o ile możliwe podziału istniejących parcel gruntowych.

Przy drobniejszych spadkach należałoby stronom usilnie zalecać, aby zaniechały dalszego fizycznego podziału gruntu, uniemożliwiającego prowadzenie prawidłowe tegoż i za ustaleniem odpowiednich spłat, godziły się na objęcie majątku przez jednego z dziedziców lub małżonka przy życiu pozostałego. W ten sposób wypadałoby przeciwdziałać postępującemu rozdrobnieniu gruntów włościańskich."

Inny znowu reskrypt ministerstwa spraw. z 16 czerwca 1901 (l. 1902), stwierdza również, że dział spadku (włościańskiego) przed dekretem dziedzictwa nie następuje prawie nigdy, a nawet w tych nielicznych wypadkach, gdzie ten dział fizyczny przychodzi do skutku, dekret dziedzictwa z reguły go nie uwzględnia, gdyż mimo ów dział fizyczny, spadek zostaje przyznany nadal w częściach idealnych, tak, iż dekret nie uwidacznia zupełnie przeprowadzonego już podziału gruntu. Reskrypt zaznacza, że oczywiście takie dekrety, jako w zasadzie już niezgodne z faktycznym stanem rzeczy, nie mogą służyć za podstawę wpisów hipotecznych wedle ustawy z r. 1883, mającej właśnie na celu uporządkowanie stanu tabularnego.

Aby rzecz uwypukliła się jasno, przedstawię wedle aktów sądu pow. S. II. we Lwowie typowy przebieg postępowania spadkowego dla własności nieruchomej włościańskiej.

Postępowanie sądowo-spadkowe rozpoczyna wyciąg z wykazu zmarłych, przedkładany przez odnośny urząd parafialny, który donosi w rubrykach ustalonych w formularzu o śmierci zmarłego. (Imię, nazwisko i miejsce zamieszkania zmarłego, wiek, dzień śmierci, pozostałe dzieci i małżonek, czy pozostał majątek)

Na podstawie tego wykazu sąd spadkowy wyznacza audyencyę, na którą wzywa pozostałego małżonka, pełnoletnie dzieci a zarazem ocenicieli sądowych, celem spisania inwentarza. Na wyznaczonej audyencyi spisuje sędzia ze stronami akt zejścia, w którym figurują te same rubryki, co w wyciągu parafialnym, tylko dokładniej z reguły wypełniane. Otóż w jednym z aktów (A l. $^{58}/_{8}$) s. II. sądu pow. we Lwowie Anastazya z Cyganów Łamaga, gospodyni lat 36 licząca, rel. gr. kat. zamężna, zamieszkała w Podliskach małych, umarła bez pozostawienia rozporządzenia ostatniej woli, pozostawiając małżonka (lat 39) i pięcioro dzieci w wieku od lat 12 — $1^{1}/_{2}$ roku. Rubryka 17 w akcie zejścia stwierdza, że zmarła pozostawiła w Zapytowie parcelę gruntową w niwie „Sznur seredniyj“ (rola) i przy tej parceli cząstkę, parcelę gruntową w niwie „Nowyna“ (rola) i morg sianożęci w niwie „Dworzyska“, które otrzymała po ojcu Iwanie C. Równocześnie spisano inwentarz spadkowy. Brzmi on następująco: Stan czynny. Majątek nieruchomy. 1) Wedle ks. grunt. gm. Zapytów jest spadkodawczyni zaintabulowaną na podstawie dekretu dziedzictwa po Iwanie C. (ojcu) za właścicielkę $^{1}/_{6}$ części z $^{2}/_{6}$ części posiadłości objętej whl. (wykazem hipotecznym liczba), 116, a składającej się z parc. gr. l. 5957. Wartość tej posiadłości obliczona na podstawie 70 krotnego podatku gruntowego (najczęściej oblicza się ją na podstawie orzeczenia ocenicieli chłopskich, przyp. nasz), na rok 1907 przypisanego, wynosi 21 kor., z czego na $^{1}/_{6}$ część z $^{2}/_{6}$ części spadkodawczyni własną (będącą własnością) przypada kwota 3 kor. 50 hl. 2) Wedle tej samej księgi gruntowej jest spadkodawczyni z mocy kontraktu działu i dekretu dziedzictwa intabulowana za właścicielkę całej posiadłości gruntowej obj. wh. 1169, a składającej się z parceli gr. 2757, 2930 $^{2169}/_{3}$ i $^{2931}/_{1}$. Wartość tej posiadłości, na powyższej podstawie obliczona wynosi 217 kor. 70 hl. Stan czynny razem wynosi 221 kor. 20 hl. Stan bierny (koszta pogrzebu, długi) razem kor. 400. Nadwyżka stanu biernego 188 kor. 80 hl.

Po spisaniu inwentarza oświadcza przed sądem pozostały małżonek, iż w imieniu nieletnich dzieci spadek po matce, bez pozostawienia rozporządzenia ostatniej woli, na podstawie ustawowego prawa dziedziczenia z prawnem dobrodziejstwem inwentarza przyjmuje, dla siebie zastrzegając ustawowe dożywotnie użytkowanie. Sąd następnie udał się w drodze pisemnej do urzędu wymiaru podatków, który wymierzył podatek spadkowy od gruntu na 1 kor. 50 hl. i wydał dekret dziedzictwa przyznający spadek po zmarłej dzieciom, każdemu po $^1/_5$ części (idealnej) z zastrzeżeniem dożywotniego użytkowania $^1/_6$ części spadku dla pozostałego wdowca. Ten ostatni zgłosił się następnie do sądu celem wpisania z urzędu do ksiąg gruntowych dekretu dziedzictwa, a sąd na podstawie dekretu zarządził w myśl § 2 ust. z 23 maja 1883 r. intabulacyę prawa własności i dożywotniego użytkowania. Na tem została ukończona w zupełności pertraktacya spadkowa.

Tak się przedstawia tok sprawy, następstwo czynności sądowych i jakość tychże w największej części wypadków. W niniejszym przez nas przytoczonym przypadku ingerencya sądu oczywiście maleje i jest o tyle gospodarczo zbędną, że nieletnie dzieci są pod władzą ojca, który majątek obejmie i gospodarkę sam prowadzić będzie na połączonym, żony swej zmarłej i własnym gruncie; przyznanie więc spadku w częściach idealnych tymże dzieciom nie jest przynajmniej szkodliwe, gdyż w każdym razie majątek matki i ojca tworzą obecnie jednolitą całość i na niej gospodaruje ojciec samoistnie, dzieci zaś są zbyt jeszcze małe, by mogły więcej jak tylko ojcu i to starsze pomagać w gospodarce. Ale gdy śród dziedziców są dzieci dorosłe, choć nie pełnoletnie, gdy pozostają po spadkodawcy „parobcy i dziewki“, z których każde pali się do ziemi i do samodzielnej gospodarki, wtedy przyznanie w częściach idealnych jest niczem innem, jak tylko biurokratycznem załatwieniem „kawałka.“ A tak dzieje się w przeważnej części wypadków.

Akty sądowe, z chlubnymi wyjątkami, nie dają absolutnie żadnego pojęcia o stosunkach gospodarczych, które jedynie mogą rozstrzygać o takiem lub innem sprawy załatwieniu. I tak inwentarz, przez nas dosłownie przytoczony, jest suchem zestawieniem cyfr nic albo mało mówiących. Nie znamy ani jednostek obszaru całej jednostki gospodarczej i poszczególnych parceli, nie znamy kultur uprawnych, czy więc parcele są rolą, ogrodem, pastwiskiem, łąką, jak również jakiej klasy jakości i w rezultacie jaki przeważa rodzaj uprawy i w jakim kierunku gospodarki rolnej idzie tendencya ekonomiczna, czy w kierunku uprawy roślin zbożowych czy hodowli bydła, trzody i t. p. czy wreszcie uprawy jarzyn, warzyw, owoców, nie wiemy o stosunkach komunikacyjnych, czy ewentualnie przy dziale fizycznym nie trzeba będzie zatrzymać drogi spólnej etc. Z trudem tylko, oryentując się wedle cyfr parcel, zdamy sobie sprawę ze stosunków komasacyjnych, tyle ważnych dla oceny gospodarczej.

Tak skonstruowany inwentarz spadku, jak ten, który przytoczyliśmy, zadania swego nie spełnia w zupełności, nie daje on najmniejszego wyobrażenia sędziemu przeprowadzającemu pertraktakcyę spadków, o ile zachodzą warunki podziału fizycznego gruntu, lub jednostkowego objęcia spadku, lub nawet pozostawienia go w częściach idealnych, co np. w przypadku przez nas przytoczonym nie jest niekorzystnem, jako prowizoryczne załatwienie sprawy, która jednak później po śmierci ojca będzie musiała uledz gruntownemu rozpatrzeniu stosunków. Aby więc sędzia mógł się zoryentować w materyale gospodarczym i rozstrzygnąć sprawę według tendencyj gospodarczych i potrzeb stron, a nadto w księgach gruntowych zapisać rezultat owych badań w formie wpisu hipotecznego, zgodnego z rzeczywistym stanem posiadania, musi się wprzód ustalić to, co możnaby nazwać „stanem faktycznym“ sprawy, więc warunki gospodarcze,

osobiste do pewnego stopnia etc. Najlepszą ku temu sposobnością jest czas spisania inwentarza.

II.

I tu możemy jak najogólniej stwierdzić: Inwentarze spisywane w postępowaniu spadkowem, te inwentarze, które zostają nieraz przez lata całe (postępowania opiekuńczego) podstawą wszelkiej akcyi gospodarczej ze strony sądów i opieki, spisuje się u nas wedle szablonu i brzmienia przyjętego, pomijając jak właśnie w przytoczonym, cały szereg pierwszorzędnej wagi szczegółów. Pamiętać zaś należy, że wedle tych inwentarzy następuje później wydanie dekretu i wpis hipoteczny do ksiąg gruntowych, tak, iż zaniedbania w inwentarzowaniu wychodzą daleko po za granice jednego aktu, czy etapu sprawy, a owszem mszczą się na całem sprawy przeprowadzeniu.

Inwentarze zaś w naszem postępowaniu spadkowem traktuje się raczej z punktu widzenia podatkowego; chodzi o ustalenie najczęściej fikcyjnych cyfr wartości i o zestawienie stanu czynnego z biernym, aby na tej podstawie urząd wymiaru należytości mógł wymierzyć odpowiedni podatek. Wprawdzie z reguły układa się inwentarz w ten sposób, aby służył on za podstawę jak najmniejszego wymiaru należytości, jednakże tem bardziej inwentarz taki nie ma żadnej wartości ani pod względem podatkowym ani, co oczywista, i ważniejsze dla nas: gospodarczym.

Zdarzyło się nam spotykać w aktach sądowych masę całą inwentarzy podobnych do przytoczonego, nie zawierających więc nawet tak niezbędnych szczegółów, jak obszar parcel, rodzaj kultur, mniej już położenie i stosunki komasacyjne, jakość gleby, stosunki komuninikacyi etc. tak, iż sędzia zabierający się do załatwienia sprawy, po prostu nie mógł mimo najlepszych chęci racyonalnie traktować jednostki gospodarczej, o której nie wiedział, ile ma morgów, jakiej kultury uprawnej, rozłożenia, komasacyi, warunków zbytu etc.

Jest to tem bardziej znamienne, że bądź co bądź inwentarze spadkowe zestawia się wprawdzie nie na miejscu a w sądzie, ale na podstawie ksiąg gruntowych, map, zeznań świadków, stron, ocenicieli, więc aparatu, który do pewnego stopnia, przy umiejętnej organizacyi da wyjaśnienia i pojęcie ogólne wcale plastyczne, o ile materyał sędziowski po za tem zna stosunki agrarne okręgu swego i interesuje się nimi, przy sposobności komisyj, oględzin na miejscu etc. Niestety ustaliło się w praktyce, że sędziowie przy spisywaniu inwentarza biorą pod uwagę jedynie stan tabularny, t. j. figurujący w księgach gruntowych. Zdarzało mi się nieraz w praktyce spotkać się z wypadkiem, że strony wyraźnie powoływały się na to, iż są błędy w księgach hipotecznych, że są właścicielami i posiadają one więcej niżli wykazuje to wykaz hip., a mimo to przy spisywaniu inwentarza spadkowego stale brało się pod uwagę tylko ten stan posiadania, który potwierdzały odnośne księgi hipoteczne. Jest to anomalia, jeśli się zważy, że ta praktyka byłaby wtedy tylko usprawiedliwioną, gdyby księgi gruntowe odpowiadały na ogół stanowi faktycznemu posiadania, a nie jak u nas notorycznie od tego stanu odbiegały. Trzeba się liczyć z faktami. Niewątpliwie najwięcej dzisiejszy chaos w stosunkach tabularnych Galicyi sprowadzili i zawinili chłopi sami, bojąc się jak ognia wszelkich wpisów hipotecznych, ich ciemnota, zwłaszcza we wschodniej Galicyi śród włościaństwa ruskiego, która sprawiła i sprawia, że chłop woli na niepewność narazić swoją własność, niżli iść do notaryusza, sądu, aby uzyskać za cenę stosunkowo drogą wpis zabezpieczający jego prawa, na zawsze. Gdyby chłop należycie pilnował księgi tabularnej, zaniedbania władz byłyby kroplą w morzu i nie mielibyśmy tego stanu rzeczy, co dziś w tej mierze. Ale właśnie dla tego, że tak nie jest, że chłop unika „tabuli,“ do której sprowadzić go może dziś niestety tylko przymus w postaci grzywny, właśnie dlatego, za podstawę inwentarzów spadkowych ma-

jących być podłożem i wskazówką gospodarczą, co sędzia ma uczynić w pewnej sprawie lub czego zaniechać, nie można pod żadnym warunkiem brać w dzisiejszem rzeczy ukształtowaniu: księgi tabularnej. Wyraźnie zresztą o tem mówi już ustawa, mianowicie patent niesporny z 1854 r. w § 97. „Inwentarz powinien obejmować dokładny i zupełny spis wszelkiego majątku ruchomego i nieruchomego, w którego posiadaniu spadkodawca w chwili swej śmierci się znajdował, oraz jasno wykazywać ówczesną wartość i ilość tegoż". Również i orzeczenie (Nr. 15337 G. U.) najwyższego trybunału stwierdza[1]), że inwentarze powinny w pierwszym rzędzie stwierdzać posiadanie zmarłego, choćby to posiadanie nie było zgodnem ze stanem tabularnym. Tymczasem u nas praktyka stale zaczyna inwentarz od sakramentalnego „ś. p. X. Y. był zaintabulowany za właściciela" pomijając to wszystko, co posiadał, jeśli prawa odnośne nie były uwidocznione w księgach hipotecznych. Jest to wbrew ustawie, każącej ustalić posiadanie a nie stan tabularny. Dlatego sądy, o ile się natkną na tego rodzaju niezgodność stanu faktycznego ze stanem tabularnym, więc gdy np. grunt będący w posiadaniu zmarlego spadkodawcy nie jest na imię tegoż posiadacza zaintabulowany, powinny przedsięwziąć postępowanie sprostowawcze. Polega ono raczej jeszcze na ustawie z 1883 r., niż nowej z r. 1906, która częściowo (we wschodniej Galicyi na razie w 20 okręgach sądowych) wchodzi w zastosowanie z powodu olbrzymich kosztów, jakie są z wykonaniem jej połączone. Chodzi nam jednak tu wyłącznie o sprostowanie stanu tabularnego w postępowaniu spadkowem.

III.

Otóż § 33 ust. hip. wyraźnie stwierdza, że intabulacya nabytków spadkowych może być dozwoloną

[1]) Por. Tałasiewicz. Postępowanie w sprawach niespornych. Kraków. 1899.

jedynie na podstawie dekretu dziedzictwa, lub potwierdzenia z § 188 patentu ces. „które wydaje się obok dekretu dziedzictwa a zatem co do tych osób i przedmiotów, które dekretem nie są objęte“ (Tałasiewicz).

W dekrecie dziedzictwa już więc powinny być prócz ogólnikowej formuły „w częściach idealnych“, jeśli jest kilku spółdziedziców włościańskich, objęte i wyraźnie oznaczone wszystkie te parcele i grunta, które są w posiadaniu spadkodawcy a nie są zaintabulowane na jego imię, skoro co do tego posiadania nie roszczą sobie prawa osoby trzecie w ten sposób, że nadawałaby się w tej mierze zwyczajna droga prawa, więc skoro posiadanie nie jest bezprawne, pozbawione tytułu prawnego; gdy więc, co najczęstsze w naszych stosunkach włościańskich, chłopi sprzedają — darowują, kupują, zamieniają parcele i grunta bez zaznaczenia odnośnych transakcyj, zmieniających stan własności: w księgach gruntowych, (i stąd płynie ta niezgodność ksiąg z posiadaniem), wtedy to sąd, niekoniecznie spadkowy, za jego jednakże wskazaniem (patrz niżej) musi wkroczyć celem usunięcia stanu tego anormalnego, wdrożyć postępowanie sprostowawcze i to o ile możliwe zanim dekret dziedzictwa wydanym będzie, tak, że dekret ów mógłby zawierać już rzeczywisty stan posiadania, aby być podstawą wzorowego wpisu hipotecznego.

Sprawa ta, tyle ważna w praktyce jest zresztą sporną[1]) co do kompetencyi w tej mierze sądu pertraktacyjnego.

Wedle § 2 ust. z r. 1883 i reskryptu minister. spr. z r. 1884, jasnem jest, że wciągnięcia (wpisy) hipoteczne, których 1) podstawy ustalone zostały w postępowaniu spadkowem, w formie odpowiadającej wymogom intabulacyi, mogą być w razie 2) gdy strony udział mające nie wniosą prośby odpowiadającej istniejącym przepisom ustawy, wykonane z urzędu przez

[1]) Por. także Tałasiewicz j. w.

sąd spadek pertraktujący 3) po dojściu dekretu dziedzictwa do prawomocności (6 tygodni po tym czasie) 4) jeżeli dokumenty potrzebne do zezwolenia na wpisy, o ile one nie są wygotowaniami orzeczeń sądu spadkowego, w tymże sądzie się znajdują.

Otóż ustawa austr. hipoteczna stoi wogólności[1]) na stanowisku, że sąd działa tylko na wezwanie stron, jeśli chodzi o sferę hipoteczną. Jednakże, aby zapobiedz niezgodności ksiąg gruntowych, katastru i stanu faktycznego, sąd wedle ust. z r. 1883 (§ 2) zarządzi z urzędu wpis praw, będących przedmiotem wpisu do ksiąg gruntowych, już w trakcie postępowania spadkowego z przełamaniem więc zasady o „interwencyi“ koniecznej stron i w razie ich zaniedbania. Jeśli zachodzą więc powyższe warunki od 1—4, sąd spadkowy z urzędu, nie czekając interwencyi stron, sam zarządzi intabulacyę zgodną z faktycznym stanem posiadania, lub jeśli nie może tego uczynić dla braku w tym sądzie ksiąg gruntowych, wezwie sąd utrzymujący odnośne księgi gruntowe o intabulacyę.

We wpisach tych z urzędu chodzi nie jedynie o wciągnięcia na podstawie dekretu dziedzictwa i wogóle „zarządzeń i rozstrzygnień“ sądu pertraktacyjnego, ale także na podstawie działów spadkowych, kontraktów zamiany kupna, sprzedaży etc. nie zdziałanych przez sąd pertraktujący, o ile sąd ten je zatwierdzi jednakże, jako dokumenty zdziałane wedle wszelkich wymogów ustawy przed wydaniem dekretu. Słusznie jednak zauważa Tałasiewicz w swej pracy o postępowaniu niespornem, a stwierdza to poniekąd i praktyka, że z powodu ogólnikowego brzmienia ostatnich słów[2]) § 2 ust. z r. 1883 pozostaje wiele wątpliwości co do kompetencyi w tej mierze sądu pertraktującego.

[1]) Por. Leopold Jaworski: „Ustawy o księgach publicznych“. Tom I.

[2]) „Że sąd pertraktujący ma także z urzędu wykonać wpisy, jeśli potrzebne dokumenty, które nie są wygotowaniem jego orzeczeń, u niego się znajdują“.

W naszym wypadku, gdy spadkodawca nie jest zaintabulowany za właściciela realności lub parceli, którą posiada, a przy pertraktacyi przedłożono akt prawny np. kontrakt kupna, darowizny, etc., z którego wynika, że on ma prawo być zaintabulowanym za właściciela, to ze względu na to, iż dokument ten nie jest zatwierdzony przez władzę pertraktacyjną, jak np. dział fizyczny (akt) dokonany — co często zachodzi — przed notaryuszem lub adwokatem nawet, zdaniem Tałasiewicza winien intabulacyę odnośną na właściciela zarządzić sąd hipoteczny z reguły. (Sąd spadkowy, pertraktujący, udzieli uchwałę swą sądowi hipotecznemu). W każdym razie pewną wskazówką dla wypadku naszego może być § 109 ust. hip., wskazujący, że każdy sąd rozstrzyga co do kwestyi jego dotyczącej samodzielnie i udziela uchwałę swą sądowi hipotecznemu i to nawet wtedy, gdy w myśl § 22 ust. hip. ostatni nabywca odrazu ma być wpisany, chociaż jego poprzednicy wpisani nie byli („nabywcą" jest dziedzic, spadkodawca „poprzednikiem"). Sąd więc spadkowy winien odnośną uchwałę prostującą wpis w kierunku stanu rzeczywistego posiadania powziąć i przesłać sądowi hipotecznemu do wykonania. Wypadków tych w praktyce jest bardzo wiele oczywiście, o czem później.

Jeśli jednakże warunki od 1 — 4 wymienione w ustawie, lub choćby jeden z nich nie zachodzi, w takim razie sąd spadkowy nie zarządzi intabulacyi z urzędu a postąpi sobie, jak następuje, jeśli jest zarazem sądem hipotecznym (jeśli zaś nie, to wezwie o to tenże sąd ostatni): Wedle § 3 ust. z r. 1883 wezwie sąd hipoteczny (nie spadkowy) strony, przesłucha je i wyznaczy im termin do przeprowadzenia zaniechanego przez strony wpisu prawa własności pod karą 2—100 kor. w razie niedotrzymania terminu (od kary tej oczywiście często się uwalnia włościaństwo, choćby się spóźniło, jeśli tylko ostatecznie postarają się strony o wpis).

Sąd hipoteczny o tem zaniechaniu wpisu dowie się od sądu spadkowego, który z reguły, jak wyżej, sam może zarządzić wpis hipoteczny z urzędu jednakże tylko wtedy, gdy zachodzą owe warunki sine qua non, wymienione w punkcie 1—4, jeśli zaś te warunki nie zachodzą, a sąd spadkowy w postępowaniu spadkowem natknie się na niezgodność między stanem faktycznym posiadania a „tabulą“, w takim razie sąd spadkowy wezwie sąd hipoteczny, który postąpi sobie jak wyżej, tj. wezwie strony do uskutecznienia wpisu, wyznaczy im termin etc.[1]).

Po za tem, tj. po za postępowaniem spadkowem urzędy podatkowe winny sąd hipoteczny bezzwłocznie zawiadomić o zmianach, które spostrzegł urzędnik pomiarowy samoistnie (rewizye stanu posiadania) lub przez doniesienie posiadaczy, władz, etc. Sąd hipoteczny w każdym wypadku przedsiębierze postępowanin sprostowawcze. W pracy niniejszej interesują nas jedynie te wypadki sprostowania ksiąg gruntowych wedle rzeczywistego stanu posiadania, do których daje bezpośredni lub pośredni pochop postępowanie spadkowe. Sędzia bowiem spadkowy — i to jest jego wielkiem wobec wiarogodności naszych ksiąg gruntowych zadaniem, winien czas, przeznaczony w postępowaniu spadkowem na ogólne uregulowanie stosunków majątkowych i osobistych w danej jednostce gospodarczej, użyć między innemi i na regulacyę stosunków hipotecznych łączących się zarówno z prawną stroną gospodarstwa jak i ekonomiczną. Nie zawsze zdoła to sam oddział spadkowy zarządzić we własnym zakresie działania, zawsze jednakże może dać inicyatywę właściwemu sądowi, a ta inicyatywa, jako bezpośrednia, jest wagi wielkiej dla stanu na-

[1]) Wedle § 16. ustawy o ewidencyi katastru podatku gruntowego każdy posiadacz gruntu jest obowiązany donosić w przeciągu 6 tygodni urzędowi podatkowemu o wszelkiej zmianie posiadania pod względem osoby posiadacza lub przedmiotu podatku gruntowego.

szych ksiąg gruntowych. Najhardziej jednakże pożądanem jest, aby sędzia spadkowy już w postępowaniu spadkowem, nie zdając zadania na czynniki zewnątrz stojące (Ewidencya B np.), sam, z własnej inicyatywy i we własnym zakresie uporządkował stan tabularny, zgodnie ze stanem posiadania, tak, iżby postępowanie jego dało podstawy niewątpliwe do racyonalnego wpisu do ksiąg tabularnych.

Ustawa z d. 23 maja 1883, l. 82 dz. u. p., której najważniejsze momenty, mogące nas ze względu na postępowanie spadkowe zainteresować, podaliśmy wyżej, zadania swego w naszych warunkach nie spełnia, w tej mierze niestety. Spełniałaby ona podjednym ale zasadniczej wagi warunkiem swe zadanie: przyczynienia się do zgodności między stanem faktycznym posiadania a księgą hipoteczną, mianowicie pod warunkiem: takiego postępowania w sprawach spadkowych, któreby było istotnem, odpowiadającem zwyczajom gospodarczym ludności naszej wiejskiej i tendencyom gospodarczym, regulowaniem i uporządkowaniem stosunków gospodarczych i osobistych. Tylko pod warunkiem, że w postępowaniu spadkowem albo uzyska się jednostkowe objęcie spadku, albo racyonalny dział fizyczny, albo wreszcie ustali się jako podstawę dla dalszej planowej, długoletniej działalności w postępowaniu pozaspadkowem (więc opiekuńczem przedewszystkiem), unikając na razie „niedojrzałego“ jeszcze do osądzenia i unormowania sprawy, zarządzenia (działowego np.) a zadowalając się na razie idealnem przyznaniem spadku z zastrzeżeniem przyszłej działalności, tylko wtedy § 2 ust. z 23 maja 1883 zapewniający wpis z urzędu dekretu dziedzictwa (i wogóle jeśli podstawy wpisów ustalone zostały w postępowaniu spadkowem) zadanie swe w całej pełni zrealizuje i przyczyni się między innemi do zgodności ksiąg gruntowych ze stanem faktycznym. Dziś jednakże, gdy w wielu względach postępowanie spadkowe nie spełnia swej roli tyle ważnej dla przyszłości włościaństwa naszego, gdy

dekrety dziedzictwa nie tylko że nie są wedle już postanowień ces. patentu z 1854 r., wyczerpującym, choć zwięzłym przeglądem tego, co w postępowaniu spadkowem zrobiono dla uregulowania stosunków gospodarczych, osobistych i tabularnych, jeśli czasem, jak stwierdzają okólniki i praktyka, nasze dekrety dziedzictwa nawet nie zawierają tego, co rzeczywiście w tej mierze (tj. regulacyi) w przewodzie spadkowym zdziałano i osiągnięto, jeśli ani w postępowaniu spadkowem ani tem samem w dekrecie nie przedsięwzięto działu (oczywiście wtedy, gdy go uniknąć już nie było można), gdy z reguły nie uwzględnia się w dekrecie wcale, lub nie szczegółowo i dokładnie kodycylów chłopskich, nie oblicza się zachowku (jeśli takie ograniczenie istnieje), gdy więc każdy z dziedziców otrzymuje część idealną, nie mając wyobrażenia o tem, do czego ze spadku ma prawo wyłączne, która z parcel do niego należy, i z reguły nalega na dział pozasądowy, w takich warunkach przepis § 2 ust. z 23 maja 1883 przyczynił się u nas jedynie do pomnożenia niezgodności stanu posiadania ze stanem tabularnym, gdyż z reguły wpis z urzędu na podstawie dekretu dziedzictwa „w częściach idealnych“ (inic więcej) odbiegał od stosunków faktycznych posiadania i rodził w samem założeniu niezgodność z nim ksiąg tabularnych (wpisu). Niewątpliwie zamiar ustaw z 23 maja r. 1883 (l. 82, 83 dz. u. p.) był najzupełniej racyonalny ze stanowiska prowincyj zachodnich państwa, gdzie pomijając już wyższą kulturę sfer włościańskich, sądy pertraktacye spadkowe z reguły przeprowadzały nadzwyczaj starannie, głównie dlatego, że ani w części nawet nie były tak obciążone i przeciążone pracą jak nasze, uginające się pod nawałem „wpływów i zaległości“, dzięki, czemu wpis z urzędu odpowiadał i wy-

[1]) Porównaj Tałasiewicza: „Prenotacya przy zakładaniu nowych ksiąg gruntowych“ i Bujak-Jaworski „Ustawa o sprostowaniu ksiąg gruntowych“.

mogom polityki agrarnej i wymogom polityki hipotecznej. Sądy te bowiem nie wydawały dekretu, jak tylko po rzeczywistej regulacyi stosunków gospodarczych i osobistych, (po dziale więc, jednostkowem objęciu spadku etc.), tak iż ten dekret, mający być podstawą wpisu hipotecznego, wedle § 2 ust. z 23 maja 1883, zawierał już w sobie rezultaty owej regulacyi, tak jak ona w rzeczywistości się odbyła między stronami za wpływem oczywiście sądu.

U nas — jeśli chodzi o związek postępowania spadkowego z faktycznym stanem posiadania i księgą tabularną — rzadko tylko zachodziły te warunki, i stąd ujemne strony niewiarogodności ksiąg hipotecznych jeszcze spotęgowały się na skutek ustawy (§ 2 ust. z 23 maja 1883 r.), zamiast zmaleć i zaniknąć. Wedle motywów do ustawy o sprostowaniu ksiąg gruntowych z d. 11 grudnia 1906 r. nr. 246 dz. u. p. „fikcyjna spółwłasność ciał hipotecznych, które w rzeczywistości są podzielone między tabularnych spółwłaścicieli wynosi od 20% do 50% (i więcej) wszystkich ciał hipotecznych włościańskich a przez sukcesye uniwersalne części dzielą się coraz więcej“. Jest to „zasługa“ postępowania spadkowego, tak jak ono się dziś niestety mimo usiłowań, tu i ówdzie już nawet uwieńczone skutkiem przedstawia. Motywy do ustawy z r. 1906 podają nadto, że „bardzo często w pertraktacyach spadkowych wpisano z urzędu za spółwłaścicieli także takie osoby, które już w inny sposób zostały zaspokojone i nigdy nie uczestniczyły w fizycznem posiadaniu odnośnej nieruchomości“. Często też „suma udziałów idealnych wynosi więcej w księgach gruntowych niż jeden“ (np. $\frac{22}{20}$ lub mniej niż jeden np. $\frac{18}{20}$)[1]). Nierzadko też w postępowaniu spad-

[1]) Porównaj także pracę Dr. Edmunda Udzieli: O wpływie ksiąg gruntowych na stosunki prawne. Czasopismo prawniczo-ekonomiczne 1903, Rocznik IV.

kowem zapisano grunta (parcele) obce na podstawie dekretu dziedzictwa z urzędu w księgach gruntowych, tak, iż te grunta obce wraz z własnym tworzyły podstawę inwentarzowania i następnie objęte dekretem dziedzictwa przeszły drogą wpisu do ksiąg gruntowych.

Te więc i cały szereg innych niedokładności faktycznych na mocy § 2 ust. z 23 maja 1883, z urzędu zostały uwiecznione w księgach gruntowych, ze szkodą dla wiarogodności tychże ksiąg i stron, nad któremi postępowanie z urzędu ma troskliwie czuwać. Stąd ustawa ta u nas stała się w skutkach swych ze względu na niezgodność ze stanem faktycznym, jakiej najczęściej we wpisach hipotecznych z urzędu się trzymano, jedynie pomnożycielem jeszcze zła.

Właśnie smutne doświadczenie, jakie praktyka nam przyniosła, jeśli chodzi o zastosowanie w zasadzie racyonalnej ustawy z 1883, (§ 2), jest zarazem dowodem, jak ogromnie ważne nietylko ze względów gospodarczych, ale i ze względów wiarogodności ksiąg gruntowych, jest racyonalne, regulatywne przeprowadzenie przewodu spadkowego, w ten sposób, iżby rezultaty tego postępowania mogły stać się podstawą rzeczywistych, zgodnych z posiadaniem wpisów hipotecznych. Operowanie przyznawaniem spadku w częściach idealnych bez równoczesnego uregulowania stosunków drogą działu, jednostkowego objęcia gruntu, lub nawet zastrzeżenia na przyszłość stanowczej regulacyi, musiało drogą wpisów z urzędu tej anomalii gospodarczej i tabularnej, doprowadzić do temże większej niezgodności i niewiarogodności ksiąg hipotecznych, mijając się oczywiście w zupełności z celem i dążeniami ustawy z 23 maja 1883 r.

Najnowsza ustawa o sprostowaniu ksiąg gruntowych z d. 11 grudnia 1906 zaraz w § 1 (ustęp I) normuje przypadek, gdy (na podstawie dekretu dziedzictwa) wpisano do ksiąg gruntowych części idealne, w rzeczywistości zaś nastąpił podział fizyczny, więc

gdy sąd nie uwzględnił np. rozporządzenia ostatniej woli. Motywy również jako przyczynę wydania nowej ustawy między innemi podają także i praktykę sądów, przyznawania spadku w częściach idealnych, bez równoczesnej regulacyi, co przy stosowaniu § 2 ust. z 23 mają 1883 r. przyczyniło się walnie do utrzymania i powiększenia niezgodności stanu tabularnego ze stanem faktycznym posiadania. Motywy podają dalej, że temu stanowi zapobiedz może jedynie radykalna reforma, którą właśnie przynosi ustawa z 11/XII 1906. Reforma ta polega na podzieleniu, w takich razach, ciała hipotecznego wedle stanu posiadania i wpisaniu prawa własności na rzecz wyłącznych właścicieli. Przyczem z reguły odejdzie się od § 26 ustawy hipotecznej żądającej do wpisu dokumentów zdatnych do uzyskania wpisu, a to dlatego, że jak to motywy stwierdzają oficyalnie, strony najczęściej takich dokumentów dostarczyć nie mogą, i należy się zadowolić temi podstawami, „które dadzą się uzyskać z urzędowych dochodzeń stosunków prawnych i faktycznych“. W tym też duchu urządzono postępowanie sprostowawcze wedle nowej ustawy, która nas tu o tyle obchodzi, o ile ona wchodzi w związek mniej albo więcej ścisły z postępowaniem spadkowem. Otoż § 5 tej ustawy, powiada, że „postępowanie sprostowawcze winien komisarz miejscowy wdrożyć i przeprowadzić z urzędu we wszystkich przypadkach, któreby jakimkolwiek sposobem doszły do jego wiadomości“, co stwierdza charakter postępowania z urzędu w sprawach sprostowawczych. Na to „jakimkolwiek sposobem“ złoży się objęcie wszystkich wypadków sprostowawczych, wedle ust. z 23 maja 1883 w tzw. Ewidencyi B[1]) przeprowadzanych, dalej te wszystkie wypadki, (wymiemione w I ust. § 1), w których w księgach gruntowych figuruje spółwłasność w częściach idealnych, snadnie bowiem można przypuszczać, że mimo de-

[1]) Oddział sprostowawczy.

krety dziedzictwa w częściach idealnych, podział fizyczny prawdopodobnie pozasądownie nastąpił, wreszcie te wypadki, które nasuną się z przeglądu aktów spadkowych [1]), procesowych i egzekucyjnych o zniesienie spółwłasności etc. Zwłaszcza, i to nas tu zajmuje w pierwszym rzędzie, przegląd aktów spadkowych, „wiszących“ w danym sądzie, nasunie sędziemu-komisarzowi dla spraw sprostowawczych szereg wątpliwości pod względem stosunków tabularnych i (w porozumieniu z sędzią spadkowo-opiekuńczym), będzie mógł prawie w każdym wypadku postępowania spadkowego przystąpić do regulacyi i sprostowania stanu tabularnego. § 10 rozporządzenia wykonawczego ministerstwa sprawiedliwości i skarbu z d. 11 paźdz. 1907 l. 243 dz. ust. p. do ustawy z d. 11 grudnia 1906 zaznacza „że wybór źródeł informacyi i środków dowodowych służących do zbadania okoliczności rozstrzygających pozostawiony jest komisarzowi w myśl zasady postępowania z urzędu (dokumenty w rękach stron, dochodzenia przy zakładaniu ksiąg gruntowych). Nadto winien komisarz dla sprostowania ksiąg poinformować się z aktów sądowych o wszystkich w toku będących pertraktacyach spadkowych (sporach i egzekucyach), odnoszących się do nieruchomości tych gmin kat., które mają być opracowane. Również § 20 tegoż rozporządzenia wspomina, że „komisarz winien z urzędu wciągnąć do wykazu (zakresu działania) także i te przypadki, które wynikają z aktów spadkowych“. Wykaz ten (wzór 8) ma w rubryce 3-ciej podać nazwisko donoszącego o niezgodności stanu posiadania ze stanem tabularnym, otóż w razie, gdy o tej niezgodności sędzia powezmie wiadomość z aktów spadkowych, napisze w tej rubryce słowo „spadek“. Wyraźnie mówi o tem, prócz ustawy, okólnik prezydyum wyższego sądu kraj. we Lwowie z d. 21 lipca 1909

[1]) Porównaj komentarz nowej ustawy Bujaka i Jaworskiego j. w.

i okólnik $\frac{\text{Prez. } 32587}{19\ \text{R/9}}$ a ten ostatni zaznacza,że „nowe działy, dokonane w postępowaniu spadkowem, należą do zakresu działania komisarzy sprostowawczych i są przedmiotem postępowania sprostowawczego". Wynika stąd, że wszystkie wypadki postępowania spadkowego, któreby nasuwały potrzebę sprostowania ksiąg gruntowych wedle stanu faktycznego posiadania, należałyby do zakresu działania sędziego, zajmującego się sprostowaniem ksiąg gruntowych. § 7 (ust III) nadto zaznacza, że dochodzenia podjęte z okazyi zakładania nowych ksiąg gruntowych należy w postępowaniu sprostowawczem stosownie uwzględnić, a komentatorowie tej ustawy (tego §) Tadeusz Bujak i Leop. Jaworski słusznie zaznaczają, że w tem postępowaniu winny być uwzględnione tak samo akta spadkowe (sporne etc.) i to tak ukończonych już, jak i „wiszących" jeszcze spraw się tyczące[1]). Akta te bowiem, jako bądź co bądź dokładniejsze ujęcia sprawy dadzą komisarzowi pewną wytycznę, w jakim kierunku ma postępować, aby uzyskać cel swój, (czy i jak dążyć do ugody stron wedle § 8 ustawy nowej), równocześnie i cel także sędziego spadkowego, który winien w postępowaniu spadkowem dążyć do uregulowania i stosunków hipotecznych wedle posiadania faktycznego[2]).

Co do spraw spadkowych już ukończonych, oczywiście pożądanem jest, aby sędzia-komisarz przez wglądnięcie w akta spadkowe już „załatwione", zajął się naprawą tego, co sędzia spadkowy zaniedbał, więc przeprowadzeniem działu fizycznego i intabulacyą już wedle wyłączonych części fizycznych. Jednakże, jeśli chodzi o wiszące sprawy spadkowe, więc w toku będące, jak również i te wszystkie sprawy, które pozornie tyl-

[1]) Bujak-Jaworski — Komentarz, str. 32.

[2]) Za podstawę wpisu służy faktyczne posiadanie, bez względu na brak dokumentów odnośnych. To faktyczne posiadanie jednak należy odróżnić od dzierżenia.

ko załatwione zostały w postępowaniu spadkowem (przyznaniem w częściach idealnych) a pozostają w postępowaniu opiekuńczem, i to postępowanie dopiero, w całym szeregu lat planowo obróconych na regulacyę stosunków, osobistych i gospodarczych, zadecyduje o takiem lub innem sprawy rozwiązaniu, te wszystkie sprawy raczej pod ręką powinny zostać człowieka, który je prowadził od początku, który nie jednostronny cel ma przed sobą uregulowania stanu tabularnego, lecz prócz tego dąży do celu: ogólno-gospodarczego, uporządkowania stosunków i który snadnie oba te wskaźniki połączy w swojej działalności. Chodzi o to, aby w załatwieniu pewnej sprawy, tworzącej mimo zróżnicowanie się stosunków, jednolitą i nierozłączną całość, nie przeprowadzono „podziału pracy", tu wielce szkodliwego. Właśnie w postępowaniu spadkowem, pozostającem pod świadomem celu kierownictwem jednolitem, jednego sędziego, chodzi o zakreślenie pawnego planu i trzymanie się go, oraz zrealizowanie, a to wszystko najczęściej spełznie na niczem, gdy osoba sędziego się zmieni, plany tworzy się na nowo i tem samem zniweczy się to, co się poprzednio zdziałało nieraz z wielkim nakładem sił i czasu. (Przykłady takiego sprawy załatwienia spotkać można w przeprowadzeniu wielu działów fizycznych). Otóż tak samo rzecz dzieje się w kwestyi obecnie przez nas omawiawianej. Sędzia spadkowy i opiekuńczy powinni własnem staraniem się i własną działalnością dążyć do wszechstronnego sprawy „rozwiązania" tak pod względem gospodarczym, jak osobistym i tabularnym. Wszystko to bowiem łączy się w trakcie przewodu spadkowego w jedną i jednolitą całość, sztucznie tylko dającą się podzielić na etapy i części. Sędzia spadkowy i opiekuńczy powinien właśnie (patrz okólniki i reskrypty także) w toku przewodu spadkowego samoistnie ustalić podstawy wpisów hipotecznych, zgodnych ze stanem rzeczywistym posiadania, i do tego dąży także (nie wyłącznie) jego działalność. Oczywiście wybór, w jaki

sposób to ustalenie podstaw pod racyonalne i rzeczywiste wpisy hipoteczne ma nastąpić w postępowaniu spadkowem i opiekuńczem, nie daje się systematycznie raz na zawsze ująć; a owszem jedynie dokładne zróżnicowanie spraw wedle ich indywidualnej struktury może dać pewne dane, w jaki sposób należy dążyć do tego celu, zawsze równorzędnego z naczelnym celem gospodarczej stosunków regulacyi, więc czy drogą działu fizycznego czy jednostkowego objęcia etc., czy wreszcie nie przyjdze nawet sędziemu spadkowemu sprostować samoistnie jeszcze niedokładności ksiąg tabularnych, pochodzące z winy i zaniedbań stron.

Na ogół — i to trzeba z uznaniem dla naszego materyału sędziowskiego stwierdzić — wyrabia się już powoli zrozumienie dla zadania sędziowskiego w toku przewodu spadkowego nie tylko pod względem regulacyi gospodarczo-osobistej, ale i tabularnej. Miałem sposobność w rozmowie z kilku naczelnikami sądów powiatowych, którzy prowadzą u nas najczęściej oddziały spadkowe, zauważyć, jak również w aktach stwierdzić, że ci sędziowie z reguły sprostowanie „tabuli" z powodu przewodu spadkowego lub w trakcie przewodu samoistnie uskuteczniali i to w wyjątkowych tylko wypadkach przez zażądanie od stron dokumentów odnośnych, których one albo wcale nie posiadały, albo nie w formie wymaganej do wpisów stanowczych, lecz przez zeznanie i spisanie przy pomocy i wedle umowy stron odpowiednich deklaracyj [1]) które następnie służyły za podstawę wpisów hipo-

[1]) § 10 rozp. min. do nowej ustawy z r. 11/XII 1906 o sprostowaniu ksiąg mówi w tej mierze „W braku odnośnych dokumentów (w ręku stron) winien komisarz dla sprostowania ksiąg spisać protokolarnie oświadczenia i porozumienia się stron potrzebne do sprostowania ksiąg gruntowych". Sędziowie spadkowi z reguły, przystępując do sprostowania stanu tabularnego, powinni, o ile strony, co najczęściej, nie posiadają dokumentów, sami odpowiednie deklaracye ze stronami spisać, w formie, zdatnej do wpisu hipotecznego.

tecznych, już zgodnych ze stanem posiadania faktycznego. Trudności po temu są oczywiście większe w postępowaniu spadkowo-opiekuńczem, nierozporządzającem z reguły geometrą specyalnym i całym aparatem, który ma do dyspozycyi komisarz sprostowawczy wedle nowej ustawy sprostowawczej z r. 1906, jednakże mimo to sędzia spadkowy mający przed sobą zawsze całokształt stosunków, sprostowanie to przeprowadza wedle woli stron, interesu gospodarczego często lepiej i trwalej, niźli dorywczo ze sprawą obznajomiony i zawsze jednostronny w dążeniu sędzia-komisarz sprostowawczy. Sędzia spadkowy zresztą często będzie miał sposobność skorzystać z tego aparatu, którym rozporządza komisarz dla sprostowania ksiąg gruntowych, polecając geometrze sporządzenie planu realności mającej uledz podziałowi, lub planu parcel podzielonych etc., a jeden z sędziów spadkowych, który starannie sprawy sobie poruczone załatwiał, oświadczył mi, że stale korzysta z pomocy geometrów ewidencyjnych przy sposobności, gdy ci pełnią w miejscu służbę swą i na podstawie szkiców i planów przez nich zdjętych reguluje stosunki, sporządza działy etc. a strony chętnie poniosą koszta tego o wiele szczuplejsze, niż gdyby specyalnie geometrę sprowadzić trzeba było. (Inny ze sędziów wprost mi oświadczył, że korzysta z „uprzejmości“ geometrów, którzy dla niego specyalnie przy sposobności pobytu w gminie, robią plan a raczej szkic tu i ówdzie dla stron ubogich (tyczący się postępowania spadkowego) nie licząc kosztów, a tłumaczy ten zresztą „dziwny“ proceder tem, że geometrzy tyle zarabiają z okazyi robót sądowych, że mogą bez znaczniejszych szkód czasem sporządzać nieskomplikowane zdjęcia bezpłatnie). Często jednakże wystarczy ogólna mapa hipoteczna dla oryentacyi bez wzywania geometry, choć należy z reguły dążyć do dokładnego pomiaru i rozdziału. W ogólności jednak daje się obecnie w postępowaniu spadkowem i opiekuńczem bardzo odczuć potrzeba

ustawy, dozwalającej sędziom każdej chwili, jeśli zajdzie tego istotna potrzeba, korzystać z usług geometrów i wogóle urzędników pomiarowych i organów katastralnych[1]). Sędzia spadkowo-opiekuńczy przeprowadzając nieraz z wielkim nakładem pracy działy fizyczne, musi mieć tę pewność, że mu każdej chwili będzie wolno, nie narażając strony na koszta, przyzwać ku pomocy dla robót technicznych, specyalistów pomiarowych, obznajomionych z praktyką włościańską, (szwankuje na tem także postępowanie sprostowawcze wedle ustawy z 23 maja 1883 r.).

Tymczasem ogromnie charakterystyczne w tej mierze jest rozporządzenie ministerstwa sprawiedliwości z d. 22 lipca 1889, które zaznacza, że są ciągłe skargi, że sądy zbyt często żądają przedłożenia planów od urzędników pomiarowych!! W każdym razie choćby nawet powstały pewne koszta, zdaniem naszem postępowanie spadkowe, daje wraz z opiekuńczem, przy oczywiście pilnej i odpowiedzialnej robocie sędziowskiej, rękojmię najlepszego sprawy załatwienia pod każdym względem, a więc i tabularnym, ze względu na znajomość stron, sprawy, terenu, na którym się stosunki rozgrywają i celów niejednostronnych, do których dąży owo postępowanie. Jeśli bowiem ustawa o sprostowaniu ksiąg gruntowych, jako sposób regulacyi tabularnej wskazuje, podział hipoteczny (§ 1 ust. 11 grudnia 1906) w razie gdy jest on z reguły przy częściach idealnych fizyczny, pozatabularny i pozasądowy, to często może się zdarzyć, że mimo ugodowe sprostowanie na mocy § 8 tejże ustawy, odbędzie się ono nie wedle tendencyj gospodarczych, choć cel swój najbliższy: zgodność stanu tabularnego z faktycznem posiadaniem osiągnie. Nieraz bowiem dałoby się nieracyonalnego działu fizycznego uniknąć np. przez długoletnią, odpowiednią regulacyę

[1]) Por. Szybalski: „O reformie ksiąg gruntowych w Galicyi".

stosunków w postępowaniu opiekuńczem, tego działu, który teraz nawet za zgodą stron przeprowadzi sędzia-komisarz sprostowawczy. Ten komisarz bowiem ma jednostronny cel przed sobą, stanowiący istotę jego działalności: sprostowanie ksiąg tabularnych wedle posiadania, nie dziw więc, że dla niego gotów poświęcić wszystko inne, także i moment gospodarczy, każący w danym wypadku dążyć do reformy stosunków, do uniknięcia np. działu, mimo, że go strony zawarły pozasądownie, do częściowego przynajmniej zastosowania spłat wzajemnych etc. Jest to tem bardziej niepokojące, że okólniki W. S. K. zwracają uwagę komisarzy na cel ich działalności: cel przedewszystkiem i wyłącznie sprostowawczy, z pominięciem wszelkich kwestyj „ubocznych“, spadkowych. Jest więc pewne niebezpieczeństwo w takiem a nie innem ułożeniu stosunków, w takiem pojęciu zadania sędziego sprostowawczego, niebezpieczeństwo, że się w gorliwości dla uregulowania stanu tabularnego poświęci interes gospodarczy i stanem sprawy tak pokieruje, by ona wydała jak najlepsze rezultaty pod względem tabularnym, bez względu i często z naruszeniem istotnem momentu gospodarczego.

Wprawdzie sędzia sprostowawczy w zasadzie ma dążyć do uregulowania stanu tabularnego drogą uzyskania zgody spółwłaścicieli, a w braku tejże sam dział przeprowadza wedle swobodnej inicyatywy postępowania niespornego (§ 24 ust. z 11/XII 1906 wyraźnie stosuje do postępowanią sprostowawczego przepisy postępowania niespornego), mógłby więc nawet tu i ówdzie drogą osobistego wpływu doprowadzić do ułożenia stosunków, gospodarczo pożądanych, (np. uniknąć działu wogóle, więc mimo dokonany dział pozasądowy spowodować strony do spłat wzajemnych, tem bardziej, gdy niektóre ze stron są nieobecne, więc np. zajęte w zawodach innych, tak, iż jest nadzieja, że z ziemi pójdą) lub spowodować dział możliwie w danych warunkach racyonalny, to znaczy między

możliwie małą ilość spółwłaścicieli. Jednakże sędzia zajęty wyłącznie sprostowaniem łatwo ulegnie jednostronności na skutek całej masy wypadków podobnych sobie a wymagających rychłego sprostowania, tak iż nie będzie w danych warunkach mógł ani chciał poznać sprawy, tak jak sędzia spadkowy i opiekuńczy od samego początku. Przynajmniej dotychczas akcya sprostowawcza wedle ust. z 23 maja 1883 r. (Ewidencya B) będąca en miniature postępowaniem sprostowawczem wedle ust. z 1906 r., wykazała dowodnie, że przeważnie bada się w niej sam stan posiadania i księgi gruntowe, po za tem wszystko inne, prócz usiłowań doprowadzenia do zgodności tych dwóch na razie „wrogich“ sobie czynników (także drogę działu) pozostaje na uboczu, nie wchodzi w zakres działalności postępowania sprostowawczego. Stąd uważamy, za bardziej wskazane, aby we własnym zakresie działania sędzia spadkowy i opiekuńczy całe to postępowanie obejmujące całokształt stosunków gospodarczych tabularnych i osobistych, sam przeprowadzał, wtedy bowiem dopiero można mieć wobec organicznego związku tych trzech sfer działalności sędziowskiej spadkowej rękojmię, iż wszystkie razem i każde z osobna odpowie zadaniu i celom. Pod jednym jednakże kardynalnym warunkiem, że w postępowaniu tem rzeczywiście zajmą się czynniki powołane po temu, istotną regulacyą i do pewnego stopnia tworzeniem stosunków i warunków gospodarczych a tabularnych, bo gdy, jak to jest dotąd niestety regułą, postępowanie spadkowe i opiekuńcze jest biurokratycznem „załatwieniem“ sprawy i „ukończeniem“ jej przez dekret w idealnych częściach, nie dający najmniejszego wyobrażenia o jednostce gospodarczej, jej zagospodarowaniu etc., oczywiście będzie lepiej sprawę regulacyi stosunków tabularnych w sprawach spadkowych „wiszących“ oddać sędziemu sprostowawczemu, którego wyłącznem zadaniem jest właśnie ta regulacya.

Dlatego jedynie w tych warunkach uważamy za słuszne postanowienie § 30 rozporz. min. spr. i skarbu z d. 11 paźdz. 1907 do ustawy z 11/XII 1906, że „jeżeli okaże się, iż nieruchomości, należące do spadku, uległy fizycznemu podziałowi albo jeśli uprawnieni do spadku zamierzają przedsięwziąć taki podział nieruchomości, natenczas sędzia-komisarz powinien akt podziału sporządzić protokolarnie przy współudziale organu ewidencyjnego (z reguły na miejscu) i uwzględnić go w odpowiedni sposób przy sprostowaniu księgi gruntowej albo też udzielić sądowi spadkowemu celem uwzględnienia przy przyznaniu spadku". Gdy bowiem w sądzie spadkowym nie zrobiono niczego, aby dział taki, o ile jest on nieunikniony, przeprowadzić, słusznem jest i pożądanem, aby ten akt działu sporządził sędzia-komisarz, gdyż inaczej strony, jak mówi o tem § 30 rozporządzenia, przeprowadzą go same pozasądownie, bez geometry i bez trzymania się postulatów agrarnych. Ale tylko wtedy. Gdy jednak postępowanie spadkowe jest rzeczywiście poświęconem regulacyi stosunków gospodarczych i osobistych, jak również tabularnych, uważamy za niestosowne przeprowadzenie działu po stronie organu sprostowawczego z pominięciem sędziego spadkowego. Sędzia sprostowawczy bowiem jest za mało poinformowany o stosunkach gospodarczych i osobistych danej sprawy spadkowej, za mało miał sposobności przyjrzeć się i poznać nieraz skomplikowane stosunki osobiste właścicieli a spółdziedziców, które przedewszystkiem mogą dać dane pewne i kryteryum oceny racyonalności działu fizycznego, jak wogóle załatwienia sprawy, by mógł ocenić, czy w danej sprawie zachodzą warunki działu fizycznego i czy nie należy go na czas pewien odłożyć, a na razie zatrzymać części idealne, przez co będzie można uzyskać (przez odpowiednie postępowanie opiekuńcze) w przyszłości objęcie jednostkowe lub dział między 2 dziedziców (jako najmniejszą ilość). Co innego, jeśli sędzia spadkowy postanowi dział fi-

zyczny w postępowaniu spadkowem, jako nieuniknio-ny, wobec tego, że inaczej strony same go przeprowa-dzą między sobą, lub jeśli on gospodarczo nie jest zbyt ujemny i poleci dyrektywą ogólną przeprowadze-nie tego działu fizycznego sędziemu-komisarzowi, który ma przy sobie geometrę oraz wszelkie techniczne środki precyzyjnego działu, gdyż to tylko korzyść przy-niesie stronom i zmniejszenie kosztów (bezpłatność działu), ale w takim razie mamy do czynienia ze zle-ceniem pewnej szczegółowej, choć zasadniczej czynno-ści „sędziemu wezwanemu“, jak to ma miejsce ze zwy-czajną rekwizycyą sądową, która jednakże mimo to nie zmienia faktu, iż proces prowadzi sędzia wzywający, jako główny, a nie sędzia wezwany lub wyznaczony. Tak samo rzecz ma się w naszym wypadku. Sędzia spadkowy może zlecić, jeśli uważa to za stosowne, przeprowadzenie działu samego, który postanowi w zasadzie, sędziemu-komisarzowi (a raczej powinna być unormowana rozporządzeniem ta możliwość naszem zdaniem, tak samo oszczędzająca kosztów i straty czasu, jak przesłuchanie świadka przez sędziego wezwanego lub wyznaczonego), lecz do niego i jedynie do niego, jako przeprowadzającego i kierującego sprawą, z którą zapoznał się po wielu czasem miesiącach pracy, oso-bistych ze stronami zetknięciach się itd., należy orze-czenie, oczywiście z uwzględnieniem woli stron, czy dział ma nastąpić, czy raczej jednostkowe objęcie spadku, lub zatrzymanie na pewien czas spółwłasno-ści w częściach idealnych, z zastrzeżeniem w swoim czasie ostatecznej regulacyi stosunków. Samo zamie-rzenie — jak się wyraża rozporządzenie wyżej cytowane (§ 30) — przez strony, przedzięwzięcia takiego podziału fizycznego nie jest jeszcze kryteryum, wystarczającem do pozwolenia sędziemu-komisarzowi sporządzenia działu formalnego, ani nawet już pozasądownie wy-konany dział, (choć ten ostatni prędzej), gdyż nieraz uda się sędziemu spadkowo-opiekuńczemu mimo taki dział pozasądowy doprowadzić strony do ugody wza-

jemnej, mocą której zrzekną się swych części lub swej części jeden lub więcej spółwłaścicieli, liczących na na zakupno ziemi gdzieindziej, lub zawodowo zajętych gdzieindziej.

Cała więc działalność sędziego spadkowego lub opiekuńczego, dążąca do możliwie racyonalnego gospodarczo rozliczenia się stron, wszystkie jego usiłowania, wielce trudne wobec niskiego stanu kulturalnego naszej włościańskiej ludności, mogą pójść na marne wobec działu, zawartego w drodze krótkiej przez sędziego-komisarza, działu, którego nieraz mimo woli stron sędzia spadkowo-opiekuńczy miał nadzieję przez odpowiednie środki (przysługujące mu w postępowaniu spadkowo-opiekuńczem) i działalność dłuższą uniknąć. Niewątpliwie więc § 30 rozp. poszedł za daleko w swym zapale działów fizycznych, które po za tem rzeczywiście są często najlepszym sposobem regulacyi gospodarczej i tabularnej, ale których ze względu na wymogi polityki agrarnej, występującej przeciw rozdrobnieniu gruntów, unikać trzeba, gdzie i o ile to jest możliwe. W każdym razie w czynności i zakres działania sędziego spadkowo-opiekuńczego nie powinien się sędzia-komisarz niepowołanie mięszać, chyba, żeby to wyjątkowo miało przynieść nadzwyczajne korzyści sprawie samej. A tak najczęściej nie jest. Nie może być gospodarczo pożądanem z żadnego względu, by definitywnie rozstrzygał sędzia jednym doraźnym aktem, sprawę wymagającą dużego nieraz nakładu sił po stronie sędziego spadkowego celem zapoznania się z nią i by niweczył plany tegoż, może nieraz blizkie regulacyi a przeciwne zadaniu sędziego sprostowawczego wedle § 30 rozp., zalecającego dział fizyczny.

Natomiast niewątpliwie znaczną zdobyczą w postępowaniu spadkowem i opiekuńczem jest § 38 ust. z 11/XII 1906. „Po wejściu w życie tej ustawy należy w sprawie spuścizn, w skład których wchodzą nieruchomości, nawet, gdy nie chodzi o przypadki w § 165

i 166 c. p. z d. 9 sierpnia 1854 r. przewidziane, zarządzić sądową rozprawę w celu dokonania podziału spadku, jeśli choćby tylko jedna ze stron interesowanych tego żądała. Wskutek takiego wniosku winien sąd wezwać wszystkich interesowanych na audyencyę i starać się o ugodę". Motywy do ustawy z 11. XII. 1906 zaznaczają że wedle patentu niesp. z 1854 r., jest rzeczą sądu starać się o podział spadku, gdy wśród spadkobierców są małoletni (lub choćby jeden małoletni) i gdy taki podział jest fizycznie możliwy do przeprowadzenia i gdy odpowiada celowi.

Doświadczenie uczy, że interwencya sądu w tej mierze wydaje dobre owoce, ustawa przeto rozszerza przypadki, w których sąd ma interweniować także i na spadki pełnoletnich i ci mogą żądać pomocy sądu przy podziale spadków, gdyż sąd tej pomocy odmówić nie może[1]).

Tak sam przepis prawny jak i motywy jasno widzą przyczynę niezgody stanu rzeczywistego posiadania ze stanem tabularnym w fikcyjnych wpisach spółwłasności[2]) na mocy dekretu dziedzictwa, stąd tendencya ustawy do faworyzowania wszelkiego rodzaju działów, które przydzielając każdemu część wydzieloną i dokładnie w księgach t. j. w nowych wykazach hipotecznych oznaczoną, usuwają tem samem niezgodność posiadania z hipoteką. Dotychczas sąd miał wolną rękę w przeprowadzaniu działu fizycznego, tylko wtedy, gdy byli małoletni wśród spółdziedziców; gdy zaś byli pełnoletni sami i wyłącznie musieli wszyscy razem na taki dział się zgodzić. I tak przed przyznaniem spadku[3]) jeden z pełnoletnich mógł wprawdzie żądać działu, jednak co do działu samego rozstrzyga na audyencyi zgoda wszystkich (o. S. N. Nr. 10796 G. U), zaś po przyznaniu muszą już wszyscy prosić

[1]) Wedle Bujaka i Jaworskiego str. 191.

[2]) Patrz także M. Szybalski: Reforma ksiąg gruntowych w Galicyi.

[3]) Patrz Tałasiewicz j. w. str. 338.

o dział. Obecnie wedle nowej ustawy już prawomocnej, może jeden ze spadkobierców pełnoletnich żądać takiego działu, tak przed przyznaniem spadku, jak i po przyznaniu, a sąd audyencyę wyznaczy w celach podziału; jednakże dział sam może przyjść do skutku za zgodą jedynie wszystkich pełnoletnich. Jest to jednakże wielka zdobycz prawna zawarta w § 38 ust. z 11 grudnia 1906., zdobycz przez ustawę tę zamierzona w celu wyłącznie prawie sprostowawczym. Jednakże znaczenie jej sięga daleko poza obręb stosunków tabularnych, po za sprostowanie jedynie ksiąg gruntowych.

Działy fizyczne są bowiem w razie, gdy niema warunków jednostkowego objęcia gospodarstwa, najlepszą formą rozliczenia się wzajemnego spółwłaścicieli, uregulowania uprawnień wzajemnych i posiadania, jak również uporządkowania stanu tabularnego. Dlatego wszelkie ułatwienia w tej mierze zapobiegające pozasądowym, nieracyonalnym najczęściej działom fizycznym gruntu, leżą rzeczywiście w interesie nietylko stron ale i gospodarstwa społecznego, oraz polityki agrarnej, choćby one jak w ustawie z 11. XII. 1906 miały przedewszystkiem cele tabularne, czy sprostowawcze. Zresztą ustawa nie przesądza w zupełności, czy rzeczywiście dział fizyczny dojdzie do skutku; na audyencyi bowiem sądowej, którą odtąd trzeba rozpisać na żądanie choćby jednego pełnoletniego spółdziedzica, może zabraknąć zgody wszystkich spółwłaścicieli, albo sędzia wpływając odpowiednio na strony może uzyskać spłaty nieletnich, ustępujących z gruntu i doprowadzić jeśli nie do jednostkowego objęcia gruntu, to przynajmniej do działu możliwie racyonalnego, więc między możliwie małą ilość dziedziców (2 n. p.). I to jest gospodarcze znaczenie przepisu § 38 ust. z 11. XII. 1906. Oto przeciwdziała on pozasądowym działom, rozliczeniom się stron między sobą, w Galicyi z reguły nie stosującym się do wymogów polityki agrarnej, a raczej do woli stron przestrzegających interesów, krót-

kowzrocznie skonstruowanych i to stron silniejszych, z pokrzywdzeniem stron słabszych. Odtąd już jeden z pełnoletnich, na którego sąd spadkowy łatwo będzie mógł wpłynąć, w każdym razie łatwiej, niż na wszystkich pełnoletnich, sprowokować może sądowe postępowanie działowe, które zresztą przy ingerencyi odpowiedniej sądu może się skończyć nawet jednostkowem objęciem spadku lub spłatami wzajemnemi.

Jeśli dodamy do tego dawniejsze postanowienia patentu cesarskiego z r. 1854 w § 165 i 166. zalecających przeprowadzenie i zatwierdzenie działu, gdy są małoletni śród spadkobierców (z uwzględnieniem §-fu 27 P. c.), obaczymy, że obecnie ingerencye sądów, co do przeprowadzenia działów fizycznych, jako nieraz jedynego i ostatecznego środka uregulowania stosunków gospodarczych, ósobistych i tabularnych, wzrosły znacznie[1]) będąc zupełnie jak w wypadku, gdy są małoletni, niezależne od woli stron, lub też, jak w wypadku unormowanym § 30. ust. z 11. XII. 1906. zależne od woli jednego tylko z pełnoletnich.

Pod względem uregulowania stosunków tabularnych jest specyalnie pożądanem, aby gwoli sprostowaniu ksiąg gruntowych z faktycznem posiadaniem, sądowi była przyznana jak największa swoboda w rozstrzyganiu kwestyi, czy dział ma nastąpić; dział ten bowiem wedle nowej ustawy z 11. XII. 1906 jest naczelnym regulatorem stosunków tabularnych.

Sędzia spadkowy, uznając oczywiście znaczenie wielkie działu pod każdym względem zaniecha go jednak, jeśli ze względów gospodarczych będzie uważał za stosowniejsze, albo jednostkowe objęcie spadku, albo dział w innych warunkach później dokonany. Zadaniem jednak ustawy jest mu — jeśli chodzi o działy fizyczne, — pozostawić wolną rękę, a w każdym razie, raczej ułatwić ten sposób regu-

[1]) przeciwnie projekt ministeryalny z r. 1867 w każdym wypadku, nawet, gdy są małoletni przewidywał dział nie z urzędu a na wniosek i z woli stron.

lacyi, który najczęściej wobec gospodarczych warunków naszego włościaństwa jest jedynym środkiem uporządkowania, równocześnie ponad wszelką wątpliwość ustalającego stan tabularny zgodnie z faktycznem posiadaniem.

IV.

Doniosłość tej pieczy, jaką sędzia spadkowy może otoczyć stosunki hipoteczne włościaństwa naszego, zwróciła uwagę administracyi sądownictwa a liczne rozporządzenia i okólniki niejednokrotnie wskazywały w usilnej formie na niedobory i braki w tej mierze.

Okólnik wyższego sądu krajowego z d. 16 lipca 1901 r. zwraca uwagę sędziów na to, że stan księgi gruntowej nie zawsze może być brany za podstawę spadku (postępowania spadkowego wogóle, jak i poszczególnych tegoż aktów, więc inwentarzowania etc. przyp. nasz).

