

ALEKSANDER STĘPKOWSKI

Uniwersytet Warszawski

WOKÓŁ PROBLEMATYKI NADUŻYCIA
PRAWA PODMIOTOWEGO

Polemika z tezami książki Franciszka Longchamps de Bérier, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, Monografie Fundacji na rzecz Nauki Polskiej, Wrocław 2004, ss. 330

I. WSTĘP

Przedkładany tekst stanowi w pierwszej kolejności substytut dyskusji, których nie udało się przeprowadzić w czasie, gdy powstawała książka, o której mowa. Jednak poza wszystkimi korzyściami, które płyną z polemik w środowisku naukowym, wydaje się, że inicjowana niniejszym wymiana myśli na temat nadużycia prawa powinna również stanowić przyczynek do głębszej refleksji nad problematyką integracji prawniczych dyscyplin naukowych. Kwestia ta musi się tu pojawić, bowiem niniejszy tekst pisany jest przez osobę zajmującą się zasadniczo historią myśli politycznej i prawnej, więc w naturalny sposób prezentuje nieco odmienną perspektywę w porostreganiu poruszanej problematyki. Odmienność metody nie powinna jednak uniemożliwiać wymiany zdań na określony temat. Warto więc spojrzeć na rozprawę poświęconą prawu rzymskiemu z perspektywy historii myśli prawnej, bowiem, nie wdając się nawet w kwestie ściśle dotyczące romanistycznego warsztatu, na kanwie omawianej rozprawy można poczynić sporo uwag polemicznych, spośród których kilku warto poniżej poświęcić uwagę.

II. UKŁAD ROZPRAWY

Omawiana rozprawa składa się z trzech części. Pierwsza z nich ogniskuje się wokół Gaiusowej reguły *male enim nostro iure uti non debemus*¹, dotycząc regulacji, w kontekście których jurysta użył tego sformułowania. W rozdziale pierwszym poddany analizie został zakaz okrutnego traktowania niewolników, w kolejnym zaś ograniczenia marnotrawców w dysponowaniu ich dobrami.

Część druga rozprawy obejmuje ujętą w trzy rozdziały analizę przykładowo dobranych reakcji na – jak utrzymuje Autor – nadużycie prawa w Rzymie. Tak się składa, że przykłady te skupiają się w pewien sposób na relacjach rodzinnych. W pierwszym rozdziale zostały poddane analizie ograniczenia władzy ojcowskiej, w kolejnym zaprezentowano problematykę instrumentalnego posługiwania się instytucją adopcji lub adrogacji, w trzecim natomiast skupiono się na problematyce prawnospadkowej wskazując na patologie przy korzystaniu ze swobody testowania.

Kolejna, nader zróżnicowana w swej zawartości, trzecia część poświęcona została poglądom doktryny na temat nadużycia prawa w rzymskim prawie prywatnym. Wydaje się, że intencją było tutaj zaprezentowanie tych tekstów źródłowych, które były już analizowane w literaturze przy omawianiu kwestii nadużycia prawa podmiotowego. I tak, pierwszy rozdział poświęcono problematyce *exceptio doli*, kolejny paremii *qui suo iure utitur neminem laedit* i innym tekstom o podobnej wymowie, by w końcu poruszyć problematykę nadużyć przy wykonywaniu uprawnień właścicielskich.

Całość rozprawy wieńczy zakończenie, w którym sformułowane są wnioski. Dodatkowo książka zawiera, obok wykazu skrótów i indeksu tekstów źródłowych, nie wyczerpującą wprawdzie, jednak imponującą w swych rozmiarach – obejmującą ponad dwadzieścia stron gęstego druku – bibliografię oraz streszczenie książki w języku angielskim.

¹ G. 1,52.

Kompozycja rozprawy wydaje się przedstawiać zatem następująco. Otwiera ją reguła Gaiusa, która zdaje się sugerować obowiązywanie ogólnej zasady zakazującej nadużycia prawa w Rzymie. Następnie Autor prezentuje szereg przykładów innych zjawisk, które traktuje jako nadużycie prawa, choć w doktrynie nie poświęcano im dotychczas uwagi w tym kontekście. Dopiero potem poruszane są te kwestie, które od dawna skupiały na sobie uwagę badaczy zajmujących się problematyką nadużycia prawa.

Jeśliby pokusić się o sformułowanie bardzo pobieżnej oceny recenzowanej rozprawy, to należałoby podkreślić, że książka urzeka zarówno swą szatą edytorską jak również stylem nienagannej polszczyzny, wywierając jednocześnie ogromne wrażenie rozmiarami aparatu krytycznego, bibliografii i starannością, tudzież zawartością, indeksu tekstów źródłowych. Zachęca tym samym do uważnego przyjrzenia się merytorycznej warstwie wywodu.

III. EKSPOZYCJA ZAMYŚLU BADAWCZEGO: TYTUŁ

Analizę rozprawy warto rozpocząć od jej tytułu, który wyraża podjęty w rozprawie problem badawczy informując zarazem o treści przedkładanej książki. Sformułowanie „Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego” zdaje się wskazywać, że prawo rzymskie ma w zamyśle Autora rzucić światło na współczesną problematykę nadużycia prawa. Zabieg ten jest uzasadniony, bowiem „nadużycie prawa” a dokładniej „nadużycie prawa podmiotowego” nie jest kategorią, którą operowali starożytni Rzymianie. Nie posługiwali się oni ani pojęciem „prawa podmiotowego”, ani, tym bardziej, teorią nadużycia tegoż. Autorowi mogło zaś chodzić tylko o nadużycie prawa podmiotowego, bowiem – jak podkreślają cywiliści – „o nadużyciu prawa w prawie cywilnym można mówić wyłącznie w znaczeniu nadużycia prawa podmiotowego”². Stąd

² K. PIETRZYKOWSKI, *Nadużycie prawa podmiotowego w prawie cywilnym*, [w:] *Nadużycie Prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji 1 marca 2002 roku*, red. H. IZDEBSKI, A. STĘPKOWSKI, Warszawa 2003, s. 121.

też w pełni uzasadnione jest traktowanie prawa rzymskiego jedynie jako „rzucającego światło”, na tę współczesną problematykę.

