

## DISPUTARE NECESSE EST

TOMASZ GIARO

Uniwersytet Warszawski

### RZYMSKI ZAKAZ NADUŻYCIA PRAW PODMIOTOWYCH W ŚWIETLE NOWEJ JURYSPRUDENCJI POJĘCIOWEJ

#### I. UWAGI WSTĘPNE

Podobnie jak starożytność klasyczna epoka nasza jest epoką nadużyć. Piętnowane już przez Tacyta (*ann.* 3,27,3) nadużycia jurydyzacji życia społecznego pozostają dziś tak samo aktualne jak równie wiekowy problem nadużycia uprawnień jednostkowych<sup>1</sup>. Temu ostatniemu poświęcona jest zamieszczona w niniejszym czasopiśmie polemika Aleksandra Stępkowskiego, dalej zwanego Polemistą, z tezami Franciszka Longchamps de Bérrier, zwanego Autorem, zawartymi w pracy *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego* (Warszawa 2004)<sup>2</sup>. Polemista z pewnością zasłużył na wdzięczność środowiska naukowego za swe pełne zaangażowania uwagi krytyczne, które zapoczątkują być może szerszą dyskusję. Włączając się do niej należy jednak zauważyć, że Polemista niezbyt

---

<sup>1</sup> *Les abus du juridisme. Colloque sous la présidence de Jean Foyer*, red. J. FOYER, Paris 1997.

<sup>2</sup> «Zeszyty Prawnicze» [UKSW] 5.1 (2005), s. 255-274. Cyfry w nawiasach wskazują na strony tej publikacji.

bierze sobie do serca znaną już św. Augustynowi zasadę życzliwej interpretacji, nazwaną w filozofii anglosaskiej *principle of charity*<sup>3</sup>. Każę ona domniemywać, że oceniany uczony nie jest zatwardziałym ignorantem, lecz inteligentną osobą starającą się wraz z nami o doskonalsze opanowanie danej dziedziny wiedzy.

Wspominam o tym nie dlatego, by Autor potrzebował szczególnej wyrozumiałości. Wprost przeciwnie, fakt że praca znakomicie broni się sama, pozwala pominąć jej detaliczną analizę i rozpatrzyć ją wyłącznie z przyjętej przez Polemistę metaperspektywy konstrukcyjno-metodologicznej. Warto jednak podkreślić, że oparcie polemiki na *principle of charity* przynosi na ogół lepsze efekty naukowe niż uporczywe doszukiwanie się błędów tam, gdzie ich nie ma. We własnym interesie trzeba zatem prowizorycznie założyć, że krytkowany uczony zamierzał powiedzieć coś sensownego, a nawet że mu się to choć trochę udało. Nie należy natomiast ograniczać się do polowania na jego błędy, już choćby z uwagi na to, że postawa taka utrudnia dotarcie do sedna sprawy. Tymczasem Polemista nie tylko mniej lub bardziej bezpodstawnie sugeruje, że Autorowi obce są zasady metodologii przez duże M, lecz twierdzi także, równie gołosłownie, że dopuszcza się on wręcz fuszerki rzemieślniczej, nie spełniając takich czy innych „wymogów warsztatowych” romanistyki (255, 267)<sup>4</sup>.

Konflikt jest zresztą nieunikniony ze względu na występowanie po obu jego stronach zupełnie odmiennych osobowości naukowych. Autor należy do empirycznie usposobionych zwolenników wypróbowanego poglądu, że prawdziwi historycy nie wygłaszają długich referatów o metodzie własnej pracy, lecz pracę tę po prostu wykonują<sup>5</sup>. Daje to oczywiście pole do popisu Polemiście, który należy z kolei do pedantów wymagających, by „uprzedzić czyteln-

---

<sup>3</sup> O. R. SCHOLZ, *Verstehen und Rationalität*, Frankfurt a. M. 1999, s. 31-34, 88-109; D. DAVIDSON, *Eseje o prawdzie, języku i umyśle*, Warszawa 1992, s. 18-19, 112-114.

<sup>4</sup> Sam Polemista używa przy tym niespotykanych wyrażen „*ius uti*” (259) i „rzymskie *actio*” (261).

<sup>5</sup> A. DEISSMANN, *Licht vom Osten*<sup>4</sup>, Tübingen 1923, s. 403.

ków” o własnych założeniach metodologicznych (258-259), by poprzedzić analizę rzymskich tekstów prawniczych „właściwymi ustaleniami terminologicznymi” (262), by podać takie czy inne „pogłębione uzasadnienie teoretyczne” (271) itp. Podejście tego typu pociąga za sobą wszakże – by ograniczyć się do spraw zasadniczych – dwojakie ryzyko: po pierwsze dopatrywania się ścisłej teorii tam, gdzie jest przede wszystkim kazuistyka i historia; po drugie zbyt ostrego przeciwstawiania romanistyki i cywilistyki, co znacznie utrudnia refleksję na temat rzymskich zaczątków instytucji lub zasad prawnych współczesnych.

Godne pochwały starania Autora, by spojrzeć na źródła rzymskie niekoniecznie z perspektywy cywilistycznej i stworzyć tym samym ogólniejszą historyczną fenomenologię nadużycia prawa, a w szczególności okoliczność, że konsekwentnie wystrzega się on określania nadużywanych praw jako podmiotowych, zostają przez Polemistę co prawda przyjęte do wiadomości, lecz zarazem bezkompromisowo zdezwuowane jako „czysto formalne zabiegi”, które co prawda „mogą dziwić”, lecz w żadnym razie nie zmieniają „merytorycznej wymowy tytułu” (258). Polemistę oburza zatem już samo zastosowanie przez Autora rzekomo wyłącznie cywilistycznej terminologii ‘nadużycie prawa’, która wymagałaby selekcji źródeł rzymskich „pod kątem współczesnych pojęć” (258). Koniec końców tytuł pracy jest źle sformułowany, ponieważ mimo wszystko nawiązuje do „cywilistycznego pojęcia” nadużycia prawa podmiotowego (259), podczas gdy antyczny materiał źródłowy, który oczywiście do owego pojęcia nie pasuje, jest w efekcie źle dobrany.

