L. Petrażycki - Zagadnienia Prawa Zwyczajowego

432 KPIP
1100432
1100432

WYDAWNICTWA TOWARZYSTWA IMIENIA LEONA PETRAŻYCKIEGO W WARSZAWIE 5

LEON PETRAŻYCKI

ZAGADNIENIA PRAWA ZWYCZAJOWEGO

przełożył
JAN SUNDERLAND

WARSZAWA, 1938
Nakładem Towarzystwa im. Leona Petrażyckiego

ZAGADNIENIA PRAWA ZWYCZAJOWEGO

Petrażycki u Dernburga

432/45

WYDAWNICTWA TOWARZYSTWA IMIENIA LEONA PETRAŻYCKIEGO W WARSZAWIE 5

LEON PETRAŻYCKI

ZAGADNIENIA PRAWA ZWYCZAJOWEGO

przełożył
JAN SUNDERLAND

Biblioteka Ministerstwa Pracy
Nr 432
Polskiej Społeczności i Opieki

WARSZAWA, 1938
Nakładem Towarzystwa im. Leona Petrażyckiego

Odbito czcionkami Drukarni Piotr Pyz i S-ka, Warszawa.

OD TŁUMACZA

Książka niniejsza stanowi przekład pięciu artykułów Leona Petrażyckiego, ogłoszonych w rosyjskim tygodniku „Prawo" (rocznik 1898, kol. 65-72, 209-221, 319-322, 377-383, 426-434, 599-610, 809-822 i 901-912). Pod ostatnim artykułem była umieszczona wzmianka: „dalszy ciąg nastąpi", zapowiedź ta nie spełniła się jednak.

Tytuły artykułów pochodzą od autora, tytuł całości i nagłówki stron — od wydawcy.

Serdeczne podziękowanie składam pp.: prof. Jerzemu Landemu i adw. Jerzemu Finkelkrautowi za pomoc w tłumaczeniu, udzielaną mi wielokrotnie i nadzwyczaj starannie, oraz p. doc. dr Stanisławowi Borowskiemu za łaskawe przetłumaczenie przeważnej części cytat z tekstów starorosyjskich, przytoczonych w artykule II.

JAN SUNDERLAND

Warszawa, w październiku 1938 r.

I.

W SPRAWIE PROBLEMU WARTOŚCI PRAWA ZWYCZAJOWEGO I JEGO BADANIA.

Wielkie i nadzwyczaj trudne zadanie notowania zwyczajów, zainicjowane przez Towarzystwo Prawnicze, a znajdujące się obecnie w początkowych stadiach swego rozwoju, wymaga sympatii, właściwego zrozumienia i czynnego poparcia ze strony szerokich kół publiczności prawniczej; dlatego kłamliwe pogłoski i nieporozumienia w tej dziedzinie są wysoce niepożądane. Takie nieporozumienia w gronie różnych osób, interesujących się sprawą notowania zwyczajów, powstały w związku z poglądami, wyrażonymi przeze mnie i innych na posiedzeniu sekcji prawa zwyczajowego Towarzystwa Prawniczego w dniu 25 listopada, ściślej — dzięki niedokładnemu przedstawieniu tych poglądów w sprawozdaniach prasowych. Na przykład, autor artykułu pt. „Gromadzenie i opracowanie zwyczajów prawnych" [1]), a podpisanego inicjałami „G. K." informuje czytelników, że jestem zwolennikiem „zupełnego zakazania naszym instytucjom sądowym stosowania norm prawa zwyczajowego" (takich wrogów prawa zwyczajowego znalazło się niemało") i nie przypisuję w ogóle „żadnej wartości prawu zwyczajowemu", widząc w nim „wytwór ślepych sił".

Z uwagi na tę okoliczność, jako też wobec zasadniczego znaczenia praktycznego i naukowego kwestii prawa zwyczajowego, sądzę, że nie będzie zbędne przytoczenie i krótkie uzasadnienie takiego poglądu na znaczenie oraz wartość prawa zwyczajowego, który wydaje nam się uzasadnionym i wolnym od krańcowości oraz szkodliwej przesady.

Zauważmy przede wszystkim, że o uznaniu prawa zwyczajowego za „pozbawiony wszelkiej wartości wytwór ślepych sił", jako też o tym, jakoby pożądany był „zupełny zakaz stosowania norm prawa zwyczajowego przez nasze instytucje sądowe" na wspomnianym posiedzeniu sekcji prawa zwyczajowego nie było nawet mowy, nie tylko z mojej strony oraz tych którzy przyłączyli się do poglądu wypowiedzianego przeze mnie, lecz rów-

[1]) „Syn Otieczestwa", Nr. 337, 1898 r.

nież ze strony tych, którzy w swoich uwagach na temat prawa zwyczajowego posunęli się dalej w tym samym kierunku.

W szczególności, jeśli chodzi o mnie, pogląd mój na prawo zwyczajowe jest zupełnie inny. Upatruję w nim nie „wytwór ślepych sił" (nigdy nie używałem takiego wyrażenia), chociaż z drugiej strony, również nie wytwór świadomego wyrachowania, względów celowości ze strony prawodawców (taki pogląd na rozwój prawa, w moim przekonaniu bardzo nienaukowy i powierzchowny, głosi w swych dziełach Jhering), lecz coś trzeciego: prawo zwyczajowe jest nieświadomym tworem zbiorowego doświadczenia społecznego, zawiera instynktowną „mądrość" społeczną pochodzenia empirycznego.

„Przeglądając obecne i minione instytucje ludzkie, przekonamy się jasno, że najważniejsze z nich powstały nie w drodze świadomego i c e l o w e g o stworzenia ich przez ludzi, ale w drodze nieświadomej genezy i narastania dzięki nieświadomym przyczynom społeczno-kulturalnym. Instytucja własności prywatnej, lub formy posiadania, poprzedzające ją w historii kultury, małżeństwo monogamiczne lub wcześniejsze od niego formy regulowania dziedziny rodzinno-płciowej, państwowe prawo karne lub poprzedzające je formy reakcji przeciwko przestępstwem itd. — nie były stworzone ani rozwinięte dzięki teoretycznemu pojmowaniu ich wagi i znaczenia społeczno-kulturalnego. Nauka teoretyczna bada tutaj tylko ex post podstawę naukową wypadków. Z tym samym zjawiskiem spotykamy się we wszystkich dziedzinach świata zwierzęcego i ludzkiego. Matematycy stwierdzili, że pszczoły budują komórki matematycznie prawidłowo, wybierając taki właśnie kształt geometryczny, który przy minimum nakładu pracy i wosku mieści maximum miodu. Dopiero w najnowszych czasach esteci odkryli i uzasadnili teoretycznie te zasady architektoniczne, które stosowano już w Grecji starożytnej, podczas gdy dawniej greckie architektoniczne linie krzywe uważano za nieprawidłowe. Przepisy zachowywania się w towarzystwie nie rozwinęły się z podstaw teoretycznych, świadomych, lecz w drodze nieświadomie trafnego wyboru sposobów zachowania się, stwarzanych i aprobowanych przez doświadczenie masowe. Zupełnie tak samo nie cel, tj. świadomość i dążenie do wyników dodatnich, nie świadoma twórczość, lecz nieświadome przystosowanie zrodziło wielkie instytucje prawa, na których spoczywa życie społeczne i kultura ludzkości. Przystosowanie to odbywało się przez nagromadzenie masy doświadczenia, przez nagromadzenie instynktownego wstrętu do niektórych czynów lub zjawisk społecznych, prowadzących do szkodliwych następstw (jak kłamstwo, kradzież oszustwo) oraz przez krystalizację szacunku i sympatii dla innych zjawisk, prowadzących w masie wy-

padków do wyników dobrych (np. do poszanowania zawartej umowy, uznania cudzego posiadania, poddania się autorytetowi starszyzny itp.). Stąd z jednej strony wiara w konieczność postępowania jednego rodzaju i odpowiednich przepisów współżycia, poparta zwykle sankcją religii; z drugiej strony — wiara w niedopuszczalność i bezbożność postępowania innego rodzaju, oburzenie i gniewna reakcja przeciwko odnośnym takim czynom. Nie z świadomego przewidywania poszczególnych rozumnych ludzi na przyszłość, lecz ze zbiorowego masowego doświadczenia, oddziaływania w ciągu wielu pokoleń faktów już dokonanych na masowe uczucia i instynkty, rodzą się tedy nakazy i zakazy społeczności" [2]).

Pogląd powyższy, oczywiście zupełnie niepodobny do uznania prawa zwyczajowego za „wytwór ślepych sił, pozbawiony wszelkiej wartości", rozwijają szczegółowiej, wyjaśniają i potwierdzają badania specjalne we wszystkich moich dziełach prawniczych, poczynając od pierwszego: „Fruchtverteilung" z 1892 r. Nawiasem mówiąc, niektórzy krytycy tego dzieła uznali za jego główną cechę charakterystyczną, ze stanowiska kierunku badań, to że staram się przekształcić „instynktowną i niewypowiedzianą mądrość prawa zwyczajowego" w świadome sądy i myśli [3]).

Tak więc prawo zwyczajowe stanowi produkt twórczości nieświadomej, niemniej jednak nie jest pozbawione wartości; nie jest wcieleniem nierozumu, „ślepych sił". I jego rozwój w przeciągu wieków nie stanowi przypadkowego błądzenia bez

[2]) Petrażycki, „Bona fides w grażdanskom prawie", 1897, str. 193 i nast.

[3]) Tak np. Leonhard w swojej krytyce powołanego dzieła (Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, B. 14, S. 279), po przychylnym wypowiedzeniu się o „przywołaniu ekonomii społecznej do pomocy dla egzegezy źródeł" i po wyrażeniu zgody na to, że przy tworzeniu prawa zwyczajowego nie chodzi wcale o działanie świadomych wyrachowań gospodarczo-politycznych, przypisuje mi dalej pogląd następujący: „W sztuce przekształcania mądrości prawodawczej prawa zwyczajowego na postać szeregu świadomych myśli upatruje tedy autor główne zadanie naszej nauki, i nie tylko je upatruje, ale rzeczywiście wykonywa je w wykładzie, który..."

Zresztą, „głównego" zadania naszej nauki w tym nie widzę. Nauka prawa ma w ogóle wiele zadań, jednakowo ważnych (historia, dogmatyka, teoria, polityka prawa — każda ma swoje zadania, z których żadne nie zasługuje na nazwę drugorzędnego, nie głównego). W moich dziełach opracowanie prawa zwyczajowego w celu zdobycia ukrytej w nim „mądrości prawodawczej" ma przeważnie zadanie służebne: empirycznie potwierdzić różne tezy cywilno-polityczne, uzyskane przez dedukcję, i udowodnić zarazem, że (oraz za pomocą jakich sposobów naukowych) możemy wykorzystać materiał zwyczajowo-prawny dla celów nauki polityki prawa. Por. o zastosowaniu metody i materiału indukcyjnego do indukcyjnego opracowania w dziedzinie polityki prawa Lehre v. Einkommen, tom 2, str. 581 i nast.

określonego kierunku i sensu. Przeciwnie, badanie rozwoju prawa zwyczajowego nie tylko obala taki nienaukowy pogląd, lecz jest w naszym przekonaniu jednym z najważniejszych sposobów do odkrycia „praworządnego" ładu i przyczynowego wyjaśnienia rozwoju kultury ludzkiej w ogólności, a w szczególności historii moralności, religii, ekonomii...

Lecz z takiego poglądu ogólnego na prawo zwyczajowe nie wynika wcale, żeby każdy poszczególny zwyczaj był rozsądny. Przeciwnie, możliwe są również zwyczaje nierozsądne, szkodliwe; zwyczaje ludzkie mają swoją patologię [4]). Tezę, wygłoszoną wyżej, o krystalizacji i wyrażeniu empirycznej mądrości społecznej w prawie zwyczajowym należy ujmować jako formułę ogólnej tendencji rozwoju, urzeczywistniającej się w życiu o tyle, o ile realizacji jej nie komplikują różne inne czynniki, przeszkadzające rozwojowi zdrowemu i nieskrępowanemu. Przedstawienie warunków normalnego i nieskrępowanego rozwoju prawa zwyczajowego, jako też różnych przyczyn faktycznego odchylenia od zdrowej drogi rozwoju zabrałoby tutaj zbyt wiele miejsca. Poprzestaniemy tu na wzmiance, że w samej naturze człowieka, homo sapiens, i społeczeństw ludzkich, zwłaszcza ze względu na nierównomierny rozwój kulturalny i wzajemne wpływanie psychiczne na siebie poszczególnych grup ludzkich oraz różnych klas jednego i tego samego związku społecznego, znajduje się obfite źródło takich swoistych zjawisk patologicznych, które byłyby nie do pomyślenia np. w pozostałej części królestwa zwierząt i roślin (zabobon, przesądy, naiwne albo interesowne fałszywe nauki i odpowiednie postępowanie, niewczesne zapożyczenia, szybkość z jaką zmieniają się warunki techniczne i inne oraz zbyt powolne przystosowywanie się fizyczne i psychiczne do tych zmian itd). Dzieje ludzkości i jej stan społeczny dają nam mnóstwo przykładów wszelkich możliwych rodzajów chorobliwych zjawisk społecznych, w tej liczbie różnych zwyczajów anormalnych lub nawet szkodliwych, stanowiących nieraz przyczynę dalszych chorób lub nawet zupełnego rozkładu i upadku danego organizmu społecznego.

Z uznania, że prawo zwyczajowe ma ogólną podstawę o charakterze nieświadomie-racjonalnym (empirycznym), oraz że istnieją możliwości różnych odchyleń chorobowych wynika: z jednej strony świadomość pożyteczności i konieczności tego źródła prawa w tych epokach kultury, w których świadomy rozum praktyczny nie osiągnął jeszcze dostatecznego stopnia rozwoju, aby ludzie mogli w ogóle, lub mogli dostatecznie rozumnie urządzać swe bytowanie prawne w drodze świadomej;

[4]) Por. Lehre v. Einkommen, II, str. 483.

lecz z drugiej strony, na równi z powszechnym szacunkiem dla prawa zwyczajowego jako koniecznego i rozumnego składnika i czynnika kultury ludzkiej, z tego co powiedziano wyżej wypływa dla nas konieczność krytyki poszczególnych przejawów prawa zwyczajowego oraz możliwość ujemnego stosunku do nich, jako do zjawisk społeczno-patologicznych, z którymi należy walczyć, jak z każdą inną chorobą.

Lecz jeśli nawet pominiemy zjawiska patologiczne i założymy, że istnieją warunki zupełnie zdrowego i normalnego rozwoju prawa zwyczajowego, i postawimy kwestię zasadniczo: co jest lepsze: nieświadomy, empiryczny rozwój prawa w drodze zwyczaju, czy świadoma polityka prawa, działająca w drodze ustawodawstwa (naturalnie, że i tu zakładamy zdrowy oraz rozumny kierunek i rozwój), — to takie teoretyczne i hipotetyczne pytanie wypada rozstrzygnąć przeciwko prawu zwyczajowemu, a na rzecz polityki świadomej.

Odpowiedź ta wynika z wyższości świadomości nad brakiem świadomości, tj. nad jej surogatem, nieświadomym lub na poły świadomym przystosowaniem w drodze oddziaływania faktów. Nie zatrzymując się nad teoretycznym uzasadnieniem tej tezy, co byłoby zbędne i zaprowadziłoby nas do obszernych i skomplikowanych dziedzin innych nauk (teorii poznania ludzkiego, teorii nieświadomej ewolucji itd.), przytoczymy kilka przykładów tylko dla ilustracji: system gospodarstwa wiejskiego według zwyczajów przodków, a nauka agronomii; zwyczajowa nieświadoma medycyna i higiena ludowa, a odpowiednie nauki; szybki i pomyślny rozwój środków komunikacji i techniki produkcji pod wpływem odpowiednich nauk przyrodniczych i technicznych. Przypatrując się tym i im podobnym zjawiskom nie tylko spostrzegamy, że z biegiem czasu czynnik świadomy zwycięża i wypiera nieświadomy, lecz widzimy jasno przejawy większej doskonałości świadomego rozumu i rozwoju. Widzimy nie tylko uderzające przyśpieszenie i ułatwienie (zmniejszenie koniecznych ofiar) postępu pod wpływem wzmożenia się panowania czynnika świadomości, lecz także osiągnięcie takich wyników, których osiągnięcie za pomocą nieświadomej empiryki kolejnych pokoleń i zwyczaju byłoby w ogóle niemożliwe. Te prawdy, wyraźnie potwierdzone przez doświadczenie i badanie, pozostają prawdami i w dziedzinie prawa.

Świadoma polityka winna prowadzić do rozwoju szybszego i jakościowo lepszego niż prawo zwyczajowe:

1. Zanim masy zjawisk społecznych stopniowo skrystalizują się w określone uczucia i instynktowne dążenia, zanim te dążenia stopniowo zagęszczą się w poglądy prawne, które wreszcie przekształcą się w prawo pozytywne, musi upłynąć czas znaczny; czas ten jest utracony napróżno; zaoszczędzić go może

świadome ujawnienie potrzeby odpowiedniej normy prawnej (przyśpieszenie postępu).

2. Empiryka społeczna, doświadczenie które prowadzi do rozwoju, tj. stopniowej zmiany i przystosowania prawa zwyczajowego do nowych warunków, jest często doświadczeniem gorzkim. Zanim przeciwko jakiej już niezdatnej normie prawa zwyczajowego lub brakowi jakiej normy zjawi się dostatecznie wroga reakcja społecznej świadomości prawnej (termin etymologicznie nieścisły, bo oznaczający właśnie nieświadome i naiwne postulaty prawne), trzeba wielu ofiar, wielu nieszczęść, łez i smutku, dostatecznego nagromadzenia gorzkiego doświadczenia, żeby wywołać dostateczne niezadowolenie masowe i przemóc siłę bezwładności poprzedniej, teraz już szkodliwej, normy zwyczajowej. Za pomocą świadomej i rozumnej polityki prawa ustawodawca może zapobiec potrzebie tych ofiar. Dedukcyjna myśl polityczna może przewidzieć potrzebę zmiany prawa wcześniej niż nastąpi to gorzkie doświadczenie, niezbędne dla prawa zwyczajowego z samej jego istoty, jako wyniku empiryki (ułatwienie postępu, zaoszczędzenie i zapobieżenie ofiarom i nieszczęściom).

3. Wreszcie za pomocą świadomej polityki można osiągnąć takie zdobycze, które z samej swej istoty są nieosiągalne w drodze zwyczaju. Tak jak bez naukowej myśli technicznej za pomocą doświadczenia kolejnych pokoleń nie można byłoby osiągnąć rozwoju telefonu, fonografu itd., tak też osiągnięcie wielu norm prawa jest nie do pomyślenia przy rozwoju wyłącznie zwyczajowo-prawnym.

Z powyższego też wynika, że w rzeczywistym życiu historycznym stosunek pomiędzy świadomą polityką a zwyczajem winien być różny na różnych stopniach kultury, w zależności od istnienia warunków do sprawnego działania obu czynników. W każdym jednak razie ideał polega na zastąpieniu prawa zwyczajowego przez świadomą, rozumną politykę, i przejście do niej jest tym konieczniejsze, im szybciej zachodzą zmiany innych zjawisk kulturalnych, np. stanu wytwórczości oraz podziału dóbr gospodarczych; albowiem, jak wspomnieliśmy wyżej, przystosowanie do nowych warunków za pomocą prawa zwyczajowego dokonywa się powoli i wymaga wielu ofiar, więc niezdatność prawa zwyczajowego z tego punktu widzenia jest wprost proporcjonalna do szybkości rozwoju innych dziedzin kultury.

Jeżeli po założeniu powyższych twierdzeń ogólnych zwrócimy się z jednej strony do współczesnych warunków rozwoju i działania prawa zwyczajowego na zachodzie i w Rosji, z drugiej zaś strony do poglądów nauki współczesnej na prawo zwyczajowe, przekonamy się z łatwością, iż między pierwszymi

i drugimi zachodzi jaskrawy rozdźwięk, że w ogóle poglądy tradycyjne na prawo zwyczajowe nie odznaczają się jasnością ani głębią i wymagają zasadniczego przejrzenia.

*

Poglądy prawodawstwa nowoczesnego na znaczenie i wartość prawa zwyczajowego odbijają w sobie z jednej strony naukę szkoły historycznej, z drugiej zaś ujemną krytykę, której poddał tę naukę Jhering.

Nauka Savigny'ego i Puchty o znaczeniu i zaletach prawa zwyczajowego stanowi entuzjastyczną i zasadniczą apologię tego źródła prawa. „Historyczna szkoła prawoznawstwa naszego wieku wywołała zupełną rewolucję (w rozumieniu znaczenia i wartości prawa zwyczajowego). Jej nauki rzuciły nowe światło na istotę prawa zwyczajowego. Udowodniła ona w sposób ostateczny bezpośrednie i podstawowe znaczenie prawa zwyczajowego, jego siłę twórczą i niezrównaną wartość" [5]). Istotnie, według nauki Savigny'ego i Puchty istota i uzasadnienie prawa w ogóle mają swe źródła w duchu narodu; bezpośredni i nieskażony wyraz prawa i jego rozwój przejawiają się tedy właśnie w bezpośrednim odbiciu tego ducha w postępowaniu, w zwyczaju, podczas gdy ustawa stanowi uboczne i nieraz skażone odbicie prawdziwego prawa.

Z innego punktu widzenia spojrzał na stosunek wartości ustawy i zwyczaju Jhering [6]). Prawo zwyczajowe, powiada, to prawo w prymitywnym połączeniu z uczuciem i moralnością. Z tego punktu widzenia naturalne jest potępienie ustawy i wywołanie „u marzycieli i naiwnych tęsknoty do prawa, które urodziło się razem z nami" (bei Schwärmern und Urtheilslosen eine Sehnsucht nach dem „Recht, das mit uns geboren" zu erregen). Lecz właśnie w tej jedności prawa z uczuciem i moralnością znajduje się źródło istotnej wady prawa zwyczajowego— brak niezbędnej dla prawa samodzielności i wyrazistości, wada tak istotna, „że, być może, byłoby poprawniej panowanie zwyczaju przeciwstawić prawu, jako stan tożsamości prawa i moralności, i nazwać je obyczajami (unter dem Namen der Sitte dem Recht gegnüber zu stellen)".

Żeby przekonać się o mglistości prawa zwyczajowego, trudności ustalenia jego istnienia, odróżnienia od moralności i udowodnienia nie trzeba zwracać się do odległych czasów, a wystarczy spojrzeć na współczesne wypadki działania i stosowania zwyczaju.

---

[5]) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, § 20.
[6]) Geist des römischen Rechts. II, § 25.

„Kto z własnego doświadczenia zna próby udowodnienia którejkolwiek normy prawa zwyczajowego, zgodzi się ze mną, że przy tym ujawnia się to, co nazwałem istotą prawa zwyczajowego: nieokreśloność". W zależności od osób rozpytywanych o istnieniu prawa zwyczajowego lub od osoby sędziego, dowód istnienia normy zwyczajowej raz się udaje, to znów się nie udaje.

Zastąpienie normy prawa zwyczajowego przez ustawę — to nie jakiś „upadek" i „wygnanie z raju", lecz istotne ulepszenie prawa, przejście do ścisłej wyrazistości. Od subiektywizmu wewnętrznego prawo przechodzi za pomocą oficjalnego ogłoszenia do postaci obiektywnie zewnętrznej, ze sprawy uczucia przekształca się w przedmiot zewnętrznego poznania, rachunku i wymiaru; każdy może rozpoznać normę prawa i udowodnić jej istnienie w postaci ustawy.

Ten pogląd ujemny Jheringa na prawo zwyczajowe nie pozostał bez wpływu na prawoznawstwo, a nawet na ustawodawstwo. Komisja dla sporządzenia powszechnego niemieckiego kodeksu cywilnego przychyliła się do jego teorii i w swoim projekcie kodeksu zasadniczo odrzuciła prawo zwyczajowe. § 2 tego projektu głosi:

„Prawo zwyczajowe stosuje się tylko w tym wypadku, gdy ustawa powołuje się na zwyczaj".

Równało się to zupełnemu wyłączeniu, bo powołania w ustawie, wymaganego dla zastosowania normy zwyczajowej, nie umieszczono w żadnym artykule projektu kodeksu.

W uzasadnieniu twórcy w zupełności podzielają „praktyczny" punkt widzenia Jheringa.

„Decydujące argumenty na rzecz tego przepisu (wyłączenia prawa zwyczajowego) mają charakter wyłącznie praktyczny", mówią tu autorowie [7]). „Wskutek tego rozpatrzenie zagadnienia prawno-filozoficznego podstaw prawa zwyczajowego" uważają za zbędne. „Można przypuścić, że ostateczne podstawy całego prawa pozytywnego są zawarte w poglądach prawnych szerokich mas, i że te społeczne poglądy prawne mogą stwarzać prawo sposobem dwojakim, „pośrednio, jak by przez delegację" w drodze ustawowej, i bezpośrednio, w drodze przestrzegania zwyczaju, a mimo to dojść do wniosku, że wychodząc z założeń celowości wypada zahamować bezpośrednią twórczość prawa na rzecz pośredniej".

Istotna i nieunikniona wada prawa zwyczajowego, oświadczają autorowie słowami Jheringa, polega na mglistości, tak że stwierdzić istnienie normy zwyczajowej jest bardzo trudno; jej udowodnienie raz się udaje, to znów nie udaje się itd.

[7]) Motive zu dem Entw. e. b. G. B. I, § 2.

W ogóle, według uzasadnienia, dawna teoria szkoły historycznej, stawiająca prawo zwyczajowe na piedestale (Verherrlichung) ustąpiła w nowszych czasach przed nowym poglądem, według którego „przechodząc od zwyczaju do ustawy prawo czyni istotny krok naprzód" (str. 5).

Oczywiście, komisja była przekonana, że punkt widzenia szkoły historycznej jest ostatecznie złożony do lamusu i że przyłączając się do teorii Jheringa komisja może liczyć na aprobatę powszechną. W rzeczywistości jednak stało się coś wprost przeciwnego i po części istotnie nieoczekiwanego.

Okazało się, że w łonie prawoznawstwa odżyły tradycje szkoły historycznej ,i nawet zjawiły się z siłą dostateczną, aby przełamać opozycję nowego, bardziej „praktycznego" poglądu.

Podobnie jak w dziedzinie innych kwestii, przy krytyce pierwszego projektu niemieckiego kodeksu cywilnego i opracowania drugiego, który z nieznacznymi zmianami stał się ustawą, decydującą rolę uzyskał nie romanizm, najbardziej przeniknięty oportunizmem nowej „praktycznej", „realistycznej" szkoły Jheringa i pozbawiony wszelkiego ideału ożywczego tudzież twórczych idej i zasad, lecz germanizm, w ogóle mniej podatny na rozkładowy wpływ nowych doktryn i bardziej wierny poglądom założycieli szkoły historycznej. W szczególności przywódcą i niewątpliwym kierownikiem w akcji krytyki pierwszego i opracowania zasad drugiego projektu stał się nie Jhering lub jakiś inny romanista, lecz entuzjastycznie wierny uczeń szkoły historycznej, germanista Gierke.

Jaki jest jego pogląd na prawo zwyczajowe widać już z wyżej przytoczonych jego słów o poglądach szkoły historycznej na tę kwestię. W swojej słynnej krytyce pierwszego projektu, która ustaliła hasła dalszej pracy krytycznej i określiła kierunek dalszych stadiów pracy kodyfikacyjnej, Gierke oświadczył stanowczo, że gdyby nawet pominąć inne wady pierwszego projektu (kierowanie się nieżyciowym „szablonem romanistycznym" z wyłączeniem narodowego prawa germańskiego, brak wszelkiej twórczości itd.), to nieuznanie prawa zwyczajowego samo przez się wystarcza, żeby projekt stał się nie do przyjęcia. W tym samym duchu wypowiedzieli się także inni, i w ogóle okazało się, że odrzucenie przez projekt prawa zwyczajowego zamiast spodziewanej aprobaty, należnej mu jako poglądowi postępowemu i jedynie praktycznemu, wywołało ogromne oburzenie; natomiast pogląd szkoły historycznej, pozornie złożony do lamusa naukowego, ożył z nową siłą i podbił umysły prawników [8]).