Owszem, sędzia winien po myśli § 98[1]) patentu niespornego przy spisywaniu inwentarza, jak największą zwracać uwagę na to, czy stan księgi gruntowej odpowiada faktycznemu stanowi posiadania. Jeśli to nie ma miejsca, (a tak jest z reguły prawie) natenczas miarodajnym jest dla inwentarzowania stan posiadania (§ 97 p. n.). W takim razie należy wdrożyć postępowanie, celem doprowadzenia zgodności między stanem tabularnym a stanem posiadania.

Sądy będą miały też niejednokrotnie sposobność przeprowadzić i zrealizować tak zaniedbywane tabularne uporządkowanie już uskutecznionych działów spadkowych.

Okólnik ten wprost nakłada obowiązek na sędziego spadkowego, by tenże dążył do wyrównania

[1]) § 98 pat. z r. 1854 brzmi: Delegaci sądu są obowiązani starać się o zupełne wyjaśnienie co do stanu majątku przez rozpoznanie pism spadkodawcy i dokumentów, przez własne oględziny dóbr, zużytkowanie ksiąg publicznych i aktów sądowych.

różnic między księgą gruntową a rzeczywistym stanem posiadania, gdy natknie się na taką niezgodność z okazyi postępowania spadkowego.

Okólnik kładzie nacisk zwłaszcza na niezgodność płynącą stąd, że chłopi pozasądownie i pozatabularnie dzielą się gruntem i spuścizną, a wyników tych działów spadkowych nie uwidaczniają z reguły w księgach gruntowych. Jest to pośrednio apel do sądów, aby te nie mnożyły bezpotrzebnie przyznania spadku w częściach idealnych bez równoczesnego działu fizycznego, gdyż to zmusza poprostu strony chłopskie do działów pozasądowych, przy których oczywiście często nie zachowują wymogów racyonalnej gospodarki i obowiązków hipotecznych. Pamiętać bowiem należy, że jeśli naczelnym ideałem polityki agrarnej jest na dziś jednostkowe objęcie spadku (gospodarstwa) przez jednego ze spółdziedziców (Anerbenrecht), to, o ile sędzia nie zdoła swym wpływem uzyskać tego od stron, lub jeśli nie zachodzą warunki takiego jednostkowego dziedziczenia, to w takim razie sędziowie nie powinni się uchylać od przeprowadzenia działów fizycznych, w razie, gdy sprzyjają takiemu rozwiązaniu kwestyi stosunki gospodarcze (obszar, intenzywność gospodarki etc.) lub osobiste (wykształcenie rolnicze, niemożność odpływu ze wsi dla braku innych pól zarobkowych) bo w razie przeciwnym, gdy działu nie przeprowadzą czynniki sądowe, strony same przystąpią do niego a dzisiejszy stan zawodowego i ogólnego wykształcenia naszego włościaństwa nie daje żadnych rękojmi, że dział taki pozasądowy i pozatabularny odpowie wymogom racyonalnej polityki agrarnej.

Działy fizyczne mają jednakże jeszcze jedno znaczenie nieprzemijające. Oto one dają dopiero podstawę racyonalnych wpisów hipotecznych do ksiąg gruntowych [1]).

[1]) Świadomą jest tego nowa ustawa z 11. XII. 1906, faworyzująca działy fizyczne.

Jest bowiem jasnem, że jeśli sądy poprzestaną na przyznawaniu spadków w częściach idealnych, nie troszcząc się zupełnie o to, co się później ze spuścizną stało i dzieje, to wprawdzie wpis do ksiąg gruntowych nastąpi, gdyż już w dekrecie dziedzictwa są zastrzeżone gwarancye jego, a wedle § 2 ust. 23. maja 1883 wpis następuje z urzędu, ale nastąpi z reguły i bez wyjątku prawie wpis niezgodny z faktycznem posiadaniem. Bo chłopi — jak wyżej powiedziano — gospodarki wspólnej nie prowadzą nigdy prawie i części idealne, koncepcyę przerastającą ich siłę myślową, zastępują stale częściami fizycznemi, dzieląc grunt między siebie i co najwyżej te części idealne uważając za regulatyw sprawiedliwości pewnej w podziale, (jeśli jest czworo dzieci w czterech częściach idealnych to każde z dzieci otrzymuje czwartą część równą, fizycznie wydzieloną). I dzieje się tak, że sędzia spadkowy zamiast prostować niewiarogodność ksiąg gruntowych rustykalnych, swą działalnością raczej pomnaża tę niezgodność stanu rzeczywistego posiadania ze stanem faktycznym, przyznając spadek w częściach idealnych bez równoczesnego uregulowania stosunków spadkowych, co potęgują w znacznym stopniu wpisy z urzędu wedle § 2 ustawy z 23. maja 1883 r. Spadek zresztą, a raczej jednostka gospodarcza, która stanowi przedmiot postępowania spadkowego najczęściej już w chwili śmierci spadkodawcy dźwiga na sobie znamię owego specyficznego „idealizmu“, znaczącego się w stosunkach włościańskich nieszczęsnemi częściami idealnemi. System ten bowiem przyznawania spadku w częściach idealnych sięga czasów dość dawnych, aby księgi gruntowe mnożyły się od takich absurdów gospodarczych, jak własność setnych i tysiącznych części.

Sędzia więc tem bardziej winien jest w każdym takim wypadku kres położyć owej humorystyce już hipotecznej i części idealnych spadkodawców nie przenosić w ułamkowych dalej częściach na dziedziców,

gdyż zabagnienie naszych stosunków hipotecznych dojdzie do nieprawdopodobnych rozmiarów.

Konieczność więc regulacyi stosunków gospodarczych w trakcie przewodu spadkowego jest wymogiem nietylko polityki agrarnej w ścisłem słowa znaczeniu, ate i postulatem uporządkowania stanu tabularnego naszych ksiąg hipotecznych.

Reskrypt też min. spr. z. r. 1900 wzywa sądy, by z całą gorliwością dążyły do tego, aby wyniki postępowania spadkowego zostały bezpośrednio wpisane do ksiąg gruntowych, coby jednak miało za warunek, że już w samem postępowaniu spadkowem te parcele i części parcel, co do których odnoszą się pojedyncze rozporządzenia ostatniej woli (kodycyle chłopskie albo pozasądowe działy faktyczne), były oznaczone jak najdokładniej, więc cyframi i nazwami, przyjętemi w księgach gruntowych.

Żąda tego i ustawa z r. 1883 (§ 2), aby dokładnie był oznaczony przedmiot wpisu, więc byłoby bardzo pożądane już w dekrecie dziedzictwa (a także i w inwentarzu — objąć wszystkie realności i parcele dokładnie tak, jak i które komu się należą, a z tego pośrednio wynika, że dział fizyczny winien się odbyć z reguły przed dekretem dziedzictwa, który w takim razie obejmie już i rezultaty tego działu w sobie. Należy to tem bardziej uczynić, gdy są małoletni, aby dać następnie sądowi opiekuńczemu podstawy do dalszych zarządzeń.

V.

Jest bowiem faktem, że przyznania spadku w częściach idealnych nie posuwają sprawy ani na krok naprzód, mimo to stosuje się je masowo w oddziałach spadkowych. Dla uniknięcia zarzutu, jakobym propagował działy fizyczne gruntu, skądinąd wobec notorycznego drobnienia własności chłopskiej tak szkodliwe — zastrzegam się, jakobym był bezwzględnym przeciwnikiem owego przyznawania spadków w czę-

ściach idealnych. Owszem, może ono w pewnych wypadkach spełnić swe zadanie gospodarcze. Dzieje się to tam wszędzie, gdzie w postępowaniu spadkowem nie dojrzały jeszcze stosunki do tego stopnia, by dział fizyczny gruntu mógł być gospodarczo racyonalnym i odpowiadać zamiarom stron. Tam mianowicie, gdzie umiera gospodarz młody i pozostawia po sobie wdowę i drobne dzieci, tam w trakcie postępowania spadkowego nie można i nie trzeba przedsiębrać działu gruntu, gdyż nie wiadomo jeszcze, jak się ułożą wzajemne stosunki gospodarcze i osobiste, nie wiadomo, które z dzieci uda się od roli odciągnąć i przeznaczyć innemu zawodowi, słowem niema jeszcze żadnych danych, aby dział gospodarczy zastosować do stosunków osobistych spółwłaścicieli, co przecież jest niezbędną przesłanką trwałości i wartości podziału. W takim razie należy z reguły w postępowaniu spadkowem wstrzymać się od przedsiębrania przedwczesnych działów fizycznych, któreby w najlepszym razie mogły stać się bezpotrzebnym balastem, powodującym jedynie koszta i zachody, (a często i unikanie „tabuli"), a w postępowaniu opiekuńczem starać się o to, by odpowiednio przez długie lata nieletności przygotowywać grunt podatni dla stanowczego stosunków ułożenia w chwili osiągnięcia dojrzałości gospodarczej przez pupilów.

Przez odpowiednią działalność sądu (wraz z matką, opieką etc,) można będzie dzięki dzierżawie majątku spadkowego uzyskać gotówkę, którą się spłaci najważniejsze długi, resztę użyje na melioracye i konserwacyę gruntu i budynków lub odda pupilowi obejmującemu gospodarkę pewien zapas gotówki na pierwszy początek, dalej, przez odpowiednie kształcenie pupilów umieści się ich stosownie, więc jednych umieści się jako oficyalistów drobnych, drugich odda się do rzemiosła, a wszystkiemi siłami będzie się dążyć do tego, by gospodarstwo nieuszczuplone objął jeden z dziedziców najodpowiedniejszy po temu.

Oczywiście przebieg ten stosunków przez nas przedstawiony rzadko pójdzie po linii tak pożądanej i bez przeszkód, ale właśnie postępowanie opiekuńcze złożone z reguły w rękach tego samego sędziego, co spadkowe, ma za zadanie zdążać do zakreślonego celu: jak najlepszego ułożenia stosunków gospodarczych więc jednostkowego objęcia gruntu przez jednego z dziedziców; a chociażby tego celu osiągnąć się nie dało, w każdym razie nawet uniknięcie działu między wszystkie dzieci a ograniczenia go do dwojga już będzie wielką zdobyczą gospodarczą.

W każdym razie pożądanem w takich wypadkach jest raczej przygotowanie przez odpowiednią działalność planową racyonalnego działu w przyszłości, niżli przedsięwzięcie go na oślep i zewnętrznie w chwili, gdy tak stosunki gospodarcze jak i osobiste w danej jednostce gospodarczej są zazwyczaj wskutek choroby spadkodawcy zaniedbane i zamieszane, wymagają dłuższej regulacyi, aby wpływ na nie ze strony działu mógł być korzystny i trwały[1]).

Poza tymi jednakże wypadkami, których w postępowaniu spadkowem zajść może i zachodzi wiele, we wszystkich innych bez wyjątku, przyznawanie spadku w częściach idealnych bez równoczesnego uregulowania stosunków gospodarczych i osobistych jest nietylko przelewaniem z pustego w próżne i marnowaniem czasu, ale nadto wręcz szkodliwem ze względu na to, iż w rezultacie daje tego rodzaju postępowanie podstawę do wpisów hipotecznych z samego już początku i założenia fałszywych, t. j. niezgodnych z rzeczywistym stanem posiadania.

VI.

W tych wszystkich wypadkach, gdzie wśród dziedziców są i pełnoletni synowie, lub choćby niepełno-

[1]) Przyznaje to i Tałasiewicz, zwolennik natychmiastowych działów fizycznych już w postępowaniu spadkowem.

letni, ale dojrzali do samoistnego prowadzenia gospodarki, więc 18, 20-letni parobkowie, dalej siostry dojrzałe do zamążpójścia lub już zamężne za gospodarzami samoistnymi, tam i w wielu podobnych wypadkach przyznanie spadku w częściach idealnych bez równoczesnej akcyi uzdrawiającej po stronie sądu, sprawia po pierwsze, że dziedzice sami, jednakże pozasądownie najczęściej, bez pomocy geometry, adwokata i notaryusza dział ten przeprowadzą, a następnie z reguły rezultatów działu tego nie wniosą do ksiąg publicznych. Pierwsze sprawia, że dział ten wprawdzie zaspokoi chwilowo żądzę posiadania ziemi po stronie wszystkich uprawnionych, że jednakże dla braku sędziego bezstronnego, a obznajomionego z tendencyami współczesnej gospodarki racyonalnej, dział ten nie weźmie pod uwagę wymogów tejże gospodarki [1]) i najczęściej będzie nieracyonalny. Wprawdzie nieraz wszelki dział jest sam w sobie szkodliwy, ale z dwu złych rzeczy lepiej jest wybrać mniejsze zło, a mniejsze to zło niewątpliwie sprawi dział sądowy, który w danych warunkach może się postarać o to, aby możliwe maximum korzyści gospodarczych można było jednakże przy okazyi tego działu osiągnąć. Co do drugiego, to o ile sąd przeprowadza sam dział fizyczny, o tyle intabulacya zmian własnościowych wedle stanu faktycznego jest zapewnioną. Dlatego też należy dążyć wszelkiemi siłami, by akty prawno-gospodarcze takiej wagi, jak działy spadkowe, odbywały się o ile możliwe w trakcie postępowania sądowego (więc nie-

[1]) W aktach sądowych sądu pow. S. II. we Lwowie napotkałem bardzo ciekawy wypadek, gdzie sędzia w uzasadnieniu uchwały działowej wyraźnie stwierdza, że poprzedni dział pozasądowy , dokonany przez strony na miejscu wobec wójta, gminy, był wzorem, jak nie należy sporządzać działów fizycznych; mianowicie wójt podzielił grunt wedle pasów ziemi, ciągnących się wzdłuż i równolegle i to podzielił przez całą długość tych pasm, co jest gospodarczo bardzo szkodliwe. (Patrz także Bujak: Galicya Tom I.).

tylko spadkowego, ale i opiekuńczego, nawet w drodze sporu o zniesienie spółwłasności, którego wykonanie w drodze działu fizycznego następuje w postępowaniu egzekucyjnem, gdyż tylko wtedy można mieć rękojmię względnie odpowiedniego i racyonalnego załatwienia sprawy.

Przytem przystępując do działu w czasie przewodu spadkowego, sędzia swoim wpływem i rozległą funkcyą w postępowaniu niespornem, przybierającem wobec niezaradności naszego włościaństwa nieraz znamiona ojcowskiej opieki i dorady, wpłynie i wpływa rzeczywiście w kierunku uniknięcia działów na zbyt liczne i drobne działki, w kierunku spłaty niektórych dzieci, zwłaszcza sióstr, (zamążpójście, posag w sumie pieniężnej), braci poświęcających się innym zawodom etc.

Nie występujemy tu zresztą przeciwko przyznawaniu spadku w częściach idealnych, gdyż związane jest to przyznanie z ustawą cywilną i jej postanowieniami o dziedziczeniu ab intestato, mocą której jeśli jest kilku dziedziców spadek obejmują oni, każdy, jako dziedzic „kontynuator“ osoby spadkodawcy, w częściach ułamkowych w stosunku do całości obliczonych, ale o co innego chodzi; zwalczamy wyłączne w dekretach dziedzictwa figurowanie formuły „w częściach idealnych“ bez dalszej istotnej regulacyi stosunków, więc bez oznaczenia, co kto obejmuje na wyłączną własność, więc jakie parcele (cyfrowo oznaczane wedle ksiąg gruntowych), co jest możliwe jednak tylko na podstawie działu fizycznego, jeśli ten ma miejsce. Przyznanie spadku w częściach idealnych może mieć to uzasadnienie, że pojęcie spadek jest szersze od wyliczenia przedmiotów, w skład spuścizny wchodzących w chwili śmierci spadkodawcy i sporządzania inwentarza, że więc przyznanie spadkobiercom jedynie części gruntowych z tych a tych parcel się składających, mogłoby pociągnąć za sobą ten niepożądany skutek, że spadkobiercy nie mieliby praw do majątku, co do którego-

by się później okazało, że należy do spuścizny (na częste sprostowania inwentarzy spadkowych można się w aktach spadkowych natknąć).

Formuła więc w „idealnych częściach", jako obejmująca spadek cały w myśl ustaw cywilnych winna być zachowaną na czele dekretu dziedzictwa, nie przesądzi to jednak w niczem potrzebie jak najdokładniejszego określenia w tymże dekrecie i uchwale działowej stanu uprawnień i posiadania w ten sposób, iżby niewątpliwem było, co kto posiada i posiadać ma prawo, a określenie to i ustalenie sprowadza za sobą po stronie sądu konieczność uregulowania stosunków za pomocą zwyczajnie działów spadku jeszcze przed wydaniem dekretu dziedzictwa.

Zalecają to rozporządzenia ministeryalne i okólniki wyższego sądu krajowego, jak również sądu krajowego we Lwowie i Krakowie.

Reskrypt min. spraw. z d. 23 czerwca 1894 r. L. 5641 stwierdza w Galicyi (i Bukowinie) nadmierną, groźną wprost dla wiarogodności naszych ksiąg gruntowych ilość bezprawnych, hipotecznych wpisów fikcyjnych praw spółwłasności, spowodowanych przeważnie nienależytem postępowaniem sądów przy pertraktacyach spadkowych [1]) (i błędami przy doprowadzeniu zgodności ksiąg gruntowych z katastrem).

Sąd kraj. wyższy w Krakowie reskr. z d. 8 list. 1894 zarządził, by sądy spadkowe i hipoteczne unikały fikcyjnych wpisów spółwłasności, by więc już przy sporządzeniu poszczególnych aktów spadkowych, przeto i inwentarzy, sądy badały posiadłości do spadku należące pod względem części składowych i ich stanu hipotecznego, oraz czy stan hipoteczny odpowiada stanowi posiadania wzgl. katastrowi, tudzież w wypadkach działu, czy posiadłość jest podzielna na odrębne części, wreszcie którym parcelom odpowiadają części posia-

[1]) Patrz także: Motywy do nowej ustawy o sprostowaniu ksiąg gruntowych z $^{11}/_{12}$ 1906.

dłości, co do których w rozporządzeniu ostatniej woli zawarte są postanowienia. Te dochodzenia mają być przedsięwzięte na podstawie map gminnych i hipotecznych, przez przesłuchanie stron interesowanych, przez wyjaśnienia od urzędów i geometrów katastralnych, wreszcie na mocy podatkowych arkuszy posiadania[1]) sądy winny, jeśli chodzi o grunta spadkowe (włościańskie zwłaszcza) bez względu na to, czy pozostało rozporządzenie ostatniej woli, czy nie, wezwać wszystkie strony interesowane, legataryuszy, celem sporządzenia działu spadku jeszcze przed przyznaniem spadku, więc w toku pertraktacyi, i na tym terminie dążyć do zgody między stronami i do tego, aby układy stron odpowiadały stanowi hipotecznemu. Jeśliby do uregulowania hipotecznego sprawy nie wystarczyły sam akt działu, dekret dziedzictwa i świadectwo z § 178 C. P., należy interesowanych skłonić do dostarczenia dalszych potrzebnych dokumentów, a w ich braku do zeznania potrzebnych do intabulacyi deklaracyj. Dalej reskrypt ów zaleca, aby przy wydaniu dekretu dziedzictwa dołożono starania ze względu na przepis § 2 ust. z d. 23 maja 1883, by w nim zawarte było wszystko, co służyć ma za podstawę do wpisu hipotecznego z urzędu praw, nabytych tym dekretem przez spadkobierców.

Gdyby jednak pomimo wszelkich usiłowań sądu spadkowego nie dała się sprawa spadkowa tak uporządkować, iżby już na podstawie wyniku jej mogło nastąpić uporządkowanie stanu hipotecznego z urzędu w myśl § 177 i 178 pat. ces., w takim razie ustaje działalność w tej mierze sądu spadkowego, który to uwidoczni w aktach spadkowych uwagą stosowną, a odtąd zaczyna się obowiązek sądu hipotecznego (który może też być w ręku sędziego spadkowego) wedle § 3 ust. z r. 1883, który wezwie stronę uchylającą się od dokonania wpisu odnośnie do zmiany prawa własności, do

[1]) Por. Tałasiewicz, Postępowanie niesporne str. 264.

poczynienia kroków celem uzyskania tego wpisu, przytem jeśli strona jest ubogą, może być jej pomocnym przez protokolarne spisanie deklaracyj i mniej zawiłych kontraktów, przez uzupełnienie niedokładnych dokumentów i t. d.[1])

Reskrypt ten wyższ. sądu kraj. w Krakowie w krótkiem i pobieżnem zestawieniu zbiera jednak najważniejsze momenty, mające być w postępowaniu spadkowem zrealizowane. Sędzia w myśl tego gospodarczo i prawnie bardzo rozumnie skonstruowanego okólnika, winien dbać o zupełne uregulowanie stosunków prawnych, gospodarczych i hipotecznych w danej sprawie spadkowej włościańskiej, liczyć się z tem, że w przeciwnym razie stosunki te zostaną nieuporządkowane. Szczególnie pieczołowicie stara się okólnik o regulacyę stosunków hipotecznych ze względu na notoryczną niezgodność stanu hipotecznego ze stanem rzeczywistym posiadania. Celom sanacyi jednakże tych niezdrowych stosunków służyć powinno całe postępowanie spadkowe razem wziąwszy i każdy akt osobno biorąc; pierwsza część okólnika dokładnie wylicza, co powinien inwentarz i wogóle akt spadkowy zawierać, jeśli ma służyć za podstawę racyonalnego wpisu hipotecznego. Jako jednak najbardziej skuteczny i radykalny środek ogólnej regulacyi stosunków spadkowych odnośnie do chłopskiej własności, uważa reskrypt: dział spadku w toku pertraktacyi, który też powinien być

[1]) Mówiłem o tem już wyżej, że owo sprostowanie ksiąg gruntowych wedle stanu faktycznego posiadania winno się, o ile możliwe, odbywać z okazyi i w postępowaniu spadkowem, mającem na celu ogólną regulacyę stosunków danej jednostki gosdarczej. Sędzia spadkowy spisze sam protokolarnie odpowiednie deklaracye, uzupełni dokumenta etc. i ustali w ten sposób, nie uciekając się w łatwiejszych przypadkach do pomocy obcej, podstawy racyonalnego wpisu tabularnego. W ten sposób uniknie się wcale czasem niepożądanej interwencyi sędziego sprostowawczego w sprawach tak dla gospodarstwa istotnych, jak dział fizyczny, do czego wbrew tendencyom nieraz gospodarczym skłonny jest tenże sędzia, ulegając jednostronnemu poglądowi ustawy z r. 1906. Patrz o tem zresztą wyżej.

podstawą zgodnego ze stanem posiadania wpisu hipotecznego. Wreszcie reskrypt daje wyraźne wskazówki, co ma sędzia w postępowaniu spadkowem uczynić, aby ze swej strony zapewnić wpis hipoteczny racyonalny i prawdziwy, i kiedy ma obowiązek ten przenieść na sędziego hipotecznego. Reskrypt min. spr. z 16 czerwca 1901 l. 1902 o koncentracyi przewodu spadków włościańskich stwierdza, że dział spadku z reguły przed dekretem dziedzictwa, który nadal brzmi „w częściach idealnych“ nie następuje prawie nigdy, a nawet w tych nielicznych wypadkach, gdzie ma miejsce ów dział, nie przychodzi on do uwzględnienia w dekrecie dziedzictwa. Takie dekrety nie mogą zdaniem min. spr. służyć za podstawę wpisów hipotecznych wedle ust. z 1883, więc zgodnych z rzeczywistym stanem posiadania.

Strony bowiem, legataryusze, dziedzice, mogą być karą pieniężną zmuszeni, skoro postępowanie zostanie ukończone, wedle patentu z r. 1854 żądać poświadczenia urzędowego, co do parcel im przypadających. Sąd sam może także to postępowanie przeprowadzić w celu stwierdzenia po nad wszelką wątpliwość, jaką kto ma parcelę, (a nie idealny jeno udział). Wtedy dopiero odczuwa się w całej pełni braki aktów w tej mierze, przedewszystkiem inwentarza. Strony muszą być wezwane wtedy do dokładnego ustalenia nazwy i liczby parcel, które się im należą. Przechodzi się z niemi dokładnie treść testamentu (a raczej kodycylu) jeśli spadkodawca pozostawił kodycyl, poddaje się badaniu bliższemu stan księgi gruntowej, przesłuchuje się świadków, ewentualnie na miejscu zasięga się wiadomości drogą komisyonalną, co wszystko w rezultacie sprawia obecnie wiele pracy i kosztów, a w trakcie przewodu spadkowego, gdy stosunki uległy regulacyi, strony i tak nieraz w sądzie wzywane były, mogło nastąpić i lepiej czy dokładniej i zarazem taniej, nie powodując niezgodności ksiąg tabularnych ze stanem posiadania i uprawnień.

Reskrypt niniejszy przypomina więc reskrypt dawniejszy z r. 1900, mocą którego sądy winne są

z całą gorliwością dążyć do tego, aby wyniki postępowania spadkowego zostały wpisane bezpośrednio i bez zmiany do ksiąg gruntowych, coby jednak miało za warunek, że już w samem postępowaniu spadkowem te parcele i części parcel, co do których odnoszą się pojedyncze rozporządzenia ostatniej woli (również w razie działu), były oznaczone jak najdokładniej, więc cyframi i nazwami, przyjętemi w księgach gruntowych.

Żąda tego i ust. z 1883 r. (§ 2), aby dokładnie był oznaczony przedmiot wpisu, więc byłoby bardzo pożądane już w dekrecie dziedzictwa objąć wszystkie realności i parcele dokładnie, tak, jak i które komu się należą, a z tego wynika, że dział fizyczny winien odbyć się, o ile możliwe, przed dekretem dziedzictwa, który obejmie w sobie już rezultaty tego działu fizycznego. Reskrypt stwierdza, że na Zachodzie jest stała praktyka w kierunku powyżej przedstawionym, oszczędzająca zarówno, kosztów, jak i czasu. Przyczem — dodaje reskrypt na podstawie badania aktów galicyjskich, — nie wystarcza przyjęty tu i ówdzie zwyczaj zapisków z urzędu, w których sędzia stwierdza, że pewne parcele były wprawdzie tabularnie zapisane na rzecz spadkodawcy, ale faktycznie znajdowały się w posiadaniu spadkobierców. Notując to, sąd zapewnie sądził, że w ten sposób uczynił już zadość wymogom ustawy z 1883 r. o sprostowaniu ksiąg gruntowych, ale reskrypt min. spr. zaznacza wyraźnie, że nie odpowiada to oczywiście zamiarom ustawy, która żąda od sędziego nie biernego, ale czynnego się zachowania celem zaradzenia złemu. Okólnik w. s. k. z d. 14. XII. 1902 przypomina raz jeszcze ważność działów fizycznych z tem, by sądy unikały nieracyonalnych gospodarczo działów gruntowych. „Z tego jednak — mówi okólnik, — że w pewnych wypadkach dział fizyczny może się okazać nieracyonalnym lub potrzebnym, albo wogóle dojść do skutku nie może, nie wynika bynajmniej, by tem samem odpadał obowiązek sędziego spadkowego ustalenia podstaw wpisu hipotecznego odnośnie do nieruchomości, objętych po-

stępowaniem spadkowem". Ustawa z r. 1883 nakłada owszem na sąd spadkowy obowiązek starania się o to, aby wyniki pertraktacyi spadkowej mogły być podstawą wpisu do ksiąg gruntowych z urzędu dokonać się mającego. Ustawa żąda wprawdzie, aby wyniki pertraktacyi spadkowej były ustalone w formie do wpisu zdolnej. Ale ze względu na oficyalny charakter przewodu spadkowego, sędzia nie potrzebuje w tym kierunku wyczekiwać wniosku stron ani upewnić się o ich w tym względzie przyzwoleniu i zgodzie, przeciwnie, sędzia jest nietylko uprawniony ale i zobowiązany wdrażać z urzędu, do stanu sprawy przystosowane dochodzenia i wogóle przedsiębrać odpowiednie kroki celem osiągnięcia ostatecznego celu, ustawą wskazanego, t. j. wpisu wyników przewodu spadkowego do ksiąg gruntowych.

Tendencyą wszystkich tych pism wyższych władz sądowych, jest wskazanie celu przewodu spadkowego, celu zupełnego i osiągalnego w danych warunkach gospodarczych i osobistych uregulowania spuścizn i środków do tego celu wiodących, a mianowicie działów spadkowych w pierwszym rzędzie. Działy te fizyczne, reskrypta i okólniki faworyzują widocznie [1]), nawet z pominięciem tych wypadków, gdzie takie działy są nie na miejscu i bezpotrzebne. Wprawdzie napomyka jeden z okólników o tem, że czasami dział taki okazać się może nieracyonalny lub bezpotrzebny, jednakże nie wymienia ani nie określa warunków, wśród których tak się dzieje. Stąd czytając okólniki i reskrypta generalizujące zbytnio potrzebę działów fizycznych należy w nich uczynić poprawkę tego rodzaju, iż z pod konieczności tych działów spadkowych wyjmie się te wszystkie wypadki, o których wyżej była mowa, a w których zatrzymanie przez pewien czas spółwłasności, jako formy prawnej, dozwalającej przez odpowiednią politykę sierocińsko-gospodarczą osiągać cele

[1]) Tak jak i późniejsza ustawa z 11. XII. 1906.

zakreślone, a pożądane, jest postulatem ekonomicznie najzupełniej uzasadnionym.

Niewątpliwie więc okólniki i reskrypty mają racyę i są zgodne z tendencyami polityki agrarnej dla własności chłopskiej; niestety nie można nie zauważyć, że przez zbyt apodyktyczną stylizacyę i zapoznanie całego szeregu wypadków, w których wręcz dział fizyczny jest szkodliwy i nie na miejscu, pisma te bezwzględnie zalecając podwładnym sądom działy fizyczne celem uporządkowania stanu tabularnego, mogą mijać się z celem gospodarczym i mogą dla instytucyi ksiąg gruntowych, w szczególe dla owej zgody między niemi a posiadaniem włościańskiem poświęcić samą rzecz w sobie i cele polityki spadkowej, a więc możliwie gospodarczo racyonalne sprawy chłopskiej załatwienie. Bo jasnem jest, że jeśli sędziowie chcąc pójść za wskazówkami reskryptów i okólników zbyt dosłownie realizować je będą w praktyce i sprowokują cały szereg działów fizycznych tam, gdzie przy odpowiedniej polityce, choćby przez czas dłuższy trwającej, można ich było uniknąć, wtedy wprawdzie osiągnie się zgodność między stanem tabularnym, a posiadaniem chłopskiem, jednakże za cenę zbyt niestosunkową do rezultatu, bo za cenę nieraz ruiny gospodarczej.

Dlatego uważamy za niezbędne odpowiednimi okólnikami naprawić to mimowolne może zło i zwrócić uwagę sędziów, że jednakże wyższym celem przewodu spadkowego dla własności włościańskiej jest interes gospodarczy i że równorzędnie z nim, ale nie nadrzędnie iść winna i odpowiednia działalność Sądu celem sprostowania ksiąg gruntowych.

VII.

Dotąd mówiliśmy o wypadkach ustawniczego prawa dziedziczenia bez pozostawienia ważnego rozporządzenia ostatniej woli po stronie spadkodawcy. Lecz już reskrypt min. spraw. z dn. 16 czerwca 1901

(l. 1901) stwierdza na podstawie wielu aktów sądów galicyjskich prawie typowy przebieg postępowania spadkowego odnośnie do własności chłopskiej.

„Chłop z reguły pozostawia rozporządzenie ostatniej woli, którem przydziela drogą kodycylarną poszczególnym dziedzicom pewne parcele, czy części parcel na własność. Parcele te jednak nie są oznaczone numerami z ksiąg gruntowych, a tylko oznaczone przez powierzchowne i niedokładne, a czasem zupełnie fałszywe określenia; czasem tu i ówdzie chłop rozporządza nawet parcelami, które do niego nie należą. Sąd powinien natychmiast w ciągu postępowania spadkowego ustalić i wyjaśnić przedmiot i zakres rozporządzenia ostatniej woli, jednakże sąd zadowala się często w dekrecie dziedzictwa, w razie ustawowego dziedziczenia, przyznaniem spadku w całości albo w częściach idealnych, a zupełnie nie troszczy się o przedstawienie i ustalenie stanu spuścizny i zakresu poszczególnych udziałów. Zatrzymuje się wprawdzie w formie ogólnej bez bliższego wyjaśnienia postanowienia rozporządzenia ostatniej woli, ale tylko ogólnikowem „przy uwzględnieniu kodycylu“, choć i to często się opuszcza“.

Na ogół w kodycylach chłopskich znać często troskę o zatrzymanie, o ile możliwe, majątku w nieuszczuplonej całości, lub co częściej troskę o dział fizyczny między możliwie najmniejszą ilość dzieci (więc dwoje n. p.) za spłatą innych [1]).

Spadkodawca-chłop zdaje sobie doskonale sprawę z tego, że przez dział fizyczny między wszystkie dzieci obniży wartość gruntu, zniszczy jedność gospodarczą, pomniejszy obszar, nad którego zyskaniem pracował całą siłą głodu ziemi, małych potrzeb i zaciętej walki o możność dokupna za zarobione pieniądze skrawka choćby ziemi.

Kodycyl właśnie chłopski, wyraz nieraz owej walki, jaka toczy się między ojcem-spadkodawcą, chcą-

[1]) Zajmujący się kwestyą agrarną naukowo skłonni są zbyt często przypuszczać, iż chłop w każdym wypadku nastaje na dział gruntu.

cym utrzymać gospodarstwo możliwie mało uszczuplone, a synami- i córkami-spadkobiercami, chcącymi za wszelką cenę otrzymać grunt in natura, lecz i wyraz wzajemnego kompromisu zarazem, może stać się walną dźwignią w postępowaniu spadkowem, w kierunku zachowania, o ile możliwe, całości gospodarczej, w każdym razie w kierunku regulacyi stosunków gospodarczych. To bowiem, co w razie niepozostawienia rozporządzenia ostatniej woli, spada w zupełności na sędziego, owo uregulowanie chaosu stosunków, jaki zazwyczaj się wytwarza po śmierci gospodarzącego spadkodawcy, to zadanie wymagające nietylko pracy, ale i znajomości terenu, osób etc., nie zawsze sędziemu dostępnej, w wypadku, gdy pozostał po spadkodawcy kodycyl, spada w znacznej mierze na samego spadkodawcę, on bowiem, dokładnie określając, co do kogo ma należeć, przyczynia się znacznie do regulacyi stosunków w ten sposób mocno uproszczonej.

Kodycyle bowiem chłopskie zawierają najczęściej działy fizyczne. Dział ten jest najzupełniej bezformalny, dokonany bez wglądu w księgi hipoteczne i często od nich odległy, a sprzeczny, bez oznaczenia parcel cyframi i liczbami, bez względu na mapy hipoteczne, bez planu, bez geometry, dział przeprowadzony jednak na owej doskonałej podstawie, jaką jest idealna wprost znajomość terenu gruntowego przez chłopa, stosunków gospodarczych i osobistych danej jednostki gospodarczej. Dział ten może być nawet, odpowiednio uzupełniony: racyonalnym gospodarczo, jeśli spadkodawca raczej uwzględnił tendencyę w kierunku nie zbytniego dzielenia gruntów, niźli uległ podszeptom interesowanych, więc dzieci niektórych, zwłaszcza młodej często żony etc. Oczywiście kodycyl taki musi uwzględnić prawa dziedziców koniecznych i być formalnym, ale wtedy będzie wziętym pod uwagę w dekrecie, powodując dział fizyczny.

To w razie, gdy legataryuszami takiego chłopskiego kodycylu są dziedzice ustawowi (dzieci), bo gdy

legataryuszami są inni, obcy, to oni sami wedle § 161. pat. c. winni są upomnieć się o swe prawa, co słusznie Tałasiewicz kwalifikuje, jako niestosowne w razie gdy taki kodycyl mianujący obcych legataryuszy, obejmuje jednakże znaczną część spuścizny, tak iż są oni niejako dziedzicami (jeśli chodzi o „efekt“, skutek ekonomiczny).

Minimum, co sędzia winien pod każdym warunkiem uczynić, w razie, gdy chłop pozostawił ważny kodycyl, jest pójść w całej osnowie za rozporządzeniem ostatniej woli i tak je sformułować, by gospodarczo i prawnie mogło być ono podstawą wpisu hipotecznego racyonalnego[1]) i działu fizycznego między spadkobiercami. W takim bowiem razie sędzia nic więcej nie czyni, jak tylko swobodnie interpretuje rozporządzenie ostatniej woli i wogóle regulacyę stosunków dokonaną przez kogo innego, t. j. przez spadkodawcę. Zadaniem sędziego wtedy, gdy pełni już tylko swój obowiązek (nie nawet officium nobile), jest ustalić stan posiadania i uprawnień, w szczególe sformułować, jakie parcele do kogo należą i rezultat ten uwidocznić w dekrecie tak, aby stał się on podstawą wpisu racyonalnego .. równocześnie grunt rozdzielić tabularnie między dziedziców ściśle wedle woli spadkodawcy i w ten sposób zapobiedz wszelkim nieuprawnionym roszczeniom i sporom wzajemnym. Słowem sędzia musi dział spadkowy przez się niezmieniony i przyjęty, tak, jak go zamierzał sporządzić i jak go

[1]) Nie zdarza się bowiem nigdy, by chłop kodycyl swój oparł na cyfrach i nazwach parcel z ksiąg gruntowych wziętych, owszem sędzia musi wezwać w tym celu strony i ocenicieli chłopskich, przeczytać im treść rozporządzenia ostatniej woli spadkodawcy, a następnie udać się ze stronami, a zwłaszcza z ocenicielami, którzy na ogół oryentują się w konstrukcyi ksiąg gruntowych wcale dobrze (zazwyczaj wójt i starsi gospodarze) i tam przejść z nimi na mapie i księgach gruntowych, poszczególne postanowienia kodycylu i ustalić już teraz cyframi i nazwami z ksiąg gruntowych te parcele, które wyłącznie zapisał spadkodawca tym a tym dzieciom.

sporządził, choć w nieudolnej formie chłop spadkodawca, ubrać w formy prawne i tabularne ponad wszelką wątpliwość i to stanowi minimum jego funkcyi w wypadku pozostawienia kodycylu przez spadkodawcę, minimum niestety ogromnie często zaniedbywane.

Minimum to jednak nie wyczerpuje zadań sędziowskich w tej mierze, a byłoby wtedy dostatecznem, gdyby strony włościańskie u nas były do tyla ogólnie i zawodowo ukształcone, iżby same regulowały stosunki między sobą, zgodnie z tendencyą gospodarczą i gdyby warunki gospodarcze były u nas normalne, a nie chorobliwe pod względem agrarnym. Tak jednakowoż nie jest. Strony włościańskie u nas — stwierdza to wszechstronnie praktyka codzienna — pod względem prawnym [1]) są tak niedołężne i tak łatwowierne, przytem niedbałe, że materyał sędziowski musi po prostu pełnić w tej mierze rolę cierpliwego nauczyciela i opiekuna, a pod względem gospodarczym tak skłonne do jednostronności, kierowanej żywiołowym głodem i walką o ziemię [2]), że i pod tym względem sędziowie muszą rozwinąć jak najbardziej gorliwą działalność.

Dlatego sędziowie nie mogą poprzestać jedynie na niewolniczem pójściu za kodycylem chłopskim, ale owszem zadaniem ich jest pójść dalej, pamiętając o tem, że niezawsze regulacya stosunków, dokonana przez spadkodawcę w kodycylu, jest gospodarczo pożądaną. Przedewszystkiem praktyka [3]) stwierdza, że kodycyle włościańskie często są niejasne, same w sobie sprzeczne i wręcz niezrozumiałe, że nietylko nie określają parcel gruntowych, ale brzmią tak, że nawet po zasięgnięciu już zdania u stron i znawców, nie uzyska się podstaw do wpisu, odpowiadającego woli spadkodawcy, że dalej w kodycylach, co stwierdza jeden z okólników, chłop rozporządza nie swoją własnością lub owszem rozporządza tem, co na imię jego

[1]) Por. np. Motywy do ust. z 11/XII 1906.
[2]) Patrz np. dr. Grabski Stan.: Parcelacya.
[3]) Patrz Tałasiewicz j. w. str. 182.

nie jest zaintabulowane, co jednak posiadał za życia swego, dalej dział gruntu jest wprawdzie tak przeprowadzony, że nie krzywdzi części obowiązkowych, (choć i to często się zdarza), ale natomiast jest nieracyonalnie i wprost uderzająco szkodliwie sporządzony ze względów gospodarczych, mimo, iż bez uszczerbku dla dziedziców i poniekąd woli spadkodawcy da się za to z wielką korzyścią gospodarczą dział spadku w inny sposób dokonać. Zwłaszcza wiele pozostawiająca do życzenia stylizacya rozporządzeń ostatniej woli naszego włościaństwa pozwala czasami sędziemu na wiele swobody w interpretacyi, której to swobody może użyć śmiało celem gospodarczego bardziej racyonalnego uregulowania stosunków, niżli to uczynił w kodycylu spadkodawca.

W zasadzie, jeśli kodycyl jest ważny i zachowku dziedziców koniecznych nie uszczupla, a strony go nie opugnują, musi on być uwzględniony w dekrecie dziedzictwa i dział spadku, choćby możliwie gospodarczo nieracyonalny, będzie w myśl tego kodycylu przeprowadzony i w księgach hipotecznych uwidoczniony. Na to sędzia w myśl dziś istniejących przepisów ingerencyi prawie że nie ma. Mówię prawie, dlatego, że § 27 p. c. z r. 1854 daje pewną wskazówkę w tej mierze, mianowicie „jeżeli przy podziale dziedzictwa co do objęcia w posiadanie dóbr nieruchomych lub w innych ważnych punktach odstąpić się ma szczegółowym układem od postanowień ustawy albo spadkodawcy, lub jeśli ma być zawartą ugoda o prawo wątpliwe, natenczas potrzebnem jest do tego potwierdzenie od władzy opiekuńczej, jeśli chodzi o dziedziców małoletnich; po za tem instancya (sąd spadkowy) spadek pertraktująca powinna rozstrzygnąć we wszystkich kwestyach przy pertraktowaniu dziedzictwa zachodzących — samoistnie“. Wynika stąd, że od postanowień rozporządzenia ostatniej woli, w zasadzie strony mogą odejść specyalnym układem, więc np. córka, która ma otrzymać wedle kodycylu $^1/_2$ m. pola, może zgodzić się na

spłatę pieniężną przez brata i że w tych kwestyach, o ile strony się porozumieją, sąd spadkowy wolę ich ustali w protokole i dekrecie dziedzictwa, że jednakże jeśli chodzi o dzieci nieletnie, ingerencya sądu spadkowego maleje na rzecz sędziego opiekuńczego (w praktyce często ci sami sędziowie pełnią te funkcye), a ten musi na taką umowę specyalną pozwolić. Oczywiście w postępowaniu opiekuńczem sąd, jako zarządca i opiekun majątku i osoby pupila, może na dział nieracyonalny i szkodliwy niepozwolić, dlatego, że taki dział, choć postanowiony przez spadkodawcę w kodycylu, krzywdzi poniekąd i pupila, bo wiadomo, że ten dział nieracyonalny w pewnych warunkach może obniżyć znacznie wartość gruntu i poszczególnych części, a więc i części także pupila. Kodycyl więc chłopski, gdy pozostały po spadkodawcy dzieci nieletnie, może być przez sąd nieuwzględniony, o ile dział w kodycylu zawarty nietylko umniejszy prawa nieletniego dziecka (daje mu np. za mało gruntu), ale i wtedy, gdy dział ten oczywiście w sposób uderzający jest nieracyonalny gospodarczo. Znaczy się to, że wola spadkodawcy bynajmniej nie będzie uchyloną; owszem jeśli zapisał on swemu nieletniemu dziecku 3 morgi, to dziecko to, dostanie je, (chyba, że zachowek naruszy), ale niekoniecznie musi je dostać tam i tak, jak to rozporządził spadkodawca, który mógł w ostatnich chwilach życia nie pamiętać o wymogach racyonalnej gospodarki przy sposobności działu, mógł uledz podszeptom interesowanych etc. Jeśli sąd jest zdania, że dział oczywiście jest nieracyonalny, a nawet szkodliwy i że przy pewnej dozie staranności, wspólnemi siłami stron, sądu i znawców, tudzież przy pomocy planów, map i ksiąg hipotecznych da się osiągnąć to samo, czego chciał spadkodawca, lecz w sposób inny, odpowiedniejszy [1]), w takim razie, jeśli są nieletni wśród

[1]) Takim odpowiedniejszym sposobem działu będzie np. unikanie podziału parcel poszczególnych tego samego rodzaju kultury, jeśli można dać w całości i niepodzielonej parceli ten

dziedziców, sąd spadkowy porozumiawszy się z sądem opiekuńczym, przeprowadzi dział inaczej, racyonalniej, nie oglądając się tyle na wolę stron w tej mierze i wolę wyrażoną w kodycylu przez spadkodawcę, ile co lepiej, starając się o doprowadzenie do zgody zdań rozbieżnych stron i opieki. W tym razie bowiem nieletni stoją pod naczelną i samoistną opieką sądową, która może zrobić użytek z prerogatyw znacznych, jakie jej przysługują w postępowaniu opiekuńczem. Inaczej rzecz się ma, jeśli śród dziedziców są sami pełnoletni. Wobec nich nie przysługuje sędziemu żadna moc zmuszania, żadna „lex cogens“.

Jeśli rozporządzenie ostatniej woli jest ważne i odpowiada wymogom ustawy, a spadkobiercy nie opugnują kodycylu, sędzia chociażby był najmocniej przekonany o tem, że rozporządzenie ostatniej woli jest niezgodne z wymogami racyonalnej gospodarki, musi je utrzymać w mocy i uwzględnić w dekrecie dziedzictwa, a nawet trudnoby było wyobrazić sobie w dzisiejszem ustawodawstwie na tle jego historycznego i dogmatycznego rozwoju jakikolwiek przymus w tej mierze. I stąd w tym punkcie poczyna się „nobile officium“ sędziego, polegające na tem, iż wpływem swym i powagą, tyle ważną, w postępowaniu raczej administracyjnem, niźli sądowem i raczej gospodarczem, niźli ściśle prawnem powinien nakłonić strony, by te uczyniły użytek z przysługującego im prawa wedle przepisu § 27 p. c., mianowicie z prawa zawarcia umowy czy ugody „w ważnych punktach“, jak mówi ustawa, odchodzącej od postanowień rozporządzenia ostatniej woli i to w kierunku właśnie, odpowiadającym bardziej tendencyom gospodarczym. Sędzia, ma-

obszar i tę samą kulturę uprawną etc. Szczególnie należy unikać zwyczaju naszego chłopa dzielenia gruntu, rozerwanego już tak na parę kawałków wedle jakości gleby, położenia, na jeszcze mniejsze kawały, a to dlatego, by każde z dzieci dostało po części ziemi dobrej i gorszej i wobec tej równości nie doznało krzywdy.

jąc przed sobą oczywiście nieracyonalne i nie pożądane gospodarczo rozporządzenie ostatniej woli, więc najczęściej nieracyonalną regulacyę stosunków przez dział fizyczny, daleki od wymogów polityki agrarnej, wpłynie całą swą powagą i władzą mu przysługującą, oraz zaufaniem, aby strony skłonić w kierunku zmian pożądanych i uznanych przez sędziego za nieodzowne w danym wypadku.

Dlatego w wypadkach takich prócz tej funkcyi i działalności, którą poznaliśmy wyżej, gdy chodziło o minimalne zadanie sędziego, prócz więc jak najdokładniejszego ustalenia już w trakcie przewodu spadkowego „stanu faktycznego“ sprawy, więc tego, co strony posiadać mają prawo, wedle kodycylu i wedle ostatniego faktycznego posiadania, prócz ustalenia parcel poszczególnych i porównania ich z nazwami, użytemi przez chłopów w kodycylu, prócz ewentualnego sprostowania w krótkiej drodze „tabuli“ odnośnie do danej jednostki gospodarczej i wciągnięcia rezultatu tego procederu do ksiąg gruntowych i dekretu dziedzictwa, w wypadkach, o których mówiłem, a które przez specyalną gospodarczo niekorzystną konstrukcyę kodycylu nasuwają potrzebę wzmożonej działalności sądów, w tych wypadkach prócz tego wszystkiego, musi nastąpić jeszcze działalność dalsza, próba pójścia po nad i po za kodycyle, próba po stronie sędziów samoistnie twórczego ujęcia stosunków i uregulowania ich choćby mimo wolę spadkodawcy i stron nawet, w myśl zdrowych tendencyj gospodarczych.

Niestety dotychczas praktyka sędziowska nie szła nawet w części za temi wskazaniami, wynikającemi z istoty rozważanych stosunków. Mimo kodycyle, czasem dokładnie normujące regulacyę spadkową, przyznawano nadal spadek w częściach idealnych, często w dekrecie dziedzictwa nie zamieszczając nawet wzmianki o kodycylarnem rozporządzeniu ostatniej woli i w ten sposób już w samem założeniu powodowano krzyczącą niezgodę stanu tabularnego ze stanem fakty-

cznym posiadania. Dziedzice bowiem idąc za wolą spadkodawcy-rodzica, dzielili się gruntem ściśle wedle tego, co w kodycylu tenże zarządził, oczywiście nie starając się o uwidocznienie tej zmiany w księgach gruntowych, na podstawie poświadczenia wedle § 178 pat. ces., a w ten sposób nietylko że tracono ze strony sądu sposobność do ewentualnego, za pomocą wpływu na strony, sprostowania kodycylu, sprostowania z punktu widzenia gospodarczego niezbędnego, lecz prócz tego dawano podstawę do wpisów a priori niezgodnych ze stanem posiadania.

VIII.

Z rozważań poszczególnych etapów postępowania spadkowego w jego najbardziej istotnych momentach, zwłaszcza jeśli chodzi o związek z uporządkowaniem stanu tabularnego, wynika jasno, jak dalece i głęboko wnika ono w życie gospodarcze i prawne ludu naszego, jak wdzięczne i odpowiedzialne otwiera się w tej mierze zadanie dla czynników, przeprowadzających przewód spadkowy, wreszcie jak znaczne konsekwencye rodzić mogą zaniedbania, niestety chroniczne w tym przewodzie.

Aby jednakże rzecz oprzeć na realnej podstawie cyfr i faktów, niestety, jak w wielu sferach życia gospodarczego u nas wielce zawodnych i niedoskonałych, skorzystamy z zestawień statystycznych odnośnie do postępowania spadkowego, zestawień rzucających wiele światła na kwestyę poruszoną przez nas.

W obrębie c. k. sądu krajowego we Lwowie[1]), obejmującym 18 sądów powiatowych, przeważnie (prócz sekcyi I sądu pow. we Lwowie, jako miejskiej) włościańskich, bo z gmin włościańskich złożonych, ilość

[1]) Niech mi na tem miejscu będzie wolno podziękować JWP. Prezydentowi sądu kraj. we Lwowie Radcy dworu Czerwińskiemu za łaskawie udzielone mi zestawienia statystyczne swego okręgu.

spraw spadkowych od 1 stycznia do 30 listopada 1910 wynosiła 12.306, z tego zaniechano pertraktacyj spadkowych z powodu ubóstwa lub wydano tylko akty zejścia (więc I-szy tok sprawy) 7.249, przyznano spadków (dekretem dziedzictwa) 3.509, w stadyum wymiaru podatku było spraw 1.832, do sprostowania ksiąg gruntowych poszło spraw 558, bezwarunkowych oświadczeń przyjęcia spadku było 614, działów spadkowych było 603, jednostkowych objęć spadku 248. Ogółem procent działów + (plus) jednostkowe objęcia w stosunku do załatwionych już dekretem dziedzictwa pertraktacyi spadkowych wynosił 16%.

Sprawę jaśniej przedstawią statystyczne zestawienia poszczególnych sądów powiatowych okręgu sądu kraj. we Lwowie. (Tabela patrz str. 935).

Przypatrzmy się tym cyfrom bliżej: Przedewszystkiem uderza stosunkowo wysoka cyfra pertraktacyj spadkowych w okręgu lwowskim, bo aż 12.306. Z tego jedynie 5[1]) spraw nie znajduje się w rękach materyału sędziowskiego, tak iż dawniej tak częste pertraktacye notaryalne dziś należą już do smutnej przeszłości. Z tych 12.306 spraw załatwiono dekretem dziedzictwa 3509 spraw, w tem działy wynosiły liczbę 603, jednostkowe objęcia 248. Ważną rubrykę obejmuje wykaz zaniechań pertraktacyi z powodu ubóstwa i ilości aktów zejścia (7249), niestety nie zróżnicowano, ile przypada na jedno i drugie, tak iż nie wiemy, ile przypada na zaniechania z powodu ubóstwa; zdaje się nam, że w każdym razie mniej, niż na akty zejścia, (te figurują pierwsze, a potem dopiero zaniechania z powodu ubóstwa[2]) Przyjmiemy więc mniej więcej około 2.500 na zaniechania z powodu ubóstwa, zastrzegając się, że cyfra ta nie jest ścisłą, a jeno w przybliżeniu uchwyconą. Okazuje się stąd, iż 12.113 spraw podległo pozytywnej działalności pertraktacyjnej licząc razem pozycye: IV.

[1]) w s. I. sądu pow. we Lwowie aż 2886 spraw.
[2]) wiadomo to także z praktyki.

Tabela statystyczna pertraktacyj spadkowych w okręgu c. k. sądu krajowego we Lwowie.

C. k. sąd. powiatowy	Ilość spraw od 31 stycznia do 30 listop. 1910	Ilość spraw u notaryusza	Ilość aktów zejścia i zaniechań pertraktacyi z powodu ubóstwa	Ilość przyznania spadków łącznie z „lure crediti“ i spadków bezdziedzicznych	W stadyum wymiaru podatków	Sprostowania ksiąg gruntowych	Bezwarunkowe oświadczenia przyjęcia spadku	Działy spadkowe	Jednostkowe objęcia spadku	Procent działów + jednostkowe objęcia do załatwionych pertraktacyj spadkowych
Lwów s. II.	2127	0	1659	290	128	6	65	53	19	17·2
Bełz	499	0	246	221	57	32	9	27	5	11·5
Bóbrka	505	0	217	276	104	5	72	37	8	11·5
Cieszanów	409	0	118	96	165	—	7	6	31	14·1
Gródek Jagiel.	692	1	274	346	183	26	28	19	34	10
Janów	335	0	176	102	36	18	26	23	41	46·4
Kulików	297	0	117	130	57	21	48	65	11	40·6
Lubaczów	541	0	237	291	94	74	36	39	16	14·3%
Mosty wielkie	338	2	126	84	94	67	49	46	1	26·4
Niemirów	253	0	110	60	65	0	24	41	6	37·8
Rawa ruska	647	0	140	54	182	10	40	26	2	11·8
Szczerzec	692	0	423	200	185	32	24	63	28	24%
Sokal	712	0	336	574	83	6	82	63	11	11·2
Uhnów	378	2	133	87	90	11	—	34	1	19·7
Winniki	449	0	187	221	140	207	8	9	15	6·6
Żółkiew	487	0	216	239	68	43	82	49	19	22·1
Razem w całym okręgu c. k. sądu kraj. we Lwowie	12306	5	7249	3509	1832	558	611	603	248	16%

(bez 2.500 spraw, jako zaniechanych z powodu ubóstwa) V, VI, VII, VIII, IX, X i nie wyszczególniając, ani uwzględniając tego, że niektóre pozycye powtarzają się dwa razy, bowiem są objęte zarazem innemi pozycyami n. p. osobne rubryki: działy i jednostkowe objęcia, objęte są już rubryką przyznań spadków. Zliczając jednak działy, jednostkowe objęcia spadku i bezwarunkowe oświadczenia przyjęcia spadku, jako dwa razy powtórzone, co wynosi razem 1465 spraw i odliczając je od sumy 12113, dostaniemy 10.648 spraw (liczbę nie ścisłą, ale mającą wszelkie prawdopodobieństwo za sobą), spraw, które podległy regulacyi sądowej spadkowej i które można było w tem postępowaniu sądowem uporządkować gospodarczo, tabularnie i pod względem stosunków osobistych poniekąd także. W okręgu więc sądu kraj. lwowskiego obejmującym 18 sądów pow, (a raczej bez sekcyi I. sądu pow. we Lwowie) tylko 17, w 10.648 sprawach mogła działalność regulacyjna sędziego spadkowego przyczynić się do podniesienia gospodarstw włościańskich, a po uwzględnieniu, że te cyfry obejmują także małomiasteczkowe przeważnie żydowskie spadki, jakie 8 — 9 tysięcy gospodarstw chłopskich można było w r. 1910 w okręgu tym poddać sumiennej, drobiazgowej i świadomej celów polityki agrarnej, regulacyi prawno-gospodarczo-tabularnej. Czy tak się stało? Oczywiście nie.

„Pod względem tylekroć zalecanego sporządzania działów przed przyznaniem spadku, nie jest działalność sądów zupełnie zadowalająca. W roku ubiegłym (1910) widoczny jest pewien postęp, sąd Sokal (+54), Szczerzec (+38), Mosty (+34), Bóbrka (+30), Żółkiew (+29), Kulików (+21), Janów i Niemirów (po —14) i Lubaczów (+12), inne sądy wykazują prawie niezmienione zeszłoroczne cyfry, a tylko sądy powiatowe w Cieszanowie (—7) i Rawie (—9) mniej dodatnie osiągnęły rezultaty, aniżeli w poprzednich latach.

Odnośnie do objęcia spadku przez jednego z dziedziców w roku ubiegłym, tylko sądy powiatowe Gró-

dek (+18), Janów (+17), Żółkiew (+15), Kulików (+10) i Sokal (+9) pewną gorliwość okazały, dokładając starania osiągnięcia lepszych wyników, inne sądy pozostały w tej niemniej dla ludności, zwłaszcza rolniczej, ważnej kwestyi, nadal obojętne, a sądy powiatowe Cieszanów (—11), Bóbrka (—9), Rawa i Winniki (po — 4) nawet jeszcze mniejsze cyfry wykazują, aniżeli w poprzednich latach" stwierdza okólnik sądu krajowego cywilnego we Lwowie z r. 1911. Ale i to, co zrobiono, jest wiele, bardzo wiele w stosunkach dzisiejszych. Suma działów spadkowych, jednostkowych objęć spadku, sprostowań ksiąg gruntowych daje w tym względzie realną podstawę oceny. 1409 razem spraw zostało załatwionych tak, iż dano podstawy do racyonalnego wpisu hipotecznego, oddano każdemu z dziedziców wydzieloną część gruntu i zapobieżono w ten sposób sporom i procesom, a z tego w około 250 sprawach osiągnięto najwyższy cel działalności sądowo-spadkowej, cel tyle zalecany przez politykę agrarną, mianowicie jednostkowe objęcie spadku, zapobiegając działom fizycznym. 16% wszystkich załatwionych pertraktacyj spadkowych (dekretem dziedzictwa) zakończyło się takim działem lub jednostkowem objęciem spadku, procent ten w niektórych sądach wynosił wysoką liczbę 46.4%, 40.6%, 37.8%, 26.4%, 24%, 22.1%, 19.7%, niżej zaś 16% spadł w pięciu tylko sądach. Oczywiście nie wiemy z cyfr nagich, jak działy fizyczne były przeprowadzone, czy nie zbyt pochopnie przystąpiono do działów, czasem wręcz nieracyonalnych, czy dążono do działów między możliwie najmniejszą ilość dziedziców etc, dalej, czy i w ilu wypadkach jednostkowe objęcie było zasługą nie tyle sędziego spadkowego, ile faktu, że pozostał jeden jedyny dziedzic, ale pozostaje również nagi fakt i cyfra, że w tak znacznej ilości wypadków postarano się o regulacyę istotną, daleką może od ideału polityki agrarnej, ale też i daleką od bezcelowego przyznawania w częściach idealnych, i że cyfra ta byłaby znaczniejszą o wiele, gdyby z powo-

dów biurokratyzmu nie oddano aż 1832 spraw już zupełnie ukończonych prawie, do wymiaru podatków, co się z reguły niepotrzebnie u nas praktykuje. Więc są realne, cyfrowe podstawy dla oceny, że petraktacya spadkowa, tak, jak się ona dziś przedstawia u nas, ze wszystkiemi jej dobremi i złemi stronami, może zaważyć znacznie na przyszłości agrarnej kraju. Ale idziemy dalej:

W okręgu sądu krajowego wyższego we Lwowie[1]) objęto w r. 1909 z roku poprzedniego 25.969 spraw spadkowych (w r. 1910 26.236), nowych przybyło 78.254 spraw (75.715 w r. 1910). Zakończonych zostało 77.987 spraw (72979 w r. 1910), w toku jest 8276 spraw (r. 1910 8830), do wymiaru podatków poszło 17.960 (w r. 1910 20.142). Zaniechano z powodu braku majątku spraw 37.093 (w r. 1910 36.502), iure crediti przyznano spraw 210 (r. 1910 208), przyznano spadek dziedzicom w 37.631 sprawach (w r. 1910 33956).

Statystyka sądu kraj. wyższego we Lwowie, operująca dziesiątkami tysięcy spraw jest niestety niezupełnie tak dokładna, jak statystyka sądu krajowego, (okręgu niepomiernie zresztą mniejszego), nie wykazuje bowiem działów fizycznych, jednostkowych objęć spadku, procentu tychże do ogólnej liczby załatwień, sprostowań ksiąg hipotecznych z okazyi post. spadkowego, a poprzestaje jedynie na ujęciu wpływów nowych i zaległości. W każdym razie imponująca liczba 104.223 spraw spadkowych sądów powiatowych w okręgu wyższego sądu kraj. we Lwowie daje miarę, co za potęgę przedstawia postępowanie spadkowe, co można w niem zrobić dla gospodarstwa krajowego. Jeśli uwzględnimy również imponującą liczbę 37.093 zaniechań pertraktacyi spadkowej z powodu braku majątku (rzuca to jaskrawe światło na nędzę ludności przeważnie wiejskiej i małomiasteczkowej), następnie fakt, że w sądach powiatowych załatwia się nie wło-

[1]) Cyfry te zawdzięczam uprzejmości WP. Radcy W. S. K. Zygadłowicza, któremu składam za to na tem miejscu pełne szacunku podziękowanie.

ściańskie spadki także i to w znacznej nawet liczbie, to w każdym razie otrzymamy w przybliżeniu około 50.000 spraw włościańskich, w których w r. 1909 można przedsięwziąć było generalną regulacyę stosunków. Odliczając z tej liczby sprawy z roku przeszłego pozostałe (z r. 1908), można ustalić ilość spraw włościańskich spadkowych, w których była sposobność w przewodzie spadkowym albo uregulować doraźnie stosunki, albo przynajmniej dać podstawy realne pod taką regulacyę w przyszłości na liczbę około 30.000 spraw. Ze względu na to, iż między r. 1909 a 1910 nie zachodzą znaczne różnice, można tę cyfrę w przybliżeniu bez pretensyi do ścisłości przyjąć, jako to, co odnośnie do własności chłopskiej można rocznie poddać w postępowaniu spadkowem stanowczej i radykalnej regulacyi. Świadczy to niezbicie o ważności kwestyi, której rozważania nasze poświęciliśmy. Gdyby rokrocznie korzystano ze sposobności i zajęto się rzetelnem unormowaniem stosunków gospodarczych, prawnych i tabularnych nie już 30 tysięcy, ale choćby 10 tysięcy gospodarstw włościańskich, w okręgu lwowskiej apelacyi[1]), już mielibyśmy do czynienia ze zbyt ważnym czynnikiem gospodarczym, by go niedoceniać lub lekceważyć można było, tem bardziej, że nie tak wiele znowu pozostaje nam do rozporządzenia środków, celem zrealizowania postulatów polityki agrarnej. 55.591 spraw załatwionych albo dekretem dziedzictwa albo odesłaniem aktów do wymiaru podatków (co z reguły czyni się tuż przed wydaniem dekretu) w r. 1909 w okręgu w. s. k. we Lwowie to cyfra tak olbrzymia, że tworzy już kwestyę, nad której rozwiązaniem czy ujęciem trzeba i warto popracować, tak po stronie czynników miarodajnych więc materyału sędziowskiego, jakoteż i nauki ekonomicznej a raczej i ścisłej polityki agrarnej, kwestyi, której dotąd nie poświęcono wyczerpujących badań i monografij.

[1]) Obejmującym i Bukowinę.

Jeśli w szczególności parcelacyi poświęcono u nas uwagi wiele i wskazań celem zwrócenia jej na normalne[1]) tory, gdyż 50.000 morgów w Galicyi, jakie mniej więcej parcelowano w Galicyi co roku do niedawna (a i obecnie, choć nieco w słabszem tempie), a które z wielkiej lub folwarcznej własności ziemskiej przechodziły w ręce chłopskie, znakomicie jego stan posiadania pomnażając, rodziły już kwestyę pierwszorzędnej wagi dla przyszłości gospodarczej kraju, to z równem prawem możemy i o postępowaniu spadkowem, które razem z okręgiem wyższego sądu w Krakowie obejmuje przeszło 50.000 gospodarstw włościańskich rocznie, wprawdzie ich nie pomnażając obszarem, ale co równie ważne, mając za zadanie zapobiegać ich uszczupleniu lub nieracyonalnemu podziałowi, powiedzieć, że to postępowanie tworzy kwestyę nie mniej od parcelacyi ważną, a zwrócenie jej na tory racyonalne jest o tyle łatwiejsze od organizacyi ruchu parcelacyjnego, że nie potrzeba w tym celu stwarzać instytucyi nowej, lecz owszem wystarczy oprzeć się o już istniejące oddziały spadkowe i jeno je odpowiednio przekształcić, w siły kwalifikowane opatrzyć, wskaźniki polityki ekonomicznej wzbogacić materyałem faktycznym. Więc już dziś w istniejących stosunkach prawnych i gospodarczych da się wiele osiągnąć, więcej w każdym razie, niż się dziś przy braku sił sędziowskich w oddziałach spadkowych już osiąga.

IX.