## II. TRZECIA DROGA

Trzeba jednak pamiętać o tym, że skądinąd trafna uwaga Polemisty, wedle której starożytni Rzymianie nie znali ani pojęcia ani tym bardziej teorii nadużycia prawa (257), dotyczy ogromnej większości konstrukcji cywilistycznych. Długa lista tego rodzaju konstrukcji obcych rzymskiej literaturze prawniczej zawiera między innymi tak centralne pojęcia cywilistyczne jak zdolność prawna i zdolność do

czynności prawnych, następnie wykraczające poza tradycyjne kategorie *contractus* i *pactum* szersze pojęcie umowy i wreszcie pojęcie czynności prawnej. Tam gdzie Rzymianie znali termin techniczny, brakło często jego definicji, tam zaś, gdzie definicja była, okazywała się ona wadliwa<sup>6</sup>. Podobnie wygląda sprawa pojęć teoretyczno-prawnych, takich jak akt normatywny, norma, sankcja czy obowiązywanie prawa<sup>7</sup>. Mocną stroną jurystów rzymskich nie były konstrukcje, definicje i teorie, lecz rozbudowana kazuistyka.

W tej sytuacji nie bardzo na pierwszy rzut oka wiadomo jak realizować słusznie zresztą postulowaną przez Polemistę „integrację prawniczych dyscyplin naukowych” (255). Przykładanie do prawa jursprudencyjnego epoki Pryncypatu nowoczesnych szablonów cywilistycznych wydaje się równie bezpłodne jak nierzadko spotykane przejawy przeciwnej skrajności metodologicznej, polegające na ujmowaniu współczesnego prawa cywilnego wyłącznie w kategoriach dostrzegalnych w nim jeszcze wpływów antycznych i korzeni romanistycznych. W pierwszym przypadku nasuwa się porównanie z historykiem techniki, który w odniesieniu do środków transportu z dziecinną łatwością udowadnia wyższość odrzutowca nad starożytną lektyką, w drugim natomiast z maniakalnym przewodnikiem, który wycieczkom oprowadzanym po katedrze gotyckiej objaśnia wyłącznie wbudowane w nią gdzieniegdzie świetnie zachowane elementy antyczne.

Przykładając do źródeł starożytnych nowoczesny szablon osiągnąć można oczywiście trojaki wynik. Po pierwsze niekiedy da się stwierdzić idealną tożsamość, bo przecież już Sumerowie w pewnym zakresie znali wykształcone w określony sposób instytucje własności prywatnej, dziedziczenia itp. (co zdaniem Leona Petrażyckiego stanowi materiał do refleksji raczej empirycznej niż histo-

---

<sup>6</sup> F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, s. 30-33; J.-H. MICHEL, *Brèves observations sur quelques limites épistémologiques de la science romaine du droit*, [w:] *Mélanges A. Magdelain*, Paris 1989, s. 306.

<sup>7</sup> G. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti*, Camerino 1985, s. 227; T. GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, «ZSS» 111 (1994), s. 66-70.

rycznej)<sup>8</sup>. Po drugie zupełny brak w świecie antycznym wielu nowoczesnych zjawisk prawnych, np. takiej czy innej formy ubezpieczeń zdrowotnych i społecznych czy giełdy papierów wartościowych. Po trzecie pewną paralelności, ograniczoną jednak po stronie starożytnej najczęściej do jakichś pierwiastków, zaczątków, korzeni, zarodków i antecedencji lub nawet wyłącznie do tzw. surogatów funkcjonalnych instytucji współczesnych. Surogaty zastępstwa bezpośredniego czy cesji wierzytelności znane są każdemu czytelnikowi podręczników prawa rzymskiego.

Przyjmując ocenny punkt widzenia zadziwiająco często antyczny stan prawny uznaje się za lepszy niż stan współczesny. Z tej perspektywy prawo prywatne okresu Pryncypatu uchodzi za prawo 'klasyczne' i przez to dziś jeszcze stanowiące – niechby tylko estetyczny – ideał. W bardzo podobnym sensie uważa się staroeuropejskie *ius commune* za prawniczy 'raj utracony', który na terenie od Portugalii do Litwy podlegał rzekomo jednemu i temu samemu zbiorowi norm justyniańskiego *Corpus Iuris*<sup>9</sup>. Nieco rzadziej prawo epok minionych uznaje się co prawda za gorsze, lecz zgodnie z dewizą cycerońską *historia magistra vitae* (*de orat.* 2,9,36) za wartościowe i godne poznania przynajmniej dlatego, że pozwala ono zrozumieć 'powstałe historycznie' niedostatki prawa obowiązującego, które oczywiście obciążają wyłącznie naszych protoplastów. Wreszcie zmiany prawa zasłże od czasów antycznych uznać można za aksjologicznie obojętne.

Ponieważ zatem refleksja nad stosunkiem między prawem dawnym a obecnym ma z konieczności charakter cyrkularny, historyczno-prawne ciasto należy wałkować w różne strony, w którym to celu trzeba znaleźć dla starego i nowego – podobnie zresztą jak w prawie porównawczym dla rozmaitych systemów narodowych – jakieś

---

<sup>8</sup> L. PETRAŻYCKI, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 161-163; por. T. GIARO, *La Civilpolitik di Petrażycki*, «Index» 23 (1995), s. 111-112.

<sup>9</sup> O prawie 'klasycznym' M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*<sup>2</sup>, Roma-Bari 2001, s. 186-193; o *ius commune* T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, «Ius commune» 21 (1994), s. 10-18.

*tertium comparationis*. Wielu romanistów skłonnych jest za owo kryterium uznać prawo rzymskie. Tak uczynił już Friedrich Karl von Savigny, bagatelizując w swej młodzieńczej monografii o posiadaniu wszystkie późniejsze zmiany reżimu prawnego tej instytucji jako całkiem nieistotne uzupełnienia prawa rzymskiego<sup>10</sup>. Jednak również w porównaniach diachronicznych należałoby właściwie szukać jakiegoś *tertium quid* w sensie teorii prawa na tyle ogólnej, by pozwoliła ona na zdrową relatywizację zarówno przeszłości jak i teraźniejszości.

Już z tego pobieżnego przeglądu problemów metodologicznych wynika, że prace z historii dogmatyki, tak jak książka Autora traktujące między innymi o znaczeniu prawa rzymskiego dla współczesności, wymagają ostrożnego podejścia. Nie należy w nich mianowicie ani dewaluować prawa rzymskiego jako nieporadnych ‘pierwszych kroków’ współczesnej cywilistyki ani traktować teże wyłącznie jako niedoskonałej kopii ‘prawa klasycznego’. Szczególnie zaś w odniesieniu do nadużycia prawa nie można oczekiwać od romanistyki ogólnych teorii czy definicji, nie wypracowanych dotąd przez cywilistykę<sup>11</sup>, do której prawo rzymskie znajduje się przecież dopiero, by tak rzec, w drodze. Mimo to Polemista, niepomny swych własnych wezwań do uwzględniania zmiennego „kontekstu społecznego” i „realiów historycznych” (267, 274), buduje swą krytykę na sylogizmach przypominających niezawodne logicznie, a mimo to śmiesznie formalistyczne rozumowania pandektystycznej jurysprudencji pojęciowej.