[8]) Charakterystyczny objaw wpływu i siły ówczesnego prądu stanowią m. in. uwagi Oertmanna (Grünhut's Zeitschrift XXIII, 1895 r., str. 142) z powodu moich argumentów przeciwko prawu zwyczajowemu

Komisja do sporządzenia projektu drugiego czytania, która w ogóle starannie się stosowała do wskazówek i żądań germanistów, głównie Gierkego, wykreśliła oczywiście artykuł pierwszego projektu, wymierzony przeciwko prawu zwyczajowemu, przy czym zamierzano umieścić pozytywne rozstrzygnięcie kwestii zastosowania prawa zwyczajowego w „ustawie wprowadzającej" (Einführungsgesetz) do kodeksu, którą miano rozpatrzeć później. Jednakże później, przy rozpoznawaniu ustaw o wprowadzeniu w życie i zastosowaniu norm nowego kodeksu, znów powstały wątpliwości; zamiar pierwotny porzucono; przepis o zastosowaniu prawa zwyczajowego nie trafił także do Einführungsgesetz. Nie dość na tym; przepisu o uznaniu prawa zwyczajowego nie przyjęto też przy rewizji kodeksu handlowego. Przeciwnie, uchylono art. 1 dawnego kodeksu handlowego, uznający znaczenie zwyczaju w dziedzinie prawa handlowego.

Jak należy patrzeć na to ze stanowiska dogmatyki nowego prawa cywilnego i handlowego Niemiec, czy w milczeniu ustawy o prawie zwyczajowym należy dopatrywać się wyłączenia, czy pozostawienia zagadnienia do decyzji orzecznictwa — to pytanie wykracza poza nasz temat, nie należący do dziedziny dogmatyki prawa niemieckiego, lecz do dziedziny teorii i polityki prawa.

Z punktu widzenia polityki prawa, tę okoliczność, że nie udało się wcielić i utrwalić w postaci ustawy, mianowicie w nowym kodeksie cywilnym, zmartwychwstałego podczas krytyki pierwszego projektu entuzjastycznego stosunku szkoły historycznej do prawa zwyczajowego — należy uważać za postęp, za fakt dodatni.

Zresztą, nasze uzasadnienie tego wniosku nie pokrywa się z tymi argumentami, którymi autorowie pierwszego projektu

w drugim tomie Lehre v. Einkommen, str. 494, 522, 599. Zgadzając się z moimi przesłankami, w szczególności z ujemną oceną prawa zwyczajowego z punktu widzenia gospodarczego i kulturalnego, Oertmann niemniej nie tylko sam nie wysnuwa płynącego z tych przesłanek ujemnego wniosku co do tego, jakoby pożądane było uznanie prawa zwyczajowego przez przyszły kodeks, lecz nawet nie ośmiela się mnie przypisać takiej herezji, jak obrona § 2 pierwszego projektu, a tylko wskazuje na to, że moje uwagi „zawierają *nawet* przejście do obrony tego przepisu pierwszego projektu, który uległ tylu atakom", co stanowi przekroczenie właściwej miary (über das richtige Mass hinauszuschiessen). Niedawno ukazała się broszura tegoż autora o prawie zwyczajowym (p. Oertmann, Volksrecht und Gesetzrecht, 1898), w której wykazuje konieczność rewizji tej kwestii; wychodzi przy tym (wspominając o współczesnych warunkach, nie sprzyjających powstawaniu prawa zwyczajowego, i o społecznym jego znaczeniu, jako też o roli kulturalno-etycznej ustawy) z punktów widzenia, przedstawionych w Lehre v. Einkommen, i pomimo to w końcu głosi dość niekonsekwentnie „zasadniczą równość" wartości zwyczaju i ustawy.

kodeksu cywilnego motywowali swój stosunek ujemny do prawa zwyczajowego, parafrazując Jheringa.

Przeciwnie, gdyby chodziło o porównanie argumentów dawnych koryfeuszów i obecnych zwolenników teorii szkoły historycznej, argumentów przemawiających za prawem zwyczajowym, z argumentami Jheringa przeciwko niemu — bez wahania oddalibyśmy głos za pierwszymi.

Jak i w dziedzinie różnych innych kwestii, poglądy prawno-filozoficzne dawnego prawoznawstwa oraz nowe, wyłącznie „praktyczne" wywody Jheringa są, że tak powiem, niewspółmierne i nie dają się porównać z sobą, a to ze względu na swój charakter, głębokość i wagę naukową; pierwsze bowiem mają na względzie istotę rzeczy, ujawniają rozstrzygnięcie zasadnicze i głębokie, podczas gdy poglądy Jheringa tyczą się dziedziny względów powierzchownych, drobnych wygód praktycznych o charakterze przeważnie procesowym.

Jeżeli spojrzeć ze stanowiska strony w procesie, pragnącej wygrać proces na podstawie prawa zwyczajowego, to istotnie teoria Jheringa okazuje się zupełnie poprawną. Powoływanie się na zwyczaj pociąga za sobą poważne kłopoty, powstają tu kwestie dowodu, który „udaje się, albo się nie udaje". Trudności i kłopoty powstają również dla sędziego, zwłaszcza mało obznajmionego z życiem społecznym, na którego gruncie powstał proces. Sędzia i adwokat łatwiej się zorientuje nawet w ciemnym i niedostępnym dla laików królestwie rosyjskiego Zwodu Praw wraz z wszystkimi tymi ustawami, które musi znać jeszcze dodatkowo, albo w łacińskim i greckim Corpus iuris wraz ze zmianami i uzupełnieniami kodyfikacji Justyniana, kanonicznymi i innymi, aniżeli potrafi sądzić na podstawie prawa zwyczajowego.

Ale sprawa przedstawia się już w innym świetle, jeżeli spojrzeć na nią również z punktu widzenia „praktyki" i „praktyczności", lecz nie tej praktyki prawa, której tę nazwę nadali prawnicy, i nie tej „praktyczności", która zwykle jest punktem wyjścia praktycznych rozumowań Jheringa, tj. ze stanowiska praktyki i praktyczności procesowej, lecz z punktu widzenia prawdziwej praktyki prawnej, społecznej praktyki prawa. Rzeczywista praktyka prawa nie odbywa się w sądzie, i nie wykonywają jej sędziowie i adwokaci; odbywa się ona wszędzie, gdzie ludzie zawiązują między sobą rozmaite stosunki, i wykonywa ją całe społeczeństwo wszędzie i w każdej chwili.

Ten mały odsetek, a raczej nawet minimalny ułamek procentu praw i obowiązków, czynności prawnych itp., który podlega rozpoznaniu przez sąd, nie stanowi normalnej, a zarazem wspaniałej praktyki prawa, na której opiera się życie oraz materialny i duchowy dobrobyt społeczeństwa, lecz tylko rzadkie,

wyjątkowe wypadki niepowodzeń praktyki prawa, patologiczne wyjątki z praktyki prawnej. Jak niewłaściwe byłoby nazwać praktyką trawienia lub oddychania te wyjątkowe wypadki, kiedy na scenie ukazuje się medicus z olejem rycynowym lub butlami tlenu i budować higienę karmienia lub oddychania z punktu widzenia takich zjawisk, tak samo właśnie jest niewłaściwe rozstrzyganie zagadnień wartości i „praktyczności" poszczególnych instytucyj lub nawet całych działów prawa, np. zwyczajów prawnych, z punktu widzenia tego, co prawnicy nazywają „praktyką", „praktyką prawną" (Rechtspraxis, Praxis) i tych względów odpowiedniego typu, z których składa się główny arsenał mądrości praktycznej Jheringa z jego teorią „praktycznej wykonalności" prawa i powództw (Praktikabilität).

Z punktu widzenia rzeczywistej praktyki prawa zwyczaje prawne są oczywiście bardziej znane, łatwiejsze do ustalenia i poznania od Corpus iuris, Zwodu Praw i od ustaw w ogóle, chociaż sędziowie i adwokaci, przeciwnie, znają nawet zawikłane *arcana legum*, a zwykle są niedostatecznie obznajmieni z ludowym bytem prawnym i jego zwyczajami. Ze stanowiska Jheringa jest to tym bardziej jasne i niewątpliwe, że ten uczony wcale nie wymaga, aby ustawy i prawa prawników były dostępne dla społeczeństwa, lecz przeciwnie, w tym że prawo jest zrozumiałe i dostępne tylko dla specjalistów-legistów widzi realizację „prawa podziału pracy" i cechę postępu prawa; zresztą zupełnie tak samo, jak w zerwaniu „prymitywnego" związku prawa z uczuciem, moralnością itp.

„Faktem powszechnie znanym i rozpowszechnionym, mówi z tego powodu Jhering, jest zjawisko, że po osiągnięciu przez prawo pewnego stopnia rozwoju poznanie go staje się coraz bardziej niedostępne dla mas ludowych; prawo staje się przedmiotem nauki specjalnej... W tym procesie rozwoju i w tym związanym z nim skutku, że prawo staje się obce dla świadomości nie-prawników upatrywano nieraz zjawisko ujemne, a historia nauki i działalności ustawodawczej opowiada o usiłowaniach zapobieżenia temu zjawisku lub wyeliminowania go. Lecz to jest niczym innym, jak realizacją w dziedzinie prawnictwa powszechnego prawa kultury: prawa podziału pracy; podobnie jak jałowe i bezmyślne byłoby sprzeciwianie się temu prawu w innych dziedzinach, tak samo i tu" [9]) itd.

[9]) Geist II, § 37. To dowcipne i oryginalne zastosowanie „prawa podziału pracy", którego nie domyślili się ci ustawodawcy, którzy wskutek braku wykształcenia próbowali pisać ustawy dla wiadomości i dobra społeczeństwa, a nie dla wyostrzenia „techniki prawniczej" legistów, daje się wyjaśnić po części przez ogólny pogląd autora na prawo: ze stanowiska ogólnego poglądu Jheringa na istotę prawa — prawo byłoby pozbawione znaczenia i nawet by nie istniało, gdyby prawa we właściwym znaczeniu było realizowane idealnie i całkowicie, tak aby nie było uchybień, konfliktów itp. działań, wymagających odparcia, jednania, obrony, sądu ,adwokata itp. Istota prawa jest zawarta w „obronie", toteż dla jego istnienia i realizacji trzeba napadu i zamachu. Teoria prawa Jheringa jest teorią zupełnie patologiczną. Wyżej przytoczone rozważanie norm prawa z punktu widzenia dogodności procesowej odpowiada istocie jego teorii.

O nieokreśloności i trudności ustalania norm prawa zwyczajowego, jeśli brać za punkt wyjścia praktykę we właściwym znaczeniu, można mówić tylko w tym wypadku, jeśli w danej kwestii określone rozstrzygnięcie nie powstało (może go brakować i w dziedzinie ustawodawstwa). Lecz to już inna sprawa, do której powrócimy niżej. Jeśli zaś istnieje rzeczywiście *inveterata consuetudo*, to w tym miejscu i dla tych ludzi, wśród których zakorzeniła się dana tradycja, „stara prawda" — zwyczaj ustanowiony jest oczywiście nie czymś nieokreślonym i niewiadomym, lecz siłą bardzo wiadomą i niewątpliwą. Gdzie i o ile rzeczywiście można mówić o panowaniu prawa zwyczajowego, tam daje się dostrzec nieraz przesadna dokładność i ścisłość, ścisłość nawet w najdrobniejszych szczegółach. Przypomnijmy sobie np. formy testamentów, umów i innych transakcyj prawnych prawa prywatnego lub aktów publicznych pochodzenia zwyczajowo-prawnego, zwyczaje cechów, staroosyjskie „miestniczestwo" itp. Najdrobniejsze formalności i obrzędy są dokładnie ustalone i znane, jeżeli nie dzieciom i młodzieńcom, to w każdym razie starcom, którzy sami ściśle zachowują zwyczaj i chętnie przekazują go młodemu pokoleniu. Jhering mówi o mglistości prawa prymitywnego wskutek panowania w nim zwyczaju. Lecz właśnie to twierdzenie stoi w sprzeczności z prawdą historyczną. Właśnie prawo starożytne odznacza się taką ścisłością i absolutną wyrazistością, która wywołuje w nas wrażenie jakiejś żelaznej bezwzględności, despotycznego szablonu. Dla potwierdzenia tego można powołać się na jakikolwiek pomnik, zawierający zapisane starożytne prawo zwyczajowe. Norm z nieokreśloną hipotezą lub dyspozycją, miejsca dla swobodnego uznania, możliwości uwzględnienia okoliczności indywidualnych, poszczególnych wypadków itp. tam nie znajdziemy; wszędzie natomiast znajdziemy żelazny i ścisły szablon. Z obyczajów współczesnych przypomnijmy sobie przepisy gier w karty, wizyt, pojedynków, albo *mores et inveteratae consuetudines* korporacyj niemieckich studentów; prawa i obowiązki bursza i fuksa ,przepisy o strojach, o piciu piwa na komendę lub bez komendy, nawet o trzymaniu kufla, wypowiadania formułek zwyczajowych, ustanowionych dla różnych wypadków itp. — wszystko to jest jak najdokładniej przewidziane, i niezastosowanie się do czegokolwiek lub

ujawnienie jakiegokolwiek braku znajomości lub wątpliwości w tej dziedzinie nie hańbi tylko początkującego fuksa. Słynny frazes Jheringa, systematycznie powtarzany przez autorów pierwszego projektu kodeksu niemieckiego: „mglistość stanowi typową cechę przeważnej części norm prawa zwyczajowego" wykazuje tylko, że twierdząc to autor i jego zwolennicy nie wyobrażają sobie, nie mają na widoku żadnej konkretnej, historycznej dziedziny rzeczywistego panowania norm zwyczajowych, lecz rozumują na podstawie mylnych wyobrażeń aprioristycznych [10]).

Lecz przypuśćmy, że Jhering i jego zwolennicy mają rację, że w rzeczy samej w porównaniu z ustawą zwyczaj jest nacechowany mglistością i trudny do poznania, ustalenia i udowodnienia, tak że pod tymi względami ustawa jest lepsza od normy prawa zwyczajowego.

Czy te względy są zdolne obalić pogląd szkoły historycznej na prawo zwyczajowe i zastąpić go tezą, iż uwolnienie od panowania norm prawa zwyczajowego i przejście do ustaw stanowi rzeczywisty postęp, ulepszenie?

Teoria i argumentacja szkoły historycznej porusza się w filozoficznej głębi podstaw zagadnienia; obiera za punkt wyjścia wewnętrzną istotę prawa i ostateczne podstawy wartości i godności porządku prawnego. Podstawa rzeczywistej wartości prawa, godności etycznej i świętości porządku prawnego polega na tym, że prawo bynajmniej nie jest sumą nakazów, dowolnie wymyślonych przez kogoś i narzuconych masom, lecz przejawem wspaniałej substancji moralnej — ducha ogółu. Rozwijając prawo i przestrzegając go, społeczeństwo słucha głosu swego sumienia i potrzeb swojej rozumnej natury duchowej. W tej mierze, w jakiej normy prawa są wiernym wyrazem ducha społecznego i jego wymagań, są one rzeczywiście cenne, godne szacunku, i rzeczywiście cieszą się szacunkiem społeczeństwa; co więcej: tylko w tej mierze stanowią one prawdziwe prawo, a nie samowolę i bezprawie. Ponieważ zwyczaj społeczny jest bezpośrednim wyrazem poglądów prawnych mas, prawo zwyczajowe jest z istoty swojej prawdziwym prawem, odpowiada potrzebom ogółu i wymaganiom ducha narodu, zmienia się zgodnie ze zmianami tych wymagań, jest składnikiem i czynnikiem harmonijnego i zdrowego rozwoju materialnego i duchowego. Wobec tego że ustawodawstwo podlega przypadkowym i dowolnym wpływom i uchyleniom od ducha narodu, nie daje

[10]) Dla istnienia i rzeczywistego panowania norm prawa zwyczajowego oczywiście nie wystarczają nauka prawoznawstwa lub artykuł ustawy, dopuszczające lub nawet nakazujące stosowanie norm prawa zwyczajowego. O źródle mylnych wyobrażeń aprioristycznych Jheringa będzie mowa niżej.

ono dostatecznej gwarancji zdrowego i harmonijnego rozwoju itd.

W zupełnie innej płaszczyźnie odbywa się argumentacja Jheringa. Ma ona na widoku praktyczność procesową i większą wygodę stosowania ustawy wskutek większej doskonałości formalnej jej wyrazu zewnętrznego. Merytoryczna racjonalność normy, to, czy odpowiada ona rozumnym podstawom i podstawowemu zadaniu porządku prawnego, nie wchodzi w zakres jego „wyłącznie praktycznych względów". Nie dochodząc w ten sposób do głębi podstaw zagadnienia, lecz poruszając się na powierzchni drobnych praktycznych względów, dogodności zewnętrznych, jego teoria nie tylko nie obala teorii szkoły historycznej, lecz nawet z nią nie koliduje, bo się z nią wcale nie styka. Jak widać, Jhering czysto dialektycznie tylko walczy w swojej nauce z teorią szkoły historycznej, krytykuje ją i zastępuje nowym punktem widzenia. W istocie zaś krytykowana teoria nie tylko nie czuje jego ciosów, lecz one jej nie dosięgają. Dzięki swej głębi naukowej myśl szkoły historycznej jest poza zasięgiem krytyki Jheringa, tak jak w dziedzinie wielu innych kwestii, w których praktycznym poglądom tego pisarza udało się osiągnąć pozór zewnętrzny triumfu nad dawniejszymi, głębszymi ideami.

Oczywistym i psychologicznie naturalnym wyrazem i potwierdzeniem takiego stosunku teorii Jheringa do teorii szkoły historycznej jest stosunek do tych teorii: ważnego zwolennika teorii Jheringa — komisji Rady Związkowej do sporządzenia powszechnego niemieckiego kodeksu cywilnego z jednej strony, najznakomitszego spośród żyjących jeszcze wiernych uczniów szkoły historycznej — Gierkego — z drugiej.

Wswoich motywach komisja nie podejmuje dyskusji z teorią szkoły historycznej, poprostu dając pierwszeństwo przed filozofią prawa „względom wyłącznie praktycznym".

Gierke zaś jeszcze teraz uważa za możliwe oświadczyć (nie wszczynając dyskusji z argumentacją Jheringa), że szkoła historyczna „dowiodła ponad wszelką wątpliwość bezpośredniego znaczenia prawa zwyczajowego, jego siły twórczej i niezrównanej wartości".

W takim stosunku wzajemnym tych punktów widzenia wyraża się dowodnie ich niewspółmierność, różnica pomiędzy dwoma światopoglądami, które ani się nie rozumieją, ani znać się nie pragną.

Ta okoliczność wyjaśnia psychologicznie także to pozornie zagadkowe zjawisko, dlaczego w okresie krytyki pierwszego projektu teoria, o której jego autorzy mogli mówić z pogardliwą wyższością jako o nauce, złożonej już do lamusa naukowego

i ustępującej miejsca bardziej postępowej teorii Jheringa, nieoczekiwanie zmartwychwstała i pomściła swe poniżenie.

Wspaniałe i wielkie dzieło reformy prawa cywilnego na pewien czas przerwało umysłową i moralną śpiączkę nauki prawa, wywołało w niej pewien zapał oraz zdolność odczucia marności i braku powagi różnych nowych doktryn „praktycznych" i bardziej wysokiej wartości etycznej i naukowej niektórych poglądów dawniejszych. Nie nowe świadome argumenty i dowody dopomogły w tym czasie do zwycięstwa Gierkego, germanizmu i różnych zdawało się że zapomnianych doktryn dawniejszych, tak jak również nie siła naukowa argumentów dała poprzednio zwycięstwo różnym bardzo „praktycznym" teoriom Jheringa i innych, lecz coś zupełnie innego, to co nie da się wyrazić w postaci czysto rozumowych i świadomych formuł i wywodów, co nie jest sprawą jednego czynnika naszej duszy — rozumu, lecz ogólnego nastroju naszego ducha.

Działalność głowy zależy od działalności serca nie tylko w dosłownym, materialnym znaczeniu, lecz również w przenośnym, duchowym. Ożywienie serca zwiększa moc umysłu, zapał uczuć moralnych, rozszerza widnokrąg intelektualny.

Tracąc siłę i zwolenników bez jakiegokolwiek nowego obalenia, lecz poprostu wskutek chwilowego entuzjazmu i pewnego rozjaśnienia się światopoglądu nauki prawa, teoria Jehringa, wroga prawu zwyczajowemu, nie tylko przestała panować w nauce zamiast poprzedniej teorii szkoły historycznej, lecz nawet nie stanowi jako tako poważnej przeciwwagi tej teorii. Nie tylko z istoty rzeczy nauka może i powinna zająć się krytyką poglądu szkoły historycznej, obalić go lub dalej rozwinąć tę teorię, pozostawiając na uboczu nieudolne usiłowanie krytyki i obalenia jej, przedsięwzięte przez Jheringa; ale i faktycznie stan sprawy znaczenia i wartości prawa zwyczajowego w wyobrażeniach i poglądach obecnego prawoznawstwa jest taki, że wypada liczyć się tylko z teorią wpływową, właśnie z teorią szkoły historycznej.

Przechodzimy tedy właśnie do krytyki tej teorii z punktu widzenia współczesnych warunków kultury.

Dla powyższego celu krytycznego i dla stworzenia pozytywnej teorii o znaczeniu prawa zwyczajowego należy rozpatrzeć osobno:

1. Stosunek prawa zwyczajowego do życia duchowego społeczeństwa, w szczególności jego wpływ moralny i kulturalny.
2. Znaczenie prawa zwyczajowego dla dobrobytu materialnego społeczeństwa, jego znaczenie społeczno-gospodarcze.
3. Przy gospodarczej i etycznej ocenie roli prawa zwyczajowego będziemy naturalnie wychodzić z tego założenia, że prawo zwyczajowe istnieje, że dla przedmiotów, podlegających

pozytywnej regulacji prawnej, istnieją w arsenale życia społecznego zwyczaje, obdarzone mocą prawa, i przy tym w dostatecznej ilości. Lecz następnie winniśmy przejść do zagadnienia zdolności prawa zwyczajowego do dostarczania społeczeństwu dostatecznego unormowania pozytywnego, do zagadnienia „mocy produkcyjnej" prawa zwyczajowego.

Chodzi o to, że pozostawienie określonej dziedziny życia społecznego pod wpływem regulacji zwyczajowo-prawnej (jak to ma miejsce np. w Rosji w stosunku do ogromnej większości ludności, mianowicie do włościan) musi się opierać na wierze w to, że w ten sposób wykonany zostanie najistotniejszy i najpierwszy obowiązek państwa w stosunku do społeczeństwa — obowiązek zapewnienia szerokim masom dobrodziejstw prawa pozytywnego. To z kolei zakłada, że w masach powstała (albo powstanie wkrótce po pozostawieniu danej dziedziny życia unormowaniu zwyczajowo-prawnemu) ilość norm prawa zwyczajowego, dostateczna dla pozytywnego unormowania. W przeciwnym wypadku pozostaje nierozwiązane to zadanie, dla którego przede wszystkim istnieje państwo; wtedy nie może nawet być mowy o należytym wykonaniu funkcji gospodarczej i kulturalno-wychowawczej przez prawo zwyczajowe, gdyż jego nie ma, bądź też istniejące normy nie wystarczają dla należytego unormowania prawnego, i w takiej mierze w ogóle brak dobrodziejstw prawa pozytywnego; nie ma bezpieczeństwa działalności gospodarczej i innej, w ogóle nie ma trwałego prawa, a istnieje bezprawie, samowola i powstające w ich skutku klęski społeczne materialne i niematerialne, upadek gospodarczy, demoralizacja itd. W takim wypadku pozostawienie życia społecznego lub jego określonej mniej lub więcej istotnej dziedziny unormowaniu zwyczajowemu (zaniedbanie unormowania ustawowego) oznacza błąd fatalny, szkodliwe oszukiwanie siebie albo przestępne niewykonanie pierwszego i podstawowego zadania państwa.

Nauka szkoły historycznej zdaje się dowodzić, że takie niebezpieczeństwo, nader poważne gdyby było uzasadnione, w rzeczywistości powstać nie może. Zarówno pierwsi koryfeusze szkoły historycznej, jak i jej współcześni wybitni zwolennicy mówią nam, że ta nauka dowiodła nie tylko niezrównanej wartości prawa zwyczajowego, lecz i jego potężnej siły twórczej. Czy tak jest w istocie?

II

PRAWO ZWYCZAJOWE A DUCH NARODU

W ocenie prawa zwyczajowego szkoła historyczna brała za punkt wyjścia stosunek tego prawa do ducha narodu. My także zwracamy się przede wszystkim do roli prawa zwyczajowego w dziedzinie życia duchowego, idealnej kultury ludzkości, w szczególności do znaczenia etycznego norm zwyczajowych w warunkach kultury współczesnej.

Teorii szkoły historycznej przeciwstawiamy tutaj tezę następującą:

Prawo zwyczajowe nie zasługuje na to zasadnicze i absolutne zaufanie, którym się cieszy w oczach szkoły historycznej w dziedzinie zagadnienia rozwoju duchowego społeczeństwa. Przeciwnie, ślepe zaufanie do prawa zwyczajowego w tej dziedzinie i bezczynność ustawodawstwa byłyby grzechem przeciwko duchowi narodu, nie dającym się pogodzić z dobrem moralnym i dobrobytem materialnym społeczeństwa oraz jego postępem.

Oto pokrótce podstawy naszego przekonania:

1. Wspomnieliśmy już kiedyś o patologicznych zjawiskach społecznych i takich samych zwyczajach. Są możliwe i często zdarzają się w rzeczywistości takie normy prawa zwyczajowego, które dzięki swej naturze intelektualnej (wcielenia ciemnoty, zabobonu...) lub charakterowi etycznemu stanowią w życiu społeczeństwa zjawisko chorobliwe i złe. Nie mamy przy tym na myśli zwyczajów prawnych, właściwych niskiemu poziomowi rozwoju umysłowego i moralnego społeczeństwa, które nam, oceniającym je ze stanowiska pojęć i idei wyższego stopnia kultury, wydają się ignoranckimi lub niezgodnymi z wymaganiami etyki. Z tego punktu widzenia można by ustosunkować się absolutnie negatywnie nie tylko do takich norm prawa zwyczajowego, które np. zezwalają na zabójstwo zbędnych dzieci lub starców, palenie wdów, sprzedaż żon, niewolnictwo, krwawą zemstę oraz gwałty i okrucieństwa wszelkiego rodzaju, upośledzenie cudzoziemców, tudzież ludzi klas niższych, lecz również do wszystkich lub prawie wszystkich zwyczajów prawnych odpowiedniego typu kulturalnego. Lecz taki punkt widzenia grzeszyłby antyhistorycznością, nie mieliśmy też go na myśli. Przeciwnie, mamy na uwadze tylko te normy prawa zwyczajowego, które nawet na ogólnym, może bardzo szarym, tle życia duchowego społeczeństwa stanowią mimo wszystko plamę; które nie odpowiadają ogólnemu duchowi narodu, choćby bardzo niekulturalnemu, są tylko chorobliwym odchyleniem i dysonansem. Np. prawo pierwszej nocy w stosunku do kobiet-poddanek (jus primae noctis) równocześnie z religią chrześcijańską stanowi niewątpliwie taki wyjątkowy i chorobliwy przejaw egoizmu jednych i krzywdy drugich, którego nie można uważać, jak krwawą zemstę, za normalne zjawisko na danym stopniu kultury.

Również ze stanowiska ogólnych przesłanek i wymagań szkoły historycznej powstaje dla ustawodawcy obowiązek nie odnosić się biernie do tego rodzaju odchyleń, lecz obserwować je pilnie i działać bez zwłoki; przy czym teza ta w naszych czasach rozdźwięków moralnych i anarchii etycznej nabiera specjalnego znaczenia. W szczególności wyłączne panowanie stanowiska interesów, a zwłaszcza zarobku pieniężnego, ujawniające się coraz częściej w różnych dziedzinach życia i prowadzące do rozwoju zwyczajów obrotu oraz sposobów postępowania zawodowego, bardzo wątpliwych ze stanowiska etyki, często wymaga oczyszczającej ingerencji ustawy.

W naszych czasach znaczenie tej tezy pogłębia jeszcze okoliczność, że współczesnemu szybkiemu rozwojowi różnych nowych rodzajów działalności, nowych zawodów, nowych sposobów i metod zarobkowania odpowiada powolniejszy rozwój norm hamujących, stawiających przeszkody metodom wątpliwym; tak samo, wskutek wyłącznego panowania w pewnych sferach stanowiska zarobku, nowe zawody łączą się już od chwili swego powstania z takimi zwyczajowymi metodami unormowania gospodarczo-prawnego, w których tkwi źródło demoralizacji i które prowadzą do bezwstydnego wyzysku (robotników, publiczności itd.).

2. Dalej i głębiej, w kierunku niezgodności z nauką szkoły historycznej, posuwa się twierdzenie następujące, mające m. in. szczególne znaczenie dla właściwego stosunku do prawa zwyczajowego w Rosji.