Praca o tak sformułowany tytule powinna zatem – tak się przynajmniej wydaje – dotyczyć tych problemów zawartych w rzymskich tekstach źródłowych, które na gruncie współczesnej siatki pojęciowej można zakwalifikować jako „nadużycie prawa podmiotowego”. W tym też kontekście, pominięcie w tytule przymiotnika „podmiotowe” nie zmienia jego faktycznej wymowy. Takie zorientowanie problematyki rozprawy może oczywiście budzić szereg wątpliwości i powodować zarzuty o neo-pandektystyczne podejście do problemu. Ten tytuł bowiem trudny jest do pogodzenia z wciąż jeszcze obowiązującym (mimo że mniej już popularnym) paradygmatem współczesnej romanistyki, jako dziedziny mimo wszystko historycznej, zainteresowanej poznaniem „prawdy o prawie rzymskim”, nie zaś traktującej starożytne teksty jako źródło inspiracji przy szukaniu rozwiązań dla problemów współczesnych. Wystawia się w ten sposób pracę na ewentualną krytykę za „pandektystyczne odchylenie”, jednak nie będzie to – co warto podkreślić – zarzut obecnego polemisty.

Wprawdzie podnosi się w książce liczne krytyczne uwagi pod adresem ujęć badawczych przyjmujących za punkt wyjścia do badań nad prawem rzymskim współczesne konstrukcje prawne [s. 186, 188-189, 194, 224, 282-283], jak również unika się terminu „podmiotowe”, to jednak te czysto formalne zabiegi, mimo że mogą dziwić, nie mogą zmienić merytorycznej wymowy tytułu. Zatem próba abstrahowania od współczesnego pojęcia „nadużycia prawa podmiotowego” może okazać się niebezpieczna z naukowego punktu widzenia, prowadząc do daleko idącej dowolności przy doborze tekstów źródłowych. Przy takim ujęciu tematu nieodzowna wydaje się być selekcja materiału źródłowego pod kątem współczesnych pojęć. Inaczej nie byłaby to książka o nadużyciu prawa podmiotowego, lecz o wielu różnorodnych patologicznych zjawiskach obrotu prawnego, spośród których jednym będzie właśnie nadużycie.

Oczywiście można było w tak specyficzny sposób potraktować pojęcie „nadużycia prawa”, jednak wówczas winno się o tym uprze-

dzić czytelników i podjąć próbę klasyfikacji różnorodnych typów patologii uwzględniając jednocześnie większą ich ilość. Można było również, wychodząc od wspomnianego już tekstu Gaiusa (G. 1,52), postawić tezę, że Rzymianie w szczególności sposób postrzegali problematykę złego korzystania z prawa (*male ius uti*). Wówczas jednak konieczna byłaby analiza znaczenia terminu *ius* na gruncie prawa rzymskiego i określenia, w jakim znaczeniu Gaius użył go w przywoływanym fragmencie Instytucji. Zważywszy na istniejące fragmenty rozważań jurystów nad różnorodnymi znaczeniami tego słowa, podobna analiza mogłaby okazać się nader interesująca.

Fakt, że nie zdecydowano się na nadanie określeniu „nadużycie prawa” żadnego specyficznego znaczenia wskazuje niedwuznacznie, że nawiązano do współczesnego cywilistycznego pojęcia „nadużycie prawa podmiotowego”. Dodatkowo świadczy o tym zarówno przywoływanie w rozprawie stosownych regulacji europejskich kodyfikacji cywilnych³, jak i nawiązanie do obu istniejących teorii nadużycia prawa podmiotowego [s. 186-187, 282].

IV. KLUCZOWE POJĘCIA

1. W tym kontekście, naturalne wydawało się rozpoczęcie rozprawy od ustaleń terminologicznych nawiązujących do współczesnej doktryny, nie można bowiem – z przyczyn oczywistych – oprzeć się na definicjach rzymskich. Żaden ze znanych współcześnie zbiorów prawa rzymskiego nie zawiera wszak wywodów poświęconych zjawisku nadużycia prawa. Autor jest tego świadom, jednak poczynione przezeń na dwóch pierwszych stronach rozprawy ustalenia terminologiczne dalece nie satysfakcjonują. Odnieść można wręcz

³ Chodzi tu o art. 135 k.z., art. 2 ZGB, § 226 BGB § 1295 ust. 2 ABGB. Zresztą we wcześniejszych swych tekstach, dotyczących tego samego materiału źródłowego, wprost mówi On o nadużyciu uprawnień, czy wręcz o przeciwdziałaniu w starożytnym Rzymie „nadużywaniu uprawnień podmiotowych”. Por. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa – u początków problemu*, [w:] *Nadużycie. Konferencja*, cit., s. 46.

wrażenie, że chodziło tu raczej o uwypuklenie wieloznaczności terminu „prawo” i nie poczynienie żadnych „ujednoliczeń”. Wszak stwierdzenia, że „prawo ... jest ... kategorią względną, cechowaną antynomią wartości” [s. 8], przy całej jego uczoności, nie można uznać za ustalenie terminologiczne.