Jeśli pod względem gospodarczym postępowanie spadkowe ma za zadanie zapobiedz postępującemu drobnieniu gospodarstw chłopskich, tam zaś, gdzie działy są nieuniknione, przeprowadzić je z możliwą korzyścią gospodarczą w danych warunkach osiągalną, wreszcie przygotować zasady główne i wytyczne, mające być zrealizowane w dłuższym przeciągu czasu w postępowaniu opiekuńczem w obec nieletnich i ich

[1]) Patrz referat prof. Grabskiego w sprawie parcelacyi.

gospodarstwa, to równocześnie z działalnością gospodarczą czeka sędziego spadkowego działalność nie mniej ważna, bo sprostowania ksiąg gruntowych wedle posiadania faktycznego, ku czemu dziś specyalnie służy nowa ustawa z r. 1906 i tam, gdzie ona jeszcze nie została wprowadzoną, ust. z 23 maja 1883 r. W tej mierze można najogólniej jedno stwierdzić: Tam gdzie postępowanie spadkowe pod względem gospodarczym przeprowadzono bez zarzutu, tam, gdzie sędzia zadał sobie trudu, by sprawę nie „wypuścić“ jak brzmi techniczne wyrażenie — z biura, lecz w istocie pchnąć naprzód i oprzeć ją na trwałych zasadach gospodarczych, tam więc, gdzie sędzia starał się usilnie i przeprowadził albo objęcie jednostkowe spadku, albo dział fizyczny i to między możliwie najmniejszą ilość dziedziców, albo nawet ustalił zasady i wytyczne przyszłej celowej działalności dla sądu nadopiekuńczego, tam wszędzie z reguły nastąpi i sprostowanie ksiąg tabularnych wedle faktycznego posiadania lub takie sprostowanie przez odpowiednią prenotacyę, zapewni się w przyszłości. W tej mierze wystarczy tylko zacytować opinię motywów do ust. z d. $^{11}/_{12}$ 1906, które stwierdzają, że wedle sprawozdań sądowych przyczyną przypadków fikcyjnej spółwłasności było po największej części stosowanie § 2 ust. z d. 23 maja 1883, więc wpisywanie dekretów dziedzictwa do ksiąg gruntowych. Ze względu na to, że te dekrety z góry już zawierały niezgodność ze stanem faktycznym posiadania, wpisywanie ich esencyonalnej treści z urzędu do ksiąg hipotecznych, stało się główną przyczyną u nas niezgodności ksiąg gruntowych z posiadaniem włościaństwa naszego.

Wynika stąd jasno, że tam, gdzie pertraktacya spadkowa odbyła się w sposób typowy, sprawy ani krok naprzód nie posuwający, i sprzeczny ze zwyczajem chłopa galicyjskiego, więc tam, gdzie zadowolono się przyznaniem spadku w częściach idealnych, bez równoczesnej regulacyi stosunków gospodarczych, tam

z reguły i stan tabularny nie tylko, że nie został uporządkowany i sprowadzony do swej zasadniczej podstawy posiadania uprawnionego, ale owszem jeszcze bardziej od tegoż odbiegł przez nową nieprawdę hipoteczną: przez wpis idealnych części dziedziców, którzy z reguły podzielili się fizycznie gruntem, lub w ogóle w jakikolwiek sposób rozliczyli się między sobą i stosunki wzajemne na swój sposób uregulowali. Błędy zasadnicze postępowania spadkowego, i na skutek tego wpisy w częściach idealnych, jeśli nie były przyczyną jedyną niewiarogodności ksiąg gruntowych, to w każdym razie jedną z głównych, a tyle ważniejszą od innych, że leżało wszak w rękach sądów rezultaty należytego i starannego postępowania zamieścić w całej pełni w księgach gruntowych. Sądy wyższe krajowe we Lwowie i Krakowie w sprawozdaniach swych dochodzą do przekonania, że księgi tabularne rustykalne tak, jak one się przed wydaniem nowej ustawy o sprostowaniu ksiąg gruntowych przedstawiały i jak one się dziś jeszcze w swej olbrzymiej części przedstawiają, są w ogóle nie do użycia i celu swego nie spełniają przez niebywałą niezgodność ich z posiadaniem faktycznem. Wedle motywów ust. z $^{11}/_{12}$ 1906 sąd kraj. wyższy we Lwowie podał, że roczny przyrost w liczbie około 10.000 procesów przyczynę swą zawdzięcza niezgodności tej, ksiąg gruntowych z faktycznem posiadaniem. Wedle wykazów statystycznych tegoż sądu, procesów gruntowych w okręgu tego sądu w ogóle było w r. 1909 461.170, w r. 1910 494.382.

Są to cyfry wprost nieprawdopodobne, a jednak pewne i dokładne i to tylko wschodnią Galicyę z Bukowiną obejmujące. Prawie pół miliona procesów gruntowych, co roku rozgrywa się we wschodniej Galicyi; kto tylko zna stosunki i zetknął się z procesami gruntowymi chłopskimi, ten wie. że olbrzymia ich większość powstanie swe zawdzięcza właśnie niewiarogodności ksiąg gruntowych.

Spory prowizoryalne wedle motywów do ust. z $^{11}/_{12}$ 1906 i nauki[1]) oraz praktyki, przyczynę swą główną zawdzięczają opłakanemu stanowi naszych ksiąg gruntowych, w szczególe ich niewiarogodności spowodowanej niezgodnością ze stanem faktycznym posiadania. Mieliśmy sposobność już zauważyć pierwej, że prawie wszystkie procesy o zniesienie spółwłasności, procesy kosztowne i często przewlekłe powstanie swe zawdzięczają wadom istotnym postępowania spadkowo-opiekuńczego, więc wpisom w częściach idealnych. Sprawa kredytu włościańskiego w wielu zakładach kredytowych o charakterze publicznym nawet, natrafia właśnie z powodu niewiarogodności ksiąg gruntowych na pierwszorzędne, nieprzewyciężone trudności, skutkiem czego chłop nasz wpada w ręce lichwiarzy i pokątnych wierzycieli[2]) Niewiarogodność ksiąg gruntowych sprawia także, iż posiadacz będący właścicielem prawnym, choć nie tabularnym, nigdy nie jest pewny swej własności (zwłaszcza przy egzekucyi), którą może utracić w procesie i egzekucyi dzięki niezgodności ks. gr. ze stanem faktycznym. Motywy wreszcie podają znany powszechnie proceder spekulacyi nieuczciwej częściami idealnemi, które nabywają spekulanci za bezcen (drogą także obciążenia ich prawem zastawu i następnie egzekucyi), poczem przystępują do zniesienia spółwłasności, by chłopu osiadłemu na roli od lat odebrać grunt i następnie go z zyskiem lichwiarskim odprzedać dalej.

Jeśli więc niewątpliwie wszelkie czynności władz publicznych[3]) a zwłaszcza samo postępowanie spadkowe skutkiem istniejącej już niezgodności ksiąg gruntowych ze stanem faktycznym i potrzeby sprostowania ich w drodze ugody a czasem i procesu natrafia na znaczne

[1]) Patrz dr Tadeusz Bujak: Czy i w jaki sposób należy dążyć do ograniczenia ilości spraw prowizoryalnych? Czasopismo prawnicze i ekonomiczne 1907.

[2]) Patrz Motywy do ust. z $^{11}/_{12}$ 1906.

[3]) Zwłaszcza administracyjno agrarnych w przeprowadzaniu komasacyi, tworzeniu spółek leśnych, przy rozprawach wodnych etc.

przeszkody i zwłokę, to z drugiej strony właśnie postępowanie spadkowe jest pomnożycielem i twórcą tej niezgodności, nadal trzymając się szkodliwej wielce praktyki wpisów w częściach idealnych niezgodnych z posiadaniem, bez równoczesnej regulacyi stosunków. Tworzy się w ten sposób błędne koło. Wskazaliśmy na to w ciągu pracy niniejszej niejednokrotnie, jak również, że bez względu na specyalne akcye sprostowawcze wedle nowej ust. z $^{11}/_{12}$ 1906 i dawnej z 23 maja 1883 r., zadaniem sędziego spadkowego jest samoistnie, bez oglądania się na czynności innych, prostować we własnym zakresie działania, przy sposobności przewodu spadkowego, stan tabularny i to drogą ugody stron przedewszystkiem, spisania odnośnych deklaracyj, uzupełnienia dokumentów etc. Tą drogą już dziś bardzo wiele dokonano w postępowaniu spadkowem, oszczędzając kosztów, straty czasu i sił, w kierunku sprostowania ksiąg gruntowych. Jest bowiem pewne, że niezwykle kosztowna i wiele sił pochłaniająca ustawa z $^{11}/_{12}$ 1906 r. o sprostowaniu ks. gr. nie wyda rezultatów należytych, jeśli współrzędnie z nią prócz innych akcyj w tej mierze, także i postępowanie spadkowe z gruntu się nie zmieni, porzucając bezpłodną metodę przyznawania w częściach idealnych, a owszem regulując nietylko stosunki gospodarcze, ale i wedle nich a posiadania także stosunki tabularne, a poniekąd i osobiste właścicieli, choć te ostatnie wdzięczniejsze traktowanie znajdą w postępowaniu opiekuńczem.

Tak więc przechodząc w szczegółach postępowanie spadkowe i to w tych punktach także stycznych, gdzie ono łączy się z postępowaniem opiekuńczem i postępowaniem, mającem na celu sprostowanie ksiąg gruntowych wedle faktycznego stanu posiadania, mieliśmy sposobność wskazać na to, że może żadna inna funkcya publiczna nie sięga tak głęboko i istotnie w gospodarcze życie włościaństwa naszego, jak właśnie postępowanie spadkowe.

Normuje ono u nas, a raczej normować powinno trzy wielkie gałęzie regulacyi stosunków, mianowicie sferę gospodarczą, osobistą i tabularną. Pod względem gospodarczym ma postępowanie spadkowe wraz z opiekuńczem i tabularnem poniekąd na celu, zapewnić i nieraz stworzyć nieledwie właścicielom prawnym przyszłe ich warsztaty pracy. Postępowanie to opierając się na kodycylach chłopskich, tych najlepszych Cicerone sędziego po zawiłych nieraz drogach zaniedbanego gospodarstwa i jego stosunków gospodarczo-tabularnych: w działach fizycznych, przedsiębranych z uwzględnieniem kodycyli ale nie pod wyłącznym ich wpływem, powołuje do życia jednostki gospodarcze zdrowe, skomasowane, obszarem jeszcze nie najdrobniejsze, lecz także i jednostki niezdolne do samodzielnego bytu, źle skomasowane, przez dział zewnętrznie zgoła dokonany, upadłe do rzędu parcelowych skrawków gruntu. Sędzia spadkowy może i mimo kodycyle, jak widzieliśmy, wiele uczynić w kierunku możliwie korzystnych gospodarczo działów, w ogóle regulacyi stosunków, tem większe jednak jego zadanie, gdy spadkodawca umiera, nie pozostawiwszy śladu swej ostatniej woli, gdy więc musi on być tym pierwszym twórcą stosunków, po śmierci gospodarza zazwyczaj chaotycznych i zaniedbanych, twórcą rozumnym i zważającym tak na tendencye gospodarcze, jak i na specyalne wymogi osobiste stron i indywidualne cechy sprawy. Od wpływu sędziego, jego umiejętności operowania nie tylko osobistemi zaletami i powagą, ale i środkami, których nie mało daje mu już do dyspozycyi dzisiejsze stare i przestarzałe w wielu względach ustawodarstwo niesporne (wraz z nowemi ustawami, pod względem agrarno gospodarczym lepszemi i postępowszemi), od jego jednak także inicyatywy, którą się znaczy postępowanie niesporne, pilności i pracy, zależy takie a nie inne ukształtowanie sprawy spadkowo opiekuńczej, taka a nie inna przyszłość gospodarstwa i jego właścicieli.

Niewątpliwie postępowanie spadkowe nie jest odrębnym etapem działalności prawno-gospodarczej życia naszego społecznego, niewątpliwie jest ono złączone i co więcej zależne od całokształtu stosunków gospodarczo-prawnych u nas, w szczególności agrarnych, jak wiadomo najbardziej swoistych i zawiłych w życiu gospodarczem Polski, zależne tak, iż nie można mówić o ostatecznych rezultatach żadnej reformy prawno-gospodarczej, więc i spadkowo opiekuńczej bez zmiany, i to zasadniczej, kwestyi agrarnej u nas; wszystko to więc należy uznać i ustalić, w formule, iż działalność spadkową pokrzyżować może nawet w najlepszem jej ukształtowaniu czynnik zewnętrzny, obcy, ale nie mniej owo postępowanie, mające na celu powołanie do życia jednostek gospodarczych możliwie w danych warunkach zdrowych i racyonalnych jest nawet w najujemniejszych warunkach zewnętrznych zadaniem gospodarczo znacznem i mogącem poważne zmiany wytworzyć w życiu gospodarczem włościaństwa polskiego. Przedstawiano z wielu stron[1]) zasadnicze wady austr. postępowania spadkowego, jako bezcelowego, lub w najlepszym razie fiskalizmowi hołdującego systemu prawnego; skądinąd jednak już[2]) trafnie zwrócono uwagę na niezaradność i indolencyę chłopa naszego w sprawach prawnej i tabularnej natury, tę indolencyę, która tak odbija od jego niewątpliwej tężyzny i zapobiegliwości gospodarczej, każącej mu rok rocznie dzięki parcelacyi i zarobkom na emigracyi powrotnej, pomnażać swój stan posiadania o kilkadziesiąt tysięcy morgów. Jeśli w sferze przemysłowo-handlowej postępowanie spadkowe nie spełnia swej roli dzięki materyałowi ludności, sprytniejszej i obrotnej bardziej, o tyle jeśli chodzi o naszą ludność włościańską, jej ślepą namiętność ziemi, której nie waha się nabyć pod warun-

[1]) Patrz między innemi Dr. Unger: Verlassenschaftsabhandlung in Österreich, ein Votum für deren Aufhebung.

[2]) Patrz Tałasiewicz: Postępowanie w sprawach niespornych i Motywy do ustawy z $^{11}_{12}$ 1906.

kami jak najgorszymi, i dla której gotów jest dać obrót stosunkom gospodarczym zgoła niepożądany, postępowanie owo, jako naczelna regulatywna działalność ze strony czynnika niezależnego i bezinteresownego, jakim jest sąd—, jest nietylko korzystną ale wprost niezbędną na dziś i najbliższe jutro, mimo, iż niwelować ją mogą czynniki inne, wchodzące w całokształt stosunków gospodarczych w kraju naszym.

Lecz pesymizm w tej mierze, któremu dają wyraz liczni praktycy, pesymizm, rodzący się stąd, iż uważają oni nawet wzorową działalność sędziego spadkowego i opiekuńczego — gdyby ta w dzisiejszych warunkach była możliwą, za kroplę w morzu zła gospodarczego, które chłopu zewsząd grozi i otacza — i z którego ów jedynie wysiłkiem nadludzkim, pracą i małą potrzebą wychodzi zwycięsko —, pesymizm, widzący źródło spółczesnych stosunków agrarno-gospodarczych na wsi: w całokształcie stosunków ekonomicznych, (więc w braku średniej własności u nas i stąd braku odpływu ze wsi, w braku przemysłu etc. etc.), pesymizm, odnoszący się do działalności sędziego w sprawach włościańskich, jako niezdolnej samej przez się zapobiedz złemu, ów pogląd tak częsty śród decydujących sfer sądowych, nie odpowiada prawdzie i realnym stosunkom, gdyż stąd, iż nie można osiągnąć celów dalszych i szerszych, nie wynika bynajmniej, iżby nie można było w danych warunkach osiągnąć jaknajlepiej: celów bliższych, osiągalnych bardziej.

Jest niewątpliwym faktem, doświadczalnie sprawdzić się dającym, że pertraktacya spadkowa, jeśli jest pod względem gospodarczym przeprowadzoną starannie, osiąga pewne pozytywne cele, każdej chwili dające się na zdawkową monetę utylitarności wymienić. Gospodarstwo, które można było podzielić na sześć części, a które podzielono na dwie jeno, gospodarstwo, które oddano w specyalny zarząd, celem oddłużenia go od ciężarów kredytu nabywczego, lichwiarskich długów etc, gospodarstwo takie jest niewątpliwie sil-

niejsze ekonomicznie, niż inne, przy którem zasad powyższych i dalszych nie przestrzegano, a wyższość tę zawdzięcza ono może właśnie postępowaniu spadkowo opiekuńczemu, świadomemu celów. Sędzia spadkowy zdawać sobie powinien jasno sprawę z tego, iż jego działalność, jak zresztą wszelka działalność społeczna, nie wyda rezultatów żelaznej trwałości, że owszem często już w następnem pokoleniu przy następnej śmierci w następnem dziesięcioleciu przyjdzie znów nad tem samem w zmienionych tylko warunkach pracować; sędzia więc spadkowy musi sobie zdawać sprawę z tego, że jego wielki czasem wysiłek, utrzymania jednostki gospodarczej w nieuszczuplonej całości może rozpaść się wraz z rozpadnięciem tej jednostki na 3 i 4 części przy dziale następnym, dokonanym po śmierci dzisiejszego dziedzica, słowem sędzia musi rozprawić się z argumentem, iż „szkoda czasu na wysiłki w celu utrzymania gospodarstw nieuszczuplonych, gdyż one podzielone być muszą i to dopóty, dopóki nie będzie ustawy o zakazie podzielności gruntów włościańskich“, w ten sposób, iż nadal, o ile możliwe będzie wszelkiemi siłami dążyć do rozliczenia się dziedziców gospodarczo najbardziej pożądanego i do zapobieżenia działom fizycznym między wszystkie dzieci. Jest bowiem zadaniem realnej polityki agrarnej i administracyjnej, liczyć się z warunkami i możnością natychmiastowej sanacyi a poprawy stosunków, a nie odkładać jej aż do zmienionych czasów nowego ustawodawstwa, słowem nieskończoność celów zastąpić trzeba i tu skończonością i osiąganiem celów bliższych, realniejszych.

Dlatego wbrew temu, co na niekorzyść dzisiejszego postępowania spadkowo-opiekuńczego możnaby stwierdzić i co niejednokrotnie w ciągu tej pracy miałem sposobność zaznaczyć, uważam, że nawet w dzisiejszych warunkach gospodarczo ujemnych, w braku odpowiedniej organizacyi rolniczej, kredytowej, spółkowej, reprezentacyjnej śród włościan naszych

licząc się z ich stosunkowo nizką kulturą zawodową i ogólną i licząc się z naczelną tendencyą gospodarczą u nas, każącą chłopu trzymać się kurczowo ziemi, uważamy nie mniej: że dobre, staranne i świadome celu postępowanie spadkowe pod względem gospodarczym, może wydać owoce, jeśli nie epokowe, wieczne, to w każdym razie niemałego znaczenia dla przyszłości agrarnej kraju.

Ale i pod względem osobistych stosunków właścicieli i dziedziców, postępowanie spadkowe ma ważne zadania przed sobą. Niewątpliwie istota opieki osobistej należy w myśl ustaw do postępowania nadopiekuńczego sądów i to w obec nieletnich tylko. Pełnoletni jej nie podpadają oczywiście. Nie mniej specyalne stosunki panujące wśród włościaństwa naszego, zwłaszcza we wschodniej części kraju, gdzie ciemnota i niezaradność jest wielka, sprawiają, że w pertraktacyi spadkowej sędzia musi raczej być doradcą i opiekunem ludu, niżli stosującym prawo wobec dojrzałych ludzi. Regulując stosunki prawne, gospodarcze i tabularne danej jednostki gospodarczej, sędzia spadkowy musi sam na podstawie ogólnej znajomości stosunków włościańskich wczuć się w indywidualne i osobiste zgoła podłoże sprawy i wedle tego w ścisłem nawiązaniu przeprowadzić ewentualne działy, spłaty etc. Z reguły tam, gdzie stosunki osobiste są skomplikowane bardziej, lub tak jeszcze w zalążkach rozwoju, (dzieci 6, 7 letnie), że o ich sprecyzowaniu mowy być nie może, sędzia spadkowy wstrzyma się od regulacyi stanowczej, ostatecznej, a odda sprawę sędziemu opiekuńczemu, który w całym szeregu lat, swobodnie i wedle dyrektyw, ustalonych przez sędziego spadkowego, postara się regulacyę stanowczą swego czasu zastosować ściśle do już dojrzałego podłoża osobistego sprawy. (zawodu, zarobków pupilów, zamążpójścia córek etc.). W tych zaś wypadkach, w których sędzia spadkowy wkracza z regulacyą mniej lub bardziej stanowczą, musi on, aby ta regulacya odpowiadała celowi, uwzględnić

w niej jak najbardziej istotnie, czynnik indywidualny, wymogi osobiste dziedziców.

Przytem i to jest wielce ważne, uwzględnienie momentów osobistych nie równa się zupełnie dobrowolnemu pójściu za wolą stron ze strony sędziego, owszem najczęściej zadanie sędziego, mimo, że je ułatwia zgodna wola stron i że do niej winien nieraz dążyć w przeprowadzeniu sprawy, polegać winno na jak najbardziej zresztą zręcznem i na zewnątrz nie widocznem zwalczaniu tej nie woli — ale dowolności stron, które nie zważają dzięki krótkowzrocznym, chwilowym korzyściom i interesom na trwałe, istotne korzyści gospodarcze.

W szczególe wszelkie działy fizyczne, dokonane przez sędziego spadkowego, jako najważniejsze i najczęstsze regulatory stosunków gospodarczych i tabularnych w postępowaniu spadkowem winny — jak tego mieliśmy przykłady — ściśle uwzględnić podłoże sprawy osobiste, zastosować się do tak ważnych momentów, jak wiek, zawód, majątek już posiadany, zamążpójście, wykształcenie zawodowe właścicieli etc etc. Momenty te bowiem wyzyskane odpowiednio mogą przesądzić o racyonalności działu fizycznego, który nieraz dzięki temu, zamiast wszystkich dziedziców zarówno, obejmie jedynie 2, 3, za spłatą innych i w ogóle uniknie większego zła gospodarczego.

I dopiero to postępowanie spadkowe, które należycie uwzględni i ureguluje stosunki gospodarcze, osobiste i tabularne danej jednostki gospodarczej, spełni swe wysokie zadanie, o którem mówiliśmy, że do pewnego stopnia zapełnić może luki i braki naszego ustroju agrarnego, jak również naszych ustaw i procedur[1]).

[1]) Rozprawa powyższa — stanowiąca zresztą w sobie zamkniętą całość, jest częścią większej pracy, która obejmie ponadto, w części wyłącznie już gospodarczej, przedstawienie i uzasadnienie związku postępowania spadkowego z kwestyą agrarną, włościańską w szczególności, więc z postępującem drobnieniem własności chłopskiej z jednej, a parcelacyą i emi-

Ma słuszność więc prof. Bujak w swej wyczerpującej monografii o Maszkienicach [1]), przypisując dzisiejsze zamieszanie stosunków gospodarczych na wsi, między innemi także i ukształtowaniu prawa spadkowego, oraz jego stosowaniu przez sądy spadkowe. Tylko, że zdaniem naszem reformy natury zasadniczej co do prawa spadkowego, są więcej, niż trudne w dzisiejszych stosunkach nietylko gospodarczo-społecznych, ale poniekąd politycznych; w tej mierze dość wskazać na historyę usiłowań zmiany prawa spadkowego w prowincyach zachodnich austryackich, a zwłaszcza w Galicyi [2]): w kierunku niepodzielności gospodarstw włościańskich, usiłowań, rozbijających się o to, że dla chłopa nawet najmniejszy skrawek gruntu, posiada wartość czasem nieocenną.

I oto — dzięki temu, że reforma prawa spadkowego jest dziś utrudnioną wielce, postępowanie spadkowe sądowe ma tem ważniejsze zadanie dla stosunków gospodarczych włościaństwa naszego, ile że jest ono osiągalne każdej chwili i w każdorazowem ułożeniu rzeczy, bez uciekania się i bez oczekiwania zasa-

---

gracyą z drugiej strony, oraz w części trzeciej — przebieg i krytykę postępowania spadkowego i opiekuńczego, w szczególności działów fizycznych z punktu widzenia gospodarczego na przykładach ważniejszych z praktyki.

Ponieważ w tekście miałem sposobność niejednokrotnie wskazać na środki zaradcze w celu poprawy stosunków w postępowaniu spadkowem, w związku pozostającem ze sprostowaniem ksiąg gruntowych, w obec tego nie uważałem za stosowne zamieścić w tej mierze i na tem miejscu osobnych rezolucyj — przez Zjazd uchwalić się mających, tem bardziej, że będę miał może sposobność uczynić to w zagajeniu dyskusyi nad referatem na V. Zjeździe prawn. i ekon. polskich.

[1]) Franciszek Bujak: Maszkienice, wieś powiatu brzeskiego. Stosunki gospodarcze i społeczne. Rozprawy Akademii umiejętności. Serya II. Tom XVI; por. także jego: Galicya. Tom I.

[2]) Por. w tej mierze cenne „Studya agrarne“ Adama Krzyżanowskiego. Tom I. Kraków 1900.

dniczej reformy ustawodawczej, a tem samem na dziś i najbliższe jutro zastąpić nam musi te wielkie reformy prawne i gospodarcze, na które wieś polska czeka oddawna, jako na spełnienie słusznych swych postulatów.

DODATEK.

(Patrz wyżej rozdział V. str. 913).

Tam, gdzie działy fizyczne nie następują i gdzie uznano za stosowniejsze na razie zachować spółwłasność w częściach idealnych, by pod tą formą tem snadniej dzięki planowej działalności — osiągnąć w przyszłości rezultaty gospodarczo pożądane, tam prócz zwykłej formuły „w częściach idealnych“ winno się w dekrecie mieścić owo zastrzeżenie przyszłej działalności niezbędnej. Chodziłoby jedynie o kwestyę, jak w tym razie przedstawiać się będzie wpis do ksiąg gruntowych. Otóż w tej mierze, choć z okazyi omawiania innej materyi, cenne uwagi daje Tałasiewicz w swej pracy wyżej już cytowanej pt. „O zastosowaniu prenotacyi przy zakładaniu nowych ksiąg gruntowych, oraz przy wpisywaniu z urzędu praw na podstawie dekretu dziedzictwa.“ Mówiliśmy już wyżej, że nauka, oraz praktyka w orzeczeniach najw. Trybunału i praktyka sądowa pozagalicyjska pozwala i nakazuje: do dekretu dziedzictwa, mającego być podstawą wpisu hipotecznego z urzędu wedle § 2 ust. z 23 maja 1883 r., wciągnąć wszelkie ważniejsze zarządzenia i rozstrzygnienia, dział spadkowy etc. Nasze dekrety dziedzictwa, zapadające masami w sądach powiatowych „włościańskich,“ niestety nie trzymają się tych zasad, zadowalając się ogólnikowem przyznaniem spadku w częściach idealnych, bez wzmianki nawet o tak ważnych momentach, jak uwzględnienie kodycylu, zachowku, ewentualnej

substytucyi, wliczenia na część spadkową tego, co dziedzic za życia otrzymał etc. W wypadkach — o które nam tu chodzi, działu dekret spadkowy nie może sobą obejmować, z tej prostej przyczyny, że on nie nastąpił w postępowaniu spadkowem, gdyż sędzia uznał za stosowne regulacyę ostateczną odłożyć na czas pewien aż do dojrzenia stosunków gospodarczych i osobistych.

Działu tego może da się w zupełności uniknąć, w każdym razie między ewentualnym działem a chwilą wydania dekretu minie czasem sporo czasu, mającego się właśnie przez sąd opiekuńczy użyć celem odpowiedniego przygotowania gruntu pod ostateczną regulacyę w swoim czasie. Chodzi więc o to, co tymczasem ma figurować w księgach tabularnych, gdyż wpis stanowczy (wedle ust. hip.) w częściach idealnych byłby jednakże niezgodny z faktycznem posiadaniem stron. Tałasiewicz doradza w takich wypadkach prenotacyę dziedziców w częściach ułamkowych, „jednakże z zastrzeżeniem, że usprawiedliwienie prenotacyi nastąpić ma przez dział spadkowy lub w drodze procesu.“ Znaczy się, że jeśli tenże dział (lub proces) nie nastąpi, w takim razie prenotacya usprawiedliwioną nie będzie i wpis stanowczy nie nastąpi, więc w razie, gdyby n. p. udało się sądowi przy pewnych staraniach osiągnąć z czasem jednostkowe objęcie spadku.„ Wykreślenia prenotacyi żądać mogą ci spółprenotowani, którym ta realność w dziale spadkowym na własność przypadła i którzy zażądają zaintabulowania siebie. Wyznaczenie zaraz przy wpisie prenotacyi, terminu do usprawiedliwienia tejże, odpada, gdyż przez dział fizyczny, ewentualnie przez proces, który każdemu spółwłaścicielowi wdrożyć wolno, okaże się dopiero, którzy z współprenotowanych nabyli własność posiadłości i są upoważnieni do zaintabulowania siebie a wykreślenia prenotacyi spółdziedziców“ (Tałasiewicz). Dekret więc dziedzictwa w takich wypadkach jest tylko formalnem, zresztą rodzącem pewne konsekwencye (oddanie w prawne posiadanie) orzeczeniem, którzy dziedzice

i w jakich częściach w stosunku do całości obliczonych są uprawnieni do objęcia spadku. Stan jednak rzeczy orzeczony w dekrecie nie jest stanowczy, owszem może on uledz i pożądanem jest, by uległ zmianie (celem tego właśnie prowizorycznego załatwienia sprawy jest zmiana późniejsza).

Dziedzice więc, dekretem dziedzictwa ustanowieni, nie nabywają prawa własności przyznanych im stosunkowych części bezwarunkowo, lecz tylko pod warunkiem, że przez dział fizyczny (lub proces) zostaną usunięte przeszkody prawne, zmieniające i uchylające ten tytuł do wspomnianych części i że w ten sposób rozporządzenia dekretu dziedzictwa uznane zostaną za ważne i skuteczne.“ Z dekretów tych wynika jasno, że dziedzice nie nabywają praw z niego natychmiast po intabulacyi, lecz dopiero w przyszłości, i że w obec tego takie dekrety nadają się do prenotacyi, a nie bezpośredniej intabulacyi.

Prenotacyi zaś używa się w zakresie prawa hipotecznego wszędzie tam, gdzie stosunki nie są jeszcze w zupełności i stanowczo uregulowane, owszem, gdzie one są mniej lub więcej niepewne a nawet wątpliwe. Nie mniej stan prawny wymaga tego, aby w tych wszystkich wypadkach, gdzie do stanowczego nabycia prawa brak jeszcze pewnych formalnych lub materyalnych wymogów, to niepewne jeszcze prawo było jednakże dla prawdopodobnych jego nabywców zabezpieczone i to ma na celu właśnie prenotacya. Pomijając akty między żyjącymi, które tu nas nie zajmują — śmierć spadkodawcy rodzi właśnie taki stan przejściowy niepewności i wątpliwości aż do ostatecznego uregulowania stosunków, które zazwyczaj następuje z wydaniem dekretu dziedzictwa, jednakże często — a o tych wypadkach mówimy teraz — dopiero w jakiś czas po dekrecie, więc ze sporządzeniem działu etc. W wypadkach takich prawa dziedziców są niejako w zawieszeniu, gdyż dopiero od tego, w przyszłości nastąpić mającego aktu regulacyi (więc działu n. p. etc)

zależy: sfera uprawnień każdego dziedzica; nie mniej a może właśnie dlatego spółdziedzice ci celem zabezpieczenia się przed sobą (więc przed pozbyciem, obciążeniem części jednego przez drugiego dziedzica etc) zostaną prenotowani za spółwłaścicieli z warunkiem, że ten tymczasowy wpis zmieni się w stanowczy, gdy zostanie usprawiedliwiony następnie owym aktem regulatywnym w przyszłości, więc działem, skargą o podział, procesem i t. d. Prenotacya nietylko zabezpiecza jednakże prawa, w przyszłości nabyć się mające, a do pewnego stopnia dozwala dyspozycyę warunkową tem prawem w granicach i z uwzględnieniem tymczasowości tego prawa. Prenotacya (§ 40 u. h.) więc sprawia, że się prawo rzeczowe nabywa, ale pod warunkiem i w granicach, o ile usprawiedliwienie tego nabytku nastąpi.

W naszych wypadkach, gdy dekret dziedzictwa wydano w częściach idealnych, równocześnie zastrzegając sobie prawo (i obowiązek) regulacyi ostatecznej w swoim i stosownym czasie, gdy stosunki odpowiednio dojrzeją (patrz wyżej o prowizorycznych przyznaniach spadku), stan prawny w dekrecie jest przejściowy, zależny od późniejszej regulacyi i wobec tego prawa z niego wynikłe a dostatecznie zabezpieczające wzajemne uprawnienia, winny być prenotowane. Dział w przyszłości dokonany lub jednostkowe objęcie spadku, zrealizowane przez sąd drogą celowych — długoletnich czasem wysiłków, przesądzą już o niewątpliwym i stanowczym stanie rzeczy. Może on się ułożyć w najgorszym razie wedle prenotowanego dekretu dziedzictwa, o tyle, iż każdy z prenotowanych dziedziców otrzyma część fizyczną — odpowiadającą jego części idealnej, może jednak stać się inaczej, mogą dzięki celowej pracy sądu odpaść niektórzy z dziedziców, zadowoliwszy się spłatą, zamiast częścią fizyczną in natura, może nawet wyjątkowo znaleść miejsce jednostkowe objęcie spadku za spłatą pieniężną wszystkich pozostałych dziedziców. Zazwyczaj w dziale fizycznym oświadczą strony wyraźnie, że zgadzają się na to, by ten a ten dziedzic

intabulowany został stanowczo za wyłącznego właściciela tej a tej części, a ten i ten prenotowany dziedzic został wykreślony, jako spłacony odpowiednio etc. W razie niezgody stron orzecze w tej mierze sąd w drodze procesu.

Prenotacya taka może mieć wielkie znaczenie dla wiarogodności ksiąg gruntowych, jako też dla gospodarczych momentów w postępowaniu spadkowo-opiekuńczem. Prenotacya ta bowiem ujmuje i to na podstawie i w nawiązaniu z dzisiejszem ustawodawstwem w pewien, stosunkowo uregulowany stan prawny: tymczasowo, celem tem lepszego w przyszłości załatwienia sprawy, zarządzone stosunki, a zarazem daje w księgach gruntowych, i w sprawie samej niewątpliwą wskazówkę, że jest tymczasowem sprawy, a nie stanowczem jej rozwiązaniem: przydział spadku w częściach idealnych Prenotacya taka będzie dla sędziego opiekuńczego i spadkowego „memento“ sui generis, każące mu tak sprawą pokierować, by ten tymczasowy, z reguły nie odpowiadający faktycznym stosunkom posiadania i gospodarki stan rzeczy zmienić po pewnym czasie drogą działu lub jednostkowego objęcia spadku w stan niewątpliwy i pożądany gospodarczo, a tabularnie zgodny ze stosunkami faktycznego posiadania.

Nawet sędziowie — komisarze dla sprostowania ksiąg gruntowych wedle ustawy z d. $^{11}/_{12}$ 1906, gdy przy rewizyach ksiąg gruntowych, lub przeglądzie aktów spadkowych natkną się na taką prenotacyę, będą mieli wskazówkę, że sprawa ta jest w toku, nie wkroczą więc tu swoją jednostronnie pojętą funkcyą i nie przeprowadzą tak faworyzowanego przez ustawę tę działu fizycznego, ale raczej pozostawią dalszy tok sprawy w rękach sędziego spadkowo-opiekuńczego, który regulacyę ostateczną zastosuje w swoim czasie do warunków gospodarczych i osobistych dobrze mu znanej sprawy. Sam uczynić to chyba powinien sędzia sprostowawczy jedynie na zlecenie i po porozumieniu się ze sędzią spadkowo-opiekuńczym.

Zapiski literackie.

Dr. Emanuel Tilsch. Das allg. bürg. Gesetzbuch und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts. (Odb. z pamiętnika jubil. wiedeńskiego). Wiedeń 1911. — Manz). To samo po czesku p. t. Všeobecný zakonnik občansky a zvyklosli prubéhem století w Sborniku článku vslahujících se k stému vyroči všeob. zakonnika obc. Odb. z jub. 50. roczn. Právnika Praga 1911.

Autor w niniejszej rozprawce daje pogląd na zmiany, jakim ulegały zapatrywania na prawo zwyczajowe a raczej zwyczaje w ciągu stulecia, i odróżnia trzy okresy, odpowiadające systemom prawno-politycznym, panującym w Austryi. W pierwszym okresie (systemu rządów absolutnych i bezwarunkowego autorytetu ustawy) istnienie zwyczajów ignorowano całkowicie, zastosowując dosłownie § 10. u. c.; w drugim okresie (rządów liberalnych) uwzględniano je o tyle, o ile istnienie ich mogło posłużyć do zbadania prawdziwej woli stron przy aktach prawnych, a więc o ile chodziło o wolę indywidualną; w trzecim okresie (dążeń socyalnych w przeciwstawieniu do dawniejszych indywidualistycznych) zwyczaje nie służą już do zbadania konkretnej woli stron, lecz do ocenienia interesów życiowych wogóle w tym kierunku, czy i o ile odpowiadają zapatrywaniom czyli też zwyczajom obrotu. Z tem w związku zostaje zmiana pod względem zapatrywania się na wolę wymaganą do aktu prawnego, mianowicie zmiana panującej dawniej teoryi woli na teoryę oświadczenia. Podobny objaw daje się spostrzegać i w zakresie deliktu. Gdy dawniej, w drugim okresie, przeważała teorya władzy indywidualnej, dziś już poczyna nabierać zna-

czenia społecznego teorya wyniku i przeciętna socyalna kwalifikacya sprawcy. Autor nie rozstrzyga kwestyi, czy ta koincydencya ewolucyj prawno-państwowych z zapatrywaniami na zwyczaje jest tylko przypadkowa czyli też istnieje wewnętrzny związek między niemi, rejestruje ją jedynie jak ciekawy objaw charakterystyczny. Rozprawka ta obfita w spostrzeżenia trafne zasługuje na baczną uwagę.

E. Till.

Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. bgl. Gesetzbuches vom 1. Juni 1811. I. u. II. Teil. — Wiedeń 1911. Manz.

Dwa grube tomy pamiętnika wydanego z okazyi stuletniego jubileuszu kodeksu cywilnego przez komitet wiedeński, przedstawiają się pod względem formy zewnętrznej okazale — a pod względem treści stanowią one, z góry zaznaczyć to należy, prawdziwe wzbogacenie literatury prywatno-prawnej austr. — Pierwszy tom, w którym wedle planu zamieszczono rozprawy, odnoszące się do historyi powstania kodeksu, do osób jego autorów i do ocenienia jego całości ze stanowiska społecznego, ekonomicznego lub technicznego, obejmuje na 726 stronicach 24 prac i portrety osób w pracach kodyfikacyjnych udział mających, tudzież dwie podobizny dokumentów; drugi tom, prawie o 1000 stronicach mieści w sobie 33 rozpraw odnoszących się do kwestyj dogmatycznych i historycznych.

Wobec tej obfitości materyału możemy podać krótkie tylko notatki o pracach tam zawartych, odsyłając czytelników do samego dzieła zbiorowego, którego przeczytania żaden cywilista nie pożałuje.

Na czele I. tomu Franc. Klein podaje p. t. Die Lebenskraft des a. b. G. B. barwny historyozoficzny pogląd na kwestyę, jak to się stało, iż kod. cyw. utrzymał się aż do najnowszych czasów i przetrwał tyle burz i przewrotów politycznych. Hans Voltelini w art. p. t. Der Cod. Theresianus im oester. Staatsrat podaje nieznane dotąd szczegóły o losach tego projektu. Dowiadujemy się między in-

nemi, że jeden z członków komisyi kompilacyjnej, radca dworu Bourguignon, będący przeciwnikiem ujednostajnienia prawa, wymownie wysławiał obowiązujące wówczas jeszcze w Galicyi (1775 r.) konstytucye i przywileje Królestwa Polskiego i W. ks. Litewskiego, tudzież jus terrestre nobilitatis Prussiae jako prawo szlachty, a prawo magdeburskie jako prawo mieszczan i żądał utrzymania tychże w Galicyi. Zdanie jego popierał w komisyi dla urządzenia Galicyi jedynie radca tryb. Piotr Ziemblic Krukowiecki, w komisyi kompilacyjnej zaś było kilku, (Sinzendorf, Holger, Zenker, Goldegg), którzy byli zdania, ażeby tam, gdzie prawa krajowe były rozmaite, potwierdził je kod. cyw.

W art. Die polit. Gesetzgebung in ihren geschichtl. Beziehungen zum a. b. G. B. kreśli Zygm. Adler usiłowania skierowane na utworzenie kod. politycznego, które popierał aż do swej śmierci Sonnenfels, nie zdoławszy przeprowadzić ulubionej tej swej myśli.

P. t. Quaestiones et decisiones publikuje Adolf Grosser kilka ciekawych źródeł historycznych odnoszących się do dawnego prawa austr. Prof. Wellspacher kreśli oddziaływanie prawa natury na roboty przygotowawcze, dalej wpływ jego na formę, charakter i treść kod. cyw. Prof. Łyskowski bada pierwiastki prawa rzymskiego w pr. austr. Rozprawę tą, obfitą w myśli i spostrzeżenia trafne, znajdą czytelnicy nasi w pamiętniku Uniwersytetu lwowskiego. Ciekawy epizod z życia Zeillera podaje Edw. Fischer Colbrie. Gdy Zeiller wniósł podanie o pozwolenie, aby jego wykłady prawa natury mogły się odbywać podług jego „Naturrecht“, przeszkodę pozwolenia stanowił ustęp, w którym Zeiller przedruk nieuprawniony uznawał za rzecz bezprawną! Obszerny obraz życia Matyasza Wilhelma von Haana, „Oberstlandrichtera“ podaje Karol Coulon, zaś Josef Koloman Binder i Hugo Suchomel opracowali podobny szkic życiowy radcy dworu Keesa. Obydwa te artykuły mieszczą w sobie bardzo ciekawe szczegóły dla historyi kod., zebrane z archiwów ministerstwa sprawiedliwości. W rozprawie

Das bgl. G. B. als Rechtsquelle Dr. Robert Mayr zebrał systematycznie wszelkie zarzuty, jakie podnoszono od czasu Ungera przeciw kod. cyw. Zestawienie to może być pożyteczne przedewszystkiem w tym celu, aby się przekonano, jak wiele podnoszono zarzutów niesłusznych. To jednak nie było w zamiarze autora, który wszelkie słuszne i niesłuszne zarzuty na nowo podnosi i z tem często wchodzi w sprzeczność z nową nauką i praktyką życia.

Dr. Ofner w art. Der soziale Charakter des a. b. G. B. ocenia kod. cyw. ze stanowiska socyalnego, poprzedzając wywód swój bardzo cennemi uwagami o potrzebie induktywnej metody w nauce prawa. Prof. Wenger z Monachium w art. Antikes Richterkönigtum przyłącza się do przeciwników szkoły swobody sędziowskiej (freie Rechtsschule). Z innego punktu widzenia traktuje Schey w art. Gesetzbuch und Richter ten sam problemat, badając, jakie stanowisko wskazuje sędziemu kodeks cywilny, i dowodzi, że tenże kodeks dążąc do treści wyczerpującej nie drogą kazuistyki, lecz drogą ustawienia uzyskanych indukcyjnie możliwie najogólniejszych zasad, daje sędziemu wielkie pole działania, zalecając mu z jednej strony uzupełnianie stanów rzeczy (n. p. w ocenienie stopnia winy, lub w zniżaniu kary umownej), z drugiej strony uzupełnianie skutków prawnych podług okoliczności, podług słuszności i t. p. Autor kończy tem, że sędzia podług kodeksu wcale nie jest maszyną do wydawania wyroków, lecz mężem, który swemi orzeczeniami ogólne normy ustawy zarówno jak i wolę stron kształtuje i uzupełnia. O technice prawodawczej kod. cyw. traktuje Oswald Kastner w art. Zur Gesetzestechnik des a. b. G. B. w szczególności o napisach marginesowych którym odmawia charakteru ustawowego, a przyznaje im jednakże charakter pomocniczego środka interpretacyi na równi z urzędowym rejestrem lub komentarzem, i o odsyłaczach, których funkcyę poczytuje jako mającą na celu ekonomię ustawy, co licznymi przykładami objaśnia. — Biorąc asumpt z dwu typowych przypadków prak-

tyki trybunału administracyjnego, t. j. w przedmiocie wymiaru opłat za kontrakt przedaży nieruchomości z zastrzeżeniem własności drzewostanu i za t. zw. darowiznę na przypadek śmierci, Robert Neumann-Ettenreich poddaje badaniu istotę tych dwóch rodzajów interesów. Co do pierwszej kwestyi dowodzi, że zasada, iż na częściach nieoddzielnych rzeczy nie można nabyć własności, nie jest bez wyjątku, — co do drugiej występuje przeciw teoryi Ungera, który twierdzi, że darowizna na wypadek śmierci w pr. austr. tylko z nazwy istnieje. — Na rozprawę Das abGB in der Praxis der obersten Justizstelle bis 1820 składało się 5 urzędników ministerstwa sprawiedliwości, którzy, korzystając z archiwów ministerstwa, podali niektóre ciekawsze a nieogłoszone judykaty najwyż. tryb. (Oberste Justizstelle) z powyższego okresu, mianowicie E. Fortner judykaty w przedm. skargi o uznanie nieślubnego ojcowstwa, R. Hermann w przedm. posiadania, L. Bernhart o interpret. § 887 u. c., Robert Bartsch o zasadach prawa wynagrodzenia szkody i Otto Leonhard w przedm. wynagrodzenia za naruszenie dóbr niemateryalnych. Przytoczone orzeczenia są bardzo ciekawe i świadczą, że dawny trybunał często bardziej postępowo orzekał aniżeli dzisiejszy, a zresztą podobnie jak dzisiejszy często sprzeczne ze sobą wydawał orzeczenia. Dr. Iwan Mauro-vić podaje wiadomość o działalności kod. cyw. w Kroacyi, gdzie on podczas absolutyzmu (1849) był wprowadzony i z początku jako ustawa narzucona, niechętnie przyjęty, później zaś z nim się pogodzono. Zajmujące, a dla nas nowe szczegóły o stanie prawa prywatnego w Bośni i Hercegowinie podają Ivo Pilar i Michał Zobkow w szczególności o faktycznej recepcyi kod. cyw. jako źródła posiłkowego i o jego zastosowaniu. Okazuje się z przedstawienia tego szczególnie nieuporządkowany stan prawodawstwa w tych krajach. Tom I. kończy rozprawka K. von In der Maur o recepcyi kod. cyw. w księstwie Liechtenstein.

(Dok. nast.). *E. T.*

Österreichische Gesetzeskunde. Kommentare zum Gebrauch für Juristen und Nichtjuristen. Herausgegeben von Dr. Max Leopold Ehrenreich. Band II. Strafrecht und Strafprozess. Wien. 1911. Patriotische Volksbuchhandlung.

Tom II. zawiera komentarz do powsz. ust. karnej i procedury karnej — z uwzględnieniem wszystkich dodatkowych ustaw i rozporządzeń, tudzież najnowszych projektów, częścią w treści komentarza, częścią osobno. Najzupełniej zgodzić się można z oceną prof. Lammascha, wydrukowaną na czele tomu, w której tenże podnosi, że komentarz ten, nie wdawając się w kontrowersye teoretyczne, w sposób jasny i przejrzysty podaje czytelnikowi łatwo zrozumiałe, a mimoto ścisłe przedstawienie zasad podstawowych ustawy i procedury karnej i objaśnia istotne znamiona przestępstw przykładami, czerpanymi z życia. Szczególnie przydatnem okaże się wydanie to tym, którzy jako przysięgli spełnić pragną sumiennie obowiązek i przystąpić do spełnienia tej funkcyi z należytem przygotowaniem.

Kronika.

† **Dr. Raban Baron Canstein.** Ustąpił znowu jeden z szeregu tych, których działalność na polu nauki prawa w ostatnich kilku dziesięcioleciach jak najlepiej zapisała się w pamięci. Raban baron Canstein, potomek dawnej rodziny szlachty niemieckiej, urodził i wychowywał się we Lwowie, gdzie też ukończył uniwersytet i uzyskał stopień doktora praw. Wstąpił do sądu, lecz skłonność do zajęcia naukowego zwróciła go na drogę naukową. Habilitował się z procesu cywilnego we Lwowie i krótki czas tu wykładał, poczem został mianowany nadzwyczajnym profesorem prawa procesowego tudzież handlowego i wekslowego w Czerniowcach. W r. 1878 powo-

łany został jako profesor zwyczajny tegoż przedmiotu na uniwersytet w Gracu, gdzie pracował aż do śmierci, która nastąpiła 14. sierpnia br. Działalność jego literacka była bardzo obfita; obok zdolności odznaczał się niezmierną pracowitością, pracował zaś nietylko w swym głównym zakresie t. j. procedurze cywilnej, lecz i w prawie handlowem i wekslowem, które obok procedury cyw. w Gracu wykładał, a nadto we wszystkich swych pracach okazywał się gruntownym znawcą powsz. prawa cywilnego materyalnego. Głównem dziełem jego jest 2 tomowy: Lehrbuch der Geschichte und Theorie des oesterr. Zivilprozessrechtes (1879, 1880), owoc głębokich studyów historycznych i dogmatycznych, jedyne wówczas systematyczne dzieło naukowe w przedmiocie austr. dawnej procedury cywilnej, którego część historyczna trwałą ma wartość. Dziełem tem stał się autor w najlepszem tego słowa znaczeniu popularnym. Drugie tego dzieła wydanie wyszło nieco przerobione w 1893 r., a więc zaledwie we dwa lata przed sankcyą nowej procedury cywilnej. Projektów wówczas już istniejących z umysłu nie uwzględnił, gdyż nie miał wiary w to, aby rychło stały się ustawą. Gdy jednak wbrew temu przewidywaniu reforma procesu nastąpiła, wydał najpierw w zbiorze Leskego-Löwenfelda obszerne przedstawienie zasad nowych ustaw procesowych, a w krótce potem pierwszy tom systemu, który oznaczył jako 3. wydanie poprzedniego dzieła. Pierwej jeszcze pojawiło się w zbiorowem wydawnictwie Heumanna w Berlinie kompendyum procesu austr. W zakresie prawa handlowego wydał C. dwutomowy podręcznik tegoż prawa, tudzież podobny podręcznik prawa wekslowego. Obok tych prac większych rozwinął C. niezmiernie obfitą działalność literacką, pisząc mniejsze rozprawy monograficzne, z których wiele trwałą dla nauki przedstawia wartość. Tak n. p. Die oesterr. Zivilprozessnovelle (1875); Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses (1877); Ueber das Verfahren zum Besitzschutze; Vollmacht und Auftrag; Streitgenossenschaft und Nebenintervention; Wechsel, Chek und deren De-

kung i t. d., rozwijając wiele nowych, oryginalnych myśli.

Ożeniony był z Lwowianką, panną Ortyńską, a jak szczęśliwem było jego prywatne pożycie, świadczy epizod następujący. Gdy przed laty piszący te słowa przypadkowo po długiem niewidzeniu spotkał się z nim w Gracu i zapytał go, jak mu się powodzi, otrzymał od niego odpowiedź: „Masz Pan przed sobą rzadki okaz człowieka, który jest zupełnie szczęśliwym i niczego sobie nie życzy jak tylko, aby nie było gorzej". Między kolegami i uczniami swymi miał zawsze wielkie poważanie i pozostawił po sobie najlepsze wspomnienia, prace jego zaś zapewniły mu trwałą pamięć w historyi literatury prawa austryackiego. Cześć jego pamięci! *E. T.*

Prąd nowy w prawoznawstwie

(Analiza prawno-filozoficzna)

(Referat na V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich)

przez

Dra A. Peretiatkowicza.

Prawoznawstwo współczesne przechodzi poważny kryzys. Nie tylko znaczną jest ilość kwestyj spornych, nie tylko daleko idąca rozbieżność zajmowanych stanowisk. Chodzi o coś więcej. Podaje się w wątpliwość same podstawy dzisiejszej wiedzy prawnej, kwestyonuje się najbardziej zasadnicze, ustalone poglądy na istotę prawa, ustawy, państwa, kary, na kwestyę metod i zadań jurysprudencyi. W kryminalistyce nie ustaje spór pomiędzy klasykami, a szkołą socyologiczną. W naukach prawno-politycznych występują na widownię teorye, zmierzające do zupełnego przekształcenia obecnego pojmowania państwa i jego funkcyj (Duguit). Filozofia prawa zaczyna przenosić istotę prawa poza granice tradycyjnie ustalone, w sfery zgoła odrębne (Petrażycki). Jedynym działem prawoznawstwa, który opierał się w podstawach swoich na najtrwalszym gruncie, była gałęź prawa cywilnego. Najstarsza, najbardziej wyrobiona dyscyplina prawna, która stała się wzorem metodologicznym dla całej jurysprudencyi, odznaczała się solidnością swych fundamentów i jasnością metod, a dwa wybitne owoce działalności ustawodawczej na przełomie XIX wieku (kodeks nie-

miecki i szwajcarski) były nowym dowodem produkcyjności odnośnej pracy naukowej.

W ostatnich latach kilkunastu jesteśmy świadkami nowego prądu, mającego znaczenie dla całego prawoznawstwa, jednak specyalnie silnie przejawiającego się w dziedzinie badań prawa cywilnego. Prąd ten idzie z Niemiec i Francyi i ogarnia coraz liczniejsze koła nie tylko teoretyków, ale i praktyków, obecnie przedostaje się do sfer nieprawników i staje się kwestyą aktualną. Chodzi tu nie o pojęcia, ale o metodę. Nie o różnicę w poglądach na pewne kwestye sporne, lecz o sam cel badań prawno-cywilnych, o drogę ku temu celowi wiodącą. Stąd wynika ogromna doniosłość nowego kierunku, gdyż metody prawa cywilnego zostały przeniesione na inne gałęzie prawoznawstwa, zmiana więc tych metod pociąga za sobą reformę całej jurysprudencyi. Kwestya o tak ogólnym charakterze przestaje być wyłącznie sprawą prawno-cywilną a staje się zagadnieniem prawno-filozoficznem. Zarówno cywiliści, jak syntetyczna wiedza o istocie i zadaniach prawa i prawoznawstwa, winni pracować nad wyjaśnieniem kwestyi powyższej, gdyż jedynie łączne rozważanie może wytworzyć właściwe rozwiązanie tak skomplikowanego problematu. Wychodząc z dwóch odmiennych stanowisk winni dążyć do wspólnego celu, przyświecającego prawoznawstwu: takiego teoretycznego ujęcia sprawy, któreby jednocześnie najlepiej odpowiadało praktycznym wymaganiom życia społecznego. Zadaniem obecnego szkicu jest krótkie przedstawienie nowego kierunku (będziemy go nazywać dla skrócenia „modernistycznym"), wydobycie i scharakteryzowanie najważniejszych jego właściwości, wreszcie dalsze rozwinięcie zasadniczych założeń z uwzględnieniem istotnych elementów i wymagań prawa, jako takiego.

Jedną z podstaw teoretycznych ustroju państw nowożytnych jest nauka Montesquieu'a o podziale władz. Nie została ona wprawdzie zupełnie konsekwentnie

przeprowadzona, niemniej jednak zasada uniezależnienia władzy sędziowskiej od ustawodawczej i wykonawczej stanowi obecnie czynnik podstawowy w organizacyi władzy państwowej. „Wolność polityczna obywateli" mówi Montesquieu „polega na tym spokoju umysłu, który wynika z przekonania o własnem bezpieczeństwie. Nie istnieje wolność tam, gdzie władza sędziów nie jest oddzielona od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Gdyby została przydzieloną do władzy ustawodawczej, moc nad życiem i wolnością obywateli stałaby się samowolną; bo sędzia byłby ustawodawcą. Gdyby została przyłączona do władzy wykonawczej, sędzia mógłby posiadać siłę ciemiężyciela" [1]). Skutkiem takiego pojmowania Montesquieu wyznacza sędziemu rolę całkiem bierną. Ma on jedynie znać dokładnie ustawę i stosować jej przepisy. Każden wyrok ma być tylko ścisłem odbiciem ustawy. Gdyby bowiem przedstawiał opinię prywatną sędziego, żyłoby się w społeczeństwie nie znając dokładnie zobowiązań, jakie się zaciąga. Dlatego jest ważnem, aby wyrazy ustawy obudzały u wszystkich ludzi te same myśli. „Sędziowie narodu są jedynie ustami, które wymawiają słowa ustawy, istotami bez duszy, które nie mogą złagodzić ani ich siły, ani surowości" [2]). Prawnik na krześle sędziowskiem staje się maszyną, aparatem subsumcyjnym, podciągającym wypadki życiowe pod odpowiednie przepisy istniejące.

Pogląd powyższy jest charakterystyczny dla racyonalizmu epoki oświecenia, zapatrującego się bardzo sceptycznie na naturę ludzką i widzącego w niej jedynie egoistyczne i ujemne pierwiastki. Ażeby ochronić społeczeństwo przed samowolą sędziów, należy działalność tych ostatnich uniezależnić od ich charakteru, wydobyć na czoło pierwiastek umysłowy (decydujący dla racyonalizmu), oprzeć wszystko na intelekcie, kierowanym przez ustawę. Przyłączył się do tego kult dla ustaw, właściwy owemu czasowi, który

[1]) Montesquieu: „Esprit des lois" (Por. IX, § 6).
[2]) Montesquieu. Ibidem.

znalazł swój wyraz w konstytucyach francuskich i kodyfikacyach napoleonowskich. W ustawach (tworzonych przez samo społeczeństwo) widziano zbawienie polityczne ludzkości, lekarstwo na wszelkie niedomagania społeczne. Na tle tej ogólnej atmosfery umysłowej stanowisko Montesquieu'a i jego pojmowanie zadań sędziego zostało, przynajmniej w zasadzie, powszechnie uznane i przyjęte.

Szkoła historyczna przyczyniła się do zrzucenia ustaw z piedestału, na którym je postawił wiek XVIII-ty i wskazała prawoznawstwu nowe drogi. Wprawdzie działalność ustawodawcza nie została zatrzymana, ale najwybitniejsze umysły prawne zwróciły się w kierunku historycznym, przeważnie do studyów nad prawem rzymskiem (Windscheid, Dernburg, Ihering). Tak było z teoryą. A praktyka? Tu niewiele się zmieniło[1]). Szkoła historyczna również wyznaczyła sędziemu rolę bierną w stosunku do ustaw. Uznała ona również w zasadzie, iż zadaniem sędziego jest badanie woli ustawodawcy. Ponieważ zaś ustawa jest tylko wyrazem ducha narodowego, więc zrozumianą może być należycie na tle przeszłości prawnej danego narodu. Stąd znaczenie historyi prawa, poprzedzają ego daną ustawę tudzież doniosłość prawa zwyczajowego. Zasadnicze jednak stanowisko Montesquieu'a pozostało niezmienione. Sędzia winien szukać rozstrzygnięcia konkretnego przypadku poza sobą, wyciągnąć odpowiednią normę z ustawy obowiązującej (względnie prawa zwyczajowego).

Że przepisy w ustawie zawarte obowiązują sędziego bezwzględnie, jest i zapewne zawsze będzie dla prawników pewnikiem niewątpliwym[2]). Zachodzi je-

[1]) O stosunku praktyków do szkoły historycznej bardzo ciekawe są uwagi Bülowa „Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtwissenschaft“ 1901.

[2]) Nie jest to reguła bez wyjątków. Dawniejsze prawo naturalne nie uznawało tej zasady. Również obecnie spotykamy nieliczne głosy odmienne. „Die Funktion des freien Rechts äus-

dnak pytanie, co czynić należy w wypadkach przez ustawę nieprzewidzianych. Ustawodawca nie jest w stanie uregulować wszystkich wypadków mogących zajść w przyszłości, nie może znać warunków technicznych i ekonomicznych stanu kulturalno-społecznego, który wytworzą następne lata i przyszłe stulecia. Stąd ogromna masa kwestyj (im starsza ustawa, tem więcej), co do których ustawodawca żadnej woli nie wyraził. Stoimy wówczas wobec faktu luk w prawie.

Ale konstatowanie luk w prawie, jest dopuszczalne jedynie ze stanowiska dogmatycznego, ze względu na źródła prawne, z których ma czerpać sędzia przy rozstrzyganiu sprawy. Ze stanowiska prawno-politycznego, ze względu na organizacyę wymiaru sprawiedliwości, o braku przepisu mowy być nie może. Sędzia bowiem nie może odmówić wydania wyroku. Artykuł 4-ty kodeksu francuskiego powiada: „Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de deni de justice".

Zachodzi więc tu wewnętrzna sprzeczność, kolizya logiczna. Nakaz rozstrzygania każdego sporu, wyrokowanie tylko na podstawie ustawy i konieczna niedoskonałość każdej ustawy — te trzy rzeczy pogodzić się ze sobą nie dadzą. Ponieważ zaś konsekwencya stanowi zasadniczy postulat prawoznawstwa i niezbędny warunek jego istnienia jako nauki, przeto koniecznem było znalezienie jakiegoś wyjścia z tej sytuacyi.

Metoda tradycyjna znalazła wyjście oparte na fikcyi doskonałości ustawy (brak luk, kompletność systemu prawnego). W ślad za Montesquieu'm uznawała, iż dla sędziego, jak również teoretyka-prawnika jedynie miarodajną i decydującą, jest „wola ustawo-

sert sich als „die Ausserkraftstellung des Gesetzesrechts in Ausnahmefällen" (Dr. Berolzheimer „Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz" — referat na kongresie prawno-filozoficznym w czerwcu 1911 r.).

dawcy". Jeżeli w ustawie nie znajdujemy jej, w sposób jasny wyrażonej, w takim razie winniśmy szukać „woli przypuszczalnej", również z ustawy wynikającej. Metoda tradycyjna neguje istnienie luk w ustawie. Ustawa przedstawia zaokrągloną całość, regulującą daną sferę życia w sposób wyczerpujący. Należycie rozumiana i odpowiednio interpretowana ustawa dostarcza wszelkich żądanych rozwiązań prawnych. Zapomocą różnych środków interpretacyjnych (extensio, restrictio, analogia oparta na ratio iuris, argumentum a contrario, a majori ad minus, a minori ad maius, badanie materyałów przygotowawczych i t. d.) zawsze odnaleźć można właściwą wolę ustawy, jakkolwiek nie została ona wyraźnie wypowiedzianą. Subtelny umysł prawnika winien wysnuć całą misterną tkaninę logiczną, przewidującą wszystkie wypadki, regulującą wszystkie spory ludzkie. Drogą sylogizmów, konstrukcyj abstrakcyjnych tworzy prawnik kompletny, wyczerpujący system norm obowiązujących, dający odpowiedź na wszystkie zagadnienia życia praktycznego.

Najdobitniej tendencya ta została uwydatniona u Bergbohma[1]), który uważa za wręcz niedopuszczalne przyjmowanie luk w prawie, gdyż w takim razie sędzia samowolnie stałby się źródłem prawa. Prawo nie potrzebuje uzupełniania zzewnątrz, gdyż jest w każdej chwili pełne, kompletne, dzięki swej wewnętrznej płodności, dzięki możności „ekspansyi logicznej", która czyni zadość wszelkim potrzebom wyrokowania. „Das ist keine absurde Fiktion, sondern eine nicht wegdenkbare Tatsache" str. 388). Ustawy nie są prawem, oznaczają one jedynie myśli prawne, które teoretyk winien rozwinąć, uzupełnić i stworzyć zaokrąglony system prawny. Jeżeli tego nie potrafi, to dowodzi to istnienia braków w jego umyśle, ale nie w ustroju prawnym, przedstawiającym zawsze zupeł-

[1]) Bergbohm: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", Leipzig 1892 (str. 372—393).

ną całość harmonijną. Jeżeli są t. zw. luki w ustawie, to muszą być one wypełnione w drodze „ekspansyi logicznej“ istniejących norm.

Przeciw temu kierunkowi prawoznawstwa, opierającemu się jedynie na ustawach oraz logicznych konstrukcyach i wnioskach. występuje w latach ostatnich bardzo żywa opozycya. Za ojca duchowego i pierwszego przedstawiciela prądu modernistycznego można uważać Iheringa, który zrazu hołdował metodzie tradycyjnej i dopiero później bardzo silnie i jak na czasy ówczesne, radykalnie przeciw niej wystąpił. Już w trzeciej części swego dzieła „Geist des römischen Rechts“ znajdujemy rozdział poświęcony przecenianiu znaczenia elementu logicznego w prawie. Ów kult dla logiki, który pragnie z jurysprudencyi uczynić rodzaj matematyki prawnej, uważa on za nieporozumienie i zapoznanie istotnej natury prawa. Nie życie istnieje dla pojęć, tylko pojęcia dla życia. Nie to winno mieć miejsce, czego żąda logika, tylko postulaty życia, obrotu, poczucia prawnego, bez względu na to, czy się wydaje logiczne, czy też niemożliwe. W satyryczno-poważnem dziele „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ (1884) usiłuje zarówno przez ironię, jak w poważnej formie wykazać konsekwencye panującej doktryny jurydycznej nazwanej przez niego „Begriffsjurisprudenz“ (nazwa ta rozpowszechniła się i dziś stanowi negatywne hasło prądu modernistycznego). Podczas gdy rzymscy prawnicy idą po drodze konsekwencyi tylko do granic, nakazanych przez potrzeby praktyczne, i przy logice prawnej zawsze mają na oku samo życie, współczesne prawoznawstwo nie zna tych względów i dochodzi nieraz do rezultatu zupełnie sprzecznego z samym celem prawa. Dlatego we wstępnym, programowym artykule wydawanego czasopisma[1]) rzuca Ihering hasło: „Durch das römische Recht über das römische

[1]) „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“ — od 1857 r.

Recht hinaus". Ta zasadnicza dla Iheringa myśl o celu w każdem prawie. stanowiąca treść ostatniego, niedokończonego dzieła, stała się przewodnią dewizą pozytywną kierunku modernistycznego.

Jednym z najdawniejszych i najbardziej zdecydowanych przeciwników szkoły historycznej tudzież wszechwładztwa ustaw był prof. O. Bülow, który w licznych artykułach, przedewszystkiem w rozprawie „Gesetz und Richteramt" (1885) zwrócił uwagę na faktyczne znaczenie stanu sędziowskiego. Wskazał on na rolę sędziów w historycznym procesie rozwoju prawa, na zasadę mocy obowiązującej wyroku, choćby nawet sprzeciwiał się ustawie, na zupełną niemoc ustaw bez organizacyi sądowej i w ten sposób wykazywał, że w ustroju prawnym każdego społeczeństwa stanowisko sędziów bynajmniej nie jest bierne i receptywne. W 1891 r. S. Rümelin w swej znakomitej przemowie rektorskiej na temat „Werturteile und Willensentscheidungen" wykazywał istnienie elementu oceny subjektywnej w działalności sędziego, skutkiem czego nosi ona charakter twórczy, nie zaś intelektualno-mechanistyczny. U podstawy operowania rozmaitymi środkami interpretacyjnymi leżą zawsze sądy o ich wartości.

Poglądy powyższe nie znalazły jednak żywszego odgłosu wśród współczesnych prawników, przesiąkniętych wpływami szkoły historycznej. Dopiero najnowsze czasy przyniosły obudzenie większego zainteresowania zagadnieniami prawno-filozoficznemi i metodologicznemi. Znaczną zasługę pod tym względem odnośnie do Niemiec przypisać należy pracom Kohlera i Stammlera. Zwłaszcza ten ostatni, nie zaliczający się formalnie do modernistów, przyczynił się do rozwoju nowego kierunku. Filozofia Stammlera bywa rozmaicie pojmowana i rozmaicie oceniana. Ale rzucona przez niego idea „das richtige Recht" stała się w Niemczech ogromnie rozpowszechnioną, a wraz z nią uznanie potrzeby tworzenia „prawa słusznego".