Dopóki chodzi o ustrój patriarchalny, prymitywny, dopóty można mówić z pewną dozą słuszności o jednolitości ducha narodowego w tym znaczeniu, że w społeczeństwie istnieje powszechny i jednolity poziom umysłowy i moralny, któremu odpowiadają wspólne poglądy, w tej liczbie poglądy prawne. Lecz warunki rozwoju kultury czasów nowożytnych są takie, że daje się tu zauważyć większe lub mniejsze zróżniczkowanie; niektóre odłamy ludności różnią się od innych zwyczajami

i w ogóle poziomem kulturalnym. Tego zróżniczkowania — że użyjemy terminu, zapożyczonego z teorii Spencera — nie uznajemy, wbrew tendencjom tej teorii, za coś pożądanego, odpowiadającego zadaniom postępu. Przeciwnie, zadanie dalszego rozwoju polega na usunięciu istniejącego ostrego przeciwieństwa; innymi słowy — na udzieleniu klasom niższym tego poziomu wykształcenia oraz wychowania etycznego, estetycznego i prawnego, w ogóle tych idealnych dóbr kulturalnych, których posiadaniem różnią się od nich klasy wyższe. W rzeczywistości do tego właśnie różnymi drogami dążymy (por. np. ustawy o obowiązkowym nauczaniu powszechnym, troski rządów i społeczeństw o dostarczenie ludowi rozumnych rozrywek estetycznych i umysłowych itd.).

Oczywista, uznanie takiego zadania nie budzi żadnych wątpliwości u przyzwoitego człowieka. Lecz stanowi ono uznanie takiej przesłanki, której następstwa logiczne przeczą nauce szkoły historycznej i potwierdzają naszą tezę krytyczną w stosunku do prawa zwyczajowego. Przy tym nie chodzi tu już o poszczególne chorobliwe twory prawne w dziedzinie zwyczajów, lecz o ten poziom ogólny prawa zwyczajowego, o ten jego charakter ogólny, który stanowi zjawisko samo przez się naturalne i normalne, który odpowiada poziomowi kulturalnemu odpowiednich warstw ludności. Chodzi tu nie o poszczególne ciemne plamy na tle ogólnym życia prawnego, lecz o samo to tło ogólne, o podstawy i charakter całego systemu norm zwyczajowych.

Żądanie pozostawienia w mocy ludowych zwyczajów prawnych, powstrzymywania się od działalności ustawodawczej, wypływające z teorii szkoły historycznej, zawiera następujące wymagania, których oczywiście nie uświadamiają sobie autorzy teorii:

a) nie udzielać szerokim masom wyższych p r a w n y c h dóbr kulturalnych;

b) powstrzymać proces równania stanu posiadania pozostałych dóbr kulturalnych, np. estetycznych, etycznych itp.

Teza pierwsza jest jasna sama przez się; druga wynika z tego, że prawo jest podstawą organizacji społecznej i wywiera nadzwyczaj silny wpływ na pozostałe dziedziny życia kulturalnego, że więc jego poziom kulturalny w wysokim stopniu określa rozwój (lub zastój) w pozostałych dziedzinach życia duchowego danej klasy społecznej.

Nie dość na tym. Nietykalność mniej kulturalnego prawa zwyczajowego mas ludowych nie tylko stoi w sprzeczności z wymaganiem udzielenia tym masom dostępu do dóbr prawnych wyższego typu kulturalnego i podniesienia poziomu kulturalnego w ogólności, lecz może nawet wywrzeć szkodliwy,

w szczególności demoralizujący wpływ na bardziej kulturalną część społeczeństwa. Dla zilustrowania tego, przypuśćmy, że np. w jakiejś kolonii afrykańskiej narodu kulturalnego, wśród ludności niekulturalnej, w imię wierzeń szkoły historycznej pozostawia się w mocy lub nawet troskliwie się ochrania w stanie nietykalnym tubylcze prawo zwyczajowe, oparte na niewolnictwie, zawierające prymitywne prawo karne z całą jego brutalnością i okrucieństwem, uświęcające i nakazujące zemstę, samowolę i gwałty w różnych postaciach itd. Rzecz jasna, że wywołałoby to zbarbaryzowanie obyczajów i obniżenie poziomu kulturalnego także cywilizowanego odłamu ludności. W szczególności odłam ten zacząłby również korzystać z niewolnictwa dla swoich celów, straciłby w znacznym stopniu szacunek dla jednostki ludzkiej, nauczyłby się odnosić do bliźnich jak do bydła roboczego itd. Przy tym to obniżenie poziomu kulturalnego miałoby charakter chorobliwy, rozkładowy, a nie byłoby tylko powrotem do kultury prymitywnej, brutalnej i niskiej, lecz samej przez się mniej lub więcej zdrowej.

Oczywiście, różnica poziomu kuturalnego klasy inteligentnej i włościaństwa w Rosji nie jest tak jaskrawa i widoczna jak w powyższym przykładzie. Niemniej ustalone wyżej tezy pozostają proporcjonalnie słuszne i w tym wypadku. W szczególności słuszną pozostaje nawet teza, że naturalny (wskutek niższego ogólnego poziomu kulturalnego), stosunkowo niższy poziom zwyczajów prawnych włościaństwa musi prowadzić do zbarbaryzowania obyczajów i poglądów klas wyższych, pozostających z nim w styczności. Tak np. wykształcony ziemianin, który w szkole, z literatury itd. wyrobił sobie poglądy, z którymi nie daje się pogodzić bicie rózgami za wykroczenia, często drobne i nieznaczne, tym bardziej za uchybienia według naszych poglądów czysto cywilistyczne, za niezapłacenie długu, za niestawienie się do pracy itd. — nie rzadko ulega w sprawach z włościanami pokusie wykorzystania tej „instytucji" dla swoich celów. Zupełnie tak samo interesy egoistyczne, względy „praktyczne" zmuszają wielu do wykorzystania upośledzenia prawnego żony w stosunku do męża w stosunkach włościańskich, prawa męża do bicia domowników i rozporządzania ich osobami, szczególnych zwyczajów sądów gminnych, nie odpowiadających naszym pojęciom o wymiarze sprawiedliwości, braku poczucia godności osobistej oraz niedopuszczalności gwałtów nad nią itp.

Jeżeli sięgniemy do historii, przekonamy się z łatwością, że stosunek szkoły historycznej do prawa zwyczajowego jest antyhistoryczny: neguje lub pomija ten czynnik, który grał stałą i poważną rolę w dziejach nowej kultury europejskiej, tę siłę, bez której potężnego działania nie wytworzyłaby się

kultura, z której owoców korzystamy teraz, zapominając niejednokrotnie o jej pochodzeniu.

Bezprzykładnie szybki wzrost i bogaty rozkwit cywilizacji wśród barbarzyńców, którzy zburzyli imperium rzymskie i zapełnili Europę swoimi hordami, nie daje się bynajmniej wyjaśnić przez niezmącony rozwój zwyczajów, właściwych tym barbarzyńcom - poganom, lecz przeciwnie, przez wyplenienie tych zwyczajów, zastąpienie ich przez ustawodawstwo chrześcijańskie i wprowadzenie prawa typu bardziej kulturalnego. Pomniki historyczne tego okresu kultury mówią o systematycznym i uporczywym tępieniu zwyczajów i przesądów pogańskich przez Kościół i władzę świecką, znajdującą się pod jego kierownictwem. Oczywiście, chodzi głównie lub wyłącznie o krzewienie wiary chrześcijańskiej jako takiej. W rzeczywistości jednak pod pojęcie tępionego pogaństwa podciągało się wszystko, co wydawało się barbarzyńskie, niekulturalne ówczesnym przedstawicielom kultury wyższej. Tylko jednym z najlepiej znanych przykładów jest uporczywa walka z prymitywnym prawem zwyczajowym w dziedzinie stosunków płciowych i w ogóle rodzinnych oraz wprowadzenie nowej podstawy organizacji społecznej, mianowicie chrześcijańskiej rodziny monogamicznej. Zemsta krwawa, wzajemne tępienie się rodów, najprzeróżniejsze rodzaje gwałtów, uświęcone przez prymitywne prawo zwyczajowe itd., także były systematycznie tępione przez Kościół i państwo, narzucające w ogóle prawo, które odpowiadało światopoglądowi nieskończenie wyższemu w sensie umysłowym i moralnym od światopoglądu, właściwego masom ludowym. Takie narzucanie wyższej kultury i wyższego prawa w nowej Europie za pomocą mniej lub więcej głębokiego uchylenia dawniejszego ustroju zwyczajowo - prawnego odbyło się, że tak powiem, w kilku etapach. Najnowszym przykładem wspaniałego triumfu ustawodawstwa nad prawem zwyczajowym i zarazem światła kultury nad mrokiem było zniesienie stanowo-feudalnego ustroju zwyczajowego, ustawodawcze uznanie wolności jednostki i własności, oswobodzenie jednostki od ciężkich i różnorodnych więzów dawnych porządków. Zresztą, najnowsze kroki ludzkości na drodze postępu i kultury stanowią w znacznym stopniu potwierdzenie faktyczne następnej trzeciej tezy, która w naszym przekonaniu ma jeszcze większą wagę niż poprzednie dla krytyki wartości kulturalnej prawa zwyczajowego [1]).

[1]) Poprzednie uwagi nie zawierają twierdzenia, że należy narzucać prawo wyższego typu kuturalnego za pomocą radykalnego i nagłego usunięcia mniej kulturalnego prawa zwyczajowego. Poniższe uwagi o konserwatyzmie prawa zwyczajowego nie zawierają twierdzenia, że siła inercji właściwa zwyczajowi, usprawiedliwia absolutne potępienie tego

3. W poprzednim rozumowaniu zakładaliśmy, że prawo zwyczajowe, ze względu na swoją treść etyczną i w ogóle kulturalną, nie stoi niżej od tej atmosfery duchowej, wśród której działa.

Nasz postulat krytycznego stosunku do prawa zwyczajowego i ewentualnego oddziaływania ustawodawstwa wynikał z założenia współistnienia różnych warstw ludności o różnym poziomie kultury, oraz wymagania udzielenia wyższych dóbr kulturalnych tym warstwom, które ich są pozbawione.

Lecz teraz sięgamy dalej, i zmuszeni jesteśmy wysunąć taką tezę, która, jeśli jest uzasadniona, podcina naukę szkoły historycznej w jej podstawach, w samym założeniu, i ma przy tym znaczenie powszechniejsze; w szczególności, ma zastosowanie i do przypadku, gdy różne odłamy społeczeństwa znajdują się na jednakowym poziomie kulturalnym, a w wypadku istnienia różnicy pod tym względem pozostaje słuszną w stosunku do prawa zwyczajowego wszystkich klas, nawet najbardziej kulturalnych.

Podstawowa przesłanka, punkt wyjścia szkoły historycznej, polega na tym, że prawo zwyczajowe jest dokładnym wyrazem ducha narodu, zmieniającym się stosownie do zmian życia duchowego narodu, jego potrzeb i poglądów. Zwyczaj — to tylko zewnętrzny wyraz poczucia wewnętrznego, przekonania, zewnętrzne zachowanie wymagania wewnętrznego i nic więcej. Stąd pochodzi wrażliwość prawa zwyczajowego (w odróżnieniu od ustawy) na rozwój ducha narodu, jego niezwykła ruchliwość i giętkość, zdolność przystosowania się nawet w subtelnych odcieniach do nowych potrzeb i poglądów. Przyznaje to, a nawet opisuje wymownie, również Jhering [2]), który dopiero w dalszym wykładzie przeciwstawia tej zalecie prawa zwyczajowego

rodzaju prawa. O tych zagadnieniach będzie mowa niżej, w dalszym ciągu szkiców niniejszych. Przed ich ukończeniem podobne wnioski, a tym bardziej jakiekolwiek wnioski ujemne co do naszego poglądu na wartość zbadania prawa zwyczajowego, byłyby przedwczesne.

[2]) Geist d. R. R. II, 25. „Dawniej (za panowania prawa zwyczajowego) prawo i poczucie prawne były czymś jednolitym. Obecnie (z pojawieniem się ustawy) rozłączają się one; zamiast czynnika subiektywno-wewnętrznego zjawia się coś obiektywno-zewnętrznego. Nie to jest teraz prawem, co żyje w sercu podmiotu, lecz martwa litera. Dawniej istniała jedność prawa i życia; ze zmianą życia zmieniało i przystosowywało się także prawo; prawo nigdy się nie spóźniało w stosunku do ducha czasu, nigdy się nie znajdowało w sprzeczności z potrzebami życia. Pojawienie się ustawy oznacza ustanie tej jedności. Prawo nie znajduje się już więcej w atmosferze życia i nie posuwa się naprzód z nim razem, lecz stoi na zewnątrz niego bez ruchu, z zewnątrz kierując doń swoje wymagania. Ustawa zastyga już w chwili jej nakreślenia, podczas gdy życie posuwa się bezustannie; niemniej musi się ono poddawać martwej literze przeszłości".

swoją teorię „praktyczną" wyższości ustawy, wyłożoną wyżej; „taka korzyść" (wynikająca właśnie z „rozdziału prawa ze społecznym poczuciem prawnym", z zastąpienia zwyczajów przez ustawy), która nieskończenie przewyższa „pewną stratę, polegającą na pozbawieniu prawa jego giętkości i ruchliwości".

Lecz właśnie ta teoria giętkości i ruchliwości prawa zwyczajowego jest niezgodna z prawdą. Za typową cechę prawa zwyczajowego należy uznać właśnie konserwatyzm i bezwład; nie zdolność nadążania za rozwojem ducha narodu, lecz właściwość spóźniania się w stosunku do niego i hamowania jego swobodnego ruchu swoją bezwładnością tak samo, jak nie mglistość, lecz, przeciwnie, ostro i drobiazgowo określony szablon stanowi prawdziwą cechę prawa zwyczajowego.

W rzeczywistości, zarówno argumenty dawnych i obecnych przedstawicieli szkoły historycznej, jak i rozważania Jheringa o „niejakiej" wartości oraz zupełnej nieprzydatności praktycznej prawa zwyczajowego i niezrównanie większej doskonałości ustawy wypływają z przesłanek zasadniczo błędnych, wypływających z kolei z pomieszania pojęć. Rozważania te nie wynikają z poznania prawa zwyczajowego, ze znajomości jego istoty i cech rzeczywistych; można by powiedzieć, że nie są one w ogóle skierowane pod adresem prawa zwyczajowego i nie dotyczą go, aczkolwiek używa się wyrażenia „prawo zwyczajowe". W rzeczywistości rozważania te są dopuszczalne i mają sens naukowy nie w stosunku do prawa zwyczajowego, w ogóle nawet nie w stosunku do któregokolwiek z rodzajów prawa pozytywnego, lecz w stosunku do prawa niepozytywnego — prawa intuicyjnego [3]).

Niewątpliwym faktem psychologicznym jest, że często uznajemy cudze prawa i czynimy im zadość, albo przypisujemy prawa sobie, i inni bez szemrania wykonywują nasze roszczenia — nie na podstawie zewnętrznego autorytetu ustawy lub ustanowionego zwyczaju, lecz po prostu z mocy bezpośredniego przekonania, że takie a takie roszczenia prawne są uzasadnione, sprawiedliwe, niezależnie od jakichkolwiek autorytetów zewnętrznych lub nawet wbrew nim; — w tych wypadkach działamy nie na podstawie prawa pozytywnego, zewnętrznie ustanowionego, lecz na podstawie autonomicznych przekonań prawnych, podpowiadanych przez własną intuicję bezpośrednią („poczucie prawne", „świadomość prawną") każdego. Niezawisłe od autorytetu zewnętrznego autonomiczne przekonania normatywne, o tyle, o ile posiadają pewne cechy, uzasadniające zaliczenie ich do typu przekonań prawnych (por. wyżej powo-

[3]) Por. „Wiestnik Prawa" nr 1, 1899 r., artykuł: „Co to jest prawo?".

łany artykuł), uznajemy za prawo i nazywamy takie prawo intuicyjnym.

Otóż to prawo intuicyjne jest rzeczywiście giętkie i zmienne, nie stanowi czegoś zastygłego w przeszłości i wywierającego przez swój autorytet ciśnienia na teraźniejszość, na zmienione poglądy itd.; gdyż intuicyjne normy prawne są właśnie „żywe", zmieniają się zgodnie ze zmianami ducha czasu oraz naszych poglądów.

Lecz przystosowanie postępowania zewnętrznego do takich norm intuicyjnych stanowi właśnie działanie i przejawianie się prawa intuicyjnego, nie zaś prawa pozytywnego, chociażby takie zachowanie było bardzo częste i jednostajne. Poddając naszą wolę i nasze postępowanie takim naszym przekonaniom, jesteśmy posłuszni i poddajemy się nie zwyczajowi lub ustawie (chociaż być może, że ustawa także przepisuje to samo postępowanie), lecz właśnie naszemu prawu intuicyjnemu. Obserwacja zewnętrznego wyrazu takich przekonań, tj. działania prawa intuicyjnego, nie daje nam poznania istoty, działania oraz zalet lub wad prawa zwyczajowego.

Aby poznać działanie prawa zwyczajowego i jego pożyteczność lub szkodliwość, należy podjąć obserwację i badanie innego faktu, również psychicznego i niewątpliwego, zjawiska, które się odznaczało szczególnie szerokim zasięgiem na prymitywnych szczeblach kultury, lecz nie znikło i teraz.

Często ludzie poddają się autorytetowi ustalonego porządku zwyczajowego, szczególnie jeśli chodzi o zwyczaj stary, uświęcony przez wieki. „Tak postępowali nasi ojcowie, nasi dziadowie" — stanowi argument autorytatywny i dostateczny dla regulowania postępowania; „tak się zawsze robiło", „taki jest stary obyczaj", jak się wyrażają starożytne zbiory prawa. Autorytet zwyczaju starożytnego wyobraża siłę psychiczną szczególnego rodzaju i przy tym niemałą siłę (Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est. [4]). Zakorzeniony stary zwyczaj stosuje się jak ustawę, i takie prawo jest prawem zwyczajowym, prawo zwyczajów przodków (Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum [5]). Prawo to cieszy się takim autorytetem i taką pewnością, taką niewątpliwością dowodu, że nawet nie ma po co go zapisywać (Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere [6]). W tych oto powiedzeniach rzeczywiście widać zrozumienie istoty prawa zwyczajowego. Staro-

[4]) L. 2 C. quase sit longa consuetudo 8,52.
[5]) L. 32 § 1 D. de legibus 1, 3.
[6]) L. 36 eod.

żytny prawnik Paulus, autor ostatniego z przytoczonych powiedzeń, zdziwiłby się bardzo, gdyby usłyszał rozważania Jheringa, że prawo zwyczajowe jest z jednej strony giętkie i zmienne, nie stanowi czegoś stałego, zakrzepłego jak ustawa, ale odzwierciedla nowe poglądy i przekonania, lecz że z drugiej strony jest ono bezwartościowe jako prawo, gdyż nie można go ustalić i udowodnić, tak że trudno wygrać proces. Na pewno powiedziałby, jak twierdzimy i my, że tylko przez nieporozumienie, wskutek nieznajomości prawa zwyczajowego wypowiada się te rozważania pod adresem jus moribus constitutum. Psychologia prawa zwyczajowego jest zupełnie odmienna. Jego moc prawna, jego autorytet normatywny nie zależą wcale od naszych bezpośrednich uczuć i przekonań, odzwierciedlających nowe prądy życia i nowe dążenia; przeciwnie, im zwyczaj jest starszy, tym większy ma autorytet caeteris paribus; im bardziej zastygł w przeszłości, tym mocniejsze ciśnienie wywiera na teraźniejszość, podporządkowując sobie ludzi nie zgadzających się, myślących już inaczej, lecz bezsilnych w stosunku do ustalonego porządku. Normy prawa zwyczajowego nie są ruchliwymi falami płynącego życia, lecz niewzruszoną granitową skałą starożytnej formacji pośród bałwanów pojawiających się i płynących fal — zmiennych norm intuicyjnych, nowych uczuć i przekonań. Płynące fale nowych prądów życia i przekonań mogą podmyć tę skałę swoim powolnym, lecz stałym działaniem.

Czasem, wskutek żelaznego oporu starego porządku zwyczajowego, prawo intuicyjne ulega takiemu zgęszczeniu, jego dążenie do znalezienia sobie ujścia osiąga taką intensywność, że następuje wybuch, który rozsadza granitową skałę na miazgę; lecz t y l k o nieporozumienie jest zawarte w teorii, która dopatruje się w prawie zwyczajowym właśnie wcielenia czynnika giętkości, ruchliwości, nowości, wrażliwości na nowe prądy i zagadnienia. Panowanie prawa zwyczajowego nie oznacza panowania tego, co nowe i żywe nad tym co stare i zastygłe, lecz właśnie naodwrót, panowanie starodawności. Właśnie tak, tj. „starodawnym" nazywali je ci, którzy je istotnie znali, którzy sami odczuwali jego moc i autorytet, a nie mędrkowali na tematy, nie mające z prawem zwyczajowym nic wspólnego.

„A namiestnik wielkiego księcia i ciwun ma sprawować sądy po starodawnemu" [7]).

„A kto z kim powoła się na świadka, to mający przybyć weźmie zakład na sto wiorst po dawnemu" (tamże, art. 23).

„A w innych sprawach rok ma być po dawnemu" (art. 24 tamże) itd.

[7]) Nowogrodzka gramota sądowa, art. 3.

„...do ksiąg wpisać po dawnemu; a opłatę brać również po dawnemu" (Księga sądowa 1550 r., art. 94).

„...a sądzić ma twój namiestnik według starego zwyczaju Nowogródzkiego" (umowa Nowogrodu z królem polskim Kazimierzem IV z r. 1470, art. 1).

„A twój dworecki ma mieszkać na Horodyszczu w dworcu, według starego zwyczaju Nowogródzkiego; a twój dworecki ma sprzedawać opłaty z posadnikiem nowogródzkim po staremu od dnia Św. Piotra" (art. 2 tamże) [8]).

To samo, czyli starożytność, wyrażają także inne nazwy [9]) „prawa zwyczajowego" (które jest terminem prawoznawstwa, a nie wyrażeniem języka ludowego): poszlina, pokon, zakon (wyraz rosyjski „zakon" oznaczał pierwotnie stary zwyczaj) itp. Przy tym pomniki zwykle nie poprzestają na tych wyrażeniach, które same przez się oznaczają starożytność, lecz dodają ponadto epitety, wzmacniające to znaczenie: stara „poszlina", stary zakon, „zakony swych ojców i podania", „według zakonu i pokonu naszego języka" itd.

Obecne wyrażenia „prawo zwyczajowe", „Gewohnheitsrecht" (prawo przyzwyczajenia), droit coutumier itd. również winnyby wzbudzić sceptycyzm pod adresem doktryny obiegowej o zmienności i giętkości prawa zwyczajowego. Albowiem już te wyrażenia mówią, że normy tego rodzaju są zakrzepłe, niezmienne. Lecz pomniki prawnicze i inne pomniki historyczne, o ile używają wyrażeń, oznaczających „przyzwyczajenie", „zwyczaj" itp. dla oznaczenia prawa zwyczajowego, prawie zawsze dodają epitet wzmacniający. Tak np. pomniki nie mówią po prostu o „zwyczaju", lecz o „starym zwyczaju", „dawnym zwyczaju", lub nawet „starodawnym zwyczaju" [10]). Bez takich epitetów wyraz „zwyczaj" spotyka się, według naszych spostrzeżeń, w starych pomnikach słowiańskich, dla oznaczenia prawa zwyczajowego tylko wtedy, kiedy chodzi o to, żeby za pomocą ustawy wyplenić, unicestwić szkodliwe zwyczaje prawne [11]).

[8]) Por. art. 5, 6, 8, 11, 17, 18, 21, 24, 26, 29 tamże.

[9]) Rosyjskie (przyp. tłum.).

[10]) Por np. Statut Litewski, Rozdział III, art. 4 pod tytułem „Wrady stary majut zachowany byti podle dawniago obyczaju"; tamże VI, 1 (togdy toje prawo majet sużono byti wodle starogo obyczaja); tamże art. 37 (według starodawnogo obyczaja). Por. „Zakonnik obszczi Crnogorski i Brdski" z 1798 r. „Czeternajesto (14): da se imaju suditi po starome obyczaju" itp. (Przytoczone tu pomniki słowiańskie cytujemy według Jirecka, Svod Zakonuv Slovanskych).

[11]) Por. Statut króla Władysława II, dany Litwie w r. 1420—1423, art. 1. „Był niedobry zwyczaj... były między nimi przysięgi i szkody. Pragnąc to uchylić..."; art. 3: „Uchylamy szkodliwy zwyczaj, którego nasi poddani trzymali się powszechnego zwyczaju" — itp. w tym samym duchu. Zresztą i w tym pomniku ustawodawczym, poświęconym specjalnie tępieniu „szkodliwych zwyczajów", spotyka się wyraz „zwyczaj"

Zupełnie tak samo prawnicy rzymscy nie mówią o consuetudo po prostu, lecz zwykle dla charakterystyki prawa zwyczajowego używają wyrażeń: inveterata consuetudo, longa, longaeva, diuturna consuetudo, consuetudo ususque longaevus lub nawet perpetua consuetudo [12]). To samo stosuje się do pomników prawniczych innych narodów, napisanych po łacinie [13]) itd.

Wskutek tego pomniki nie przypisują nigdy ustanowienia zwyczaju pokoleniu współczesnemu, lecz zawsze przodkom (mores majorum, ustawy ojców i podania itp.). Wskutek tego także znajomości prawa zwyczajowego nabywa się w drodze dziedziczenia, przekazywania, przejścia od starców, ojców, dziadów, przodków do młodych i do współczesnego pokolenia [14]).

Wskutek tego, następnie, prawo zwyczajowe, zwłaszcza formalności i obrzędy prawa zwyczajowego, nawet czasów nowożytnych są cenne dla archeologów kultury ludzkiej, dla historyków czasów najdawniejszych, epoki kultury prymitywnej, nawet przedhistorycznej, gdyż w nich znajdują się skamieliny okresu przedpotopowego z dziedziny psychiki ludzkiej.

Należy uznać, że np. niektóre zwyczaje prawne, które jeszcze teraz można zaobserwować nie tylko w życiu wiejskim, lecz również na targach nowogródzkich [15]), zawierają przeżytki z epoki ludożerstwa i używania krwi ludzkiej przy zawieraniu transakcyj prawnych. Niektóre zwyczaje współczesne prawa familijnego zawierają przeżytki epoki pogańskiej, epoki porywania kobiet, epoki kupna żon, epoki zawierania ślubów nie przez nowożeńców, lecz przez ich zwierzchników itd. Na posiedzeniu korporacji studentów niemieckich, przebywamy przeważnie w sferze psychiki wieków średnich. Lecz można tu znaleźć skamieliny jeszcze starsze, pochodzące w szczególności z epoki pogaństwa, a nawet z epoki animizmu i kanibalizmu.

---

także w związku z jego zwykłym towarzyszem, wyrazem „stary"; art. 13: „Ze zwyczaju prawa... starego tak bywało... My stanowimy"...

[12]) Por. 1, 6, D. quod cujusc. un. 3, 4 (nisi lex municipii vel perpetua consuetudo prohibeat).

[13]) Por. np. pomnik czeski Statuta Ducis Ottonis § 20 (et entiquae consuetudines conserventur). Por. zresztą Statuta Wislicensia I, 55: Abusiva consuetudine noscitur esse conservatum... Unde nos eandem consuetudinem reprobantes, statuimus...; 63 eodem (Consuetudine iniquissima ministerialium); lecz tamże str. 57 czytamy: „Licet antiquitus fuerit observatum..."

[14]) Por np. Chorwacki Statut Vinodolski, 1289, wstęp: Jzbrase se od vsakoga grada Vinodolskoga ne vse starijsij na vkup... da se bolje spominjahu v zakonih svojich otac, i od svojih déd ća bihu slisali... da bi vse dobre stare izkusene zakone u Vinodolu cinili poloziti v pisma, od kih bi se mogli spomenuti ili slisati od swojich atac u déd zgora-recenich; dalej jeszcze powtarza się: „ke budu zdola pisane, vola ke su slisali od svojich stariih" itd.

[15]) Autor ma na myśli Niżni Nowogród (przyp. tłum.).