### III. SYLOGIZM PIERWSZY

Najważniejsze z tych rozumowań da się zrekonstruować w sposób następujący: ‘nadużycie prawa możliwe jest wyłącznie w odnie-

---

<sup>10</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*<sup>7</sup>, Wien 1865, s. 535 (wyd. 1 z roku 1803).

<sup>11</sup> A. GAMBARO, *Abuse of rights in the civil law tradition*, [w:] ‘*Aequitas*’ and *equity*, red. A. M. RABELLO, Jerusalem 1997, s. 635, 643; L. LESZCZYŃSKI, *Nadużycie prawa – teoretycznoprawny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego*, [w:] *Nadużycie prawa*, red. H. IZDEBSKI, A. STĘPKOWSKI, Warszawa 2003, s. 43.

sieniu do praw podmiotowych – Rzymianie praw podmiotowych nie znali – a więc tym bardziej nie znali oni nadużycia prawa’ (257). W konsekwencji Polemista odrzuca jakkolwiek ewentualność istnienia w starożytnym Rzymie zakazu nadużycia prawa, zgadzając się co najwyżej na represję „złego korzystania z prawa” (259). W istocie chodzi więc nie tyle o banalny zarzut pracy ‘nie na temat’, wytaczany z reguły przeciw licealnym wypracowaniom domowym, których tytuły nie odpowiadają ich zawartości treściowej, ile o zarzut nieco poważniejszy, polegający na tym, że Autor poświęcił swą pracę przedmiotowi badawczemu, prawdę mówiąc, zupełnie nieistniejącemu.

Trudno jednak nie zauważyć, że podążając konsekwentnie drogą wskazaną przez Polemistę popada się rychło w błąd werbalistycznego mnożenia bytów historycznoprawnych ponad potrzebę. Równie dobrze można bowiem przyjąć, że zakaz nadużycia prawa znany był już w starożytnym Rzymie, tyle że oczywiście w postaci zaledwie embrionalnej. W związku z tym musiał on być wtedy czymś innym niż w XIX-wiecznej Francji, gdzie pojawił się na większą skalę dopiero z rokiem 1855 w orzecznictwie sądowym zmierzającym do ukrócenia uświęconego przez kodeks Napoleona skrajnego indywidualizmu własnościowego<sup>12</sup>. Pytanie, czy są to rozmaite formy tego samego zjawiska czy też zjawiska radykalnie odmienne, należy do zagadnień historycznoprawnej ontologii, których nie da się żadną miarą rozstrzygnąć preferowanymi przez Polemistę środkami formalnologicznymi.

Na dowód swej tezy, że nadużycie prawa zakłada konstrukcję prawa podmiotowego przytacza Polemista równobrzmiący pogląd Krzysztofa Pietrzykowskiego, który ogranicza się jednak do współczesnej cywilistyki polskiej, gdzie spór o historyczną palmę pierwszeństwa między prawem podmiotowym a jego nadużyciem nie ma racji bytu. Skądinąd słuszne opinie tej treści, zmierzające do wyłączenia z zakresu analiz dogmatyczno-prawnych problemu tzw. nad-

---

<sup>12</sup> L. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelles-Paris 1925, s. 31-35.

użycia prawa przedmiotowego, ogłosili na warszawskiej konferencji o nadużyciu prawa również Tomasz Stawecki i Piotr Przybysz<sup>13</sup>. Jest jednak wątpliwe, czy wolno rozciągać te diagnozy o pierwszeństwie logicznym na płaszczyznę genetyczną przyjmując, że zakaz nadużycia prawa mógł powstać i faktycznie powstał dopiero po uprzednim wykształceniu się nowoczesnej konstrukcji prawa podmiotowego.

Poza tym uznana przez Polemistę za pewnik teza, że Rzymianie w ogóle nie znali praw podmiotowych, dyskutowana już w latach 30-tych ubiegłego wieku<sup>14</sup>, nadal pozostaje sporna<sup>15</sup>, o ile już nie spadła w romanistycznych notowaniach na pozycję zdecydowanie mniejszościową. W ślad za Giovannim Pugliese możnaby więc określać wszelkie uprawnienia (*facultas agendi*) przyznawane przez prawo przedmiotowe (*norma agendi*) w jakiegokolwiek epoce jako prawa podmiotowe, rozumiane w banalnym sensie ujmowania rzeczywistości prawnej czy stawiania problemów prawnych z punktu widzenia podmiotu. Zdaniem Hansa Kelsena taka perspektywa podmiotowa, pochodząca z praktyki prawniczych responsów, miałaby cechować prawo rzymskie tak dalece, że to właśnie jego recepcja dała początek karierze pojęcia prawa podmiotowego na kontynencie europejskim<sup>16</sup>. Prawa te byłyby zupełnie obce tylko systemom skrajnie totalitarnym, wykluczającym formułowanie przez podmiot pod adresem wymiaru sprawiedliwości jakichkolwiek oczekiwań normatywnych.

To szerokie pojęcie prawa podmiotowego możnaby podważyć tylko wtedy, gdyby ściśle je powiązać z filozofią typu liberalno-indy-

---

<sup>13</sup> K. PIETRZYKOWSKI, *Nadużycie prawa podmiotowego w prawie cywilnym*, [w:] *Nadużycie prawa*, cit., (przyp. 11), s. 121; T. STAWECKI, *Obejście prawa*, [w:] *Nadużycie prawa*, cit., (przyp. 11), s. 89; P. PRZYBYSZ, *Głos w dyskusji*, [w:] *Nadużycie prawa*, cit., (przyp. 11), s. 189.

<sup>14</sup> B. ŁAPICKI, *Jednostka i państwo w Rzymie starożytnym*, Warszawa 1939, s. 154-168.

<sup>15</sup> O. BEHREND, *Die Person oder die Sache?*, «Labeo» 44 (1998), s. 48-49.