Co więcej, stwierdzenia – wnosząc z kontekstu, mające się odnosić do prawa rzymskiego – mówiące o porządku prawnym, który „powstaje w drodze udzielania podmiotom poszczególnych uprawnień” [s. 9, 281], budzi istotne wątpliwości. W odniesieniu do klasycznego prawa rzymskiego należałoby mówić chyba raczej o porządku prawnym, w którym poszczególnym podmiotom, w określonych sytuacjach, udziela się ochrony procesowej. Przytoczone stwierdzenie byłoby uzasadnione, gdyby odnieść je do porządków normatywnych opierających się na konstrukcji prawa podmiotowego, jednak kontekst wypowiedzi wskazuje wyraźnie na prawo rzymskie. Tymczasem pojęcie prawa podmiotowego, które współcześnie determinuje postrzeganie prawa w kontynentalnej kulturze prawnej, nie było znane prawu rzymskiemu, podobnie jak – mimo zachodzących tam ostatnio bardzo gwałtownych zmian – wciąż jeszcze stosunkowo obce jest prawu anglosaskiemu⁴.

2. W Rzymie mimo wszystko można jednak obserwować tendencję do myślenia w kategoriach *ius* przysługującego poszczególnym podmiotom, na co sam Autor również zwraca uwagę [s. 203]. Zjawisko to szczególnie silnie występowało w prawie wulgarnym wraz z erozją systemu klasycznych *actiones*, które – nawet jeśli ich nazwy

⁴ Ostatnio, w związku z ustawową inkorporacją Europejskiej Konwencji Praw Człowieka do prawa wewnętrznego, i następującą w ślad za nią istną „modą” na prawa człowieka (stanowiące wszak *par excellence* przykład praw podmiotowych) konstrukcja ta zaczyna zadawania się w świadomości prawnej Anglosasów. Por. LORD IRVINE OF LAIRG, *The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights*, «Public Law» (1998), s. 221-236; punktujący szereg przemian we współczesnym prawie angielskim. Natomiast od dłuższego już czasu obserwować można zainteresowanie kategorią praw podmiotowych w twórczości anglosaskich filozofów prawa. Por. I. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, s. 198-210.

były jeszcze używane – stanowiły raczej symbol prawa podmiotowego, niż warunek uzyskania ochrony procesowej⁵. Dlatego też w ujęciach pandektystycznych rzymskie *actio* traktowano jako „przejaw” prawa podmiotowego.

W literaturze romanistycznej problem ten był już sygnalizowany od dawna⁶, tym bardziej więc warto było go podjąć, szczególnie w kontekście zapewnienia, iż horyzont czasowy badań nie został zawężony do niektórych tylko okresów rozwoju prawa rzymskiego [s. 11]. Szkoda więc, że kwestia ta nie została jednak uwzględniona, tym bardziej że w literaturze ścieżka została już przetarta⁷, zaś wszelkie poczynione w tej mierze ustalenia miałyby kluczowe znaczenie dla kształtu pracy.

3. Nieuniknioną konsekwencją tej sytuacji jest fakt, że w książce termin „nadużycie prawa” jest używany w sposób dość intuicyjny.

Można wprawdzie zakładać, że ustalenia terminologiczne można będzie poczynić na podstawie analizy tekstów źródłowych. Zważywszy jednak, że w świadomości Rzymian zarówno kategoria prawa podmiotowego, jak i jego nadużycia, zasadniczo nie była obecna, to założenie takie jest po prostu nieuprawnione. Same teksty źródłowe nie mogą dać odpowiedzi na pytanie: czym jest nadużycie prawa podmiotowego. Znając jednak na nie współczesną odpowiedź można w źródłach znaleźć szereg przypadków, które bez wahania można zakwalifikować jako nadużycie prawa podmiotowego. Autor wydaje się być zresztą świadom tych uwarunkowań, gdyż w jednym ze Swych wcześniejszych tekstów zaznacza, że chociaż „nadużyciem prawa zajęła się dopiero współczesna jurysprudencja w wieku XIX”, to znając te doświadczenia wolno zapytać, czy rów-

⁵ Por. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, s. 202-203.

⁶ Por także K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*⁵, Warszawa 2001, s. 117.

⁷ Por. H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs 'Subjektives Recht'*, [w:] *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, I, Frankfurt am Main, 1982, s. 241-264, zwłaszcza zaś s. 246-250; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962, s. 227-234. Ostatnie wydanie Paris-Dalloz 2002.

nież „w Rzymie obowiązywał zakaz złego korzystania z własnych uprawnień”⁸.

W świetle tych stwierdzeń można chyba uznać za w pełni uzasadnione oczekiwanie, że pierwszym problemem badawczym w rozprawie zatytułowanej „Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego” będzie selekcja tekstów źródłowych mająca na celu odnalezienie opisów tego typu patologii obrotu prawnego, które można zakwalifikować jako zjawisko określane współcześnie terminem „nadużycie prawa podmiotowego”. Tak się jednak nie stało. Analizy tekstów źródłowych nie poprzedzono ani właściwymi ustaleniami terminologicznymi ani, podążającą w ślad za nimi, selekcją źródeł.

W efekcie termin „nadużycie prawa” rozciągnięto na inne kategorie zachowań, szczególnie chętnie zaś na zjawisko, które z dzisiejszej perspektywy należałoby uznać za „obejście prawa”. Zważywszy na stwierdzenie [m.in. s. 14], że w dotychczasowej literaturze „wyraźnie zawężano dyskusję uznając, że o nadużyciu prawa w rzymskim prawie prywatnym można mówić tylko w pewnych jego dziedzinach”, mając na myśli prawo rzeczowe lub stosowanie *exceptio doli*, wydaje się, że popadnięto tu w drugą skrajność. Należy oczywiście poprzeć to stanowisko przykładami. Wcześniej jednak konieczne są ustalenia terminologiczne i warto tu posłużyć się tymi, które w literaturze już poczyniono.

4. W pierwszej kolejności należy się pokusić o zarysowanie teoretycznej dystynkcji między pojęciami „nadużycia” i „obejścia” prawa.