Zadziwiający konserwatyzm zwyczajów, ich zdolność przekazywania nowym czasom poprzez setki i tysiące lat skamieniałych wytworów pierwotnej, najstarożytniejszej psychiki — wyjaśniają to zjawisko, że rzeczywiste prawo zwyczajowe (nie zaś te zjawiska, na których temat przez nieporozumienie rozwodzą się współcześni teoretycy prawa zwyczajowego) staje się w znacznym stopniu niezrozumiałe dla tych, którzy sami zachowują te zwyczaje, lub dla obserwatorów. „Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest" — jest tezą szczególnie słuszną w dziedzinie zwyczajów w ogólności, a prawa zwyczajowego w szczególności. Istnieje wiele zwyczajów, niezrozumiałych jeszcze nie tylko dla tych, którzy je zachowują, lecz i dla nauki, gdyż ich wyjaśnienie wymaga często znajomości życia i poglądów najdalszych przodków, po których nie doszły do nas nie tylko żadne ustawy, lecz w ogóle żadne pomniki pisemne. Przy tym im mniej zrozumiały jest pewien zwyczaj dla tych, którzy go przestrzegają, z tym większą dokładnością i tym bardziej nieodstępnie go się zachowuje. Przodkowie starożytni, którzy rozumieli znaczenie zwyczaju, mogli popełniać różne odstępstwa stosownie do okoliczności; zaś ich potomkowie, którzy otrzymali w dziedzictwie sam zwyczaj, lecz nie rozumienie jego znaczenia, boją się najmniejszego odstępstwa, gdyż nie wiedzą co w danym zwyczaju jest ważne, i przypisują jednakową wagę i świętość każdemu drobnemu szczegółowi. Niezrozumiałość zwyczaju, tudzież jego starożytność, sięgająca czasów niepamiętnych, prowadzą zwykle do tego, że jego ustanowienie przypisuje się bogom. Z kolei, sankcja religijna sprzyja zakrzepnięciu zwyczaju, dając mu możność niezmiennego istnienia i zachowania się w najdrobniejszych szczegółach w ciągu licznych dalszych szeregów pokoleń. Lecz to samo zjawisko daje się zauważyć w tych dziedzinach, w których sankcja religijna nie istnieje, np. w dziedzinie zwyczajów pochodzenia stosunkowo niedawnego. Znowu przypomnimy zwyczaje studentów niemieckich, które nie zwracają na siebie uwagi uczonych prawników i nie stanowią podstawy rozstrzygnięć sądowych, lecz niemniej stanowią doskonały na ogół materiał dla zapoznania się z istotą prawa zwyczajowego — materiał o wiele lepszy niż to prawo zwyczajowe, którego istnienie i działanie nauka prawa lub ustawa ustalają przez nieporozumienie tam, gdzie go nie ma. Koledzy zagraniczni, dopuszczeni na posiedzenia korporacyj, obserwujący obrzędy pojedynków itd., dziwią się, są zaskoczeni i śmieją się z tych zwyczajów (wskutek nierozumienia ich znaczenia). Sami zaś bursze i fuksy wykonywają wszystko tak, jak wykonywa się niezrozumiałe, lecz tym bardziej uświęcone obrzędy religijne.

W wypadku gdy zwyczaje, wskutek sankcji religijnej lub wbrew niej, osiągają taki stopień trwałości, że nie ulegają wcale lub prawie wcale działaniu czasu i stanowią nie oddzielne odłamki i przeżytki minionych epok wśród nowego prądu życia, lecz cały rozległy skamieniały system, sieć żelazną, krępującą cały organizm społeczny, może się sprawdzić ta teza, którą teoretycy prawa zwyczajowego biorą za punkt wyjścia, mianowicie teza o zgodności prawa zwyczajowego z duchem narodu; lecz tylko nie wskutek tego, że prawo zwyczajowe czujnie i szybko podąża za rozwojem ducha narodu, lecz odwrotnie — wskutek tego, że rozwój ducha narodu jest skrępowany i wstrzymany, że żelazna sieć ustanowionych porządków zwyczajowych nie pozostawia miejsca dla swobodnego ruchu i postępu ducha, że rodzi ona otępienie, zupełną apatię i zastój życia intelektualnego i moralnego narodu. Tu polecamy uwadze zagorzałych wyznawców prawa zwyczajowego współczesne Chiny. Zresztą historia, a zresztą i współczesny stan ludzkości na dość znacznej części powierzchni kuli ziemskiej, dają nam mnóstwo przykładów, zawierających potwierdzenie faktyczne wyżej przytoczonej tezy. Zamiast zbierać przykłady państw, które zginęły wskutek niemożności samodzielnego wyzwolenia się z zakrzepłego prawa zwyczajowego, przypomnimy tutaj tylko jedną dobrze znaną instytucję prawa zwyczajowego, której samo wspomnienie naprowadzi tych, którzy by pragnęli dokonać szczegółowego sprawdzenia historycznego naszych tez, na drogę bardzo licznych i wyraźnych faktów, potwierdzających naszą teorię skostniałości prawa zwyczajowego. Mamy na myśli instytucję kast. Instytucja ta, nawiasem mówiąc, z samej swej istoty stanowi szczególnie typowy wzór zwyczajowego tworzenia się prawa, gdyż ustanowienie jej za pomocą ustawy nie jest do pomyślenia, tak jak nie do pomyślenia jest oddanie jednej części ludności (często przeważającej liczebnie) w niewolę drugiej drogą ustawy, a możliwe jest to tylko za pomocą zwyczaju.

Zauważmy jeszcze, że dla zebrania bardziej obfitego materiału badawczego zwyczajowo-prawnego wypada mieć na względzie, iż normy, zawarte w zbiorach pisanych prawa, lub tradycje ustne, nazywane ustawami i przypisywane różnym ustawodawcom starożytnym, np. królom, kalifom, prorokom, bohaterom, wielkim kapłanom lub samym bogom, są często wyłącznie lub przeważnie płodami zwyczajowej twórczości prawnej. Tak np. podstawy prawa muzułmańskiego, nader mocno obejmujące organizm i „ducha" narodu, i jak się zdaje, wyłączające możliwość mniej lub więcej istotnych reform, skazujące Turcję oraz inne państwa muzułmańskie na wstecznictwo, zastój, a ostatecznie zapewne na zagładę w zetknięciu z innymi narodami, nie pozbawionymi możliwości postępu — podstawy

te stanowią niemniej uderzającą ilustrację do teorii giętkości i ruchliwości prawa zwyczajowego. Duch narodowy narodu żydowskiego jest także skrępowany pod pewnymi względami w swoim rozwoju i ponosi wypaczające skutki istnienia skamielin pochodzenia zwyczajowego (nieraz bardzo starożytnych epok kultury). Poszczególnym osobnikom i grupom postępowym brak mocy do walki z siłą ich inercji, tymbardziej, że wskutek fatalnego zbiegu okoliczności wykluczone jest zastosowanie odświeżającego działania ustawodawstwa narodowego.

*

W poprzednim szkicu poddaliśmy krytyce obiegową teorię giętkości i ruchliwości prawa zwyczajowego. Zwróciliśmy uwagę na to, że teoria ta opiera się na nieporozumieniu teoretycznym, że pozostaje w sprzeczności z samą istotą prawa zwyczajowego oraz ze świadectwem historii. Przeciwnie, zwyczaj jest wcieleniem wstecznictwa i zastoju w życiu społecznym. Jego cechą charakterystyczną nie jest giętkość i zdolność przystosowania się do nowych prądów ducha narodu, lecz przeciwnie — uporczywe trzymanie się przedpotopowych skamielin psychiki ludzkiej, a w każdym razie tego, co starodawne.

Jako na szczególnie dobitne, a zarazem świetne potwierdzenie naszego poglądu wskazaliśmy na ten fakt, że bogaty rozwój i zakrzepnięcie prawa zwyczajowego często prowadziły w dziejach ludzkości do zastoju życia społecznego, pozbawiały ludy zdolności do postępu, co zresztą dowodnie ilustruje obecny stan znacznej części ludności kuli ziemskiej, np. cesarstwa chińskiego, Turcji itd.

Na tej drodze wytwarza się czasem swoista „harmonia" prawa i ducha narodu w znaczeniu wprost przeciwnym temu, który powyższemu wyrażeniu nadawała szkoła historyczna, mianowicie nie w znaczeniu szybkiego i giętkiego przystosowania się prawa zwyczajowego do nowych poglądów i prądów ducha narodu, lecz przeciwnie, w znaczeniu despotycznego poddania ducha narodu starożytnemu i zastygłemu szablonowi.

Dla celów dalszego badania wpływu prawa zwyczajowego na życie duchowe narodu musimy teraz dołączyć do tych tez omówienie, że to uzgodnienie przymusowe ducha narodu z układem prawno- zwyczajowym, które się wytwarza w wyniku zakucia ducha narodu w pęta krystalizacyj prawno-zwyczajowych, nie usuwa różnych poszczególnych rozdźwięków, nie prowadzi do zupełnej i wszechstronnej „harmonii". Gdyby zakrzepły system prawa zwyczajowego zatrzymał ruch i dalsze przeobrażenie się ducha narodu całkowicie, we wszystkich częściach i przejawach, gdyby w ten sposób szerokie masy były zatrzy-

mywane w swym życiu intelektualnym i moralnym na tym stopniu rozwoju, któremu odpowiada zakrzepły system zwyczajów — byłoby to stosunkowo niewielkie nieszczęście. Naturalnie, już to, że naród ma zagrodzoną drogę do doskonalenia się, że nie postępuje ku światłu wyższej cywilizacji, jest zjawiskiem szkodliwym i smutnym. Lecz nawet stosunkowo niski poziom kultury danego narodu przy harmonijnej odpowiedniości różnych jej składników może reprezentować kulturę zdrową, stanowić zdrowy grunt dla życia poszczególnych ludzi, chociaż nie wnosi nic wartościowego do postępu ludzkości ku światłu przeszłości. Lecz wynik otępienia prawno-zwyczajowego jest inny. Po ogólnym zatrzymaniu się w swym rozwoju wskutek oków prawa zwyczajowego, kultura narodowa niechybnie przestaje być zdrową i harmonijną. Niechybnie powstają poszczególne rozdźwięki wskutek dalszego nagromadzenia doświadczenia, wskutek samodzielnego uzyskiwania nowych wiadomości lub zapożyczeń od narodów sąsiednich, wskutek różnych zmian w zewnętrznych warunkach życia itd. Jakkolwiek zupełnym byłby system sieci zwyczajowo-prawnych, jakkolwiek szczegółowo i szablonowo regulowałby różne przejawy życia, brak mu sił, aby objąć wszystkie strony życia i skuć je swym żelaznym szablonem. Pojawiają się sprzeczności, „antynomie rozumu teoretycznego i praktycznego" w życiu społecznym. A to zatruwa życie narodu i prowadzi do degeneracji różnego rodzaju. Przede wszystkim powstaje niechybnie cały system kompromisów i fikcyj dla uzgodnienia przeciwieństw. Zamiast poprzedniego systemu skromnej i naiwnej, lecz zdrowej prawdy moralnej i wierzeń wytwarza się system łat, sofistyki i kłamstwa. Odgrywa się komedię, aby uspokoić sumienie, fikcyjnie zadośćuczynić wymaganiom zwyczajów tradycji przodków, a zarazem aby je obejść. Jedni tępieją pod wpływem przesądnej bojaźni wobec niezliczonych drobiazgowych wymagań zwyczaju, które przestały być zrozumiałe i stały się tym bardziej bezduszne i mikroskopijne; inni ulegają demoralizacji do głębi duszy, zamieniają się w kabotynów, grających przez całe życie komedię szanowania zwyczajów swych ojców. Trzecią i najlepszą kategorię osobników stanowią ci, którzy by w innych warunkach zarówno sami żyli życiem pełnym i pięknym, jak i naokoło siebie szerzyli światło i dobra duchowe; ci są skazani na tragizm życia, wieczną rozterkę i męki.

Ich dobre poczynania rozbijają się o twarde ściany skamielin kulturalnych; nieumiejętność kłamania naraża na podejrzenia i oskarżenia; przy tym — co jest szczególnie tragiczne — spotykają się oni z protestem właśnie stosunkowo zdrowego odłamu narodu, ludzi szanownych, święcie szanujących zwyczaje przodków. W takim stanie rzeczy mowy być nie może

o tej harmonii, o której mówili koryfeusze szkoły historycznej, snując wywody o prawie zwyczajowym, i której przypisywali ważne znaczenie, może nie na podstawie jasnej świadomości oraz rozumienia znaczenia i roli tej harmonii, lecz dzięki genialnej nieświadomej intuicji. Duch narodu nie kroczy prosto i w ordynku, lecz przemyka się oddzielnymi strumieniami wśród skamielin prawa zwyczajowego, korzystając z ciemnych i wąskich przesmyków, nieraz przybierając postać mętnych potoków kłamstwa i obłudy.

Już wyżej, rozpatrując inną stronę zagadnienia prawa zwyczajowego, zwróciliśmy uwagę na to, że zachowanie prawa zwyczajowego w stanie nietykalnym przy istnieniu warstwy społecznej wyższego typu kulturalnego prowadzi niechybnie do demoralizacji i procesów rozkładowych. Uważamy za możliwe ustalenie analogicznego twierdzenia i w tej dziedzinie. Zatrzymanie kultury wskutek bogatego rozwoju i zastygnięcia prawa zwyczajowego jest związane nie tylko z powstrzymaniem ruchu naprzód, lecz stanowi jednocześnie przyczynę gnilnych schorzeń ducha narodu, źródło potwornych nowotworów i degeneracji.

Dzieje i stan współczesny ludzkości dostarczają licznych potwierdzeń empirycznych również dla tej tezy. Chiny i Turcja np. przedstawiają obraz nie li-tylko zastoju kulturalnego, lecz obraz marazmu, połączonego z wszelkimi możliwymi schorzeniami rozkładowymi. Ich prawo zwyczajowe w podstawach swoich stanowi skamieniałe odbicie minionej kultury, zdrowej, choć stosunkowo mniej wysokiej; lecz w tych ramach, niegdyś higienicznych, widać degenerację ducha społecznego, mnóstwo nadużyć i wielką demoralizację. W dziejach państw, które się już rozpadły i zginęły, powtarza się w typowy sposób jedno i to samo zjawisko: niewolnictwo, ustrój kastowy i temu podobne systemy zwyczajowo-prawne nabierały — po pewnym okresie życia normalnego — niezdrowego oblicza, prowadziły do rozkładu jeśli nie całego narodu, to w każdym razie wyższych kast i stanów: właśnie życie duchowe tego odłamu narodu naturalną drogą staje przede wszystkim w wyżej opisanym stosunku względem ustalonego układu zwyczajowego, który skromną prawdę moralną, utrwaloną przez zwyczaj i tradycje, niechybnie przetwarza w kłamstwo i fikcje.

Oczywiście, że nie zwyczaj, lecz jedynie ustawa, wydana we właściwym czasie, tj. przed obezwładniającym zakrzepnięciem zwyczajów i tradycyj, może uwolnić organizm społeczny od wyżej wymienionych sprzeczności moralnych i wypływających stąd skażeń i klęsk ducha narodu.

*

Broniąc w sprawie giętkości i ruchliwości prawa zwyczajowego teorii, radykalnie sprzecznej z teoriami Savigny'ego,

Puchty, Jheringa itd., nie przeciwstawiamy zresztą bezwzględnie wielkiej pochwale prawa zwyczajowego (wypływającej z doktryny szkoły historycznej i nie zachwianej przez drobnopraktyczne argumenty Jheringa) jego całkowitego potępienia. Jeżeli szkoła historyczna upatrywała zasługę prawa zwyczajowego w jego giętkości i wrażliwości na rozwój ducha narodu, to my, przypisując mu bezwład, brak giętkości i zmienności, wcale nie chcemy wyrazić przez to bezwzględnego potępienia prawa zwyczajowego. Przeciwnie, w naturze prawa zwyczajowego jako trwałej krystalizacji psychicznej, która nadaje się do przekazywania w stanie nietkniętym w drodze dziedzictwa z pokolenia w pokolenie i do korzystania z niezmiennego szacunku i ścisłego przestrzegania, niezależnie od różnorodnych i zmiennych prądów „życia", interesów i poglądów, upatrujemy główną zaletę prawa zwyczajowego. Albowiem (że powtórzymy tezę podstawową, od której rozpoczynaliśmy nasze studium) prawo zwyczajowe stanowi w ogóle nieświadomą krystalizację masy doświadczenia zbiorowego, nieświadomą „mądrość" zbiorową. Siła inercji, zawarta w prawie zwyczajowym, sprzyja zebraniu i przekazywaniu dziedzicznemu z pokolenia w pokolenie nieświadomych, lecz cennych zdobyczy empirii zbiorowej, zapobiega marnotrawieniu nieświadomej normatywnej mądrości społecznej, uzyskanej przez wiekowe doświadczenie.

Ta cecha prawa zwyczajowego rzeczywiście nadaje mu wartość „niezrównaną", zaś odpowiadająca jej wada nie występuje jaskrawo na prymitywnych szczeblach kultury. Prymitywna kultura duchowa zmienia się bardzo powoli. W tym znaczeniu można powiedzieć, że okresy kultury pierwotnej są nader długie, że trwają tysiąclecia. Lecz w takich warunkach szybka zmiana prawna jest zbędna; nieruchawość prawa zwyczajowego daje się tedy odczuwać tutaj stosunkowo rzadko i słabo. Z drugiej strony, czym można by zastąpić prawo zwyczajowe na tych szczeblach kultury? O możliwości istotnie mądrej polityki ustawodawczej nie może tu nawet być mowy. Myślenie świadome cechuje nierozwinięcie i słabość. Zaś dla ustawowego regulowania społecznego bytu i kultury trzeba wielkiej siły intelektu, wielkiej wiedzy i rozumienia, dużej dalekowzroczności. Lecz gdyby nawet te przymioty istniały tutaj zamiast zupełnej naiwności i ignoracji, to i wtedy wielkich dobrodziejstw dla mas ludzkich ze strony ustawodawstwa nie można by było oczekiwać, a to wskutek prymitywności uczuć moralnych, wskutek braku szeroko pojętej miłości bliźniego, braku uczuć i dążeń altruistycznych, wskutek istnienia prymitywnych, zwierzęcych instynktów. Gdyż aby wydawać ustawy dla dobra narodu i ludzkości nie dość rozumu, który może być także narzędziem osiągania celów złych i poziomych, lecz trzeba jeszcze pewnych przymiotów serca, pewnej kultury moralnej; nie dość zręcznego obliczenia środków, lecz przede wszystkim trzeba dobrego i szeroko pojętego celu. Ustawodawca mógł narodzić się i zacząć działać z korzyścią dla kultury i postępu ludzkości dopiero po osiągnięciu przez człowieka stosunkowo wysokiego poziomu kultury intelektualnej i moralnej.

Zresztą ustawodawstwo, niezależnie od swojej wartości, mogło w ogóle powstać dopiero na stosunkowo wysokim szczeblu kultury. Zakłada ono istnienie określonej organizacji społecznej, obcej kulturze prymitywnej, a także dosyć wysoki stopień tresury kulturalnej mas, dyscypliny charakteru, bez których pragnienie i umiejętność poddawania się ustawom pomyśleć się nie da.

Dla nas obecnie, zgodne poszanowanie przez masy ludzkie ustaw, wydanych przez jednego człowieka lub kilku ludzi, wydaje się rzeczą naturalną i zrozumiałą; natomiast przestaje być zrozumiałą istota i moc zwyczaju masowego, przekazywanego bezkrytycznie dzieciom przez ojców i dziadów. Lecz na niższym szczeblu kultury istnieje stosunek odwrotny, zaś cofając się dalej w głąb wieków spotkalibyśmy się z takim stanem psychiki ludzkiej, przy którym organizacja państwowa, ustawodawstwo itd. są nie do pomyślenia. I oto im dalej przenosimy się myślą w przeszłość kultury ludzkiej, tym bardziej rośnie nasz szacunek dla prawa zwyczajowego, tym bardziej dodatnią rolę mu przypisujemy, aż dochodzimy do tej epoki, gdy prawo zwyczajowe posiadało wartość „niezrównaną" poprostu w tym znaczeniu, że nie byłoby z czym go porównać, że bez jego zbawczego działania nie byłoby żadnego trwałego oparcia etycznego dla życia ludzkiego i żadnej podstawy dla rozwoju kultury, istniałoby zaś panowanie instynktów zwierzęcych i nieokrzesanych bez jakiegokolwiek czynnika hamującego.

Oczywiście, przy odwrotnym ruchu — od początkowych szczebli kultury wzwyż — nabierają znaczenia twierdzenia odwrotne, tyczące się stosunku prawa zwyczajowego do ustawy.

1) Proporcjonalnie do wzrostu mocy intelektu (świadomego myślenia i wiedzy) i do postępu etycznego wśród ludzkości rośnie nasze zaufanie do ustawy, nasza wiara w możliwość rozumnego ustawodawstwa.

2) Kultura nie posuwa się naprzód proporcjonalnie do czasu, lecz w postępie przyśpieszonym. Po okresach, liczonych na dziesiątki tysięcy lat, następują okresy tysiącletnie; po nich — stuletnie itd. Innymi słowy, im więcej zbliżamy się do przyszłego światła cywilizacji, tym postęp staje się szybszy, tym szybciej zmienia się dekoracja psychiczna i inna. Niestety, nie możemy się tu zastanawiać nad teoretycznym wyjaśnieniem tego zjawiska, empirycznie nie ulegającego wątpliwości. Tak

czy owak, jeśli, powiedzmy, w danym czasie stulecie może stanowić okres kulturalny, tj. wywołać w różnych dziedzinach życia i kultury mniej lub więcej istotne zmiany, wymagające znacznego nowego przystosowania prawa, to siła inercji prawa zwyczajowego, jego zdolność do narzucania nowym pokoleniom odbicia i ram kultury minionych tysiącleci lub choćby wieków, nabierają innego znaczenia, niż w tych czasach, gdy konserwatyzm prawa zwyczajowego odpowiadał konserwatyzmowi psychiki ludzkiej w ogólności. Im prędzej mknie życie, tym prędzej mądrość prawna najodleglejszych przodków przeobraża się w absurd prawny, tym trudniej prawu zwyczajowemu nadążać za postępem, tym częstsze i dotkliwsze powstawały by rozdźwięki i wynikające stąd choroby narodu, o których była mowa wyżej. Coraz szybciej i mocniej utrwala swe panowanie taki stan kultury, w którym ustawa nabywa w stosunku do prawa zwyczajowego wartość „niezrównaną".

III

PRAWO ZWYCZAJOWE A GOSPODARSTWO SPOŁECZNE

Ustalone poprzednio twierdzenia dotyczące roli prawa zwyczajowego w niematerialnym, duchowym życiu narodu ułatwią nam orientację także w dziedzinie zagadnienia, jakie znaczenie ma prawo tego rodzaju w sferze wytwarzania i podziału dóbr materialnych, w ogóle w sferze ekonomii społecznej.

Tak jak w poprzedniej dziedzinie, tak i tutaj możemy tylko narzucić pokrótce pewne ogólne i podstawowe punkty widzenia, nie ubiegając się o zupełne i wyczerpujące zbadanie tego nader bogatego i interesującego tematu. Nasze zadanie będzie wykonane, jeśli poprzednie i następne krótkie uwagi udowodnią, że obecne artykuły wiary prawników o prawie zwyczajowym są powierzchowne i niewystarczające, jeśli wykażą konieczność poważnych i krytycznych badań naukowych w tej dziedzinie i zwrócą uwagę na pewne tematy oraz punkty wyjścia kierownicze dla badań bardziej szczegółowych.

Dla oceny prawa zwyczajowego ze stanowiska gospodarczego należy rozróżniać jego wpływ: 1) na wytwórczość (w znaczeniu ogólnym, odnosząc do niej także obrót) i 2) na podział.

1. Zwyczaj a wytwórczość.

Umyślnie rozszerzyliśmy nieco temat, umieszczając w nagłówku wyraz „zwyczaj" zamiast „prawo zwyczajowe". Chodzi o to, że aby wyjaśnić znaczenie prawa zwyczajowego w dziedzinie wytwórczości i w ogóle osiągnąć poznanie teoretyczne i polityczno-prawne prawa zwyczajowego, warto rzucić okiem na zwyczaje wytwórczości w znaczeniu technicznym, na zwyczaje techniczne w odróżnieniu od prawniczych.

Istnieje pogląd powszechny, że działalność techniczna człowieka jest wyznaczana przez jego znajomość „praw natury", a w każdym razie przez jego świadome wyrachowanie celów i środków. Wyzyskuje on „prawa natury" do swoich celów, korzystając ze znanej mu jednostajności działania sił natury dla wywołania pożądanych skutków, włączając je do swojej świadomej kombinacji celowościowej. Takie same wyobrażenia istnieją co do ekonomiki człowieka w ogóle; w nowszych zaś

czasach poglądy tego rodzaju zaczęły panować także w dziedzinie nauki o moralności i prawie. Normy moralne i prawne sprowadza się do reguł świadomego wyrachowania celowościowego.

Tak np. istota teorii prawa Jheringa (której uzasadnieniu i rozwinięciu poświęcił on obszerną monografię pt. „Cel w prawie" oraz różne ustępy innych dzieł) sprowadza się do tego, że pochodzenie i rozwój prawa tłumaczą się świadomym wyrachowaniem prawodawców itp.

Wobec tego rzeczą szczególnie pożyteczną będzie wykazanie, że teorie tego rodzaju mylą się nawet w dziedzinie techniki produkcji — tej dziedzinie prawdziwego panowania i rozkwitu wyrachowania celowościowego, „technicznego". Nie popełnimy chyba błędu twierdząc, że tylko nieznaczna część procentu tych czynności typu technicznego, które były wykonane przez ludzi, a nawet tych prawideł i metod technicznych, które powstały i działały w dziejach produkcji, stanowi urzeczywistnienie takiego świadomego przystosowania środków do celów, oparte na zrozumieniu własności materiałów i sił lub nawet „praw natury". Sprowadzać dzieje wytwarzania dóbr materialnych lub w ogóle techniki ludzkiej do działania takich czynników i procesów, które panują teraz w laboratoriach i fabrykach Edisona, Siemensa itp. stanowiłoby ich istotne skażenie i niezrozumienie.

Nie mamy przy tym na względzie tego nieskończonego mnóstwa czynności oraz zwykłych sposobów zaspokajania potrzeb materialnych, które istniały i istnieją w łonie ludzkości na skutek impulsów nieświadomych różnego typu, m. in. instynktu w ścisłym znaczeniu. Jak ptaki wiją gniazda bez znajomości architektury, higieny itp., odbywają wspaniałe podróże bez kompasu i map, tak samo ten przedstawiciel królestwa zwierząt, który nazywa się *homo sapiens* nie jest pozbawiony zbawczego działania instynktu; gdyby zaś działał wyłącznie pod wpływem tych sił, za pomocą których Jhering chciałby wyjaśnić jego czyny a nawet postępowanie zwierząt, toby dziś nie istniał, zginąłby i znikł natychmiast po powstaniu.

Mamy na uwadze zjawisko inne, mianowicie zwyczaje techniczne. Przez zwyczaj techniczny rozumiemy takie prawidło techniczne, które istnieje i jest przestrzegane nie dzięki działaniu instynktu organicznego — co do niego nie można nawet mówić o „prawidłach" — i nie dzięki świadomemu wyrachowaniu — ani też dzięki pojmowaniu rozumności i celowości prawidła, lecz wskutek niewyrozumowanego szacunku dla przeszłości, dla rzeczy starych, dla czynów ojców, dziadów itd.

Być może, że pozbawiony tego czynnika psychicznego *homo sapiens* nie zginąłby w walce o byt, jak zginąłby w braku

zbawczego kierownictwa instynktów wrodzonych w ścisłym znaczeniu, lecz w każdym razie nie osiągnąłby tej *sapientia*, którą osiągnął. W szczególności mowy by być nie mogło o tym postępie techniki ludzkiej, który zaszedł w rzeczywistości, gdyby ludzie na pierwotnych szczeblach rozwoju, zamiast poddawania się zwyczajom przodków, za każdym razem wymyślali dla siebie prawidła i metody działań technicznych za pomocą własnego rozumu i wyrachowania, opierając się na znajomości „praw natury", obliczeń matematycznych itd. W braku odpowiednich nauk teoretycznych i praktycznych, w braku dostatecznego zasobu wiadomości i dostatecznej sprawności umysłowej, nowe wyniki takich świadomych wyrachowań byłyby bardzo mizerne i nikłe, gdy tymczasem stare, wytworzone nieświadomie, lecz empirycznie trafne, nieświadome krystalizacje nagromadzonego doświadczenia, ulegałyby roztrwonieniu; ściślej — takie krystalizacje mądrości empirycznej wcaleby nie powstawały i nie gromadziły się. Główny kapitał kulturalny ludzkości na niższych szczeblach rozwoju polega na masie praktyk nieświadomie trafnych; tą zaś siłą psychiczną, która gromadzi ten drogocenny kapitał, powiększa go i przekazuje dalszym pokoleniom jest bezwiedny szacunek dla zwyczajów przodków.