Epokowym faktem w rozwoju kierunku modernistycznego było kapitalne dzieło francuskiego profesora Gény (ucznia Saleilles'a, który był jednym z pierwszych przedstawicieli i propagatorów nowego prądu we Francyi) pod tytułem „Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif" (1899). Stanowi ono rodzaj ewangelii nowego kierunku we Francyi. Na podstawie olbrzymiego materyału zarówno teoretycznego, jak praktycznego, zaczerpniętego z sądów francuskich, wykazał Gény możliwość i konieczność zreformowania metod prawoznawstwa w duchu potrzeb nowożytnych. Z wielką kompetencyą i przezornością, a jednocześnie z dużym krytycyzmem i śmiałą twórczością proponuje on zerwać z fikcyą „woli ustawodawczej" nie odpowiadającą faktom, uznać niezaprzeczalny fakt istnienia luk w ustawach i wypełniać je przez swobodne zbadanie dzisiejszych potrzeb społecznych (libre recherche scientifique du droit). Opierając się na całej wiedzy nowożytnej, uwzględniając społeczno-techniczne zdobycze ducha ludzkiego, należy poszukać normy, któraby była prawem istotnem (naturalnem), odpowiadającem wymaganiom czasu. W przeciwstawieniu do dawnego stanowiska stawia Gény nową dewizę: Par le Code, mais au delà du Code!".

Jednym z najwytrwalszych szermierzy nowych idei jest prof. Ehrlich, którego broszura „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft" (1903) zyskała duży rozgłos i stała się jedną z podstaw ideologicznych ruchu modernistycznego w Niemczech. Ehrlich uważa współczesny kult dla ustawy za cechę państwa urzędniczego (Beamtenstaat) i sądzi, iż należy powrócić do tradycyj historycznych (rzymskich, średniowiecznych, okresu odrodzenia), kiedy władza i znaczenie sędziego były o wiele donioślejsze. Nowy prąd dąży do wysunięcia wybitnych indywidualności, któreby się przyczyniły do rozwoju prawa i podniesienia jego wpływu wśród szerokich warstw społecznych.

Prawoznawstwo winno wskazywać sędziemu właściwą drogę wobec problematów współczesnych: winno również badać prawo w jego faktycznych przejawach społecznych. Nie tylko o to chodzi, jak dany przepis brzmi, ale jak w życiu funkcyonuje, czy jest i jak jest zastosowany. W 1906 r. zjawiła się broszurka anonimowa: Gnaeus Flavius „Der Kampf um die Rechtswissenschaft" (autorem okazał się potem prof. fryburgski Kantorowicz), która dzięki jasnemu sformułowaniu, dobitnym określeniom, zapałowi autora, przyczyniła się do spopularyzowania nowych idei, przynajmniej wśród teoretyków. Jednocześnie dała ona nazwę całemu ruchowi (freirechtliche Bewegung), która się prawie zupełnie w Niemczech przyjęła. Duży wpływ, zwłaszcza na niemieckich praktyków miały pisma adwokata E. Fuchsa (Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz 1908, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz 1909 i inne), który wprawdzie posuwa się niekiedy zbyt krańcowo, jednak naogół bardzo trafnie, na podstawie licznego materyału praktycznego, uwydatnia słabe strony dzisiejszej metody panującej. Jako przejaw teoretyczno-polityczny ruchu wolnościowego w prawoznawstwie zasługuje na specyalne podkreślenie kodeks szwajcarski (wstępujący w moc od 1912 r.), którego pierwszy artykuł brzmi: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung".

Wspomniałem o najważniejszych pracach, stanowiących niejako etapy w rozwoju nowego kierunku, ze względu na swój wpływ w różnych kołach [1]). Osta-

[1]) Jednym z wybitnych modernistów jest prof. Zoll (iunior), którego prace w tym kierunku, zasługujące na uwa-

tnia faza ruchu modernistycznego przybrała charakter praktyczny i ogarnęła szerokie kręgi, wychodząc poza sferę prawników. Na początku 1911 r. zjawiły się 2 odezwy, wzywające do reformy prawoznawstwa i wymiaru sprawiedliwości, które stały się powodem utworzenia dwóch grup modernistów. Na czele pierwszej stanął Bozi[1]) (sędzia w Bielfeld), który zgrupował obok siebie również wielu nieprawników, drugą utworzył Börngen (prezydent wyższego sądu kraj. w Jenie). W marcu nastąpiło połączenie obu obozów przez założenie stowarzyszenia „Recht und Wirtschaft", które wypisało jako dewizę: „Förderung zeitgemässer Rechtspflege und Verwaltung"; ma ono od jesieni wydawać własne czasopismo w celu zainteresowania szerokiego ogółu odnośnemi kwestyami. Na najbliższym kongresie sędziów niemieckich sprawa stosunku sędziego do ustaw została postawiona na porządku dziennym i należy przypuszczać, że będzie załatwiona w duchu przychylnym dla modernizmu. Można nawet powiedzieć, że modernizm prawny ma za wielu zwolenników, że za szybko znalazł uznanie, że istnienie wybitnych przeciwników przyczyniłoby się do wyjaśnienia i pogłębienia nowego kierunku[2]).

Stoimy więc wobec zjawiska prądu bardzo szerokiego i bardzo doniosłego pod względem metodolo-

gę, są jednak na Zachodzie mało znane, ze względów językowych.

[1]) Autor wielu rozpraw (zwłaszcza „Die Weltanschauung der Jurisprudenz"), w których utrzymuje konieczność uczynienia z prawoznawstwa nauki doświadczalnej i oparcia jej na podstawach przyrodniczych.

[2]) Wyraźnym i pomysłowym przeciwnikiem modernizmu jest prof. Donati (Il problema delle lacune dell ordinamento giuridico, Milano 1910), który wznawia argumenty Zitelmann'a (Lücken im Recht 1903) i rozwija je dalej. Sądzi on, że porządek prawny przywiązując skutki prawne do pewnych stanów faktycznych, tem samem wyklucza je w stosunku do wszelkich innych stanów możliwych. Uznaje więc nie „siłę logicznej ekspanzyi" lecz „siłę logicznej ekskluzyi".

gicznym. W obecnej chwili, ze względu na szerszą propagandę praktyczną, został on wyraźniej skrystalizowany i może być uważany za jedną całość. Spróbujmy zatem uczynić zwięzłą analizę prawno-filozoficzną nowego kierunku, zastanówmy się nad przyczynami obecnego ruchu, nad jego istotnemi, zasadniczemi cechami, nad konsekwencyami, które z niego wyciągnąć można i należy. Spróbujmy wreszcie rozwinąć tę stronę nowego kierunku, która może mieć dla nas, Polaków, specyalne znaczenie. Rozmiary obecnego referatu nie pozwalają na wyczerpujące uwzględnienie punktów powyższych, wobec czego ograniczę się do myśli zasadniczych i uwag najważniejszych.

Byłoby daremnym i bezskutecznym trudem, gdyby ktokolwiek zmierzał do stanowczego określenia właściwej przyczyny nowego zwrotu myśli prawnej. Prądy naukowo-społeczne są zbyt złożone, zawierają zbyt wiele elementów, ażeby mogły być uważane za wytwór jednej tylko przyczyny. Nie powinno się tu nawet mówić o stosunku przyczynowym w ścisłem tego słowa znaczeniu. Stosunek taki bowiem suponuje bezwzględną konieczność nastąpienia danego skutku, skoro zaszły fakty stanowiące jego przyczynę. Ponieważ zaś psychologia współczesna nie zdołała dotychczas wykryć przyczyn, wytwarzających z koniecznością określoną treść myśli ludzkich, przeto przy badaniu prądów umysłowych możemy mówić jedynie o czynnikach, współdziałających powstaniu odnośnych kierunków, ale winniśmy zdać sobie sprawę z psychologicznej niemożności dokładnego ujęcia ogółu tych czynników. Również w danym przypadku, szukając genezy modernizmu prawnego, możemy jedynie skonstatować główne rodzaje tych czynników, a są nimi, jak zwykle w prądach naukowo-społecznych, z jednej strony względy rozumowe, z drugiej — względy faktyczne, z jednej teorya, z drugiej — życie samo.

Względy teoretyczne odnoszą się do kierunku myśli ludzkiej, ogarniającej coraz silniej filozofię współ-

czesną i występującej pod mianem woluntaryzmu. Przeciw intelektualizmowi i racyonalizmowi epoki oświecenia powstała reakcya w formie psychologii uczuć, będącej nie tyle specyalnym kierunkiem psychologicznym, co ogólnym prądem duchowym, ogarniającym filozofię, literaturę, sztukę, etc. Przejawem tej ogólnej atmosfery filozoficznej było również powstanie szkoły historycznej, która nosiła w sobie pewne piętno romantyczne. Stawiała ona na pierwszym planie proces nieświadomego kształtowania się prawa w przeciwieństwie do świadomego intelektualnego tworzenia, miała kult dla pierwiastków ludowych, czynników żywotnych istotnie w życiu działających. Jednak kierunek uczuciowy w psychologii nie utrzymał się długo i w nowszych czasach widzimy wyraźną tendencyę wysuwania na czoło nie intelektu i nie uczucia, lecz woli. Woluntaryzm wprawdzie nie pretenduje do tłómaczenia wszystkich przeżyć wewnętrznych przez elementy woli, jak to jednostronnie czynił z wyobrażeniami intelektualizm. Uważa jednak ten czynnik za donioślejszy i odgrywający pewną rolę zarówno w procesach uczuciowych, jak myślowych. Zupełne wydzielenie elementów intelektualnych może być środkiem pomocniczym dla gruntowniejszej analizy, lepszego zrozumienia odnośnych zjawisk, ale jest to proces sztuczny, metodyczny, nie zaś realne zjawisko psychiczne. Przeżycia wewnętrze stanowią jednolitą całość, którą można rozdzielić jedynie w drodze abstrakcyi, w rzeczywistości stanowią one nierozerwalne cząstki jedynego bytu psychicznego, w którym elementy woli mają znaczenie pierwszorzędne. „Inne elementy“ mówi Wundt „są zawsze składnikami pełnego procesu woli i nie mogą być przeciwstawiane woli w podobny sposób, jak ta ostatnia z punktu widzenia analizy psychologicznej, może być oddzielona od wyobrażeń“ [1]). Zdaniem Sigwarta „istnieje przewaga woli

[1]) Wundt: „Logik“ 1908, III tom, str. 160.

także w dziedzinie teoretycznej“ [1]). „Wszelkie myślenie“ mówi Windelband „znajduje się w całym swym przebiegu bez wyjątku pod wpływem woli“ [2]). Najbardziej krańcowym wyrazem tej tendencyi jest pragmatyzm (James, Schiller, Jerusalem), który pragnie stosować do sądów naszych kryteryum pożytku praktycznego, realizacyę pewnych celów życiowych. Prąd ten znajduje coraz więcej zwolenników i zaczyna wywierać wpływ na całą naukę współczesną.

Nie tylko jednak myśl filozoficzna mogła zwrócić uwagę pracowników na fakty, stanowiące podłoże zasadniczą przesłankę nowego kierunku. Niewłaściwem byłoby przypisywanie filozofii dominującej roli w rozwoju prawoznawstwa. Wiedza filozoficzna, jak wiadomo, nie cieszy się wielkiem uznaniem wśród prawników i nawet taki wybitny umysł, jak Ihering, dopiero pod koniec życia zrozumiał jej znaczenie i ubolewał publicznie nad brakami w tym kierunku. Ale fakty, życie praktyczne przemawiają żywo do prawników i wywierają wpływ o wiele silniejszy. Faktów takich dostarczyło sporo ubiegłe stulecie i lata ostatnie. Życie społeczne zapewne nigdy nie płynęło tak wartkim prądem, jak w okresie powyższym. Rozległe zdobycze techniczne, zmieniające się warunki ekonomiczne i kulturalne wytwarzają coraz to nowe potrzeby społeczne i postulaty w kierunku prawnym. Staje się jasnem, iż ustawy nie mogą nadążyć za życiem. Każda ustawa jest z natury swej konserwatywną i jest, ściśle biorąc, przestarzałą już w chwili powstania. Ujmuje ona w stałe normy zjawiska i czynniki działające podczas jej tworzenia. Ale przyszłych faktów i zmian przewidzieć nie jest w stanie i nowym stosunkom odpowiadać nie może. Montesquieu zdawał sobie z tego sprawę i dlatego radził ustawy często odnawiać, ażeby wszystkie wynikające kwestye mogły być jedynie

[1]) Sigwart: „Logik“, II t. str. 25.
[2]) Windelband: „Präludien“ str. 265.

przez ustawę rozstrzygnięte. Tu znowu życie zadało kłam teoryi. Wykazało ono trudności techniczne i praktyczną niemożliwość ustawicznych reform prawnych. Powstanie powszechnego kodeksu niemieckiego było jaskrawym dowodem, jak długiemi i mozolnemi drogami dochodzi się do tworzenia ustaw, ogarniających obszerniejsze dziedziny życia społecznego. Jasnem jest, że ten środek doprowadzić do celu nie może i liczenie tylko na aparat ustawodawczy byłoby bezpłodne. Należy poszukać innego czynnika pośredniczącego między ustawą a nowemi wymaganiami życia i rolę tę już obecnie w praktyce (nie w teoryi) spełnia stan sędziowski.

Z drugiej strony wychodziła coraz silniej na jaw przepaść dzieląca społeczeństwo od zawodowych prawników. Podczas gdy w czasach rzymskich, w średniowieczu i okresie odrodzenia istniał blizki kontakt pomiędzy narodem a prawem, podczas gdy w Anglii ta łączność została silnie zachowana, w Europie środkowej państwo absolutne, a następnie konstytucyjne uczyniło z prawa system abstrakcyjnych, nieznanych ogółowi norm, przeznaczonych dla urzędników spełniających rozkazy wszechwładnego ustawodawcy. Jakkolwiek szkoła historyczna głosiła, iż prawo jest wytworem ducha narodowego, że prawnicy są jedynie wyrazicielami duszy narodowej, to w rzeczywistości prawo było kształtowane wedle wzoru rzymskiego bez względu na odrębność terenu regulowanego. Prócz tego metoda szkoły historycznej spowodowała rozdzielenie teoryi od praktyki, nauki od faktycznego wymiaru sprawiedliwości. Prawoznawstwo niemieckie XIX wieku bardzo niewiele zajmowało się przepisami obowiązującymi, zwracało się najchętniej ku przeszłości, czasom rzymskim, staro-niemieckim i podobnym był system studyów uniwersyteckich. Badano historyę dla samej historyi, traktowano ją jako cel, nie jako środek. Z chwilą wprowadzenia kodeksu nowego musiało się to zmienić. Szereg sił wybitnych został od

historyi oderwany i zwrócił się do prawa obowiązującego, do teraźniejszości. Rozdźwięk pomiędzy nauką a praktyką stopniowo znika, a wraz z tem powstają odpowiednie wymagania od wiedzy prawnej, o którą się tak mało poprzednio troszczono.

Wreszcie w krajach o wczesnej wyczerpującej kodyfikacyi, jak Francya lub Austrya, doświadczenie wykazało, iż istnienie obszernych ustaw nie wystarcza dla zapewnienia stałego i jednolitego wymiaru sprawiedliwości. Ideał Montesquieu'a „ażeby dziś sądzono tak, jak się sądzi jutro, ażeby wyroki były do tego stopnia stałe, by przedstawiały jedynie dokładny tekst ustawy“ [1]), nie został zrealizowany, okazał się niewykonalnym. Zarówno w sprawach drobniejszych, jak w kwestyach wielkiej wagi powstały liczne teorye, dochodzące na tle identycznego stanu faktycznego do odmiennych rezultatów prawnych. Względność interpretacyi przepisów obowiązujących uwydatniała się coraz wyraźniej. Historya stosowania prawa wykazuje stopniową ewolucyę odpowiadającą rozwojowi życia i jego potrzebom. Również kodeks niemiecki przyczynił się do wykazania granic władzy ustawodawczej i rozproszenia legendy o „logische Geschlossenheit des Rechts“ o wiele skuteczniej, niż to mogły uczynić liczne i rozproszone źródła prawa rzymskiego.

Wszystkie te i wiele innych czynników wytworzyły wyłom w tradycyjnem pojmowaniu, pewien sceptycyzm w kierunku rzekomego objektywizmu prawnego, ruch krytyczny w sprawie zadań i metod prawoznawstwa. Zaczęto rozumieć potrzebę rewizyi podstaw, na których się dotychczas opierano. Postulat ten podnoszony zrazu przez nieliczne głębsze umysły, wzbudzał coraz żywsze zainteresowanie, wreszcie przeszedł w ogólny prąd, ogarniający szerokie koła teoretyków i praktyków i stał się kwestyą aktualną. Jest rzeczą zrozumiałą, że prąd modernistyczny, jak wszelkie

[1]) Montesquieu: „Esprit des lois“ (XI—6).

świeże ruchy, nie posiada tak wyraźnych podstaw i jasnych zarysów, jak szkoły dawno istniejące, że istnieje tu wiele krańcowości, wiele pozornych sprzeczności, wiele złudzeń nieugruntowanych. Spróbujmy wydzielić z pośród licznej literatury zasadnicze jądro, stałe ziarno, tkwiące we wszystkich, a przynajmniej w znacznej większości wyrażanych poglądów modernistycznych i mające decydujące znaczenie dla całego kierunku.

Cztery są istotne momenty ruchu modernistycznego, mające znaczenie zasadnicze i leżące u podstawy wszystkich innych jego objawów: 1) moment krytyczno-stwierdzający, 2) moment teleologiczno-społeczny, 3) kult dla indywidualizmu, 4) idea prawa naturalnego (zreformowanego).

Punktem wyjścia prądu modernistycznego jest stwierdzenie istotnego charakteru jurysprudencyi oraz wyrokowania[1]). „Walka“ powiada jeden z głównych przedstawicieli modernizmu, Kantorowicz „ma znaczenie deklaracyjne, nie zaś konstytutywne“[2]). Należy rozstać się ze złudzeniem, jakoby ustawa, choćby najobszerniejsza, mogła przewidzieć wszystkie wypadki, do których winna być zastosowana. Kodeksy cywilne trwają stulecia, a życie ustawicznie się zmienia, warunki techniczno-ekonomiczne się modyfikują i jest rzeczą oczywistą, że żaden ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć przyszłych ukształtowań społecznych. Czy mógł kodeks Napoleona przewidzieć zastosowanie elektryczności i wszystkie stosunki, jakie na tem tle wynikną? Czy mógł uwzględnić rozwój produkcyi fabrycznej i nowożytnych środków komunikacyjnych? Nawet na gruncie niezmienionych warunków społe-

[1]) Ruch modernistyczny zajmuje się głównie działalnością sędziów; ponieważ jednak prawoznawstwo naukowe polega przeważnie na pracy przygotowawczej dla sędziego, przeto obie czynności pozostają w ścisłym związku.

[2]) Kantorowicz: „Kampf um die Rechtswissenschaft“ 1906 str. 9.

cznych niema tak genialnego ustawodawcy, któryby zdawał sobie sprawę ze wszystkich bez wyjątku stosunków, wszystkich konfliktów, wszystkich potrzeb prawnych. Życie jest zawsze bogatsze, wielostronniejsze od ustawy i wyłania wypadki, na które nie znajdujemy odpowiedzi. Istnienie luk w ustawie jest faktem niewątpliwym.

Zdaniem szkoły tradycyjnej należy w tym wypadku poszukać „woli ustawodawczej przypuszczalnej" i zapomocą „ekspansyi logicznej" pozorną lukę wypełnić. Środkiem ku temu są znane metody interpretacyjne, mające wyciągnąć z ustawy właściwą wolę legislacyjną. Modernizm stwierdza przedewszystkiem, iż „wola przypuszczalna" jest fikcyą, którą należy z nauki wyrugować, gdyż wytwarza ona złudzenie objektywizmu, nie istniejącego w rzeczywistości. Niepodobna bowiem określić z całą pewnością poglądów ustawodawcy z przed stu laty. Szukając woli fikcyjnej komentatorowie w rzeczy samej starają się odnaleźć wolę „racyonalną" najbardziej „celową". Wprowadzają więc do rozważań, obok przepisów ustawy, nowy moment, z natury rzeczy subjektywny, mianowicie racyonalności, celowości. Stąd rozstrzyganie w wypadkach wątpliwych zawiera w sobie zwykle poglądy na „wartość" tych lub innych decyzyj, stanowi zawsze (mówiąc językiem Rümelina) „Werturteile" i wnioski na podstawie „woli".

Stosowanie środków interpretacyjnych w celu znalezienia woli ustawodawczej wydaje się procesem naukowo-objektywnym. Jest to złudzenie, gdyż niema kryteryów objektywnych pod względem doboru tych środków. Metod interpretacyjnych jest wiele. Ale kiedy zastosować analogię, a kiedy argumentum a contrario? Kiedy tłómaczenie rozszerzające, a kiedy zwężające? Co uczynić w razie kolizyi przepisów? którą normę uznać za decydującą? Przy wyborze wchodzi w grę „racyonalność", „słuszność" otrzymywanych wyników i w ten sposób znowu mamy do czynienia z pierwiast-

kiem subjektywnym, z „sądami o wartości“ i z decyzyami opartemi na „woli“.

Wreszcię należy sobie zdać sprawę, że wszelka ustawa operuje i musi operować pojęciami. Pojęcie wprawdzie jest narzędziem umysłowem, niezbędnem dla oryentowania się w olbrzymim kompleksie zjawisk różnorodnych, ale narzędziem bardzo niedokładnem i niedoskonałem[1]). Treść pojęć (zwłaszcza pojęć abstrakcyjnych) nigdy prawie nie bywa odgraniczona tak ściśle, ażeby przestała budzić wątpliwości. Poza stałymi elementami tkwiącymi w każdem pojęciu, istnieje szereg punktów granicznych, zjawisk stojących na rubieży dwóch pojęć, stanowiących ogniwo przejściowe i mogących być zaliczonemi zarówno do jednej, jak do drugiej kategoryi. Zachodzi pytanie, czem się kieruje sędzia subsumując zjawiska życiowe pod to lub inne pojęcie prawne? Niewątpliwie mają tu miejsce inne czynniki (słuszności, celowości), nie wyłącznie przepisy ustawowe. Tu również zachodzą „sądy o wartości“ i decyzye oparte na „woli“.

Modernizm prawny przyjmuje więc, jako podstawę, fakt specyficznych właściwości prawoznawstwa i wyrokowania, polegających na niemożności wyrugowania pierwiastku subjektywnego, elementów wartości i wynikającej stąd woli. Każda kwestya sporna staje się swoistym problematem prawnym, którego rozwiązanie nie znajduje się w ustawie gotowe, tylko należy je stworzyć. Fikcye uważane za rzeczywistość przynoszą szkodę zarówno nauce, jak życiu. Należy krytycznie i otwarcie spojrzeć prawdzie w oczy i nie ukrywać faktów niewątpliwych. I dlatego modernizm prawny jest przedewszystkiem **krytyczno-stwierdzający.**

Drugą cechą nowego kierunku jest charakter społeczny i stąd, jako postulat nowoczesny, dewiza „Die sociale Jurisprudenz“ zamiast tradycyjnej „Begriffsjurisprudenz“ (w znaczeniu użytem przez Iheringa, (to

[1]) Bardzo cenne są w tej mierze wywody Petrażyckiego „Wstęp do nauki prawa i moralności“ Petersburg 1907 (po ros).

znaczy tworzenie pojęć abstrakcyjnych bez uwzględnienia konsekwencyj stąd wypływających i stosowanie ich przy rozstrzyganiu kwestyj prawnych bez względu na użyteczność otrzymanych rezultatów). Modernizm podkreśla zasadę celu każdej ustawy, która jest jedynie środkiem dla zaspokojenia potrzeb społecznych. Ponieważ ustawodawstwo zawiera liczne luki, sprzeczności, niedokładności, przeto wypełnianie tych braków, winno być przeprowadzone z punktu widzenia teleologicznego, mianowicie słuszności i pożytku społecznego. Ustawa nie jest celem sama w sobie i logiczna doskonałość systemu nie jest celem prawoznawstwa. Jeżeli sędzia nie znajduje wyraźnego przepisu ustawy, w takim razie winna mu być pozostawiona zupełna swoboda w wyszukaniu normy najodpowiedniejszej. Freie Rechtsfindung! Libre recherche scientifique! Nie przez abstrakcye i analizę logiczną, nie w drodze konstrukcyj misternych winien sędzia znaleźć właściwą decyzyę, lecz przez dokładną znajomość życia społecznego i jego potrzeb. Korzyść powszechna i sprawiedliwość winny stanowić jego dyrektywy. W ten sposób działalność sędziego staje się analogiczną do czynności ustawodawczej, z tą różnicą, że decyzya sędziego nie tworzy normy ogólnej, tylko szczegółową, dla regulowanego wypadku. Wobec tak szeroko pojętych zadań sędziego obowiązek należytego im odpowiedzenia staje się istotnie trudnym. Sędzia nie może ograniczyć się do dokładnej znajomości ustaw i literatury odnośnej, winien wychylić się poza ramy gabinetu urzędniczego i zbliżyć się do samego życia. Tylko gruntowna znajomość stosunków społecznych, dokładne badanie faktów i danych może umożliwić wydanie właściwego wyroku. Niezbędnem tu jest oryentowanie się we wszystkich tych czynnikach, które wytwarzają kulturę nowoczesną, a więc znajomość zarówno faktycznego ustroju politycznego, leżącego u podstawy wszystkich instytucyj, wyrażającego się w ustawach i zwyczajach, za-

równo współczesnej organizacyi ekonomicznej, jak idei moralnych, religijnych, działających w społeczeństwie i domagających się uwzględnienia. W tym kierunku pomocne mu będą współczesne zdobycze ducha ludzkiego, stanowisko i wyniki wiedzy nowożytnej. Prawnik winien znać rezultaty nauk ekonomicznych, etyczno-filozoficznych, psychologicznych, a także sięgnąć do nauk technicznych, ażeby mieć jasny pogląd na ukształtowanie cywilizacyi współczesnej i jej wymagania. Przedewszystkiem doniosłe znaczenie ma socyologia, jako nauka obejmująca całość życia społecznego, która wprawdzie dziś jeszcze nie zdobyła zupełnie trwałych podstaw i pewnej metody, lecz od której można się wiele w przyszłości spodziewać. „Należy" mówi Gény „o wiele mniej liczyć na czystą logikę, zupełnie bezpłodną samą przez się, o ile nie operuje materyałem realnym, natomiast zwrócić się do nauk i metod, które zmierzają do wykrycia substancyi czynnej i płodnej, obserwując, analizując, tłómacząc całe życie społeczne ludzkości". Moment interesu, rozwinięty przez Iheringa, jest bardzo silnie podkreślany przez wielu modernistów. Rozstrzyganie kwestyj spornych przypuszcza rozumienie interesów wchodzących w grę i dążenie do ich równowagi z punktu widzenia dobra społecznego. Chodzi tu o udzielenie sankcyi państwowej tym interesom, które mają większe znaczenie. Określenie praw indywidualnych może nastąpić najłatwiej przez zbadanie celów ogólnych ekonomicznych i społecznych, oraz porównanie ich znaczenia z wagą interesów tym celom się sprzeciwiających. Już dzisiaj w praktyce ma miejsce uwzględnianie rozmaitych momentów teleologicznych, ale jest zwykle przyoblekane w formę dialektyki konstrukcyjnej i w ten sposób hamowane i paczone.

Moderniści żądają wprowadzenia czynników społecznych w wyżej podanem znaczeniu również do studyów uniwersyteckich. Występują oni przeciw jednostronnemu historyzmowi i „jurysprudencyi pojęć", żą-

dając większego uwzględnienia dzisiejszych stosunków społecznych. Należy patrzeć nie tylko poza siebie, ale również przed siebie i w przyszłość. Należy dbać nie tylko o harmonijność systemu i konsekwencyę konstrukcyj prawnych, ale również o ich zdolność zaspakajania istniejących potrzeb społecznych. Obok znajomości ustaw winien młody prawnik uczyć się znajomości ludzi i znajomości życia społecznego. Psychologia, ekonomia polityczna, socyologia, oraz ich zastosowania winny stanowić część nieodzowną studyów prawnych. Z tem się łączy żądanie specyalnie silnie podkreślane przez Ehrlicha, badania norm prawnych nie tylko w ich abstrakcyjnej, teoretycznej formie, ale również w życiu rzeczywistem. „Norma prawna nie jest sztywnym dogmatem, ale siłą żyjącą". Zadaniem prawoznawstwa jest przedstawić prawo tak, jak ono faktycznie obowiązuje i działa. Kto zna tylko „wolę ustawodawcy", ten nie zna faktycznie istniejącego prawa. Dogmatycznemu pojmowaniu winno być, zdaniem Ehrlicha, przeciwstawione pojmowanie dynamiczne, rozpatrujące prawo w jego działaniu rzeczywistem.

Społeczny charakter przejawia również postulat demokratyzacyi prawa, zbliżenia go do szerokich mas. Prawo winno być z jednej strony ubrane w formę dostępną i zrozumiałą dla wszystkich warstw, z drugiej — winno co do treści być wykładnikiem świadomości prawnej społeczeństwa i w ten sposób zachować ścisły kontakt z narodem. Obecne prawoznawstwo wytworzyło szeregi swego rodzaju arystokratów duchowych, kastę odrębną, nie rozumianą przez ogół i tego ogółu nie rozumiejącą. Należy dążyć do stanu istniejącego niegdyś w Rzymie. Zaufanie i kult dla prawa może powstać tylko na tle jego znajomości. Tu również występuje żądanie: „Die sociale Jurisprudenz", nie „Begriffsjurisprudenz".

Trzecim momentem zasadniczym dla modernizmu prawnego, momentem nie tak wyraźnym, jak poprzednie, jednak stale w rozmaitych formach wy-

stępującym jest przekonanie, o istnieniu prawa niepozytywnego, istniejącego poza ustawą, które winno być miarodajne dla sędziego przy wypełnianiu luk ustawowych. „Nowe pojmowanie prawa“ mówi Kantorowicz „przedstawia się jako odrodzenie prawa naturalnego, w zmienionej formie“ [1]). Dziwna zagadka historyi! Zwalczane przez szkołę historyczną, przez empiryzm XIX stulecia, przez pozytywizm nowoczesny, prawo naturalne, zdawało się, ustąpiło z terenu prawnego i przeszło do archiwum przeszłości. Wkońcu wieku ubiegłego Bergbohm poświęcił spory szmat życia (niewdzięcznemu, jak się okazuje) zadaniu szukania i wykrywania szczątków tej utopii w rozmaitych formach ukrytej, ażeby ją raz na zawsze i doszczętnie z nauki prawa wyrugować. Tymczasem obecnie widzimy znów silne odradzanie się idei skazanej na zagładę. A jeżeli sobie uprzytomnimy z historyi, że myśl o prawie naturalnem właściwie nigdy zupełnie nie znikała, że w społeczeństwie, poza sferą prawników zawodowych, idea ta wciąż żyje i działa, to powstaje ciekawe pytanie, czy nie mamy tu do czynienia z faktem socyologicznym, ze zjawiskiem społeczno-psychicznem, które się tylko w różnych formach przejawia, ale w istocie swej jest z naturą ludzką nierozerwalnie związane. Tej kwestyi jednak rozwijać tu nie będziemy, gdyż zaprowadziłaby nas za daleko, ograniczymy się do stwierdzenia stałego faktu powoływania się na prawo nie-pozytywne wśród modernistów prawnych. Różnica od dawnego prawa naturalnego jest łatwa do ujęcia. Nie uważa się go za stałe, niezmienne, niezależne od warunków czasu i przestrzeni, lecz przeciwnie za zależne od stosunków ekonomiczno-społecznych, politycznych, od stanu cywilizacyjnego, od kultury danego okresu. Nie ma ono mocy obowiązującej (jak twierdziła dawna szkoła) na równi z ustawą, a nawet ponad ustawą, tylko posiada znaczenie posiłkowe, wypełniając luki ustawowe.

[1]) Kantorowicz: Ibidem, str. 10.

Mniej jasnem jest określenie pozytywnego charakteru i pozytywnej treści nowożytnego prawa naturalnego, co jest zresztą zrozumiałem, jeżeli się zważy trudności i komplikacye tego zagadnienia. Najdalej się posuwa w tej mierze prof. Gény, który zresztą łączy prawo naturalne z zasadą sprawiedliwości. Przyjmuje on istnienie niektórych czynników etycznych niezmiennych w czasie. „Poza i ponad pozytywną naturą rzeczy, złożoną z elementów materyalnych i zmiennych, istnieje wyższy porządek rzeczy, składający się z zasad rozumowych i bytów moralnych niezmiennych [1]). Ustawa jest tylko jednym z wyrazów prawa istotnego, które może i powinno spełniać swoją rolę również poza ustawą. Kantorowicz uznaje istnienie prawa, „które pretenduje do mocy obowiązującej niezależnie od władzy państwowej i nazywa je „freies Recht". Najwyraźniej stawia kwestyę prof. Zoll, który „prawem prawem" nazywa zasady i prawidła, które w danej chwili uważać należy ze względu na „naturę rzeczy" za najlepsze i najodpowiedniejsze, za ideał norm prawnych", przyczem sądzi, iż w danej chwili w danem społeczeństwie może być prawo sprawiedliwe tylko jedno" [2]) Staje się ono źródłem prawa obowiązującego przez interpretacyę, która się niem winna posługiwać.

Sama dewiza nowego kierunku: „Freie Rechtsfindung!" zawiera w swej treści supozycyę istnienia prawa poza ustawą, które to prawo odnaleźć należy. Ściśle biorąc, należałoby tu raczej mówić o „tworzeniu prawa i właściwszemby było hasło „Freie Rechtsschöpfung!" [3]).

Czwartym momentem zasadniczym dla prądu modernistycznego jest pewien kult dla indywidualizmu

---

[1]) Gény: „Methode d' interprétation" str. 481.

[2]) Zoll: „Austryackie prawo prywatne. Część ogólna" 1909 str. 28.

[3]) Cenne są w tej kwestyi uwagi prof. Radbrucha „Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung" (Archiv für Socialwiss. und Socialpolitik 1906).

w czynności sędziego. Pod tym względem nowy kierunek stanowi zupełne przeciwieństwo epoki Montesquieu'a, kiedy dążono do wyrugowania indywidualnych właściwości z umysłu sędziego, do takiej organizacyi sądownictwa, by sędzia spełniał rolę maszyny, aparatu pośredniczącego pomiędzy ustawą a wymiarem sprawiedliwości. Moderniści powołują się stale na Anglię i na znaczenie, jakiem się cieszą w tym kraju wybitni sędziowie[1]). Żądają oni zmniejszenia ilości sędziów, ale lepszego doboru, wychodząc z założenia, iż wybitne osobistości przyczynią się skuteczniej do rozwoju prawa, niż przeciętne umysły. Podobnie jak prawo naturalne przeciwstawiało swego czasu państwu niepozbywalne prawo człowieka, tak obecnie modernizm prawny przeciwstawia sztywności i formalizmowi norm państwowych swobodną ocenę sędziów, mogących każdy wypadek traktować odmiennie, wprowadzających indywidualizacyę zamiast szablonu. Modernizm zdaje sobie sprawę, iż podobne traktowanie wprowadza subjektywizm i pewną dowolność, sądzi jednak, że spowoduje to lepsze rezultaty, niż sztywność ustaw i szablonowość wyrokowania, przy której również niepodobna subjektywizmu w zupełności usunąć. Niewątpliwie jednak zaznaczona tendencya indywidualistyczna łączy się z zaufaniem do dzisiejszych przedstawicieli stanu sędziowskiego.

Prócz tych elementów zasadniczych, spotykanych we wszystkich prawie rozprawach modernistycznych i łączących przedstawicieli nowego kierunku w jeden zwarty obóz, istnieje wiele innych postulatów i poglądów, dzielących ruch omawiany na grupy wewnętrzne. Podnoszone więc bywają również żądania de lege ferenda: rozszerzenia swobody sędziego przez samą ustawę, tworzenia ustaw w formie ogólnych

[1]) Że stosunki angielskie są w Niemczech niedokładnie znane i znacznie przecieniane, wykazuje prof. Gerland: „Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England" 1910.

linij wytycznych, nie zaś szczegółowych przepisów, reformy procesualnej w kierunku usunięcia formalności zbytecznych, reformy administracyi sądowej i t. d. Domagają się dalej niektórzy unarodowienia języka prawnego, uczynienia go zrozumiałym dla szerokiego ogółu, reformy studyów prawnych, tudzież dania możności dalszego kształcenia się starszym praktykom-prawnikom, podniesienia społecznego stanowiska sędziów etc. W miarę jednak rozwoju ruchu występują na pierwszy plan zasadnicze kwestye krytyczno-metodologiczne i skupiają wokół siebie coraz liczniejsze koła, w ten sposób wytwarza się większa wyrazistość i jasność postulatów.

Natomiast niesłusznym jest stawiany modernistom zarzut, że uważają za możliwe wyrokowanie contra legem. Obecnie, kiedy ogólne linie nowego prądu się sprecyzowały, wyjaśniła się również w tym kierunku sytuacya i podobne rewolucyjne poglądy, które istotnie poprzednio istniały, zostały zmodyfikowane lub cofnięte [1]). Staje się jasnem, że chodzi o metodę rozstrzygania kwestyj, praeter legem, nie contra legem. Nieuzasadnionym byłby również zarzut, że moderniści pragną wyrugować z nauk prawnych operowanie pojęciami, gdyż w rzeczywistości chodzi tu jedynie o tworzenie takich pojęć, jakie najskuteczniej odpowiadają potrzebom społecznym.

Mówiłem dotychczas o przyczynach nowego prądu, jego charakterze ogólnym i istotnych momentach, starałem się możliwie objektywnie przedstawić jego zasadnicze właściwości, sprobujmy obecnie zająć stanowisko krytyczne, zapytajmy się o racyonalność i wartość nowej metody w stosunku do tradycyjnych poglądów. Zaznaczam wszakże, iż nie chodzi mi bynajmniej o ocenę ze stanowiska prawno-politycznego, o uznanie konieczności powszechnego wprowadzenia nowej meto-

[1]) Por. Kantorowicz: „Die Contra-legem Fabel" (Deutsche Richterzeitung 1911 N. 8).

dy, albo też o kategoryczne odrzucenie. Kwestya ta pozostaje w ścisłym związku z materyałem ludzkim, wyrokującym według nowych zasad, z dojrzałością i bezpartyjnością stanu sędziowskiego. Inaczej więc może należałoby tę kwestyę rozstrzygnąć w stosunku do Rosyi, a inaczej ze względu na Niemcy, Austryę lub Francyę. Dokładna znajomość terenu musi wyprzedzić wydanie jakiegokolwiek sądu.

Chodzi o co innego. Obok prawno-politycznego możliwym jest jeszcze inny punkt widzenia, możliwem jest rozpatrzenie nowego prądu ze stanowiska prawno-filozoficznego, ze względu na istotę i zadania prawa. Zobaczymy wówczas, że kierunek modernistyczny, by stał się prądem istotnie prawnym, musi uledz pewnemu pogłębieniu, pewnej modyfikacyi, że zawierając cenne pierwiastki, nie sprecyzował ich należycie, że posuwa się zbyt daleko w krytyce szkoły tradycyjnej. Zachowując elementy teleologiczne niezbędnem jest wprowadzenie pierwiastku objektywnego, któryby chociaż częściowo czynił zadość postulatowi bezpieczeństwa prawnego.

Nie zapuszczając się w spekulacye metafizyczne ani też dedukcye racyonalistyczne, opierając się jedynie na powszechnej świadomości prawnej czasów nowożytnych, stwierdzić możemy, że do istotnych elementów prawa należy nie tylko sankcya społeczno-państwowa, lecz również dwa inne składniki, mianowicie celowość społeczna oraz stałość, określoność przepisów normujących.

Słabą stroną szkoły tradycyjnej było pewne zaniedbanie, usunięcie na plan dalszy pierwszego ze wspomnianych czynników prawnych: celowości społecznej. Dominowała logika, chodziło o konsekwencyę, harmonijność systemu, subtelną analizę pojęciową. Realne potrzeby społeczne cierpiały na tem podwójnie: raz dlatego, że wolę ustawodawcy konstruowano w formie kategoryj abstrakcyjnych, często niedopasowanych

do konkretnych okoliczności faktycznych, odwrotnie, wtłaczających życie w ramy formuły: powtóre dlatego, że podstawą konstrukcyj i wyrokowania była przypuszczalna wola ustawodawcy niekiedy bardzo oddalonego od czasów obecnych i warunków współczesnych, skutkiem czego wola ta nie mogła być miarodajna dla stosunków dzisiejszych. Oczywiście pomijam tu konstruowanie „przypuszczalnej woli ustawodawcy, gdyby znał dzisiejsze warunki", gdyż jest to proceder sztuczny, poza którym ukrywa się supozycya, że ustawodawca postępowałby „racyonalnie", przyczem wkłada się w to ostatnie pojęcie swoje własne poglądy.

Ujemną stroną kierunku modernistycznego jest osłabienie czynnika drugiego, niemniej dla prawa istotnego, mianowicie stałości, objektywności norm tworzonych (wypełniających luki ustawowe). Modernizm domaga się zwolnienia sędziego z pęt ustawy, ale nie określa, w jakim kierunku winna się jego działalność zwrócić, nie daje objektywnych dyrektyw przy rozstrzyganiu kwestyj spornych. Wprawdzie nie brak wśród modernistów rozważań i wskazówek w kierunku czynników, które się winno uwzględnić przy tworzeniu prawa. Przeważna część kapitalnej pracy prof. Gény, polega na wyszczególnianiu i analizie tych wszystkich momentów i okoliczności, które winny odgrywać rolę przy określaniu normy prawnej. Niepodobna zaprzeczyć, że wszystkie mają pewne znaczenie, ale należy zdać sobie sprawę, że wszystkie noszą charakter subjektywny: nawet wyniki nauk społecznych, na które tak bardzo liczy prof. Gény, o ile przestają być wiedzą teoretyczną, a stają się praktyczną (to znaczy o ile przestają badać to, co jest, a określają, co być powinno), nabierają charakteru subjektywnego. Swobodne określanie celowości prawnej i subjektywizm w ocenie są rzeczami nierozdzielnemi.

Niektórzy moderniści uważają, iż objektywny charakter prawa tworzonego opiera się na zbadaniu „natury rzeczy". „Natura rzeczy rozpatrywana jako źródło

prawa pozytywnego opiera się na tym postulacie, że stosunki życia społecznego noszą w sobie warunki ich równowagi i wykrywają, że tak powiem, same normę, która winna nimi rządzić"[1]). Pogląd ten jest refleksem filozoficzno-socyologicznej teoryi, powstałej na gruncie francuskim i znanej pod nazwą solidaryzmu. Spotykamy pogląd powyższy dość często w nowszej literaturze, jednakże grzeszy on zapoznaniem istotnego charakteru odnośnego zjawiska. „Naturą rzeczy" nazywamy nie tylko ogół okoliczności faktycznych, odnoszących się do pewnego zakresu, lecz również uwzględnienie ich znaczenia z punktu widzenia wartości, a ten ostatni moment musi być subjektywny. Niezaprzeczenie zbadanie natury rzeczy, natury pewnych zjawisk zmniejsza subjektywizm o tyle, że wytwarza znajomość wszystkich faktów odnośnych, że więc sądy o wartości opierają się na zbliżonym materyale doświadczalnym i wskutek tego mniej od siebie odbiegają. Przypuszczenie jednak, jakoby znajomość tych okoliczności faktycznych mogła wytworzyć jedną tylko objektywną normę postępowania, utrzymać się nie da. Subjektywizm również z tego stanowiska jest nieusuwalny.

Inni moderniści stawiają kwestyę bardziej radykalnie. Nie dają oni żadnych dyrektyw, nie stawiają żadnych kryteryów. Sędzia winien mieć zupełną wolność, niczem nieskrępowaną swobodę. Zwolniony z pęt konstrukcyj logicznych sam znajdzie najwłaściwszą normę. „Wtedy będzie urzeczywistniony ideał bezpartyjności(?), gdyż partyjność sędziego jest wynikiem jedynie nieznajomości społecznych faktów i poglądów"[2]). Jeżeli sędzia będzie miał wzrok zwrócony nie na teoryę, lecz na samo życie, to najlepiej zrozumie i odczuje istotne potrzeby społeczne oraz określi normę

[1]) Gény: „Méthode d'interpretation", str. 469.
[2]) Kantorowicz: Ibidem, str. 46.

najbardziej celową, znajdzie prawo najodpowiedniejsze.

Czy jednak stanowisko podobne może być nazwane prawnem? Czy nie jest ono zaprzeczeniem istotnej cechy prawa: stałości norm tworzonych? Czy nie jest uznaniem zupełnej dowolności, zupełnego subjektywizmu sędziego? Czy nie wytworzyłoby anarchii przy wymiarze sprawiedliwości? Moderniści przypuszczają, że uwzględnienie potrzeb społecznych spowoduje objektywizm przy wyrokowaniu. Jest to oczywiście złudzenie, nie wytrzymujące próby doświadczenia. Nawet wśród fachowców, poświęcających się w zupełności studyom odnośnym, wykazuje życie ogromne różnice w poglądach na potrzeby społeczne i zadania prawne. A cóż dopiero laicy? Możnaby prawie powiedzieć, quot capita tot sensus. Jeżeli zapatrywania na politykę społeczną wogóle są tak różnorodne, to tembardziej komplikuje się sprawa przy wymiarze sprawiedliwości i niejednokrotnie jest bardzo trudno określić, jaki skutek społeczny wywoła to lub inne rozstrzygnięcie. Jeżeli istnieje w wielu punktach zgodność poglądów co do potrzeb społecznych, to ileż jest innych spornych, nieraz bardzo zasadniczych! Kierunek modernistyczny w swoich krańcowych przejawach umożliwia (przynajmniej w zasadzie) sędziemu wydawanie wyroków, przeczących w sposób jaskrawy podstawom dzisiejszej organizacyi prawnej (o ile nie stoi na przeszkodzie wyraźny przepis ustawowy), negujących powszechne poczucie prawne, jedynie dlatego, że pogląd danego sędziego uznał to za najwłaściwsze. Stanowiko modernistów nie da się pogodzić z zasadą bezpieczeństwa prawnego. Ze stanowiska społecznego korzystniejsze są złe przepisy, ale określone i stałe, niż anarchiczna samowola sędziów. Brak wszelkich linij wytycznych i wszelkich granic przy wyrokowaniu stanowi dużą lukę w nowym programie. Nie wystarcza zwykła odpowiedź modernistów, że przy metodzie tradycyjnej również nie jest wykluczonym

subjektywizm. Chodzi bowiem o rozmiary i granice subjektywizmu. W szkole tradycyjnej subjektywizm przejawia się w odmiennem rozumieniu ustawy, jednakże tu celem jest możliwie najbliższe dopasowanie wyroku do przepisów ustawowych, do ratio legis, do ducha ustawy. W kierunku nowym subjektywizm wynika z rozmaitych poglądów społecznych. W pierwszym wypadku mamy subjektywizm ograniczony, w drugim — subjektywizm nieograniczony[1]).

Stoimy zatem wobec dylematu dwóch kierunków, z których każden czyni zadość jednemu tylko z istotnych elementów prawa. Pierwszy staje w obronie bezpieczeństwa prawnego, drugi — celowości społecznej. Zachodzi obecnie pytanie, czy kolizya powyższa jest nieunikniona, czy niezbędnem jest poświęcenie jednego z tych istotnych elementów? Sądzę, że ta konieczność nie zachodzi, że kierunek modernistyczny, zachowując swoje zalety realno-społeczne, wymaga pewnego pogłębienia, pewnej modyfikacyi w celu uzyskania tej właściwości, jaka mu dotąd brakuje: objektywizmu. Ażeby jednak rozstrzygnąć daną kwestyę, musimy sięgnąć do faktycznego źródła wszelkich wyroków, do podstawy wytwarzającej decyzye — do psychiki sędziego.

Jeżeli sprobujemy zanalizować głębiej psychikę sędziego przy wydawania wyroków, to znajdziemy tam trzy zasadnicze składniki, odpowiadające trzem stronom naszego życia duchowego: 1) intelekt (rozumowanie logiczne), 2) uczucie, 3) wolę. Każdy z tych czynników odgrywa pewną rolę, a jakkolwiek życie psychiczne człowieka przedstawia jedną całość niepo-

[1]) „Postulowana swoboda w stosowaniu prawa utworzyłaby w rzeczywistości, prócz teoretycznego paralogizmu, stałe niebezpieczeństwo dla wolności prawnej obywateli, której warunkiem najbardziej zasadniczym jest pewność prawna, i w szczególności, niewzruszony autorytet ustawy". (Del Vecchio „Sulla positivita come carattere del diritto" — Prolusione al corso di Filosofia del diritto, Febraio 1911).

dzielną, to jednak, w celu zbadania tych procesów psychicznych, musimy je w drodze abstrakcyi wyodrębnić i zdać sobie sprawę z ich istotnego charakteru.

Działanie intelektu polega z jednej strony na porównaniu faktycznego stanu z przesłankami, wyrażonemi w ustawie, z drugiej — na wyciąganiu konsekwentnych wniosków z przepisów ustawowych. Jest to proces par excellence rozumowy, operujący sylogizmami logicznymi. Tutaj należy również szukanie woli ustawodawczej w wypadkach wyraźnie nieuregulowanych. Nie szukanie zapomocą przypuszczalnej „racyonalności, celowości“ woli ustawodawczej, gdyż jest to zamaskowany subjektywizm, wprowadzający w grę rozmaite, nie tylko rozumowe, pierwiastki; ale wyciąganie wniosków zapomocą ogólnych zasad, podstaw, wynikających z samych norm, zapomocą ratio legis wywnioskowanej z danej ustawy. Kierunek tej czynności jest wprost odwrotny, jak wyciąganie wniosków bezpośrednich z przepisów istniejących. W pierwszym wypadku wnioskuje się ze skutku na przyczynę, w drugim z przyczyny na skutek. Jest to proces konstrukcyi logicznej, uznanej przez szkołę tradycyjną za jedynie decydujący, proces intelektualny, bez domieszki innych pierwiastków. W praktyce wszakże funkcyonuje on rzadko w czystej formie, tylko łączy się z innymi czynnikami psychicznymi.

Obok intelektu elementem biorącym udział (świadomy lub nieświadomy) w tworzeniu decyzyi prawnej jest wola. Przejawia się ona w fakcie uwzględniania celu danego wyroku, danej normy indywidualnej, świadomości skutków społecznych, jakie dana, określona przez sędziego, reguła wywoła i w chęci wytworzenia tych skutków. Jeżeli zatem sędzia rozstrzygając spory między kupcami bierze pod uwagę wpływ, jaki okaże na rozwój handlu ta lub inna decyzya (gdyby się stała normą ogólną), to dowodzi, że uznaje on ten rozwój za pożądany ze stanowiska polityki prawnej i ma „wolę“ poparcia danej funkcyi

społecznej. Jeżeli w zatargach między robotnikami a pracodawcą uwzględnia potrzeby przemysłu krajowego, to znów występują decyzye oparte na momencie „woli". Szkoła tradycyjna negowała w zasadzie istnienie elementu „woli" przy wydawaniu wyroków prawnych, gdyż sprowadzała wszystko do czynników logicznych, rozumowych, badania „woli ustawodawcy" bez względu na konsekwencye i oceny subjektywne. W praktyce jednak działo się inaczej i zupełne wyeliminowanie czynnika celowości w tej dziedzinie okazuje się niemożliwem. W Anglii obowiązuje zasada, że sędzia nie jest związany nawet ustawą, jeżeli prowadzi ona do niedorzecznych konsekwencyj. Istnieje więc tam reguła: „lex falsa lex non est" [1]! Na kontynencie obowiązuje w zasadzie reguła: „lex falsa lex est", jednak w praktyce bywa przez rozmaite środki modyfikowana, a dzieje się to przez działanie czynnika „woli".

Trzecim elementem, mającym doniosłe znaczenie przy wydawaniu decyzyj prawnych, jest czynnik uczuciowy, mianowicie poczucie prawne. Polega ono na odruchowem, impulsywnem reagowaniu na postępki ludzkie z punktu widzenia prawnego, uważanie ich za prawne lub bezprawne, za zgodne z normami powszechnie obowiązującemi lub też nie. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że sędzia rozpatrując czyny ludzkie, stanowiące substrat kwestyi spornej, ulega odruchowej uczuciowej reakcyi, przeważnie nieświadomej, która go jednak bezwiednie skłania do takiego lub innego wyroku. Nawet taki pozytywista, jak Ihering, skłonny do tłómaczenia wszystkiego świadomym celem, uznaje, że „poczucie słuszności wyprzedza z reguły poznanie" [2]). Poczucie prawne posiada doniosłe znaczenie w funkcyonowaniu życia społecznego i organizacyi prawnej. Trudno nawet wyobrazić sobie normalne współżycie ludzi bez tego czynnika. Pozosta-

[1]) Gerland: „Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England" 1910, str. 21.

[2]) Ihering: „Geist des römischen Rechts" II. Teil, str. 353.

wanie bowiem w zgodzie z prawem szerokich mas społeczeństwa nie polega bynajmniej na dokładnej znajomości przepisów, co jest niemożliwe, tylko na kierowaniu się poczuciem prawnem, zaszczepionem przez dane środowisko. Wychowanie społeczne wytwarza w nas szereg odnośnych impulsów, wskazujących postępowaniu właściwą drogę.

Połączenie poczucia prawnego z faktycznem stałem postępowaniem w pewnym kierunku powoduje owe skomplikowane zjawisko prawa zwyczajowego, które bywa tak różnorodnie tłomaczone. Ta opinio necessitatis, na którą się autorowie prawa zwyczajowego często powołują, polega w gruncie rzeczy na opinis iuris, jest poczuciem prawnem. Bez tego czynnika istnienie prawa zwyczajowego i odróżnienie od zwyczai faktycznych wytłómaczyć się nie da. Umożliwia ono również zrozumienie prawa zwyczajowego dyspozytywnego.

Nie mogę wchodzić bliżej w kwestyę genezy, powstania poczucia prawnego. Nie ulega jednak wątpliwości, że pogląd Iheringa „Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht erzeugt, sondern das Recht das Rechtsgefühl“ [1]) nie odpowiada faktom. Antropologowie i socyologowie (Tylor, Maine, Durkheim, Worms etc.) stwierdzają zgodnie, że wszystkie społeczeństwa, nawet na najniższym stopniu rozwoju się znajdujące, posiadają normy prawne, jakkolwiek nieliczne, jednak powszechnie obowiązujące. Nie znamy i nie możemy sobie wyobrazić społeczeństwa bez prawa. Ponieważ zaś primytywne prawo jest prawem zwyczajowem, a to ostatnie zawiera w sobie element poczucia prawnego, przeto pomiędzy prawem a poczuciem prawnem nie może być przeciwstawienia w czasie i kwestya powstania poczucia prawnego sprowadza się do kwestyi powstania prawa. To ostatnie pytanie jednak nie może być przy dzisiejszym stanie wiedzy w sposób

[1]) Ihering: „Der Zweck im Recht“ I. tom, str. X.

zadowalający rozstrzygnięte, gdyż niepewną jest kwestya pochodzenia człowieka i pierwszych grup społecznych. Jedynie dokładna znajomość pochodzenia człowieka i powstania społeczeństwa ludzkiego może umożliwić produkcyjne, socyologiczne zbadanie genezy prawa i poczucia prawnego. W danym wypadku, zresztą nie ma to decydującego znaczenia. Nam wystarcza stwierdzenie faktu istnienia poczucia prawnego u wszystkich społeczeństw, we wszystkich okresach.

Widzimy je przy wymiarze sprawiedliwości w rozmaitych formach. Przeważnie występuje ono nieświadomie, wyprzedzając argumenty rozumowe. Wiemy z historyi, że słynny prawnik Bartolus najpierw rozstrzygał kwestyę, a potem prosił swego przyjaciela Tigriniusza o znalezienie odpowiednich miejsc w Corpus iuris, gdyż „posiadał słabą pamięć“. Często przejawia się poczucie prawne w osłonie „ogólnych zasad prawnych“, „natury rzeczy“, „słuszności“ i t. d. Zwłaszcza to ostatnie pojęcie bywa z poczuciem prawnem identyfikowane; niezupełnie właściwie, gdyż „słuszność“ jest pojęciem o wiele obszerniejszem, dotyczącem nie tylko postępowania, ale wielu innych przejawów życia (np. niesłuszne rozumowanie, niesłuszne życzenie) i oznacza ogólnie aprobatę, uznanie pewnych faktów, które mogą dotyczyć prawa, ale mogą być także niezależne [1]). Natomiast poczucie prawne jest zjawiskiem psychicznem, przejawiającem się w szczególności i wyłącznie ze względu na prawo i mającem duże znaczenie przy wyrokowaniu.

Poczucie prawne odgrywa doniosłą rolę także w dziedzinie funkcyi ustawodawczej. Tworzenie ustaw jest ze stanowiska psychicznego wypływem 2 czynników: względów celowości oraz poczucia prawnego. Zwłaszcza w zakresie ustaw cywilnych dominujące w danym czasie poczucie prawne występuje w całej pełni i wywiera wpływ decydujący na kształtowanie

[1]) Zwrócił na to słuszną uwagę prof. Zoll (część ogólna prawa pryw., str. 33), który jednak odmiennie kwestyę ujmuje.

norm obowiązujących. Niektórzy autorowie[1]) proponują wzmocnienie czynników teleologicznych przez wprowadzenie polityki cywilnej, jako nauki, któraby badała środki prawne, zapomocą których można dojść do pewnych celów społecznych i w ten sposób wskazywała ustawodawcy właściwą drogę. Powstanie takiej gałęzi wiedzy zmniejszyłoby rolę poczucia prawnego, ale usunąć go zupełnie nie może, gdyż względy celowe muszą również brać ten czynnik pod uwagę. Poczucie prawne zostało silnie uwzględnione przez szkołę historyczną; ta jednak pojmowała je jednostronnie, wykluczając zupełnie momenty teleologiczne i ubierając w mistyczną formę „ducha narodowego", skutkiem czego wytworzyła reakcyę pozytywistyczną, która wpadła w drugą krańcowość i zaczęła czynnik powyższy ignorować.

Poczucie prawne posiada nie tylko znaczenie twórcze, ale również krytyczne, burzące. W życiu politycznem spółczesnem, widzimy niejednokrotnie przejawy tego czynnika w stosunku do prawa obowiązującego. Słyszymy często opinie o „bezprawnej" ustawie (n. p. wywłaszczenie w zaborze pruskim), co nie oznacza nic innego, jak sprzeczność pomiędzy ustawą, a istniejącem poczuciem prawnem, jednostek lub grup społecznych narodów. Konflikt pomiędzy dominującem poczuciem prawnem, a prawem obowiązującem, o ile dochodzi do pewnego napięcia powoduje gwałtowną reakcyę, silny wybuch i wówczas mamy zjawisko rewolucyi. Z chwilą usunięcia poprzedniego porządku prawnego, czynnik poczucia prawnego, przedtem krytyczny, burzący, staje się twórczym, normatywnym, wskazuje właściwą drogę do nowej organizacyi prawnej. Nie można twierdzić, że czynnik ten jest jedynym, gdyż względy teleologiczne odgrywają również wielką rolę, lecz jest to element nieusuwalny, łączący się z innymi czynnikami, bądź świadomie, bądź bezwiednie.

[1]) Petrażycki: „Die Lehre von Einkommen". Anhang.

Dziwić się należy, że czynnik tak wielkiej wagi nie został dotąd w nauce należycie oceniony i zbadany. Istnienie samego faktu zostało jeszcze podkreślone przez Grotiusa, który mówi o prawie „ad quod a natura nostra nos duci sentimus“ [1]), jednak rozważania tego rodzaju były przeważnie traktowane przez filozofów prawa w sposób racyonalistyczny, czego najdobitniejszym przejawem jest teorya Kanta [2]). Bardzo często sprowadzano to zjawisko do przejawów bytu metafizycznego [3]). Indukcyjno-psychologiczne zbadanie charakteru i przejawów poczucia prawnego, jako faktu realnego, empirycznego, odgrywającego ogromną rolę zarówno na niższych stopniach kultury, jak w czasach dzisiejszych, nie zostało dotychczas w sposób gruntowny przeprowadzone [4]). Jedną z nauk przyszłości mogących oddać prawoznawstwu nieocenione przysługi jest psychologia prawna, która winna pozostawać w ścisłej łączności z socyologią prawną.

W nauce współczesnej utarło się zaliczanie poczucia prawnego do zjawisk etycznych, do dziedziny moralności. Petrażycki rozwija obszernie zapatrywanie, że prawo intuicyjne (termin ten oznacza u Petr. zjawisko bardzo zbliżone do tego, co my nazywamy poczuciem prawnem) jest identyczne ze sprawiedliwością, że dwa te pojęcia pokrywają się kompletnie. Oba zjawiska przedstawiają normatywne przeżycia psychiczne, mianowicie imperatywno-atrybutywne emo-

[1]) Grotius: „De iure belli ac pacis“, Proleg. § 18.

[2]) „Alle sittliche Begriffe völlig a priori in der Vernunft ihren Sitz und Ursprung haben; in dieser Reinigkeit ihrer Ursprunges eben ihre Würde liege“ (Grundleg. zur Metaphysik der Sitten, II. Abschn.).

[3]) „L'origine e la natura della coscienza del giusto è essentialmente un problema d'ordine metafisico“ (Del Vecchio „Il sentimento giuridico“ 1908, str. 12).

[4]) Zarodkiem takich badań są ciekawe prace Petrażyckiego (Wstęp do nauki prawa i moralności 1907, Teorya prawa i państwa 2 tomy 1907, po ros.), w których jednak część krytyczna jest cenniejsza od pozytywnej.

cye, zawierające element obowiązku i element uprawnienia, ale niezależne od przepisów pozytywnych[1]). Takie pomieszanie dwóch pojęć, wprawdzie łączących się z sobą, ale bynajmniej nie identycznych, nie może być uważane za trafne. Sprawiedliwość jest pojęciem o wiele szerszem, wykraczającem poza dziedzinę prawną, odnoszącem się zarówno do sfery religijnej, jak do zjawisk niezależnych od woli ludzkiej (niesprawiedliwością n. p. nazywamy nierówność fizyczną lub umysłową między ludźmi). Z drugiej strony posiada sprawiedliwość charakter indywidualizujący, podczas gdy prawo ma cechę powszechności: stąd może być pewien czyn zgodny z poczuciem prawnem, ale niezgodny z poczuciem sprawiedliwości (n. p. żądanie zwrotu długu w okolicznościach wyjątkowo ciężkich dla dłużnika). Poczucie prawne jest zjawiskiem społeczno-psychicznem, powstającem na tle prawa w znaczeniu pozytywnem i dlatego nie należy go mieszać z dziedziną moralności. Nie należy ich również przeciwstawiać, gdyż są to tylko dwa kąty widzenia odnoszące się do analogicznej sfery zjawisk i czynów ludzkich. Poczucie prawne i poczucie moralne możnaby sobie wyobrazić w formie dwóch głęboko wcinających się kręgów, wytwarzających wspólną dla obu kół powierzchnię, pozostawiających jednak części oddzielne. Jakkolwiek poczucie prawne i poczucie moralne są przeważnie (ale nie zawsze) z sobą zgodne, to jednak charakter odrębny winien być zaznaczony. U podstawy obu zjawisk leży właściwa ludziom cecha psychiczna, mianowicie zdolność przeżyć normatywnych, świadomość norm postępowania. Jedną z przyczyn zamieszania pojęć w tym kierunku są względy lingwistyczne, mianowicie pewien chaos językowy pod względem używania wyrazu „prawo", „poczucie prawne", „poczucie moralne". Ale (jak to bardzo trafnie wykazał Petrażycki) przedmiotem nauki

[1]) Petrażycki: „Teorya prawa i państwa", str. 500—508.

są zjawiska, nie nazwy, i zwyczaje językowe nie są w dziedzinie universitas scientiarum miarodajne. Poczucie prawne tworzy, zdaniem naszem, zjawisko sui generis o charakterze prawnem bez względu na to, czy jednostki je przeżywające nazywają to prawem, czy też moralnością.

Nie możemy się tu zapuszczać dalej w kwestye filozoficzno-psychologiczne. Dla celów obecnych wystarcza stwierdzenie trzech czynników psychicznych, które działają przy wykonywaniu funkcyi sędziowskiej: 1) intelektu (logiczne dopasowanie do ustawy), 2) poczucia prawnego, oraz 3) woli (względy teleologiczne, określenie celów społecznych i środków prawnych).

Jeżeli obecnie zwrócimy się do modernizmu prawnego i szkoły tradycyjnej, to nietrudno nam będzie zdać sobie sprawę ze stosunku obu kierunków do wskazanych przez nas czynników psychicznych. Szkoła tradycyjna, jak wiadomo, uznaje jedynie momenty logiczne. Szukanie woli ustawodawczej, bądź wyraźnej, bądź przypuszczalnej winno się odbywać w drodze rozumowej z wyłączeniem wszelkich innych argumentów. Tworzenie nauki prawnej posługiwać się może tylko czynnikiem objektywnym, jakim jest intelekt. W praktyce oczywiście było inaczej, ale teorya uznawała jedynie operacye rozumowe, tylko konstrukcye logiczne. Słabą stroną tej metody (w swej czystej formie) jest konieczny rozdźwięk między potrzebami społecznemi, a „wolą ustawodawcy“, między współczesnemi wymaganiami a stanowiskiem w okresie tworzenia ustawy. Prawo musi tu być sztywne i przestarzałe. Prócz tego jest to stanowisko jednostronne, gdyż nie uwzględnia pozostałych dwóch czynników, odgrywających w rzeczywistości, jak widzieliśmy, rolę doniosłą.

Modernizm wysuwa na pierwszy plan uczucie i wolę. Względy teleologiczne, celowość norm uważa za decydującą, gdyż prawo jest tylko środkiem dla pewnych celów społecznych i potrzeby nowożytne

winny być kryteryum wyłącznem. Podkreśla więc konieczność zdemokratyzowania prawoznawstwa, wprowadzenia harmonii pomiędzy świadomością prawną ogółu a przepisami obowiązującymi i sądzi, że ten cel osiągnie zostawiając sędziemu zupełną swobodę w przejawach jego poczucia i jego woli. Słabą stroną tego kierunku jest zupełne usuwanie elementu intelektualnego (w naszem znaczeniu), logicznego związku z ustawą obowiązującą, a więc zupełne wyeliminowanie czynnika objektywnego. Rezultatem tego jest najdalej idący subjektywizm i dowolność, brak bezpieczeństwa prawnego. Prócz tego jest to stanowisko również jednostronne, gdyż w rzeczywistości harmonia logiczna, łączność z przepisami istniejącymi musi być zachowana, o ile wyroki nie mają nosić charakteru rewolucyjnego (a czego moderniści bynajmniej nie postulują).