Obejście prawa dotyczy prawa przedmiotowego, natomiast nadużywa się prawa podmiotowego. Zresztą przepis art. 58 § 1 k.c., który zawiera m.in. zakaz obejścia prawa, wyraźnie wskazuje, że chodzi o „obejście ustawy”⁹. Zjawisko obejścia polegałoby zatem na instrumentalnym posłużeniu się jedną normą w celu osiągnięcia celu zabronionego przez inną, która jest w ten sposób obchodzona. Obchodzi się normę zakazującą określonego zachowania lub wią-

⁸ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa – u początków problemu*, cit., s. 45.

⁹ Tę samą różnicę wskazuje T. STAWECKI, *Obejście prawa. Szkic na temat granic prawa i zasad jego wykładni*, [w:] *Nadużycie. Konferencja*, cit., s. 89.

żąca z nim inne skutki uciążliwe dla danego podmiotu. Do zakresu pojęcia „obejście prawa” należałoby włączyć również sytuacje, kiedy to zmierza się do osiągnięcia przewidzianych prawem korzystnych skutków dopełniając jedynie pozornie wszystkich warunków, od których zostały one uzależnione. Stąd też obejście jest nade wszystko wymierzone w porządek prawny i z tego powodu to państwo w pierwszej kolejności reaguje na obejście.

Szczególnie sugestywnym przykładem są tu regulacje zawarte w Kodeksie postępowania cywilnego, które w przypadku usiłowania obejścia prawa dopuszczają odstępstwo od zasady dyspozycyjności procesu. Na mocy art. 203 § 4 sąd może „uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia ... gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności ... zmierzają do obejścia prawa” zaś art. 213 § 2 przewiduje analogiczne rozwiązanie w odniesieniu do uznania pozwu. Na przykładzie tym widać dwa istotne aspekty problematyki obejścia prawa.

Po pierwsze sąd działa tu z urzędu, nie chodzi bowiem o ochronę strony postępowania, lecz o ochronę porządku prawnego. Tymczasem reakcja na przypadki nadużyć prawa podmiotowego nigdy nie następuje z urzędu. Jednak w sytuacji, gdy osoba, w której dobro godzi konkretne nadużycie szukać będzie ochrony na drodze sądowej, lub osoba nadużywająca swych uprawnień będzie chciała wykorzystać organy wymiaru sprawiedliwości w celu szykanowania innych podmiotów, wówczas sędzia odmówi ochrony prawnej ekscesom nadużywającego, co w dalszej kolejności może pociągnąć za sobą również obowiązek odszkodowawczy.

Po drugie zaś widać, że obejście prawa nie musi się wiązać z poszkodowaniem innego uczestnika obrotu. W przypadku przywołanych przepisów k.p.c. mamy wszak do czynienia z sytuacją, gdy strony zgodnie podejmują działania niekoniecznie godzące w czyjekolwiek dobra, które jednak bezpośrednio godzą w porządek prawny.

Inaczej rzecz się przedstawia w przypadku nadużycia. Pojęcie prawa podmiotowego opisuje sytuację prawną jednego podmiotu względem innego podmiotu będąc zawsze elementem treści stosun-

ku cywilno-prawnego¹⁰. Zatem nadużycie prawa godzi zasadniczo w dobra innego podmiotu nie godząc bezpośrednio w porządek prawny. W świetle tych ustaleń nie można zatem uznać za realizację prawa podmiotowego sytuacji, gdy ktoś czyni użytek z instytucji prawa prywatnego dokonując stosownej czynności prawnej. Prowadziłoby to bowiem do nader kontrowersyjnego wniosku, uznającego za prawo podmiotowe samą zdolność do czynności prawnych. W sytuacji takiej wykonuje się raczej dyspozycje prawa przedmiotowego. Stąd też, dokonując prawem przewidzianych czynności prawnych w celu osiągnięcia zabronionych przez to prawo skutków, mamy do czynienia z obejściem prawa – zjawiskiem, które starożytni Rzymianie, w odróżnieniu nadużycia prawa podmiotowego, znacząco znali¹¹.

V. ANALIZOWANE PRZYKŁADY

1. Jeśli uznać powyższe ustalenia za poprawne, wówczas można stwierdzić, że nie zawsze teksty źródłowe powoływane przez Autora jako przykłady nadużycia prawa podmiotowego dotyczą tego właśnie zjawiska. Szczególnym przykładem jest tu rozdział poświęcony problematyce adopcji. Analizując tam teksty Roczniców Tacyta (Tac., *Ann.* 15,19,1-3) oraz Dziesięcioksięgu Liviusza (Liv. 41,8,6) Autor sam wyraźnie zauważa [s. 110], że opisane tam reakcje Senatu zostały spowodowane „wykorzystaniem *adoptio*, aby pozbawić mocy regulacje publicznoprawne”. Chodziło bowiem o adopcje dokonywane tylko w tym celu, aby „polepszyć swoje szanse w zabiegach o urzędy” publiczne¹², lub umożliwić sobie osiedlenie się w Rzymie. Zatem stanowiły one reakcję na próby obejścia dyspozycji prawa przedmiotowego – wiążącego określone skutki publicznoprawne z ilością potomstwa. Nie mamy tu jednak do czynienia

¹⁰ Por. Z. RADWAŃSKI, *Prawo cywilne – część ogólna*⁷, Warszawa 2004, s. 86.

¹¹ Por. D. 1,3,29; D. 1,3,30.

¹² Tak samo należy zakwalifikować analizowany przypadek adrogacji Clodiusa (Cic., *de dom.* 13,34)

nia z nadużyciem prawa podmiotowego. Podobnie sprawa przedstawia się w sytuacji opisanej przez Aulusa Gelliusa, (Gell. 5,19,15), gdzie również występuje obejście prawa, a mianowicie próba uzyskania przewidzianych prawem publicznym przywilejów w sposób niezasłużony. We wszystkich tych wypadkach mamy do czynienia z obejściem przedmiotowego prawa publicznego nie zaś z nadużyciem prawa podmiotowego. Dlatego też kluczowe znaczenie w tych wypadkach miała kategoria *utilitas publica*, której rolę tak często Autor podkreśla [m.in. s. 58-60, 72, 123, 137-138, 223, 268, 278]. Powstaje zatem pytanie, dlaczego kwestie te są tak szeroko omawiane w rozprawie poświęconej rzymskiemu prawu prywatnemu?