A zatym również w dziedzinie techniki wypada przypisać zwyczajowi „niezrównaną wartość" dla pewnych początkowych szczebli rozwoju. Z drugiej strony jednak, i w tej dziedzinie znaczenie zwyczaju zmienia się wraz z przyśpieszeniem postępu w ogólności (wskutek bezwładności zwyczaju i jego niezdolności dotrzymywania kroku wzrostowi kultury przy pewnej jego szybkości, por. wyżej) oraz z gromadzeniem wiadomości technicznych i świadomej siły intelektu w szczególności. Koniec końcem kierownictwo w dziedzinie rozwoju wytwórczości przechodzi do tych czynników, w które się wcielił wyższy stopień świadomości i zarazem uniezależnienia od rutyny, czyli do nauki. Na tym szczeblu świadoma technika naukowa uzyskuje z kolei niezrównaną wartość; z kolei ona prowadzi do takiej szybkości postępu, jaka byłaby zupełnie nie do pomyślenia i nie do osiągnięcia za pomocą nieświadomej empirii i zwyczaju; i daje takie wyniki, które z samej swej natury są nie do pomyślenia jako wytwór nieświadomie - empirycznego rozwoju zwyczaju, jakkolwiekby długo trwał. Zwyczaj zaś techniczny nabiera w znacznym stopniu na tym szczeblu rozwoju charakteru zapóźnionej rutyny, hamującej powodzenie działalności gospodarczej, a nawet prowadzącej do tego, że jednostki produkujące, trzymające się zwyczaju, nie mogą istnieć i giną w konkurencji z tymi, którzy korzystają z najnowszych zdobyczy techniki; albo prowadzącej do tego, że panowanie ru-

tyny tradycyjnej wstrzymuje rozwój i rozkwit całych znacznych gałęzi produkcji (np. gospodarstwa wiejskiego, które jest typem gospodarstwa starego, a przeto zwykle szczególnie obciążonego zwyczajami z dawien dawna zakorzenionymi, co zresztą stosuje się także w znacznym stopniu do różnych, zwłaszcza do starych, rzemiosł i gałęzi handlu). Wiele ilustracyj tej tezy mogłoby także dać porównanie stanu ogólnego i ruchu wytwórczości tych gospodarstw narodowych, które nie były szczególnie obciążone balastem zwyczajów technicznych, albo uwolniły się od nich i przeszły do wyzyskiwania techniki naukowej, z tymi gospodarstwami, które pod tym względem znajdują się w innych warunkach, np. Ameryki Północnej z Hiszpanią, Japonii z Chinami. Podczas gdy Hiszpania jako też (w stopniu bez porównania większym) Chiny posiadają stare kultury oraz wielki balast zwyczajów i tradycyj, nagromadzonych w przeciągu wieków, Ameryka Północna wstąpiła na widownię i działa bez takiego spadku, Japonia zaś pośpiesznie uwalnia się odeń, zastępując go najnowszymi zdobyczami nauk technicznych.

To, co powiedziano wyżej o zwyczajach technicznych, ma zastosowanie na ogół także do prawa zwyczajowego, o ile wywiera ono wpływ na wytwórczość. Lecz w tej dziedzinie możemy ponadto ustalić jeszcze następujące tezy specjalne, wynikające ze specyficznej natury zwyczajów prawnych, w odróżnieniu od technicznych.

Istota zwyczajów prawnych w odróżnieniu od technicznych polega na imperatywno-atrybutywnej mocy pierwszych [1]), na tej cesze specyficznej, właściwej normom prawnym w ogólności, że nakładają one na jednych określone obowiązki, przydzielając to obciążenie innym, jako coś przez nich nabytego, im należnego, jako ich dobro, *activum* (roszczenia, prawa).

Z funkcji atrybutywnej, ze zdolności obdarzania prawami, roszczeniami, wypływa z jednej strony rola dystrybutywna, rozdzielcza zwyczajów prawnych w odróżnieniu od zwyczajów technicznych [2]). Podstawowa i bezpośrednia funkcja zwyczajów prawnych polega na regulowaniu podziału (nie tylko dóbr materialnych, lecz także różnych dóbr idealnych); bezpośrednia i podstawowa funkcja zwyczajów technicznych polega właśnie na regulowaniu produkcji. Z drugiej strony, z mocy atrybutywnej zwyczajów prawnych płynie większa siła ich ciśnienia i większa inercja, niż takaż siła zwyczajów technicznych (odstąpienie bowiem od zwyczaju technicznego w ścisłym znaczeniu nie dotyka praw inych osób, przeto dla takiego odstąpienia wystarcza siła inicjatywy i „wolnomyślności" gospodarczej danej jednostki; odstąpienie zaś od zwyczaju prawnego narusza cudze prawa, więc poszczególne jednostki, nawet najbardziej energiczne i postępowe, są bezsilne).

[1]) Por. „Wiestnik Prawa", 1899 r. Nr. 1: „Co to jest prawo", str. 13 i nast.

[2]) Eodem, str. 34 i nast.

Z przesłanek powyższych wypływa po pierwsze ta teza, że kiedy prawo się rozwija w formie zwyczajowej, wówczas, nawet jeżeli technika produkcji rozwija się także zwyczajowo, zwyczaje prawne, o ile mają wpływ na produkcję, nabierają w większym lub mniejszym stopniu znaczenia czynnika zacofania i zastoju. Po drugie, wypływa z nich ten wniosek, że przy rozwoju zwyczajowo-prawnym system podziału z konieczności nie nadąża za systemem produkcji, i że zwyczaje prawne głównie tą pośrednią drogą (wskutek zastarzałego systemu podziału) wywierają ujemne, hamujące ciśnienie na rozwój wytwórczości. Wreszcie, z tego co powiedziano wyżej wynika, że tezy te nabierają znaczenia tym poważniejszego, im wyższy jest szczebel kultury, w szczególności — im większego znaczenia nabiera świadoma naukowa technika produkcji.

Dla zilustrowania tych tez przypomnijmy sobie, jak potężny bodziec dało rozwojowi przemysłu nowe ustawodawstwo, które uchyliło różne nawarstwienia średniowieczne pochodzenia zwyczajowo-prawnego, różne przywileje, ograniczenia i formy zależności stanowej.

Jeżeli wyobrazić sobie społeczeństwo jako jednolity mechanizm wytwórczy, to różne nawarstwienia zwyczajowo-prawne sprawiają wrażenie zanieczyszczeń tego mechanizmu, nagromadzonych z biegiem czasu, mnóstwa różnych hamulców i zahaczeń, tamujących ruch i wywołujących tarcie. Nowe ustawodawstwo usunęło te zahaczenia i hamulce i wyzwoliło siły wytwórcze od balastu, nagromadzonego w ciągu wieków.

Porównanie to sprawdza się i nabiera wyrazistości także wtedy, gdy zwrócimy uwagę na poszczególne gałęzie przemysłu. Dla przemysłu przetwórczego rozwój zwyczajowo prawny wieków średnich wypracował ciasne ramki cechów z ich różnorodnym i nieraz dziwacznym formalizmem obrzędowym, z najrozmaitszymi formami tarć i zależności jednych od drugich, z usunięciem przez żelazny szablon możliwości postępu ogólnego i ulepszeń indywidualnych. Na tym przykładzie widzimy wyraźnie, jak zwyczajowo-prawny podział praw i obowiązków oraz różnych *privilegia odiosa* i *lucrativa*, aczkolwiek właściwie nie wyznacza technicznych metod produkcji, niemniej może wywołać zakrzepnięcie starodawnej rutyny technicznej i zagrodzić drogę postępowi technicznemu.

Te same tezy znajdują potwierdzenie w dziejach przemysłu wydobywczego. Jeżeli nawet pominiemy różne zwyczajowo-prawne hamulce i rodzaje ograniczeń i zależności o charakte-

rze osobistym, zwrócimy zaś naszą uwagę na stanowisko prawne „rzeczy", narzędzi produkcji (zaliczamy do nich nie tylko kapitał w ścisłym znaczeniu, lecz również „siły przyrody"), to już tutaj znajdziemy dostateczne potwierdzenie i ilustracje wyżej ustalonych tez. Przypomnijmy sobie niezliczone kategorie praw i obciążeń rzeczowych, wytworzonych przez niemieckie prawo zwyczajowe w dziedzinie stosunków ziemskich — różne serwituty, prawa czynszowe, służebności rzeczowe (Reallasten), różnorodne prawa zakazu i ograniczenia — całą dziwaczną sieć takich praw i obowiązków, która pętała ręce i nogi gospodarstw wiejskich, tak łączyła i skuwała z sobą działki i majątki, że możliwość postępu i ulepszeń była wykluczona.

Wielce wzruszające wrażenie wywiera rozmiłowany i entuzjastyczny stosunek Gierkego i innych germanistów do tych rozmaitych wytworów „samorodnej" i obfitej twórczości prawnej germańskiego ducha narodu i prawa zwyczajowego. Jednakowoż wystarczy przemyśleć starannie istotę tych wytworów ze stanowiska produkcji, żeby wyobrazić sobie całe to tarcie i skrzypienie, które wywoływały one w mechanizmie wytwarzania. Mamy tu ilustrację tego, jak prawo zwyczajowe drogą pośrednią, drogą podziału korzyści z gospodarki rolnej, nie dotykając techniki produkcji rolnej, może stać się przeszkodą dla postępu technicznego, utrwalając przeżytki techniki, zmuszając do stosowania się do przestarzałej rutyny nawet tych, którzyby pragnęli wnosić postęp i ulepszenia.

Brak miejsca nie pozwala nam rozważyć bardziej szczegółowo różne sposoby i postacie zahamowania produkcji przez nawarstwienia zwyczajowo-prawne, oraz zgromadzić odpowiedniej kolekcji przykładów historycznych. Jest to płodny i interesujący temat do dużej monografii. Szczególnie charakterystycznych i uderzających przykładów różnych zwyczajowo-prawnych hamulców produkcji mogłyby dostarczyć różne instytucje typu dawniejszego niż średniowieczne prawo zwyczajowe, które jest stosunkowo nowe i nie osiągnęło prawdziwego zakrzepnięcia. Np. różne stanowe ograniczenia, przeszkody produkcji i formy zależności, usunięte przez najnowsze ustawodawstwo, są niczym w porównaniu ze zwyczajowo-prawnym ustrojem kastowym i hamującym wpływem tej instytucji na produkcję. Prawo zwyczajowe nowych formacyj, nie wzmocnione przez sankcję religijną, jest bardzo skromnym przykładem skażenia i zahamowania produkcji w porównaniu z różnymi systemami prawa zwyczajowego starożytnego i najstarożytniejszego, które z biegiem wieków uzyskały oparcie ze strony kultu. W przymierzu z sankcją religijną prawo zwyczajowe nieraz utrwala w drodze mniej lub więcej bezpośredniej różne rodzaje rutyny technicznej na całe tysiąclecia, przeobrażając wytwórczość w skomplikowany obrządek, który w nowych warunkach jest w mniejszym lub większym stopniu pozbawiony sensu. Nieraz usuwa ono różne kategorie osób od udziału w procesie wytwarzania za pomocą różnych zakazów i ograniczeń; wykreśla mnóstwo dni w roku spośród dni pracy (im prawo religijno-zwyczajowe jest starsze, tym więcej bywa przymusowego świętowania różnych nagromadzonych wspomnień, a czasem także świąt pochodzenia zapomnianego wskutek upływu czasu; wykreśla różne pożyteczne produkty ze spisu środków zaspokojenia potrzeb (aczkolwiek, np. wskutek przeniesienia do innego kraju, dawne zakazy straciły podstawę); usuwa znaczne przestrzenie urodzajne od produkcyjnego wyzyskania (np. system tabu na rzecz różnych bóstw: znaczne przestrzenie są oddane niezliczonym bóstwom na własność, do nich też należy wyłączne prawo do najróżnorodniejszych produktów na ziemiach należących do ludzi, tak że wytwórczość oraz żywienie żyjących z biegiem czasu ulegają krańcowemu ograniczeniu). Nierzadko zmusza ono do spalania, wylewania lub zakopywania w ziemi znacznej części zdobytych przedmiotów spożycia (dla karmienia różnych istot, którym przysługuje roszczenie do alimentacji — duchów zmarłych itd.); zmusza do periodycznego niszczenia wszelkich narzędzi produkcji, wszelkich oszczędności oraz kapitału, nie dopuszczając do tego, żeby przeszły na rzecz następnych pokoleń (z mocy prawa własności do swoich rzeczy, zmarli zabierają ze sobą do grobu wszystko co do nich należy, nawet żony i sługi; albo, co dziwniejsza, pozostają po śmierci w poprzednim mieszkaniu z całym swoim majątkiem, tak że żyjący są zmuszeni uchodzić, szukać nowego miejsca, budować nowe siedziby itd.). Reguluje ono dokładnie i ustala na wieki jednakowo dla wszystkich, lub rozmaicie dla różnych stanów żywienie, krój i materiał odzieży, mieszkanie itd. [3]).

Gdy zastanawiamy się nad tymi i im podobnymi zjawiskami prawa zwyczajowego, mimowoli przychodzi nam na myśl modna obecnie teoria rozwoju prawa, religii itd., sprowadzająca wszystkie te przejawy ludzkiego ducha do rozwoju „materii" społecznej, do rozwoju produkcji, upatrująca w nich nie więcej, niż odbicie i funkcję produkcji, jej form i potrzeb — materializm ekonomiczny. Ale jest to kojarzenie nie na mocy podobieństwa, lecz na mocy przeciwieństwa. Właśnie bowiem zjawiska prawa zwyczajowego i zwyczajów w ogólności wy-

[3]) Zwyczaje plemienne regulują czasem nawet kształt ciała ludzkiego, kalecząc je i szpecąc dziwacznymi wizerunkami wszelkiego rodzaju, ustalając nawet kształt głowy, ograniczając rozwój mózgu niemowląt; albo pozbawiają organizm zdolności do pracy przez reglamentację kształtu nóg, przepisanie określonej długości paznokci itd., itd.

kazują ze szczególną oczywistością, jak to „materia" marksistów i w ogóle materialistów ekonomicznych musi poddawać się pokornie nieprzezwyciężonemu ciśnieniu różnych krystalizacyj ducha, nieraz bardzo niezwykłych i fantastycznych. Krystalizacje te istnieją jakby na urągowisko nad „materią" po to aby wyrażać pogardę dla niej „ducha"; są one zawsze mniej lub więcej despotyczne w stosunku do „materii"; stanowią — jeśli nie na początku swego istnienia, to w każdym razie z biegiem czasu, po dość długim rozwoju i utrwaleniu prokrustowe łoże dla tej „materii', która według modnej nauki tak łatwo tworzy sobie odpowiednią dekorację w dziedzinie ducha.

Nie ma zgodności prawa z wymaganiami i zadaniami wytwarzania tam gdzie panuje „starodawność", „stary obyczaj", „antiquae consuetudines"; brakowało jej już w mniejszym lub większym stopniu na skutek panowania prawa zwyczajowego od najgłębszej starożytności aż do niedawnych czasów (w porównaniu z poważnym wiekiem kultury ludzkiej), gdy zamiast zachowawczego i skostniałego zwyczaju zaczęła panować bardziej postępowa ustawa. Zgodność tę będzie można osiągnąć dopiero w przyszłości, gdy rozwojem prawa kierować będzie świadoma myśl naukowa — nauka polityki prawa.

Zresztą nawet wtedy o stanowczym panowaniu „materii" w znaczeniu materializmu gospodarczego nie może być mowy, m. in. choćby już z tego powodu, że im głębszy i wyższy będzie rozwój kultury w ogólności i polityki prawa w szczególności, tym większego znaczenia i wartości nabiorą dobra idealne, duchowe w ogólności, jako cel sam przez się; w szczególności tym większego znaczenia nabiorą idealne postulaty podziału, sprawiedliwości i miłości w ekonomii, choćby miało to prowadzić do mniej lub więcej znacznych ofiar ze stanowiska produkcji.

I na przyszłość wytwórczość materialna, jej formy i maximum jej powodzenia nie powinny określać systemu prawa, jak podstawa określa uboczną nadbudówkę, jak byt realny — swój cień i odbicie. I tutaj produkcja musi poddać się i ustąpić podziałowi, lecz ta nieodpowiedniość ma inny charakter i znaczenie niż te, które wskazaliśmy wyżej jako wynik panowania „starego obyczaju"; oznacza ona poddanie produkcji podziałowi postępowemu, pierwszeństwo w tym znaczeniu podziału przed produkcją, nie zaś skażenie i zahamowanie produkcji przez zacofany podział prawny, nie obciążenie produkcji nagromadzonym w przeciągu stuleci balastem skamielin i rutyny różnych wieków.

2. Prawo zwyczajowe a podział dóbr.

W poprzednim szkicu — o stosunku prawa zwyczajowego do wytwórczości — zwróciliśmy uwagę na to, że organizacja wytwórczości za pomocą „starego obyczaju", zwyczajów przodkód daje się pogodzić z postępem i rozkwitem produkcji tym trudniej, im szybszy jest postęp techniki, i w ogóle im szybszy jest postęp pozostałych czynników kultury. Pod wpływem krystalizacji i nawarstwień zwyczajowo - prawnych, pochodzących nieraz z rozmaitych epok kultury, o warunkach i wymaganiach produkcji innych niż obecne, mechanizm wytwórczości społecznej rdzewieje i ulega zaśmieceniu przez balast różnego rodzaju, różne ciała obce, wywołujące tarcia, przeszkadzające szybkiemu i swobodnemu ruchowi produkcji. Wyjaśniliśmy w szczególności, że „stary obyczaj" odnośnie podziału praw i przywilejów — obowiązków i obciążeń, może tak utrwalić starodawną rutynę produkcji, że bez ustawodawczego uwolnienia od prawnego „starego obyczaju" nie można uwolnić się także od przestarzałej rutyny technicznej.

Takiego hamującego i uciskającego wpływu podziału zwyczajowo-prawnego na produkcję nie należy żadną miarą utożsamiać z tym poddaniem wytwarzania podziałowi, który jest pożądany i konieczny w imię praw jednostki, który wypływa z pewnika etycznego, niewątpliwego dla każdego kulturalnego człowieka (z wyjątkiem chyba marksistów, oślepionych przez błędne wierzenia teoretyczne), mianowicie, że człowiek nie jest środkiem i narzędziem, lecz celem produkcji.

Stosunek prawa zwyczajowego do tej strony przedmiotu ekonomii społecznej, zagadnienie, czy prawo zwyczajowe może prowadzić do urzeczywistnienia „postulatów rozumu praktycznego" w dziedzinie podziału, stanowi właśnie temat artykułu niniejszego. Będziemy mieli przy tym na uwadze podział prawny dóbr zarówno materialnych, jak i idealnych.

Gdyby ktoś zbadał prawo zwyczajowe ze stanowiska podziału drogą czysto empiryczną — przez przejrzenie i empiryczne uogólnienie danych faktycznych, tyczących się rozwoju prawa w przeszłości oraz jego stanu obecnego, to sądzimy że już na tej drodze doszedłby do stanowczego przekonania o ujemnej roli prawa zwyczajowego w tej dziedzinie w porównaniu z ustawą, i w tym znaczeniu — o „niezrównanej" wyższości ustawy.

Jak tego dowodzą fakty, charakterystyczną i wyrażoną nieraz bardzo jaskarwo i uderzająco cechą prawa zwyczajowego ze stanowiska podziału, jest sprowadzenie człowieka do położenia narzędzi produkcji, do stanowiska bydła roboczego, w ogóle niezdolność przeprowadzenia zasady uznania jednostki

ludzkiej za cel produkcji i podziału, albo nawet przeciwdziałanie urzeczywistnieniu tej zasady.

Charakterystyczna i typowa rola ustawy w tej dziedzinie polega na walce z powyższą tendencją prawa zwyczajowego, a przynajmniej na usuwaniu jej najjaskrawszych i najhaniebniejszych przejawów i skutków.

Zależnie od szczebla kultury te dwie sprzeczne tendencje ustawy i zwyczaju przybierają naturalnie różną postać, poruszają się i ścierają jakby w różnych płaszczyznach poziomu etycznego.

Starcia te powstają w różnych dziedzinach prawa, poczynając od stosunków pomiędzy dziećmi a rodzicami, między mężem a żoną, a kończąc na stosunkach i „walce" klas społecznych w najogólniejszym znaczeniu tego słowa; ten stały konflikt ustawy ze zwyczajem tyczy się najrozmaitszych dóbr życia, zarówno materialnych (np. żywienia, odzieży), jak idealnych (np. wolności osobistej, praw politycznych, oświaty), zarówno różnych drobiazgów życiowych, jak najbardziej podstawowych praw człowieka i dóbr życia, nie wyłączając kwestii życia i śmierci.

Ze stanowiska utożsamienia człowieka z bydłem roboczym — zbędne i szkodliwe jest w gospodarstwie rodzinnym życie tych ludzi, którzy wskutek wieku przestali być zdatnym narzędziem produkcji, tak że wypada ich żywić bez pożytku dla gospodarstwa. Również minusem dla gospodarstwa jest w pewnych warunkach zachowywanie przy życiu wszystkich tych istot ludzkich (i zwierzęcych), które wskutek swego wieku jeszcze nie są zdatnym narzędziem produkcji; zachowanie całego nowego przypłodku zwierząt i ludzi tylko w pewnych warunkach staje się pożytecznym środkiem gospodarczym.

Jak wiadomo, pierwotne prawo zwyczajowe różnych narodów dopuszcza lub nawet przepisuje tępienie ludzi zbytecznych ze stanowiska tego kryterium — starców i niemowląt, wskazując przy tym takie sposoby wykonania tego zabiegu, które najbardziej odpowiadają „materii socjalnej" w duchu materializmu gospodarczego: u hord koczowniczych sposób ten polega na porzuceniu ich bez opieki, u osiadłych — na pozytywnym zabójstwie. Zresztą, z odnośnym światopoglądem prawnym i etycznym można zapoznać się nie zwracając się nawet do badania najbardziej starożytnego prawa zwyczajowego lub najnowszych doktryn ekonomicznych; wystarczy zgłębić sens i znaczenie różnych norm współczesnego prawa zwyczajowego, w szczególności włościańskiego prawa zwyczajowego nawet u ludów kulturalnych. Oczywista że formy, w których przejawia się powyższe stanowisko gospodarcze, są teraz inne; istnieją ustawy karne, zakazujące zabójstwa jakichkolwiek istot

ludzkich i karzące za nie surowo, ustawy cywilne, nakładające na dzieci obowiązek utrzymywania zgrzybiałych rodziców, ustawy administracyjne, zabezpieczające życie i utrzymanie różnych kategorii ludzi, zbędnych ze stanowiska produkcji. Lecz w tych ramach ustawowych włościańskie prawa zwyczajowe otrzymały w spadku po czasach starożytnych bardzo skuteczne sposoby dymisjonowania, że się tak wyrażę, z udziału w korzystaniu z dóbr życia, usuwania od podziału tych, którzy przestali być zdatnymi narzędziami produkcji, tj. ludzi zgrzybiałych; zupełnie tak samo typowym zjawiskiem włościańskich praw zwyczajowych jest segregowanie młodego pokolenia i jego podział według miary doboru zdatnej siły roboczej dla gospodarstwa. Jeśli np. zestawimy pod tym kątem widzenia te rozmaite instytucje prawa spadkowego i działu familijnego za życia, które z łezką wzruszenia wykłada się lub nawet zaleca w dziełach Gierkego i innych germanistów uwadze ustawodawcy jako instytucje prawdziwie narodowe, to przekonamy się z łatwością, że cały ten obfity system norm i instytucyj stanowi wcielenie jedynej i bardzo prostej myśli, tej samej, która na pierwotnych szczeblach rozwoju znajdowała wyraz w zwyczajach tępienia ludzi niepotrzebnych dla gospodarstwa, lecz tylko przejawiającej się w postaci odpowiednio złagodzonej i osłabionej. Wobec tego że brak miejsca nie pozwala nam na wyłożenie w tym miejscu treści odpowiednich instytucyj, z drugiej zaś strony instytucje te nie wymagają szczególnego oświetlenia z naszego stanowiska, gdyż ich tendencja organizowania podziału zależnie od tego kto jest potrzebny dla gospodarstwa, a kto w ogóle niepotrzebny lub zbędny wskutek starości, jest wyraźna — ograniczymy się tylko do powołania się na ważniejsze odnośne instytucje i pojęcia dla ułatwienia referencyj i sprawdzenia naszej charakterystyki: Anerbenrecht, Höferecht, Interimswirtschaft, Gutsabtretung (Altentheil, „część starych", Auszug, Leibgedinge, Leibzucht). Dla charakterystyki norm ostatniej kategorii uczeni prawnicy stworzyli bardzo trafną formułę: *successio anticipata*, formułę, która nie jest zupełnie dokładna ze stanowiska formalnej konstrukcji prawniczej, lecz bardzo trafnie wyraża znaczenie wewnętrzne instytucji: ustosunkowanie się do żyjących starców jak do zmarłych w dziedzinie podziału majątku [4]).

Zapał zwolenników niemieckiego prawa zwyczajowego dla takich instytucyj jako specyficznych skarbów narodowych, jako szczególnych samorodnych przejawów ducha narodowego, jak już widać z powyższego, jest zupełnie nieuzasadniony.

[4]) Por. także instytucje objęte wyrażeniem Geschlossenheit, przysłowie prawnicze: „Was in der Wehre verstirbt, an die Wehre zurückfällt" itd.

Kafrowie, hotentoci itd. postępują w tym samym duchu, tylko o wiele bardziej stanowczo. Także prawo zwyczajowe Germanów (jak zresztą i Słowian i innych ludów) odznaczało się w starożytności znacznie większą stanowczością. Godne uwagi jest to, że niektóre z odnośnych obrzędów prawno-zwyczajowych, np. podniesienie noworodka z ziemi jako symbol i forma udzielenia mu prawa do życia, powtarzają się u ludów tak różnych, jak np. Germanowie i mieszkańcy wysp Fidżi.

Ta sama tendencja ujawnia się w prawie zwyczajowym rozmaitych narodów w stosunku do udziału kobiet w podziale i w ogóle do praw kobiet. Tutaj także, jeśli się przypatrzymy uważnie obecnym zwyczajom włościańskim, w których odbijają się poglądy na małżeństwo oraz które regulują stanowisko żony i w ogóle kobiety, to znajdziemy niemało reliktów tej „starodawności", która dopuszczała szczególnie zabijanie dzieci (albo tylko dziewczynek — przy jednoczesnym zakazie lub bardziej ograniczonym dozwoleniu zabijania chłopców), która uważałą małżeństwo za transakcję dla potrzeb produkcji, a kobiety — za narzędzie gospodarcze; która wyłączała kobiety od podziału lub dawała im tylko udział niezmiernie ograniczony, jako osobnikom gospodarczo małowartościowym.

I w tej dziedzinie m. in. spotykamy się z entuzjastycznym stosunkiem współczesnych wybitnych zwolenników narodowego prawa zwyczajowego — Gierkego i innych germanistów — do takich norm, które w istocie stanowią dość kosmopolityczny objaw „starodawności", jako do przejawów odrębnego ducha narodowego. Pełna zapału i oburzenia petycja kobiet niemieckich do Reichstagu z powodu różnych norm, zapożyczonych przez projekt Kodeksu Cywilnego z niemieckiego prawa zwyczajowego pod wpływem germanistów — z jednej strony; z drugiej strony filipika Gierkego i innych przeciwko komisji redagującej projekt kodeksu cywilnego za to, że ta w tej dziedzinie za mało zapożyczyła z prawa „narodowego", tj. ośmieliła się udzielić kobietom różnych praw, chociaż i „nasze obecne zwyczaje niemieckie" przepisują co innego [5]) — stanowią jeden z przejawów tej roli, jaką gra prawo zwyczajowe oraz zwolennicy doktryny szkoły historycznej o zwyczaju w sprawie osiągnięcia sprawiedliwego podziału dóbr życia między ludźmi.

Poza traktowaniem jednostki ludzkiej jako gospodarczego narzędzia produkcji, prawu zwyczajowemu właściwe są jeszcze różne inne stanowiska, prowadzące do zupełnego lub częściowego wyłączenia różnych kategoryj osób od udziału w podziale dóbr w obrębie rodziny. Niezmiernie okrutny np. jest stosunek

[5]) Por. Gierke, Der Entwurf e. B. GB. und das deutsche Recht, 1889, str. 404.

prawa zwyczajowego różnych ludów do tych istot ludzkich, które się rodzą bądź to bez zachowania rozmaitych form poprawnego urodzenia, przepisanych przez prawo zwyczajowe, bądź też wbrew zakazom ogólnym lub kazuistycznym, nieraz bardzo licznym, narosłym w ciągu wieków. Spotyka się tutaj nawet zwyczaj zabijania ich wraz z matkami. U innych ludów trafiają one do niewoli lub do niższej kasty, albo stają się pariasami społecznymi bez praw do majątku, czci, godności ludzkiej itd., nawet po za ustrojem kastowym. Im „obyczaje" są bardziej rozwinięte i surowe, tym gorzej zwykle dla tych istot.