Widzimy zatem, że z punktu widzenia prawno-filozoficznego, ze względu na istotę prawa, jego zasadnicze postulaty (celowość społeczna i objektywizm norm) obydwa kierunki posiadają poważne braki, że pierwszy grzeszy sztywnością norm (nie dopasowaniem do życia), drugi subjektywizmem (dowolnością). Właściwa metoda winna uwzględnić zarówno istotne wymagania prawa, jak też faktyczne elementy psychiki ludzkiej w życiu działające, winna ona dążyć do możliwego pogodzenia tych dwóch stron zjawisk prawnych. Właściwa metoda ma za zadanie czynnik intelektualny zmodernizować, czynnik uczucia i woli uobjektywnić.

Zobaczmy przedewszystkiem, czy jest to możliwe w stosunku do elementu najbardziej decydującego dla modernistycznego kierunku, mianowicie do czynnika „woli". Czy mogą istnieć linie wytyczne, drogowskazy, wskazujące sędziemu w sposób objektywny, jakie stosunki winien uznać za najbardziej wartościowe i godne poparcia przez prawo? Czy istnieją lub czy mogą istnieć w tym kierunku powszechnie-wartościowe kryterya? Celem zasadniczym ogólnie uznanym jest dobro

społeczne. Ale, jak wiadomo, jest to pojęcie bardzo wiele mówiące, lecz mało określające, pojęcie elastyczne, mogące być najrozmaiciej rozumiane. Quot capita, tot sensus. Nieledwie każden człowiek, zastanawiający się nad odnośnemi zagadnieniami, reprezentuje odmienne poglądy na środki prawne prowadzące do dobra ogólnego, korzyści powszechnej. Wprawdzie istnieją teorye, stawiające reguły wytyczne dla kształtowania prawa. Ale czy ma to być formuła Stammlera (Gemeinschaft frei wollender Menschen)? Czy rozwijanie impulsów altruistycznych i uczucia miłości (Petrażycki)? Czy reguła prawna oparta na zasadzie solidarności (Duguit)? Czy rozwijanie kultury danego okresu (Kohler, Berolzheimer)? Czy ocena poszczególnych instytucyj z punktu widzenia linii rozwojowej (Liszt, Makarewicz)? Niewątpliwie wiele z czynników, na których się powyższe teorye opierają, może i powinny być uwzględnione. Nie sądzę jednak, aby którakolwiek z proponowanych dyrektyw mogła być uznana za jedyne i wyłączne kryteryum. Jest to tem bardziej utrudnione, że teorye powyższe odnoszą się raczej do polityki ustawodawczej, jak do obchodzącego nas tu zadania — wypełniania luk ustawowych. Być może, rozwinie się z czasem na wzór proponowanej przez Petrażyckiego „polityki cywilnej“ również nauka polityki cywilno-interpretacyjnej, wskazującej sędziemu właściwą drogę. Nie ulega również wątpliwości, że dokładna znajomość życia społecznego, przyswojenie sobie zdobyczy wiedzy nowoczesnej zmniejsza różnicę w ocenie wartościowej materyału faktycznego. Niemniej jednak czynnik celowości społecznej, woli, musi pozostać mniej lub więcej subjektywnym i temu zaradzić nie są w stanie najbardziej subtelne konstrukcye filozoficzne. W ostatecznym więc rezultacie decydującym jest takt sędziego, którego nie mogą zastąpić żadne drogowskazy i normy.

Jeżeli czynnik woli (celowości społecznej) nie może być zupełnie uobjektywnionym, to z tego nie

wynika bynajmniej słuszność żądania modernistów, by sędziemu zostawić zupełną swobodę. Nieograniczona samowola reprezentantów Temidy nie może być ze stanowiska prawnego dopuszczalną. Rezultatem zupełnej wolności sędziowskiej byłaby powszechna niepewność obrotu, zarzuty partyjności, poderwanie zaufania społeczeństwa do bezstronnego wymiaru sprawiedliwości. Jeżeli niepodobna stworzyć objektywnych, powszechnie-wartościowych dyrektyw dla działalności sędziego, to można i należy określić granice jej swobodnych przejawów. Należy utworzyć szranki, ramy, w obrębie których pozostawiona jest prawnikom zupełna swoboda w określaniu celowości społecznej, ale poza które nie mogą wykraczać ze względów bezpieczeństwa publicznego. Takie granice mogą stworzyć dwa inne czynniki (intelekt, poczucie), w sposób należyty pojęte.

Czynnik intelektualny, jak mówiliśmy, polega na dopasowaniu decyzyj prawnych do ustaw istniejących. Ta harmonia z przepisami obowiązującymi (przy wypełnianiu luk ustawowych) musi być utrzymana, jednak należy przez nią zrozumieć nie fikcyjną „wolę ówczesnego ustawodawcy", lecz rzeczywiste „stanowisko współczesnego ustawodawcy". Nie chodzi tu o sztuczne konstrukcye, zmierzające do zbadania, jak się dzisiejszy ustawodawca na dane kwestye zapatruje, gdyż byłoby to niemożliwe wobec wielu czynników, tak zresztą skomplikowanych i nieprzewidzianych, które decydują o wydawaniu ustaw. Należy to rozumieć w sposób prawny, według metod jurysprudencyi właściwych, i stanowisko współczesnego ustawodawcy określać na podstawie ogółu ustaw, przyczem uwzględniać należy nie tylko kodeksy, lecz również nowsze przejawy legislacyjne. Chodzi tu o zwracanie uwagi na ratio iuris, czyli zasady i myśli prawne stanowiące punkt wyjścia, podstawę przepisów ustawowych. Ponieważ zaś poglądy społeczne i zasady prawne ulegają z biegiem czasu ewolucyi i zmianom, przeto decydujące są te

poglądy i zasady ustawodawcze, które są do obecnych czasów najbardziej zbliżone, decydująca jest moderna ratio iuris. W tym celu obok dawnej zasady: lex posterior derogat priori winna być wprowadzona nowa zasada: ratio iuris posterior derogat priori. Jeżeli n. p. kodeks Napoleona stoi na stanowisku prawie nieograniczonej wolności umów, to nowsze ustawy wykazują zwrot w kierunku ochrony klas ekonomicznie słabszych i przy rozstrzyganiu konkretnego wypadku, przy tworzeniu normy prawnej to ostatnie stanowisko, ta moderna ratio iuris jest decydującą. Tak pojęty czynnik intelektualny nie stoi w sprzeczności z zasadniczymi postulatami modernistów w kierunku uwzględnienia nowych stosunków społecznych, natomiast posiada wielką zaletę, wprowadzając gwarancye bezpieczeństwa prawnego, stwarzając granice dla dowolności sędziego. Analogiczne myśli stanowią, zapewne, podstawę paragrafu 1-go kodeksu szwajcarskiego, który pozwala sędziemu w wypadku luk ustawowych oraz braku odnośnego prawa zwyczajowego, rozstrzygać według normy, którąby stworzył, będąc ustawodawcą, przyczem jednak tradycya winna być uwzględniona. Tu również chodzi o zgodność i harmonię logiczną z zasadniczemi podstawami istniejącego porządku prawnego.

Drugi czynnik psychiczny, występujący w różnych formach wśród postulatów modernistycznych, stanowi poczucie prawne. Poczucie prawne znajdujemy u wszystkich ludzi, we wszystkich społeczeństwach, przejawia się ono jednak, jak wiadomo, w sposób bardzo rozmaity. Nie tylko na różnych szczeblach kultury, lecz nawet w tym samym okresie cywilizacyjnym reagowanie prawne na czyny ludzkie bynajmniej nie jest jednolite. Poczucie prawne jest momentem w wysokim stopniu subjektywnym i w tej formie, w jakiej jest postulowane przez modernistów, nie może być przyjmowane za zasadę wyrokowania, za objektywną normę.

Zastanówmy się w krótkości nad istotą i charakterem poczucia prawnego, uwzględniając poprzednie nasze rozważania w tej mierze. Jest to zjawisko nie tylko psychiczne, lecz także społeczne, będące wynikiem zarówno wychowania i życia społecznego, jak też specyficznego charakteru danego osobnika. Wynika stąd, iż poczucie prawne zawiera w sobie dwa pierwiastki: indywidualny i społeczny. W ten sposób możemy mówić o poczuciu prawnem indywidualnem i poczuciu prawnem społecznem.

Pierwsze zjawisko jest rezultatem całej masy czynników, na które składa się nietylko wpływ ustroju społecznego i tych ogólnych warunków, w jakich się znajdują członkowie danej grupy społecznej, lecz również szereg specyalnych okoliczności, dotyczących danego indywiduum, jak wpływ wychowania rodzinnego, otoczenia towarzyskiego, literatury przeczytanej, poglądów, usposobienia, doświadczenia życiowego i t. d. Suma tych wszystkich czynników wytwarza specyficzną psychikę danego osobnika, specyficznie, indywidualnie zabarwione poczucie prawne. Zjawisko to wywołuje (nieraz bardzo daleko idące) różnice w poglądach i ocenie prawnej tego samego materyału faktycznego.

Ale człowiek jest istotą społeczną i prądy nurtujące w społeczeństwie nie mogą mu być obce. Przez psychikę jego przechodzą krążące w społeczeństwie poglądy, wierzenia, obyczaje, a odbijając się w jego duszy, zostawiają niezatarte ślady. Całe wychowanie dzieci od lat najwcześniejszych polega na wdrażaniu w nich takich sposobów myślenia, czucia i działania, do jakich niewątpliwie nie doszłyby samorzutnie; wszystkie wysiłki zmierzają do tego, aby z nich zrobić istoty socyalne. Nawet najwięksi indywidualiści nie mogą wyzbyć się tych pierwiastków i impulsów duchowych, które zostały im przez społeczeństwo zaszczepione. Sama idea indywidualizmu jest produktem długiego życia społecznego, wysokiej stosunkowo

kultury i na najniższych szczeblach cywilizacyi nie jest znaną. Bardzo trafnie powiedział Comte „L'homme se developpe collectivement et point individuellement". Cząstka naszego „ja" naprawdę samodzielna, naprawdę niezależna od społeczeństwa jest tak nieznaczną, że tylko u wyjątkowych, wybitnych osobistości odgrywa poważniejszą rolę. Co więcej, silny przejaw indywidualizmu, stojący w sprzeczności ze społecznymi poglądami, wywołuje zwykle żywą reakcyę ze strony ogółu i wiadomo, że pionierzy nowych idei stają się przeważnie ich męczennikami. Fakt istnienia zjawisk społeczno-psychicznych, działających w całem społeczeństwie i stojących jak gdyby ponad jednostkami, jest tak widoczny, że stał się podstawą całej szkoły socyologicznej (Durkheim, Bouglé etc.), która jednak posuwa się zbyt daleko, nadając im charakter przymusu zewnętrznego i przypisując im byt zupełnie odrębny i niezależny od psychik indywidualnych [1]). Wśród różnorodnych zjawisk społeczno-psychicznych jedno z naczelnych miejsc zajmuje poczucie prawne społeczne. Jest ono wynikiem całej organizacyi prawnej, w obrębie której żyje i rozwija się każden obywatel, wszystkich warunków zarówno ustawowo, jak zwyczajowo-prawnych, całego ukształtowania życia społecznego. Bywa ono rozmaite w różnych okresach czasu i u różnych ludów, ale w danem określonem społeczeństwie jest jednolite u wszystkich, a przynajmniej u większości jego członków. Najdobitniejszym przejawem poczucia prawnego społecznego jest prawo zwyczajowe, którego warunkiem niezbędnym jest przekonanie o prawności ze strony nie poszczególnych jednostek, ale całego społeczeństwa (względnie odnośnych kół). Jeżeli prawo zwyczajowe nie może istnieć bez poczucia prawnego społecznego, to odwrotny stosunek wykluczonym nie jest. Możliwem

[1]) Durkheim „Les règles de la methode sociologique" Paris 1910, str. 19 i inne.

jest zaistnienie poczucia prawnego społecznego w pewnym kierunku bez faktycznego wykonywania (n. p. ze względu na przeszkody ustawowe).

Poczucie prawne społeczne nie jest czemś od psychiki indywidualnej niezależnem. Oznacza ono jedynie pewien rodzaj elementów psychicznych wspólnych całej danej grupie społecznej. W ten sposób poczucie prawne indywidualne jest węższe podmiotowo, bo dotyczy tylko jednego indywiduum, ale szersze przedmiotowo, gdyż obejmuje poczucie prawne społeczne, a obok tego zawiera specyficzne właściwości danego osobnika. Należy przypuszczać, że elementy społeczne w poczuciu prawnem przeciętnego obywatela przeważają nad indywidualnymi, a wynika to z charakteru danego zjawiska, które posiada tendencyę tworzenia norm narzucanych wszystkim w sposób przymusowy i tą drogą wpływających na modyfikacyę specyficznego poczucia prawnego w kierunku zapatrywań ogółu, w kierunku społecznym.

Z powyższego wynika, że w skład psychiki sędziego (wzgl. teoretyka-prawnika) wchodzi poczucie prawne o dwóch elementach. Zachodzi obecnie pytanie, który z tych elementów posiada przy wymiarze sprawiedliwości znaczenie decydujące: osobisty czy powszechny, indywidualny czy społeczny? Kwestya ta nie wywołuje chyba wątpliwości. Sędziowie obchodzą prawoznawstwo nie ze stanowiska specyficznych właściwości uczuciowych poszczególnych jednostek, tylko jako reprezentanci powszechnych zapatrywań, uczuć społecznych. Tylko poczucie prawne społeczne winno być uwzględniane przy wymiarze sprawiedliwości. W ten sposób czynnik uczuciowy, odgrywający już dziś poważną rolę, staje się czynnikiem objektywnym i stanowi granicę dla dowolnej oceny w działalności sędziego. Postulat modernistów co do uwzględnienia poczucia prawnego sędziów musi być we wskazanym kierunku zmodyfikowany, ażeby mógł się stać istotnie objektywną dyrektywą i granicą przy wyrokowaniu. Nie jest

to żadna reforma radykalna, tylko dokładniejsze ujęcie procesu już dziś zachodzącego. Tu również można się powołać na § 1-szy kodeksu szwajcarskiego, który wypadku luk ustawowych nakazuje sędziemu uwzględnić prawo zwyczajowe. Jeżeli rozszerzymy to ostatnie pojęcie, jeżeli wykluczymy wymóg stałego faktycznego wykonywania, to otrzymamy poczucie prawne społeczne. Niezaprzeczenie konkretne stwierdzenie tego warunku jest bardzo utrudnione. Wymaga ono od sędziego wychylenia się poza ramy gabinetu i wglądnięcia w samo życie społeczne i nurtujące w niem prądy. Niemniej jednak jako ogólna linia wytyczna jest niezbędną konsekwencyą stawianego przez modernistów postulatu: uspołecznienia prawa. Być może ewolucya sądownictwa doprowadzi do większej specyalizacyi i wytworzy fachowców, gruntownie znających pewne zakresy życia społecznego i odnośne potrzeby. Skuteczne stosowanie bowiem powyższego czynnika jak również innych zależy w ostatniej linii od wiedzy sędziego i jego taktu.

Dochodzimy zatem do ogólnego rezultatu naszych wywodów, iż uwzględnienie współczesnych potrzeb społecznych ze strony prawoznawstwa i wymiaru sprawiedliwości wymaga z konieczności swobodnej oceny sędziego, która musi być mniej lub więcej subjektywną; że jednak względy bezpieczeństwa prawnego wymagają określenia granic dla subjektywnych ocen, a takiemi granicami są dwa pozostałe czynniki: 1) intelektualny (dopasowanie do istniejącego porządku prawnego), oraz 2) uczuciowy (poczucie prawne społeczne). Jeżeli określenie względów celowości, potrzeb społecznych jest w konkretnym wypadku utrudnione, w takim razie powyższe czynniki stanowią dla sędziego dyrektywy, ułatwiające mu zadanie. Jeżeli zaś ocena sędziego jest wyraźną, lecz zbyt indywidualnie, subjektywnie zabarwioną, w takim razie czynniki powyższe stanowią granice, w obrębie których samodzielne przejawy nie są krępowane, lecz poza które wykra-

czać się nie powinno. Są to klapy bezpieczeństwa leżące w interesie stałości porządku prawnego.

Formułujemy zatem nasze stanowisko w sposób następujący: **W wypadkach przez ustawę nieprzewidzianych winien sędzia swobodnie określić normę ze względu na potrzeby społeczne najwłaściwszą uwzględniając stanowisko współczesnego ustawodawcy (moderna ratio iuris) oraz poczucie prawne społeczne.**

Na zakończenie chciałbym dotknąć pewnej kwestyi, która dotychczas w rozwoju kierunku modernistycznego nie została poruszona, a która się z nim ściśle wiąże, a nawet konsekwentnie z niego wypływa. Mówiliśmy o tem, iż przy wydawaniu decyzyj prawnych winno być uwzględniane poczucie prawne społeczne. Rzecz oczywista, chodzi tu o poczucie prawne tej grupy społecznej, w obrębie której dany wypadek sporny zachodzi. Nie możemy przeto w kwestyach wynikających z pracy przemysłowej szukać poczucia prawnego wśród rolników, ani też w zatargach rolnych opierać się na przekonaniach handlowców. Istnieje jednak ugrupowanie społeczne mające ze stanowiska poczucia prawnego znaczenie pierwszorzędne, a grupą tą jest naród i zjawiskiem odnośnem jest poczucie prawne narodowe. Nie jest to ów mistyczny „Volksgeist" szkoły historycznej, który miał być jedynym czynnikiem prawo tworzącym, ale pewien odrębny sposób rozumienia, odczuwania i reagowania na zjawiska świata zewnętrznego.

Różne istnieją poglądy na zagadnienie narodowości i rozmaite są stawiane definicye. W miarę jednak rozwoju danego zjawiska i gruntowniejszych nad niem badań staje się coraz jaśniejszem, że istoty narodowości we współczesnem tego słowa znaczeniu szukać należy w sferze psychicznej. Zapatrywanie Renana[1]). „Une nation est une âme, un principe spirituel" uchwyciło trafnie najbardziej istotny moment tego zjawiska.

[1]) Renan „Qu'est ce que'une nation" Paris 1882, str. 26.

Odrębna przeszłość historyczna, odrębne zwyczaje, poglądy i wierzenia wytwarzają odmienną psychikę narodową. Każden naród posiada swój specyficzny sposób pojmowania rzeczy i odmienną wrażliwość w kierunku normatywnym; każdy ma swoją psychikę narodową. Ponieważ zaś poczucie prawne stanowi część składową psychiki ogólnej, przeto każda narodowość posiada swoje specyficzne poczucie prawne narodowe, które winno być również uwzględnione przy stosowaniu ustaw. Istnienie tego czynnika stanie się tem bardziej niewątpliwem, jeżeli zważymy, że narody współczesne są przeważnie wytworem wspólnego pożycia państwowego [1], a więc wspólnej organizacyi prawnej, wobec czego muszą one posiadać ten element psychiczny, który się wiąże bezpośrednio z organizacyą prawną, mianowicie poczucie prawne narodowe. Nie należy traktować tego zjawiska, jako czegoś izolowanego, gdyż wiąże się ono ze wszystkimi innymi kierunkami i przejawami ducha narodowego, stanowi nieodłączną część składową w całokształcie kultury narodowej [2].

W warunkach normalnych, tam gdzie państwo pokrywa się z narodem, odrębność poczucia prawnego narodowego nie wywołuje żadnych komplikacyj. Znajduje ona swój wyraz w ustawodawstwie, które charakterowi danego narodu odpowiada. Inaczej jest w państwach przedstawiających konglomerat wielu narodowości. Powstają tu trudności wynikające z odrębności narodowych, tudzież zachodzi stałe niebezpieczeństwo

[1]) „Eine Vielheit von Menschen, die durch eine Vielheit gemeinsamer, eigentümlicher Kulturelemente und eine gemeinsame geschichtliche Vergangenheit sich geeinigt und dadurch von anderen unterschieden weiss, bildet eine Nation“ (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, str. 114).

[2]) „Plusieurs choses gouvernent les hommes: le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les moeurs, les manieres; d'ou il se forme un esprit général qui en resulte“ (Montesquieu „Esprit des lois“, XIX, 4).

przymusowego narzucania ze strony grupy panującej swoich właściwości wszystkim innym grupom narodowym. „Są dwa rodzaje tyranii“ mówi Montesquieu „jedna realna, która polega na gwałtach ze strony rządu, a druga duchowa, która się daje uczuwać wtedy, gdy grupy rządzące określają reguły, rażące sposób myślenia danego narodu“ [1]). Nie jest to zresztą jedynie możliwość teoretyczna, lecz realne zjawisko faktyczne, wstępujące w Europie coraz wyraźniej [2]).

Prąd modernistyczny trudności powyższych nie porusza, pomija je milczeniem i ta luka winna być wypełniona. Odrębności prawne muszą być wzięte pod uwagę, jeżeli prawo ma być istotnie „uspołecznione“, jeżeli ma nastąpić harmonia pomiędzy przepisami, a świadomością prawną ogółu. Modernizm stawia słusznie na pierwszym planie uwzględnienie potrzeb społecznych. Nie ulega jednak wątpliwości, że jedną z najbardziej jaskrawych potrzeb społecznych jest uwzględnienie właściwości narodowych, dopasowanie prawa do psychiki danego narodu, liczenie się z poczuciem prawnem narodowem. I dlatego prąd modernistyczny wymaga koniecznej modyfikacyi w duchu powyższym. Swobodna ocena sędziowska winna opierać się na dokładnej znajomości poglądów, uczuć, obyczai, wierzeń, wszystkich właściwości danego narodu i tworzenie normy prawnej do tego dostosować. Zapewne, wypełnianie luk i sprzeczności ustawowych nie czyni zadość tej tendencyi w sposób wystarczający. Być może, ogólna ewolucya prawa doprowadzi do postulowanej przez modernistów zasady, iż ustawy zawierać mają jedynie linie wytyczne ogólne, które wypełnia sędzia odpowiednio do warunków i okoliczności szczególnych. W takim wypadku odrębności narodowe mogłyby znaleźć znacznie szersze uwzględ-

[1]) Montesquieu. Ibidem, XIX., 3.

[2]) W kwestyi powyższej ciekawe są uwagi Szymona Rundsteina „Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbebewusstseins“ (Archiv für bürgerliches Recht, Tom XXXIV).

dnienie. W każdym razie prąd modernistyczny wymaga koniecznego uzupełnienia w kierunku narodowym. Obok dewizy: uspołecznienie prawa! winna być postawiona zasada druga: unarodowienie prawa!

Ze wszystkich narodów bezpaństwowych najsilniejszą świadomość swych odrębności zachował niewątpliwie naród polski. Stąd możnaby a priori twierdzić, że poczucie prawne polskie odznacza się napięciem wyjątkowo silnem. Wprawdzie długoletni anormalny stan polityczny wytworzył pewne zamącenie jednolitości psychiki narodowej i pewne zamącenie poczucia prawnego polskiego. Mimo to ta odrębność istnieje i w niektórych dzielnicach przejawia się w sposób bardzo jaskrawy. Zjawisko to jednak nie było dotąd systematycznie badane i nauka polska zawiera w tym kierunku poważną lukę. Należy uznać za jedno z naczelnych zadań polskiego prawoznawstwa zbadanie charakteru i przejawów polskiego poczucia prawnego na tle naszej przeszłości historycznej i w związku z całokształtem naszej kultury narodowej. Tylko dokładna znajomość własnego społeczeństwa może umożliwić stosowanie prawa odpowiednio do jego potrzeb i jego właściwości narodowych.

Do kierunku modernistycznego, który przechodzi w prąd ogólno-europejski, nie powinna Polska odnosić się jedynie biernie i receptywnie, ale dorzucić postulat samodzielny, czynnik nowy, a tym czynnikiem jest: u n a r o d o w i e n i e p r a w a.

Nowe poglądy na stanowisko sędziego cywilnego przy stosowaniu ustaw.

(Referat na V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich).

Przedstawił

Dr. Alfred Ohanowicz.

I.

W ostatnich kilku dziesiątkach lat powstał silny prąd w literaturze francuskiej i niemieckiej mający na celu przeprowadzić reformy w poglądach na źródła prawa i sposób ich interpretacyi. Z zagadnieniami temi ściśle złączyła się zwłaszcza w Niemczech niezmiernie w praktyce aktualna kwestya stanowiska sędziego wobec ustawy. Powstała cała t. z. wolna szkoła prawa (freie Rechtsschule), która pragnie postawić sędziego ponad ustawę, zacieśniając z jednej strony do minimum zakres jej zastosowania przez odrzucenie analogii i konstrukcyi a z drugiej dając w najszerszej mierze sędziemu możność tworzenia nowych przepisów prawnych nie tylko praeter ale i contra legem. Niemały też wpływ w tym kierunku wywarła praktyka sądów francuskich, gdzie swobodę w zastosowaniu ustawy posunięto do ostatnich granic[1]).

Jednym z pierwszych autorów, który myśl supremacyi orzeczenia sędziowskiego nad ustawą zupełnie jasno i otwarcie wypowiedział, był profesor uniwersytetu lipskiego Oskar Bülow[2]). Założenia jego wpra-

[1]) Ob. Henry Leyret: Les jugements du président Magnaud. Paris 1904.

[2]) Dr Oskar Bülow: Gesetz und Richteramt.

wdzie nie pozostają w łączności z poglądami większości zwolenników wolnej szkoły prawa, jednakowoż ze względu na te same wyniki jemu co do czasu należy oddać palmę pierwszeństwa sformułowania nowych idei. Bülow rozpatrując istotę i skutki sędziowskiego wyroku przyjmuje o wiele bliższe jego pokrewieństwo z ustawą niżeli dotąd mniemano. W ustawie oznacza władza państwowa, co chce, by uważano za prawo. Ustawodawca przewiduje przyszłe stosunki, zdarzenia i działania ludzkie i w imię potrzeby społecznej oznacza granice, wśród których może się swobodnie rozwijać działalność jednostek. Atoli jest to tylko plan, tylko zarys przyszłego, upragnionego porządku prawnego a nie prawo mające powszechne uznanie. Uznanie to w każdym wypadku zapewnić ustawie jest zadaniem urzędu sędziowskiego. Działalność ustawodawcy kończy się na wydaniu abstrakcyjnego nakazu lub zakazu, a dopiero dzięki pracy sędziego prawo staje się potęgą ponad wolę jednostek wzniesioną i życie ludzkie opanowującą. Podjęcia czynności bezpośrednio skierowanych na przywrócenie porządku prawnego jest jednak skutkiem a nie treścią działalności sędziowskiej. Sędzia ma raczej rozważyć i oznaczyć, co w danym wypadku jest prawem. Stąd istota urzędu sędziowskiego leży w wydawaniu wyroków. Czynność sędziego nie jest jednak tylko logiczną operacyą, wnioskowaniem, w którem przesłankami są ustawa i dany stan faktyczny, ale jest czemś więcej. Wyrok opiera się wprawdzie na tej czynności myślowej, ale zawiera w sobie ponadto postanowienia prawne. Jest oświadczeniem woli i to podobnie jak ustawa, oświadczeniem woli władzy państwowej co do prawa. Wyrok sędziowski posiada moc prawa i jest silniejszy nawet od ustawy, albowiem prawomocny wyrok utrzymuje się o własnej sile nawet gdy się ustawie sprzeciwia. Ta siła jest istotą wyroku sędziowskiego i z powodu niej pozostaje on w tak bliskiem pokrewieństwie z ustawą a daleko odbiega od

sądów o prawie, jakie mogą wydawać prywatnie jednostki władzy sędziowskiej nie posiadające.

Jednakże między postanowieniami prawnemi sędziowskiemi a ustawowemi zachodzą wielkie różnice. Przedewszystkiem ustawodawca normuje przyszłe, możliwe, przez siebie przewidywane stosunki, sędzia natomiast ma do czynienia z konkretnym, przeszłym, zindywidualizowanym stanem faktycznym; stąd też postanowienia ustawy obejmują szerszy zakres i działają ogólnie, natomiast sędziowskie mają większą dokładność i bezwarunkowy, natychmiastowy skutek. Najważniejsza jednakże różnica między tymi dwoma rodzajami postanowień prawnych leży w wolności, z jaką ustawodawca może je powziąć, podczas gdy sędzia prawnie jest związany ustawą. Pytanie tedy, czy sędzia do tego stopnia skrępowany jest ustawą, że czynność jego spada do prostej logicznej subsumpcyi danych stanów faktycznych a niema w niej miejsca na wolne tworzenie prawa w ustawie nie zawartego.

Historyczny rozwój wskazuje, że działalność sędziowska była zawsze obok ustawy źródłem prawa. Rzymskie ius honorarium, niemieckie prawo średniowieczne a wkońcu recepcya prawa rzymskiego w Niemczech, która nastąpiła nie na podstawie ustawy ale przez ciągłą praktykę sądów Rzeszy, są najlepszymi dowodami twórczej siły urzędu sędziowskiego.

Dzisiejsze ustawodawstwo zacieśniło bezsprzecznie znacznie zakres swobody sędziowskiej, ale jej w zupełności nie wyrugowało. Przedewszystkiem ustawa choćby najdokładniejsza pozostanie zawsze dziełem przewidywania ludzkiego, które tylekroć okazało się słabem i zwodniczem wobec różnorodności wypadków, jaką stwarza rzeczywistość. Zawsze pozostaną w ustawie luki, które sędzia musi zapełnić. Powtóre żadna ustawa, a zwłaszcza dzisiejsza, która jest objawem woli zbiorowej i wiele czynników współdziała przy jej wydaniu, nie może uniknąć pewnych niejasności,

które ją pozwalają w ten i w ów sposób tłumaczyć. Państwo nadaje moc prawa tylko wynikom interpretacyi sędziowskiej a w tem, że każdy wyrok nawet ustawie przeciwny ma moc obowiązującą, leży upoważnienie sędziego do tworzenia postanowień prawnych, których ustawa nie zawiera i które nie leżały w zamiarze ustawodawcy. Ustawa jest tylko przygotowaniem i próbą zrealizowania porządku prawnego. Udziela wskazówek, jak porządek prawny ma być urządzony. Gdzie te wskazówki z powodu swej niedokładności i niejasności zawodzą, tam wkracza sędzia, który w imieniu państwa wydaje odpowiednie postanowienia uzupełniające. Musi się wprawdzie trzymać granic ustawy, podobnie jak prawodawca ustaw zasadniczych, ale tak w jednym jak w drugim wypadku te nowe postanowienia prawne nie są zawarte już w ustawie ale dopiero je stwarza tam sędzia, tu ustawodawca. W ten sposób nie sama ustawa, ale ustawa i urząd sędziowski stwarzają prawo.

Przedstawione tu w zarysie poglądy Bülowa zwracają się głównie przeciw dwom fikcyom dotąd powszechnie przyjętym a mianowicie po pierwsze, że ustawa nie zawiera żadnych luk i każdy wypadek da się na podstawie jej rozstrzygnąć, a powtóre że wyrok sędziowski czerpie swą moc w ustawie i dlatego nigdy nie może być z nią sprzeczny. Autor twierdzi wręcz przeciwnie, że ustawa zawiera luki i że wyrok sędziowski stoi o własnej sile, bo nawet wyroki widocznie sprzeczne z ustawą muszą być wykonane. Jednakże trudno to ostatnie zdanie uważać za dostateczny argument dla poparcia wywodów autora. Ustawodawca bowiem musi zawsze uważać za regułę wyroki z ustawą zgodne a tylko ze względów oportunistycznych przyznaje moc prawa także wyrokom sprzecznym z postanowieniami ustawy. Najlepszym dowodem na to fakt, że prawie we wszystkich państwach cywilizowanych sędziowie składają przysięgę, że sądzić będą wedle obowiązujących ustaw. Autor

jednak z wyjątku czyni regułę i z faktu wykonalności wyroków niezgodnych z ustawą wnioskuje, że każdy wyrok ma moc prawotwórczą a stąd sędzia upoważniony jest do tworzenia nowych postanowień prawnych. Oczywiście wyszedłszy raz z tego założenia musiał konsekwentnie przyjąć, że ustawa zawiera tylko wskazówki dla sędziego a nie ma sama w sobie mocy obowiązującego prawa. Że tego rodzaju stan może być chyba postulatem de lege ferenda a w dzisiejszem prawie jest zupełnie nieuzasadniony, nie potrzeba dowodzić. Jest on równie daleki od rzeczywistości, jak fikcya, że każdy wyrok jest zgodny z ustawą. Stąd też rozumowanie Bulowa, szukające oparcia dla zasady prawotwórczej mocy wyroków sędziowskich w kwestyi obowiązywania wyroków niezgodnych z ustawą, nie znajduje pośród późniejszych adeptów wolnej szkoły prawa ani zwolenników ani naśladowców. Przeciwnie starają się rozwiązać problem stosunku sędziego do ustawy nie zapomocą dogmatycznych rozważań, lecz biorąc pod uwagę historyczną rolę, jaką odegrał urząd sędziowski w rozwoju prawa.

I tak Ehrlich[1]) jest zdania, że dziś tak powszechne żądanie, aby każdy wyrok oparty był na postanowieniach ustawy, jest tylko właściwością narodów, które przyjęły prawo rzymskie. Innym narodom nie tylko na niższym stopniu rozwoju prawa stojącym ale i wysoko rozwiniętym, jak średniowiecznym Niemcom, ludom prawa angielskiego a wreszcie samym Rzymianom, było ono zupełnie obcem. Zadanie sędziego upatrują tylko w tem, by znaleźć w każdym danym wypadku słuszne, danym okolicznościom odpowiadające rozstrzygnienie. Sędzia jest wprawdzie wiązany prawem ustawowem i zwyczajowem, tradycyą i zasadami wypowiedzianemi w poprzednich orzeczeniach, ale to nie jest uważane za podstawę rozstrzygnienia, lecz raczej za

[1]) Dr. Eugen Ehrlich: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig 1903.

granicę, do której sięga wolność sędziowska. Za wytyczną ma mu służyć zasada, że rozstrzygnienie powinno być powzięte wedle reguł sztuki prawniczej t. j. że nie może bez ogródek pominąć zasad, które dotąd miały powszechne uznanie. W ten sposób położoną jest tama zbyt śmiałym i nagłym zmianom, ale nie wykluczoną możliwość dalszego rozwoju. Tak też nieraz uznana zasada prawna przeszedłszy cały szereg orzeczeń, które się powoli od niej oddalają, nabiera wprost przeciwnej treści niż pierwotna. Podczas gdy my na kontynencie europejskim skłonni jesteśmy uważać prawo za zupełny system przepisów prawnych, w którym każdy możliwy wypadek jest przewidziany i z góry rozstrzygnięty, to n. p. w Anglii są zapatrywania, że każde rozstrzygnienie sędziowskie może zdobyć uznanie dla jakiejś nowej zasady prawnej. Ta różnica w pojmowaniu tłumaczy się tem, że naturalny stan prawny wcale nie nasuwa myśli o istnieniu zupełnego systemu gotowych norm. Owszem każda ustawa ma za zadanie tylko zapobiedz brakom w pewnym szczególnym wypadku. Tradycya prawnicza to także w gruncie rzeczy tylko zbiór zasad, które przy sposobności rozstrzygania rzeczywiście zaszłych wypadków zostały wypowiedziane i później w naukowy sposób uogólnione. Wszystkie historyczne pomniki prawa to tylko rozstrzygnienia i ich uogólnienia. Wypadek, który nie jest przewidziany w żadnej ustawie, ani nie jest równy żadnemu z dotąd rozstrzygniętych już wypadków tak, że nie podobna go podciągnąć pod żadno znane rozstrzygnienie i uogólnienie, musi być swobodnie oceniony. Ustawa i tradycya dają wprawdzie i tu pewne wskazówki, pewną naukową podstawę, ale rozstrzygnienie samo jest zupełnie swobodnem. To jest pole dla twórczej działalności sędziego. Natomiast recepcya prawa rzymskiego zmieniła to naturalne zapatrywanie. Materyał nagromadzony przez tysiąclecie zawierał taką obfitość myśli

prawniczych, że uwierzono, iż wszystko nim jest objęte. A do tego subtelna technika prawnicza umiała zapomocą szeregu konstrukcyj i fikcyj wywieść z prawa rzymskiego wszystkie pojęcia, jakich praktyka potrzebowała. Recepcya wyparła swobodne szukanie prawa, bo już nie było koniecznem wynajdywać i tworzyć prawo, skoro umiano je zastosowywać. Brak luk w systemie prawnym nie był jednak niczem innem jak tylko fantomem techniki prawniczej.

Dzisiejsze kodyfikacye, które w rezultacie nie są niczem innem jak wytworem prawa ukształtowanego już przez jurystów, mają z natury rzeczy luki. Każdy bowiem system pewny jest już właściwie przestarzały z chwilą, kiedy go ustalono, gdyż żaden nie może przeszkodzić, by urządzenia społeczne, do których normy prawne mają zastosowanie, dalej się nie rozwijały i nie wypełniały dawnych form prawnych nową treścią. Chodzi tylko o to, w jaki sposób te luki zapełnić, czy zapomocą fikcyj i konstrukcyj, czy też przez swobodne tworzenie nowych zasad prawnych. Nikt nie będzie na seryo utrzymywał, by zastosowanie reguł do wypadków, o których przy ich tworzeniu nie myślano, było najsprawiedliwszym sposobem rozstrzygania. Techniczne zastosowanie prawa ma raczej co innego na celu, mianowicie jeżeli nie już sprawiedliwe, to przynajmniej pewne i dające się z góry przewidzieć rozstrzygnienie i w ten sposób stworzenie ochrony przed samowolną i stronniczą judykaturą. Jednakże cel ten jest nie do osiągnięcia i cztery wieki panowania prawniczej techniki dowodzą, że orzeczenia w ten sposób wydane nie są ani o włos pewniejsze ani sędziowska samowola bardziej ograniczoną niż za czasów rzymskiego ius civile i dzisiejszego common law w Anglii i Ameryce. Sama interpretacya ustawy nasuwa tyle wątpliwości, że trzebaby chyba człowieka bardzo mało zręcznego, by nie nagiął prawa tak, jak mu to potrzebne. Jedyną rękojmią wymiaru sprawiedliwości jest osobistość sędziego. Tylko sztuczne

przeniesienie punktu ciężkości całego wymiaru sprawiedliwości na ustawodawstwo mogło doprowadzić do zapoznania tej prostej prawdy. Nadto zasada instancyi i kolegialności zabijająca wszelką indywidualność sędziego doprowadziły do powstania dzisiejszego nieosobowego sądu na kontynencie europejskim w przeciwieństwie do Rzymian i Anglików, gdzie nie uciska sędziego szczupły zakres jego działania a powołanie na urząd sędziowski poczytują sobie za zaszczyt pierwsi mężowie narodu.

W rezultacie niema żadnego przepisu prawnego, któryby zmuszał sędziego do technicznego stosowania ustawy. Wprawdzie prawnicza technika jest panującą naukową metodą zastosowania prawa, atoli jak każdy kierunek naukowy, musi ustąpić przed lepszem poznaniem. Już doktryna o nieobowiązującej treści ustawy a w szczególności, że ustawa nie może stanowić o kwestyach, których rozwiązanie należy do nauki, jest silnym punktem oparcia dla postulatu swobodnego tworzenia prawa. Skoro bowiem nieobowiązującemi są postanowienia ustawowe dotyczące źródeł prawa i techniki jego zastosowania, przeto niema przeszkody do stwarzania nowych zasad w wypadkach, których ustawa nie rozstrzyga. Zresztą jeżeli się weźmie pod uwagę trzy wielkie kodyfikacye prawa prywatnego t. j. austryacką powszechną księgę ustaw cywilnych, francuski code civil i księgę ustaw cywilnych dla państwa niemieckiego, to tylko pierwsza wspomina wyraźnie o zastosowaniu analogii, słynny 4 art. code civil zabrania tylko sędziemu powoływać się na niejasność lub milczenie ustawy a wkońcu ustawa cywilna niemiecka nie daje wogóle żadnej wskazówki sędziemu, co ma czynić na wypadek, gdyby się ukazała luka w ustawie. Żadna więc z tych trzech kodyfikacyj wyraźnie nie wzbrania swobodnego rozstrzygania w wypadkach ustawą nieprzewidzianych, bo nawet i austryacka każe sędziemu, wprawdzie dopiero po wyczerpaniu technicznych środków interpretacyi, osądzić

sprawę na podstawie „naturalnych zasad prawnych“. Wyraźnie zaś na stanowisku swobodnego tworzenia postanowień prawnych przez sędziego staje artykuł 1. projektu nowego kodeksu cywilnego szwajcarskiego każąc sędziemu rozstrzygać w razie luki w ustawie na podstawie zasady w związku z całym porządkiem prawnym pozostającej, którąby on uznał w danym wypadku za słuszną będąc ustawodawcą.

Pytanie jednak się nasuwa, co pozostanie podstawą wymiaru sprawiedliwości, gdy się uchyli ustawę. Odpowiedzieć można, że zawsze istniała niezwiązana w paragrafy sprawiedliwość, która opiera się na tradycyi prawniczej i każde swobodne tworzenie prawa musi wyjść z tej tradycyi. Sędzia nie wypowiada własnego osobistego zapatrywania, nie jest twórcą prawa, lecz tylko je ogłasza. Różnica zaś między technicznem zastosowaniem ustawy a wolnem wynajdywaniem prawa, nie leży w tem, że to ostatnie pragnie wyjść poza ustawę, ale raczej w drodze, jaką oba zdążają do tego samego celu. Pierwsze wymaga, by nigdy inaczej nie wydano orzeczenia jak tylko za pomocą środków prawniczej techniki, drugie oczekuje także czegoś od twórczej myśli wielkiej indywiduylności, jaką powinien być sędzia. Każda bowiem judykatura z natury rzeczy musi być twórczą, a żądanie, by sędzia uzasadniał swe przekonanie zawsze ustawą, ma głębsze swe źródło w braku zaufania, jakie żywi społeczeństwo do pozostającego w służbie państwowej sędziego-urzędnika.

Zapatrywanie Ehrlicha wychodzą z pojęcia prawa jako nie kompleksu abstrakcyjnych reguł prawnych ale zbioru poszczególnych rozstrzygnień i stąd dalszy rozwój prawa ma polegać nie na stosowaniu raz ustalonych zasad, ale raczej na dostosowywaniu go do potrzeb czasu przez swobodne tworzenie nowych zasad. Pogląd ten zupełnie zbliżony do myśli przewodniej rozprawy Geny'a w r. 1899 wydanej i we Francyi bardzo głośnej p. n. „Methode d'interprétation et source

du droit". Ale o ile autor francuski widzi źródło rozwoju prawa w wolnem badaniu naukowem, o tyle Ehrlich znajduje je głównie w działalności sędziego. Jeden też z pierwszych podkreśla on silnie różnicę między technicznem stosowaniem ustawy a swobodnem wynajdywaniem prawa i kwestya ta staje się później osią walki o nowe poglądy na stosunek sędziego do ustawy. Zajmuje z góry obronne stanowisko wobec argumentu, który tak silnie przeciw niemu i całej tz. wolnej szkole prawa może zaważyć na szali, mianowicie, iż z chwilą zepchnięcia ustawy na stanowisko tylko doradcy sędziego, zbyt silną da się temu ostatniemu broń do ręki i zbyt mało będzie rękojmi, że jej nie nadużyje. Stara się wykazać, że i dotąd osobistość sędziego była jedyną gwarancyą dobrego wymiaru sprawiedliwości i w ślad za tem zapatrzony w wzór stosunków angielskich, domaga się powierzania tego szczytnego urzędu wyłącznie tylko jednostkom wybitnym.

Na odmiennem stanowisku odnośnie do omawianej kwestyi stoi Zitelmann[1]). I on przyjmuje, że ustawa ma luki, które winna zapełnić twórcza działalność sędziego, jednakże sposób, w jaki to ma przyjść do skutku, wielce się różni od swobodnego wynajdywania prawa wolnej szkoły. Przedewszystkiem rozróżnia autor dwa rodzaje luk w ustawie. Ustawa mianowicie łączy z pewnemi zdarzeniami pewne skutki prawne, z czego a contrario wynika, że o ile pewien stan faktyczny nie jest w niej wymieniony jako rodzący pewne skutki prawne, w takim razie one nastąpić nie mogą. Można przeto sformułować ogólną negatywną zasadę, że żadno zdarzenie nie wywołuje skutków prawnych, o ile to nie jest w ustawie przewidziane. Jeżeli tedy sędzia łączy pewne skutki prawne nie z odnośnym stanem faktycznym w ustawie przewidzianym ale z innym podobnym, o którym ona milczy, wtedy właściwie

[1]) Ernst Zitelmann: „Lücken im Recht". Leipzig 1903.

nie wypełnia on luki, ale czyni nowy wyjątek z tej ogólnej negatywnej zasady. Tak n. p. skoro sędzia uznaje odpowiedzialność Towarzystwa wagonów sypialnych za okradzenie podróżnego w wagonie, analogicznie do odpowiedzialności właściciela hotelu, to nie zapełnia on w tym wypadku luki w ustawie, gdyż wagon sypialny nie jest zajazdem, a skoro ustawa mówi tylko o odpowiedzialności w takich razach właścicieli zajazdów, więc a contrario wynika, że przy innym stanie faktycznym niema tej odpowiedzialności. Sędzia więc w wypadku niniejszym przełamuje tę ogólną negatywną zasadę i łączy skutki prawne ze zdarzeniem, o którem ustawa nie wspomina. To byłyby luki pierwszego rodzaju polegające na tem, że w ustawie pominięte są pewne stany faktyczne wymagające odmiennego traktowania od ogólnej negatywnej reguły.

Drugi rodzaj luk zachodzi wtedy, gdy ustawa w pewnym wypadku wogóle nie daje możności rozstrzygnienia, a jednak musi być ono wydanem. Dzieje się to zwłaszcza w tych razach, kiedy w pozytywnym przepisie ustawy jest pozostawiony jakiś moment nieoznaczony, innemi słowami, kiedy pewną jest wola ustawy, że sprawę należy w ten a w ten sposób przeprowadzić, jednakże w obrębie tego postanowienia zachodzi kilka możliwości a niewiadomo, której z nich chce ustawa. Umknął n. p. kasyer jakiejś firmy ze sporą kwotą pieniężną. Firma oznacza nagrodę za schwytanie zbiega. Zdarza się, że przy tem schwytaniu uczestniczy wiele osób, w jaki sposób teraz podzielić między nich obiecaną nagrodę. Pewnem jest, że firma jest zobowiązaną do wypłacenia nagrody, ale czy uczestnicy schwytania są jej wierzycielami solidarnymi czy pro parte rata, a jeżeli tak, w jakim stosunku, o tem ustawa nie wspomina. A jednak w razie sporu sędzia musi rozstrzygać i wedle jakichś zasad obiecaną nagrodę rozdzielić. W tem też leży główna różnica między wypełnianiem luk pierwszego rodzaju a dru-

giego. Tam może sędzia zawsze stanąć na stanowisku, że rozszerzenie jest w ustawie nieuzasadnione i odmówić powoda, jak n. p. w wypadku kradzieży w wagonie sypialnym uznać, że wagon nie jest zajazdem, a więc właściciel za całość rzeczy podróżnego nie odpowiada; tu ustawa wyraźnie mu nakazuje uwzględnić żądanie skargi, ale nie podaje bliżej sposobu, w jaki to uczynić należy. Sędzia tu sam musi stworzyć nową zasadę prawną, tam tylko może i to z tem większą ostrożnością, że koniecznem jest wpierw przełamać ogólną negatywną regułę, która mówi, że tylko te zdarzenia wywołują skutki prawne, z któremi je ustawa łączy.

Jeżeli porównamy poglądy Zitelmana z poprzednimi, to przedewszystkiem zaznaczyć trzeba ważną różnicę w samem pojmowaniu ustawy. Jest ona wprawdzie i u niego zbiorem rozstrzygnień poszczególnych wypadków, ale pozatem nie pozostawia sędziemu wolnego pola do działania, lecz owszem z faktu, że pewnych postanowień nie zawiera, że z pewnemi zdarzeniami nie łączy skutków prawnych, wynika nie to, że w ustawie jest luka, że tylko przypadkowo pomija rozstrzygnienia w pewnych kwestyach, ale że ustawa właśnie chce, by do tych stanów faktycznych nie przywiązywano skutków prawnych. I sędzia musi dopiero tę wolę ustawy przełamać, musi ją zmienić, jeżeli orzeka o powstaniu skutków prawnych ze zdarzenia, z którem ustawa ich nie łączy. Oczywista zmiana tu będzie wymagała umotywowania na podstawie pozytywnych postanowień ustawy. Sędzia bowiem podsuwając tylko nowy stan faktyczny musi się posługiwać konstrukcyą ustawową i to jest dla niego hamulcem przed zbyt daleko idącemi zmianami. Judykatura, jednem słowem, nie traci ciągłości, czego rękojmi nie daje swobodne wynajdywanie prawa, jak chce wolna szkoła. Wkońcu trafnie odróżnia Zitelmann prawdziwe luki w ustawie, kiedy ona nie daje żadnej nawet negatywnej wskazówki do rozstrzygnięcia, które wtedy zgo-

dnie zresztą z tendencyą istniejących ustawodawstw pozostawia swobodnej ocenie sędziego.

Żywsza polemika na temat stosunku sędziego do ustawy rozwinęła się w latach 1905 i 1906. Impuls do niej dały trzy artykuły Stampe'a ogłoszone w r. 1905 w czasopiśmie „Deutsche Juristenzeitung". W pierwszym p. n. „Rechtsfindung durch Konstruktion"[1]) rozróżnia autor dwa rodzaje „wynajdywania" prawa przez rozważanie interesów społecznych i przez konstrukcyę. Ten ostatni opiera się na zasadzie, że ustawa nie zawiera luk a zastosowanie prawa jest tylko logiczną operacyą, subsumpcyą lub dedukcyą. Także judykatura hołduje temu zaptrywaniu tem więcej, że ogólnie przyjętem jest zdanie, iż orzeczenie sędziowskie nie powinno opuszczać gruntu ustawy. Jednakże metodę konstrukcyi prawnej muszą spotkać dawne zarzuty, mianowicie, że jest nienaukową i że rodzi socyalne niebezpieczeństwo. Podstawą jej nie może być ustawa, ponieważ każdy przepis odnosi się tylko do pewnego stanu faktycznego i nie można go za pomocą logicznej tylko operacyi rozciągnąć na inne stany, które leżą poza jego obrębem. Możliwem jest zastosowanie jakiegoś przepisu prawnego do innych zdarzeń niż w ustawie przewidziane, ale dzieje się to tylko zapomocą sędziowskiego przepisu uzupełniającego, którego wydanie nie jest tylko funkcyą logiczną ale właśnie wynikiem społecznych względów. Nie może być dalej podstawą konstrukcyi sam system prawny, albowiem służy on tylko do naukowego opanowania i oryentacyi w materyale istniejącego prawa, jest jego wiernem zwierciadłem a nie zbiornikiem dedukcyi dla rozwiązywania kwestyi, dotąd otwartych. Praktycznym skutkiem metody konstrukcyjnej jest z jednej strony zbytnia jej giętkość i stąd możność uzasadnienia każdego zdania, z drugiej zaś sztywność i trudność zastosowania istniejących pojęć do nowych stanów

[1]) D. J. Z. 1905 p. str. 416 i n.

faktycznych. Dalej z powodu wykluczenia momentu społecznego metoda ta przyczynia się nieraz do ochrony praw nader wątpliwej społecznej wartości. A wkońcu wytwarza czemraz większy rozbrat między sądownictwem a pojęciami ludowemi i budzi do niego niechęć i brak zaufania w szerokich kołach społeczeństwa.

W drugiej rozprawie p. n. „Rechtsfindung durch Interessenabwägung“ [1]) zajmuje się autor bliżej dogmatem braku luk w ustawie. Zasada ta doprowadziła do zapatrywania, iż ustawa nie jest zbiorem przepisów ale systemem niespisanych reguł, wobec których poszczególne przepisy są tylko ich zastosowaniem. Tymczasem pogląd ten jest sprzeczny z zasadniczym postulatem porządku prawnego, domagającego się, by każda wola, która ma mieć znaczenie w sferze prawnej, była objawioną. Dlaczegoż więc wola ustawy ma tworzyć wyjątek i skąd pewność, że ustawa chce tego, czego nie wypowiada? Za wolę ustawy można uważać tylko to, co ona wyraźnie objawia i co ze słów jej wedle zasad logicznego poznania bezsprzecznie wynika. Analogia już nie jest prawem ustawowem ale wynalezionem przez sędziego. Fakt zaś, że sędzia nie tworzy swobodnie nowego przepisu prawnego ale zastosowuje dawny, ma przyczynę w tem, że w interesie społecznym leży możliwie najprostsze kontynuowanie prawa sądowego, stąd nowy stan faktyczny łączy się z dawnymi skutkami prawnymi.

Ale nie tylko tam sędzia tworzy prawo, gdzie ustawa milczy, lecz także wtedy, kiedy się wyraża niejasno. Interpretacya jest bowiem czynnością ściśle logiczną i ogranicza się do ustalenia znaczenia przepisu ustawowego z niej samej z wszelką pewnością wynikającego, pozatem panuje swobodna działalność sędziego, którego postanowienie jednak tylko legis vice fungitur i nie ma znaczenia na przyszłość aż się

[1]) D. J. Z. 1905 str. 714 i nast.

stanie prawem zwyczajowem. Wytyczną, jaka ma powodować sędzią w tem uzupełnieniu prawa sądowego, jest wzgląd na interes społeczny. Wprawdzie wynik tego swobodnego tworzenia przepisów prawnych będzie często ten sam, w przystosowaniu analogii, ponieważ musi być zawsze wzięty pod uwagę interes państwa prostego i ciągłego rozwoju prawa, jednakże łatwiej w ten sposób ujrzy światło dzienne niejedna pożądana nowość, niż przy nieograniczonem władztwie metody konstrukcyjnej.

Nie ulega wątpliwości, że zasada uwzględniania interesów społecznych połączona jest z licznemi niebezpieczeństwami. Przedewszystkiem dyletantyzm sędziów każe zawahać się przed pozostawieniem im zupełnej swobody uzupełnienia ustawy, jednakże winę tego ponosi nie sama metoda, ale sposób wykształcenia uniwersyteckiego i nawał pracy w dzisiejszych sądach. Niebezpieczeństwo wpływów politycznych atoli zmniejszy się, ponieważ sędzia będzie musiał otwarcie wypowiadać swe zapatrywania na stosunki społeczne, podczas gdy dziś je ukrywa pod rusztowaniem konstrukcyj prawnych. A w końcu obawa przed popadnięciem judykatury w bezpłodny i pozbawiony wszelkich zasad utylitaryzm musi ustąpić wobec konieczności prostoty i ciągłego związku rozwoju porządku prawnego.

W ostatnim wreszcie artykule p. n. „Gesetz und Richtermacht“ [1]) omawia autor szczegółowo warunki, pod któremi wolnoby było sędziemu zmienić ustawę. Zmiana ustawy nie ma w tym wypadku większej wagi niż uzupełnienie, albowiem nie obowiązywałaby na przyszłość, tylko odnosiłaby się do poszczególnego rozstrzygnienia. Ponadto obwarowaną byłaby pewnemi kautelami, któreby kładły większą tamę samowoli sędziego niż dzisiejsza mistyczna wola ustawodawcy. Warunkiem, pod którym wolnoby było sędziemu zmie-

[1]) D. J. Z. 1905 str. 1017.

nić postanowienia ustawy, jest, by one tak dalece naruszały ważne interesa ogółu, że natychmiastowe zaradzenie temu staje się rzeczą konieczną.

Przeciw tym dążeniom do emancypacyi sędziego z pod ustawy wystąpili Landesberg[1]) i Michaelis[2]) wytaczając jako główny argument obawę przed niepewnością stosunków prawnych i samowolą sędziego. Ponadto ten ostatni autor zwalcza zapatrywanie, jakoby ustawa była tylko zbiorem przepisów odnoszących się do poszczególnych wypadków, poza którymi ma być sędziemu pozostawioną wszelka swoboda. Ustawodawca bowiem nie mógł chcieć, aby interpretacya, jaką przepisuje dla objawów woli osób prywatnych, nie była i do objawu jego woli stosowaną. Byłoby też wielkiem zacieśnieniem pojęcia ustawy, gdyby za nią to tylko uważać, co wyraźnie wypowiada. Zresztą ustawa sama niejednokrotnie powołuje się na analogię.

Polemika w kwestyi stosunku sędziego do ustawy zaczyna w tym czasie być czem raz głośniejszą. Przyczyniła się do tego w znacznej mierze z niezmierną werwą napisana rozprawa autora ukrywającego się pod pseudonimem Gneusa Flaviusa. Mała broszurka p. n. „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ rozpowszechniona naraz w kilku tysiącach egzemplarzy wywołała prawdziwą rewolucyę w świecie prawniczym. Sam Unger zabrał głos przestrzegając przed zbyt radykalnymi poglądami anonimowego autora występującego pod hasłem wskrzeszenia prawa natury. Flavius bowiem mieni się być rzecznikiem nowego ruchu, który postawił sobie za zadanie obalić ostatni bastyon scholastycyzmu w prawie i stworzyć pojęcie wolnego prawa, które wprawdzie nie jest jak dawne prawo natury czemś niezmiennem ale żyje w poczuciu społeczeństwa danej epoki i kultury niezależnie

[1]) D. J. Z. 1905 str. 921.
[2]) Ibid. 1906 str. 394.

*

od prawa uznanego przez państwo. Owszem prawo ustawowe opiera się na tem wolnem prawie i jest tylko jednym z jego przejawów. Sędzia już dziś uwzględnia zasady tego wolnego prawa, ilekroć opiera się na dobrej wierze, zwyczajach obrotu i innych surogatach ustawy. Bezsprzecznie wymiar sprawiedliwości należy do państwa, stąd też wola państwa zawarta w ustawie winna być w pierwszym rzędzie uwzględnioną. Jednakże od zasady tej należy odstąpić w dwóch razach, najpierw jeżeli ustawa nie daje niewątpliwego rozstrzygnienia danego wypadku; powtóre zaś, jeśli wedle przekonania sędziego istniejąca w czasie rozstrzygania przypadku władza państwowa nie rozstrzygałaby go tak, jak wymaga ustawa. W obu wypadkach winien sędzia tak sprawę osądzić, jakby to uczyniła obecna władza państwowa prawodawcza, gdyby ten właśnie wypadek miała rozstrzygnąć. Gdyby zaś sędzia tego rozstrzygnienia nie mógł sobie przedstawić, ma sądzić na podstawie wolnego prawa. W sprawach zaś bardzo zawikłanych lub takich, gdzie tylko ilość jest sporą, jak n. p. wynagrodzenie za szkodę niemateryalną, musi się powodować tylko swojem swobodnem uznaniem. Wkońcu powinno być stronom w procesie cywilnym dozwolonem przez zgodny wniosek uwolnić sędziego od obowiązku zachowania jakichkolwiek państwowych norm prawnych. Jeżeli się zarzuca, że tego rodzaju reformy pozbawiłyby możności kontroli przekonania sędziego, to trzeba zważyć, że i dziś tylko od swobodnego, nie dającego się sprawdzić przekonania zależy, co sędzia interpretując uzna za obowiązujące prawo i co badając, za prawdę. Skoro nie można zaufać przysiędze sędziego, wtedy wszystko ustaje, a zasada kollegialności i instancyi jest dostateczną ochroną przed ekscesami subjektywności.

Występuje dalej Flavius przeciw potrzebie motywowania wyroków, albowiem przy ius clarum in thesi jest ono niepotrzebnem, a w razie wątpliwości nigdy nie przekona strony zwyciężonej. Wreszcie żą-

danie, by wyrok był do przewidzenia i czysto objektywny, uważa za nieziszczalne, gdyż w pierwszym razie nikt by wogóle procesu nie wszczynał, a co do drugiego jest rzeczą ogólnie znaną, że ze zmianą osób następuje też zmiana orzeczeń sądu. Nie można tedy zwalczać nowych poglądów w imię ideałów, które jeszcze dziś tak dalekie są od urzeczywistnienia. Natomiast gdy w judykaturze znajdzie wyraz wolne, w przekonaniu ludu żyjące prawo, ziści się dawno zapomniany ideał ludowego prawa, które tak wysoko stało niegdyś u Rzymian i Germanów, a dziś jeszcze istnieje w Anglii. Jednakże do celu tego nie doprowadzi oddawanie wymiaru sprawiedliwości w ręce laików t. j. dyletantów, lecz przeciwnie winien on spoczywać w ręku fachowców. Jak we wszystkich tak i w zawodzie sędziowskim musi nastąpić specyalizacya i wtedy dopiero będzie mógł sędzia wydawać wyrok z zupełnem zrozumieniem społecznej funkcyi każdego przepisu prawnego i społecznych skutków swego rozstrzygnienia. Stanie się on specyalistą stanu faktycznego a nie kuglarzem przepisów prawnych. Od kultury sędziego zawisł w ostatnim rzędzie postęp w rozwoju prawa. I podobnie jak na gruzach narzędzi tortur przy wzroście zaufania do osoby sędziego powstała teorya swobodnej oceny dowodów, tak na gruzach dogmatyki wyrośnie zasada swobodnego tworzenia prawa.

Przeciw tym poglądom wystąpił, jak już wspomniano, Unger[1]). Zarzuca on przedewszystkiem, że wedle dzisiejszego ustroju prawnego, sędzia nigdy nie może mieć upoważnienia, by ten lub ów możliwy sens ustawy odrzucić a sądzić wedle swego uznania. Sędzia przecież przysięga, że sądzić będzie wedle obowiązujących ustaw. Powtóre jest rzeczą niemożliwą, by sędzia przewidział, jak na daną kwestyę będzie się zapatrywał dzisiejszy ustawodawca. A wkońcu do-

[1]) D. J. Z. 1906 str. 781 i nast.

prowadziłoby to do zupełnej anarchii, gdyby wola stron mogła w każdej chwili stanąć ponad ustawą. Lepiejby w takim razie ustaw wcale nie układać. Jedyne pole dla swobodnego tworzenia prawa istnieje — wedle Ungera — tam, gdzie są rzeczywiste luki w ustawie.

Do zwolenników wolnej szkoły prawa wypada też zaliczyć Kulemanna. W artykule p. n. „Recht oder Wissenschaft“ [1]) zwraca uwagę na ezoteryczny charakter umiejętności prawniczej, który tylko po części jest uzasadniony, ponieważ do nauki należy wprawdzie formowanie zasad ale z istniejącego już materyału, którego tworzenie jest rzeczą samego społeczeństwa. Metodę dedukcyjną, zastosowującą ogólną zasadę do szczególnych wypadków, należy zamienić na indukcyjną, wysnuwającą zasadę z licznych orzeczeń. Tworzenie bowiem prawa nie należy do prawników, u których poczucie prawa jest bardziej przygłuszone niż u laików. Stąd też domaga się autor większego udziału tych ostatnich w sądownictwie, któremu też należy powierzyć część funkcyj prawodawczych. W parlamencie bowiem dzisiejszym, jak uczy doświadczenie, układają ustawy z dziedziny prawa prywatnego przeważnie sami juryści, którzy nie mają styczności z wyobrażeniami prawnemi ludu.

Do poglądów wolnej szkoły prawa zbliża się, jednak z odmiennych założeń wychodzi Danz [2]). Zwraca on szczególniejszą uwagę na proces formowania się prawa zwyczajnego. Prawo jest wyrazem woli ludu, która objawia się albo wyraźnie w ustawie albo domniemanie w pewnym stale się powtarzającym sposobie działania. Jednakże taki stały zwyczaj sam nie wystarcza jeszcze do wytworzenia przepisu prawnego, który może być tylko wypowiedziany lub napisany w słowach. Formułuje go dopiero sędzia przy spo-

[1]) D. J. Z. 1907. str. 1176 i nast.

[2]) Prof. E. Danz: Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz. Jena 1908.

sobności wydawania orzeczenia. Okoliczność tę dotychczas zapoznawano z powodu ogólnie panującej teoryi woli. Formułowanie bowiem przez sędziego dodatkowych przepisów prawa zwyczajowego uważano za interpretacyę woli stron, chociaż nieraz pewnem było, że strony o danym wypadku przy zawieraniu umowy nie myślały albo nawet zamiar ich był skierowany na wywołanie wręcz przeciwnych skutków prawnych, niż te, które sędzia ich działaniu przypisuje. Jeżeli ktoś każe sobie podać w restauracyi potrawy i napoje i nie chce potem płacić, to żaden sędzia nie uzna jego tłómaczenia się, że nie miał zamiaru zawierać kontraktu kupna-sprzedaży czy też najmu usług, bo zachowanie się jego mogło dać uzasadnioną podstawę do mniemania, że taką umowę pragnie zawrzeć. Skoro bowiem działanie pewnej osoby pozwala wedle zwyczajów obrotu i przy uwzględnieniu wszelkich towarzyszących okoliczności domniemywać się o istnieniu pewnej woli, to jest rzeczą obojętną, czy w danym wypadku taka wola rzeczywiście istnieje. Skutki prawne nastąpią nie dlatego, że strony ich chciały, ale z powodu tego, że pozytywny przepis prawa zwyczajowego łączy się z tego rodzaju zachowaniem się.

Najważniejszem zadaniem sędziego jest przy rozstrzyganiu danego wypadku wynaleźć i sformułować odpowiedni przepis prawa zwyczajowego. I wobec tego przepisu muszą ustąpić normy ustalone w ustawie. Dyspozytywne dlatego, ponieważ dopiero w razach wątpliwych wchodzą w zastosowanie, absolutne zaś tylko o tyle, o ile cel tych przepisów pozwala. Odnosi się to zwłaszcza do przepisów czysto formalnej natury, których nigdy nie należy tłumaczyć dosłownie ale z uwzględnieniem celu, w którym zostały wydane. Tak n. p. jeżeli ustawa wymaga aktu notaryalnego do ważności umowy, mocą której jedna ze stron przenosi własność gruntu, to przy dosłownej interpretacyi tego przepisu należałoby uznać za ważne nieformalne

zawarcie pactum de emendo, ponieważ w tym wypadku nie chodzi o pozbycie gruntu, ale o zobowiązanie zawarcia takiej umowy w przyszłości. Kiedy się jednak zważy, że celem tego przepisu jest ochrona właściciela przed lekkomyślnem pozbyciem gruntu, to i temu nieformalnemu pactum de contrahendo należy, zgodnie z resztą z zapatrywaniem obrotu, odmówić ważności

Charakterystyczną jest rzeczą, w jaki sposób Danz określa swój stosunek do wolnej szkoły prawa. Za zasługę jej uważa reakcyę przeciw bezmyślnemu trzymaniu się litery ustawy, natomiast potępia zupełne ignorowanie ustawy przez sędziego. Prowadzi to bowiem do samowoli, podczas gdy zadaniem sędziego jest ustalać normy prawne nie wedle własnego mniemania ale wedle przekonania ogółu. Sędzia jest pionierem ustawodawcy. On pierwszy formułuje przepisy zwyczajowe, jakie wśród ludu się rozwijają, a ustawodawca następnie je ustala i w szczegółach opracowuje.