2. Doniosłość merytoryczna owego nieporozumienia najlepiej objawia się w uwagach, które Autor poczynił w dalszym ciągu swych wywodów dotyczących adopcji uzasadniając, dlaczego włączony do swej rozprawy problematykę *fraus adoptionis* nie zamierza konsekwentnie zająć się całościowo kwestią *fraus*, szczególnie *fraus creditoris* i *fraus patroni*. Autor uważa, że zagadnienia te nie mieszczą się w zakresie prowadzonych badań bowiem „trudno mówić tylko o nadużyciu prawa, gdy pojawiło się wymierne naruszenie praw innego podmiotu obrotu prawnego i konkretna szkoda. Zauważone nieprawidłowości Rzymianie wyodrębnili i stypizowali, ujęli w konkretne instytucje i udzielili środków prawnej ochrony”[s. 125]. Stwierdzenie to wydaje się być problematyczne z dwóch powodów. Po pierwsze, w kontekście problematyki nadużycia, budzi częściowo wątpliwości co do swej poprawności, po drugie zaś, w kontekście kolejnych wywodów zawartych w książce, skłania do stawiania zarzutu niekonsekwencji.

Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, to na podstawie przytoczonej wypowiedzi można powziąć przekonanie, że w sytuacji, gdy postępując w sposób *prima facie* zgodny z prawem, wymiernie naruszono prawa innego podmiotu powodując konkretną szkodę nie dochodzi do nadużycia prawa. Należy stanowczo zdystansować się wobec takiego stwierdzenia, bowiem właśnie wówczas można w ogóle mówić o nadużyciu prawa podmiotowego. Nadużycie – inaczej niż obejście – nie jest uwzględniane *ex officio*, zaś zmusić prawnie ko-

goś do zaniechania nadużywania jego uprawnień można jedynie na drodze cywilnoprawnej. To zaś wymaga inicjatywy innego podmiotu, o którą trudno w sytuacji, gdy niczyje prawa nie zostały naruszone lub przynajmniej nie zaistniało w tej mierze realne zagrożenie. Zastrzeżenie to nie oznacza skądinąd, by *fraus creditoris* lub *fraus patroni* należało kwalifikować jako nadużycie prawa podmiotowego, jednak stanowczo nie można kwestionować tej kwalifikacji w zaproponowany sposób.

Nieporozumienie to wydaje się natomiast wynikać stąd, iż wcześniejsze rozważania zawarte w tym samym rozdziale dotyczyły wyłącznie przypadków obejścia, nie zaś nadużycia prawa. Stąd też nie musiało dochodzić w nich do naruszenia praw i w efekcie do uszkodzenia innego podmiotu. Dochodziło tam natomiast do publicznoprawnej reakcji na przejawy obejścia przedmiotowych regulacji prawnych.

Jeśli chodzi zaś o zarzut niekonsekwencji przy przyjmowaniu założeń kompozycyjnych pracy, to ujawnia się ona wówczas, gdy mowa jest w odniesieniu do *fraus creditoris* lub *fraus patroni*, że zjawiska te wydają się nie mieścić w zakresie pracy bowiem „zauważone nieprawidłowości Rzymianie wyodrębnili i stypizowali, ujęli w konkretne instytucje i udzielili środków prawnej ochrony”. W świetle tego stwierdzenia niezrozumiałe jest to, że nie wyłączono z zakresu prowadzonych rozważań patologii występujących przy korzystaniu ze swobody testowania. A przecież Rzymianie wyodrębnili i stypizowali ten problem ujmując go w konkretną instytucję i udzielając środków prawnej ochrony w postaci *querella inofficiosi testamenti*.

3. Wychodząc w rozważaniach nad prawem rzymskim z pozycji dorobku współczesnej cywilistyki trudno jest uniknąć szeregu problemów z przekładaniem rozwiązań rzymskich na współczesne kategorie. Wystarczy wskazać, że przypadki znęcania się nad niewolnikami trudno jest traktować jako nadużycie prawa podmiotowego. Wszak skierowane jest ono nie względem innego podmiotu obrotu prawnego, lecz względem przedmiotu tego obrotu. Podobnie wykonywanie *patria potestas* w sposób budzący społeczny sprzeciw trudno jest rozważać w kategoriach, w jakich mówimy

współcześnie o nadużyciu prawa podmiotowego. Mamy w obydwu tych wypadkach do czynienia z tak różnym kontekstem społecznym, że zasadność odnoszenia do tych właśnie zjawisk współczesnych kategorii może budzić zasadnicze wątpliwości. Wydaje się zatem, że podjęta przez Autora próba rozszerzenia zakresu dyskusji o nadużyciu prawa nie powiodła się. Po odrzuceniu sytuacji, które trudno zakwalifikować jako nadużycie prawa podmiotowego, na dobrą sprawę pozostaje *exceptio doli* i problematyka stosunków sąsiedzkich.

Wyraźnie widać tu również, że nadużycie prawa *sensu stricto* jest zjawiskiem społecznym, którego nie da się uchwycić w generalnych i abstrakcyjnych normach o charakterze materialno-prawnym. Stąd też kluczowe znaczenie ma w tym wypadku proceduralny mechanizm reagowania na konkretne przypadki nadużyć. Dlatego też prawdziwe zakłopotanie wzbudza fakt, iż w książce od początku do końca starano się umniejszyć znaczenie *exceptio doli* w trakcie prowadzonych rozważań. A przecież właśnie te proceduralne rozwiązania stanowiły jednolitą instytucję, którą skutecznie można było zastosować w nader różnorodnych stanach faktycznych, kiedy to faktycznie dochodziło do nadużyć.