Z powodu zwyczaju zabijania kobiet, rodzących niezgodnie ze skomplikowanymi nieraz normami prawa zwyczajowego, niepodobna się powstrzymać od przypomnienia jeszcze innego stanowiska, ujawniającego się bardzo dobitnie w prawie zwyczajowym różnych ludów — stanowiska egoizmu płciowego i zazdrości. Zwykle pogląd na kobietę pod kątem widzenia egoistyczno-płciowym, jako na samicę, łączy się, dzięki zwyczajowi, z poglądem na kobietę, jako na siłę roboczą, i oba stanowiska wcielają się często w zwyczaje tak liczne, złożone i dotkliwie ograniczające, że stanowisko kobiety staje się nieledwie gorsze od położenia zwierząt domowych.

Na równi ze sprowadzeniem jednostki ludzkiej do położenia narzędzia produkcji lub przedmiotu wyłącznego użytkowania płciowego, prawo zwyczajowe sankcjonuje i wyrabia formy stosunków z żonami i dziećmi jako przedmiotami wymiany gospodarczej (sprzedaż, oddanie w niewolę, w zastaw itd. żon i dzieci, w szczególności dziewczyn — kupno żon).

Jeśli z dziedziny prawa zwyczajowego familijnego i spadkowego, w której oczywiście zwyczaje powinnyby się odznaczać szczególną humanitarnością, zawierać najmniej krzywdy i niesprawiedliwości, a najwięcej miłości i dobroci, przejdziemy do innych dziedzin prawa cywilnego, do dziedziny prawa rzeczowego i zobowiązań, charakterystyka prawa zwyczajowego z konieczności okaże się jeszcze bardziej ponurą. Nie ustawa to, lecz zwyczajowy rozwój prawa tworzy szczególny rodzaj rzeczy, narzędzi produkcji i wymiany, mianowicie niewolników, te przedmioty podziału, zwykle znacznie przekraczające liczbę ludzi, będących podmiotami podziału. Nie ustawodawstwo rzeczowe, lecz zwyczajowe prawo rolne stwarza takie stosunki ziemskie, jak np. kolonat, prawo pańszczyźniane i wszelkiego rodzaju inne formy agrarno-osobistej zależności i eksploatacji (do tego zagadnienia powrócimy niżej), które przeobrażają wielkie masy ludzi wraz z ziemią w narzędzie zdobycia dochodu dla niewielu uprzywilejowanych. Nie więcej ludzkości zawiera także zwyczajowe prawo dłużnicze. Jeszcze większa nierównomierność, niż w prawie prywatnym, powstaje w dro-

dze powolnego różniczkowania zwyczajowo-prawnego w dziedzinie podziału dóbr prawa publicznego itd.

I oto jeśli zestawić treść i tendencje norm zwyczajowych w powyższych dziedzinach prawa z rozstrzygnięciami ustawodawczymi tych samych zagadnień w dziejach prawa, okaże się, że podstawowa tendencja ingerencji ustawodawczej do rozwoju prawa polegała i polega właśnie na obronie pokrzywdzonych przez podział zwyczajowy dóbr życia.

Pod tym względem należy rozróżnić trzy kategorie ustaw:

1) Kategorię znaczną ilościowo, lecz z treści najmniej ważną lub zupełnie nie interesującą dla charakterystyki tendencji ingerencji ustawodawczej do rozwoju prawa, stanowią te ustawy, które są sformułowaniem ustawodawczym obowiązującego prawa zwyczajowego, które przeto w istocie stanowią wytwory zwyczajowej twórczości prawnej.

2) Były w dziejach przykłady i takich ustaw, które w stosunku do sprawiedliwego podziału stanowią krok wstecz w porównaniu z prawem zwyczajowym. Lecz takie ustawy były na ogół rzadkimi wyjątkami i nie miały poważniejszego znaczenia w dziejach prawa, stanowiąc tylko tymczasowe i przypadkowe odchylenia od ogólnego kierunku ustawodawstwa; bywały one uchylane często lub szybko, lub nawet nie były stosowane, nie mogły być wprowadzone w życie. Przykładami takich ustaw w dziejach prawa rzymskiego są Lex Julia et Pappia Poppaea, stanowiąca próbę wpływania na życie małżeńskie i mnożenie się ludności za pomocą sztucznego podziału korzyści majątkowych. Ustawa ta doznawała różnych niepowodzeń już w stadium wstępnym swojego rozwoju. Projekt l. Julia był wniesiony w r. 18 przed N. Ch., lecz spotkał się z silnym sprzeciwem w sferach ustawodawczych, który udało się pokonać dopiero w 4 r. po N. Ch.; lecz wkrótce po jej wydaniu niechęć dla niej i opozycja ludności zmusiły do jej znacznej zmiany i złagodzenia za pomocą ustawy dodatkowej, l. Pappia Poppaea 9 r. W tej złagodzonej postaci ustawa także wywoływała znaczną wrogość i opozycję; do jej obchodzenia i niestosowania przyczyniali się nawet sami imperatorowie; stopniowo, lecz szybko, wszystkie części tej ustawy zostały uchylone. Analogiczny przykład z dziejów prawa rosyjskiego stanowią ukazy o spadkobraniu jednoosobowym, które były próbą poddania podziału spadku celom produkcji tudzież gospodarstwa państwowego (ustawy w duchu marksistów). Te ustawy także budziły wrogi stosunek, obchodzenie oraz inne formy opozycji i były bardzo prędko uchylone.

3) Znakomicie przeważają normy pochodzenia ustawowego, których treść stanowi jawne i mniej lub więcej radykalne potwierdzenie poglądu, którego bronimy.

Byłoby rzeczą zbędną zastanawiać się szczegółowo w tym miejscu nad rolą ustawy w sprawie podziału dóbr politycznych i nad gromadzeniem odpowiednich przykładów. Oznaczałoby to wyważanie drzwi otwartych. Lecz dla innego celu, mianowicie dla zobrazowania różnych typów podstawowych urzeczywistniania tej funkcji ustaw przypomnimy mimo to następujące zjawiska, powszechnie wiadome i ważne.

Typowy przykład stopniowego, lecz nieustępliwego równania ustawowego praw politycznych stanowią dzieje patrycjuszów i plebejuszów (lex Valeria de provocatione 509 r., wprowadzenie instytucji trybunów 494, ustawy XII tablic 451—449, uznawane za wielką zdobycz plebejuszów, w szczególności poważną zdobycz polityczną, leges Valeriae Horatiae 449, l. Canuleia 445, Leges Liciniae Sextiae 367, leges Publiae Philonis 339, lex Ovinia ok. 312, lex Ogulnia 300, lex Hortensia 287; por. dzieje Anglii.

Przykładem nagłego zrównania ustawowego podziału dóbr politycznych, uprzednio krańcowo nierównomiernego, są nowoczesne ustawy publiczne Francji i innych państw Europy Zachodniej, które uchyliły poprzedni ustrój stanowo-feodalny.

Rzeczą interesującą jest przeciwstawienie tym typom ustawodawstwa politycznego, uzyskanego z dołu, wielkich reform cesarza Aleksandra II, jako wzoru udzielenia go z góry (por. także Japonię).

Tym wzorom ulepszenia podziału dóbr politycznych o własnych siłach można przeciwstawić prawa, uzyskane dla ludu przez obcą ingerencję wyzwalającą, np. przypomnieć sobie dzieje nowej Grecji, Krety, Serbii, Bułgarii itd.

Tym typom ustaw reformujących należy przeciwstawić jako wzór ustaw, kształtujących od początku podział dóbr politycznych, ustawadawstwo publiczne Stanów Zjednoczonych i tych z pośród pozostałych państw Ameryki, Australii, Afryki, które nie były obciążone balastem zwyczajowo-prawnym, które od początku były wolne od „starego obyczaju" stanowego i innego. Tutaj spotykamy się zarazem z wzorami najbardziej demokratycznego, najbardziej równającego podziału dóbr politycznych.

Bardziej jednostajnie, skromnie i niepostrzeżenie, lecz nie mniej realnie, urzeczywistnia się ta sama tendencja ustawodawstwa, względem prawa zwyczajowego, w innych dziedzinach podziału. Świadczy o tym historia każdej dziedziny prawa.

Oczywiście że nie wiele wspólnego z naszym zagadnieniem ma ustawodawstwo karne i procesowe, i nie może nam ono dostarczyć szczególnych przykładów. Jednakże uważniejsze badanie ujawniłoby wielkie zasługi i tych gałęzi ustawodawstwa w sprawie zrównania podziału dóbr życia między ludźmi.

Pierwszą i elementarną zasługą ustawodawstwa karnego i procesowego była walka z tymi normami prawa zwyczajowego, które różnym kategoriom istot ludzkich całkowicie odmawiały prawa do podstawowych dóbr życia, między innymi prawa do samego życia, nietykalności cielesnej, czci itd. Najlepiej znanym przykładem była walka ustawodawstwa z dopuszczalnym z mocy zwyczaju zabijaniem dzieci przez rodziców. Bojowy charakter ustawy względem zwyczaju znajdował czasem wyraz szczególnie charakterystyczny w tym, że, wbrew stanowisku zwyczaju, w ustawie za zabójstwo dzieci wymierzano najwyższy stopień kary. Takie same dążności humanitarne ujawniają się względem niewolników, cudzoziemców itd. Np. chociaż zasługi ustawodawstwa cesarzów rzymskich lub kodeksu („ułożenja") cara Aleksego Michajłowicza w sprawie złagodzenia niewolnictwa są nader skromne, jednakże i w nich dostrzega się dążenie do obrony zwyczajowo bezbronnych (por. np. „Ułożenje" XX, 92: „nakazać stanowczo, żeby on tego swojego człowieka zbiegłego na śmierć nie zabił i nie okaleczył i głodem nie zmorzył"; tamże XX, 41: „nakazać bojarom, żeby oni ich w głodny czas żywili, a głodem nie morzyli, i za to, że oni na nich skarżyli, zła żadnego im nie uczynili"; por. l. Petronia i senatus consulta ad eam legem pertinentia; Gai, I, 53: ex constitutione imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur... sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur... 1. 3 § 4, l. 4 § 2, l. 6. D. 48, 8 itd.).

Inny, zupełnie radykalny charakter ma stosunek ustawodawstwa do niewolnictwa w czasach nowożytnych. Ameryka daje przykład nagłego przeobrażenia ustawowego narzędzi produkcji — niewolników — w podmioty praw. Afryka zaś jest wzorem upartego tępienia prawa zwyczajowego, uznającego niewolnictwo, za pomocą ustawodawstwa państwowego w ścisłym znaczeniu, oraz ustawodawstwa międzynarodowego — umowy międzynarodowej (tymi samymi dwiema drogami osiągano w dziejach prawa obronę istot, zwykle, w myśl prawa zwyczajowego, bezprawnych, mianowicie cudzoziemców). Współczesne kodeksy karne zawierają bardzo stanowcze przepisy o niewolnictwie, a inne ustawy, np. o najmie pracy, przewidująco i wcale skutecznie dbają o to, żeby ludzie nie znaleźli dróg ubocznych do brania innych w niewolę.

Na równi z obroną ludzi *bezbronnych* według prawa zwyczajowego oraz walką z różnymi rodzajami bezprawia, ustawodawstwo karne realizowało i realizuje tendencję do zniesienia *nierówności* w rozdziale uznania i obrony różnych podstawowych praw jednostki.

Charakterystyczną cechą prawa zwyczajowego jest ustanowienie podziału różnych praw osobistych, np. prawa do czci, nietykalności cielesnej itd., jakoteż ich obrony karnej według skali, nierównej w stosunku do różnych osób. Np. uszkodzenie ciała, zabójstwo itd. podlega bardzo rozmaitym karom w zależności od tego czyje prawo naruszono: inna jest ocena karna praw mężczyzny, inna, znacznie niższa, ocena praw kobiety, inna jest skala dla wyższych kast, stanów, klas, inna dla niższych itd. Ustawodawstwo karne (w tej mierze, w jakiej nie było zwykłą rejestracją prawa zwyczajowego) także pod tym względem było i jest energicznym bojownikiem zrównania praw i ich obrony, bojownikiem *demokratyzmu karnego*.

Dla stwierdzenia powyższego nie trzeba nawet zwracać się do dziejów prawa, wystarczy rozejrzeć się uważnie, przypomnieć sobie np. zjawiska życia wiejskiego. Jak różnymi prawami honoru i godności osobistej obdarzają zwyczaje wiejskie pana i parobków i w ogóle chłopów! Istnieją miejscowości, gdzie panowie i ich rządcy biją chłopów, a zwyczaje miejscowe wcale nie nadają temu znaczenia karnego, lecz zjawisko odwrotne — uderzenie pana przez chłopa stanowiłoby oburzające naruszenie zwyczaju o jaskrawym charakterze karnym. Fakt że ustawa, w odróżnieniu od zwyczaju, nie zna takich różnic, że np. w wypadku uderzenia w twarz nie rozróżnia rozmaitych gatunków ludzi, pozostaje nieznany dla wielu, i w razie ujawnienia jego działania wywołuje zdziwienie.

Podobnie nierówny podział praw do czci i godności osobistej na podstawie zwyczaju znajdujemy także w innych dziedzinach życia, w których obowiązują zwyczaje i tradycje. Ileż szczebli zdolności prawnej i różnych porcyj praw do czci i godności osobistej możemy naliczyć jeszcze teraz, np. w pierwszym lepszym wielkopańskim domu, zachowującym zwyczaje i tradycje, nawet w gronie osób, siedzących przy jednym stole: obok pełnoprawnych patrycjuszów znajdujemy tu kilka gatunków plebejuszów i klijentów; do niezupełnie równouprawnionych plebejuszów należą np. goście z innej sfery, jak choćby znakomity artysta plastyk lub aktor, zaproszony dla ozdoby stołu. Dalszy, gorszy rodzaj plebejuszów stanowią np. administrator majątku, lekarz domowy, nauczycielki i nauczyciele itd. Znacznie bardziej ograniczone są prawa bon, guwernerów... Mimo wszystko ogromna przepaść oddziela prawa tych plebejuszów od praw lokajów; wbrew równości ustawowej, zwyczaj nie tylko nie uznaje lokaja za podmiot równouprawniony, lecz w ogóle nie uznaje go za osobę, persona, a raczej za „człowieka", „homo" w znaczeniu terminologicznym prawa niewolniczego. Wśród służby w wielkopańskim domu również istnieje istotna gradacja, poczynając od kamerdynera a kończąc na po-

mywaczkach itp. pariasach, którym lokaje odmawiają takich praw do czci i godności osobistej, jak te które się należą im samym... Podobne zjawiska zachodzą także w tych państwach zachodnio-europejskich, których ustawodawstwo jest nastawione na systematyczne wyplenienie arystokratycznego prawa zwyczajowego i w ogóle wszelkiego arystokratyzmu, np. we Francji, aczkolwiek, oczywiście, ustawodawstwa demokratyczne Europy nowożytnej na ogół zmieniły bardzo znacznie zwyczaje życia codziennego, między innymi stosunki między chlebodawcami a służbą, wielkimi a małymi itd. Inny charakter, uderzający i zadziwiający europejczyków, mają np. stosunki między chlebodawcami a służbą w Stanach Północnej Ameryki, wolnych od spadku „starego obyczaju", antiquae consuetudines.

Na podobne rozmyślania indukcyjne naprowadza nas porównanie tych dziedzin życia tych samych państw, w których zachowały się antiquae consuetudines, z tymi, które są pozbawione „starego obyczaju". Bardzo typowym przykładem nierównomiernego podziału praw czci i godności osobistej oraz odnośnej zwyczajowej tabeli kar są np. zwyczaje studenterii niemieckiej, nieraz już przytaczane przez nas. Zwrócenie się fuksa do bursza z wyniosłym żądaniem podania mu palta, przyniesienia wody, milczenia itd. stanowi obrazę, wywołującą ostrą represję. Przeciwnie, takiż stosunek bursza do fuksa jest przez zwyczaj dozwolony a nawet przepisany. Formy w stosunkach między fabrykantami a robotnikami w tych samych Niemczech są bardziej demokratyczne, niż między członkami korporacji studenckiej!

Następną ważną zasługą ustawodawstwa karnego (i innego) w tym samym kierunku jest jego walka z różnymi postaciami prawa silniejszego, w ogóle z takimi zwyczajami prawnymi, które prowadzą do niejednakowej ochrony praw w zależności od mocy faktycznej, od rzeczywistej siły. Jak wiadomo, w tej dziedzinie ustawodawstwo państwowe Europy nowożytnej było zmuszone do prowadzenia długiej i upartej walki z różnymi inveteratae consuetudines. W tej dziedzinie ustawodawstwo odegrało mniej wybitną rolę np. w dziejach prawa rzymskiego, lecz i tutaj edykty pretorskie (normy prawa ustawodawczego, a nie zwyczajowego), l. Julia de vi, decretum divi Marci, ustawa Walentyniana, Teodozjusza i Arkadiusza z 389 r. itd. przypominają, że nie zwyczaj, lecz głównie ustawa wstępuje w szranki przeciwko triumfowi efektywnie silniejszego nad słabszym.

Sądu *dla wszystkich*, i to sądu *równego* dla wszystkich udziela również przeważnie ustawa, ustawodawstwo *procesowe*, często wbrew zwyczajowi. Co do tego możnaby się powołać na mnóstwo faktów z rubryk analogicznych do prawa karnego;

w szczególności możnaby wskazać na liczne ustawy, którymi udzielono prawa pozwu i skargi takim podmiotom praw (między innymi np. niewolnikom przeciwko ich właścicielom, chłopom przeciwko panom itd.), które na podstawie zwyczaju nie mogły się skarżyć (jeszcze według teraźniejszych zwyczajów włościańskich skarga domownika na głowę domu jest często niedopuszczalna lub nawet uważa się ją za czyn przestępny: np. sąd gminny skazuje żonę na rózgi za to, że poskarżyła się na męża o pobicie i skatowanie). Następnie, możnaby wskazać na inne tendencje artystokratyczne procesu zwyczajowo-prawnego (ujawniające się np. nawet w ocenie zeznań świadków), na znaczenie w nim siły z jednej strony, na walkę ustawodawstwa z odpowiednimi zwyczajami z drugiej strony.

Charakterystyczną instytucją zwyczajowo-prawną, z którą walczyli i walczą oświeceni ustawodawcy, lecz bez dostatecznego powodzenia, jest pojedynek. Dotyczące go inveteratae consuetudines wraz z uznaniem znaczenia zwycięstwa fizycznego stanowią zarazem przykład jaskrawo wyrażonego arystokratyzmu procesowego. Przepisy kto kogo może wyzwać w taki sposób, żeby wyzwany był obowiązany do przyjęcia tego „procesu", jako też przepisy o sekundantach mają czasem charakter kastowy, odróżniający w jaskrawy sposób ten proces — niezgodny z ustawą, lecz narzucony przez despotyzm zwyczaju — od zupełnie demokratycznego procesu według ustawy.

IV

ROLA USTAW W DZIEJACH PRAWA CYWILNEGO

W jednym z poprzednich szkiców zatrzymaliśmy się umyślnie na prawie i procesie karnym, żeby wykazać, iż badanie porównawcze ustawy i zwyczaju pod naszym kątem widzenia dałoby wyniki ciekawe i liczne, świadczące o ustalonej wyżej sympatycznej funkcji ustawy w dziejach prawa, nawet w takich dziedzinach ustawodawstwa, które zmierzają do szczególnych celów, oczywiście nie mających nic wspólnego z myślą o zrównaniu podziału dóbr między ludźmi.

W innych dziedzinach prawa, w szczególności tych, które regulują bezpośrednio podział dóbr, np. w prawie rzeczowym, zobowiązaniowym, familijnym, majątkowym i spadkowym dążenie to znajduje jeszcze dobitniejszy wyraz.

Jest rzeczą zdumiewającą, że spośród niezliczonych badaczy prawa rzymskiego, którzy w ciągu wielu wieków komentowali i „przekomentowywali" każdy fragment Digestów na wszelkie możliwe i niemożliwe sposoby, pisali przemądre monografie na temat poszczególnych fragmentów lub nawet wyrazów i wyrażeń, użytych w jakiejś wypowiedzi Ulpiana lub Paulusa — żadnemu nie przyszło do głowy zbadać, co wniosło *ustawodawstwo* do rozwoju rzymskiego prawa cywilnego; np. wyodrębnić w osobnym wykazie przepisy pochodzenia ustawowego (leges, senatusconsulta, constitutiones...) i opracować naukowo, zestawić systematycznie i uogólnić te myśli oraz podstawy systematyzacji ,o których by taki spis mówił. Obecni epigoni historycznej szkoły romanistycznej zajmują się ustalaniem niezliczonych tez o mikroskopijnej wadze naukowej na temat tego, które wyrazy Instytucyj i Digestów wypowiedzieli prawnicy klasyczni, a które wstawili kodyfikatorzy. Na rzecz tych mikroskopijnych hipotez werbalistycznych przytacza się dowolne i nie naukowe argumenty wszelkiego rodzaju, nie wyłączając instynktu osobistego i smaku stylistycznego badacza, jako ostatecznej, bezapelacyjnej instancji [1]). Ważne zaś i niewątpliwe fakty tego samego rodzaju reformy ustawodawcze o istotnej treści, pozostają bez należytego oświetlenia i uogólnienia naukowego. Tworzy się i przyjmuje jako ważne odkrycia naukowe, jak najdowolniejsze teorie o zdaniach podrzędnych z wyrazem *„nisi"* jako dowodzie udziału komisji Justyniana w redagowaniu ich brzmienia; lecz te niewątpliwe okoliczności, z których wynika, że owa komisja ustawodawcza i w ogóle ustawy Justyniana, kontynuując akcję dawniejszego ustawodawstwa, które działało w tym samym duchu, wprowadziły do dziedziny podziału dóbr mnóstwo mniej lub więcej istotnych zmian, przenikniętych jeśli nie jedną świadomą myślą, to przecież jednym instynktownym dążeniem — te okoliczności nie cieszą się uwagą nauki i nie stanowią przedmiotu badań naukowych. Dlaczego specjaliści od używania słowa *nisi* itp. słów i wyrażeń w pomnikach ustawodawczych nie zwrócą np. uwagi na słowa: *satis inhumanum est, acerbum est* (jest rzeczą okrutną, nieludzką), i na temu podobne typowe wyrażenia fragmentów ustawowych, zaczynających się od usprawiedliwienia konieczności ingerencji ustawodawczej przez powołanie się na okrucieństwa prawa, które uchylają, — w ogóle na rzeczywiście charakterystyczne cechy stylu, argumentacji i dążności ustaw, w odróżnieniu od fragmentów jurystów?

Nie koniec na tym; romaniści (zresztą nie oni jedni, bo także i germaniści) nie tylko pozostawiają zagadnienia i tematy tego rodzaju bez dostatecznego oświetlenia i opracowania specjalnego, lecz nawet przedstawiają dzieje prawa w niewłaściwym świetle, w postaci nie odpowiadającej rzeczywistości historycznej, za pomocą zacierania i ignorowania wielkiego znaczenia ustaw dla postępu i humanitaryzmu w różnych dziedzinach prawa. Już dawniej, kiedy czytałem kolejno różne części *Corpus iuris* w innym celu, nie myśląc specjalnie o roli ustawy i zwyczaju w dziejach prawa, dziwiłem się temu, jak krańcowo nie odpowiada rzeczywistej treści *Corpus iuris* jego odbicie, zacierające elementy ustawodawcze, zawarte w literaturze prawa rzymskiego; w szczególności uderzyło mnie mnóstwo humanitarnych i prawdziwie kulturalnych przepisów ustawowych, których ilości, jakości i doniosłości przed tym nawet nie podejrzewałem (choć wyobrażałem sobie, że znam przynajmniej ducha ogólnego i treść zasadniczą źródeł na podstawie literatury, oraz informowania się w źródłach według wskazówek tej literatury). Kodeks i Nowelle (a także te części Instytucyj i Digestów, któ-

[1]) [Por. moją] „Bona fides w grażd. prawie" §§ 17, 23 i passim; por. także uwagi na str. 74 i nast. pięknej książki M. J. Pergamenta „Dogowornaja nieustojka i intieries".

re zawierają dane pochodzenia ustawodawczego) dają raz po raz świadectwo dążeniom humanitarnym ustawodawstwa, mającym na celu ulżenie doli różnych kategoryj ludzi pokrzywdzonych i poniżonych, w szczególności różnych klas w znaczeniu społeczno-gospodarczym [2]).

Lecz nawet tę część materiału ustawodawczego, zawartego w źródłach, którą literatura romanistyczna zaszczyca swą uwagą dla celów systematyzacji lub z innych powodów, wykłada się jakby od niechcenia i zniekształca się różnymi sposobami. Często daje się zauważyć dążenie do zmniejszenia doniosłości ustaw humanitarnych, skierowanych przeciwko prześladowaniom, bądź to przez wykładnię restryktywną, bądź przez twierdzenie, że ustawy te są uchylone lub ograniczone przez nowe prawo zwyczajowe, bądź też przynajmniej przez ich potępienie w taki lub inny sposób, pośrednie lub bezpośrednie. Taka właśnie jest tradycyjnie np. treść tych stosunkowo krótkich uwag, które poświęca się zwykle ustawom Anastazego i Justyniana, skierowanym w dziedzinie przelewu przeciwko wyzyskowi dłużników i odpowiedniemu brudnemu procederowi. W tym przedmiocie tradycyjnie zamieszcza się przestrogę przed wykładnią rozciągłą i stosowaniem analogii, powołanie się na nową jurysprudencję i zwyczaj sądowy jako autorytet na rzecz zwężenia zakresu stosowania (czyli częściowego uchylenia) tych ustaw, już poprzednio komentowanych restryktywnie, ustanawia się przepis co do *onus probandi*, który utrudnia korzystanie z obrony, jakiej udzielają te przepisy, wreszcie wypowiada się ich potępienie.

Równie mały przyjazny jest stosunek prawoznawstwa romanistycznego do ustaw o odsetkach. Charakterystyczne jest np. stanowisko Windscheida. W odróżnieniu od Jheringa, Bähra i kilku innych prawników, którzy zwykle stają w duchu Jheringa po stronie silnego przeciwko słabemu celem lepszej „obrony interesów" wierzycieli, właścicieli itd., i za pomocą dowolnej wykładni obostrzają rzymskie prawo zobowiązań (np. walka z teorią woli, *culpa in contrahendo*, transakcje abstrakcyjne itd.), Windscheid stara się zachować względem źródeł stosunek obiektywny i bezstronny. Otóż w § 261 (II t.) jego dzieła, poświęconym rzymskim ustawom o odsetkach, znajdujemy następującą uwagę: „Według późniejszych przepisów Justyniana, narastanie odsetek winno ulec przerwaniu nawet w takim wypadku, gdy uiszczone odsetki osiągnęły sumę kapitału, Nov. 121, 138 (1.29, 30. C.h.t.), Nov. 160; lecz, na szczęście, do tych ustępów nie ma gloss. Zresztą, możność stosowania obecnie wspomnianego w tekście przepisu *(ultra duplum)* jest podana w wątpliwość przez teorię i praktykę sądową, i nawet jeśli się ją uznaje, to w najnowszych czasach ustanawia się nieraz wyjątek za pomocą stałej praktyki sądowej na ten wypadek"... (tu Windscheid podaje wyjątek, zmniejszający w ogóle zakres stosowania ustawy).

[2]) Z kodeksu itp. można również zaczerpnąć ciekawych danych dla pośredniego zapoznania się z ówczesnym prawem zwyczajowym w ścisłym znaczeniu oraz różnymi praktykami zwyczajowymi, uciskiem finansowym i administracyjnym, wyzyskiem klasowym itd., przeciwko którym jest skierowana znaczna część ustaw. Fragmenty prawników rzymskich w Digestach, poświęcone różnym subtelnościom cywilistycznym, jako też literatura romanistyczna nie dają właściwego wyobrażenia o tej sferze rzymskiego życia prawnego.

Zresztą tenże autor oświadcza, iż nie godzi się na taką nową tendencyjną wykładnię innych ustaw rzymskich przeciwko lichwie *(anatocismus)*, które równają się niemal ich samowolnemu unicestwieniu.

Nie mniej wrogi jest stosunek romanistów do ustawy Justyniana, skierowanej przeciwko uciskowi dłużnika nadmiernymi odsetkami, *quod interest dupli quantitatem minime excedere*, do ustaw, przynoszących ulgę poręczycielom, dłużnikom itd.; tzw. ogólnym hipotekom prawnym, wprowadzonym przez ustawy, poświęca się zwykle krótkie wyliczenie i ocenę ujemną; lecz o tym, że broniły one od grabieży urzędniczej i innej *bonum publicum* we właściwym znaczeniu (gospodarstwa państwowego), jako też dobro różnych kategoryj osób szczególnie bezbronnych i nadających się do wyzyskiwania: sierot, wdów, dzieci z pierwszego małżeństwa w drugim małżeństwie pozostałego rodzica, chorych psychicznie — o tym się nie wspomina i tego się nie ocenia, itd.