Jeżeli chodzi o podniesienie charakterystycznych momentów całego tego nowego kierunku występującego pod nazwą wolnej szkoły prawa, to trzeba zaznaczyć, że nie jest on jeszcze należycie skonsolidowany i pojęciowo dość jasny, by rozbieżne nieraz myśli jego wybitniejszych adeptów, które powyżej przedstawiono, dały się ująć w jeden ogólny schemat. Są to raczej luźne postulaty i argumenty, przeważnie natury polemicznej, w których tylko gdzieniegdzie przebija się jakieś ogólniejsze, zasadnicze hasło: „Emancypacya sędziego z pod ustawy“. Ten rewolucyjny sztandar, który raczej przeciwnicy przypisują wolnej szkole prawa, nie mówi całej prawdy. Nie o wyrugowanie ustawy z judykatury tu chodzi, ale raczej o to, czy ustawa ma być jedynem źródłem istniejącego prawa, poza które sędziemu wyjść nie wolno. Na to pytanie wszyscy zwolennicy nowego kierunku odpowiadają przecząco a że cała ich dążność jest reakcyą przeciw zbyt sil-

nemu akcentowaniu znaczenia ustawy, jakie się przebija w całej nowoczesnej teoryi i praktyce, stąd też nic dziwnego, że grzeszą nieraz w przeciwnym kierunku niedoceniając doniosłości pisanego prawa. Walczą przedewszystkiem argumentami historycznymi powołując się na czasy i narody, wśród których wysoko stała judykatura mimo braku kodyfikacyj prawnych. Tu jednak trzeba zauważyć, że nawet w tych czasach istniała zawsze silna tendencya a więc i społeczna potrzeba skodyfikowania prawa i z tego też powodu nieraz prywatne zbiory musiały spełniać rolę dzisiejszych ustaw i niemniejszej od nich zażywały powagi. Nie zawadzi też wspomnieć, — skoro już zwolennicy wolnej szkoły prawa zarzucają, że dzisiejsza praktyka sądowa stosując konstrukcyjne ustawowe przepisy, staje się dla ogółu a zwłaszcza dla ludu niezrozumiałą, — że najsilniej dążenia do skodyfikowania prawa przebijały się w historyi właśnie u tych warstw szerokich, które pragnęły jasno wiedzieć, co mają uważa za prawo. Subtelności prawnicze pozostaną zawsze zwłaszcza w krajach, gdzie istnieje wielka przepaść między poziomem oświaty poszczególnych warstw społeczeństwa, dla wielu rzeczą niezrozumiałą, ale stokroć gorszy będzie rezultat i większa nieufność do stanu sędziowskiego, skoro te dla laików trudne do zrozumienia rozstrzygnienia nie będą miały za sobą autorytetu ustawy. Ustawę bowiem układa w dzisiejszem państwie konstytucyjnem reprezentacya parlamentarna, która jest wynikiem woli ludu i do której ogół musi żywić zaufanie, chociażby z tego powodu, że o ile chodzi o ustawodawstwo prywatno-prawne, nigdy ona nie może być tak bezpośrednio w sprawie interesowaną jak sędzia, który ma rozstrzygać konkretny wypadek. Tego autorytetu, jaki ma ustawa, nie zastąpi ani wiedza sędziego, boć przecie właśnie umiejętność prawnicza jest tym momentem ezoterycznym w judykaturze, który ją czyni dla laików nieprzystępną, ani zaufanie do osoby sędziego. Dziś gdy w większości

krajów europejskich panują tak silne antagonizmy narodowościowe i społeczne, możnaby prawie na palcach policzyć osobistości, których charakter tyleby wzbudzał szacunku we wszystkich obozach, by sąd ich nawet mało dla ogółu zrozumiały uzyskał powszechne uznanie. Jakżeżby ten stan pogodzić z żądaniem szybkiego wymiaru sprawiedliwości? Czemraz więcej zwolenników zyskuje zapatrywanie, że w miarę postępu kultury społeczeństwa zwiększa się swoboda sędziego. Jednakże wątpić należy, czy kiedykolwiek nastąpi tego rodzaju stan, by sędzia i ustawodawca istnieli w jednej osobie. Historya wykazuje, że raczej rozdział władz jest wynikiem rozwoju organizmu społecznego.

Jeżeli już mowa o tem, że judykatura zdaje się obcą ogółowi, to podnieść trzeba jeszcze jeden szczegół, który można zauważyć u niektórych zwolenników wolnej szkoły prawa zwłaszcza u Kulemanna. Nie rozróżniają oni dwóch rzeczy a mianowicie, że niezrozumiałemi są dla laików z jednej strony pewne zbyt zawiłe kwestye prawnicze, a z drugiej obcemi są dla nich pewne elementa prawa zwłaszcza te, które drogą recepcyi wyrugowały prawo rodzime. Otóż jeżeli z tego ostatniego powodu judykatura staje się dla ludności obcą, przyczyną nie jest fakt, że sędzia trzyma się ustawy, ale że ustawa zawiera pierwiastki obce. Kto więc występuje pod hasłem powrotu do prawa ludowego, to pomijając już kwestyę słuszności tego żądania, winien w każdym razie zwrócić się z tem żądaniem do ustawodawcy a nie do sędziego.

Podnoszą dalej zwolennicy nowego kierunku konieczność przyznania sędziemu swobody tworzenia nowych przepisów prawnych ze względu na to, że każda ustawa zawiera luki. Nikt nie zaprzeczy słuszności tego żądania, o ile chodzi o zapełnienie rzeczywistych luk w ustawie, nie wolno bowiem sędziemu uchylić się od rozstrzygnienia pod pozorem, że ustawa milczy o danej kwestyi. Jednakowoż nie można zacieśniać

pojęcia ustawy do tych granic, do jakich chce n. p. Stampe lub Flavius. Słusznie podniósł Michaelis, że trudnoby było zrozumieć, dlaczegoby ustawodawca niemiał chcieć, by ta interpretacya, jaka bywa stosowaną do objawów woli osób prywatnych, nie mogła się odnosić także do tłumaczenia objawu jego woli. Niepodobna ustawy uważać za obowiązującą tylko tam, gdzie przepis jej jest jasny i niewątpliwy, ponieważ po pierwsze nie byłoby to zgodne z zasadami istniejącego ustroju państwowego i porządku społecznego, który wymaga, by każdą ustawę należycie wydaną uważać za obowiązującą, a powtóre kryteryum jasności i niewątpliwości jest tak rozciągliwem i nieokreślonem, że ostatecznie sędzia mógłby każdą ustawę uznać za nie obowiązującą. To samo da się powiedzieć odnośnie do postulatu, aby sędziemu wolno było zmienić ustawę, która wedle jego mniemania narusza ważne interesa społeczne.

Zastanowić się z kolei wypada, co pragnie wolna szkoła prawa uczynić, w miejsce norm ustawowych, podstawą rozstrzygnień sędziowskich. Bo niema wątpliwości, że nie ma nią być subjektywne zapatrywanie sędziego, ale jakaś objektywna, powszechnie uznana miara ocenienia. Ehrlich widzi ją w tradycyi prawniczej i poczuciu sprawiedliwości, Stampe w rozważaniu interesów społecznych, Flavius w normach niepisanego prawa, Danz w prawie zwyczajowem. Niema pod tym względem zgody między zwolennikami nowego kierunku, jednakże to jedno można zauważyć, że wszyscy pozostają pod wpływem świeżo odradzającego się pojęcia prawa natury. Bo niczem innem nie będą te normy niespisane a jednak w przekonaniu społeczeństwa żyjące, których jednym z objawów jest ustawa, jak tylko wskrzeszeniem dawnego pojęcia prawa natury bez względu na to, czy je nazwiemy za Stammlerem „słusznem prawem“, czy Mayerem „normami kultury“, czy też za Flaviusem, Stampem, Ehr-

lichem i t. d. „wolnem prawem“. Wprawdzie pod wpływem socyologii nie przypisują dziś normom tego prawa niezmienności, ale raczej uważają je za wypływające z kultury danego okresu[1]), atoli zawsze mają one stać ponad normami prawa ustawowego. One bowiem są jedynem istotnem źródłem prawa, od którego pochodzą wszystkie inne a więc i ustawa.

Pomijając kwestyę, czy pojęcie takiego prawa naturalnego jest naukowo uzasadnionem, spytajmy, co może przemawiać za tem, by sędzia z tego właśnie źródła czerpał. Z pewnością nie jego jasność i „niewątpliwość“, bo trudno sobie wyobrazić rzeczy bardziej nieuchwytnej jak owe normy prawa niepozytywnego. I dziwną jest rzeczą, że wolna szkoła prawa okazując tyle surowości dla ustawy i uznając te tylko jej postanowienia za obowiązujące, których interpretacya nie pozostawia żadnych wątpliwości, każe sędziemu natomiast opierać się na naturalnych zapatrywaniach prawnych ogółu, które są mgławicą, w jakiej dopiero oko późniejszego historyka dojrzy wyłaniające się zarysy pewnych norm prawnych. Pozostaje zatem jedyny argument przemawiający za zastosowaniem norm wolnego prawa a mianowicie ten, że mają one być sprawiedliwsze t. j. bardziej odpowiadające potrzebom społeczeństwa niż ustawowe, ponieważ one ciągle się rozwijają a ustawa raz wydana pozostaje niezmienioną. Jednakże trzeba zważyć, jak ta prawda teoretycznie na pozór uzasadniona przedstawiałaby się w rzeczywistości. Z góry można przewidzieć, mając na względzie sądownictwo angielskie, że sędzia nie mając oparcia w ustawie, będzie go szukał w najbardziej jej blizkim surogacie t. j. w judykaturze. I znowu tylko zasady w niej uznane będzie zastosowywał do roz-

[1]) Porównaj referat Berolzheimera wygłoszony na II. kongresie „Międzynarodowego stowarzyszenia filozofii prawa i gospodarstwa społecznego“, który się odbył w Darmstadt w czerwcu 1911.

strzygania nowych przypadków posługując się całym aparatem konstrukcyj prawnych, tak potępianym przez zwolenników nowej szkoły. Cóż się więc zmieni? Chyba to, że sędzia będzie napotykał na daleko większe trudności przy formułowaniu zasad prawnych, któremi tak samo będzie skrępowany jak dziś ustawą. Przyznaje bowiem wolna szkoła prawa, że nie podobna zrywać ciągłości rozwoju norm prawnych a cel ten lepiej i łatwiej spełni ustawa niż niejednolita judykatura. Ustawa ściślej i jaśniej określa granice, gdzie kończy się już prawidłowy rozwój danej instytucyi prawnej a zaczyna nowość, która się już w jej ramach nie mieści, czyli gdzie się kończy działalność sędziego a zaczyna ustawodawcy. Jak długo zaś dogmat rozdziału władzy państwowej będzie uznawany za podwalinę ustroju konstytucyjnego, tak długo niepodobna przyznać sędziemu nieograniczonej swobody w tworzeniu nowych przepisów prawnych. A że obie te zasady się nawzajem wykluczają, przykład państwa kontynentu europejskiego, gdzie przy zupełnym rozdziale ustawodawstwa od sądownictwa wiąże sędziego ustawa, i Anglia, w której ten rozdział nie jest tak ściśle przeprowadzony a stąd sędzia wkracza tam nieraz w dziedzinę ustawodawcy i naodwrót.

Bezsprzecznie zadaniem sędziego nie jest bezmyślne trzymanie się litery prawa, ale celowe zastosowywanie go w kierunku uwzględnienia potrzeb społecznych i jest zasługą wolnej szkoły prawa, że wystąpieniem swem może w niektórych punktach zbyt jaskrawem zwróciła uwagę na ten właśnie moment. Jednakże jeśli się nie chce zatrzeć różnicy między sędzią i ustawodawcą, to może to uwzględnienie potrzeb społecznych odbywać się tylko w granicach ustawy. Że wolna szkoła prawa poszła dalej w tym kierunku, przyczyny tego dopatrywać się należy w fakcie, iż dzisiejszy ustawodawca zbyt mało uwagi poświęca dziedzinie prawa prywatnego i po macoszemu się nieraz z niem obchodzi. Czemraz liczniejsze a piekące potrzeby

reformy na tem polu nie mogąc się doczekać ustawowego uwzględnienia musiały zrodzić dążność oddania funkcyi ustawodawczej w ręce — bardziej bezpośrednio w rozwoju prawa cywilnego interesowanego i większą rękojmię jego szybkiego dostosowania do zmieniających się potrzeb czasu dającego — sądownictwa.

Zapiski literackie.

Dr. Stanislaus Dniestrzański. Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7. ABGB). Odb. z księgi jubil. wiedeńskiej T. II. Wiedeń 1911. Manz.

Skreśliwszy krótką charakterystykę prawa natury, tak jak ono przedstawiało się autorom kodeksu, w szczególności Zeillerowi, i stanowisko negacyjne, jakie wobec tej idei zajął pierwszy reprezentant szkoły historycznej Unger, tudzież praktyka sądowa, autor dowodzi, że t. zw. „naturalne zasady prawne“, o jakich mówi § 7. u. c., nie są identyczne z prawem natury 17. i 18. w., które uważano za niezmienne, dedukcyjnie jedynie z rozważań filozoficznych wynikające, a które wytworzyło się pod wpływem dążności przeciwstawienia dowolnym prawom, dyktowanym przez rządy feudalne — praw przyrodzonych, poznawanych już samym rozumem. Autorowie bowiem obok rozumu przyznawali decydujące znaczenie także i doświadczeniu, które jak historya redakcyi dowodzi, było jedną z najgłówniejszych podstaw kod. cyw. — W § 7 złączono naturalne zasady prawne z czynnością sędziego polegającą „na starannem zebraniu i dokładnem rozważeniu“ zachodzących okoliczności, zatem objawiają się w tej czynności dwa momenty: teoretyczne badanie przez sędziego natury prawa ze względu na jego powstanie i istnienie i czynność polegająca na „zbieraniu i rozważaniu“.

W dalszym ciągu autor rozwija teoryę o organicznem powstaniu norm prawnych, które prócz niej powstają jako normy socyalno etyczne, obowiązujące bez przymusu fizycznego a jedynie pod przymusem psychicznym w związkach rodzinnych, szczepowych, kościelnych i t. d., działając własną siłą wewnętrzną, tworzą prawo zwyczajowe, a z których te, którym państwo udzieli sankcyi zewnętrznej, stają się ustawami. — Tę teoryę powstania norm prawnych przyjmuje autor jako podstawę określenia t. zw. naturalnych zasad prawnych po myśli ost. ust. § 7. Są

one wytworem potrzeb życia społecznego związków i podlegają ciągłej fluktuacyi. — W tym § 7 upatruje autor myśl, że państwo normy owych związków nie przyjmuje wprawdzie do systemu swych praw bezpośrednio, lecz pozwala na ich zastosowanie dopiero wówczas, jeśli wyciska na nich swą markę przez orzeczenie sędziego. Stąd wysnuwa autor wniosek, że naturalne zasady prawne § 7., to są właśnie zwyczaje, na które się ustawa powołuje (§ 10). Autor przyznaje tym zasadom naturalnym znaczenie źródła prawa, z którego sędzia czerpać ma subsydyarnie t. j. w braku norm państwowych i w pośród warunków w § 7. wymienionych.

Funkcyę sędziego przy tej czynności odróżnia autor trojako na wzór funkcyj pretora rzymskiego, adjuvandi, supplendi, corrigendi, juris civilis gratia. Jest on owym organem państwowym, który przy zastosowaniu naturalnych zasad prawnych powołany jest do udzielania autorytatywnej sankcyi państwowej normom, wytworzonym w pośród socyalnych grup interesów.

Z tego punktu widzenia autor przystępuje do przypadków zastosowania naturalnych zasad prawnych § 7., dzieląc je na takie, w których owe zasady służą do uzupełnienia przepisów pozytywnych i takie, które w pozytywnem prawie nie znajdują podkładu. Wpośród pierwszej kategoryi traktuje o zasadzie „wierności i wiary" (Treu und Glauben) i o obyczajach obrotowych (Verkehrssitte), które chociaż w kod. austr. nie wypowiedziane, podług § 7. w związku z § 914. niewątpliwie i w prawie austr. należą do najważniejszych i do podstawowych, dalej zasady o wzbogaceniu się (po za specyalnymi przypadkami kondykcyj wyrażonych w § 1431 n.), zasadę o niedopuszczalności działań contra bonos mores, o bona fides i zaufaniu do ksiąg publ., wpośród drugiej kategoryi traktuje o publicznem przyrzeczeniu (Auslobung). Autor kończy tem, że w „naturalnych zasadach prawnych" § 7. tkwi tajemnica ciągłego odmładzania się kod. cyw.

Myśl o wytwarzaniu się norm prawnych zwyczajowych wpośród związków społecznych, którą autor podniósł już w jednej z dawniejszych swych rozpraw (Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände), złączona jest w niniejszej rozprawce bardzo szczęśliwie z interpretacyą ost. ustępu § 7. o naturalnych zasadach prawnych. Rozprawa stanowi cenny przyczynek do objaśnienia tej trudnej kwestyi. *E. Till.*

Kronika.

V-ty Zjazd prawników i ekonomistów polskich. Jak wiadomo, odbędzie się za kilka miesięcy we Lwowie Zjazd polskich prawników i ekonomistów. Ustalenie daty zależy od ukończenia druku referatów, który rozpoczęty w lecie b. r. postępuje szybko naprzód. Komitet stoi zasadniczo na tem stanowisku, że dyskusya może odbywać się tylko na podstawie, przygotowanej przez publikacyę przewodnich myśli referenta. Skutkiem tego tych tematów, których referenci nie opracują dla ogłoszenia drukiem, nie będzie mógł komitet wogóle pomieścić w definitywnym programie Zjazdu. Dla lepszej oryentacyi w przedmiocie obrad Zjazdu podajemy ogół zgłoszonych tematów z nazwiskami referentów: A. Sekcya prawnicza: 1. Zasady wiarygodności ksiąg gruntowych i jej wpływ na stosunki majątkowe ludności szcz. włościańskiej: Dr. Biegeleisen, Dr. Silbiger. 2. Żegluga powietrzna: Prof. Roszkowski. 3. Nowe poglądy na stanowisko sędziego cywilnego przy stosowaniu ustaw: Dr. Peretjatkowicz, mecenas Rundstein, Dr. Ohanowicz. 4. Sprawa umiędzynarodowienia prawa wekslowego: Prof. Górski i prawa czekowego: mecenas Kuratow. 5. Akcya społeczna przeciw przestępności: Dr. Kohl, mecenas Makowski i mecenas Korenfeld. 6. Środki ochronne wobec recydywistów i przestępców anormalnych, Dr. Reinhold. 7. Ochrona własności literackiej i artystycznej na ziemiach polskich: Dr. Nowotny i Dr. Zygmunt Mandel. B. Sekcya ekonomiczna: 1. Uprzemysłowienie: Zagajenie: Prof. Kostanecki, prof. Bujak. a) Stan uprzemysłowienia w trzech zaborach: Wielkopolska: Dr. Spandowski, Dr. Głowacki; Królestwo: St. Koszutski; Galicya: bar. Battaglia i dyrektor Olszewski. b) Próbny przemysł: Henryk Eile. c) Kwestya robotnicza: Wielkopolska: Ks. Lisiecki, hr. Szembek; Królestwo: Edw. Chwalewik; Galicya: Dr. Daszyńska-Golińska. 2. Skarbowość związków samorządnych: Dyr. Michalski, dr. Krzetuski, mec. Służewski, mec. Markowski. Referaty samoistne w sprawie uprzemysłowienia poza programem: pp. Chwalewika, Grossmana, Grotowskiego, Kempnera i Rygiera. Referaty w sprawach aktualnych polskich pp. Rappaporta i Suligowskiego. Tych z pomiędzy referentów, którzy dotychczas rękopisu do druku nie nadesłali, uprasza komitet o jak największy pospiech. (Biuro Komitetu: Lwów, Uniwersytet, kancelarya).

Polityka przemysłowa i handlowa rządu Terezyańsko-Józefińskiego w Galicyi 1772—1790.

(Referat na V. Zjazd prawników i ekonomistów polskich).

Napisał

Henryk Grossman.

I.

Punktem wyjścia naszych wywodów jest założenie, konieczności historycznego rozwoju, działającej oczywiście nie mechanicznie, ale jako skutek pewnych historycznie danych warunków. Pod tym kątem widzenia spojrzmy na Galicyę i Polskę w dobie 1-go rozbioru, w dobie zaczątków kapitalizmu, noszącego w tem początkowem stadyum nazwę merkantylizmu.

Co do Galicyi, to terezyanizm, a jeszcze więcej józefinizm, nie cieszył się u nas dotychczas dodatnią oceną swej polityki ekonomicznej. Cały szereg dokumentów literackich od Magna Charta leopoldyńskiej, od pracy Słotwińskiego a zwłaszcza od dzieła Kalinki o Galicyi, aż po dziś dzień, ustalił z małymi wyjątkami opinię tej polityki jako wrogiej szlachcie, którą znowu identyfikowano z całym krajem. A równocześnie piętnowano tę politykę nie tylko jako antyszlachecką, ale i jako antymiejską i antyprzemysłową, rujnującą handel i budzący się przemysł — fiskalizmem, polityką celną i wrogą polityką przemysłową, stosowaną nie w interesie Galicyi, lecz krajów dziedzicznych. Od pół wieku przeszło, ustalił się prawie powszechnie powtarzany sąd, że „rząd austryacki z bezprzykładnym rygorem prześlado-

wał wszelkie objawy życia przemysłowego w Galicyi (Kalinka), uważając ją za teren zbytu dla przemysłu krajów dziedzicznych. (Wł. Łoziński, Dr. T. Rutowski, Schnür-Pepłowski, Dr. H. Jaworski, ks. Chotkowski).

Tymczasem wyczerpujące badania tej epoki doprowadziły do wręcz odmiennych rezultatów i wykazały, iż powyższy pogląd jest mylny. Bliższe rozpatrzenie dotychczasowej literatury przekonywa, że była oskarżeniem bez dowodów.

Rząd terez. józefiński nie tylko nie był antyprzemysłowym, lecz przeciwnie stosował w Galicyi politykę wybitnie merkantylną, zapomocą wszystkich właściwych temu systemowi radykalnych metod i środków, jakie wyrobiły się już przedtem na Zachodzie, a które niżej rozpatrzymy. Było to rzeczą naturalną. Galicya stanowiąca dotychczas cząstkę układu biegnącego po linii anarcho-feudalnego rozwoju — zostaje przez katastrofę rozbiorową wciśniętą w układ krążący po linii wręcz odmiennej, centralistyczno-biurokratycznego państwa militarnego i z natury rzeczy zaczyna podlegać wpływom większego organizmu, którego stała się cząstką, więc w danym razie wpływom polityki merkantylnej.

Oczywiście, ze stanowiska szlachty ówczesnej Galicyi, była taka zmiana systemu polityki ekonomicznej pod względem społecznym wstrząsającą i nagłą rewolucyą, grożącą szlachcie wyważeniem jej z dotychczasowej naczelnej roli społecznej na rzecz nowych elementów. „Z myślą oderwania prowincyi, łatwiej się może naówczas pogodzić umiano, niż z oswobodzeniem włościan i redukcyą szlachty“... (Kraszewski). Szlachta biorąc bezpośredni polityczny powód za właściwą przyczynę społecznego kryzysu, widziała w rządzie jedyne źródło nieszczęścia.

Inaczej przedstawi się ta sprawa nam z półtorawiekowej blizko odległości. Dla uzyskania należytej perspektywy historycznej, musimy przypomnieć po krótce stosunki ekonomiczne Polski i Europy zachod.

Nie można bowiem oceniać terezyanizmu i józefinizmu ze stanowiska izolowanego i sztucznie wyodrębnionego ogniwa.

W chwili 1-go rozbioru była Polska krajem feudalno-agrarnym, o gospodarce przeważnie naturalnej. Skutkiem zgubnej polityki agrarnej upadły miasta zupełnie. Narażone na gwałty i przemoc szlachty, utraciły swą niezależność. Dla przemysłu po miastach nie było warunków rozwoju, tem bardziej, że brakło czynnika, któryby mógł przyjść z pomocą. Państwo uległo zupełnej decentralizacyi, nie było administracyi centralnej, niezależnego sądownictwa i opieki prawnej, dróg i opieki nad handlem. Przemoc szlachecka i samowola przygniatały inne klasy społeczne (Pawiński, Bobrzyński, Korzon, Balzer).

A chociaż całe to spaczenie ustroju Rzptej dokonało się rzekomo w interesie rolnictwa, mimo to było ono w położeniu nader krytycznem. Ekstenzywna gospodarka po latyfundyach i niebywały ucisk chłopów pańszczyźnianych sprawiły, że gospodarka rolna była coraz irracyonalniejszą (Bobrzyński), a tem samem coraz mniej wydajną. Szlachta ucierpiawszy nadto skutkiem wydarzeń politycznych, konfederacyi i przemarszów wojsk obcych, była w $^3/_4$ odłużoną (kontrakty obligatoryjne i arendatorskie). W formie komposessyi dokonywało się to, cobyśmy dziś nazwali nieracyonalną parcelacyą, a ziemia szlachecka ulegała rozdrobnieniu (w późniejszej Galicyi). W ten sposób praca pańszczyźniana, której geneza i historyczne uprawnienie polegało na zapewnieniu przymusowej pracy dla kapitalistycznej, na eksport produkującej organizacyi folwarcznej (Grünberg) — teraz, wobec rozdrobnienia ziemi pańskiej, stała się z historycznie niezbędnej, historyczną anomalią.

Z upadkiem zaś rolnictwa, z konieczności groził upadek i gmachu samej Rzptej, właśnie na tej organizacyi agrarnej opartego. W tych warunkach musiała

przyjść wcześniej czy później reakcya przeciw temu agrarnemu kierunkowi, a był nią — merkantylizm.

Właśnie wtedy wytworzyły się na Zachodzie i w Środku Europy wielkie państwa z silną władzą monarszą. Ale nie to tylko jest ich cechą istotną; wielkie państwa były już nieraz w historyi. Co teraz je charakteryzuje, to fakt, że wytworzyły one jednolite organizacye gospodarcze, usuwając odrębności prowincyonalne i miejskie. To było zadaniem merkantylnej teoryi jak i polityki państwowej. Wyszydzana tylekroć do przesady merkantylna chęć gromadzenia zapasów złota, jest raczej karykaturą merkantylizmu, niż wmyśleniem się w jego istotę. Wszak był on reakcyą przeciw feudalnej gospodarce naturalnej; nie o gromadzenie szło złota, ile o umożliwienie jego szybszej cyrkulacyi wewnętrznej, jako wykładnika wymiany towarowej, która jest znowu korrelatem produkcyi nie dla potrzeb własnych lecz produkcyi kapitalistycznej, na zbyt.

Merkantylizm był czemś więcej, niż ciasną doktryną i ograniczoną praktyką handlowo-polityczną. „Istota tego systemu tkwi nie tylko w nauce o mnożeniu pieniądza lub o bilansie handlowym, nie tylko w liniach celnych, cłach ochronnych i ustawodawstwie nawigacyjnem — lecz we wszechstronnem przeobrażeniu społeczeństwa i jego organizacyi, w zastąpieniu lokalnej i agrarnej polityki ekonomicznej, przez państwową i ogólno-narodową“ (Schmoller)[1]).

[1]) Uwydatnienie tej istotnej treści merkantylizmu, jest dla uniknięcia nieporozumień tem konieczniejsze, że niektórzy nasi autorzy (Szelągowski, Pieniądz i przewrót cen) długo i szeroko rozprawiają na temat merkantylizmu w Polsce i merkantylnej polityki szlachty już w 16. i 17. w. Przyczem Sz. sam przyznaje, że polegała jedynie na ułatwianiu wywozu surowca (!) i chęci ściągnięcia zań pieniądza do kraju, że o prohibicyi obcych fabrykatów lub o popieraniu własnego przemysłu nie było mowy. Jeśliby zwykła gorączka złota miała dowodzić merkantylizmu, to podobno od króla Midasa aż do Shyloka „merkantylistów“ nigdy i nigdzie nie brakło. W innym niż tym

Jednem słowem, cele i dążności tego systemu były wobec istniejących stosunków tak radykalną i wszechstronną rewolucyą produkcyi, wymiany i całej organizacyi społecznej, jaką możemy porównać jedynie z rewolucyą dzisiejszych stosunków zamierzoną przez program współczesnego socyalizmu.

A ponieważ żadna przebudowa społeczeństw nie odbywa się spokojnie, tem mniej można było tego oczekiwać wtedy, gdy zaczęto przetwarzać organizacyę społeczną mającą już wiekowe tradycye. Podobnie jak obecnie, tak i wówczas warstwy i sfery zagrożone w swym bycie, usuwane od steru i dominującej roli społecznej na rzecz nowych elementów — zaczęły się bronić. Było to naturalnem, jak i ostateczny, wynik tego historycznego procesu wewnętrznej reorganizacyi państw. „Cała wewnętrzna polityka 17. i 18. wieku streszcza się, nie tylko w Niemczech, lecz i gdzieindziej w przeciwieństwie gospodarki państwowej, do gospodarki miejskiej, prowincyonalnej czy stanowej". „Była to przedewszystkiem walka przeciw wielkiej szlachcie, miastom, korporacyom i prowincyom... celem gospodarczego stopienia tych odrębnych ogniw w jedną całość, była to walka o jednolitą miarę i pieniądz, o uporządkowane stosunki monetarne i kredytowe, o równe prawo i równą opiekę administracyjną (Polizey), o wolniejszą i żywszą wymianę handlową wewnątrz kraju" (Schmoller).

Taki był ogólny i konieczny prąd na Zachodzie. Tak by być musiało i w Polsce, gdyby polityczne wypadki nie wstrzymały dalszego rozwoju stosunków. Czy da się pomyśleć bodaj przez chwilę, iż Polska pozostałaby nadal państwem feudalno-agrarnem? Jak współczesny ustrój kapitalistyczny, zataczając coraz szersze kręgi, wciąga coraz to nowe państwa w sferę swego wpływu, podobnie ekspanzywne tendencye miał

karykaturalnym sensie o merkantylizmie w Polsce przedrozbiorowej mowy niema.

ówczesny merkantylizm. Wcześniej czy później przedarłby się do Polski. Więc mielibyśmy i tam państwowe popieranie handlu i przemysłu, musianoby i w Polsce wprowadzić centralizacyę i stworzyć biurokracyę, zreformować sądownictwo, ustanowić sprawiedliwszy system podatkowy znoszący uwolnienia szlachty, wytworzyć armię i t. d., — słowem, musiałaby się była Polska zamienić w państwo nowoczesne, z całym jego skomplikowanym aparatem administracyjnym i biurokratycznym.

Oczywistem jest jednak, że posiadłość gruntowa, zwłaszcza oparta o pracę pańszczyźnianą, nie może stanowić podstawy takiej nowoczesnej, kosztownej organizacyi państwowej, stąd państwo zmuszone szukać gdzieindziej swego oparcia, rozpoczyna walkę z arystokracyą gruntową.

W Polsce nie mogłoby być inaczej, skoro i tam cała ta ewolucya, podobnie jak na Zachodzie, mogła się odbyć jedynie na koszt szlachty (Staszyc) i w walce przeciw niej. Istotnie u schyłku istnienia Rzptj wytwarzają się zaczątki merkantylnego kierunku i przed Sejmem Wielkim spotyka się w literaturze głosy za protekcyą celną, prohibicyą towarów obcych, stworzeniem Banku Narodowego i konsulów handlowych (Korzon).

Na tle tej perspektywy historycznej, przedstawi się nam merkantylna polityka rządu austryackiego w G. w zupełnie nowem świetle. Co przez polityczne wypadki nie miało się czasu wytworzyć od wewnątrz, to przyszło skutkiem rozbioru z zewnątrz. Przyszło gotowe, w formie wykończonego i przemyślanego systemu i planu działania i dlatego zbyt gwałtownie wstrząsnęło istniejącymi stosunkami. Ale samo przyjście było, jak widzieliśmy, nieuniknione.

Wyrywanie i uwypuklanie z całego arsenału środków systemu merkantylnego, jedynie momentu walki ze szlachtą, tłumaczenie tej walki w Galicyi wyłącznie względami ucisku narodowego zaborczego rządu, dą-

żącego do zduszenia „najoświeceńszej“ warstwy narodu — nie wykazuje zrozumienia odmalowanego tu, doniosłego procesu historycznego. Przecież na polu narodowem i politycznem dostała szlachta niejedną koncesyę (gwardya przyboczna, sejm stanowy, forum nobilium i t. d.), gdy właśnie bezwzględna walka toczyła się na polu gospodarczem. Zresztą ciasnem i niewystarczającem jest tłumaczenie narodowymi względami faktu tak powszechnego w całej Europie zachodniej i w całej Austryi ówczesnej, jak walka konsolidującego się państwa biurokratycznego, przeciw feudalnej zaściankowości i anarchii.

W Galicyi i Polsce, gdzie jednostronny kierunek agrarny od kilku wieków był wyłączny i utrwalił się zupełnem pognębieniem miast i przemysłu miejskiego — polityka merkantylna, z natury rzeczy przeciw szlachcie zwrócona, była konieczniejszą niż gdzieindziej.

Czy merkantylna polityka rządu austr. w G. była we wszystkich szczegółach uzasadnioną, to zależało przecież od wiedzy, znajomości stosunków, a wreszcie i mądrości kierujących państwem osobistości. Być może, że merkantylna polityka narodowego rządu polskiego, gdyby się zdołał wytworzyć, uniknęłaby niejednego błędu — i już choćby dlatego, że nie byłaby polityką obcą, wywołałaby mniej goryczy i niechęci.

Wszystkie te błędy austryackiego rządu, należy jako obciążający moment złożyć na karb zbrodni rozbiorowej.

To jednak nie powinno sądu naszego zaciemniać. Być może, że przyszły historyk narodowego życia tej epoki wykryje niejedną winę tego rządu i niejedną bolesną stratę narodowi zadaną. Te względy musimy tutaj zostawić na uboczu. Jak lekarz, „który zdrowia szuka“, badając sanitarną działalność rządu austr. w tej epoce, kieruje się nie względami narodowymi, lecz sądem lekarskim (Szumowski), tak i dla nas przy

ocenie gospodarczej polityki rządu austryackiego, mogą być jedynie ekonomiczne kryterya miarodajne.

Niesympatyczna nam biurokracya austryacka wkraczająca po rozbiorze do G. była mimo to, narzędziem historycznego procesu objektywnie nieuniknionego. Z tego stanowiska musimy też przyznać, że merkantylną politykę przemysłową rządu — zgodną zresztą i równoległą z polityką zachodnich państw Europy — należy jako całość usprawiedliwić; była dla kraju historycznie nieuniknioną, a zatem uprawnioną, miała za sobą prawdopodobieństwo powodzenia, była więc w zasadzie pożyteczną i w interesie kraju pożądaną.

Tak oceniały ją — może to zdziwi niejednego — już głosy współczesnych. Nie kto inny, lecz Staszyc, który przeciw domowi Brandenburskiemu zwraca się w gwałtownych słowach, o reformach józefińskich wspomina z niekłamanym podziwem, stawiając je niejednokrotnie za wzór rodakom, a słowa jego są zarazem charakterystyką merkantylizmu józefińskiego: „Józef II. Cesarz w cztery lata (1781—5) w wszystkich swoich krajach wszystkim religiom wolność i obronę zapewnił; stan chłopski i miejski z innymi stany porównał; dla rolników i dla rzemieślników równą z każdym innym obywatelem sprawiedliwość wyznaczył; przywileje szczególne stanu jednego, krzywdzące stany inne, ile możności uszczuplił; klasztory poznosił; żydów do rolnictwa i do rzemiosł przymusił; obsadził z wielkim kosztem liczne kolonie, oświadczył po wszystkich Europy państwach 10-letnią od podatków wolność i pomoc pieniężną każdemu przychodniowi do kraiu iego; zakazał wszystkie zagraniczne towary; ustanowił różne fabryki i rękodzieła; z Polski oprócz trochy zboża żadnej rzeczy do swoich państw nie wpuszcza, a Polska corocznie płaci mu kilkanaście milionów... Przez te urządzenia ten rozumny i czynny Cesarz zmniejszy bardzo w swoich kraiach

próżniaków. Zapewne powiększą się w iego kraiu urodzaie, ludność i pieniądze".

II.

Przystępując do bliższego rozpatrzenia ekonomicznej polityki rządu w zakresie przemysłu, podnieść należy, że zdawał on sobie doskonale sprawę z tego, że nowoczesny, kosztowny aparat państwowy wymaga tak wielkich zasobów pieniężnych, jakich rolnictwo dostarczyć nie zdoła. Pogląd ten stwierdzały stosunki w Anglii, Francyi i Prusach, a także nabyte doświadczenie, że kraje dziedziczne o bogatszym przemyśle, były daleko wydatniejszem źródłem finansów państwowych, niż kraje czysto agrarne (Pribram). W tym więc punkcie zbiegały się przemysłowe interesy Galicyi z głębszym finansowym i państwowym interesem Habsburgów. To zadecydowało też o polityce przemysłowej rządu w Galicyi. Już w pierwszej tajnej instrukcyi dla hofratów Töreka i Heitera, którzy mieli urządzić tymczasową administracyę kraju, nakreśla cesarzowa M. Teresa (27. maja 1772) program polityki ekonomicznej, zupełnie w duchu merkantylnym sformułowany.

„Zawsze staliśmy na tym istotnym stanowisku, że Nasz własny dobrobyt jest nierozdzielnym od dobrobytu Naszych poddanych, że jeden bez drugiego jest niemożliwy; dlatego też należy starać się o wzmożenie monarszej potęgi i dochodów nie inaczej, jak przez popieranie ogólnego dobrobytu i zamożności, a między interesem Panującego i kraju nie należy czynić najlżejszego rozróżnienia".

„A gdy dalej uznaną jest prawdą, że prawdziwem źrodłem, z którego płynie istotny dobrobyt monarchy, poddanych i całego państwa jest kultura, manufaktury i fabryki, kwitnące comercium i silna populacya — więc nakazujemy stale baczną zwracać uwagę na ich zakładanie i ulepszanie i polecamy wszystko usuwać, co tym głównym źródłom stoi na zawadzie" — a jak

dalszy punkt opiewa — należy pamiętać, że jest się nie in Hostico, lecz w kraju zajętym jako nasza prowincya, który tak też należy traktować".

W myśl tych ogólnych zasad idą potem szczegółowe instrukcye dla pierwszego gubernatora hr. Pergena (6. września 1772) i hofrata Koziana (31. maja 773), które polecają nadać osiedlającym się po miastach rzemieślnikom i fabrykantom różne przywileje, każą zwrócić uwagę na drogi handlowe z G. na Śląsk, oraz na budowę dróg przez Karpaty, by ułatwić połączenie handlowe G. z Czechami i przez Węgry z południem (Tryest); poleca „die Ausfuhr der Landeserzeugnisse auf alle Art begünstigen"; zapomocą nizkich ceł tranzytowych chce skierować handel z Podola i Wołynia do Polski przez Galicyę. W stosunku do Polski wskazuje na potrzebę zniesienia wzajemnych ceł przywozowych, a więc oświadcza się za zupełną wzajemną wolnością handlową krajów dotychczas od wieków połączonych.

Oto parę tylko punktów, wystarczających jednak dla scharakteryzowania w ogólnych zarysach programu rządowego na polu polityki handlowej i przemysłowej

Nim omówimy samą działalność rządu, musimy bodaj w paru słowach naszkicować, jakie były w kraju warunki dla stworzenia przemysłu. Gdyż co podkreślić należy, to fakt, że polityka ekonomiczna rządu nie opierała się na abstrakcyjnych formułkach wskazanych przez system, któremu hołdował. Przeciwnie, na obranych przezeń drogach i środkach wycisnęły konkretne warunki krajowe wybitne piętno!

Struktura społeczna ludności chrześcijańskiej przedstawi się (na podstawie konskrypcyi 1776) następująco: Na 501.302 rodzin (względ. gdy idzie o osoby duchowne, gospodartw samodzielnych) było:

7.944 gospodarstw osób duch.
17.445 rodzin mieszczan i profesyonistów po wsiach.
724 „ urzędników i honoratiores.
17.997 „ szlachty.

103.763 rodzin chłopów (całych i częściowych).
275.750 „ chałupników.
77.679 „ zagrodników.

Rodziny mieszczańskie stanowiły więc ledwie 3·4% ogółu, a i z tej liczby spory ułamek żył nie w miastach, lecz po wsiach. A choćbyśmy zaliczyli do tej klasy pewną część wyrobników miejskich, odliczając ich z grupy zagrodników, to ilość rodzin zajętych w rzemiosłach nie dochodziłaby 6%, co przeliczone na głowy dałoby ledwie jakie 145.000 głów tej grupy, wobec dwa i ćwierć miliona głów żyjących z roli; przyczem może $^2/_3$ tej ilości żyły po miastach.

Ale i ten obraz byłby zbyt optymistyczny. „Miasta“ ówczesnej Galicyi ani pod względem zewnętrznego wyglądu, ani ze względu na swych mieszkańców na tę nazwę nie zasługiwały. We Lwowie było w 1776 (po odliczeniu warstw wyższych) z właściwej chrześc. ludności zarobkującej na 3.681 rodzin mieszczan tylko 195 rodzin; reszta to chałupnicy i zagrodnicy! Nawet w stolicy kraju stanowiła klasa mieszczan ledwie 13%, a cały element miejski najwyżej $^1/_4$ część ogółu ludności chrześcijańskiej.

Oczywiście w miastach prowincyonalnych było jeszcze gorzej.

Jeszcze 12 lat po zajęciu G. mimo starań rządu o wzmożenie elementu miejskiego, w krajach dziedzicznych było go 4—6 razy więcej niż w Galicyi.

Ale i ta minimalna ilość mieszczan traci jeszcze więcej na znaczeniu dla przemysłu, ze względu na swój charakter. Tylko wyjątkowo żyła wyłącznie z swego rzemiosła (n. p. sukiennicy bialscy). Na podstawie szczegółowych relacyj hr. Pergena (773), hofrata v. Sorgenthala (775), bar. Margelika (783) i v. Kortuma (785), da się ustalić, że rzemieślnicy miejscy w większej części jeszcze nie zerwali związku z rolą i niewiele się różnili od chłopów, t. j. byli tak samo jak oni producentami rolnymi.

Wśród takich stosunków nie mógł mieć krajowy przemysł oparcia w miastach; ani gdy szło o konsumcyę jego wyrobów; półrolna ludność miast galicyjskich (a tem bardziej jeszcze ludność chłopska) zaopatrywała swe potrzeby przemysłowe sama, w warunkach gospodarstwa naturalnego. Również nie mógł przemysł szukać w miastach oparcia dla samego procesu produkcyi. Nie tylko nie było mowy, by to ledwie wegetujące i dogorywające rzemiosło mogło dostarczyć nawet drobnych kapitałów na stworzenie przemysłu; nie mogło ono dostarczyć mu nawet lepszych robotników. Rzemiosło cechowe i pozacechowe było wstanie upadku i rozkładu. Majster jak jego czeladnik był ciemny, rozpity, bez znajomości swego zawodu. Wszelkie bodaj trochę lepsze wyroby musiano sprowadzać z zagranicy. Wreszcie miastom ówczesnym w G. brak było i wszelkich innych administracyjnych, prawnych i policyjnych urządzeń, jakie dla prosperowania przemysłu i handlu są konieczne. Były one w stanie największego zaniedbania, bez administracyi i policyi; kupcy nie chcieli przyjmować godności burmistrzów. Spełniali te funkcye rzemieślnicy, chodzący za swym zawodem.

Poza konsumującą wyroby przemysłowe zamożniejszą choć nieliczną szlachtą, jedynym jeszcze czynnikiem miejskim była masa żydowska, co cytowane relacye zgodnie podnoszą. Liczyła wedle spisu z 1776. r. 144.000 głów, w rzeczywistości koło 200 tys. Na podstawie szczegółowych danych da się stwierdzić, iż cały szereg miast był wyłącznie żydowski, a nawet we Lwowie i innych ważniejszych, stanowili przeszło 2 razy tak liczną masę jak profesye chrześcijańskie Żydzi tworzyli właściwy stan miejski, czyto gdy szło o rzemieślniczą produkcyę (Pergen 1773, hr. Wrbna 1774). czyto gdy szło o konsumcyę. Wreszcie oni dzierżyli prawie wyłącznie w swych rękach handel. „Benimmt man den galizischen Städten die Juden, so hören sie auf Städte zu seyn“ (Margelik 1783).

Wprawdzie, mimo zawieruchy politycznej w latach przedrozbiorowych, utrzymał się żywszy handel w Brodach, — ale tylko w nieznacznej części zaspokajał on niewielkie potrzeby samej Galicyi, a był przedewszystkiem handlem pośredniczącym, którego zadaniem było zaopatrywać w wyroby przemysłowe Wschód (Polskę, Rosyę, Turcyę, Podole, Ukrainę), zaś tamtejszymi surowcami Zachód (Rzesza, Śląsk, Saksonia, Prusy).

Powyższe to warunki ekonomiczne G. w chwili zaboru, wykreśliły linie wytyczne dla polityki przemysłowej i handlowej rządu.

Jeśli bowiem dla handlu był rynek samej Galicyi bez większego znaczenia, to płynęło stąd wskazanie otoczenia opieką przedewszystkiem handlu tranzytowego. Jeżeli dalej przemysł i handel nie mogły się rozwinąć wobec upadku i zaniedbania miast, to rząd spostrzega swe zadanie w reformie miejskiej policyi i opieki prawnej. Jeśli kardynalną zaporą przemysłu w kraju jest brak rynku wewnętrznego, to rząd chce go wzmocnić przez odpowiednią politykę populacyjną imigracyjną — na wewnątrz, oraz przez szukanie dróg eksportowych — na zewnątrz. Jeśli brak na miejscu zdolnych robotników, to rząd przeprowadza reformę cechów; na razie, zanim wyda ona owoce, chce zaradzić brakowi przez sprowadzanie ich z zagranicy w drodze kolonizacyi i przywilejów. Ponieważ wreszcie wychodzono z założenia o szkodliwości tak wielkiej masy żydów w G., stąd dążenie do zastąpienia żydowskiego elementu miejskiego chrześcijańskim i represyjna polityka populacyjna, finansowa i gospodarcza względem żydów.

Oto ogólne wytyczne merkantylnej polityki terezyańsko-józefińskiej. Przypatrzmy się jej z blizka.

III.

Wobec bezdusznych ograniczeń i nadużyć, jakie zakradły się do organizacyi cechowej w 18. w. mógł nawet w zachodnich krajach austryackich, o zamoż-

niejszych miastach, powstać nowoczesny industryalizm jedynie poza organizacyą cechową i przez jej przełamanie. Taki rozwój tym naturalniejszy był w G., gdzie rzemiosło cechowe było w zupełnym upadku.

Rzemiosło pracowało na zbyt lokalny, detaliczny. Tymczasem idea bilansu handlowego tak charakterystyczna dla polityki merkantylnej każe dążyć do wzmożenia produkcyi krajowej aż do zbytu en gros i aż do eksportu, do czego produkcya cechowa z jej ograniczeniami jest niezdolną. Dlatego merkantylizm zwraca całą swą troskę przedewszystkiem ku tym Kommercial-Gewerbe, pracującym na zbyt en gros, w przeciwstawieniu do Polizei-Gewerbe zaspokajającym potrzeby lokalne. Tylko pierwsze wchodzą w dzieje właściwego przemysłu i handlu; historyę zaś mizeryi cechowej po miastach i miasteczkach galicyjskich, musimy tu zostawić na uboczu.

Atoli kardynalnym warunkiem powstania i rozwoju takich Kommercial-Gewerbe, jest zapewnienie im rynków zbytu. Historya kapitalistycznego wytwarzania wszystkich krajów poucza, że rozwój sił produkcyjnych w przemyśle i sam przemysł mógł powstać dopiero z chwilą stworzenia rozleglejszych obszarów zbytu. W G. były one zresztą konieczne dla całej ekonomiki krajowej, w pierwszym rzędzie i dla rolnictwa. Dlatego zanim mógł rząd zabrać się do bezpośredniego popierania właściwego przemysłu, musiał wpierw przygotować dlań warunki egzystencyi, t. j. zapewnić mu rynki zbytu w krajach ościennych.

A. Stosunki handlowo-polityczne Galicyi z krajami ościennemi.

Najważniejsze pod względem wielkości handlu były dla G. przedewszystkiem oczywiście Polska i ze względu na handel gdański, Prusy, dalej Turcya, a wreszcie austryackie kraje dziedziczne oraz Węgry z Siedmiogrodem. Wszędzie tam stara się rząd zape-

wnić zbyt produktom galicyjskim, choć usiłowania te niezawsze się powiodły.

Co do Polski, to da się stwierdzić, że rząd austr. od władz najniższych do najwyższych z cesarzem Józefem na czele, dokładał wszelkich starań o zawarcie traktatu na zupełnej wzajemnej wolności handlowej opartego. Handel z Polską stanowił tak w przywozie jak i wywozie jedną trzecią część całego handlu galicyjskiego i rząd zdawał sobie doskonale sprawę z jego doniosłości dla kraju, a przedewszystkiem z potrzeby wolnego spławu na Wiśle, głównem korycie wywozowem. Tymczasem handel z Polską utrudniony był przez średniowieczem jeszcze tchnące cła polskie nie tylko przywozowe, ale właśnie tranzytowe (12 wzgl. 14%) oraz wywozowe (10 wzgl. 12%). Otóż wszystkie dokumenty w ciągu długich pertraktacyj traktatowych (od stycz. 1773 do 15. marca 1775), relacye władz galicyjskich, narady ministerstw, instrukcye tajnej kancelaryi państwa dla Rewitzkiego i tegoż depesze — oświadczają się za wolnością handlową. W pierwszym zaś rzędzie występuje za tym postulatem i kruszy kopie w obronie interesów Galicyi sam cesarz Józef: on, prohibicyonista, właśnie dla G. robi wyjątek, gotów w jej interesie poświęcić częściowo interesy krajów dziedzicznych! (Gutachten Celsissimi ex 15 grudnia 1773). Niestety! Właśnie ze strony polskiej żądania te odrzucono! W imię krótkowzrocznych interesów fiskalnych skarbu polskiego pozostawiono G. „kraj cesarski“ własnemu losowi. Wprawdzie zrazu życzono sobie wolności w nadziei, że i Prusy dadzą ją Polsce. Gdy to zawiodło, postanowiono wykorzystać przymusowe położenie G., dla której rynek polski był niezbędny. (Depesza Rewitzkiego 22. sierpnia 1775). Mimo to, choć zawarty traktat nie opierał się na zasadzie wolności, był dla Galicyi pomyślny. Zniżał cło przywozowe (4%) przedewszystkiem zaś tranzytowe (1%) i wywozowe ($^5/_{12}$%), a co najważniejsza, dawał wolność spławu Wisłą. Uzupełniono ten traktat postano-

wieniami o Ukraińskim handlu tranzytowym (1778) i o obrocie w pasie granicznym (1778, 1781), a handel Galicyi rozwijał się od strony polskiej (z drobnymi wyjątkami) normalnie i bez przeszkód. Dlatego wśród zmieniających się systemów i taryf w G. (1776, 1778, 1779, 1784, 1788) traktat z Polską utrzymywano zawsze w mocy.

Jak wielkie były wzajemne stosunki handlowe wskażą cyfry. Wedle (polskich) Regestów celnych z 1776, wynosił:

eksport z całej Austryi do Polski 5,910.499 złr. (23,641.996 złp.)
import z Polski do Austryi 2,260.439 złr. (9,041.757 złp.)
tranzyt od ściany cesarskiej, przez P. 1,620.562 złr. (6,482.249 złp.).

Donioślejszym jednak był ten handel dla samej Galicyi, przyczem pamiętać należy, że wobec olbrzymiej kontrabandy uprawnionej w 18. w., cyfry oficyalnie notowane, są co najmniej o $^1/_3$ za nizkie.

W 1778 import do G. z Polski 1,50.8729 złr.
eksport 1,700.000 złr.[1])
W 1787 import do G. z Polski 2,576.267 złr.
eksport 2,659.373 złr.[2]).

Gorzej ułożyły się stosunki handlowe co do Prus i handlu gdańskiego. Starania Austryi o wolny handel wiślany w Polsce, miały być wstępem do podobnych usiłowań względem Prus, przez co dopiero zyskałyby płody Galicyi wolny dostęp do morza i Gdańska. Już w grudniu 1773 wypowiedział się cesarz Józef za zawarciem traktatu handlowego z Prusami. Jednak ani wtedy, ani potem w ciągu całej tej epoki, do tego nie doszło, mi-

[1]) Cyfry dokładnej wywozu nie znamy, wiemy tylko, że przewyższał przewóz.

[2]) Nadto cyfry tranzyta przez G. z Polski 264.529 złr., do Polski 767.671 złr. razem 1.032.200 złr. Cyfry wywozu w 1787 byłyby wyższe, gdyby ten rok jak i poprzedni nie były latami głodu.

mo, iż parokrotnie do tej myśli wracano. Przyczyną tego była zasadnicza rozbieżność ekonomicznych i politycznych interesów obu rywalizujących ze sobą potęg.

Z dwóch stron zagrażały Prusy Galicyi. Od zachodniej, śląskiej i od północnej, gdańskiej. Droga zachodnia, lądowa, na Frankfurt n. O. i Lipsk, którą sprowadzano lekkie towary francuskie i szwajcarskie, została utrudnioną dla handlu polskiego na długi szereg lat przed rozbiorem, aż wreszcie przez 30% cło tranzytowe, zostaje prawie na lat 16 zupełnie zamknięta (24/6 1771). Galicya, przez przyłączenie do Austryi nie tylko nie odczuła przykrych skutków tej polityki pruskiej, lecz przeciwnie, jako cząstka monarchii Habsburgów zyskała nowe drogi tranzytowe i eksportowe na zachód do Saksonii i Hamburga przez Śląsk austr. i Czechy.

Większe straty, wprost katastrofa czekała Galicyę od północy, gdzie G. padła ofiarą polityki pruskiej, wymierzonej przeciw Polsce. Znane są dążenia Fryderyka II. do opanowania handlu polskiego i zajęcia Gdańska jak również kilkudziesięcioprocentowe cła, a raczej haracz na towary polskie (Korzon). Otóż zawarcie traktatu polsko austryackiego groziło udaremnieniem zamysłów Fryderyka. Płody polskie mogłyby iść do G., płacąc tam tylko nizkie 1% consumo, a stąd już jako galicyjskie iść do Gdańska. To też Fryderyk rozciągnął swą politykę represyi i na płody galicyjskię (Cab. Ordre 25/12 1775), a cła fordońskie wynosiły w stosunku do cen notowanych na giełdzie gdańskiej (płótno, drzewo, zboże, potaż) 25, 30 i 50%, jak zgodnie stwierdzają strony interesowane i władze austr.; dla niektórych artykułów wynosiły wedle źródeł pruskich (Fechner) nawet 100%.

Było to katastrofą dla wielkiej własności rolnej eksportującej zboże, potaż i drzewo do Gdańska, a zarazem katastrofą dla największej industryi krajowej (płótno!) i odcinało przemysł krajowy od morza, a zwłaszcza Gdańska, mającego dla handlu galic. nie-

ocenione znaczenie pod względem organizacyi kupieckiej i kredytowej; wreszcie pozbawiało przemysł taniego frachtu wodnego. W tej zewnętrznej przeszkodzie leży jedna z głównych i najfatalniejszych przyczyn, hamujących powstanie i rozwój tak przemysłu i handlu, jak i rozwój ekonomiczny całego kraju, od 2 przeszło wieków otrzymującego przez Gdańsk wszystkie soki żywotne.

I trzeba przyznać: rząd robił mozolne wysiłki, by wydobyć się z kleszczy pruskich, choć — bezskutecznie!

Ratunek Galicyi leżał albo w wojnie celnej z Prusami i represaliach, albo w zawarciu traktatu handlowego. Ale mimo, że sprawa represaliów parokrotnie była rozważaną za M. Teresy, cofano się przed tym środkiem z obawy przed potężnym przeciwnikiem (Votum Guinigi 1775, Kaunitza 1778). Przyszło do nich dopiero w latach 1784—90, a choć celem ich było zniżenie ceł pruskich, na razie Galicya straszliwie odczuwała skutki tej polityki represyjnej. Tem więcej powracano do myśli traktatu handlowego (1773, 1776, 1780, 1786). W r. 1776 wypracowano szereg postulatów handlu galic., ale — okazało się, że G. niewiele ma do zaofiarowania Prusom dla wzajemnej kompenzaty... Stosunek Galicyi i Austryi względem Prus był jednostronny. Nie idzie o bezwzględne cyfry wzajemnego handlu, ale o ich względne znaczenie. Gdy Galicyi i Austryi zależało na Prusach ogromnie, to dla handlu pruskiego, z jego rozgałęzionymi stosunkami od strony morza, rynek galicyjski, a nawet austryacki, mniejszą odgrywał rolę. I w tej to jednostronności (która i dziś jeszcze zachodzi między Austryą a Rzeszą niemiecką) leży niemożność wydobycia się G. i Austryi z pod jarzma celnej polityki Fryderyka W.

Na próżno stara się Józef II. w drodze politycznej rozciąć węzeł, którego nie zdołał rozwiązać na polu gospodarczem. Zwraca się ku Bawaryi, szukając tędy nowej drogi Dunajem w górę do Niderlandów i morza,

z obejściem drogi pruskiej. Uwikłał się tylko w wojnę z Fryderykiem i naraził na porażkę dyplomatyczną w Cieszynie (1779). Na niczem spełzła na razie podróż relacyjna Beekhena do Gdańska (jesień 1780), której celem miało być znalezienie wyjścia dla handlu i rolnictwa Galicyi. Więc na przemian wrócono znów do myśli o traktacie: „ob Mittel vorhanden seyen den Berliner Hof zu einer mässigen Mautbehandlung der galizischen Producten zu bewegen?“ (grudz. 1780), — by potem, gdy zawiodły — znów szukać ratunku w wirze polityki. Więc Józef stara się rozerwać przymierze prusko-rosyjskie i sam zbliżyć się do Rosyi i wytworzyć alians przeciw-pruski. Znane są dalsze dzieje tej polityki (spotkanie z Katarzyną (1780) nowe starania o Bawaryę (1783—4) za zgodą Kurfürsta, Francyi i Rosyi, zorganizowanie przez Fryderyka Fürstenbundu przeciw Austryi 1785 i ostateczne rozwianie się planów Józefa); nam szło jedynie o uchwycenie związku tej polityki z ekonomiczną polityką rządu w G. Po śmierci Fryderyka II. (1786) następują nowe narady austr.-pruskie nad traktatem, którego obaj monarchowie sobie życzyli. Prowadzi to do zniżenia tranzyta na Śląsku pruskim (16/4 1787), nie tyle w interesie Galicyi ile samych Prus i upadającego handlu śląskiego. I teraz podnosi Austrya życzenia Galicyi i zniżki „der exorbitanten Fordoner Zölle“.

Jednak mimo życzeń obu monarchów, zwycięża „racya stanu“ i do zawarcia układu nie doszło (1787). Wkrótce wybucha wojna Austryi i Rosyi z Turcyą i organizowanie koalicyi przez Prusy przeciw Austryi, gdy śmierć cesarza Józefa kończy tę epokę. Wewnętrzna sprzeczność interesów obu potęg nie dopuściła do traktatu i przez cały ten okres główne arterye galicyjskiego handlu były podwiązane.

Upadający handel z Prusami i Gdańskiem wyrażają cyfry:

		Przywóz	Wywóz
1778[1])	Prusy . .	180.000 flr.	140.000 złr.
	Gdańsk . .	50.000 „	600.000 „
	Prusy . .	136.454 „	86.000 „
1787	Gdańsk . .	24.255 „	261.000 „[2])

Stosunki z Portą i handel Czarnomorski. W chwili rozbioru był ten handel w Polsce od dawna w upadku. Podole, Ukraina, część Wołynia nie miały żadnej drogi handlowej do zbywania nadmiaru swej bogatej produkcyi i doznawały niedostatku pieniędzy wśród niezmiernej obfitości płodów. Dniestr nie miał żadnego handlowego znaczenia (Korzon).

Z chwilą przyłączenia G. do Austryi, otwarły się dla pierwszej z tej strony nowe nadzieje. Już od końca 17 w. zwraca się Austrya na Wschód i Południe ku morzu Czarnemu, do Konstantynopola i Lewanty. Po-Pokoje Karłowicki, Passarowicki i Belgradzki (1699, 1718, 1739), przyznawały Austryi w handlu na Dunaju i lądowym przez Węgry znaczne przywileje, z których obecnie mogła korzystać i Gal Ale handel ten nie rozwijał się w Austryi, gdyż ofiarowała ona znaczne wzajemne przywileje poddanym ottomańskim i oni to (Turcy, żydzi tureccy i grecy) opanowali zupełnie handel austryacki, a bilans tego handlu był dla Austryi biernym i szybko wzrastał (Beer). Od 1771 zaczęły się w Austryi nowe wysiłki około wzmożenia eksportu na Wschód i rewizyi traktatów z Portą. Zwłaszcza od 1775 obradowano nad ułatwieniem eksportu z Galicyi, chcąc zyskać od Porty takież korzyści jakie pokojem z 7/4 przyznała Rosyi. Atoli handel oryentalny natrafiał na olbrzymie trudności nie tylko dla przyczyn wewnętrznych jak brak organizacyi kupieckiej, kapitałów, etc., ale w pierwszym rzędzie wobec smutnych i niepewnych stosunków w krajach tureckich, radca

[1]) Tylko cyfry za 1787 są ścisłe. Za 1778 mamy dane tylko za pół roku, które w drodze szacunku zwiększyliśmy. [2]) Nadto szedł w 1787 przez G. tranzyt pruski na 801.912 złr.

guber. galic. Beekhen jako główną przeszkodę podnosi: sprzedajną sprawiedliwość, brak bezpieczeństwa osobistego, a zwłaszcza ucisk fiskalny hołdowniczych Turcyi książąt Mołdawskich, którzy zmuszani opłacać się Turcyi, starają się powetować straty na kupcach austr. i gal.

Do naprawy stosunków na razie nie przyszło (zniesienie Galic. Kanc. Nadw. w 1776 i Comercienratu 1777). W 1780, po podróży gdańskiej Beekhena, zaczęto na południu szukać drogi mogącej zastąpić gdańską. Hr. Chotek wypracował referat „über die Ausfuhr der galizischen Produkten gegen die türkische Provinzen u. das Schwarze Meer (1780). Wtedy też zgłaszają się znani finansiści, akcyonaryusze Banku Morawskiego, bracia Izrael i Mojżesz Hönig, żądając prawa wyłącznego na utworzenie, przy finansowem poparciu rządu, wielkiej Kompanii Żeglugi na Dniestrze i Prucie, celem popierania handlu galic. ad extra. Władze, chociaż w zasadzie były wówczas takim monopolom przeciwne, odnoszą się do projektu przychylnie. Miało to być rusztowanie potrzebne do wzniesienia budowy, które potem, gdy już gotowa, się znosi. Atoli próby handlu wtedy podjęte nie powiodły się, odstraszając innych (1780). Dwa lata później (1782) również nieszczęśliwie wypadła próba wysyłki większego, na parę tysięcy ładunku płócien, serwet i obrusów z fabryki Andrychowskiej (dobra hr. Ankwicza), do Konstantynopola. Statek rozbił się u wybrzeży morza Czarnego, ładunek zrabowano. Tylko dzięki opiece i energicznej interwencyi ambasadora austr., bezradni i tylko po polsku mówiący chłopi otrzymali odszkodowanie i mogli wrócić do kraju (1783). Zachęcał rząd do eksportu Dniestrem zboża, wosku, płótna etc. (24/6 1784). Poparł potem próbę spławu Dniestrem, podjętą przez „księcia“ Nassau-Siegen (1785). Mimo to wszystko handel z Turcyą trudności przełamać nie zdołał i był jednostronny: wzrastał tylko przywóz.

Cyfry za półrocze 1778 wykazują: przywóz 398.758 złr.
wywóz 101.659 „
Cyfry za rok 1787 wykazują: przywóz 1,419.625 „
wywóz 227.679 „

Gdy przywóz wzrósł w dziesięcioleciu o 80% — wywóz się nie zmienił.

Wprawdzie przyszedł do skutku z Portą Sened handlowy z 24/2 1784, którego istotną treścią jest przyznanie Austryi i największego uprzywilejowania (zrównanie z Francyą, Anglią i Rosyą) oraz co ważniejsza, usunięcie tych rozlicznych szykan, na jakie handel oryentalny był narażony. Wykorzystanie tego traktatu stało się niemożliwem, skoro już z początk. 1788 rozpoczęły się kroki wojenne Austryi przeciw Porcie (Kopetz).

W związku ze sprawą żeglugi na Dniestrze należy zaznaczyć, że art. 7 traktatu handlowego zawartego z Rosyą (12/XI. 1785) przyznawał austr. poddanym handlującym w rosyjskich portach Czarnego morza (Cherson) opust cła w $^1/_4$ ruskiej taryfy.

Stosunek Galicyi do austr. węg. krajów dziedzicznych. Jest to jedna z najciekawszych, a zarazem najmniej dotychczas zrozumiana kwestya. Właśnie tu, gdzie widziano dotychczas jedynie ucisk celny Galicyi, przejawia się w sposób oczywisty zrozumienie rządu dla ekonomicznych potrzeb kraju. Odmienne przedstawianie sprawy pochodziło stąd, iż nikt dotychczas sprawy nie rozpatrywał z fachowem wykształceniem.

W chwili zaboru panował w Austryi system bezwzględnej prohibicyi, który przeszedł potem (1775) w system łagodniejszej ochrony celnej, w każdym razie o dość jeszcze wysokich cłach protekcyjnych.