4. W tym miejscu należy wyrazić jeszcze jedno zastrzeżenie. Zważywszy na ogromne znaczenie, jakie w pracy tej przypisuje się kategorii *utilitas publica*, zupełnie niezrozumiałe, szczególnie z punktu widzenia wymogów warsztatowych stawianych badaniom romanistycznym, jest to, że Autor nie dokonuje jakiegokolwiek, najbardziej nawet pobieżnej, analizy tego pojęcia w oparciu o teksty źródłowe. Tymczasem zarówno literatura przedmiotu – choć próżno szukać jej w bibliografii – istnieje¹³, jak również mnóstwo jest tu

¹³ Por. M. NAVARRA, 'Utilitas publica-utilitas singulorum' tra IV e V sec. d.C. Alcune osservazioni, «SDHI» 63 (1997), s. 269-292; R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Las obligaciones indemnizatorias en el Derecho Público*, Almería 1996, s. 70-73, 151-156; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York 1996, s. 38-40, 86-87; T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Utilitas publica'. Denunce e pentiti nel mondo romano, «Panorami» 6 (1994), s. 260-284; M. KASER, 'Ius publicum' und 'ius privatum', «ZSS» 103 (1986), s. 16-53; G. LONGO, 'Utilitas publica', [w:] *Atti del Seminario Romanistico Internazionale. Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971*, Perugia 1972,

ciekawych tekstów źródłowych, zarówno tych prawniczych jak i filozoficznych, by wspomnieć tylko twórczość Cycerona.

Odwołanie się w tej kwestii do tekstów źródłowych wydaje się tym bardziej konieczne, że dziś postrzegamy tą problematykę w sposób nader odmienny od tego jak czynili to Starożytni. Współcześnie niepodzielnie panuje w naszej świadomości oświeceniowy paradygmat, w myśl którego skłonni jesteśmy całą rzeczywistość społeczną analizować w kategoriach ekonomicznych i zasadniczo w tym kontekście postrzegamy kategorię „pożytku”. W tej samej konwencji utrzymane są dotyczące tej kategorii wywody Autora [s. 57-60]. W okresie, którego dotyczą prowadzone w rozprawie rozważania, podobną optykę przypisać można tylko epikurejczykom. Stwierdzenie w takim kontekście, że dla Marka Aureliusza pożyteczność rozwiązania miała pierwszorzędną znaczenie [przyp. 97 s. 59], *implicite* przypisuje temu cesarzowi epikurejskie poglądy etyczne, mimo że całe jego życie było zaprzeczeniem etyki ogrodu, stanowiąc afirmację wzorca głoszonego w Portyku. Można byłoby tej komplikacji zapewne uniknąć, gdyby uwzględnić znaczenie, jakie stoicy przypisywali pojęciu „natury”, szczególnie zaś „natury rozumnej”, w którym to kontekście o „pożytku” pisał Marek Aureliusz w powołanych fragmentach Rozmyślań¹⁴.

VI. MIĘDZY DWIEMA TEORIAMI

1. Jak już wskazano, formułując tytuł rozprawy *nolens volens* postraktowano ustalenia cywilistyki XIX i XX w. jako punkt wyjścia

s. 155-227; TENZE, 'Utilitas publica', «Labeo» 18 (1972), s. 7-71; F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli 1969, s. 59-77; T. JOSSA, *L'utilitas rei publicae nel pensiero di Cicerone*, «Studi Romani» 12 (1964), s. 269-288; H. MÜLLER-JANS, 'Publicus' und 'privatus', *im römischen Recht und im älteren kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung 'ius publicum' und 'ius privatum'*, München, s. 39-47; K. KRAFT, 'Utilitas publica', «RE» 17.2 (1961), szp. 1184; J. GAUDEMET, 'Utilitas publica', «RHD» 29 (1951), s. 465-499.

¹⁴ Szerzej na temat „pożytku” por. G. REALE, *Historia filozofii starożytnej*, V, tłum. E. I. ZIELIŃSKI, Lublin 2002, s. 191 oraz stosowne partie tomów wcześniejszych.

dla prowadzonych w niej rozważań. Konsekwentnie też argumentowano, że „z rzymskiej perspektywy można się pokusić o ocenę funkcjonujących od XIX w. w nauce prawa cywilnego dwóch teorii nadużycia: zewnętrznej i wewnętrznej” [s. 187, 282].

Patrząc na sposób, w jaki wyniki analizy tekstów źródłowych odniesiono do współczesnych ujęć teoretycznych należy wyrazić solidarność z Autorem, gdy Ten dystansuje się od dość powszechnie wyrażanego w dawniejszej literaturze przekonania, iż „rzymskie prawo klasyczne cechowało się indywidualizmem w podejściu do korzystania z własnych praw”. Wypada się całkowicie zgodzić z opinią Autora, iż przekonanie to stanowi raczej „założenie badacza, a nie punkt dojścia” stanowiący owoc analizy tekstów źródłowych” [s. 194]. Kończąc już swą rozprawę Autor powraca do tego wątku wskazując, że rzymski sposób postrzegania prawa, w tym sprzeciwu wobec jego nadużywania „z pewnością nie mógł odpowiadać liberalno-indywidualistycznym tendencjom XIX w., w szczególności postrzeganiu własności jako w istocie nieograniczonej” [s. 283].