A jednak dość pobieżnego przeglądu choćby tylko tej — pomniejszanej wszelkimi sposobami — części materiału ustawodawczego, której tradycje i tendencje literatury nie wyłączają z systematycznego lub historycznego wykładu prawa rzymskiego, żeby bez trudu i w sposób niewątpliwy wysnuć wniosek, iż ważniejsze i bardziej podstawowe postępy na drodze humanitaryzmu w podziale dóbr nie były osiągnięte w dziejach prawa rzymskiego ani przez prawo zwyczajowe, ani przez prawo prawników, lecz właśnie przez ustawodawstwo.

W ogóle, wystarczy nieco uwagi, żeby z naszego stanowiska odnieść wrażenie, że przepisy ustawodawcze, podawane stosunkowo rzadko i krótko wśród masy innego materiału, prawie zawsze stanowią właśnie przepisy najbardziej wartościowe i humanitarne ze stanowiska społecznego; w każdym dziale prawa one to właśnie są oazami humanitaryzmu i etapami postępu.

Np. w nauce o osobach i cywilnej zdolności prawnej spotykamy lakoniczną wzmiankę, że lex Julia i lex Plautia Papiria nadały wszystkim Italczykom jus civitatis, że ustawa Karakalli uznała za obywateli rzymskich wszystkich ówczesnych miesz-

kańców imperium, że Justynian uchylił dediticia libertas oraz latynitet, czyli uchylił odpowiednie ograniczenia zdolności prawnej, udzielił w postaci przepisu powszechnego *jus aureorum annulorum* oraz *natalium restitutio* dla wszystkich wyzwoleńców itd.; w ogóle mamy tu do czynienia, że się tak wyrażę, z wspaniałą produkcją na wielką skalę pełnoprawnych podmiotów praw cywilnych: *commercium, connubium* (a także praw publicznych: *jus honorum, jus suffragii).*

Pierwotnie podmiotami cywilno-prawnego podziału dóbr wśród *cives* byli tylko *patres familiae.* Inni zaś domownicy w myśl prawa zwyczajowego, grali rolę narzędzi tudzież przedmiotów wymiany (sprzedaży, zastawu). Nie prawo zwyczajowe, lecz ustawy z jednej strony zakazały rozporządzanie członkami rodziny jako przedmiotami majątkowymi, z drugiej zaś strony obdarzyły ich charakterem podmiotów podziału dóbr (ustawy Konstantyna, Justyniana i innych o różnych *peculia, bona adventicia...)* i zobowiązały rodziców do utrzymywania oraz wychowywania wszystkich dzieci.

W dziejach stosunków prawno-rzeczowych, obok pomniejszych ustaw, mających na celu ochronę różnych kategoryj osób, wymagających szczególnej obrony, od różnych niebezpieczeństw i nadużyć (np. wyżej wspomniane ustawy hipoteczne, ustawowe zakazy alienacji itp.), spotykamy się z bardzo znamiennym przejawem innego rzędu, tzw. ustawami agrarnymi (słynne *l. Licinia Sextia, leges Semproniae* itp. ustawy późniejsze).

W dziedzinie prawa dłużniczego, obok doniosłych zarządzeń ustawodawczych, wymierzonych przeciwko eksploatacji dłużników, jak np. ustawodawstwo o odsetkach, środki zmniejszenia drastyczności *executio* oraz ulżenia doli niewypłacalnych dłużników *(lex Poetelia Papiria,* która uchyliła prawo zabicia, sprzedaż w niewolę, chłostę dłużników przez wierzycieli itp., oraz analogiczne ustawy i reskrypty), spotykamy się z mnóstwem drobniejszych ustaw humanitarnych niemal we wszystkich działach prawa zobowiązań, w których można było cośkolwiek zdziałać na rzecz *„miseri debitores"* itp.

Z dziejów familijnego prawa majątkowego oraz spadkowego, poza wspomnianym już wyżej przeobrażeniem domowników z przedmiotów w podmioty podziału dóbr, przypomnijmy sobie *edicta, senatusconsulta* i ustawy cesarskie, które stopniowo zniosły rodowy, agnacki arystokratyzm spadkowy, udzieliły praw spadkowych wszystkim krewnym bez różnicy płci, bez uprzywilejowania linij męskich przed żeńskimi itd. Na szczególną uwagę zasługuje także troska ustawodawcy o żony i wdowy, ujawniająca się wyraźnie w różnych działach ustawodawstwa; tej dziedziny tyczą się np. *l. Julia de fundo dotali, sctum Velleianum* oraz ustawa Justyniana, wymierzona przeciwko

eksploatacji i rujnowaniu żon przez mężów za pomocą przyciągania do transakcyj pożyczkowych, ustawa tegoż cesarza o zwrocie posagu, która uchyliła mężowskie *lucrum dotis* oraz różne *retentiones* i w ogóle polepszyła w sposób istotny stanowisko żony i wdowy odnośnie posagu; ustawy o *donatio propter nuptias,* o samowolnych rozwodach; wprowadzenie zwykłego prawa spadkowego w stosunkach między małżonkami, tudzież ustawa Justyniana (bez porównania bardziej istotna dla zabezpieczenia wdów), nadająca wdowie t.zw. nadzwyczajne prawo spadkowe, nie uzależnione od braku krewnych, w wypadku jej niezamożności.

Nie sposób pominąć tutaj także innych nadzwyczajnych uprawnień spadkowych prawa rzymskiego, *quarta divi Pii* i prawa dzieci, urodzonych w związku nieprawym, do $^1/_6$ spadku po ojcu; najbliższe prawo spadkowe po matce otrzymały dzieci, między innymi nieprawe, już z mocy *sctum Orphitianum* z r. 178. Obok tej ustawy wspomina się zwykle o *sctum Tertullianum,* które udzieliło matce prawa spadkowego po dzieciach, oraz o konstytucjach imperatorów, które się zajęły dalszym, lepszym zabezpieczeniem matki. W ogóle, według ustaw Justyniana rodzice i dalsi wstępni dziedziczą wraz z braćmi i siostrami przed dalszymi krewnymi spadkodawcy, itd.

W ogóle można twierdzić, że właśnie w wyniku działalności ustawodawstwa rzymskie prawo cywilne osiągnęło ten poziom kultury, dzięki któremu recepcja jego przez narody nowożytne stała się znacznym postępem społecznym.

Za pomocą recepcji w ścisłym znaczeniu oraz zapożyczeń ustawodawczych, ustawy rzymskie po raz wtóry niejako reformowały prawo zwyczajowe typu znacznie mniej humanitarnego, zastępując je prawem o bardziej humanitarnej treści. W tej zaś mierze, w jakiej w Europie nowożytnej stare prawo germańskie i inne prawa zwyczajowe nie zostały uchylone przez prawo rzymskie, lub w jakiej nowe ustawodawstwa nie zdecydowały się na reformowanie obowiązującego prawa pochodzenia zwyczajowego — jeszcze teraz możemy dostrzec różnicę pomiędzy dwoma systemami prawa: z jednej strony zasad humanitarnych i równających ustawodawstwa rzymskiego i ustawodawstw nowożytnych, z drugiej zaś strony — resztek „starego obyczaju" typu przeciwnego.

Rzecz godna uwagi, że tezy powyższe znajdują wyraźne potwierdzenie w najnowszym kodeksie cywilnym, mianowicie niemieckim. Żeby się o tym przekonać wystarczyłoby zestawić artykuły ustawy wprowadzającej, zawierające wyliczenie tych lokalnych resztek niemieckiego prawa zwyczajowego, które

„pozostają nienaruszone" (*unberührt bleiben*), czyli pozostają obowiązującymi wyjątkami od powszechnych norm nowego kodeksu, od odpowiednich jego zasad. Pierwsze stanowią takie pozostałości zwyczajowo-prawnego arystokratyzmu stanowego, nierówności rodzinnej itp., które kodeks francuski, starszy prawie o stulecie, lecz w większym stopniu reprezentujący typowe cechy ustawodawstwa (w odróżnieniu od „kodyfikacji" prawa obowiązującego), uznał za niesprawiedliwe, sprzeczne z zasadą równości i podlegające ostatecznemu uchyleniu.

Do takich „nienaruszonych" pozostałości lokalnych starego zwyczaju niemieckiego o duchu jaskrawo sprzecznym z ogólnymi zasadami nowego kodeksu należą np. instytucje szlacheckie: powiernictwa rodzinne itp. (Familienfideicommisse, Stammgüter, Lehen), wspomniane już uprzednio instytucje prawa włościańskiego (nierówny podział spadku, Anerbenrecht, „udział starych" itp.), właściwości szczególne prawa familijnego i spadkowego pewnych kategoryj wyższej arystokracji, itd.

Zapożyczenie prawa rzymskiego w Europie nowożytnej odegrało w znacznym stopniu rolę surogatu samodzielnego postępowego ustawodawstwa cywilnego. W tej mierze, w jakiej w dziedzinie życia prywatno-prawnego ujawniły się jednakże i ujawniają się obecnie także ingerencja i twórczość ustawodawcza, są one przeniknięte tymi samymi dążeniami, których istnienie stwierdziliśmy wyżej w dziedzinie ustawodawstwa rzymskiego. Tu również mamy do czynienia z całym szeregiem ustaw, zmierzających ku ulżeniu losu dłużników (uchylenie ustawowe różnych rodzajów *executio* osobistej, ograniczenie egzekucji majątkowej celem pozostawienia dłużnikowi środków do dalszego istnienia i zarobku), ku ochronie dłużników przed wyzyskiem lichwiarzy i innym (por. np. w czasach nowożytnych wprowadzenie ustawodawcze pojęcia lichwy towarowej, zakaz lex commissoria przy sprzedaży na raty itp.), ku poprawie stosunków rzeczowo-ziemskich (nowe wspaniałe ustawodawstwo agrarne), ku zabezpieczeniu losu poszkodowanych przez wypadki przy eksploatacji różnych przedsiębiorstw przemysłowych itd.

Nie wiele ustawodawczego ducha twórczego widać w nowym kodeksie niemieckim; przypomina on raczej zbiór „starego obyczaju"; a jednak, jak wiadomo, i on (jak również ustawodawstwo Justyniana, przezeń uchylone) zawiera cały szereg nowych przepisów, dobrotliwych w stosunku do różnych *miseri* (robotników, sług, lokatorów, dłużników, żon, wdów, dzieci nieprawych, poszkodowanych przez wypadki itd.).

Nie można się powstrzymać od postawienia zarzutu wielkiej bezczynności ustawodawstwu cywilnemu w Rosji. Lecz

i w tym wypadku, jak wszędzie, nie zwyczaj, lecz ustawa tworzyła normy przeciwko lichwie (ustawy o odsetkach itp.) i innym postaciom wyzysku dłużnika, ustawa złagodziła *executio* za długi, ustawa nadała liczne uprawnienia cywilne głównej masie ludności — włościanom, ta sama ustawa obdarzyła ich ziemią...

Rzeczą ciekawą byłoby przejrzeć pod tym kątem widzenia dzieje prawa cywilnego w nowożytnym kraju o prawie zwyczajowym — w Anglii. Przypomnimy tylko niedawne, powszechnie znane wypadki — ustawy agrarne Gladstone'a i inne, reformę prawa o długach, która zniosła potworności, opisane tak wymownie jeszcze przez Dickensa na podstawie jego obserwacyj osobistych; ustawy z lat 1870, 1874, 1882, które dokonały prawdziwe czarodziejskiego przewrotu w prawie familijnym, w stanowisku prawnym żon — zaiste nie małej części ludności. Jeżeli przed tymi niedawnymi ustawami można było nazywać żony podmiotami praw cywilnych, to z taką samą niemal słusznością możnaby nazwać podmiotami prawnego podziału dóbr ludzi niewolnych według prawa rzymskiego, lub innego prawa, któremu niewolnictwo było znane. Według *common law żonie* służyło prawo skargi na męża, lecz tylko w przypadku takiego nadużycia praw mężowskich, które zagrażało jej życiu (por. wspomniane wyżej ustawy imperatorów rzymskich o prawie skargi niewolników na panów). Żona mogła mieć prawo własności, lecz tylko do przyborów toaletowych, a nie do bardziej istotnych przedmiotów majątkowych. Nabycie praw obligatoryjnych względem męża było niemożliwe, tak jak niewolnik nie mógł mieć roszczeń do pana (zresztą, jak wiadomo, i od tej zasady w prawie rzymskim istniały wyjątki i przepisy, osłabiające jej rygoryzm). W stosunku do osób trzecich, w dziedzinie prawa żony nie było widać z poza męża (*coverture*). W ogóle żony nie były podmiotami, lecz raczej przedmiotami podziału dóbr, władzy, zarządu i opieki męża (*custody*). I oto trzy dotknięcia różdżki czarodziejskiej ustawodawstwa przeobrażają ten tłum bezprawnych przedmiotów prawa zwyczajowego (*common law*) w pełnoprawne podmioty.

Naturalnie, że powyższe dorywcze uwagi nie miały na celu i nie mogły dać nie tylko całkowitego obrazu roli ustawy w dziejach prawa rzymskiego oraz nowożytnego prawa cywilnego, lecz nawet najbardziej wybitnych zasług tego „źródła prawa". Pragnęliśmy tylko pobudzić uwagę i pamięć czytelnika. Czytelnik, który by się zainteresował podjętym tu zagadnieniem (co byłoby już wielką zdobyczą tych drobnych szkiców)

i odtworzył w swojej pamięci, na podstawie tych wzmianek lub niezależnie od nich, bieg rozwoju prawa rzymskiego lub nowożytnych praw cywilnych, któryby dokonał w myśli chociażby najpobieżniejszego przeglądu najważniejszych ustaw cywilnych, przekonałby się z łatwością, że typowym zadaniem ustawy w dziedzinie prawa cywilnego jest dokonywanie ważnych reform, mających na celu bardziej sprawiedliwe i równomierne przyznanie praw cywilnych, w szczególności zaś przeprowadzenie obrony pokrzywdzonych i poniżonych przez prawo zwyczajowe. Przypomnieć sobie wypadki ingerencji ustawy do rozwoju prawa cywilnego znaczy to samo, co przypomnieć sobie główne i istotne etapy na drodze postępu w tej ważnej dziedzinie prawa.

Nasza teza uzyskałaby zupełną zgodę i bezwarunkową aprobatę, gdyby sprawdzenia jej dokonał nie specjalista prawnik, lecz poprostu ktoś nie rozumiejący się na prawniczych subtelnościach, kontrowersjach i kazuistyce, ale czujący i myślący „po ludzku" i nie tracący z oczu lasu z poza drzew. Zdziwiłby się bardzo taki historyk, gdyby po przejrzeniu np. dziejów prawa rzymskiego (chociażby według podręczników, napisanych przez prawników) dowiedział się, że kierowniczą rolę i zasługę rozwoju prawa rzymskiego specjaliści przypisują prawoznawstwu rzymskiemu jako takiemu, że wciąż rozprawiają o genialnej i niezrównanej twórczości prawników rzymskich i uzależniają postępy rozwoju prawa od naszej umiejętności naśladowania tych niezrównanych wzorów. Ze swego stanowiska nasz historyk oświadczyłby, że istotne postępy, przynajmniej w dziedzinie podziału dóbr prawa cywilnego, zostały dokonane przez ustawodawstwo, prawoznawstwo zaś, jako takie, prawie nie ponosi odpowiedzialności za tę sprawę, ważniejszą ze stanowiska humanitarnego od subtelnych różnic między zobowiązaniami korrealnymi, a solidarnymi, różnymi rodzajami *animus possidendi* itp.

Nasz historyk zdziwiłby się jeszcze bardziej, gdyby się dowiedział, jakie programy opracowali prawnicy współcześni na gruncie nauki historii prawa cywilnego dla osiągnięcia dalszego zdrowego rozwoju prawa.

Wielki Savigny, przywódca historycznej szkoły prawoznawstwa i największy koryfeusz romanistyki XIX wieku, spodziewał się wszelkiej pomyślności od pozostawienia rozwoju prawa prawu zwyczajowemu.

Jednocześnie wysunięto i propagowano inny pogląd, niezupełnie odpowiadający poprzedniemu. Należy zwrócić się do nauki historii oraz systemu prawa obowiązującego celem przygotowania się do wielkiego i trudnego zadania kodyfikacji. Przez zapoznanie się historyczne i systematyczne (dogmatycz-

ne) z obowiązującym prawem rzymskim i niemieckim prawoznawstwo przygotuje zastąpienie *Corpus iuris* przez nowy kodeks cywilny; przy czym Savigny mówi o tym kodeksie, sumującym naukę prawa minionego i obecnego, głównie rzymskiego, jako o czymś nowym i samodzielnym ,a przy tym narodowym i popularnym [3]).

Inny koryfeusz romanistyki, wódz najnowszej szkoły praktycznej prawoznawstwa, twórca programu, który zastąpił program Savigny'ego — Jhering, nie myślał o ustawodawstwie nawet w tak skromnej postaci, lecz był zdania, że jurysprudencja sama przez się, jej twórcze wyjaśnienia zawierają potężną siłę, prowadzącą prawo na drodze postępu. Autor ten przypisywał powszechną i trwałą wartość prawu rzymskiemu i metodzie prawników rzymskich. Należy pójść do ich szkoły, nauczyć się naśladowania ich metod twórczych i za pomocą tych metod, biorąc za punkt wyjścia podstawy prawa rzymskiego, oraz tłumacząc źródła w taki sposób, żeby wydobywać z nich (lub wkładać w nie) odpowiedzi praktyczne na nowe pytania stawiane przez życie, osiągnąć pożądane nowe rozwiązania i ulepszenia.

Dla wprowadzenia w życie tych programów poświęcono nie mało wybitnych sił naukowych i pracy; w szczególności w ostatnich czasach odbywało się wciąż pilne badanie źródeł dla otrzymania z nich rozstrzygnięć praktycznych. Czy osiągnięto w ten sposób jakikolwiek postęp na drodze humanitaryzmu i w ogóle na drodze postępu prawa cywilnego? Zresztą, zarówno przywódca nowej szkoły twórczej, sam Jhering, jak i większość jego zwolenników, niewiele myśleli o humanitaryzmie a bardziej o praktycznej i mocnej obronie interesów właścicieli, wierzycieli itp. Panował tu inny duch, niż duch ustawodawstwa humanitarnego i poświęconego różnym *miseri*. Lecz gdyby nawet pominąć zagadnienie równania przez prawo cywilne oraz jego humanitarności, gdyby zapisywać na dobro nowej szkoły pod kątem widzenia rozwoju prawa wszelkie jakiekolwiek przejawy „twórczości" (chociażby należało zapisać je raczej na rachunek strat, niż zysków) i zapytać, co takiego osiągnięto za pomocą „nowej", „twórczej" roboty, co by się dało postawić na równi z wynikami działalności ustawodawczej w dziejach prawa — odpowiedź bynajmniej nie wypadłaby na korzyść oczekiwań i zapowiedzi nowej szkoły. Aczkolwiek

[3]) Por. np. Savigny, Vom Beruf... § 9 w końcu: „Wir werden dann ein eigenes, nationales Recht haben... Das römische Recht können wir dann der Geschichte übergeben, und wir werden nicht blos eine schwache Nachahmung römischer Bildung, sondern eine ganz eigene und neue Bildung haben", § 11: „dann wird manches treffliche möglich sein... unter anderen auch ein populäres Gesetzbuch".

zwykle przywódcy oraz najbliżsi zwolennicy nowych teoryj, pierwsi pracownicy na glebie nowej, jeszcze niewyczerpanej, osiągają najznaczniejsze i najefektowniejsze wyniki, pozostawiając późniejszym pracownikom drobniejsze, skromne resztki, jednakże w tym wypadku nawet pierwsi, najzdolniejsi zwolennicy nowej doktryny nie ujawnili szczególnej twórczości quasi — ustawodawczej. O przeobrażeniu prawa rzymskiego za pomocą opracowania praktyczno-dogmatycznego na sposób reformy ustawodawczej nie ma co mówić. To samo prawo rzymskie bez jakiejkolwiek dostrzegalnej zmiany pozostawało w mocy i nie myślało się przeobrażać. Co postanowiły starożytne rzymskie komicje, pretorzy, senat lub imperatorowie, przy tym na ogół murem stali także przedstawiciele „twórczego" i postępowego prawoznawstwa, poddając się nie tylko tym stanowczym i ważnym rozstrzygnięciom, lecz również drobnej i kazuistycznej ich wykładni, w szczególności — wykładni Gaiusa, Ulpiana, Papiniana oraz mniej wybitnych prawników starożytnych. W tej zaś mierze, w jakiej w poszczególnych zagadnieniach — drobnych, zaledwie dostrzegalnych dla oka nie uzbrojonego w mikroskop prawniczy — ujawniła się śmiałość nowatorska za pomocą wykładni praktycznej, wątpliwym jest, aby wszystkie takie nowości (przyjmując także wielkości ujemne za składniki dodatnie) razem wzięte można było porównywać z wynikiem twórczym którejkolwiek sesji ustawodawczej, nawet spośród mniej wybitnych, nowego Reichstagu niemieckiego, lub tuzina posiedzeń starożytnej komisji decemvirów lub Tryboniana, albo z wynikiem twórczym którejkolwiek z ważniejszych ustaw w dziejach prawa cywilnego, i to nawet gdyby pominąć jako wielkości zupełnie niewspółmierne, takie akty ustawodawcze, jak ustawy, które zniosły pańszczyznę, zastąpiły *executio* osobistą za długi przez majątkową, wyżej wymienione ustawy angielskie o żonach i temu podobne.

Nasz fikcyjny badacz historii prawa nie ze stanowiska technicznie prawniczego, lecz poprostu ludzkiego, rzekłby bez wahania zarówno o programie nowego prawoznawstwa praktycznego i „twórczego", jak i o jego zapowiedziach, że wywierają na nim wrażenie jakiegoś dziwnego nieporozumienia.

Gdybyśmy w dalszym ciągu naszego wywiadu zapytali owego badacza historii prawa pod kątem widzenia nie specjalisty, lecz prostego zdrowego rozsądku i życzliwości dla cierpiącej ludzkości, coby on ze swojego stanowiska zalecił czynić specjalistom, żeby pomyślnie kierować rozwojem prawa, tenby oczywiście poradził skierować wzrok na ustawodawstwo, w sprawie rozwoju prawa nie polegać ani na prawie zwyczajowym w ścisłym znaczeniu, ani na przemądrzałej wykładni i kazuistyce „prawa jurystów", choćby się tu wcieliła sama

„praktyczność" wrodzona, i nie za ich pomocą starać się o postęp, lecz za pomocą rozumnego energicznego i humanitarnego ustawodawstwa. W tym celu uczeni prawnicy powinni pozyskać poważanie i głos autorytatywny w dziedzinie wskazywania i wypracowywania reform ustawodawczych, w każdym razie przygotować się do tego, żeby w razie zapytań przedstawicieli państwowej polityki ustawodawczej mieć odpowiedzi i wskazówki, opracowane poważnie i naprawdę naukowo. Innymi słowy, potrzeba samodzielnego, systematycznego i metodycznego, w ogóle całkowicie naukowego opracowania zagadnień ustawodawczych, czyli trzeba n a u k i p o l i t y k i p r a w a.

Rzecz oczywista, że podpisalibyśmy się z radością pod taką odpowiedzią, podpowiedzianą przez przegląd historii prawa oraz prosty ludzki zdrowy rozsądek, i chyba tylko jako prawnik-specjalista stanęlibyśmy w obronie jurysprudencji w ścisłym znaczeniu, którą nasz rozmówca uważałby zapewne raczej za niezrozumiałe mędrkowanie, niż za pożyteczne zajęcie.

Zaznaczylibyśmy, że gdyby prawoznawstwo miało spełniać to zadanie, jakie mu wyznacza nowy „kierunek praktyczny", wówczas uprawianie tej nauki byłoby nieprodukcyjnym marnowaniem sił ludzkich, możnaby było znieść je bez szkody dla postępu ludzkiego, lub nawet z pożytkiem dla tej sprawy ze względu na przyciągnięcie sił do opracowania nauki polityki prawa. Lecz chodzi o to, że prawodawstwo wykonywa inne nader ważne i cenne zadanie, aczkolwiek nie może w żaden sposób zdać sobie z tego sprawy, wskutek czego, dla usprawiedliwienia swego istnienia oraz utrzymywania przez społeczeństwo i państwo, puszcza się na różne nieudane domysły i rozumowania co do swojej misji. Zadanie to nie polega na odstępstwie od prawa obowiązującego, chociażby w kierunku bardzo praktycznym, lecz przeciwnie, na zasadniczym i niezłomnym realizowaniu prawa istniejącego, na niedopuszczaniu dowolnych odeń odstępstw dla jakichkolwiekbądź celów i względów, oraz na usuwaniu gruntu i podstawy do samowoli i arbitralności za pomocą znajdywania rozstrzygnięć, opartych na prawie, nawet w tych niezliczonych i drobnych wypadkach, których przewidywanie i bezpośrednie rozstrzygnięcie przez ustawodawstwo nie jest ani możliwe, ani stosowne. Wskutek tego należy szanować nawet mikroskopię i kazuistykę prawoznawstwa, bezwartościową i niezrozumiałą dla nie-specjalisty. Właśnie tutaj, w dziedzinie zagadnień mikroskopijnych w porównaniu z ważkimi tezami i rozstrzygnięciami ustaw, ugruntowane jest nadzwyczaj ważne zadanie dogmatyki. Zasada praworządności, działanie prawa urzeczywistnia się w niezliczonych przypadkach konkretnych,

których rozstrzygnięcia — stanowczego i niewątpliwego, wyłączającego samowolę — kodeksy bezpośrednio nie podają.

Powierzając troskę o dalsze zdobycze w dziedzinie postępu prawa ustawodawcy i jego przyszłemu specjaliście-doradcy — nauce polityki prawa, należy się starać o bezstronną kontrolę i pomoc w kierunku skutecznego i niezłomnego urzeczywistnienia tego wszystkiego, co już zostało uzyskane lub będzie uzyskane za pomocą kart ustawodawczych, aby te zdobycze prawne stanowiły *magna charta* nie tylko w znaczeniu papierowym; w tym zaś celu trzeba nie tylko zachować, lecz także czcić i miłować jurysprudencję — żywy głos już zdobytych praw człowieka i obywatela, oraz prawa w ogólności.

V

PRAWO ZWYCZAJOWE A KWESTIA KOBIECA

W poprzednich szkicach mieliśmy do czynienia m. in. z różnymi przykładami życzliwego stosunku ustawodawstwa w odróżnieniu od prawa zwyczajowego do kobiet. Zaznaczyliśmy, że ustawodawstwo karne i procesowe występowało przeciwko nierówności zwyczajowo-prawnej mężczyzn i kobiet w dziedzinie prawa karnego i procesu, że także w dziedzinie prawa cywilnego zostały osiągnięte za pomocą ustawodawstwa różne reformy, mniej lub więcej istotne, na rzecz żon, wdów i w ogóle kobiet, że m. in. również nowy kodeks niemiecki polepsza położenie kobiet pod różnymi względami; powołaliśmy się na niedawne nader radykalne ustawy angielskie, które przeobraziły żony z pozbawionych praw przedmiotów osobistej i majątkowej władzy mężowskiej, jakimi były według angielskiego prawa zwyczajowego (common law) w równouprawnione i wolne podmioty praw cywilnych (w znaczeniu technicznym). Liczbę takich przykładów, szczególnie z najnowszego ustawodawstwa, możnaby, oczywiście, znacznie powiększyć.

Mimo to, po rozejrzeniu się ogólnym w stanowisku kobiet w ustroju prawnym nowożytnego świata cywilizowanego, nawet w państwach najbardziej kulturalnych, trudno by nam było złożyć o nim sprawozdanie szczególnie korzystne. W każdym razie na podstawie takiego przeglądu nie odważylibyśmy się dyskutować z tymi pisarkami, które uważają stanowisko kobiet w ustawodawstwach i w państwach współczesnych za niesprawiedliwe, niezgodne z innymi zasadami kultury współczesnej, albo nawet „nieodpowiadające ich godności".

Przeciwnie, uznając zacofanie ustawodawstwa w tej dziedzinie oraz słuszność zarzutów, czynionych z tego powodu, podamy tylko właściwy adres dla tych zarzutów, które, w naszym przekonaniu, kieruje się zwykle w znacznej części pod różnymi fałszywymi adresami, oraz postaramy się „zdemaskować" rzeczywistego wroga równouprawnienia kobiet.

Uznając stosunek ustawodawstwa do praw kobiet za niezadawalający, czynimy zarazem odpowiedzialnym za tę nie-

sprawiedliwość — jakkolwiek dziwne to się wydaje na pierwszy rzut oka — nie samo ustawodawstwo, lecz prawo zwyczajowe. Rzeczywistą przyczyną anomalii nie są cechy właściwe ustawodawstwu, nie psychika ustawodawcza (np. egoizm męski, przejawiający się w ustawodawstwie, znajdującym się w ręku mężczyzn lub t. p.), lecz psychika zwyczajowo-prawa, ta siła psychiczna, ten zakres uczuć, wyobrażeń, przekonań, który bądź stanowi prawo zwyczajowe, bądź z niego powstaje. Ta właśnie psychika zwyczajowo-prawna jest potężnym hamulcem, który nie pozwala ujawnić się dosyć silnie w tej dziedzinie dążnościom ustawodawstwa, na ogół postępowym i życzliwym.