<sup>16</sup> PUGLIESE, *Scritti*, cit., (przyp. 7), s. 226, 262; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, Wien 1960, s. 195.



widualistycznego. Tymczasem Polemista, niezmożony w tropieniu obcych niedostatków pojęciowych, osobiście wcale nie rozprasza metafizycznej mgiełki, która od dawna spowija pojęcie praw podmiotowych, zauważając tylko, że „współcześnie determinuje” ono „postrzeganie prawa w kontynentalnej kulturze prawnej” (260). Warto więc podkreślić, że z faktu, iż prawa te z nietykalną własnością prywatną na czele uzyskały specjalne znaczenie dopiero w XIX-wiecznych systemach prawnych, bynajmniej nie wynika, by metafizyka prawnopodmiotowa była starożytności rzymskiej całkiem obca. Wprost przeciwnie, nie tylko w okresie Republiki, lecz także za Pryncypatu znane były Rzymianom uprawnienia indywidualne w kwalifikowanym sensie praw nienaruszalnych czy też swobód obywatelskich, przez Salustiusza, Cycerona i Liwiusza zwanych *iura libertatis* i uznawanych za logicznie wcześniejsze od prawa przedmiotowego<sup>17</sup>.

Natomiast mocno akcentowana przez Polemistę okoliczność, że ochrona prawna w postępowaniu formularnym – lecz już nie w procesie kognitywnym okresu Pryncypatu! – sprowadzała się do systemu udzielanych przez pretora skarg (260-61), wydaje mi się być pozbawioną większego znaczenia. Przeciwnie bowiem do ujmowanej w płaszczyźnie wyłącznie procesowej *formula* pojęcie *actio* miało również znaczenie materialnoprawne, co już za panowania Trajana pozwoliło Celsusowi na zdefiniowanie go jako prawa (*ius*) sądowego dochodzenia własnych roszczeń (D. 44,7,51). Ponieważ każda formuła procesowa musiała wymieniać jako podstawę skargi uprawnienie powoda, nowsza romanistyka słusznie przestrzega przed przecenianiem tzw. myślenia skargowego (*Aktionendenken*), które wedle teorii romanistycznych zbyt ściśle wzorujących się na brytyjskim *common law* miałyby determinować rzymskie rozumowanie prawnicze<sup>18</sup>.

Innym dogmatem cywilistycznym nieco przecenianym przez Polemistę jest ostra cezura między nadużyciem prawa, łączącym się

---

<sup>17</sup> B. ŁAPICKI, *Jednostka*, cit., (przyp. 14), s. 168-176; M. DUCOS, *Les Romains et la loi*, Paris 1984, s. 68.

<sup>18</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, I, München 1971, s. 226.

ponoć nieuchronnie ze szkodą innego podmiotu, który w związku z tym decyduje o sięgnięciu do środków procesowych, a obejściem prawa, na które sąd reagowałby zawsze z urzędu (263). Poglądy w tej kwestii są jednak podzielone już w ramach macierzystej katedry uniwersyteckiej Polemisty, której kierownik Hubert Izdebski trafnie podnosi trudności dokładnego rozgraniczenia między nadużyciem a obejściem prawa twierdząc, że pewne działania będące dla Rzymian obejściem ustawy aktualnie uznalibyśmy za nadużycie prawa<sup>19</sup>. Wbrew Polemiście, który kategorycznie klasyfikuje nadużycie instytucji adopcji jako obejście prawa (265), dopatrywałbym się zatem wraz z Autorem i ustaloną doktryną romanistyczną raczej nadużycia prawa co najmniej w przypadkach obłożonej przez Paulusa absolutnym zakazem adopcji czasowej i ponownej (D. 1,7,34; D. 1,7,37,1)<sup>20</sup>.

W zbożnym celu idealnie precyzyjnego rozróżnienia między dobrze znanym starożytnym Rzymianom obejściem a rzekomo zupełnie im obcym nadużyciem prawa Polemista formułuje w tonie dość kategorycznym swą następną budzącą mieszane uczucia tezę cywilistyczną, wedle której „reakcja na przypadki nadużycia prawa nigdy nie następuje z urzędu” (263, 265). Tezie tej bezpośrednio zaprzecza nie tylko wiele kontynentalnych systemów prawnych, a wśród nich szczególnie system niemiecki i szwajcarski, lecz również polskie prawo cywilne, które Polemista prawdopodobnie miał na myśli w pierwszej linii. Występujący w tych systemach zakaz nadużycia prawa stosuje się właśnie z urzędu, a więc nawet wtedy, gdy strony procesowe go nie tematyzują, ponieważ jest rzeczą sądu stwierdzić, czy roszczenia ich są zasadne, bo oczywiście tylko pod tym warunkiem korzystają one z ochrony prawnej<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> H. IZDEBSKI, *Nadużycie prawa. Konferencja WPiA*, [w:] *Nadużycie prawa*, cit., (przyt. 11), s. 13, 17.

<sup>20</sup> A. BÜRGE, recenzja z: C. Russo Ruggeri, *La 'datio in adoptionem'*, «Gnomon» 72 (2000), s. 622.

<sup>21</sup> L. ENNECERUS, H. C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*<sup>15</sup>, Tübingen 1960, s. 1443; H. MERZ, *Art. 2*, [w:] *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Ein-*

## IV. SYLOGIZM DRUGI

Cały rozwój historyczny prawa może być zresztą widziany przez pryzmat stopniowego wyodrębniania się z amorficznej początkowo masy norm coraz bardziej szczegółowych pojęć, instytucji i zasad. W wyniku ciągłego różnicowania się systemu prawnego powstaje więc w sumie więcej nowych dystynkcji niż starych zanika. Wszakże Polemista, od początku niechętnie nastawiony do sztan-darowego zdaniem Autora przypadku nadużycia prawa w staro-żytnym Rzymie, jakim było srożenie się nad niewolnikami (257), rzutuje swą cywilistyczną siatkę pojęciową na rzymski system prawny, obstając przy wymogu istnienia poszkodowanego podmiotu. Stąd drugi sylogizm, zdaniem Polemisty zabójczy dla Auto-ra, który odtworzyć można następująco: ‘każde nadużycie prawa godzi w dobra innego podmiotu – niewolnicy nie byli podmiotami prawa – brutalne ich traktowanie nie mogło być zatem nadużyciem prawa’ (264, 266).

Również i tym razem Polemista wychodzi jednak z niecałkiem trafnych przesłanek. Ma on mianowicie rację tylko o tyle, że trudno oczywiście mówić o uprawnieniu rzymskiego niewolnika do bycia dobrze traktowanym. Jednak informacje o tym, że niewolnik jest nie tylko przedmiotem, lecz także podmiotem prawa, i to zarówno naturalnego (Flor. D. 1,5,4,1; Ulp. D. 1,1,4; D. 50,17,32) jak i w pewnym zakresie również pozytywnego, zawarte są nawet obszerniejszych podręcznikach, by nie wspomnieć o pracach romanistycznych specjalnie temu zagadnieniu poświęconych<sup>22</sup>. Już w komediach Plauta występuje prawo niewolników do azylu jako instytucja znana na hellenistycznym Wschodzie, która mimo jego podboju przez Rzymian przetrwała w tamtejszym prawie lokal-

---

*leitung*, Bern 1962, s. 254; T. JUSTYŃSKI, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 126.