W ten sposób zanegowano na gruncie prawa rzymskiego doktrynalną podstawę tzw. zewnętrznej teorii nadużycia, w myśl której prawa podmiotowe, jako afirmacja wolności jednostki, nie podlegają ograniczeniom, choć w trakcie ich wykonywania można popełnić delikt, z którym wiąże się odpowiedzialność. Nieco wcześniej, mówiąc o prawie własności, Autor prezentuje pogląd wprost zgodny z teorią wewnętrzną, kiedy przychyła się do opinii Leona Pinińskiego podkreślając, że ograniczenia należy „uznać za całkowicie zgodne z pojęciem prawa własności, które powinno być w ten sposób definiowane, aby ich istnienie znalazło w nim swój wyraz” [s. 282]. Autor uznaje zatem, że prawa podmiotowe nie są nieograniczone lecz granice tychże stanowią wręcz integralną ich część.

Dokonane w książce ustalenia bazujące na analizie tekstów źródłowych prowadzą zatem do konstatacji charakterystycznych dla teorii wewnętrznej. Dlatego też dziwi fakt, że zaledwie trzy wersy niżej znajdujemy stwierdzenie, że rzymski sposób postrzegania nadużycia prawa wydaje się bliższy teorii zewnętrz-

nej¹⁵. Tę trudność zauważyć można od początku pracy. We wstępie bowiem podkreślono, w sposób odpowiadający założeniom zewnętrznej teorii nadużycia, że analizowany w rozprawie „problem skupia się wokół tego, w jakim stopniu wolno wykonywać to, na co udzielono pozwolenia” [s. 7]. Tymczasem na stronie następnej odnaleźć można, korespondujące z teorią wewnętrzną stwierdzenie, że prawo podmiotowe „nie jest koncepcją absolutną, lecz kategorią względną ... [i] jako taka ma granice, które czasami wynikają wprost z prawa pozytywnego, czasem dają się wskazać dopiero na podstawie natury uprawnienia” [s. 8]. Skąd zatem ta niepokojąca niekonsekwencja?

2. Paradoksalnie, wydaje się, że powodem może być staranność językowa tak charakterystyczna dla wszelkich tekstów Autora. W omawianej książce – zupełnie słusznie z językowego punktu widzenia – dano wyraz wątpliwości, czy aby na gruncie teorii wewnętrznej ma sens posługiwanie się terminem „nadużycie”. Z czysto językowego punktu widzenia zarzut ten jest zasadny, zaś użyteczność terminu „nadużycie” w odniesieniu do poglądu, w myśl którego miałyby ono polegać na działaniu bezprawnym (stanowiącym wykroczenie poza granice prawa podmiotowego) w istocie, może budzić wątpliwości. Już u zarania dyskusji nad nadużyciem prawa dawali im wyraz autorzy, którzy traktowali przypadki nadużycia jako zwykle działania bezprawne¹⁶.

Jeśli jednak choćby pobieżnie przeanalizować tę problematykę, wówczas owe semantyczne trudności schodzą na dalszy plan. Po prostu termin „nadużycie” wprowadziła do obiegu w tym znaczeniu

¹⁵ Autor prezentował to samo podejście już we wcześniejszych swych tekstach, por. *Kilka uwag o własności (na marginesie badań nad nadużyciem prawa w rzymskim prawie prywatnym)*, «Zeszyty Prawnicze» [UKSW], 3.2 (2003), s. 204-207. Warto też zastrzec, że nie pozostawiające cienia wątpliwości zapewnienia Autora, iż teorię wewnętrzną „współczesna nauka i praktyka francuskiego prawa cywilnego uważa za najbardziej satysfakcjonującą” [s. 234], są cokolwiek przesadzone. Por. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*⁸, Paris 2002, s. 711-712.

¹⁶ Por. na ten temat szerzej A. SZPUNAR, *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947, s. 88-90.

teoria zewnętrzna, bowiem bardzo dobrze harmonizował on z jej założeniami. W myśl tego ujęcia, wykonując swoje prawa podmiotowe nie sposób wykroczyć poza ich granice. Co najwyżej można ich „użyć zanadto” czyli „nad-użyć”.

Teoria wewnętrzna była późniejsza i sformułowana została w czasie, gdy ustalenia terminologiczne zostały już poczynione. Z tego też powodu przedstawiciele teorii wewnętrznej stosowali terminologię semantycznie lepiej odpowiadającą teorii zewnętrznej, nadając jednak określeniu „nadużycie” inne znaczenie¹⁷. Nie w pełni odpowiada ono wprawdzie językowemu znaczeniu tego terminu, jednak dobrze oddaje paradoksalność zjawiska nadużycia, kiedy to prawo odmawia ochrony zachowaniom, które skądinąd zasadniczo akceptuje. Adam Szpunar traktował ów paradoks właśnie jako argument za zasadnością stosowania terminu „nadużycie prawa”¹⁸.

Autor natomiast, rozróżniając między pojęciem nadużycia prawa podmiotowego i wykroczeniem poza zakres danego uprawnienia uznał, że chodzi tu o dwie różne kwestie. Widać to znakomicie wówczas, gdy podkreśla, że „czym innym jest wskazanie, czy uprawnienie istnieje w danym zakresie, czym innym zaś ograniczenie w wykonywaniu go. Tylko ten drugi przypadek warto nazwać nadużyciem prawa, jeśli chce się zachować jakąkolwiek użyteczności tego określenia” [s. 104-105]. Przywołano w ten sposób nader dyskusyjną konstrukcję teoretyczną. Wydaje się bowiem, że treść uprawnienia – której nie należy mylić z treścią wyrażającego je przepisu – wyznacza jednocześnie dozwolone sposoby wykonywania tego prawa. Autor jednak sugeruje, że prawo podmiotowe może obejmować swym zakresem również niedozwolone sposoby jego wykonywania. Pogląd taki wymagałby pogłębionego uzasadnienia teoretycznego, którego jednak zabrakło¹⁹.

¹⁷ Owa specyficzna „nieadekwatność” terminologii podnoszona jest również w Z. RADWAŃSKI, *op. cit.*, s. 107.

¹⁸ A. SZPUNAR, *op. cit.*, s. 90.