Zdajemy sobie w zupełności sprawę z tego, że twierdzenie powyższe może wzbudzić w czytelniku podejrzenie, że autor jest stronny, nienaukowo subiektywny, że chce dowolnie oskarżać prawo zwyczajowe nawet tam, gdzie go wcale nie ma, gdzie osobą działającą jest ustawodawstwo. Sam autor miał wątpliwości tego rodzaju. Kiedy, zgłębiając istotę i psychologię kwestii kobiecej, przyszedłem — nasamprzód na podstawie ogólnych rozważań dedukcyjnych — do powyższego wniosku, prawidłowość i całkowitość przesłanek tych dedukcyj wydała się mnie samemu podejrzana, tym bardziej, że, moim zdaniem, gdy chodzi o wyjaśnienie naukowe zjawisk tak złożonych i poddanych wpływom tak rozmaitych czynników jak to, które nas zajmuje, dedukcja stanowi podstawę dość niepewną i śliską, pozostawia zbyt wiele miejsca dla subiektywizmu i przypadkowości w wyborze przesłanek i ocenie ich wagi, aby pozostawić jej ostateczne rozstrzygnięcie naukowe. Okazuje się jednak, że istnieje obfity i dostateczny materiał dla rozstrzygnięcia zagadnienia w drodze indukcyjnej, i że indukcja ta zupełnie jasno i wyraźnie demaskuje wspomnianego, ukrytego lecz mocnego wroga emancypacji i równouprawnienia kobiet.

Brak miejsca zmusza nas do ograniczenia się do kilku zaledwie krótkich aluzyj indukcyjnych i do przytoczenia danych tylko najważniejszych i mających największe znaczenie.

1. Zestawienie stanowiska kobiet w starym i nowym świecie (np. w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, Australii itd.) świadczy, iż najzupełniejsze równouprawnienie osiągnęły kobiety tam, gdzie nie było dziedzictwa „starego obyczaju" — prawa zwyczajowego. To samo potwierdza zestawienie starożytnych praw zwyczajowych najstarszego świata — Wschodu, rozwijających się i krzepnących w przeciągu wielu tysiącleci, z młodszym, mniej obciążonym przez starożytny obyczaj Zachodem [1]).

[1]) Wiadomo powszechnie, jak radykalnie różni się stanowisko kobiety w Ameryce i w Europie; znane jest również stanowisko kobiet u ludów wschodnich. Uważamy tedy przytaczanie faktów za zbędne. Por. de Varigny, La femme aux États-Unis 1893. Jedynie dla zobrazowania, jak różnica ta przejawia się we wszystkich stosunkach pomiędzy mężczyznami i kobietami, jak Amerykanki i Amerykanie zwracają na nią uwagę nawet w salonach, przytoczymy następujące zdanie Bryce'a (The American Commonwealth): „Jeśli nawet kobieta przewyższa europejczyka swoim stanowiskiem społecznym, rozumem i wykształceniem, to jednak uważa on się za wyższego od niej jako mężczyzna i daje jej to do zrozumienia. Taki pomysł nigdy nie przyjdzie do głowy Amerykaninowi. Ten rozmawia z kobietą, jak z równą sobie, tylko tonem większego szacunku, wybierając tematy, które mogą ją interesować, lecz mówiąc o nich w taki sposób, w jaki rozmawiałby z człowiekiem, którego zdaniu nadawałby taką samą wagę, jak własnemu". Aby wyjaśnić nierównie wyższe stanowisko kobiety w Ameryce, przytacza się bardzo rozmaite względy, np. wspomina się zasługi kobiet amerykańskich w walce o niepodległość itd. Zdaje nam się, że dalsze zestawienia i fakty, przytoczone w tekście, dość wyraźnie obalają różne rozumowania i teorie w tej kwestii i ujawniają rzeczywistą i bardzo realną, choć niedostrzegalną dla obserwacji zewnętrznej, przyczynę tego kontrastu kulturalnego.

2. Język faktów przemawia w tym samym sensie również jeżeli chodzi o narody europejskie. Jeśli porównamy np. stanowisko kobiet u narodów słowiańskich i germańskich (oraz romańskich), to stwierdzimy fakt dość zdumiewający i prima facie niezrozumiały, mianowicie, że prawo znacznie kulturalniejszych narodów germańskich jest bardziej zbliżone w dziedzinie sprawy kobiecej do praw epoki mniej kulturalnej, niż prawo mniej kulturalnych Słowian. Ten swoisty paradoks kulturalno-historyczny daje się łatwo wytłumaczyć i stanowi jeszcze jeden argument na rzecz naszej teorii, jeśli się zwróci uwagę na to, że prawo familijne, zwłaszcza stosunki między mężem a żoną, stanowią dziedzinę szczególnie sprzyjającą rozwojowi i spotęgowaniu działania zwyczaju, a tym samym — niewdzięczny grunt dla swobodnego normowania ustawowego; dzięki temu młodsza kultura słowiańska, właśnie na skutek swej młodości, nie osiągnęła w tej dziedzinie tak trwałych krystalizacyj zwyczajowo-prawnych, w szczególności tak mocno zakrzepłej władzy mężowskiej, jak kultura narodów germańskich. Nowe ideje, propaganda naukowa i inna na rzecz równouprawnienia kobiet, napotyka na mocniejszy opór ze strony *inveteratae consuetudines* u ludów germańskich, niż u Słowian.

Podobne zestawienia indukcyjne możnaby prowadzić dalej w tym samym kierunku, zestawiając z sobą np. różne ludy germańskie (np. Niemcy i Anglię z jednej strony, Szwecję i Norwegię z drugiej) lub słowiańskie. Zresztą, w tym wypadku indukcyjna wyrazistość języka faktów ulega osłabieniu wskutek tego, że chodzi tu o mniejsze ilości faktów, bardziej zindywidualizowanych i konkretnie bardziej skomplikowanych (por. analogiczne tezy w teorii statystyki). Np. bodaj że nigdzie w Europie nie spotyka się tak mało oporu ze strony siły psychicznej

pochodzenia zwyczajowo-prawnego przeciwko udzieleniu kobietom różnych *iura honorum i commercii*, jak w Rosji; jednocześnie jednak, z czysto przypadkowego powodu — niepowodzenia prób kodyfikacji cywilnej — utrzymuje się przestarzałe oddawna prawo spadkowe, krzywdzące kobiety. Z drugiej strony, tę przypadkową (w stosunku do naszej teorii) anomalię przeważa z nadwyżką ta nader charakterystyczna okoliczność, że w tym samym przestarzałym Zwodzie Praw spotykamy się z zupełną rozdzielnością majątkową małżonków i samodzielną zdolnością żony do działań prawnych, podczas gdy w kraju tak wysoce cywilizowanym jak Anglia, jeszcze do lat siedemdziesiątych, jak rzekliśmy wyżej, w cywilnym prawie majątkowym mąż przesłaniał zupełnie żonę, żony nie zaliczano do samodzielnych podmiotów prawa majątkowego. W roku 1753 (w sprawie Gołowinowej) senat rosyjski orzekł, że żona może rozporządzać swoim majątkiem, nie pytając męża o zgodę; a w roku 1889 wielki uczony niemiecki Otton Gierke pisze: [2]):

„Projekt (pierwszy projekt kodeksu cywilnego) chce uchylić władzę męża nad żoną (das ehemännliche Mundium). Wobec jego romanistycznego nastawienia (co w ustach Gierkego oznacza potępienie najwyższego stopnia), nie można było spodziewać się czego innego, tym bardziej, że, niestety, już kodeks procedury cywilnej wskazał drogę w tym kierunku, udzielając żonie zdolności prawnej..." itd. tym samym tonem oburzenia i zarazem skargi, m. in. z powołaniem się na żywotne dotąd jeszcze „nasze niemieckie zwyczaje i poglądy" (str. 404).

Fakt to zadziwiający, nieprawda?

3. Bardzo piękny materiał do indukcji według zasad „analogii", „różnicy" i „zmian towarzyszących" dają nam także różne klasy i stany jednych i tych samych narodów. Zestawiając prawa zwyczajowe włościan, szlachty, „trzeciego" i „czwartego stanu", otrzymamy tezę: prawa kobiety są w stosunku odwrotnie proporcjonalnym do wieku stanu (czyli: do dawności i mocy prawa zwyczajowego). Oczywiście, formuła powyższa nie wyraża matematycznie ścisłej miary rzeczywistości empirycznej, lecz tendencję ogólną, która wskutek różnych komplikacyj konkretnych może wywołać takie wyniki, jak te, które występują w wypadku równoległoboku sił, ich dodawania lub odejmowania. Tym nie mniej już zwykła obserwacja faktyczna dość wyraźnie potwierdza naszą myśl.

Na pierwszym miejscu, jeśli chodzi o starożytność i moc prawa zwyczajowego, należy w ogóle postawić włościan: tutaj różnica praw mężczyzny i kobiety występuje naogół najsilniej

[2]) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, str. 403.

i najpowszechniej. Daje się ona np. zauważyć, przytym nieraz w dość jaskrawej postaci, nawet u Słowian, np. u Wielkorusów, Ukraińców (gdzie prawa „czełowika" i jego żinki, tak w gromadzie, w sferze prawa publicznego, jak i w domu są bardzo różne, gdzie mianowicie tylko czełowik, a nie baba, jest człowiekiem, osobą w pełnym znaczeniu prawniczym tego słowa). Następnie idzie szlachta, gdzie nawet rycerze, przy całym swym rycerskim stosunku do szlachetnych dam, nawet w czasach kultu dam serca, przyznają im li-tylko nader ograniczoną zdolność prawną cywilną i nie przyznają zupełnie zdolności prawnej publicznej. Tutaj mundium, agnacki system dziedziczenia itd. utrzymują się uparcie i wyrażają się bardzo dobitnie. Jak widać z ustawy wprowadzającej do nowego kodeksu cywilnego niemieckiego, także w przyszłości zarówno najszlachetniejsze „damy" jak i „baby" będą traktowane odmiennie.

Lepsze jest stanowisko kobiet w warstwie stosunkowo nowej, a do niedawna najnowszej, mianowicie w mieszczaństwie.

Nie jest dziełem przypadku, że typem kobiety najbardziej samodzielnej i równouprawnionej w prawie cywilnym i handlowym jest kobieta lub żona-kupiec (przy czym mamy na myśli nie tylko handel w znaczeniu ekonomicznym, lecz w ogóle przemysł, z wyjątkiem szlacheckiego i włościańskiego, tj. rolnictwa). Zupełnie tak samo punkt ciężkości angielskiej ustawy z 1870 r., pierwszej z trzech wyżej powołanych, polegał na nadaniu praw kobietom handlującym i zarobkującym. W ogóle, z kodeksów oraz podręczników prawa można wysnuć wniosek, że najmniej życzliwymi dla kobiet są stany włościański i szlachecki, najprzychylniejsze zaś jest prawo ludzi stanu średniego. Wniosek powyższy należy sprostować i uzupełnić obserwacją życia rzeczywistego w ten sposób, że istnieje jeszcze nowszy, czwarty rodzaj ludzi, który, jak np. świadczy publiczność na jego zebraniach oraz formuła wstępna przemówień, przyznaje kobietom (towarzyszkom) także całkowitą zdolność publiczno-prawną. Różnica pomiędzy stanowiskiem kobiety w mieszczaństwie, nawet w sferze tzw. partii liberalnej, z jednej strony, a wśród robotników i ich partii z drugiej, jest bodaj tak samo jaskrawa, jak różnica pomiędzy stanowiskiem kobiety w burżuazji, a w stanie włościańskim.

4. Można przytoczyć wiele faktów innego rodzaju, świadczących o tym samym. Nader interesujące wyniki dałoby zestawienie charakteru i składu argumentacji w literaturze oraz w sferach ustawodawczych, różnych dowodów za i przeciw, jakoteż ich oceny porównawczej w wypadkach powstawania jakiegokolwiek zagadnienia ustawodawczego z dziedziny praw kobiecych, zależnie od różnicy podkładu zwyczajowo-prawnego. M. in. także badanie porównawcze możnaby polecić jako je-

den z odpowiednich środków zapoznania się ze swoistą, lecz dotychczas naukowo nie zbadaną psychiką zwyczajowo-prawną w ogóle, z wpływem tego zjawiska psychicznego kategorii obyczajowej na stronę intelektualną, nawet na argumentację naukową itd. Tutaj podobne zestawienia zajęłyby zbyt wiele miejsca; jednakowoż i tu można wskazać pokrótce na interesujące zjawisko pokrewne, mianowicie na różnicę w stopniu, do jakiego wzrasta temperatura agitacyjna i ustawodawcza z powodu reformy praw kobiecych, na różną intensywność uczuć, ujawniających się z tego powodu, zapału z jednej strony, oburzenia z drugiej, co odpowiada różnicy i mocy *inveteratae consuetudines*. Im większa jest siła ciśnienia psychiki zwyczajowo-prawnej, tym większą intensywność winno osiągnąć ciśnienie entuzjazmu na rzecz idej oświeconych i postępowych, aby sprawa reformy mogła ruszyć z miejsca, tym silniejszym jest wyładowanie się tych sił i ich konflikt, i tym wyżej podnosi się temperatura uczuciowa.

W Rosji udzielenie kobietom jakichkolwiek praw, nawet w dziedzinie prawa publicznego, np. prawa do służby państwowej, przyjmowane jest jako zjawisko zupełnie naturalne, i można przewidywać, że z takim samym stosunkiem publiczności i sfer ustawodawczych spotkają się różne reformy praw cywilnych kobiet, które niewątpliwie zawierać będzie przyszły kodeks cywilny.

Stosunkowo nieznaczne reformy wniosła do tej dziedziny prawnej nowa kodyfikacja niemiecka. I aczkolwiek ten sam projekt ustawy w innych kwestiach zawierał bardziej istotne nowinki i zmiany, — to jednak szczególny wzrost temperatury, szczególnie ożywiona agitacja i argumentacja za i przeciw, energiczne zbieranie podpisów, składanie petycyj itd. miały miejsce właśnie z powodu stosunków osobistych i majątkowych pomiędzy małżonkami, czyli w dziedzinie przeważającego panowania psychiki zwyczajowo-prawnej i jej starcia się z nowym prawem intuicyjnym i ideami postępowymi.

Lecz powyższe zjawiska są niczym w porównaniu z tym, co się dało zauważyć w Anglii, np. w latach 1868 — 1870 (i następnych), w okresie sporów z okazji pierwszej z wyżej wymienionych ustaw, która nadała kobietom prawa stosunkowo jeszcze bardzo ograniczone. Znamienne są już daty 1868—1870 same przez się. Projekt wniesiono do Izby Gmin i rozpatrywano go już w r. 1868; debaty były wznowione i odbywały się także w następnym roku; wreszcie, po dalszych dyskusjach, w r. 1870 wydano ustawę. W r. 1873 odbyło się w Anglii 248 wieców na temat praw kobiet, w r. 1874 liczba petycyj w tej kwestii wyniosła 1427. Takie kontr-argumenty jak wyraz „rewolucja", wstrząśniecie podstaw ustroju itd. były zjawiskiem powszednim.

To, że właśnie w Anglii, kraju prawa zwyczajowego, prąd przychylny kobietom doprowadził ostatecznie do szczególnie szybkich i radykalnych reform, nie obala naszego poglądu, lecz przeciwnie, potwierdza go. Właśnie siła wybuchu, wywołanego przez poprzedni ucisk wstecznictwa psychiki zwyczajowo-prawnej wyjaśnia radykalizm ustawodawstwa. Znamienny jest także sam bieg reform ustawodawczych. Po przełamaniu pierwszego oporu szybko nastąpiły dalsze, bardziej stanowcze reformy. To właśnie odpowiada szczególnej naturze psychiki zwyczajowo-prawnej. Jest ona mocna, dopóki pozostaje w postaci nietkniętej, dopóki w systemie zwyczajów oraz wierzeń i wyobrażeń zwyczajowo-prawnych nie ma wyłomu. Wtedy nawet mała zmiana wydaje się niemożliwa i nieprawdopodobna. Lecz gdy wyłom został dokonany, nawet to co pozostało traci dotychczasowe mocne oparcie psychiczne, po czym następne zmiany, bardziej istotne, spotykają się już z mniejszym oporem.

Lecz najbardziej charakterystyczne spostrzeżenia możnaby poczynić w dziedzinie dopuszczenia kobiet do wyższego wykształcenia. A priori wypadałoby się spodziewać, że stosunek społeczeństwa i ustawodawstwa do tej kwestii winien odpowiadać stopniowi rozwoju oświaty w danym kraju. W rzeczywistości jednak okazuje się, że to tak naturalne przewidywanie się nie sprawdza. Istnieje jakaś siła ukryta, która wywołuje różne zboczenia i anomalie. Dostrzegamy tu swoiste antynomie i paradoksy życia kulturalnego, zjawiska pozornie wysoce zagadkowe i nie dające się wytłomaczyć. Znana jest np. opozycja jawna i ukryta rad wydziałowych, tych najbardziej oświeconych „stanów" w najbardziej oświeconych krajach Europy, oraz studentów tych uniwersytetów przeciwko dopuszczeniu kobiet na wykłady. Z najbardziej charakterystycznymi faktami (potrzebą konwojowania, burdami ulicznymi itd.) spotykamy się znowu w kraju prawa zwyczajowego, mianowicie w Anglii (rozruchy Edynburskie w uniwersytecie, kolegium chirurgicznym i na ulicach pod koniec lat 70-tych). Tak samo w Anglii stowarzyszenie naukowe o światowej sławie (British Medical Association) uciekało się do bardzo niełądnych metod, aby pozbawić koleżanki prawa członkowstwa. Na złą sławę w tym samym kierunku zasłużyło londyńskie towarzystwo ginekologiczne, Obstetrical Society; por. także stanowisko londyńskiego kongresu lekarskiego w 1881 r.). Charakterystyczny jest również fakt, że znana ustawa Russel Gurney's Act, która zezwoliła na wydawanie kobietom dyplomów lekarskich, została wydana w r. 1871 (w związku z przytoczonym ruchem kobiecym), lecz zastosowana w życiu była po raz pierwszy w samej Anglii dopiero w r. 1878 przez uniwersytet londyński (w Irlandii

wcześniej); dopiero w r. 1881 za tym przykładem poszedł uniwersytet w Cambridge, a w 1884 — oksfordzki.

A czy jest możliwe przyjęcie studentki jako członka do którejkolwiek z korporacyj studenckich, typowych ze stanowiska zachowania prawa zwyczajowego? Bogato rozwinięta i bardzo interesująca psychika zwyczajowo-prawna tych korporacyj byłaby przeszkodą tak absolutną, że zjawisko takie wydaje się nam zupełnie nieprawdopodobne. Inaczej przedstawia się stosunek studentów, lekarzy itd. do koleżanek w Rosji.

Zresztą, za najważniejsze uważamy naturalnie nie te drobniejsze fakty i spostrzeżenia, których ilość możnaby powiększyć do nieskończoności, lecz dane przytoczone wyżej pod 1—3. Już z tych ważnych i podstawowych danych (z ich zestawienia indukcyjnego) można wyprowadzić prawo-tendencję: że zakres praw kobiet znajduje się w stosunku odwrotnym do rozwoju i trwałości krystalizacji prawa zwyczajowego. Porównywając to „prawo" z analogicznymi nowymi zdobyczami nauki z dziedziny życia społecznego (w granicach dziejów i współczesnego stanu nowożytnych narodów kulturalnych, lecz w przeciągu długotrwałej epoki kultury) można by powiedzieć, że aczkolwiek mówimy tylko o prawie-tendencji, jednakże nasza formuła wyróżnia się korzystnie spośród większości podobnych tez przez to, że stoi od nich bez porównania bliżej rzeczywistości empirycznej (nie wyłączając np. słynnych praw o popycie i podaży, o rencie, prawa Thünena itp.), zawiera w sobie najmniej fikcji w znaczeniu nieodpowiadania rzeczywistości empirycznej.

Jak dalece nasza formuła jest wartościowa nawet przy jej empirycznym tłumaczeniu i stosowaniu, inaczej mówiąc, do jakiego stopnia wspomniana tendencja prawie wyłącznie „rządzi" rzeczywistością, podlega niewielu wyjątkom wskutek działania innych przyczyn (np. oświaty, specyficznych cech narodowych, stanu gospodarczego kraju), — to wykazuje zestawienie np. klasy robotniczej z wyższą arystokracją (oświata) [3]), Anglii z Ameryką (pochodzenie narodowe i rozwój gospodarczy) [4]), Rosji z Anglią itd.

[3]) U niektórych myślicieli spotykamy się z aforyzmem, że charakter stosunku do kobiet jest wykładnikiem poziomu cywilizacji narodu. M. in. Bryce (op. cit. III, str. 388) uważa stanowisko kobiet „jeśli nie za najdoskonalszy miernik cywilizacji kraju, to za jeden z najlepszych". Układając według tej najlepszej skali cywilizacje narodów europejskich, osiągnęlibyśmy ten wynik, że najwyższy poziom cywilizacji osiągnęli Słowianie, przy czym np. Rosjanie wyprzedzili znacznie Czechów. Znacznie niższy byłby poziom cywilizacji Niemców. Krajem zupełnie niecywilizowanym (przynajmniej do czasu ostatnich reform) byłaby, jak się okazuje, Anglia.

[4]) Wspomnieliśmy już poprzednio, że psychika zwyczajowo-prawna oraz jej działanie w dziejach stanowi m. in. poważną rafę faktyczną dla materializmu ekonomicznego w ogólności. W każdym razie ten czynnik już sam przez się czyni niemożliwym takie upraszczanie historii, jakie popełniają materialiści ekonomiczni.

Tak czy owak, z wyżej przytoczonych danych wynika wyraźnie, gdzie się kryje przyczyna podstawowa dość jaskrawej nierówności praw kobiet, trwającej dotychczas naprzekór treści innych działów współczesnego prawa narodów kulturalnych, jako też komu winny one przypisywać winę swego poniżenia. Jeżeli kobiety oskarżają mężczyzn o egoizm, jeżeli z taką łatwością i bez wahania tłumaczą ujemny stosunek kolegów, lekarzy, studentów itd. zawiścią zawodową itd. — to mylą się, nie zdają sobie jasno sprawy z tego, gdzie się kryje ich prawdziwy wróg, dokąd i jak winny skierować swoje siły bojowe.

Wyżej przytoczone zestawienia indukcyjne — rzecz jasna — eliminują stopień rozwoju uczuć altruistycznych wraz z innymi czynnikami, i wykazują, że nie egoizm, lecz zupełnie odmienna siła psychiczna sui generis zagradza kobietom drogę do równouprawnienia [5]).

Siłą tą jest przede wszystkim siła psychiki zwyczajowo-prawnej. Opóźnianie się ustawodawstwa w tej dziedzinie nie wynika z braków ustawy jako szczególnego rodzaju prawa pozytywnego, lecz stąd, że ten czynnik rozwoju prawa, na ogół humanitarny i postępowy, nie może bez trudu przezwyciężyć oporu zwyczaju, nie odznaczającego się skłonnością do humanitaryzmu i postępu.

W świetle powyższego, uważamy za możliwe uznać, że to co ustawodawstwo nowożytne uczyniło jednak dla kobiet, stanowi rzeczywistą zasługę ustawy, jest argumentem na jej rzecz, pomimo skromnego zakresu jej postępów w tej dziedzinie.

Na zakończenie wypowiemy życzenie i nadzieję że z biegiem czasu nasi przyszli koledzy płci obecnie krzywdzonej — kobiety, zarówno uczone prawniczki, jak i praktycy, zwrócą uwagę: z jednej strony — na badanie prawa zwyczajowego oraz związanych z nim uczuć, wyobrażeń i aktów woli, jako swoistej, lecz potężnej i nieżyczliwej dla nich siły psychicznej (dla powodzenia w walce należy znać przeciwnika i jego właściwości), z drugiej strony — na naukę polityki prawa jako na środek wprawienia w ruch sił przyjaznych nie tylko za pomocą pełnych zapału uchwał, petycyj itd., lecz także za pomocą poważnego i prawdziwie naukowego, głęboko uzasadnionego systemu argumentacji.

Kobiety winny również zwrócić uwagę na jurysprudencję

[5]) Aczkolwiek ,rzecz naturalna, rozwój starożytnego prawa zwyczajowego odbywał się pod decydującym wpływem męskiego, niekulturalnego i pierwotnego egoizmu, który i teraz nie stracił całkowicie znaczenia.

we właściwym znaczeniu, w szczególności na zasadę praworządności w ścisłym znaczeniu tego słowa. Chodzi o to że, jak to zwykle bywa z pasierbami prawa obowiązującego, praktyka, zwłaszcza administracyjna, jak również praktyka sądowa, skłonna jest iść dalej od ustawy w nieuznawaniu i nieposzanowaniu praw kobiet, czynić na szkodę kobiet odstępstwa od zasady praworządności, ustanawiać ograniczenia, wyjątki i zakazy, wcale nie przewidziane przez ustawę.

Najważniejszym i najzwyklejszym typem takich arbitralnych ograniczeń praw kobiet jest typ następujący:

W ustawach o różnych zawodach prywatnych, o służbie państwowej lub społecznej różnego rodzaju i temu podobnej działalności i prawach obywateli nie ma tego wyjątku w stosunku do osób płci żeńskiej, który praktyka wprowadza i uparcie kultywuje. Co prawda, być może że w większości podobnych wypadków, gdyby ustawodawca przewidział możliwość, że z tych praw, zawodów itp. zechcą korzystać kobiety, które za jego czasów wcale nie ujawniały takich pragnień, to sam by wprowadził do swojej ustawy odpowiedni wyjątek. Lecz w innych wypadkach ustawodawca wykazałby może swoją śmiałość i humanitaryzm zaznaczając wyraźnie na wszelki wypadek, iż specjalnego wyjątku i ograniczenia dla kobiet wcale nie wprowadza. Tak czy owak, w myśl zasady, że dozwolone jest to, czego ustawa nie zakazuje, w myśl przepisu *ubi lex non distinguit et nos distinguere non debemus* oraz innych znanych powszechnych zasad prawnych, należałoby się zwrócić do władzy ustawodawczej, i dopiero w wypadku, gdyby ustawodawca rozstrzygnął zagadnienie nieprzychylnie dla kobiet można by było zakazywać, nie dopuszczać itd. Lecz praktyka sama wymyśla argumenty quasi-prawnicze i dowolnie wprowadza nie istniejące wyjątki [6]). A nie jest to jedyna kategoria wypadków, w których stosunek praktyki do kobiet jest gorszy, niż stosunek ustawy. Między innymi, już wyżej mieliśmy przykład uporu przy niedopuszczaniu kobiet przez uniwersytety do uzyskiwania dyplomów lekarskich, wbrew istnieniu w tym przedmiocie specjalnej ustawy zezwalającej.

Biblioteka Ministerstwa Pracy Nr 432 Opieki Społecznej

[6]) Przykłady takiej argumentacji czytelnik może znaleźć m. in. w nr 7 „Prawa" w „liście z Paryża" (niedopuszczenie kobiet do uprawiania zawodu adwokackiego przez sądy w Belgii, Francji, Włoszech).

SPIS RZECZY

Str.

I. W sprawie problemu wartości prawa zwyczajowego i jego badania 7

II. Prawo zwyczajowe a duch narodu 24

III. Prawo zwyczajowe a gospodarstwo społeczne:

1. Zwyczaj a wytwórczość 43

2. Prawo zwyczajowe a podział dóbr 51

IV. Rola ustaw w dziejach prawa cywilnego 62

V. Prawo zwyczajowe a kwestia kobieca 75

PRACE L. PETRAŻYCKIEGO

WYDANE PO POLSKU

1) *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, str. 89, Warszawa, K. Wojnar i S-ka, 1924 (przełożył Jerzy Finkelkraut).

2) *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego. Z dodatkiem: O gospodarstwie i prawie i o istocie i przesłankach ekonomii politycznej*, str. 127, Warszawa, 1925 (przełożył Jerzy Finkelkraut).

3) *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, str. 310 + XII, Warszawa, F. Hoesick, 1930 (przełożył prof. Jerzy Lande).

4) *O różnych gatunkach przewidywań i o znaczeniu praktycznym teorii*, str. 1—6 „Prac Socjologicznych" Koła Socjologicznego S. U. W. im. Leona Petrażyckiego, Warszawa, 1935.

Por. *nadto:* Wydawnictwa Towarzystwa im. Leona Petrażyckiego.

432 KPIP
1100432