<sup>22</sup> Na przykład B. HUWILER, ‘Homo’ und ‘res’, [w:] *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg 1993, s. 207-272.

nym<sup>23</sup>. Od początku okresu Pryncypatu także w Italii niewolnicy wykorzystywali w tym celu kult cesarza, szukając ochrony pod jego posągami<sup>24</sup>.

Srożenia się nad niewolnikami zakazują szczególnie dwa sparafrazowane przez Gaiusa w Instytucjach (G. 1,53) i przytoczone przez Ulpiana w dziele *de officio praefectis urbi* (Coll. 3,3,1-6) reskrypty cesarza Antoninusa Piusa. Pierwszy z nich wspomina – oprócz dręczenia niewolników okrucieństwem i głodem – ich niedopuszczalne krzywdzenie (*intolerabilis iniuria*), a więc zachowanie możliwe tylko w stosunkach międzyludzkich, przy czym określa on słuszne żale niewolników wyrażeniem *iuste deprecantur* (Coll. 3,3,2), przypominającym podnoszone wedle Tacyty (*ann.* 3,36,2) już za panowania Tyberiusza *iustae preces*. Tenże reskrypt piętnuje również traktowanie niewolników w sposób surowszy niż dozwala na to norma słuszności (*aequum est*) lub naruszający poprzez *infamiae iniuria* integralność ich osobowości (Coll. 3,3,3). Także następny reskrypt wymaga obchodzenia się z niewolnikami sprawiedliwie i z umiarem (Coll. 3,3,5 *iuste ac temperate*).

W innym kontekście zdarzyło mi się niedawno protestować przeciw podejmowanym przez anachroniczną romanistykę naiwnym próbom stawiania prawa rzymskiego na piedestale bezpośrednio wzorowej dla przyszłego prawa europejskiego ‘klasycyzacji’. Wzorowość taka wymaga oczywiście bagatelizowania niewolnictwa jako instytucji o znaczeniu wyłącznie drugorzędnym czy wręcz gloryfikowania go jako instytucji postępowej, bo zastępującej uprzednią praktykę zabijania jeńców wojennych<sup>25</sup>. W niczym krytyki mej nie cofając muszę jednak podkreślić, że we wspomnia-

---

<sup>23</sup> B. ŁAPICKI, *Poglądy prawne niewolników i proletariuszy rzymskich*, Łódź 1955, s. 75-77, 135-136.

<sup>24</sup> R. GAMAUF, ‘*Ad statuam licet confugere*’. *Untersuchungen zum Asylrecht*, Frankfurt a. M. 1999, s. 24-45.

<sup>25</sup> P. G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma 2005, s. 150-151.

nych reskryptach Antoninusa Piusa stosunki między właścicielem a niewolnikiem kształtują się co prawda jeszcze nie jako stosunki parytetowe, lecz w każdym razie – na co jednoznacznie wskazuje zastosowanie pojęć *iniuria*, *iustitia* i *aequitas* – przynajmniej jako stosunki quasi-prawne.

W ten sposób, choć oczywiście nie możemy niestety dostarczyć Polemiście żądanego przezeń poszkodowanego przez nadużycie prawa podmiotu w pełnym znaczeniu, możemy jednak, a nawet musimy stwierdzić, że reskrypty cesarza Piusa świadczą o pewnym stopniu jurydyzacji wspomnianych stosunków, w których pojawiły się jakieś zaczątki – mimo że o charakterze raczej administracyjno- niż cywilnoprawnym – podmiotowości niewolnika. Aczkolwiek nie otrzymał on jeszcze legitymacji do skargi sądowej w sensie technicznym, zezwolono mu przynajmniej na wnoszenie z należnym respektem (*verecunde*) zażaleń na brutalne traktowanie. Do przyjmowania takich zażaleń, które wyraźnie odróżniano od niedopuszczalnych oskarżeń, kompetentny był w Rzymie prefekt miasta (D. 1,12,1,8), a w prowincjach ich namiestnicy<sup>26</sup>.

Zainicjowana przez cesarza ingerencja administracji państwowej w prawa władcze nad niewolnikami, mogąca posunąć się nawet do ich przymusowej sprzedaży, następowała zatem – oczywiście z szerokim zakresem dyskrecjonalności – na wniosek poszkodowanych, co sam Polemista, zresztą zupełnie niesłusznie, uważa za ponadczasową cechę znamiennej sankcji przeciw nadużyciu prawa (263). W świetle reskryptów Antoninusa Piusa należy niestety odrzucić również inny pogląd Polemisty, zdaniem którego zmuszenie kogoś do zaniechania nadużywania jego uprawnień możliwe jest „jedynie na drodze cywilnoprawnej” (266). Co jednak najważniejsze, wbrew wywodom Polemisty w wymienionych reskryptach występuje wyraźnie typowy dla przypadków nadużycia prawa dylemat: z jednej strony cesarz uznaje zasadniczo prawomocność wła-

---

<sup>26</sup> A. WACKE, ‘*Audiat et altera pars*’, [w:] *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, s. 296; R. GAMAUF, ‘*Ad statuas confugere*’ in *der frühen römischen Kaiserzeit*, [w:] *Das antike Asyl*, red. M. DREHER, Köln 2003, 191-192.

dzy pana podkreślając, że ma ona pozostać nieuszczuplona (Coll. 3,3,2 *inlibata*), z drugiej strony chce mimo to wykluczyć ekscesy w jej wykonywaniu.

Wspomniane reskrypty cesarza Piusa należą do całego szeregu aktów prawodawczych wydanych za dynastii Antoninów, które normowały problematykę wyzwoleń, tak *mortis causa* jak *inter vivos*, na zasadzie *favor libertatis*<sup>27</sup>. Pomponiusz sformułował nawet w oparciu o *senatus consultum Rubrianum*, które w czasach Trajana pozwoliło niewolnikowi złożyć zażalenie na opornego dziedzica, jak również o *senatus consultum Dasumianum*, które za Hadriana dało niewolnikowi wręcz prawo skargi sądowej (Ulp. D. 40,5,26,7; D. 40,5,28,5), szczególną zasadę procesową, że w sprawie wyzwoleń fideikomisowych *servus cum domino recte contendit* (D. 40,5,44). Idąc dalej tą drogą następcy Piusa, Marek Aureliusz i Lucjusz Werus, przyznali niewolnikowi wykupionemu za własne pieniądze zdolność procesową do wystąpienia w postępowaniu kognicyjnym przeciw właścicielowi (Ulp. D. 40,1,4 pr.)<sup>28</sup>.