¹⁹ Skądinąd Autor wydaje się powtarzać tu pogląd Romana Longchamps de Bériera, ukształtowany w naturalny sposób pod wpływem orzecznictwa austriackiego.

Wydaje się natomiast, że zróżnicowanie opisów na sytuacje, w których mówi się z jednej strony o „niewłaściwym sposobie wykonywania uprawnień”, z drugiej zaś o „wykraczaniu poza zakres uprawnienia”, czyli o bezprawności, stanowi jedynie stylistyczną konsekwencję przyjętej koncepcji teoretycznej. Innymi słowy, opisując ten sam przypadek nadużycia prawa podmiotowego zwolennik teorii zewnętrznej będzie mówił o niedozwolonym sposobie wykonywania nieograniczonego w swym zakresie prawa podmiotowego, natomiast zwolennik teorii wewnętrznej będzie twierdził, że postąpiono po prostu bezprawnie.

Powyższe okoliczności stanowią chyba przyczynę owej paradoksalnej sytuacji, kiedy to Autor opowiadając się za teorią zewnętrzną neguje jednocześnie jej podstawowe założenia doktrynalne. Dzieje się tak, bowiem to nie owe założenia wydają się decydować w książce o wyborze określonego stanowiska teoretycznego, lecz konwencja stylistyczna dokonywanego opisu. Wyboru takiego kryterium można oczywiście bronić na gruncie hermeneutyki, jednak należałoby podać stosowne uzasadnienie przyjętych założeń.

VII. KONTRAPUNKT

Po tych wszystkich uwagach polemicznych należy jednak dokonać również konstatacji o zgoła odmiennej wymowie. Przede

go, uznającego za bezprawne jedynie czyny wyraźnie zakazane w ustawie. Stąd też odpowiedzialność z tytułu nadużycia prawa potraktowana została w ABGB jako *sui iuris* obowiązek odszkodowawczy za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ujęcie takie, jak podkreślał to Adam Szpunar, prowadziło w konsekwencji do zatarcia granicy między pojęciem winy oraz ryzyka jako podstaw odpowiedzialności. Szerzej por. A. SZPUNAR, *op. cit.*, s. 99-100. W istocie, Roman Longchamps de Bérier z jednej strony twierdził, że przy nadużyciu prawa mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem winy, z drugiej zaś strony przyznał daleko idącą zbieżność między sposobem ujmowania odpowiedzialności z tego tytułu a odpowiedzialnością z tytułu ryzyka. Por. R. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*³, Poznań 1948, s. 248-249.

wszystkim, warto podkreślić nader przekonującą rekonstrukcję kontekstu zawartych w Digestach reguł prawnych sugerujących przyzwolenie rzymskich jurystów na nadużycia. Dzięki tej rekonstrukcji można uniknąć nieporozumień co do stanowiska klasycznego prawa rzymskiego odnośnie problematyki złego korzystania z uprawnień. A przecież nieporozumienia te mogły mieć niekiedy istotne znaczenie dla rozwoju prawa. Warto wskazać przykładowo na rozwój konstrukcji nadużycia na gruncie prawa południowo-afrykańskiego. W sprawie *De Pass & Co. v. Rawson* (1863)²⁰, sąd apelacyjny uchylił wyrok sądu pierwszej instancji, który orzekając odwołał się właśnie do stwierdzenia Paulusa *Nemo damnus facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* uznając, że również w sytuacji, gdy wykonywaniu uprawnienia towarzyszy oczywisty *animus nocendi* poszkodowany nie może liczyć na ochronę prawną²¹. Szczęśliwie w drugiej instancji orzeczenie to się nie ostało, można jednak przypuszczać, że już pierwszy wyrok byłby inny, gdyby zdawano sobie sprawę z autentycznego znaczenia jakie miało stwierdzenie Paulusa. Widać zatem, że ustalenia poczynione w tym punkcie przez Autora stanowią istotny wkład w doktrynę. Pozwalają one uniknąć wielu nieporozumień, likwidują problemy z którymi borykała się wcześniejsza doktryna²², ponadto zaś pokazują, jak wielkie możliwości wciąż wiążą się z egzegezą rzymskich tekstów źródłowych. Szkoda jednak, że nie podjęto równocześnie próby odpowiedzi na pytanie o rolę tak „wyjętych z kontekstu” stwierdzeń jurystów klasycznych w prawie justyniańskim. Stąd też można chyba oczekiwać, że problematyka ta zostanie wkrótce poruszona w kolejnych publikacjach, stanowiących suplement do omawianego *opus*.

²⁰ *De Pass & Co. v. Rawson* (1863) 1 Roscoe 108.

²¹ Szerzej na ten temat por. A. VAN ASWEGEN, *Aquilian Liability I (Nineteen Century)*, [w:] R. ZIMMERMANN, D. VISSER (red.), *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford 1996, s. 568.

²² Sporo uwagi poświęcił tej paremii m.in. A. SZPUNAR, *op. cit.*, s. 100-105.

VIII. WNIOSKI

Kończąc już, warto zwrócić uwagę, że poruszona w rozprawie problematyka nadzwyczaj wyraźnie ujawnia szereg uwarunkowań uprawiania prawniczej refleksji naukowej. Nade wszystko z całą ostrością można tu zaobserwować daleko idące uwarunkowania ideologiczne terminologii i całych konstrukcji, którymi prawnicy się posługują. Wiąże się z tym konieczność ciągłego uświadamiania sobie, że badacz również operuje kategoriami, które są podobnie zdeterminowane. Stąd też należy posługiwać się nimi bardzo świadomie, uwzględniając zmienne realia historyczne. Warto tu podkreślić, że piszący te słowa, niezależnie od przekonania o zasadności podniesionych powyżej wątpliwości, daleki jest od uznania ich za rozstrzygające. Stąd wszelka merytoryczna krytyka powyższych uwag spotka się z wdzięcznością.