Zastosowanie prohibicyi dla Galicyi byłoby wówczas dla niej zabójcze. W krajach dziedzicznych wstępowały w obieg w miejsce zakazanych zagranicznych,

towary produkcyi krajowej. Tymczasem G. fabryk nie miała. Towary zagraniczne sprowadzano nie dla konsumcyi krajowej, lecz dla dalszej wysyłki przez Brody na Wschód. Zakazy obcych towarów zrujnowałyby ten jedyny handel Galicyi doszczętnie, zaś przemysł krajowy nie zyskałby, gdyż go nie było. Wprawdzie przez wprowadzenie do G. prohibicyi mógłby zyskać przemysł krajów dziedzicznych; tamtejszym przemysłowcom uśmiechała się myśl zagarnięcia Galicyi dla siebie, przez wykluczenie obcej konkurencyi. Rząd się na to nie zgodził i w interesie Galicyi poszedł inną drogą. Galicya została, na razie prowizorycznie, z obrębu austryackiego systemu celnego wyodrębniona!

Rząd zatrzymał wszystkie komory i całą administracyę celną polską, uzupełniając ją nowymi urzędami od północy, na nowej granicy polsko-austr. (1772). Urzędy te pobierały cła wedle taryf i stopy polskiej. (8—10% przywozowe, 10—12% wywozowe, evecta, pobór, epistomiale, depositorium, accidens, oraz należytości jak wagowe, beczkowe, visa i t. d.). Wprawdzie przestarzały system ceł polskich nie był idealnym, zawsze jednak więcej odpowiadał warunkom Galicyi niż prohibicya. Wszystkie więc towary obce miały do Galicyi wstęp wolny, idąc stąd do krajów dziedzicz. musiały różnicę cła dopłacać, o ile wogóle nie były tam zakazane.

Dalszy rozwój systemu celnego w G. szedł w tym samym kierunku i G. przez lat 12, t. j. do r. 1784. była krajem handlowo z reszty Austryi wyodrębnionym! Rząd rozwija tu energiczną działalność. W latach 1774—75 przeprowadza reformę przestarzałego systemu ceł polskich. Ułatwia przywóz towarów z krajów dziedzicznych i Węgierskich przez zniżenie dla nich cła przywozowego[1]) na $2^1/_2$% (1774), co wobec tego, że był

[1]) Motywowano to i tym, że wobec mającego się zawrzeć traktatu z Polską, 10% cło przywozowe na tow. austr. oznaczałoby gorsze traktowanie Austryi od Polski, kraju obcego.

to przeważnie handel zamienny (baratto) oznaczało to równoczesne ułatwianie krajowego wywozu. Zresztą kanclerz Galicyi hr. Wrbna domaga się energicznie takiegoż $2^1/_2\%$ reciprocum dla produktów i fabrykatów Galicyi przy przywozie do krajów dziedzicz., co rezolucya cesarza Józefa (29/7 1775) w zasadzie przyjmuje, choć wykonanie nastąpiło rok później. Już wcześniej (1774) ułatwiono wywóz galic. przez zniżenie wygórowanego cła wywozowego z 10 wzgl. 12% na $^5/_{12}\%$, oraz tranzyta z 12—14% na 1%. Była to kolosalna i korzystna dla G. rewolucya handlowa, która zwalniając handel od ciężarów we własnym kraju umożliwiała mu wstęp i walkę konkurencyjną na rynkach dotychczas dlań niedostępnych — Następują w szybkiem tempie specyalne przywileje dla Brodów, tem ważniejsze, że miasto to koncentrowało połowę handlu galic. Już wtedy, 1773—74, zostały Brody faktycznie wyodrębnione z kordonu galic. i w zasadzie dostały te przywileje, które w formalnym patencie ogłoszono dopiero 6 lat później (1779).

A reformy te przeprowadza rząd z uszczerbkiem dla finansów. Gdy w pierwszym roku 1773, dochód z ceł przyniósł (brutto) 433.285 złr., to po reformach, w 1775, prawie połowę, 228.028 złr. Wielokrotnie wyraża się zasadę, że „man soll bey der Tarif-Einrichtung zum Hauptzweck den Nahrungsstand und nicht die Mauterträgniss haben“ (ces. Józef 1773, hr. Wrbna 1774). Jeszcze dalszy ubytek w dochodach celnych nastąpił przez zawarcie traktatu handl. z Polską.

Następuje dalej popieranie wywozu galic. przez jarmarki i kompanię handlową Jägerndorfską (1774), przez utworzenie wolnych jarmarków Cieszyńskich (1775), których pożyteczne znaczenie podnosiła Komisya Rzptej Skarbu koronnego. 28/12 1776 wydano prowizoryczną taryfę celną, regulującą nareszcie sprawę cła przywozowego w krajach dziedzicznych od towarów idących z Galicyi. Nie była to sprawa prosta, wobec odmiennych systemów tu i tam istniejących. W Austryi

był system prohibicyi. Dać galic. towarom wstęp wolny, znaczyłoby zalać kraje dziedziczne zagranicznemi fabrykatami, które do G. miały wstęp wolny. Znieść zaś wyodrębnienia Galicyi, tak dla niej koniecznego, nie chciano. Wyszukano drogę środkową, która mimo, iż wyodrębnienie Galicyi zatrzymane zostało, otwarła produktom galicyjskim rynki krajów dziedzicznych. Dla przeważnej ilości produktów galicyjskich ustanowiono w krajach austr. i węg. nizkie 4% cło przywozowe, dla niewielu innych 10%; co najważniejsza, wobec zamknięcia drogi gdańskiej, dla najważniejszego przemysłu krajowego, zniesiono zakaz istniejący w krajach dziedzicznych przywozu płótna, robiąc dla Galicyi wyjątek i zniżając do połowy cło dla tego artykułu.

Wreszcie 2/1 1778 wychodzi właściwa taryfa celna dla G. regulująca wyczerpująco jej stosunki handlowe; nie wdając się tu w skomplikowane przepisy, podam tylko jej tendencyę przewodnią. Więc zatrzymuje nadal handlowe wyodrębnienie G., dopuszczając zagraniczne towary za 10% cłem przywozowem. Atoli od tej zasady robi wyjątki w dół wszędzie tam, gdzie obce towary są konieczne bądź dla konsumcyi krajowej (zboże, mąka, drób, owoce i t. d.), bądź dla produkcyi przemysłowej (materias primas), bądź wreszcie dla handlu tranzytowego (futra) i cła schodzą tu do 8, 5, $2^1/_2$, $^5/_6$ i $^5/_{12}$%, przyczem w myśl merkantylnej tendencyi zachowania dla kraju „wyższej wartości przemysłowej“ z obrobienia surowca płynącej, taryfa przeprowadza wszędzie stosunkowe „napięcie“ między surowcem a półfabrykatem lub gotowym produktem. Naodwrót wyższe cło od zasadniczego stanowi tam tylko, gdzie wymaga tego ochrona krajowej industryi. n. p. 12% cło na grobe Leinwanden.

Taryfa z 1778 rozróżnia więc trojakie cła przywozowe: traktatowe z Polski, z innych krajów obcych i z krajów dziedzicznych.

Co do wywozu, to prócz ogólnych ułatwień wywozowych dla handlu, przemysł specyalnej opieki

taryfowej nie potrzebował, gdyż go nie było. O ile atoli wyjątkowo istniał (sukienniczy przemysł bialski, płótno), to taryfa stara się dlań zarówno o tani surowiec (specyalne przepisy co do zniżki ceł na przywóz wełny, utrudnienie taryfowe dla wywozu lnu i konopi), jak i o zapewnienie zbytu dla gotowego produktu.

Słowem, była to rozumna i konsekwentnie pomyślana ochrona interesów handlowych i przemysłowych Galicyi. Podnieść dalej należy, że w styczniu 1780 cło od produktów galicyjskich zniżono w austr. Lombardyi i Niderlandach do połowy tego, co brano od towarów zagranicznych. Wreszcie w 1781 dostaje G. drugie wolne miasto handlowe — Podgórze.

Przedstawić cyfrowo rozwoju handlu z krajami dziedzicznych nie możemy. Wiemy tylko, że gdy w 1773 prawie nie istniał, gdy na pierwszym jarmarku Cieszyńskim (1775) niewiele do Galicyi sprzedano — to w 1779 był już poważnym. Cyfry z półrocza 1778 wynoszą:

	Przywóz	Wywóz.
Czechy	856 złr.	941 złr.
Morawy	1.070 „	64.920 „
Austrya	305.490 „	12.780 „
Śląsk austr.	23.394 „	130.288 „
Styrya	12.499 „	— — „
Tyrol	22.820 „	— — „
Węgry	305.495 „	288.049 „
Siedmiogród	14.338 „	25.478 „
Tryest	13.485 „	613 „
	699.178 „	523.069 „

Szybko wzrastał wywóz z Galicyi na Śląsk, zwłaszcza od początku ery józefińskiej, gdy przez utworzenie jarmarków oświęcimskich i zatorskich wzmógł się wywóz bydła[1]). I choć handel z innymi krajami austr. był dla G. bierny, wywóz śląski to wy-

[1]) W 785 śląski wywóz bydła przekroczył pół miliona złr.

równywał i naogół miała G. handel wobec krajów dziedzicz. aktywny (Przedłożenie kanc. nadw. w sprawie bilansu z 1781). W 1785 sami żydzi lwowscy sprowadzali z fabryk austr. za milion złr. rocznie.

Pozostaje jeszcze do wyjaśnienia, dlaczego w r. 1784. zmieniono zasady polityki celnej względem G-i? 27/8 1784 wydano powszechną ustawę celną dla całej Austryi, o tendencyi prohibicyjnej i wysoce protekcyjnej. Wyodrębnienie celne Galicyi zostaje tą ustawą zniesione, a G. wciągnięto w ogólny obszar celny państwa. Niewątpliwie zjawisko to leżało na linii rozwoju polityki merkantylnej, dążącej do wielkich i jednolitych obszarów celnych. Ale te centralizacyjne tendencye merkantylizmu i Józefinizmu nie wyjaśniają tego zjawiska, skoro przecież od chwili zaboru G-i sprawę wciągnięcia jej we wspólny obszar celny niejednokrotnie rozważano, a przecież w uwzględnieniu jej odrębnych interesów, przez lat 12 robiono dla niej wyjątek. A najgorętszym obrońcą idei wyodrębnienia od pierwszej chwili był nie kto inny, lecz sam cesarz Józef (1773). Jeszcze 10 lat później stał na tem stanowisku i był przeciwnikiem stosowania prohibicyi w G.

W 1783, gdy kanclerz hr. Kollowrat zwracał uwagę cesarza na zalew Galicyi przez zagraniczne (saskie i pruskie) fabrykaty i radził zakazać kupcom galic. uczęszczania na targi zagraniczne, cesarz te wnioski duchem prohibicyi przejęte odrzuca i resolwuje: „Nie jest wskazanem zakazać galic. kupcom odwiedzania lipskich jarmarków, gdyż przez ten przymus towary sprowadzane... wzrosłyby w Galicyi w cenie, nie przynosząc manufakturom krajów dziedzicznych żadnych korzyści; wogóle nie zakazy, ale wprowadzanie dobrych urządzeń handlowych powinno skłonić krajowego kupca do dobrowolnego porzucenia szkodliwego handlu zagranicznego“ (25/I 1783). — Dlaczego niespełna rok potem zmienił poglądy? Klucza do tej zagadki należy szukać w represyjnej polityce celnej Prus względem Galicyi. Zgodził się Cesarz Józef na wyodrębnienie

G-i i na dopuszczenie obcych towarów (niewątpliwie ze szkodą przyszłego przemysłu krajowego), w przekonaniu, że wynagrodzą to sowicie wielkie korzyści handlowe całego kraju, wobec których interesa przemysłowe ówczesnej G. nie miały żadnego znaczenia. Dla rozwoju kraju uważał rynki zbytu do Gdańska za ważniejsze, niż wszelkie szkody z dopuszczenia do G. obcych fabrykatów lub korzyści bliższego jej związku z krajami austr. W tej nadziei zawarł traktat z Polską i starał się o podobny z Prusami — nadaremnie. Teraz więc, gdy jego nadzieje wydobycia Galicyi z kleszczy ceł pruskich zupełnie się rozwiały, gdy przekonał się, że wprawdzie obce fabrykaty zalewają Galicyę, ale tych korzyści eksportowych do Gdańska, które miały straty wyrównać, nie było — wtedy to zdecydował się na rewizyę swej polityki celnej wobec Galicyi. Zamkniętą drogę na północ, chciał powetować przez całkowite otwarcie Galicyi nowych rynków w Austryi, a to było możliwe tylko przez to, że G. została wciągniętą we wspólny obszar cłowy. Poza kolosalnem znaczeniem tego faktu dla samego handlu, było to zarazem nową erą w zakresie przemysłu. Gdy w okresie 1772—1784. na pierwszym planie stoi polityka handlowa, to teraz w okresie 1785—1790 wysuwa się na czoło polityka przemysłowa.

Mimo to, mimo odgrodzenia Galicyi od zagranicy murem wysokich ceł, handel jej nie ucierpiał. Ogólny handel Galicyi zadawalniająco się rozwijał nawet mimo omówionych trudności od strony pruskiej, a częściowo tureckiej.

W 1779 wynosił przywóz: 4,099.000 złr., wywóz: 4,499.000 złr. Na lata 1781—83 dokładnych cyfr nie mamy, ale z pobranych dochodów celnych da się obliczyć co najmniej na jakie 5—6 milj. złr. w przywozie i wywozie, przyczem nie wchodzi w tę sumę handel Brodów, które od 1779 ogłoszone wolnem miastem, w wykazach celnych nie figurują. Handel G. był aktywnym. W 1779 na 400 tys., w 1781 o kwotę 116 tys. złr.,

wraz z solą skarbową aktywum dochodziło miliona złr. — Bilans handlowy za 786 wykazał aktywum 1,600.000 złr. zapewne nie tyle przez wzrost eksportu, ile przez ograniczenie (wobec prohibicyi) importu. Bilans za r. 1787, zresztą rok głodu, a więc zmniejszonego wywozu, wykazał przecież w eksporcie: 6,172.683 złr., w imporcie 5,618.803 złr., więc aktywum 553.000 złr. Nadto tranzyt wynosił w tym roku 2,404.326 złr. Import wzrósł w okresie 1779/787 o 37%, eksport 35% (bez wliczenia Brodów).

B) Wewnętrzna polityka przemysłowa i handlowa.

Tylko w obrębie powyżej nakreślonych zewnętrznych ram handlowo-politycznych, da się pojąć i zrozumieć wewnętrzna polityka przemysłowa rządu. A choć najwięcej interesującym byłby właśnie przegląd wszystkich fabryk, jakie w tym okresie powstały i istniały, ich warunków produkcyi i rozwoju, oraz przyczyn upadku — ze względu na nieprzekraczalne ramy referatu, muszę to odłożyć do ustnego przedstawienia. Tu ograniczyć się wypada do zaznaczenia jedynie ogólnych kierunków tej polityki.

My, w Galicyi, po wieloletnich żmudnych wysiłkach kraju stworzenia przemysłu, po wielu zawodach lub nieudanych próbach, wiemy dzisiaj, iż nie powstaje on z dnia na dzień. Wiemy też, że nie można go stworzyć w kraju Eskimosów, gdyż dla swego powstania i istnienia musi mieć rozliczne warunki, które wprzód muszą zaistnieć. Rzecz dziwna, iż nasza literatura historyczno-ekonomiczna nie okazywała tego zrozumienia dla omawianej epoki. Podnoszono zarzuty o dławieniu przez rząd przemysłu krajowego lub przynajmniej o odmawianiu mu pomocy. Żaden taki wypadek ze źródeł nie jest nam znany. Ilekroć zgłoszono zamiar założenia fabryki większej — rząd odnosił się do tego przychylnie i przyrzekał poparcie. Oczywiście, żądanie, by rząd po zajęciu Galicyi zakładał sam lub subwen-

cyonował fabryki, jest nierozumnem i w ówczesnych warunkach ekonomicznych Galicyi było nawet niemożliwem. Nim można było pomyśleć o bezpośredniem popieraniu przemystu (przez subwencye lub premie i t. d.), należało przygotować bodaj najkonieczniejsze warunki jego egzystencyi. Tak właśnie pojął rząd swe zadanie. Polityka przemysłowa rządu rozpada się na dwa zasadniczo odmienne czasokresy. Okres 1773—83, to lata pracy przygotowawczej dla przemysłu, kiedy na pierwszy plan występują interesy handlowe, a na polu polityki przemysłowej stara się rząd o przygotowywanie koniecznych warunków, a więc o drogi i poczty, o poprawę stosunków kredytowych i hipotekę, sądy wekslowe i bezpieczeństwo prawne, o stworzenie rynków zbytu, konsumcyi miejskiej i robotników (zniesienie poddaństwa), traktaty handlowe i t. d. Bezpośrednie popieranie przemysłu było wtedy niemożliwe. Ważne interesy eksportowe rolnictwa i handlu kazały Galicyę celnie wyodrębnić, dopuszczając do kraju obcą konkurencyę. W tych warunkach rząd nie mógł subwencyonować przedsiębiorstw, które musiałyby walczyć o swój byt w ciężkiej walce konkurencyjnej z starym przemysłem zagranicznym oraz austryackim. Rząd dając większe pożyczki, musiałby dążyć z natury rzeczy do ubezpieczenia sum skarbowych, co prowadziłoby do udzielania fabrykom przywilejów wyłącznych i stosowania — prohibicyi!

Dopiero, gdy w pierwszem dziesięcioleciu przeprowadzono w całości lub częściowo wyliczone powyżej reformy na polu administracyi, ustawodawstwa i t. d., gdy zarazem ogólne względy na ekonomiczny rozwój kraju doprowadziły do zniesienia celnego wyodrębnienia Galicyi i wprowadzenia prohibicyi, tj. gdy wykluczono obcą konkurencyę i zabezpieczono rynek wewnętrzny, — wtedy dopiero w latach 1784—90. nadszedł czas dla bezpośredniej opieki rządu nad przemysłem. Istotnie on występuje obecnie na plan pierwszy w miejsce interesów handlowych i rząd józefiński

przychodzi mu z pomocą czy to przez subwencye, czy premie wywozowe, czy inne środki zachęty.

Nie sposób tu omawiać wszystkie środki rządowej polityki przemysłowej, obejmujące szeroką gamę reform na polu administracyi sądowej, ochrony lasów, administracyi sanitarnej (walka z zarazami bydlęcemi), zabezpieczenia praw i wolności osobistej (wolność wyznań i ustawodawstwo tolerancyjne) i t. d. i t. d. Jedynie dla przykładowego scharakteryzowania tej polityki wymienię parę ważniejszych działów.

Polityka populacyjna. Rząd dąży do liczebnego wzmożenia elementu miejskiego. Od pierwszej chwilipo zajęciu ogłasza liczne przywileje i znaczne materyalne korzyści dla osiedlających się w Gal. obcych rzemieślników. Byłoby nader ciekawem przedstawić powody, dlaczego ta akcya mimo znacznych łożonych na ten cel ofiar i kosztów, wydała rezultaty nieodpowiadające wysiłkom. Gdy w r. 1776 wykazała konskrypcya w rubryce mieszczan i profesyonistów 16.503 ojców rodzin, 12 lat później, w 1788 było ich 20.452. Zatem przyrost wynosił ledwie 3949 rodzin. Niestety, szczegóły muszę pominąć. — Tu też należy i napływ do kraju biurokracyi, która jest zupełnie tworem austryackim. Stanowiła dość poważny czynnik konsumcyjny, zwłaszcza po miastach cyrkularnych, gdzie była skupioną. Gdy w 1776 było takich rodzin ledwie 724, — w 1788 już 2.428.

Zakupy rządowe. Do wzmożenia konsumcyi i ułatwienia zbytu zdążał rząd i przez dostawy państwowe, głównie wojskowe. Stworzony w Galicyi (w Jarosławiu) ekonomat wojskowy, kierował się zasadą przyjętą już dawniej w krajach dziedzicznych, że wszelkie potrzeby wojska winny być zaspokajane wewnątrz kraju. Wojsko było też największym konsumentem krajowym zarówno produktów rolniczych jak i przemysłowych. Pierwsze fabryki płótna i wyrobów płóciennych powstają w Jarosławiu, siedzibie ekono-

matu. Wywożono nawet płótno z Galicyi dla wojska w krajach austryackich. — Wreszcie w wypadkach wyjątkowych, administracya państwowa sama robiła zakupy dla ożywienia handlu. Tak n. p. na pierwszym jarmarku Cieszyńskim (1775) wyasygnowano dla v. Sorgenthala ze śląskiej kasy w Opawie 10 tysięcy złr. na zakupno galicyjskich i polskich produktów.

Polityka finansowa. W literaturze ma zdawna ustaloną opinię fiskalnej i kraj niszczącej. Nic fałszywszego. O cyfry nikt się dotychczas nie pokusił. Proste zestawienie ciężarów, jakie kraj opłacał, pouczyłoby o tem, że w kraju z 3 milionami głów wygórowane nie były. W 1774. wynosiły najważniejsze podatki (brutto) obciążające specyalne klasy społeczne:

Dominikalny	470.007 złr.
Dymidie, tercye i kwarty	317.545 „
Rustykalny	410.000 „
Przemysłowy	34.574 „
Pogłówne żyd.*)	149.866 „
Cła	228.028 „
	1,610.020 złr.

Choćbyśmy nawet podwoili ten ciężar, doliczając tu podatek kwaterunkowy, czopowy i czysty dochód z soli, tytoniu i loteryi, poczty oraz innych źródeł drobniejszych — to średni ciężar na głowę ludności, licząc na miarę krajów zachodnio-europejskich nie był wysoki. Jeśli na ciężary te narzekano, to przyczyna tego leży nie w ich wysokości, ale w okoliczności, na którą zwrócił uwagę już St. Szczepanowski, — w bezgranicznem ubóstwie kraju. Państwo nie stosuje swych wydatków do dochodów, lecz naodwrót, musi szukać pokrycia dla tych wydatków, które uznaje za konieczne. Państwo doby merkantylnej stworzyło w Galicyi nowoczesny aparat administracyi cywilnej i wojskowej, finansowej i sądowej i trzeba przyznać, że szafowano groszem oszczędnie, zwłaszcza za Józefa oszczędność

*) O ciężarach żydów będzie niżej.

stała się wskazaniem naczelnem. Z ekonomicznymi stosunkami i z podłożem, na jakiem aparat ten został zaszczepiony, znajdował się on w rażącej sprzeczności. Kraj z gospodarką naturalną, bez przemysłu i wydatniejszych źródeł dochodów, musiał pokryć koszta tej nowej administracyi.

A jak wogóle upada twierdzenie o ucisku fiskalnym, tak tem bardziej musi ono upaść w odniesieniu do sprawy przemysłu. Cały podatek przemysłowy (Gewerbsteuer) od 17.000 rodzin mieszczańskich wynosił w 1774 ledwie 34.574 złr. A i ten ciężar rząd stale zmniejszał. Dekretem z 19/4 1777 uwolniono od tego podatku profesyonistów wiejskich (Tokarz). W 1784. wynosił już tylko 15.746 złr.; wtedy też z inicyatywy rządu został celem poparcia przemysłu całkiem zniesiony. Zatrzymano go jedynie we Lwowie i stało się to na wyraźne życzenie... Stanów galicyjskich!

Stany galic. niejednokrotnie okazywały tę egoistyczną politykę klasową niezlolną do żadnych, najlżejszych nawet ofiar na rzecz innych klas społecznych i całego kraju. Wszak dominia pobierały obok czynszu domowego i gruntowego jeszcze specyalny czynsz rzemieślniczy, dający się rzemiosłu dobrze we znaki, wobec samowoli pańskich ekonomów. I tu rząd wystąpił z inicyatywą reformy. Stany, zapytane o zdanie, sprzeciwiły się uwolnieniu od tej daniny najliczniejszej warstwy przemysłowej — tkaczy płótna. Rząd dokonał reformy wbrew woli Stanów, znosząc tę daninę patentem z 25/8 1785 r.

Zresztą Gewerbsteuer nie obciążał całej klasy przemysłowej; przedewszystkiem zaś nie podlegali mu ci, którzy stanowili — rzec można — zaczątek klasy kapitalistycznej w Gal., a więc t. zw. „quartum genus hominum: die Kapitalisten, so keine Realitäten besitzen, Wechsler, Niederläger, Grosshändler, Herrschafts- und Wirtschaftsbeamten“, oraz inni mieszkańcy (lekarze, adwokaci, dzierżawcy), którzy nie podlegali ani podatkowi dominikalnemu, ani rustykalnemu lub prze-

mysłowemu. Płaciła ta grupa wyjątkowo donum gratuitum (n. p. 10% z dochodów w r. 1778, przed wojną).

Zwolnienie od rekrutacyi i kwaterunku. Z pierwszego korzystali nie tylko zagraniczni rzemieślnicy i ich synowie, ale i krajowcy, zatrudnieni po fabrykach, o ile nie byli tylko wyrobnikami dziennymi, lecz rzeczywistymi profesyonistami. Budynki fabryczne korzystały z uwolnienia od kwaterunku.

Polityka komunikacyjna i taryfowa. Stan dróg i poczt w chwili zaboru G. był nader opłakany. Rząd organizuje już w ciągu 1773/4 ruch pocztowy (listowy i towarowy) na 9 liniach z 66 stacyami o łącznej długości około 130 mil, z których najważniejszą była linia Wiedeń-Bielsk-Lwów-Brody z rozgałęzieniami na Węgry (przez Duklę) i ku Mołdawii (przez Bukowinę). Taryfy były niedrogie i wielokrotnie niższe od taryf polskich; poczta stała się dostępna dla wszystkich klas i ruch pocztowy wzrastał, przynosząc odrazu dochody. Gdy koszt utrzymania wynosił w 1774. 28.936 złr., przychód wynosił 39.585 złr. Od 1775 wprowadzono pocztę osobową. Chwalebną była czynność administracyi austr. na polu naprawy dróg i mostów. Już w 1775 zostaje ustanowioną Dyrekcya budowy dróg, kosztem 14.700 złr., następuje reforma dokuczliwych danin pańskich od grobel i mostów, budowa traktu węgierskiego i ważnych mostów. Zwłaszcza za Józefa rozwinięto energiczną akcyę. W 1784. było już 80 mil dróg, w 1789. jakie 120. W r. 1787. wydano na budowę 892.532 złr. Drogi józefińskie były solidne i nieustępowały co do dobroci zagranicznym. Zapomocą odpowiedniej polityki taryfowej starał się rząd otworzyć Galicyi w miejsce zamkniętej drogi gdańskiej nową drogę przez Węgry na Tryest. Mimo znacznych geograficznych i technicznych trudności, ruch na Tryest istotnie wzrastał. A tak samo przez politykę taryfową starano się skierować tranzyt z krajów ościennych na Galicyę.

Państwowe subwencye i premie wywozowe, opusty celne i t. d. Do r. 1784 otaczał rząd wprawdzie wytwórczość krajową wszelką opieką, ale zasadą, jaką się kierował, było, iż fabrykant musiał urządzić przedsiębiorstwo na koszt własny. Okres aktywnej pomocy państwowej rozpoczął się dopiero w r. 1784, po zamknięciu kraju pierścieniem prohibicyi przed konkurencyą zagraniczną. Akcya rządu szła w różnych kierunkach. Starał się przez subwencye, premie, publikacye i porady zarówno o rozwój produkcyi surowca. (len, konopie, wełna, bydło (skóry) pszczelnictwo (wosk) drzewa owocowe, drzewo) jak i o poparcie samego przemysłu. Było ono dwojakie. Przez drobne subwencye od 50 złr. względnie 200—500 guld. przychodził z pomocą lepszym kwalifikowanym rzemieślnikom. Z pośród nich mogły potem fabryki kompletować werkmistrzów i kierowników, tem bardziej, że ówczesne „fabryki“ techniką produkcyi od rzemiosł się nie różniły.

Ale główną wartość przykładał rząd do większych przedsiębiorstw przemysłowych, widząc w nich, a nie w rzemiośle przyszłość przemysłową kraju.

Gdy w 1780 oświadczył hr. Wilhelm Siemieński (właśc. dóbr pojezuickich pod Jarosławiem) gotowość założenia większej fabryki sukna w Galicyi, referent gubernialny hr. Guinigi pisał: „Wir sehen eine Unternehmung dieser Art, die erste in G., als einen einladenden Vortheil an, welcher sich durch ungezweifelte Reizung der Nachahmer verbreiten, und die erwünschliche Folge haben kann, das Geld welches für die mindeste Tuchgattungen hinausgeht, und den Ausländern nährt, im Lande zu behalten, und zugleich einen Theil der Inwohner eine gute Quelle der Arbeitsamkeit und Nahrung, wodurch sie auch kontributionsfähiger werden, zu öffnen“. Oto jeden z dziesiątków przykładów wystarczających do scharaktery-

zowania prawdziwie merkantylnego stanowiska rządu względem przemysłu krajowego.

W lutym 1784. polecił Cesarz z własnej inicyatywy „das für die deutschen Erblanden bereits vorgeschriebene Praemien-Sisteme auf Galizien „auch anzuwenden — specyalnie zaś — „eine proportionirte Prime für die Ausfuhr der galiz. Tücher nach Polen oder andere fremde Länder zur mehreren Verbreitung dieser wichtigen Fabricatur".

Zaczynała się nowa epoka w rozwoju przemysłowym kraju. 29. sierpnia 1785 ogłoszono doniosły dekret nadworny (Kopetz, Gewerbsgesetzkunde II 166) regulujący sprawę udzielania subwencyi rządowych. Miały się udzielać nie tylko dla stolicy, lecz i dla całego kraju. Dekret wymienia warunki, w których pożyczki się udziela, oraz kategorye osób i fabryk, które przedewszystkiem na poparcie zasługują. Pospolite rzemiosła z pomocy tej korzystać nie mogły. W pierwszym roku pożyczka miała być udzielaną bezprocentowo, w dalszych latach najwięcej po $3^1/_2\%$. Spłata kapitału następować miała ratami. Zresztą petentom przy udzielaniu pożyczek dawano i dalej idące udogodnienia, w miarę warunków i okoliczności.

Gubernator Brygido dostał do swej dyspozycyi fundusz przemysłowy w wysokości rocznej 60.000 złr. Suma na owe czasy poważna. Z poparciem tego to funduszu powstało istotnie kilka większych fabryk w kraju (Litzke w Jarosławiu, Finsterbusch v. Schutzbach w Tarnawsi koło Leżajska, obaj otrzymali po 40.000 złr. gotówką, obok innych materyałów, placów itd.).

Na ogół jednak konserwatywny hr. Brygido, niechętny uprzemysłowieniu kraju i stosujący się jedynie z konieczności do otrzymywanych z Wiednia poleceń, nie robił z tego funduszu wydajniejszego użytku. Mimo wielokrotnych nakazów i urgensów — fundusz niezużyty wzrastał...

Jeśli musimy przyznać, że polityka przemysłowa rządu (z pominięciem błędów w szczegółach) na ogół odpowiadała potrzebom kraju, — to nie możemy pominąć tu zasadniczego błędu tej polityki, który przyniósł krajowi nieobliczalne szkody. Mówię o represyjnej polityce gospodarczej względem żydów. Rząd doby oświeconego absolutyzmu wierzył we wszech potęgę państwa i sądził, że może dowolnie przekształcać klasy i warstwy społeczne; ich rolę w ekonomice krajowej i wzajemny do siebie stosunek. Wychodząc z założenia o szkodliwości żydów, dążył do usunięcia ich z zajmowanych pozycyi gospodarczych. Stąd względem nich represyjna polityka populacyjna, podatkowa i zawodowa. Podatki na żydów dochodziły niebywałych wyżyn. Wypychano żydów ze wszystkich pozycyi gospodarczych nie cofając się przed najbardziej barbarzyńskimi środkami — chcąc stworzyć w ich miejsce chrześcijański element miejski. — Takie nagłe rugowanie krocie liczącej masy ze stanowisk społecznych od wieków zajmowanych, musiałoby zawsze i wszędzie doprowadzić do kataklizmów i zaburzeń w życiu gospodarczem. Tembardziej wówczas w Galicyi, gdzie ta krociowa masa żydowska zastępowała właściwy stan miejski, miała cały handel w swych rękach, a przez opanowanie kanałów i rynków zbytu, miała stanowczy wpływ na produkcyę krajową — rolniczą i przemysłową.

Wszędzie na Zachodzie kapitał przemysłowy wytwarzał się z kapitału handlowego; przemysłowi torował drogę kupiec: zrazu nakładca (Verleger, Verlagssystem) stawał się z czasem fabrykantem. Żydzi galicyjscy byli na tej drodze, a kupcy żydowscy przechodzili od samego handlu za pomocą systemu nakładowego do przemysłu. Oni mieli w swych rękach największą industryę płócienną; przez ich ręce szedł produkt od chłopa (przemysł domowy), któremu dawali surowiec, zaliczki i zapewniali odbiór za grani-

cą, do Polski, Gdańska i Tryestu. Tak było i w innych gałęziach.

Wszystko uprawniało do przypuszczeń, że rozwój przemysłowy w Gal. pójdzie wzorem krajów zachodnich. Zrujnowanie ekonomiczne żydów i ich niebywałe zubożenie, zatamowały i uniemożliwiły normalny rozwój w tym kierunku, a masa żydowska doprowadzona do nędzy stała się ciężarem kraju — co jeszcze dziś po przeszło stu latach żywo wszyscy odczuwamy. — Ciężary nałożone przez ordynacyę żydowską z 1776 wynosiły przeszło 425.000 złr.! W 1785 doszły do 675.000 złr. nie wliczając w to znacznych ciężarów żydów na rzecz kahałów).

Oto w zarysie przegląd najważniejszych środków polityki przemysłowej rządu. Na co jednak chcę zwrócić uwagę, to na cyfry wywozu i przywozu galicyjskiego. Cała rozpaczliwość położenia kraju po zajęciu streszcza się w jednym zdaniu: Mimo, iż był krajem par excellence rolniczym, ludności swej wyżywić nie mógł. Lud wiejski w olbrzymiej swej masie miał minimalne skrawki ziemi. Stale cierpiał głód i tysiącami szedł szukać czasowego zarobku, czy to na Śląsk, czy do winobrania na Węgry, czy ze solą na Ukrainę i Podole, czy też do flisa do Gdańska. A i ci, którzy zostawali w kraju, z roli wyżyć nie mogli i w przemyśle (domowym) szukali sposobu do życia. Galicya była wtedy krajem zboże raczej przywożącym, niż wywożącym.

W 1778 przywieziono z Polski do Gal. zboża za 390.000 złr. Mąki i łoju 40 tys., ryb i nasion 20 tys., owoców 70 tys. złr.

Tak pozostało przez cały okres badany. W 1787 przywóz wynosił 5,618.000 złr., z tego zboże 1,731.000 złr., mąką 121 tys., nasiona 40 tys., słoniny i masła 16 tys., bydła 1,168.000 złr. — razem już przeszło 3 miliony. 1 milion wypadał na piwo (162 tys.), słód (65 tys.), skóra (24 tys.), wódki (303 tys.), wino (434 tys.). Metalów przywieziono za 300.000 złr. Wyrobów

przemysłowych za 450 tys. (sukna 66 tys.). Wełny 138 tys., wyrobów wełnianych 9 tys., jedwabiu 35 tys., papieru 17 tys., robót kuśnierskich 21 tys., kapeluszy 10 tys. i t. d. Natomiast wywóz za tenże z 1787 wynoszący 6,172.000 złr. rozkłada się na następujące ważniejsze kategorye:

Płótno	1,894.000 złr.	sera, tłuszczu	18.000 złr.
wyroby skórzane	103.000 „	miodu, wosku	60.000 „
sukna	570.000 „	soli	710.000 „
wyroby wełniane	25.000 „	metali i wyrobów met.	150.000 „
nici	109.000 „	kuśnierskiej roboty	25.000 „
powrozy	34.000 „	wódki	13.000 „
pończochy	70.000 „	kramarskich towarów	8.000 „
Zboża i mąki	297.000 „	kamieni (Schleifsteine)	78.000 „
Owoców i orzechów	27.000 „	szewskiej roboty	7.000 „
drzewa	118.000 „		
potażu	32.000 „		
bydła	1,430.000 „		
masła	29.000 „		

I tu trudno nam wchodzić w szczegóły. Ale w olbrzymiej cyfrze wywozu płótna, dalej nici, sukna i skórzanych wyrobów uwydatniają się rezultaty usiłowań rządu około stworzenia w Galicyi przemysłu krajowego.

IV.

Cały bogaty materyał źródłowy omawianej epoki stwierdza bez wyjątku i niezbicie, energiczne i owocne usiłowania administracyi austr. stworzenia w Galicyi przemysłu i rozwinięcia jej handlu. Zapewne usiłowania te nie we wszystkiem się powiodły. Dziwić to nie powinno; wszystkie kraje przemysłowe w zaczątkach z podobnemi przeszkodami walczyły.

Przyznać jednak trzeba, że epoka Terezjańsko-Józefińska i na tym polu — jak na tylu innych — zaorała ugorną przedtem ziemię; była olbrzymiem laboratoryum socyalnem, przygotowując podstawę, na jakiej mogła się rozwijać praca dalszych pokoleń.

Na czworakiego rodzaju przeszkody natrafiły te usiłowania w Galicyi. Na zewnątrz, na handlowo-celną politykę Prus, na wewnątrz, na brak wewnętrznego rynku zbytu, oraz dostatecznych elementów produkcyi po miastach (kapitał, kwalifikowana praca). Dalej łączy się z tem błędna polityka ekonomiczna samego rządu w stosunku do żydów, jako jedynego czynnika miejskiego, który w pewnej mierze potrzebne te elementy reprezentował, a wreszcie należy tu zaliczyć walkę w łonie samej biurokracyi. Biurokracya austr. była tworem historycznym niedawnym, stąd jeszcze niewyrobionym i niesfornym. Gdy Wiedeń był na ogół centrem oświecenia („der Aufklärung“) i echem prądów płynących z Zachodu, inaczej Galicya. Wprawdzie i tu były w łonie gubernium i cyrkułów jednostki zaliczające się do obozu reform. Ale zawistny los chciał, że właśnie na czele kraju przez cały doniosły okres Józefiński stał konserwatywny i reakcyjny gubernator Brigido, przejęty konserwatywno-szlachecką tradycyą, na jej usługi oddany, przeciwnik reform i postępu, a właśnie przez swe stanowisko do ich wykonania powołany. To też przez cały okres jego rządów toczy się cicha, podjazdowa, ale stała i bezwzględna walka między Lwowem a Wiedniem przeciw reformom Józefińskim, które Brygido starał się i potrafił jeśli nie obalić, to odwlec, bądź w wykonaniu wypaczyć.

Mimo tych trudnych warunków, wydała polityka ekonomiczna rządu, rezultaty po części dodatnie, po części zaś — zważywszy, że powstanie przemysłu może być rezultatem nie jednej chwili, a dłuższych wysiłków — uprawniała do nadziei, że przemysł ga-

licyjski będzie wkraczał powoli na normalniejsze tory rozwoju.

Tymczasem stało się inaczej.

Ze śmiercią wielkiego monarchy skończyła się epoka industryalizmu w Galicyi — i Austryi. Z wybuchem W. Rewolucyi we Francyi i nadejściem okresu napoleońskiego, rozpoczęła się w Austryi agrarno-konserwatywna reakcya, która słaby i początkujący przemysł zdusiła w zarodku na długie lata zarówno w Galicyi jak Austryi. Obawa przed Rewolucyą, obawa przed wielkim kapitałem, który stał się podporą I-go konsulatu, obawa przed duchem buntu, który rodzi się w centrach przemysłowych (bezrobocia!) wywołały w Austryi walkę bezwzględną przeciw przemysłowi, zwłaszcza większemu, w okresie do r. 1835. (Reschauer, Sigm. Mayer, Y. Zenker). „Oesterreich soll Ackerbaustaat bleiben", oto cel polityki ekonomicznej tego okresu. Cesarz Franciszek II. dosłownie oświadczył „dass er die Manufacturen überhaupt, und in Wien insbesondere, wenn sie von grösserem Umfange sind, nicht nur nicht vermehrt, sondern nach Thunlichkeit vermindert wissen will".

Wojny okresu napoleońskiego, wzrost długów państwowych i podatków, gospodarka banko-cetlowa a zwłaszcza niepewność stosunków i wywołana nią depresya, wreszcie potem szereg innych nieszczęść (r. 1831 cholera) dokonały reszty: zdławiły przemysł galicyjski doszczętnie. Z tego to późniejszego okresu zaczerpnął Kalinka dowodów dla swych oskarżeń. Jednak oskarżenie rozciągnął niesłusznie i na okres poprzedni, właśnie okres popierania i tworzenia przemysłu w Galicyi.

Ogólny wniosek, jaki się tu sam nasuwa, jest następujący: Nie było w 18. w. tej sprzeczności ekonomicznych interesów między Galicyą a Austryą, o jakich wspominała ta dotychczasowa literatura przedmiotu. Mimo pozornych sprzeczności — w istocie przemysłowe interesy Galicyi, były ściśle związane

z ogólnym rozwojem przemysłowym całej Austryi. Dopóki w tej ostatniej panowały prądy postępowe, okres reform i przemysłu, dopóty i w Galicyi wszystko robiono, by przemysł zaszczepić i rozwinąć. Upada zaś ten ruch w Galicyi z chwilą, gdy i w Austryi przemysł został zachwianym. Rozwój przemysłowy Galicyi został zdławionym nie przez przemysł krajów dziedzicznych, ale upada wtedy, gdy zarówno jeden jak i drugi, stają się ofiarą agrarno-konserwatywnej reakcyi!

Wniosek ten płynący z rozpatrzenia stosunków ekonomicznych Galicyi w 18. wieku, jest tym ciekawszy i donioślejszy, iż w zasadzie zgodnym jest w zupełności z głębszym poglądem na warunki stworzenia przemysłu w G. w chwili obecnej. Ponętne może dla agitacyi formułki o bezwzględnym antagonizmie przemysłu Galic. i zachodnich krajów państwa, ustępują miejsca głębszemu i popularyzującemu się zrozumieniu rzeczy, że rozwój przemysłu w Galicyi pozostaje w ścisłym związku z rozwojem przemysłu w całej Austryi. „Może to brzmi paradoksalnie — mówi oficyalne wydawnictwo Centr. Związku galic. przemysłu fabrycznego[1]) — niemniej jednak jest ogółem prawdą, że osłabienie gniotącego nasz przemysł przemysłu zachodnich krajów austryackich, utrudnia rozwój przemysłowy Galicyi“... „Pewne szanse po naszej stronie są tylko wtedy, gdy w całym obszarze cłowym, w którym musimy egzystować, a więc w obrębie całej Austryi, dana jest wogóle żywotność tej gałęzi przemysłu, o którą nam chodzi“... „Potęga przemysłu zachodnio-austryackiego z jednej strony wprawdzie nasz przemysł gnębi, z drugiej strony jednak jest dlań cieniem wielkiego drzewa, w którym jedynie może on zwolna i wśród walki wzrastać“.

---

[1]) Dr. Roger Battaglia: Traktaty handlowe a Galicya. Lwów 1904, str. 7—8.

W tym względzie warunki przemysłowego rozwoju Galicyi narzucone przez pierwszy rozbiór i pozbawienie kraju naszego niezależności ekonomiczno-politycznej, oraz samodzielnego obszaru cłowego, pozostały w ciągu 140 lat ostatnich w zasadzie niezmienione.

Cele „użyteczności publicznej“ w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropryacyjnego.

Napisał

Dr. Edward Dubanowicz.

(Dokończenie.)

V.

Kiedy już wiadomo, jakiemi to granicami prawnemi jest powszechnie obwarowane pojęcie celów „użyteczności publicznej“ w rozumieniu ustawodawstwa ekspropryacyjnego, pozostaje tylko jedno, wszakże nie małej wagi, pytanie: Czy owe granice są także, i to bezwzględnymi, szrankami dla władzy ustawodawczej?

Pytanie to, rozważane już niejednokrotnie, straciło dzisiaj charakter wyłącznie tylko teoretyczny, nabrało owszem znaczenia bardzo aktualnego, odkąd, przed paru laty w jednem z państw europejskich, w królestwie pruskiem, została uchwalona i sankcyą monarszą utwierdzona „ustawa wywłaszczająca“ [1]), która oba-

[1]) Odpowiedni projekt ustawodawczy (p. t. „Entwurf eines Gesetzes über Massnahmen zur Stärkung des Deutschtums in den Provinzen Westpreussen und Posen“ — Haus der Abgeordn. 20 Legislaturperiode, IV. Session, 1907/8 nr. 12; podpisano: Wilhelm von Gottes Gnaden u. u. s. w, Fürst von Bülow, Frhr. v. Rheinbaben, Beseler, v. Arnim, v. Moltke), wniesiony do Izby posłów d. 23. listopada 1907 r. zawierał następujące wnioski: 1) przyznania komisyi kolonizacyjnej dla jej celów („für die eigentliche Ansiedlungsthätigkeit“) sumy 300 milionów marek i prawa wywłaszczenia; 2) zawotowania sumy 50 milionów marek celem podniesienia i regulacyi prywatnej wielkiej własności niemieckiej, tudzież sumy 50 milionów marek celem zaokrąglenia domenów państwowych. Cele komisyi kolonizacyjnej, które spełniała ona dotąd bez prawa wywłaszczenia, a przy pomocy funduszów, każdorazowo wotowanych przez sejm królestwa pruskiego, zostały w chwili powołania jej do życia okre-

lając wszystkie owe zasady, uznane powszechnie za granice „użyteczności publicznej“ w tem najmniej

ślone w tych słowach: „Sein ausgesprochenes Ziel ist die Stärkung des deutschen Elements... durch Ansiedlung deutscher Bauern und Arbeiter“ („Begründung zu Nr. 45. Haus der Abg. 16 Legislatur p. I. Session 1886). „Notorisch — objaśnia dalej tażsama „Begründung“ — sucht sich in einzelnen östlichen Landestheilen die polnische Nationalität unter Verdrängung der vorhandenen deutschen Elemente mehr und nicht ohne Erfolg auszubreiten. Solches Vordrängen einer durch Sprache und Sitte dem preussischen Staatsleben innerlich entfremdeten Nationalität in wichtigen Theilen der Monarchie fordert umfassende Abwehrsmassregeln auf allen Gebieten der Staatsverwaltung“ (ibid.).

Powiększenie funduszów komisyi kolonizacyjnej uzasadniało przedłożenie rządowe faktem, że dotychczasowe fundusze (w r. 1886 zawotowano 100 mil. mk.; w 1898 także 100 mil. mk., a w r. 1902 260 mil. mk.) zostały wyczerpane, jakkolwiek zdaniem przedłożenia, bez dostatecznych rezultatów: „Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass sich bei allen Erfolgen der Kommission auf dem Gebiete der Besiedlung die Seite ihrer Thätigkeit, die auf den Erwerb des zu besiedelnden Landes gerichtet ist, höchst unbefriedigend entwickelt hat“ (Entwurf j. w. str. 12). Jakoż w samej rzeczy, mimo, że od czasu zaboru prowincyj polskich przez rząd pruski germanizacya tych prowincyj postąpiła tak daleko, że ziemia, która jeszcze w r. 1772 była prawie cała w posiadaniu polskiem (własność niemiecka dochodziła tu wówczas do 5·5% ogółu własności ziemskiej), na której jeszcze w 1824 r. na 1000 mieszkańców było 65 Polaków (28 Niemców, 7 Żydów), a jeszcze w r. 1848 60·8% Polaków a 39·72 Niemców, znajduje się dzisiaj w połowie (nie licząc domenów państwowych) w posiadaniu niemieckiem — działalność samej komisyi kolonizacyjnej przyniosła dla niemieckiego „stanu posiadania“ skutek ujemny; wykupiła ona bowiem wprawdzie z rąk polskich 325.000 ha ziemi, ilość ziemi jednak, która w tym samym czasie, wobec obudzenia czujności Polaków, przeszła napowrót z rąk niemieckich w ręce polskie, wynosiła — wedle obliczeń oficyalnych (podał je ówczesny minister finansów, Frhr. v. Rheinbaben na posiedzeniu izby panów z d. 30. stycznia 1908) o 100.000 ha więcej. (Por. szczegółowe daty, zawarte w dziełach: Hausemann D.: Preussen und Frankreich Leipzig 1834; Zedlitz-Neukirch L: Der preussische Staat, Berlin 1835; Hoffmann C. F.: Die Erde und ihre Bewohner, Stuttgart 1835 — i Deutschland und seine Bewohner, Stuttgart 1836; Słowaczyński M. A. (membre de la societe franc. de statistique universelle): Statistique générale de

do prawnej instytucyi wywłaszczenia dla celów „użyteczności publicznej“ jest podobna, że gdy tamtej uza-

la Pologne Prusienne, Paris 1839; (Plater): Opisanie historyczno-statystyczne Wielkiego Księstwa Poznańskiego, Lipsk 1846; Neumann Fr. J.: Germanisirung und Polonisirung — Conrad's Jahrbücher f. Nationalek. u. Staat, 1883 II.; Bergmann E.: Zur Geschichte der Entwickelung deutscher, polnischer und jüdischer Bewohner in der Prowinz Posen seit 1824, Tübingen 1883; Komornicki St.: Polska na zachodzie, Lwów 1894; Marchlewski J. B.: Stosunki społeczno-ekonomiczne pod panowaniem pruskiem, Lwów, Warszawa 1903; Belgrad M.: Parzellierung und innere Kolonisation in den 6 östlichen Provinzen, Leipzig 1907; Bernhard L.: Das polnische Gemeinwesen, Leipzig 1907; wreszcie oficyalne: Zwanzig Jahre deutscher Kulturarbeit — Haus der Abg. 20 Legisl. III. S. nr. 501, Berlin, 1907).

Uposażenie komisyi i prawo wywłaszczenia uzasadnia przedłożnie rządowe w tych słowach „In der Tat ist eine stärkere Massierung der Ansiedlungen dringend erforderlich, nicht nur zur Sicherung ihres deutschen Charakters, sondern auch um einen wirksamen Einfluss auf kommunale und politische Wahlen zu ermöglichen, und die Massierung muss am stärksten in der Umgebung der Städte werden, um diese einer allmählichen Verdeutschung zuzuführen“ (Entwurf j. w. str. 12). Obawy, że wywłaszczenie może być przez komisyę kolonizacyjną użyte także przeciwko obywatelom narodowości niemieckiej, zostały usunięte przez deklaracyę przedstawicieli rządu: „Die Regierung — oświadczył minister skarbu na posiedzeniu komisyi izby panów (zob. „Bericht der IX. Kommission, Nr. 38 Herrenhaus Sesion 1907/8 str. 56—7) — ist zu der Vorlage nach genauster Prüfung durch ihr Gewissen gedrängt worden. Es handelte sich lediglich darum, in dem Kampfe zwischen Polentum und Deutschtum dem letzteren ein Übergewicht zu verschaffen und zu verhüten, dass wenige Tagemarsche von Berlin entfernt eine dem Deutschtum innerlich und im Augenblicke der Gefahr auch äuserlich feindliche Macht entstehe... Würde sich die Regierung trotz aller Bedenken noch weiter bereit finden lassen, aus deutscher Hand zu kaufen, so würde sie damit, anstatt den deutschen Besitz zu verstärken, den deutschen Grossgrundbesitz allmählich dezimieren und durch den Anreiz des übermässigen Kaufpreises geradezu veranlassen, der Provinz den Rücken zu kehren. Eine Fortsetzung der Ansiedlungstätigkeit sei also nur möglich im Wege des Enteignugsrechts.

„Der Bund der Landwirte — mówił minister rolnictwa o przedłożonej rządowi petycyi niemieckich właścicieli ziem-

sadnieniem było dobro i szczęście obywateli, i to wszystkich bez wyjątku obywateli państwa, uzasadnieniem jej

skich, ażeby w komisyi kolonizacyjnej obok urzędników rządowych zasiąść mogli także przedstawiciele wielkiej własności niemieckiej — habe nur den Wunsch gehabt, dass dem Deutschtum eine entscheidende Stelle in der Ansiedlungskommission gegeben wird, weil er fürchtete, die Enteignung könnte auch einmal gegen Deutsche angewendet werden. Eine solche Befürchtung steht aber nicht im Einklang mit einem Zwecke des Gesetzes, nämlich dem, den deutschen Grundbesitz nicht mehr schwächen zu müssen" (jak wyżej, str. 44) Jeszcze kategoryczniejsze oświadczenie złożył tenże sam minister na jednem z następnych posiedzeń komisyi (tamże str. 86—87): „Es wäre unlogisch, wenn die Regierung alten deutschen Besitz enteignete; durch ein derartiges Vorgehen würde man das, was man durch die jetzigen Massregeln erreichen wollte, wieder illusorisch machen. Er (Landw.-Minister) könne sich also nicht vorstellen, was die Regierung zu einem derartigen Vorgehen veranlassen könnte. Gerade in dem Ansiedlungsgebiete brauche man den deutschen Grossgrundbesitz besonders notwendig als wirtschaftlichen und politischen Führer; gerade hier, wo schon viel deutscher Besitz angekauft und aufgeteilt worden sei, wäre es ein unsinniges Vorgehen den noch vorhandenen deutschen Besitz, von dem wirklich nicht zu entbehren sei, zu schwächen". (Podług dat, przedstawionych w Bericht der XI. Komm. üb. d. Ges. entw. Haus der Abg. nr. 42, str. 7 — było w r. 1861 52% wielkiej własności ziemskiej w rękach polskich a 46% w rękach niemieckich; w r 1880 42% w rękach polskich, 47% w rękach niemieckich; w r. 1899 w rękach polskich zostaje już tylko 32% wielkiej wł.; resztę zaś stanowią domeny i własność niemiecka).

Na deklaracyę, że ludność polska, zostająca pod rządami królestwa pruskiego, pożąda pokoju, odpowiedział między innymi, przedstawiciel większości izby, von Oldenburg: „Der Herr Abgeordnete dr. v. Jażdżewski hat gesagt, dass Sie (Polen) Frieden wollen und nicht den Kampf. Meine Herren, dieser Kampf mit Ihnen ist uns auch sehr unangenehm; aber was heisst es denn, wenn Sie Frieden wollen, aber sich nicht dem preussischen Staatsgedanken anschliessen? Nachdem Sie 136 Jahre preussische Untertanen sind, stehen Sie heute noch an dem Standpunkt: Vous avez pu germaniser la pleine: Mais notre coeur vous ne l'aurez jamais! Wenn Sie Ihr Herz nicht geben wollen, meine Herren, dann müssen wir Ihr Land haben, und zwar brauchen wir Ihr preussisches Herz; denn

jest ucisk polityczny części obywateli; gdy tamtej miarą była niezbędna potrzeba, ta nie przewiduje innej

---

ein Staat wie Preussen und Deutschland, welcher so gefährdete Grenzen hat, kann sich nicht der Möglichkeit aussetzen, dass bei einer politischen Aenderung in Russland oder in Oesterreich eine Conflagration der preussischen polnischen Untertanen in einem Augenblick stattfindet, indem das preussische Schwert vielleicht anderseitig engagiert ist" (Haus der Abg. 20 Legisl. IV. Session 1907/8, 2 Sitzung am 29. Nov. 1907; str. 102).

Mimo, że zdaniem rządu, wywłaszczenie dla przedstawionych powyżej celów mogło było przy odpowiedniej interpretacyi być oparte o ogólną ustawę ekspropryacyjną pruską z r. 1874 („Wir haben uns nicht — oświadczył kanclerz, v. Bülow — Herr. h. IV. Sitz. am 30. Jan 1908 str. 24 — an dem Wortlaute dieses Gesetzes genügen lassen, aus dem wir allenfalls die Befugnis zur Enteignung für Zwecke der Ansiedlungskommission hätten ableiten können. An Aufforderungen hat es uns ja nicht gefehlt"), nowy projekt w formie ustawy wyjątkowej, został przedłożony celem uniknięcia „wątpliwości". Projekt ustawodawczy został definitywnie przyjęty w izbie panów dnia 27. lutego, zaś dnia 3. marca 1908 uchwaliła go izba posłów, wraz z poprawkami, poczynionemi przez izbę panów.

Cel ustawy sformułowano w § 13. ustawy: „Dem Staate wird das Recht verliehen, in den Bezirken, in denen die Sicherung des gefährdeten Deutschtums nicht anders als durch Stärkung und Abrundung deutscher Niederlassungen mittels Ansiedlungen möglich erscheint, die hierzu erforderlichen Grundstücke in einer Gesammtfläche von nicht mehr als siebzig tausend Hektaren nötigenfalls im Wege der Enteignung zu erwerben". § 15., 16., 17. i następne wprowadzają na rzecz tego celu odpowiednie normy proceduralne, od norm ustawy ekspropryacyjnej z r. 1874 w tem najwięcej odmienne, że 1-o: gdy według ustawy z 1874 r. (§ 2.) wywłaszczenie (cel jego określał tam § 1.: „Das Grundeigentum kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen, deren Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechtes erfordert... entzogen oder beschränkt werden") mogło tam pod względem formalnym nastąpić tylko: „auf Grund königlicher Veordnung", tutaj wystarcza prosta uchwała („Beschluss") komisyi kolonizacyjnej; 2-o: gdy tam (§ 5.) wywłaszczenie następywało tylko na podstawie planu przedsiębiorstwa, (który miała: „... diejenige Behörde zu prüfen und festzustellen, welche dazu nach den für die verschiedenen Arten der Unternehmungen bestehenden Gesetzen berufen ist"), a obszar ziemi wywłaszczonej miał być oznaczony niezbędną potrzebą dla sa-

miary oprócz tej, która nastaje sama przez się, gdy u jednostek, czy u narodu, uczucia obawy i nienawiści są uspokojone i nasycone: gdy tamta była wynikiem i czynnikiem kulturalnego rozwoju ludzkości, ta znaczy upadek i uczuć szlachetnych i zmysłu prawnego u jednego z największych liczebnie narodów europejskich, a z odległej przeszłości wskrzesza i budzi do życia na przyszłość groźne widmo zdziczenia i anarchii. Jak więc określić należy charakter prawny takiej „ustawy wywłaszczającej“?

Ażeby ocenić, czy granice, o których mowa, są takiemi także i wobec władzy ustawodawczej, należy, bodaj pokrótce, rozważyć prawną naturę deklaracyi „użyteczności publicznej“ wogóle.

Skoro już, dzięki teoryi francuskiej, nie dosyć jasne pojęcie Grotius'a o wywłaszczeniu, jako insty-

mego przedsiębiorstwa (§ 23. wyklucza przy przedsiębiorstwach kolejowych użycie gruntów na cele niezwiązane bezpośrednio z celem przedsiębiorstwa) — tutaj wszystkie te ograniczenia są wykluczone; 3-o: gdy tam § 30. przyznawał: „Gegen die Entscheidung der Regierung steht sowohl dem Unternehmer als den übrigen Beteiligten innerhalb sechs Monaten... die Beschreitung des Rechtsweges zu“ — tutaj jest (§ 16.) mowa jedynie o zażaleniu („Beschwerde“), o którem rozstrzyga sama administracya: minister rolnictwa, spraw wewnętrznych, skarbu; 4-o: gdy tam (§ 57.) jest wywłaszczonemu przyznane prawo pierwszeństwa przy odsprzedaży gruntu niepotrzebnego dłużej przedsiębiorstwu — tutaj oczywiście mowy o tem być nie może; natomiast: 5-o: § 17. wprowadza przepis, że wywłaszczenie może objąć nawet inwentarz, wogóle „das Zubehör des Grundstückes“ o ile on okaże się potrzebnym dla dalszego gospodarowania na tym majątku przyszłemu koloniście. Są to oczywiście tylko konsekwencye represyjno-politycznego charakteru tego aktu.

Dla wykonania aktu przyznaje § 1. rządowi, względnie komisyi kol. 200 mil. mk., „von denen 75 Milionen zur Umwandlung bäuerlicher Güter in Ansiedlungsrentengüter und zur Förderung der Sesshaftmachung von Arbeitern auf dem Lande zu verwenden sind“ (ostatni przepis w pierwszej swej części ma na celu uniemożliwienie wieśniakom niemieckim sprzedaży ziemi w ręce polskie, zaś w części drugiej zaopatrzenie w ziemię niemieckich robotników rolnych, ściąganych w tym celu także z poza granic cesarstwa niemieckiego).

tucyi opartej o najwyższe, zwierzchnie prawo własności ustąpiło z liczby pojęć prawnych [1]), skoro także teorya wywłaszczenia jako „przymusowej sprzedaży“ („vente forcée“ i „Zwangsverkaufstheorie“: Häberlin'a, Beseler'a, Gruchot'a, Gerber'a, Windscheid'a, Martin'a, Loebell'a) [2]), teorya „quasi-kontraktu“ (Meyer'a) [3]), „damni iniuria dati“ (Thiel'a i Treichler'a) [4]) ustąpiły miejsca teoryom prawa publicznego (Stein'a, Grünhut'a), tej zwłaszcza, która nazwana przez G. Weiss'a „théorie du droit public mitigé“, powszechna we Francyi, jest w literaturze niemieckiej reprezentowana między innymi przez

[1]) Hugonis Grotii: De iure belli et pacis. Libri tres. (cyt. podł. wyd.: Cambridge 1853) Lib. III. C. XX. § VII. 1. „Disputari et hoc solet, quid in res singulorum possint pacis causa statuere, qui reges sunt, nec in res subditorum aliud ius habent, quam regium. Alibi diximus res subditorum sub eminenti dominio esse civitatis, ita ut civitas, aut qui civitatis vice fungitur, iis rebus uti, easque etiam perdere et alienare possit, non tantum ex summa necessitate, quae privatis quoque ius aliquod in aliena concedit, sed ob publicam utilitatem, cui privatas cedere illi ipsi voluisse censendi sunt, qui in civilem coetum coierunt“. Por. też Samuelis Pufendorfii: De iure naturae et gentium. Libri octo Londini Icanorum 1672 Lib. VIII. C. V. § 7a. Zasadzie „zwierzchniej własności“ przeciwstawiła teorya francuska przez usta Portalis'a zasadę: „Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire“ (por. Législation civile j. w. T. VIII. str. 143).

[2]) Teorya ta, upatrująca w instytucyi wywłaszczenia prywatną dwustronną umowę, która dopiero skutkiem interwencyi państwa nabiera mocy wiążącej, nie mogła się utrzymać, zwłaszcza odkąd Laband i Meyer zwrócili uwagę na tę jej konsekwencyę, że tym sposobem trzebaby państwu przyznać moc zmuszenia jednostki nie tylko do czynienia czegoś, ale nawet i do aktu woli.

[3]) Teorya „quasi-kontraktu“ usuwała sprzeczność formalną, pozostawiała jednak sprzeczność materyalną, jako nieodłączną od pojęcia umowy prywatnej o skutkach publiczno-prawnych.

[4]) Pojęcie wywłaszczenia jako „damnum iniuria datum“ i uzasadnienie żądania odszkodowania jako zobowiązania z „quasi-deliktu“ zostawiało zawsze jeszcze bez odpowiedzi pytanie, jaki jest charakter prawny ustawy ekspropryacyjnej.

Burckhard'a, Dernburg'a, Brinz'a, Pražak'a, Randę, Ulbrich'a, Wach'a, Mayer'a, Rohland'a, Roesler'a, a która uchylenie indywidualnego prawa własności uzasadnia utwierdzeniem na jego miejscu nowych praw, natury publicznej [1]), — został stworzony ściśle określony grunt prawny do rozważenia danej kwestyi.

Pisarze amerykańscy określając kompetencyę legislatywy w wypowiadaniu deklaracyi „użyteczności

[1]) W myśl tej ostatniej teoryi, w której ramach istnieją pewne różnice poglądów indywidualnych, zostało sformułowane zasadnicze orzeczenie trybunału cesarstwa niemieckiego z 2. grudnia 1884 (Reichsgerichtsentscheidungen XII. 405), które o ile się odnosi do danej kwestyi, w braku tekstu autentycznego powtórzymy w tekście de Weissa (j. w. str. 52): „Il faut bien plutôt se ranger à l'opinion que le rapport juridique qui est à la base de l'expropriation n'est pas un rapport de droit privé absolu, et ne relève pas non plus entièrement du droit public. La justification de l'expropriation et l'obligation où l'on se trouve de la subir reposent sur le droit public, mais ses effets juridiques, soit le transfert de propriété et l'obligation d'indemniser l'exproprié relèvent du droit privé". Teoryę tę podziela w zasadzie także Layer, zarzucając jej jednak, że przy niedosyć stanowczem podkreśleniu różnicy, jaka zachodzi między rolą państwa jako władzy wypowiadającej deklaracyę „użyteczności publicznej", a z drugiej strony jako zwyczajnego przedsiębiorcy „robót publicznych" a więc jako podmiotu wywłaszczenia, mogłaby teorya ta w praktyce doprowadzić do pewnej konfuzyi. „Wesentlicher Kern — czytamy u Layer'a (j. w. str. 320) — der öffentlich-rechtlichen Theorien ist, dass die Enteignung im eigentlichen Sinne als einseitiger staatlicher Hoheitsact aufgefasst wird. Diese Auffassung führt natürlich consequent dahin, dass nur der Staat als Expropriant angesehen wird... dass sie zur vollständigen Verwerfung des subjektiven Rechtes bezw. Anspruches des Exproprianten gegen den Expropriaten und dadurch zu Identificierung des Enteignungsrechtes mit dem Rechte der Vollziehung gelangt sind". Stąd też, stając na gruncie systemu „podmiotowych praw publicznych" jednostki wobec jednostek, określa Layer prawo ekspropryanta jako podmiotowe prawo publiczne państwa, ciał samorządnych i przedsiębiorców prywatnych (por. str. 353), wogóle zaś instytucyę wywłaszczenia jako „Begründung öffentlicher Rechte unter Aufhebung individueller Rechte gegen Entschädigung" (j. w. str. 660)

publicznej" mają zadanie znacznie ułatwione przez przyjęcie zasady („of the enumerated powers"), że najwyższa władza państwowa spoczywa w ręku całego narodu, legislatywa zaś jest tylko uprawniona do tych aktów, które jej wyraźnie przez konstytucyę zostały powierzone.

„Władza ustawodawcza" w Ameryce — czytamy u Cooley'a — „wykonywa tylko pewną część zwierzchniej (souvereign) władzy. Zwierzchnia władza cała skupia się w narodzie (people) a władze ustawodawcze przezeń ustanowione, mają za zadanie wykonywanie upoważnień (to discharge a trust) im zleconych (made a depository) w ściśle zakreślonych granicach"[1]).

„Zwierzchnia i bezwzględna (absolute) władza — cytuje Sedgwick orzeczenie wydane przez trybunał apelacyjny (mr. Justice Jewett) — spoczywa w narodzie, a władza ustawodawcza może wykonywać tylko te prawa, które jej delegowano (delegated). Prawo „of eminent domain" jako istotnie zwierzchnie prawo, oddaje władzy ustawodawczej moc (the control) nad własnością prywatną na rzecz celów „użyteczności publicznej" i tylko na rzecz tych celów"[2]).