By nie popaść w przesadny zachwyty nad rzymskim *tempus actum*, trzeba jednak dodać, że ówczesna jurysprudencja interpretowała te cesarskie udogodnienia, zarówno w odniesieniu do wyzwoleń jak i do zażeń na złe traktowanie, raczej restryktywnie<sup>29</sup>. Mimo to wydaje się, że koniec końców należy bezwzględnie poprzeć pogląd nowszej romanistyki podsumowujący wspomniane reformy jako przyznanie niewolnikom wedle prawa cesarskiego częściowej zdolności prawnej (*Teilrechtsfähigkeit*)<sup>30</sup>. W ten oto sposób niewolnicy rzymscy mogli jednak stać się ofiarami nadużycia prawa nawet we-

<sup>27</sup> M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, s. 452-453, 459, 483.

<sup>28</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano, II: Parte speciale*<sup>2</sup>, Milano 1963, s. 411-414.

<sup>29</sup> T. GIARO, 'Excusatio necessitatis' nel diritto romano, Warszawa 1982, s. 113; R. GAMAUF, *Sklavenschutz und römische Jurisprudenz*, «Orbis Iuris Romani» 4 (1998), s. 34-44.

<sup>30</sup> O. BEHREND, *Institut und Prinzip*, Göttingen 2004, s. 421-427; B. HUWILER, 'Homo', cit., (przyp. 22), s. 263, 269.

dle surowych kryteriów przyjętych przez Polemistę wymagającego „z pozycji dorobku współczesnej cywilistyki”, by nadużycie to godziło w dobra innego podmiotu (266). Oczywiście było to nadużycie prawa jedynie częściowe, tak jak częściowa była przysługująca poszkodowanym podmiotowość.

## V. SZUFLADKI CYWILISTYCZNE

Ważniejszy od omówionych wyżej nader dyskusyjnych interpretacji szczegółowych forsowanych przez Polemistę wydaje się jednak fakt, że jego sylogizmy bynajmniej nie pobudzają refleksji historycznej, wręcz utrudniając uchwycenie zjawisk prawnych *in statu nascendi*. Słusznie postawiony przez Autora w centrum uwagi nieśmiertelny tekst z Instytucji Gaiusa, wedle którego nie należy czynić z własnych praw niedobrego użytku (G. 1,53), formułuje elementarną regułę, ba swego rodzaju prawdę prawniczą, która już wówczas musiała uchodzić za ewidentną, skoro właśnie z powołaniem się na nią Gaius uzasadnia decyzję cesarską. Decyzja ta stanowiła zapewne ważny krok na drodze do złagodzenia instytucji niewolnictwa, mimo że inaczej niż Autor dopatrywałbym się w niej raczej tylko formalnego usankcjonowania instytucji azylu, znanej w praktyce od początku okresu Pryncypatu, aniżeli decyzji o charakterze wyraźnie reformatorskim<sup>31</sup>.

Na tym tle historycznym zamysł Polemisty, by ową decyzję wraz z przynależnym do niej gaiusowym komentarzem usunąć poza nawias problematyki nadużycia prawa (259), nasuwa pewną uwagę krytyczną: pomimo zauważalnego ostatnio skądinąd chwalebного zbliżenia między romanistyką a cywilistyką refleksja historycznoprawna nie powinna traktować tej drugiej – jak czyni to Polemista piętnując u Autora „próbę abstrahowania od współczesnego pojęcia nadużycia prawa podmiotowego” (258) – jako uniwersalnego kryterium oceny porządków prawnych faktycznie istniejących lub

---

<sup>31</sup> R. GAMAUF, *‘Ad statuum’*, cit., (przyp. 24), s. 42-44, 91-94; M. DREHER, recenzja tej pracy, «ZSS» 118 (2001), s. 492-493.

tylko wyobrażonych, przeszłych i przyszłych. Główną wartość prawa rzymskiego stanowi jego rozbudowana kazuistyka, leżąca u podstaw wielu instytucji cywilistycznych, które jednak bynajmniej nie wyczerpują całego jej bogactwa. Ono właśnie inspiruje tak znane koncepcje metodologiczne, jak Maxa Kasera program historii tematycznej (*Sachgeschichte*) wykraczającej poza historię tekstów (*Textgeschichte*)<sup>32</sup> i założenie Emilio Bettiego, że w prawie rzymskim sama rzecz często poprzedza jej nazwę, nie mówiąc już o *lege artis* zdefiniowanym pojęciu<sup>33</sup>.

Właśnie z uwagi na zdecydowaną niechęć prawników rzymskich do zbędnego ich zdaniem teoretyzowania waga podniesionego przez Polemistę milczenia źródeł (257) jest w końcu niewielka. Z tegoż względu kwestionuję sformułowane przez Polemistę domniemanie, że stosując w tytule swej pracy pojęcie nadużycia prawa Autor przejął je milcząco w jego znaczeniu współczesnym (259), w związku z czym winien był starożytne teksty popychać do cywilistycznych szufladek. Problem bowiem w tym, czy chcemy zaliczyć zakaz nadużycia prawa, podobnie jak np. instytucje własności prywatnej i prawa spadkowego, do zjawisk prawnych wszechobecnych w naszym kręgu kulturowym czy też wolimy powiązać go ze specyfiką historyczną poskramiania ekscesów autonomii woli nieopatrznie przyznanej balzakowskim kapitalistom przez kodeks Napoleona. Zjawisko nadużycia prawa można przecież postrzegać nie tylko w perspektywie ściśle dogmatycznej, lecz także w ogólniejszej perspektywie teoretyczno-lub socjologiczno-prawnej.

Wbrew Polemiście upoważniłbym więc historyka zjawisk prawnych do nadania nadużyciu prawa znaczenia szerszego niż to, które dzięki orzecznictwu sądowemu pojęcie *abus de droit* uzyskało we Francji epoki postnapoleońskiej, a ściślej rzecz biorąc dopiero

---

<sup>32</sup> T. GIARO, *Max Kaser 1906-1997*, «Rechtshistorisches Journal» 16 (1997), s. 261-271.

<sup>33</sup> A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato*, Bari 1980, s. 111-129.



w początku XX wieku<sup>34</sup>. Co więcej, wydaje się, że ów historyk uznać może zakaz nadużycia prawa za zasadę w naszej kulturze powszechną lub, mówiąc nieco bardziej prozaicznie, za jej stałą prawno-antropologiczną. Tak rozumiane nadużycie prawa nie nadaje się oczywiście na przedmiot ćwiczeń formalnologicznych typu ‘jeśli prawo podmiotowe istnieje, dowolne wykorzystanie go jest dozwolone, a jeśli nie istnieje, jest ono bezprawne’, których padało ono często ofiarą. Cały problem nadużycia prawa polega bowiem, jak to wynika z genialnie prostego sformułowania gajusowego *supra modum et sine causa* (G. 1,53), na konieczności ustalenia przez organ państwowy konkretnej miary i sposobu wykonywania praw.

Podobnie jak inspirujący go tekst Gaiusa, Autor trzyma się zatem z chwalebłą konsekwencją prostej zasady: gdzie jednostka dysponuje jakimiś uprawnieniami, tam dojsć może, i niestety nie-rzad dochodzi, do ich nadużycia. Autor słusznie unika zalecanej przez Polemistę scholastycznej debaty o tym, czy prawa te mają być prawami podmiotowymi w ścisłym sensie, czy też wystarczą znane już epoce przedpodmiotowej prawa niepodmiotowe. Wiadomo bowiem, że przynajmniej niektóre filozofie prawa, jak realizm skandynawski czy psychologizm Petrażyckiego, piętnują prawo podmiotowe jako złudzenie prawnicze<sup>35</sup>, podczas gdy inne, jak solidaryzm Duguita czy kelsenowski normatywizm, uznają je za czczą metafizykę<sup>36</sup>. Również historycy prawa nie osiągnęli dotąd zgody co do magicznego momentu, w którym na arenie dziejów pojawił się wolny od więzów społecznych podmiot przez duże P zmieniając swe dotychczasowe uprawnienia w przyrodzone prawa podmiotowe.

Sam Polemista ulega może w pewnym zakresie urokowi rozważań Michela Villeya (261), który jako główne etapy rozwojowe po-

---

<sup>34</sup> R. DAVID, *Prawo francuskie. Podstawowe dane*, Warszawa 1965, s. 330-334.

<sup>35</sup> L. PETRAŻYCKI, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, II, Warszawa 1960, 65-96.

<sup>36</sup> Zob. o nich J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952, s. 5-17.

jęcia prawa podmiotowego, nieznanego jeszcze św. Tomaszowi, wyróżnił refleksję Ockhama i Hobbesa, a następnie filozofów Oświecenia, przeniesioną w końcu do dogmatyki prawniczej przez Pandektystykę<sup>37</sup>. Często podkreśla się też rolę, jaką w procesie wyzwania się systematyki cywilistycznej od optyki ‘rzeczowej’ tzw. systemu legalnego, któremu hołdował *mos italicus*, odegrał przedstawiciel francuskiego humanizmu prawniczego, Hugon Donellus. Rekonstrukcja historiozoficzna Villeya natrafiła wszakże na uzasadnioną krytykę ze strony tak romanistyki<sup>38</sup> jak filozofii prawa<sup>39</sup>. Villey nie tylko bowiem pomieszał rzecz – by uciec się do kategorii Bettiego – z jej nazwą, lecz również rozumiał pod pojęciem praw podmiotowych właściwie prawa człowieka, które ze względu na instytucję niewolnictwa pozostały wprawdzie obce starożytności, lecz pojawiły się jako postulat pod adresem prawa pozytywnego już w przedcokhamowskiej kanonistyce<sup>40</sup>.

Wynika stąd, że nawet wychodząc pozornie z założeń czysto cywilistycznych można implicite forsować pewną koncepcję filozoficzną. Co do studiów romanistycznych, wydaje się jednak, że przyniosą one tym większy pożytek tak prawu cywilnemu jak filozofii prawa, im bardziej kazuistykę rzymską potraktujemy nie jako podręczny zbiorek potwierdzeń i egzemplifikacji tez cywilistycznych lub filozoficznoprawnych, lecz jako wartość samą w sobie. Szczególnie zaprzestać należy tak dziś popularnego sprowadzania romanistyki do roli dostarczycielki przyczynków historycznych do cywilistyki. Jako nauka o światowym prawie antyku romanistyka lepiej obroni swą pozycję wśród dyscyplin prawniczych, jeśli nawiąże dia-

---

<sup>37</sup> Ostatnia jego praca na ten temat to M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983.

<sup>38</sup> Cytaty w pracy M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*<sup>3</sup>, Roma-Bari 2001, s. 282-284.

<sup>39</sup> J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, «Archives de Philosophie du Droit» 9 (1964), s. 17-35.

<sup>40</sup> P. LANDAU, *Reflexionen über Grundrechte der Person*, [w:] *Festgabe für H. Heinenmann*, Essen 1995, s. 527-532.

log także ze znawcami prawa państwowego, administracyjnego i karnego oraz ogólnej teorii prawa. Mówiąc krótko romanistyka stanowić winna, zgodnie z ideą najlepiej wyrażoną przez uczonego włoskiego Giuseppe Grosso, samoistny wkład do prawoznawstwa<sup>41</sup>.

## VI. UWAGI KOŃCOWE

Z tychże względów budzi spore zastrzeżenia również następuny słoń cywilistyczny, któremu Polemista – w stopniu znacznie większym niż Autor – pozwala buszować w romanistycznym składzie porcelany: zewnętrzna i wewnętrzna teoria nadużycia prawa (268-272). Pierwsza z nich wyklucza jakiegokolwiek immanentne ograniczenia praw podmiotowych, dopuszczalne jedynie z mocy szczególnych przepisów, podczas gdy druga, wypracowana na terenie niemieckim przez Ottona Gierkego w oparciu o ustalenia Rudolfa Jheringa, włącza ograniczenia do definicji prawa czy – jak mówiono kiedyś – jego istoty<sup>42</sup>. Otóż w standardowych przypadkach rzymskich przedmiotem nadużycia są prawa formalnie biorąc absolutne, lecz tradycyjnie mocno ograniczone przez moralność i obyczaj, takie jak władza nad niewolnikami czy dziećmi rodziny. Warto podkreślić, że ograniczenia te nie były wyłącznie etycznym *wishful thinking*, lecz zostały w znacznym stopniu zinstytucjonalizowane w ramach cenzorskiego *regimen morum*.

By nie wracać do omówionych już reskryptów na temat prawno-administracyjnej ochrony niewolników, wspomnijmy w tym kontekście o karze deportacji zastosowanej już przez cesarza Hadriana wobec ojca, który *latronis magis quam patris iure* zabił na polowaniu swego syna winnego cudzołóstwa z macochą (D. 48,9,5). Uzasadnienie to, przytoczone w elementarnym podręczniku prawa Mar-

---

<sup>41</sup> G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1967, *passim*.