„Prawo uchylania własności prywatnej na rzecz celów publicznych — konkluduje Cooley — leży zatem niejako śpiąco w mocy państwa, dopóki legislatywa do niego się nie ucieknie, określając okoliczności, sposób, wymagania i formalności („occasions, the mode, conditions and agencies") przy jego zastosowaniu[3]).

Stąd też określają zwyczajnie pisarze amerykańscy prawny charakter aktu ekspropryacyjnego wyrażenia-

---

[1]) A. Treatise... j. w. str. 87; por. także Dwarris F.: A general treatise... j. w. str. 325, 378.

[2]) A Treatise on the rules... j. w. str. 130; por. Hare Clark J. I. American Const. Law.... j. w. T. I. str. 346. Taksamo, ze względu na ustawodawstwo poszczególnych Stanów, zob. Burgess J.: Political science... j. w. T. I. str. 243—4.

[3]) j. w. str. 527—8.

mi: „oznaczanie (to determine), kiedy potrzeby publiczne wymagają naruszenia własności prywatnej“, albo „rozstrzyganie (to decide), kiedy prawo wywłaszczenia może być wykonywane“, czy też „kiedy pożytek jest tak dalece publiczny, że usprawiedliwia takie naruszenie“ [1]).

Tym deklaratywnym charakterem aktów ustawodawstwa w Stanach Zj. wyjaśnia się też — jakto już było wspomniane poprzednio — stosunek ich do orzeczeń sądowych. Jeżeli bowiem zastosowywanie wywłaszczenia na rzecz celów użyteczności publicznej powierzone jest władzy ustawodawczej tylko w ściśle określonych granicach, to jakkolwiek deklaracya „użyteczności publicznej“, czyli stwierdzenie, czy w danym wypadku istnieje rzeczywiście cel „użyteczności publicznej“ powierzone jest samej tylko władzy ustawodawczej — niemniej jednak władza sądowa, której kompetencya odnosi się również do wszystkich wypadków „powstałych pod konstytucyą“, może w razie skargi sądowej odebrać ustawie przekraczającej konstytucyę skuteczność przez samo stwierdzenie, że cel, na rzecz którego ma nastąpić wywłaszczenie, nie jest celem „użyteczności publicznej“. Ponieważ zaś konstytucya nie jest uważana za wypływ woli władzy ustawodawczej w ścisłem tego słowa znaczeniu, lecz za wypływ woli całego narodu, ponieważ zatem stoi ona ponad władzą ustawodawczą, orzeczenie sądowe stwierdzające niezgodność aktu ustawodawstwa z konstytucyą jest orzeczeniem ostatecznem i nieodwołalnem.

Nic dziwnego, że stojąc na tem stanowisku formalnem, teorya amerykańska stwierdza jednogłośnie, jak to widzieliśmy poprzednio, że granice prawne celów „użyteczności publicznej“ są w tak dosłownem znaczeniu bezwzględnemi szrankami właśnie przedewszystkiem wobec władzy ustawodawczej, że akt,

[1]) Redfield I. F.: The Law of Railways .. j. w. T. I. str. 340; Dwarris j. w. str. 375, 386. Hare Cl. J. L .. j. w. T. I. str. 345, 538; por. Sedgwick... j. w. str. 423.

któryby je przekraczał, musi być poczytany nie tylko za „niekonstytucyjny, lecz także pozbawiony wszelkiej skuteczności prawnej".

Istnieje jednak obok tego względu ściśle prawnego, inny, zapewne w życiu i rozwoju narodów niemniej ważny wzgląd, który w orzecznictwie najwyższego trybunału Stanów Zjednoczonych (Supreme Court of Un. St.), w uzasadnieniach wyroków, opracowywanych przez najlepszych prawników amerykańskich, brany był pod głęboką rozwagę, ilekroć przyszło oceniać skuteczność prawną ustaw, które pod pozorem „użyteczności publicznej" miały przemycić interes prywatny lub stronniczy. „W takich wypadkach — mówi cytowany u Sedgwick'a: Mr. Justice Barculo — prawa stron prywatnych opierają się nie tylko o konstytucyę, lecz i o wielkie zasady odwiecznej sprawiedliwości (great principles of eternal justice), które są fundamentem wszelkiego wolnego rządu („lie at foundation of all free Goverments")[1]).

„Nie mógłbym — mówi w orzeczeniu najwyższego trybunału Mr. J. Chase[2]) — godzić się (subscribe) na zasadę wszechwładzy państwowej legislatywy, ani uznać, że jest ona bezwzględną lub nieograniczoną, nawet, gdyby to nie było wyraźnie zaprzeczone przez konstytucyę i fundamentalne prawa Stanów... Są w życiu naszych wolnych rzeczypospolitych pewne kardynalne zasady (vital principles), które tamują i udaremniają (determine and overrule) jawne i jaskrawe nadużycie władzy ustawodawczej, któreby osłaniało jawną krzywdę (manifest injustice) płaszczem prawa pozytywnego, albo któreby usuwało bezpieczeństwo osobistej wolności lub prywatnej własności, dla których obrony istnieje właśnie rząd. Akt władzy ustawodawczej (gdyż nie mogę go nazwać ustawą) — przeciwny tym wielkim i pierwszym zasadom społeczeń-

[1]) Sedgwick Th.: A treatise j. w. str. 129—132.
[2]) Ibid.

stwa, nie może być uważany za prawne wykonywanie (rightfull exercise) władzy ustawodawczej".

„Kardynalne zasady (fundamental maxims) — wyraża tę samą myśl w innem orzeczeniu najwyższego trybunału Mr. Justice Story — wolnego rządu zdają się wymagać, ażeby prawa osobistej wolności i prywatnej własności były szanowane jak święte. Żaden sąd, wymierzający sprawiedliwość w tym kraju, nie wydałby też wyroku, przyzwalającego, ażeby moc naruszania i uszczuplania (to violate and disregard) tych praw, moc tak niezgodna z powszechnemi zasadami sprawiedliwości i obywatelskiej wolności, została przemycona (lurked) pod osłoną jakiegokolwiek ogólnego aktu władzy ustawodawczej (any general grant of legislative authority), albo, ażeby była wysnuwana z jakiegokolwiek ogólnego wyrażenia woli narodu (or ought to be inferred from any general expressions of the will of the people)".

Z kolei przejdźmy na grunt nam bliższy.

Pytanie, na które bezpośrednio szukamy odpowiedzi, brzmi: Czy w systemie kontynentalnych państw europejskich[1]) akt nazwany przez teoryę francuską „declaration d'utilité publique"[2]) jest ze względu na

[1]) Co do systemu angielskiego zmuszeni jesteśmy i pod tym względem odwołać się do zapowiedzianej poprzednio pracy.

[2]) Layer (Prinzipien... j. w. str 236—7) odróżnia w danej materyi: 1) „Die Fähigkeit, durch eine Norm auszusprechen, dass in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen bezw. für gewisse Zwecke das Eigentumsrecht entzogen, bezw. beschränkt und an dem betreffenden Objekte einem Dritten das Eigentum oder andere Rechte eingeräumt werden können. Die Aufstellung einer solchen allgemeinen Norm ist Gesetzgebung und steht als solche nur dem Staate zu. 2) Wenn eine solche allgemeine Norm besteht, die rechtliche Macht sie im einzelnen Falle anzuwenden, eventuell zwangsweise durchzuführen (d. h. in autoritativer Weise...) wieder ein ausschliesslich der Staatsgewalt zustehendes Recht... einfach das Recht der vollziehenden Gewalt. 3) Zwischen diesen beiden Äusserungen der Staatsgewalt, der Gesetzgebung... und der Vollziehung...

swą treść aktem konstytutywnym czy też także tylko deklaratywnym?

Kwestya ta doczekała się już w monografii Layer'a tak wyczerpującego przedstawienia, że, zastrzegając sobie swobodę głosu co do niektórych szczegółów, można jedynie powołać się na ostateczne wyniki tam ustalone.

Skoro z tekstów ustaw ekspropryacyjnych — rozumuje Layer — nie można nabrać pewnego przekonania (ustawy niemieckie posługują się tu bowiem bardzo rozmaitymi terminami, jak: „Feststellung", „Genehmigung", „Entscheidung", „Erklärung", a rzadziej n. p. w austryackiej ustawie kolejowej jest mowa o „Verleihung") czy treścią danego aktu jest stwierdzenie („Feststellung") czy zezwolenie, względnie użyczenie lub nadanie („Verleihung") prawa wywłaszczenia, trzeba rozważyć naturę głównych, niejako typowych kategoryj aktów tego rodzaju, przyczem należy uwzględnić, czy w danym akcie zasada wywłaszczenia jest wypowiedziana samoistnie, czy też jej orzeczenie zbiega się z upoważnieniem przedsiębiorstwa do podjęcia robót publicznych.

Gdy tedy przedsiębiorcą robót publicznych jest samo państwo, tedy wobec niewątpliwego publicznoprawnego charakteru państwa, potrzeba oddzielnego aktu, użyczającego państwu charakteru przedsiębiorcy publicznego odpada, a raczej akt ten stapia się niejako („Verschmelzung") z aktem, wypowiadającym zasadę wywłaszczenia na rzecz danych robót publicznych;

---

steht nun das Recht desjenigen, welcher, gestützt auf die sich in ihm verwirklichenden Voraussetzungen des Gesetzes, den Anspruch erhebt, das Eigentum oder andere Rechte an einem bestimmten Objekte zu erwerben und zu diesem Behufe bestehende Rechte aufzuheben".

Pierwsze dwie wymienione kategorye dadzą się oczywiście tylko tam konsekwentnie oddzielić od siebie, gdzie obok ustaw zasadniczych (względnie także ogólnej ustawy ekspr.) istnieje system ekspropryacyjnych ustaw specyalnych i ekspr. rozporządzeń administracyjnych.

treścią zaś tego aktu nie jest „nadanie" prawa, ale jedynie stwierdzenie pewnego prawnego stanu rzeczy" [1]).

Gdy przedsiębiorcą jest ciało samorządne, konstytutywna część państwa, stwierdzenie celu wywłaszczenia, albo orzeczenie (Erklärung) „użyteczności publicznej" ma treść obszerniejszą: Prejudycyalne orzeczenie stwierdza tutaj mianowicie:

1) „że w danym wypadku nie idzie o przedsiębiorstwo fiskalne:

2) że, jeżeli ustawa ekspropryacyjna wylicza wypadki (cele) wywłaszczenia wyczerpująco, dane przedsiębiorstwo podpada ze względu na swój cel pod pojęcie jednego z tych wypadków: nadto zaś

3) że ciało samorządne działa w danym razie w granicach właściwych sobie zadań administracyjnych (Verwaltungsbefugnisse) i

4) że urzeczywistnieniu przedsiębiorstwa nie stoi na przeszkodzie wyższy (więc państwowy) interes.

---

[1]) Layer: Prinzipien... j. w. str. 270—306. „Was dies Erklärung beinhaltet — pisze autor (str. 273) — ist... leicht zu sagen: Natürlich ist es keine Verleihung, sondern die Feststellung eines rechtlich relevanten Thatbestandes, man kann sagen eine Präjudicialentscheidung, welche in autoritativer Weise ausspricht, dass es sich nicht um eine fiskalische, sondern um eine öffentliche Unternehmung handelt". Niemniej, a contrario możliwą jest i ta ewentualność — jakkolwiek nie podniesiona przez Layer'a, że rząd danego państwa mógłby chcieć podjąć przedsiębiorstwo, które samo przez się nie zabronione prawnie (n. p. nie zabronione pewnej grupie społecznej, albo stronnictwu politycznemu) nie tylko nie jest przedsiębiorstwem „użyteczności publicznej", ale nie wchodzi wogóle (n. p. chęć zapewnienia przewagi pewnej klasy społecznej, albo stronnictwa politycznego) w zakres zadań państwowych. Nie potrzeba przyjmować potrzeby nadawania państwu „koncesyi" przy podejmowaniu przedsiębiorstw, ażeby zapobiedz tej ewentualności. Należy tylko — podobnie jak ze względu na ciała samorządne (zob. niżej ustęp 3) — wyraźnie stwierdzić, że akt orzekający o zasadzie prawa wywłaszczenia, może w razie istnienia wątpliwości rozstrzygnąć negatywnie pytanie, czy dane przedsiębiorstwo wchodzi w zakres zadań państwowych.

Gdy wreszcie przedsiębiorcą robót publicznych jest osoba lub grono osób prywatnych, odróżnić trzeba wyraźnie, po pierwsze: koncesyę do podjęcia odpowiednich robót publicznych, która zazwyczaj, i to już przy powstaniu danego przedsiębiorstwa, zawarta jest w oddzielnym akcie, a której treścią jest nadanie prawa (Verleihung eines öffentlichen Unternehmens), powtóre zaś, akt stwierdzający prawo wywłaszczenia (Feststellung des Enteignungsrechtes), a w szczególności orzekający,

1) „jeżeli ustawa ekspropryacyjna wylicza wypadki (cele) wywłaszczenia wyczerpująco: czy przedsiębiorstwo dane podpada pod jeden z tych celów;

2) jeżeli ustawa ponadto żąda wykazania, że w tym szczególnym wypadku istnieje interes „użyteczności publicznej“, albo, jeżeli bez wyliczenia wypadków (celów) wywłaszczenia ustawa czyni tylko wogóle możność wywłaszczenia zależną od istnienia interesu „użyteczności publicznej“: czy przedsiębiorstwo (poza prywatnym celem przedsiębiorcy) służy takiemu interesowi...

3) jeżeli taki interes istnieje rzeczywiście: czy jego istnieniu nie stoi na przeszkodzie interes wyższej wspólnoty interesów“ [1]).

Uznając tylko pierwszą z tych kwestyj za kwestyę prawną (inne nazywa „Ermessungsfragen“) i kwalifikując ją jako „publiczno-prawne uznanie“ (öffentlich

[1]) Zdanie nasze w sprawie „wspólnoty interesów“ jest już znane. W danem miejscu od zastrzeżeń uwalnia nas fakt, że interes „wyższej wspólnoty interesów“ nie oznacza tu w samej rzeczy nic innego jak interes ogółu mieszkańców państwa lub jego konstytutywnej części.

Niemniej wszakże, trzeba zauważyć, że interes państwa (lub jego części), którego istnienie jest przyczyną, że przeciwny mu interes partykularny nie może być uważany za interes „użyteczności publicznej“ (n. p. w wypadku, gdy budowa kolei łatwo dostępnej nieprzyjacielowi, zostaje zaniechaną z tego właśnie powodu), — nie musi wcale sam być interesem użyteczności publicznej“. Może nim być n. p. polityczny, mocarstwowy interes państwa.

rechtliche Anerkennung), dochodzi Layer do wniosku następującego: ...„że stwierdzenie celu wywłaszczenia („declaration d'utilite publique), jakkolwiek polega na zasadzie swobodnej oceny, nie jest jednak aktem konstytutywnym, nadaniem prawa (Verleihung), ale deklaratywnym, należy zatem do kategoryi orzecznictwa administracyjnego (der administrativen Rechtsprechung) a posiada charakter orzecznictwa prejudycyalnego" [1]).

Czy deklaracya „użyteczności publicznej" ma być zawsze uważana za akt należący do orzecznictwa administracyjnego, a akty ustawodawcze, o ile ją zawierają (n. p. w Stanach Zjednoczonych) mają być z reguły uważane za akty administracyjne we formie ustawy (Verwaltungsakte in Gesetzform), — tej sprawy przesądzać nie mamy zamiaru, tem bardziej, że chcąc iść za ponętną skądinąd formułą Layer'a, musiałoby się rzeczywiste a niezgodne z nią fakty (jeżeli nie w większości ani w połowie, to przynajmniej w znacznej ilości wypadków deklaracya „użyteczności publicznej" zjawia się de facto w formie aktu władzy ustawodawczej) naginać do szablonu, nie posiadającego wartości bezwzględnej [2]).

---

[1]) Layer: Prinzipien.. j. w. str. 304.

[2]) Jak względny i zależny od danego ustroju państwa jest n. p. rozdział aktów władzy ustawodawczej i administracyjnej, jaki przyjął się ostatecznie w nauce niemieckiej pod powagą Laband'a (Das Staatsrecht des deutschen Reiches — Handbuch des öff. Rechtes herausgeg. v. Dr. H. v. Marquardsen etc. II. Aufl Freiburg in B. u. Tübingen. 1894 str. 100): „Die ältere von Montesquieu begründete Lehre stellte den pouvoirs legislatif und judiciaire das pouvoir éxécutif gegenüber; die neuere Wissenschaft hat diese Auffassung als zu eng und unzutreffend erkannt und spricht von der vollziehenden Gewalt, von dem pouvoir administratif oder der Verwaltung. Man kommt daher zu der Definition: Verwaltung ist alles dasjenige, was nicht zur Sphäre der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit gehört... Aus dem Gegensatz gegen diejenigen staatlichen Akte, welche der Herrschaft des Staatsoberhaupts durch die freie Selbstbestimmung des gesetzgebenden Körpers und durch die Unabhängigkeit der Gerichte entrückt sind, lässt sich aber auch

Pewny zato i dostatecznie uzasadniony wydaje się ten wniosek, że deklaracya „użyteczności publicznej", bez względu na to, czy — zależnie od szczególnego ustroju państwa [1]) — przychodzi do skutku w formie ustawy, czy administracyjnego rozporządzenia, nawet w tych wypadkach, w których ogólna ustawa ekspropryacyjna, określając cele wywłaszczenia, poprzestaje na tej formule (jak n. p. w królestwie pruskiem), że mają to być cele „użyteczności publicznej" — jest co do swej natury prawnej aktem deklaratywnym.

Skoro zaś tak jest, tedy jesteśmy już niedaleko ostatecznej konkluzyi.

Jeżeli bowiem deklaracya „użyteczności publicznej", czy ona mieści się w formie ustawy czy rozporządze-

---

ein positives Kennzeichen gewinnen. Verwaltung ist die Summe aller staatlichen Handlungen, welche der Leitung des Staatsoberhaupts unterliegen; sie bildet in der Monarchie den Machtbereich des Landesherrn, der frei ist von der Mitwirkung der Volksvertretung und unbeschränkt durch die Gesetzauslegung der Gerichte. Diese Macht kommt zur Ausübung durch das freie Ermessungsrecht der Minister und durch die Pflicht der Behörden zum Gehorsam gegen die Anordnungen der letzteren. Hiernach deckt sich der Bereich der Verwaltung in diesem Sinne mit dem Umfang der constitutionellen Ministerverantwortlichkeit".

[1]) Podług n. p. ustawy francuskiej z 1841 r. (Tyt. I.-art. 3) deklaracya „użyteczności publicznej" przychodzi do skutku bądź w formie ustawy, bądź rozporządzenia administracyjnego, podług doniosłości przedsiębranych dzieł, a mianowicie: „Tous grands travaux publics, routes royales, canaux, chemins de fer, canalisation de rivières, bassins et docks, entrepris par l'Etat ou par compagnies particulières avec ou sans péage, avec ou sans subside du Trésor, avec ou sans aliénation du domaine public, ne pourront être exécutés qu'en vertu d'une loi, qui ne serra rendue qu'apres une enquête administrative. Une ordonnance royale (obecnie: dekret prezydenta Rzeczypospolitej) suffira pour autoriser l'exécution de routes départamentales, celle des canaux et chemins de fer d'embranchement de moins de vingt mille mètres de longueur, des ponts et de tous autres travaux de moindre importance. Cette ordonnance devra également être précédee d'une enquête". Podobnie (por. G. de Weiss... j. w. str. 174 i n.) podług ustawy belgijskiej, włoskiej i niektórych kantonalnych ustaw szwajcarskich.

nia, nie przynosi nowej normy prawnej, ale subsumuje, podciąga dany konkretny cel, pod pojęcie „użyteczności publicznej", wyrażone w ogólnej ustawie ekspropryacyjnej zgodnie z ustawą konstytucyjną, tedy akt administracyjny, stwierdzający istnienie celu „użyteczności publicznej" tam, gdzie go niema, tam, gdzie powszechna teorya i praktyka od wieku istnieniu celu „użyteczności publicznej" wyraźnie przeczy, nie jest zdolny do wywołania skutków prawnych, jest nadużyciem władzy (exces de pouvoir)[1]) a odpowiedni akt ustawodawczy, jakkolwiek ma niewątpliwą formę ustawy, nie jest — czemkolwiek by miał być zresztą — ustawą wywłaszczającą w znaczeniu materyalnem.

Czy jest wogóle ustawą? Czy byłby ustawą wywłaszczającą w takim razie, gdyby w danem państwie nie było ogólnej ustawy ekspropryacyjnej?

Jakkolwiekbyśmy przyjęli nawet zasadę wszechwładzy legislatywy, przyznać przecież musimy, że władza ustawodawcza musi znajdować stanowcze granice w istnieniu t. zw. konstytucyi i t. zw. praw zasadniczych, które nią są objęte — tak długo przynajmniej, dopóki one zupełnie lub częściowo nie zostały uchylone.

„Niema wcale wolności prawdziwej — pisze znakomity przedstawiciel dzisiejszego prawa publicznego na katedrze w Sorbonie[2]) nawet przy zasadzie zwierzchniej władzy ludowej, jeżeli zgromadzenie narodowe może podejmować arbitralnie jakiekolwiek ustawy przeciwko obywatelowi wbrew prawom zasadniczym (lois générales). Ochroną prawa jest samo pojęcie prawa... Bez wątpienia, sama istota władzy zwierzchniej wymaga, ażeby ta władza nie była związana przez ustawy (zasadnicze) w tem znaczeniu, żeby nie mogła ich ścieśniać i zmieniać (abroger et changer), wszakże,

[1]) Por. Batbie A.: Traité théorique et pratique de droit public et administratif. Paris 1867 T. I. str. 347.

[2]) Esmein A.: Eléments de droit constitutionnel français et compare. Paris IV-e, 1906 str. 15.

jak długo one rzeczywiście istnieją, one stanowią szranki, w obrębie których wszelka władza jest wykonywana...“

Z drugiej strony prawa indywidualne, zagwarantowane ustawą zasadniczą, nie mogą nigdy być uchylone zupełnie.

„Jest to jedna z najgłębiej uzasadnionych i najpłodniejszych idei czasów nowożytnych — pisze ten sam autor[1]) — że jednostka ma prawa uprzednie i wyższe (antérieurs et supérieurs) od interesów państwa, które w następstwie tego zobowiązują państwo do ich poszanowania.

...Jeżeli tę zasadę raz uznamy, tworzy ona wraz z jej następstwami istotny przedmiot prawa konstytucyjnego. W istocie, ona określa ściślej, niż wszystkie inne, wykonywanie władzy zwierzchniej, ponieważ zakazuje jej uchwalania ustaw, które naruszają prawa indywidualne (car il interdit au souverain de faire des lois qui entament les droits individuels) a nakazuje jej podejmowanie takich ustaw, które zabezpieczają skuteczne wykonywanie tych praw“.

[1]) J. w. str. 24—25. Osią praw indywidualnych czyni autor równość wobec prawa, którą pojmuje w sposób następujący: „Sans remonter à l'Etat de nature, sans invoquer le contrat sociale, ni le droit naturel, l'égalité civile se justifie suffisamment par le droit de l'individu à un libre developpement... Cela suppose nécessairement chez tous les individus une égale aptitude de droit et une égale repartition des charges publiques. L'égalité civile, qui en est l'expression et qui s'impose toutes les fois qu'il ne s'agit pas de droits politiques proprement dits, se raméne à quatre applications, dont la premiére contient d'ailleurs implicitement les trois autres: 1-o l'égalité devant la loi, laquelle consiste en se que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujets à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement, sans acception de personnes; 2-o l'égalité devant la justice, c'est à-dire l'exclusion des juridictions privilégiées ou d'exception; 3-o l'égale admissibilité aux fonctions et emplois publics de tous les citoyens qui justifient des qualités exigées par la loi; 4-o l'égalité devant l'impot, auquel chacun doit participer suivant ses facultes“ (j. w. str. 446—7).

Gdyby władza państwowa — czytamy u jednego z twórców prawa państwowego niemieckiego [1]) — miała także wobec „nabytych praw" zachować bezwzględną swobodę działania, stanęłaby ona w sprzeczności nie do usunięcia ze swem zasadniczem zadaniem najwyższego stróża porządku prawnego, ponieważ zaprzeczałaby ona w stosunku do siebie samej znaczenia praw, których uznania żąda od innych. Zasada nienaruszalności nabytych praw okazuje się zatem jako wypływająca eo ipso z pojęcia prawa i jego uznania w państwie: jest to tylko szczególniej uroczystem potwierdzeniem tej zasady, jeżeli ją „ustawy zasadnicze" podejmują i wyraźnie wypowiadają...".

Do podobnych wniosków o prawach indywidualnych (a w szczególności: równości przed prawem) jako o granicach dla samego ustawodawcy, dochodzi wśród rozstrząsań o istocie prawa, Iher ing [2]).

„Praktycznym celem sprawiedliwości jest ugruntowanie równości, w znaczeniu materyalnem: wewnętrznej równości t. j. równowagi między zasługą a zapłatą, między winą i karą, a w znaczeniu formalnem: zewnętrznej równości, t. j. równości w zastosowaniu oraz powziętej normy dla wszelkich wypadków... [3]).

---

[1]) Gerber C. F. v.: Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1865 II-e. T. I. str. 36.

[2]) Ihering R. v.: Der Zweck im Rechte, Leipzig II-e. T. I. str. 367 i n.

[3]) Parafrazę tego określenia znajdujemy w dziele Rönne L. v.: Das Staatsrecht der preussischen Monarchie. Leipzig V-e. 1899—1906. T. II. str. 3 i n. — w zastosowaniu do prawa pozytywnego pruskiego: „Die Verfassungsurkunde stellt... im Art. 4. die beiden Grundsätze auf: a) alle Preussen sind vor dem Gesetz gleich, und b) Standesvorrechte finden nicht statt. Beide Sätze stehen mit einander in der Verbindung, dass der zweite eine Consequenz des ersten ist. Ihr Sinn kann missverstanden werden und ist missdeutet worden; für diejenigen indes, welche ihn nicht missverstehen wollen, ist derselbe vollkommen klar, es bedarf dazu keiner künstlichen Interpretation. Diese Sätze bedeuten nicht anderes, als dass es der erste und unerschütterliche Grundsatz des Staatslebens sein soll, dass die Gesetze ohne

...Na niej polega pojęcie prawdziwej sprawiedliwości. Równość, do której ona dąży jest to równość

Ansehen der Person gegen jeden, er sei arm oder reich, vornehm oder gering, im vollen Umfange angewendet werden sollen, und dass kein Gesetz hiervon irgend eine Ausnahme zu Gunsten eines Standes machen darf". Jak dotąd, pozostaje Rönne w zgodzie z „communis opinio" powszechnej i poważnej części niemieckiej literatury; postulat „równość" stawia mianowicie i on jako odnoszący się do samej ustawy; o tyle jednak i pod tym względem odstępuje od „communis opinio" i od tekstu „Verfassungsurkunde", że zdaje się twierdzić, jakoby owa równość samej ustawy miała wykluczać jedynie tylko nierówność normy prawnej ze względu na stany — gdy tymczasem „Verfassungsurkunde" znosząc jedyną do niej istniejącą nierówność stanów, nie wspomina zupełnie o tem, ażeby mogła istnieć nierówność prawa ze względu na jakiekolwiek inne n. p. narodowe stosunki (por. teksty pierwotne, a zwłaszcza przedłożenie rządowe z 20. maja 1848 § 4. — pruskiej „Verfassungsurkunde" z 31. stycznia 1850). Niżej jednak w zdaniu, jakoby sumującem całą treść danej kwestyi, nie wspomina już Rönne o równości samej ustawy, ale — może z nieuwagi, jeśliby się godziło w miejscu tak krytycznem przypuszczać jej możliwość — ujmuje tylko drugą stronę danej kwestyi, a mianowicie sprawę wykonywania gotowej już ustawy przez administracyę i mówi, nie zaciemniając, ale zupełnie już psując tekst konstytucyi: „So unklar und so verschieden auch im übrigen die Ansichten über den „Rechtsstaat" sein mögen, in diesem, dem wichtigsten Punkte besteht volle Klarheit und kann keine Meinungsverschiedenheit bestehen: „Die Gesetze des Staates sind gegen jedermann ohne Ansehen der Person anzuwenden". Tak, istotnie jest to niezaprzeczalną prawdą, ale zarazem tylko częścią całej, a przez Rönnego w tem przynajmniej miejscu, niedomówionej prawdy w kwestyi równości przed prawem. Widocznie jednak tę ostatnią tylko formułę danej kwestyi musiał mieć przed oczyma najwyższy tłómacz prawa, minister sprawiedliwości dr. Beseler, kiedy sejmowi pruskiemu d. 16. stycznia 1908 przedłożył następną interpretacyę „równości przed prawem": „Art. 4... besagt nach der übereinstimmenden Auslegung der Rechtsgelehrten (!) — und ich glaube, dass alle juristischen Auslegungen dieser gefolgt sind — dass die bestehenden Standesrechte nicht mehr bestehen sollen (!), und dass die Gesetze, die erlassen würden, gegen jeden gegen den sie Anwendung finden gleichmässig angewendet (!) werden müssten. Das ist der kurze Sinn der auch sehr kurzen Bestimmung (!). Haus der Abg. 20 Legisl. IV. Sess. 1907 -8.

samej ustawy („die des Gesetzes selber), równowaga pomiędzy postanowieniami ustawy a jej premisami...

Tylko tam, gdzie władza państwowa sama przepisany przez nią porządek szanuje, zdobywa ona stateczną pewność, tylko tam, gdzie prawo panuje, kwitnie narodowy dobrobyt, rozwija się handel i przemysł, tylko tam dochodzi właściwa narodowi umysłowa i moralna siła do pełnej mocy. Prawo jest dobrze zrozumianą polityką siły — nie krótkowzroczną polityką chwili, przemijającego interesu, ale daleko patrzącą polityką, która spogląda w przyszłość i myśli o końcu...

Na moralnej mocy poczucia prawa u narodu spoczywa też w ostatniej instancyi cała pewność prawa. Nie na konstytucyi pisanej — bo chociażby się ją obmyślało najlepiej, nie można obmyśleć takiej, któraby rzeczywiście władzę państwową pozbawiła możności podeptać ją nogami („mit Füssen zu treten"). bo doświadczenie uczy, jak często one są łamane. Nie na przysięgach, przez które się ją zabezpiecza. — Nie na nimbusie świętości i nietykalności, którem otacza ustawę teorya — bo ten nie imponuje samowoli; co jej imponuje, jest to realna siła, stojąca za ustawą, naród, który w prawie ujrzał warunek swego istnienia i który naruszenie prawa odczuwa jako obrazę samego siebie, naród, po którym można oczekiwać, że w najgorszym razie za swe prawo wystąpi sam w szranki..."

Zdaje się, że można poprzestać na tych przykładach; bronimy bowiem tezy, której w teoryi prawa

12 Sitz., 16. Jan. 1908; str. 674 (por. także str. 72). Zasadzie „równości prawnej" podług tej istotnie zdumiewającej interpretacyi prawnika i stróża praw, stanie się zatem zadość, jeżeli n. p. w razie ustawy nakazującej mord albo rabunek wszystkich obywateli narodowości polskiej, mieszkających w prowincyach królestwa pruskiego — wszyscy oni zostaną „równomiernie" ścięci albo zrabowani! Trudno, rzeczywiście — wobec takiej interpretacyi — wstrzymać się od takiego przykładu.

nikt nie zwalcza. Nawet teoretycy pruskiego prawa państwowego, którzy hołdują idei bezwzględnej omnipotencyi państwowej [1]) i w prawach zasadniczych wi-

[1]) Wszakże i w literaturze niemieckiej ogromna większość autorów widzi w „prawach zasadniczych“ coś więcej, aniżeli formalne szranki władzy ustawodawczej: Por. Zachariä H. A.: Deutsches Staats- und Bundesrecht, Göttingen 1841, T. II. str. 87—8, 147; Schmitthenner Fr.: Zwölf Bücher vom Staate, Giessen 1845, T. III. § 69, str. 289; Dahlmann F. C.: Die Politik II-e. Leipzig 1847. T. I. § 201—2, str. 195—6; Bluntschli J. C.: Allgemeines Staatsrecht II-e. München 1850, T. I. str. 300 i n.; Stahl Fr. J.: Die Philosophie des Rechts- und Staatslehre auf Grundlage christlicher Weltanschauung, Heidelberg 1850—6, T. III. str. 146, 299 i n.; Zoepfl H.: Grundsätze des allg. u. deutschen Staatsrechts. IV-e. Heidelberg u. Leipzig 1855, str. 85 i n.; Held J.: System des Verfassungsrechtes der monarchischen Staaten Deutschlands. Würzburg 1856 T. II. str. 610—17; Schultze H.: Das preussische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1872, T. I. str. 135; Gareis K.: Allgemeines Staatsrecht (Handb. der öffentl. Rechte), Freiburg in B. u. Tübingen 1883 str. 30 i n. i t. d. Natomiast zwrot (najzupełniej uzasadniony, ale jednostronny) zapoczątkowany sławnem dziełem Gneista (Der Rechtsstaat, Berlin 1872), któremu przyświecała idea, że nie w ustawach zasadniczych na wzór francuski, ale w uporządkowaniu i określeniu granicami prawnemi administracyi na wzór angielski (przyczem jednak nie wiedziano jeszcze, że właściwą twórczynią praw zasadniczych była właśnie angielska ludność Stanów Zjednoczonych, a niedosyć doceniano znaczenie tego faktu, że prawa indywidualne w Anglii dlatego są bezpieczne i bez konstytucyi pisanej, bo wżyły się najsilniej w krew i kości każdego obywatela kraju) trzeba szukać „państwa prawnego“ odbił się, zwłaszcza w czasach najnowszych zaniedbaniem a nawet wyraźnem lekceważeniem „ustaw zasadniczych“ jako granic władzy ustawodawczej. Skutek tego widoczny n. p. u Meyer'a G. (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts VI-e. Leipzig 1905, str. 801 uw. 1). „Die individuellen Freiheitsrechte — pisze Meyer — sind Schranken für die verwaltende Tätigkeit des Staates und zwar speziell für die innere Verwaltung“ — dodaje jednak rychło w uwadze: „Dagegen bilden sie keine Schranke für die Gesetzgebung, sondern können durch diese entzogen werden, wobei sich von selbst versteht, dass dabei die Formen der Verfassungsänderung gewahrt werden müssen, wenn die Zusicherung der Rechte in der Verfassung erfolgt ist“.

dzą tylko formalne — każdego czasu i łatwo (zgodnie z prawem pozytywnem) usuwalne — granice władzy ustawodawczej, przyznają, że dopóki one istnieją, ustawodawstwo tylko w ich obrębie może się poruszać.

Granic tych nie przekracza ustawodawstwo ekspropryacyjne na rzecz celów „użyteczności publicznej", bo chociaż z wywłaszczeniem łączy się nieodbicie uchylenie względnie ograniczenie indywidualnych praw: równości, wolności i własności prywatnej w całym szeregu wypadków, przecież to ograniczenie praw indywidualnych jest samo ściśle i jasno określone prawnem pojęciem wywłaszczenia na rzecz celów „użyteczności publicznej" i jako takie jest przez ustawy zasadnicze przewidziane i dozwolone. Natomiast akt ustawodawczy, nie będący ustawą wywłaszczającą na rzecz celów „użyteczności publicznej" [1]), a jednak upoważniający do wywłaszczenia, a więc i do uchylenia praw indywidualnych, mógłby być uważany za ustawę w materyalnem tego słowa znaczeniu tylko wówczas, gdyby granice, nałożone władzy ustawodawczej w formie ustaw zasadniczych, zostały zniesione formalnie i bezwzględnie. Wówczas jednak, wobec odpadnięcia nawet pozorów konstytucyjności ustroju danego państwa, monarchii czy republiki, usunąłby się ostatecznie prawny grunt do badania, jaki jest charakter prawny takiego aktu ustawodawczego.

Nawet i w tych wyjątkowych wypadkach, w których ze względu na t. zw. stan konieczności odpowiednie prawa indywidualne muszą być czasowo uchylone — stać się to może tylko pod warunkiem, że od-

---

[1]) „En dehors de cette dérogation (pour cause d'utilité publique) — pisze Picard E.: (Traité générale de l'expropriation pour utilité publique Paris 1875, T. I. str. 32—33) — on descend dans l'arbitraire, on échappe au régime normal de l'expropriation pour tomber sous le coup de règles qui frappent les actes illégitimes. On n'est plus un expropriant, mais l'auteur d'un quasi-delit ordinaire. On n'est plus un exproprié, mais la victime d'un tel quasi-délit".

powiednie ustawy zasadnicze zostaną wyraźnie i ze względu na terytoryum, czas i rodzaj uchylonych praw indywidualnych, definitywnie zawieszone lub ograniczone. Takie wyjątkowe i częściowe uchylenie praw zasadniczych mogłoby się — jak to wyżej niejednokrotnie w uwagach wspominano — odnosić także i do prawa własności prywatnej i to z reguły własności ruchomej [1]), wyjątkowo także i nieruchomej (nie umiemy podać przykładu, ażeby w tego rodzaju wypadkach musiało nastąpić uchylenie własności samego gruntu) i stąd, ze względu na niektóre skutki prawne, mogłoby przypominać skutki wywłaszczenia na rzecz „użyteczno-

[1]) O naturze prawnej t. zw. „prawa konieczności państwowej“ por.: Gerber C. F.: Grundzüge... j. w. str. 39 do40; Sarwey O. v.: Allg. Verw. Handb. d. öff. R. 1883 str. 148—149; Münsterberg: Notstandgesetzgebung. Art. in Stengel's Wörterb. d. Verw. R.; Ulbrich J.: Das Staatsr. d. oest. u. Mon. Freiburg in B. Tübingen. 1884 str. 46 Seydel M. v.: Bayer. Staatsr. II-e. Freiburg in B. u. Leipzig 1896 T. II. str. 363. Pełny i wyczerpujący rozbiór wypadków t. zw. stanu konieczności — o ile je kiedykolwiek łączono z kwestyą uchylenia własności prywatnej — przedsiębierze:: Layer M.: Prinzipien... j. w. str. 37 i n. — przyczem dochodzi do wniosku, że byłoby najsłuszniej „gdyby t. zw. prawo konieczności, jakto już w nowszych czasach kilkakrotnie usiłowano, wykreślić zupełnie z terminologii jurydycznej“ (str. 39).

Zebrawszy mianowicie wszystkie wypadki t. zw. „stanu konieczności“ i odpowiadającego im t. zw. „prawa konieczności“ pisze Layer: „Ein solches Recht giebt es aber nicht, denn gerade darin liegt das Charakterische des sogenannten Nothrechtes, dass es ohne Gesetz und sonstigen Rechtssatz (O. Mayer, D. Verw. R. I, 33, II, 268) in ausserordentlicher, sich über die Rechtsschranken, selbst die verfassungsmässigen, hinwegsetzender Weise ausgeübt wird. Dadurch fällt das ganze Nothrecht überhaupt aus der Rechtsordnung hinaus. Fur diese (Rechtsordnung) bleiben jene Eingriffe stets nichts anderes als thatsächliche Gewalt“.

Jest to pełne znaczenia, że porzuciwszy myśl oparcia projektu ustawy z 1908 r. o ustawę ekspr. z r. 1874-go, przedstawiciele rządu usiłowali, wobec doznanego oporu, uzasadnić akt z r. 1908, jako prawo oparte na „stanie konieczności“, a nawet „stanie wojny“: a) Prezydent ministrów, kanclerz państwa, Bülow:

ści publicznej" — nie powtarzając już jednak nic z tego, co w tej kwestyi powiedziano wyżej, stwierdzić przecież trzeba, że i taki akt, o ileby nie miał zupełnie stawać poza granicami prawa, o ileby, co ważniejsza, nie miał czynić

„Ich frage nur: Können wir zwei Provinzen entbehren, von denen die eine 18 Meilen von Berlin ihren Anfang nimmt... Wir dürfen nicht warten, bis hier eine schwere akute Erkrankung zu unheilbarem Schaden führt, sondern wir müssen rechtzeitig die rechte Kur anwenden... Diese Massnahme... ist eine Ausnahmemassregel... Wir fordern diese Massnahme als eine exceptionnelle Massnahme, wir fordern sie damit das Deutschtum auch in der Ostmark diejenige gesicherte Stellung einnimmt, die ihm in der preussischen Monarchie und im deutschen Reiche überall zukommt. Das ist das Ziel, dem wir mit dieser Vorlage zustreben" (Zob. Herrenhaus 1907/8 IV. Sitzung am 30. Januar 1908, str. 23; VI. Sitzung am 27. Februar 1908, str. 95. — b) Minister rolnictwa von Arnim: „Man leugnet die Gefahren der polnischen Bewegung. Gewiss, augenblicklich bietet diese Bewegung keine Gefahr. Das ist klar: dazu ist der preussische Staat viel zu mächtig und stark. Aber denken Sie an Umwälzungen ausserhalb unseres Staates, an Zeiten der Not Preussens, dann kann ein polnischer Landesteil, der mitten in das Mark Preussens hineinragt, eine eminente Gefahr für Preussen werden. Es müsste eine pflichtvergessene Regierung sein, die nicht, so lange es noch Zeit ist, die notwendigen Massregeln ergreift, um dieser von ihr erkannten Gefahr vorzubeugen" (Tamże str. 33). „Es folgt aus dem Gesagten... dass die Ansiedlung tatsächlich das einzige wirksame Mittel zur Bekämpfung der Polen ist" (Tamże, str. 49). „Graf Haeseler hat gesagt: nicht der lebendige Wall deutscher Bauern solle unsern Osten schützen, sondern das würde in der Stunde der Gefahr das Schwert tun. So wie die Verhältnisse heute liegen, hat er Recht...; aber wissen wir was die Zukunft bringt? Wissen wir, ob unser Volk nicht wieder Gefahren ausgesetzt sein wird, die über uns schwere Zeiten bringen...? Sollen wir mit verschränkten Armen zusehen, wie sich in den Ostmarken für den Staat eine ernste Gefahr vorbereitet, wenn wir ihrer Entwickelung ruhig zusehen?" (Tamże str. 79—80). „Aber in einem Kriegszustande befinde man sich; wenn man der Staatsregierung keine weiteren Mittel an die Hand gebe, müsse sie ihre Massnahmen einstellen und dann würden Posen und Westpreussen in wenigen Jahrzehnten vollständig polnisch sein" (Bericht der

fikcyą całego systemu prawa publicznego, musiałby być uzasadniony rzeczywistymi i poważnymi, a przedmioto-

XI. Kommission. Nr. 42. Haus der Abg. 20 Legisl. IV. Session 1907/8 str. 5). — c) Minister skarbu Freih. v. Rheinbaben: „Fürst Bismark hat doch klar zum Ausdruck gebracht, dass er den Gedanken des Enteignungsrechts nicht von der Hand weisen würde, wenn darin eine staatliche Notwendigkeit erachtet werden müsste. Und wie hat sich nun die Sache entwickelt...? ...Ich frage den Herrn Grafen Haeseler, wie er glaubt, diese Landesteile auch im Ernstfalle halten zu können, wenn allmählich der ganze Grund und Boden in polnische Hände übergegangen ist...? (Herrenhaus 1907/8 V. Sitz. 26. Febr. 1908 str. 67—8). „Wollen wir est wirklich warten... bis die Polen sich mit bewaffneter Hand erheben und wir dann gezwungen sein würden, den Aufstand mit bewaffneter Hand niederzudrücken? Ich glaube vielmehr, man muss vorbeugen... Das halte ich für eine Staatsnotwendigkeit von so evidenter Art, dass aus diesem Grunde meiner Ansicht nach die Enteignung nicht ebenso, sondern doppelt so berechtigt ist wie die Enteignung, um eine Talsperre anzulegen oder eine Eisenbahn oder einen grossen Schiessplatz“ (Tamże, str. 92). — d) Natomiast minister sprawiedliwości, dr. Beseler akcentuje zarówno „stan konieczności“, jak i potrzebę oparcia projektu o ogólną ustawę ekspropryacyjną (jej art. 1.: „nur aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen...“ etc.). „Es ist richtig, dass die Entscheidung der gegenwärtigen Rechtsfrage auf Grund des Art. 9. der Verfassung zu treffen ist, und das die Voraussetzung bestehen müsse, dass das öffentliche Wohl die Massnahmen, welche die Regierung vorgeschlagen hat, fordert. Diese Frage wird das Hohe Haus zu entscheiden haben. Weshalb die königliche Staatsregierung einen solchen Notstand, will ich es nennen, anerkennt, und deshalb zu der Vorlage geschritten ist, hat der Herr Ministerpräsident früher und auch heute dargelegt“ (Haus der Abg. 20 Legisl. IV. Session 12. Sitzung am 16. Januar 1908). Niechaj będzie wolno dla ostatecznego objaśnienia tych uzasadnień pruskiego aktu ustawodawczego z r. 1908-go przytoczyć następujące, oparte na doświadczeniu opinie o działaniu rzeczywistej ustawy ekspropryacyjnej: „Bienhereux ceux qui possèdent — pisze Bauny de Rècy R. (Théorie de l'expropriation p. c. d'u. p. Paris 1871; por też recenzyę tego dzieła przez Folleville D. de w: Revue de droit international et de législative comparé — Paris 1872 str. 539) — parce qu'ils seront expropriés“. „La perspective d'être exproprié — pisze o działaniu ustawy francuskiej E. Benoît („Revue critique de législa-

wymi powodami. Klęski i kataklizmy elementarne, stan wojenny, gwałtowne zaburzenia wewnętrzne (stan t. zw. „wielkiego“ lub „małego stanu oblężenia“), a więc konieczność odwrócenia lub umniejszenia skutków nagłego niebezpieczeństwa, zagrażającego życiu lub mieniu obywateli, albo nawet bytowi całego państwa — oto przyczyny, które ten stan konieczności tworzą i uzasadniają, i które zarazem dają słuszną miarę nagłych środków do dyspozycyi z reguły władzy wykonawczej, wyjątkowo zaś władzy ustawodawczej. Ażeby jednak bez zawieszenia praw zasadniczych, w warunkach normalnych, w czasie głębokiego pokoju na zewnątrz, a spokoju wewnątrz, wobec ludności strzegącej praw i obowiązków prawnych, a winnej tem tylko, że drażniona gwałtownie i coraz gwałtowniej w swych najgłębszych uczuciach, które ona — zgodnie z naturą ludzką i z historyą wszystkich narodów — za najświętsze uważa, nie chce oddać „serca“ temu, który je przemocą wydziera, ażeby więc w tych okolicznościach miał t. zw. „stan konieczności“ uzasadniać materyalnie akt ustawodawczy, upoważniający do wywłaszczenia na olbrzymim obszarze prywatnej własności gruntowej — przykładu na to, ani uzasadnienia prawnego niema, przynajmniej w Europie i przynajmniej od czasów, gdy istnieje prawo i nauka prawa.

Akt taki mimo, że uposażony w formę ustawy, ze względu na treść materyalną, nie jest ustawą wywłaszczającą na rzecz „użyteczności publicznej“, nie jest aktem t. zw. stanu konieczności, jest bezprawiem w formie prawnej, jest aktem gwałtu, i obowiązuje w granicach, zakreślonych bezpośrednią obecnością fizycznej przemocy.

---

tion et de jurispr.“ XXVIII-e année. Nov. serie t. VIII. Par. 1879 str. 638) — n'effraye nullement le propriétaire; l'expropriation devient une bonne fortune; certains immeubles ferent leur principale valeur de l'espoire plus ou moins fondé d'une prochaine expropriation et on entend répéter, durant les sessions, cette exclamation: Bienhereux les expropriés“.

Akt jedyny tego rodzaju, „ustawa ekspropryacyjna“ pruska z r. 1908-go, spotkała się też istotnie z najzupełniejszem potępieniem obrażonego poczucia prawa i sprawiedliwości tak u tych milionów, przeciwko którym została bespośrednio wymierzona, jak u tych wszystkich, których imionami znaczy się prawdziwa cywilizacya dzisiejszej epoki. Tego potępienia nie może jej też oszczędzić i nauka prawa. Inaczej, musiałaby nie tylko zrezygnować zupełnie ze zaszczytnego miana „ars boni et aequi“, nie tylko opuścić sztandar, na którym w literaturze niemieckiej wysoko zdaje się powiewać hasło: Kampf um Recht, ale zaprzeczyć sobie samej i milcząc, przyznać słuszność owemu Anacharsysowi, Scycie, który — wedle opowieści Plutarcha (Solon 5) — „widząc, iż się Solon prawodawstwem, a urządzeniem rzeczypospolitej zatrudnia, rzekł mu razu pewnego: „Wszystkie te prawa i ustanowienia podobne są do pajęczyny: słabych wstrzyma, mocni ją przedrą“.

Zapiski literackie.

Dr. Achill. Rappaport. Ueber die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allg. b. GB. — (Odb. z Pamięt. wiedeńskiego 1911).

Autor poddaje badaniu kwestyę, jaki wpływ mają podług pr. austr. braki tytułu prawnego na ważność przejścia własności, kwestyę sporną, w której na czele zwolenników walczących zapatrywań stoją z jednej strony Unger utrzymując, że ważność tradycyi jest zupełnie niezależną od ważności tytułu, z drugiej Strohal, który utrzymuje przeciwnie. W pośrodku zostaje Randa, który żąda zgodnej woli także i dla tytułu, lecz kontentuje się zgodnością subjektywną.

Badając kwestyę historycznie dochodzi autor do przekonania, że podług proj. terezyańskiego należy odró-

żnić tradycyę solutionis causa od innych. — Przy tradycyi solutionis causa przejście własności nie da się zaczepić, jeśli dopełniono ważnego obowiązku, chociażby każda strona miała na myśli inny obowiązek. Jeśli zaś ważnego obowiązku nie było, przejście własności może być zaczepione, jednakże nie rzeczowo, tylko obligatoryjnie. We wszystkich innych przypadkach braki tytułu są przeszkodą przejścia własności tak, że rzecz oddana może być napowrót windykowana skargą rzeczową. — Proj. Hortena kwestyi jasno nie stawia, natomiast stawia ją proj. Martiniego i kod. gal., orzekając stanowczo niezależność przejścia własności od ważności tytułu. Co do kwestyi, jakim jest stosunek tradycyi do tytułu pr. podług obowiązującego kod. cyw., zdaniem autora ani przepisy o kondykcyi (§ 1431. n.) ani też o tytule zasiedzenia nie dają wyjaśnienia, a wyjaśnienie to poszukiwane być może tylko w przepisach § 424. n.; z tego stanowiska zaś niema wątpliwości, że ważny tytuł jest koniecznym warunkiem a brak jego przeszkodą przejścia własności. — To stanowisko uważa wprawdzie autor za błędne, ponieważ polega na fałszywej myśli zasadniczej, a zawodzi w zastosowaniu do tych sposobów przejścia własności, które nie następują solvendi causa (jak przy pożyczce § 983, świadomej zapłacie nieistniejącego długu § 1432, przy kupnie, zamianie lub darowiźnie ręcznej itd.), przyznaje jednak, że tradycya przedmiotowo-kauzalna odpowiada najbardziej duchowi ustawy.

Założenie, z jakiego wychodzi autor t. j. że teorya o tytule i prawnym sposobie nabycia polega na fałszywej myśli zasadniczej i że nie ma się ona zastosować do przejścia własności polegającego na innej causa aniżeli causa solvendi, uważam za mylne. Starałem się wykazać w rozpr. w Pam. wied. bezpośrednio przed omówioną teraz rozprawą zamieszczonej p. t. Versuch e. Rechtfertigung der Theorie vom tit. u. m. acquir. (w Przegl. 1911. str. 727.), że teorya ta usprawiedliwiona jest nie tylko w zastosowaniu do wszystkich pośrednich, lecz i do pierwotnych sposobów nabycia własności, — jeśli, jak to wskazuje

rozwój jej historyczny — przez tytuł rozumieć będziemy — nie jak dotąd obligacyjny stosunek obowiązujący do przeniesienia własności, lecz całokształt stanu rzeczy, który ustawa uznaje za konieczny do usprawiedliwienia faktycznej władzy nad rzeczą.

Chociaż więc z argumentacyą opartą na powyższem założeniu zgodzićbym się nie mógł, uważam rozprawę p. R. za bardzo cenny przyczynek do wyświetlenia trudnej kwestyi momentów, decydujących przy przejściu własności (i innych praw rzeczowych) podług pr. austr., a zwłaszcza interpretacya proj. terez. zasługuje na uwagę z powodu ścisłości, z jaką jest przeprowadzona. *E. Till.*

Dr. Zygmunt Plahner, Nowoczesne kwestye prawne z praktyki cywilno-sądowej. Kraków 1911. Frommer.

Jestto szereg rozprawek o kwestyach praktyki codziennej, przedstawionych bezpretensyonalnie, w dobrem słowa znaczeniu, a barwnie i zajmująco. Autor rozwiązuje kwestye nieraz bardzo trudne, motywując swe zdanie krótko i jasno bez wielkiego aparatu naukowego w sposób taki, w jaki sędzia inteligentny w życiu codziennem wśród nawału spraw orzeczenia swe wobec stron motywować powinien. Można być często innego zdania, przyznać jednak trzeba, że autor swe zdanie dobrze obronić potrafi i że, chcąc umotywować zdanie przeciwne, dobrze się przygotować należy. W każdym razie poruszone przez autora kwestye praktycznego zastosowania ustawy zdolne są pobudzić do poznania niejednej wadliwości praktykowanej w dobrej wierze i do głębszego zastanowienia się nad nią. Polecamy książkę szczególnie praktykom naszym w przekonaniu, że nie pożałują czasu, jakiego użyją na jej przeczytanie. *E. T.*

Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. bgl. Gesetzbuches vom 1. Juni 1811. I. u. II. Teil. — Wiedeń 1911. Manz. (Dokończenie).

Gdy w T. I. przeważały poglądy na całość kodeksu, T. II. przynosi nam ciekawe i pouczające poglądy na

bardziej szczegółowe kwestye. O rozprawach Dniestrzańskiego, Tilscha, Rappaporta i Kobana podaliśmy już wiadomość osobno, podobnie już dawniej o rozprawie Ungera. Rozprawy Tilla, Chlamtacza i Zolla znajdą czytelnicy nasi w Pamiętniku lwowskim i w Przeglądzie.

Z pomiędzy innych zasługują na uwagę przedewszystkiem trzy rozprawy Steinlechnera, Strissowera i Krčmařa, traktujące o międzynarodowem prawie prywatnem kod. cyw. Krčmař śledzi historyczne początki t. zw. teoryi statutowej w dziełach glossatorów; nowoczesnem prawem zajmują się pierwsi dwaj wymienieni autorowie. Dwie następne rozprawy Eman. Adlera i J. Mauczki traktują o niezmiernie dziś ciekawej kwestyi praw osobowości (Persönlichkeitsrechte, które to prawa, wprowadzone przez kod. cyw. a w nauce długie lata przez szkołę historyczną tłumione, w najnowszej nauce odżyły i stały się przedmiotem badań uczonych pierwszorzędnych. — Zdaje się, że jak wszelka reakcya tak i dzisiejsza idzie nieco za daleko, wynajdując co raz to nowe prawa osobowości. Obok uznanych już dawniej praw nietykalności, cielesnej i duchowej, wolności i czci i uznawanego w nowszych czasach prawa do imienia tudzież praw własności literackiej i artystycznej, przyszła kolej na prawo tajemnicy listowej a nawet prawo do tajemnicy w ogóle (Recht der Geheimsphäre), prawo do spokoju domowego, prawo do własnego obrazu, prawo do czystości obyczajów (Recht auf die Sittenreinheit), a nawet prawo do spokoju umysłowego (Recht auf ungestörte Gemütsruhe!). Jeśli specyalizacya tych praw w tem samem tempie postępować będzie, to doczekamy się niebawem osobnego prawa spokojnego spania, jedzenia i picia, albo obcinania paznogci jako podmiotowych prywatnych praw przyrodzonych (§ 16), zaskarżalnych po myśli § 19 u. c. i zrozumiemy owo zapytanie poety (cytuję z pamięci, nie ręczę za dosłowność):

Jahrelang gebrauch ich meine Nase zum Riechen
Aber hab ich daran auch ein erworbenes Recht?...

Mimo te extrawagancye nważamy obydwie wspomniane rozprawy za nader cenny przyczynek do nauki o prawach osobowości. Zawierają one mnóstwo trafnych obserwacyj i nowych punktów widzenia, a nawet w ich przesadach tkwi wiele materyału pouczającego.

Śmiałe i odważne słowa wypowiedział Max Hussarek w rozprawie Zum Ehetrennungsrecht des ABGB. Wbrew nawoływaniom o dopuszczenie rozwodów małżeństw katolickich, autor, podnosząc socyalne znaczenie małżeństwa, nietylko domaga się utrzymania nierozwiązalności katolickiego, lecz za ostateczny cel rozwoju instytucyi uważa wprowadzenie nierozwiązalności dla wszystkich obywateli bez różnicy wyznania. Nawiązując do słów najradykalniejszego zwolennika zupełnej swobody rozwodu: Rolsa (la porte du sorti de mariage doit être on soigneusement fermée, on largement ouverte; on ne conçoit pas qu'elle demeure entrebaillée), oświadcza się autor przeciwko wszelkim, chociażby bardzo utrudnionym wyjątkom od zasady nierozwiązalności. — O opiece nad młodzieżą, o której rok temu tyle mówiono i pisano, znalazła się tylko jedna rozprawka Fr. Janischa, który słusznie dowodzi, że § 178 u. c. daje dostateczną podstawę ustawową do tworzenia korporacyjnych rad sierocych i ustanawiania kobiet dla czuwania nad sierotami. — Notaryusz Maks Reich w rozprawie Das Ehegüterrecht in den deutschen Teilen von Steiermark, Kärnten u. Krain podaje obraz umownego prawa małż. majątkowego ludności włościańskiej w tychże krajach. — Prof. Hans Sperl w artykule Zession und Sachveräusserung während des Rechtstreites bada stanowisko materyalne następców prawnych w procesie na tle § 234. pr. c. sąd. — W artykule Zur Geschichte des Immobiliarrechtes seit der Kodifikation prezydent sądu Aug. Pitreich zwraca uwagę na wpływ zapatrywań ludności i obznajomionych z niemi prawników z jednej strony, a teoryi i systemu prawa z niej wywiedzionego z drugiej strony, na stosowanie prawa materyalnego, w szczególności: w przedmiocie własności części fizycznych tudzież przedmiotów w gruncie i na powierzchni się znajdują-

cych, w przedmiocie spólnej własności jako prawa realnego i w interesującym nas wielce przedmiocie fikcyjnych spólności pro indiviso w posiadłościach włościańskich w Galicyi i Bukowinie. — Egon Weiss, docent praskiego Uniw. niemieckiego, w art. Zur Geschichte des Realfoliums und des Hauptbuchsystems podaje pogląd historyczny na rozwój instytucyi ksiąg gruntowych w niemieckich i czeskich krajach Austryi aż do chwili ogłoszenia kod. z 1811. — Prawo obowiązujące w przedmiocie odgraniczenia, odnowienia i sprostowania granic, przedstawia Dr. W. Schwab, naczelnik sądu. — Niejasna dotąd istota darowizny na przypadek śmierci znalazła interpretatora w prof. Ehrenzweigu, który w rozprawie p. t. Die Schenkung auf den Todesfall daje pogląd na dawniejszą praktykę austryacką i na niektóre pod wpływem względów fiskalnych (na t. zw. montuarium) wydane dekrety nadw. z końca 18. stulecia i dochodzi do rezultatu, że autorowie ustawy uznali w § 956. darowizny na przypadek śmierci albo za (odwołalny) legat, albo za „umowę“ t. j. (nieodwołalną) darowiznę między żyjącymi. Autor jednakże odmiennie pragnąłby, aby praktyka, korzystając z obszernego znaczenia wyrazu „Vertrag“, uznała „umowę“ w § 956. wspomnianą za umowę szczególnego rodzaju, która za życia darującego jest darowizną między żyjącymi, po śmierci tegoż zaś wobec spuścizny legatem. (O tym przedmiocie także Neumann-Ettenreich w T. I., str. 565 n.). — W art. Die Entstehung des Pflichtteilsanspruches docent wied. Uniw. Woes zajmuje się głównie kwestyą środków prawnych, jakie służą uprawnionemu do legitymy w razie ukrócenia jej przez obciążenia i upatruje w tym względzie antynomię między § 774 a 808 — w części także § 775 u. c. — Adw. Dr. E. Stross podaje materyały do dekr. nadw. z 23. maja 1844 Nr. 807 zb. u. s. (declar., o ile dozwolony jest warunek bezżenności, nałożony w rozp. ost. woli § 700 u. c.) i z 29. maja 1845 Nr. 888 zb. u. s. (declar. o ustanowieniu dziedzicami osób nieurodzonych). — W rozprawie prof. Emila Strohala Ueber relative Unwirksamkeit znajdujemy bardzo

cenne poglądy na naukę o nieważności. Autor wychodząc z przepisu § 51. austr. ust. o hip. porównywa ideę tam zawartą (względna bezskuteczność wykreślenia pozycyi tabularnej wobec osoby trzeciej, która na niej uzyskała prawa) z podobnymi objawami w kod. niem. a przy tej sposobności rozbiera w sposób nader zajmujący rozmaite przypadki takiejże względnej bezkuteczności w pr. niemieckiem i austryackiem. — Cenne uwagi o pojęciu niemożności, o różnicy między objektywną, subjektywną, względną i bezwzględną niemożnością i stosunku tychże do odpowiedzialności z tytułu braków i nauki o błędzie zawiera rozp. prof. Rabla z Kolonii Zur Lehre von der Unmöglichkeit des Leistung nach oesterr. R. — O stosunku zobowiązań łącznych mieszczą się w księdze trzy rozprawy. W pierwszej p. t. Die Gesammtschuldner im oest BGB. autor, prof. Rud. Leonhard z Wrocławia wychodzi z założenia, że wprowadzona przez Kellera i Ribbentropa teorya podziału zobowiązań łącznych na solidarne i korealne wprawdzie w pr. austr. (podobnie jak i w najnowszem pr. niem.) nie jest uzasadniona, mimoto jednakże twierdzi, że nie uchodzi traktować na równi wszystkich zobowiązań łącznych, lecz należy czynić różnicę między niemi i zamiast owego dualizmu pragnie wprowadzić pluralizm w ten sposób, iżby pozostawione było ocenieniu sędziego, czy i jakie skutki ma odnosić spłacenie lub zgaśnięcie zobowiązania takiego na dłużników. Niema wątpliwości, że traktowanie wszystkich zobowiązań łącznych pod względem regresu dłużników byłoby niewłaściwem, ale też ust. cyw. liczy się z tem (§ 896), tylko, że nie pozostawia tej kwestyi swobodnemu ocenieniu sędziego, lecz każe oceniać ją podług zachodzących między nimi stosunków.

Drugi autor o zobowiązaniu łącznem prof. Dr. K. Adler zestawia przypadki t. zw. spotęgowanej korealności, tj. takie, w których dłużnicy odpowiadają korealnicnie tylko za sam dług, ale też za zwłokę i winę każdego z nich. Trzeci autor Wolfgang Schruttka-Rechtenstamm usiłuje w art. Die Einrede des späterbeklagten Korreal-

schuldners nach § 891 ABGB. udowodnić, że przepis ostatniego ust. tego §-fu, wedle którego wierzyciel, pozwawszy jednego z dłużników solidarnych, a chcąc pozwać drugiego, musi od sporu poprzedniego odstąpić, derogowany został nową proced. cyw., która nie zna jednostronnego odstąpienia od sporu. — Problematem stosunków łącznych zajmuje się też Maks. Schuster v. Bonnot w krótkiej rozprawce p. t. Die Spuren des Rechtsgedankens der gesammten Hand im ABGB., w której upatruje śladów tych w spólności dziedziców przed addykcyą, w stosunku spółki cywilnej i spólności małżeńskiej a nawet w uregulowaniu spólnej własności, w fideikomisie i t. p. — W krótkim artykule pod nap. Die Beschwörung des Schadens nach § 966 ABGB. prof. Emil Schruttka-Rechtenstamm dochodzi do wniosku, że nowa procedura wprowadziła do tego §-fu tylko tę zmianę proceduralną, że zamiast „zaprzysiężenia“ szkody (dawnej przysięgi szacunkowej) ma nastąpić przesłuchanie skarżącego pod przysięgą, który to środek dowodowy jednak od ogólnie w procedurze dopuszczonego różni się tem, że nie jest subsydyarnym, dalej tem, że nie zależy od sędziego czy ma do przesłuchania strony przystąpić, lecz strona ma prawo domagać się tego, a wreszcie tem, że tezą dowodową nie jest fakt, lecz subjektywne zapatrywanie zeznającego co do wysokości szkody. — W rozprawie p. t. Kauf bricht Miete prof. Schwind dowodzi, że i podług obowiązującego pr. austr. prawu dzierżawcy i najemcy przyznać można charakter prawa rzeczowego.

Kończy tom rozprawa Dra Rietscha p. t. Zur Entstehung und Erklärung des § 1385 o błędzie przy ugodzie. Autor stara się właściwe znaczenie tego §-fu wydobyć z poprzedników kod. cyw. i z głosów literatury, a przekonawszy się, że tym sposobem do zadowalających nie dojdzie rezultatów, układa cały szereg przykładów i na tej drodze, interpretując kazuistycznie ustawę, dochodzi do przekonania, że przepis § 1385 o unieważnieniu ugody z powodu błędu musi być tłumaczony niezależnie od ogólnych przepisów § 870—816, a więc że, jeśli

błąd tyczy się „istoty osoby lub przedmiotu", unieważnić zdoła ugodę bez względu na ogólne warunki (wprowadzenia w błąd przez drugą stronę) i bez względu na to, czy błąd tyczy się rzeczy głównej lub jej istotnych właściwości, czy nie. Za istotę osoby lub rzeczy poczytuje to, co strony pod względem osoby lub rzeczy za ustalone uznawają.

Podając treść dzieła jubileuszowego, nie mieliśmy bynajmniej zamiaru dać krytycznej oceny ani nawet prostego sprawozdania literackiego. Nie starczyłoby na niem miejsca, jakiem możemy rozporządrać w piśmie naszem. Pragnęliśmy tylko krótko zwrócić uwagę czytelników naszych na niezwykle oblity, w księdze złożony materyał naukowy i zachęcić ich do korzystania z niego. Kończąc ten „spis rzeczy" dodać musimy tylko uwagę, że myśl wydania księgi pamiątkowej na uczczenie stulecia kod. cyw. odbiła się w sposób niezmiernie szczęśliwy na literaturze prawa cyw. austr., gdyż dostarczyła jej tyle cennych prac, ile często w dziesiątku lat ich się nie pojawia.

E. Till.