<sup>42</sup> ENNECCERUS, NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, cit., (przyp. 21), s. 1442; O. BEHREND, *Jherings Evolutionstheorie des Rechts*, [w:] R. v. Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen 1998, s. 159.

cjana, szczególnie w jego dalszym kontekście, wedle którego władza ojcowska winna polegać na *pietas* a nie *atrocitas*, należy rozumieć w tym sensie, że ojciec – mimo całej absolutności swego prawa – nie miał jednak moralnego tytułu postąpić w ten właśnie sposób. W przypadku tym, którego Polemista oczywiście nie jest w stanie rozpatrywać „w kategoriach, w jakich mówimy współcześnie o nadużyciu prawa podmiotowego” (266-267), teoria zewnętrzna i wewnętrzna dochodzą do głosu, jeśli to możliwe, jednocześnie.

Nieco schematycznie rozumuje Polemista również wtedy, gdy zarzuca Autorowi różne potraktowanie pominiętych przezeń działań *in fraudem creditorum* i *patroni* oraz wziętej pod uwagę *querela inofficiosi testamenti* (266). Skarga ta, z mocy etyki rodzinnej ograniczająca absolutną swobodę testowania, stanowi przeciwieństwo typowy przypadek zastosowania zakazu nadużycia prawa z nieodłącznym odeń konfliktem między prawem a moralnością<sup>43</sup>. Warto podkreślić, że w przeciwieństwie do środków ochrony wierzycieli i patrona *querela* nie weszła do edyktu pretorskiego<sup>44</sup> ani nie doczekała się katalogu konkretnych podstaw, pozostając w epoce Pryncypatu domeną nie jurystów, lecz skoncentrowanych na faktycznych aspektach sprawy mówców sądowych i kierujących się własnym swobodnym uznaniem sędziów trybunału centumwiralnego. Słusznie przyjmuje więc Autor, że wskutek braku typizującej instytucjonalizacji ochrony procesowej zakaz nadużycia prawa jako remedium wyjątkowe ograniczające od przypadku do przypadku swobodę testowania nie stracił swej racji bytu.

Koniec końców, stanowczo odrzuciwszy stosowalność pojęcia nadużycia prawa do uprawnień władczych rzymskiego *pater familias* wobec osób mu podległych, Polemista stwierdza nie bez nuty tryumfu, że podjęta przez Autora „próba rozszerzenia” dyskusji o nadużyciu prawa poza obszar działania *exceptio doli* i wzajemnego szykanowania się przez sąsiadów „nie powiodła się” (267). Również i tym

---

<sup>43</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, «Rivista di Diritto Civile» 11.1 (1965), s. 285-286.

<sup>44</sup> O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, s. 141-143, 352-353, 435-443.

razem trudno jednak zaakceptować pewniki, z których Polemista wywodzi niekorzystne dla Autora konsekwencje. Autor nie należy bowiem bynajmniej do romanistów nadmiernie rozciągających pojęcie nadużycia prawa. Już prawie sto lat temu uczone belgijski Georges Cornil uznał gaiusowe uzasadnienie reskryptu cesarza Piusa (G. 1,53) za zasadę ogólną<sup>45</sup>, podczas gdy romanista francuski Charles Appleton podniósł nie bez racji, że słynną celsusową definicję prawa jako *ars boni et aequi* (Ulp. D. 1,1,1pr.) można rozumieć jako swoistą klauzulę generalną zakazującą nadużycia prawa<sup>46</sup> lub – jeśli woli się inny termin – czynienia zeń niewłaściwego użytku.

Gdyby przyjąć te nader interesujące propozycje bardzo szerokiej, nietechnicznej interpretacji pojęcia nadużycia prawa, oczywiście odrzucone przez unikającego wszelkiej skrajności Autora, należałoby wbrew sugestiom Polemisty stwierdzić, że rzymskie prawo prywatne epoki Pryncypatu nie tylko świetnie znało odnośny zakaz, lecz co więcej sprowadzało się właściwie do jednego wielkiego zakazu nadużycia prawa. Brak pojęcia, konstrukcji czy teorii nadużycia prawa nie oznacza bowiem, by kazuistyka rzymska nie kierowała się w swych konkretnych rozstrzygnięciach ideałem faktycznej równości stron<sup>47</sup>. Propozycja szerokiego rozumienia naszego pojęcia wydaje się tym bardziej godna uwagi, że cywilistyka francuska, rodzona matka doktryny *abus de droit*, od dawna skłania się do jej demystyfikacji, podporządkowując nadużycie prawa ogólnym zasadom odpowiedzialności deliktowej, a szczególnie identyfikując je z winą popełnioną przy wykonywaniu prawa<sup>48</sup>.

Również w sprawie ogólnikowo zasygnalizowanych przez Polemistę „uwarunkowań ideologicznych”, które miałyby ponoć za-

---

<sup>45</sup> G. CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris 1924, s. 102.

<sup>46</sup> Zob. o tym G. MACOURS, *L'abus des droits*, [w:] *Mélanges Wubbe*, cit., (przyp. 22), s. 302-306.

<sup>47</sup> T. GIARO, *Privatrecht als Technik der Gerechtigkeit*, [w:] *Konzeptionen der Gerechtigkeit*, red. H. MÜNKLER, M. LLANQUE, Baden-Baden 1999, s. 75.

<sup>48</sup> A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits*, «Recueil Dalloz» (1972), s. 67; GAMBARO, *Abuse*, cit., (przyp. 11), s. 637.

szkodzić pracy Autora (274), odnoszę wrażenie wręcz przeciwne. Autor przyjmuje bowiem szersze i już choćby z tej racji bardziej neutralne ideologicznie pojęcie nadużycia prawa, obejmujące wiele przejawów przeszłych, obecnych, a może i przyszłych tego zjawiska, podczas gdy to właśnie raczej Polemista forsuje koncepcję wąską, zalecaną przezeń jako cywilistyczną, lecz w efekcie zdeformowaną ideologicznie przez obcy jurysprudencji rzymskiej, a w cywilistyce dawno już przebrzmiały paradygmat legalistyczny. Nie chciałbym wszakże zamknąć mej przyjacielskiej krytyki dyskusyjnych tez Polemisty bez podkreślenia, że sporo się nauczyłem tak z jego monografii na temat *trust* w prawie szkockim jak z jego licznych *opera minima*, w związku z czym jestem pewien, że przystępując do swych dalszych prac historycznych w nastroju nieco mniej dogmatycznym przyniesie on naszej nauce prawa bardzo wiele pożytku.