

UNIwersytet WROCLAWSKI
Biblioteka Wydziału Prawa

44072

*Prof. Dr. Fr. Zollowi (młodszemu)
ofiaruję*
Autor

ISTOCIE

PRAWA ZWYCZAJOWEGO.

NAPISAŁ

STANISŁAW DNIESTRZAŃSKI.



LWÓW.

CZCIONKAMI DRUKARNI LUDOWEJ.

pod zarządem T. Wiedenia

1904

O ISTOCIE
PRAWA ZWYCZAJOWEGO. ³⁵⁵

NAPISAŁ

STANISŁAW DNIESTRZANSKI.



LWÓW.
CZCIONKAMI DRUKARNI LUDOWEJ.
1904.



44072

PRZEDRUK Z „PRZEGLĄDU PRAWA I ADMINISTRACJI“.



1180104741

PAd

Istota prawa zwyczajowego była dotychczas niejednokrotnie przedmiotem badań naukowych: zajmowali się tą kwestią filozofowie i prawnicy wieków starożytnych; była ona znaną uczonym wieków średnich, a w wiekach nowych badają ją nie tylko prawnicy różnych szkół i filozofowie różnych odcieni, ale nadto historycy kultury i ekonomiści. Tak powstała w nauce cała plejada rozmaitych teoryj, z których atoli żadna nie zdobyła dla siebie miana panującej ¹⁾. I nie dziw: gdyż istota prawa zwyczajowego stoi w bezpośrednim związku z pojęciem prawa w ogóle; nadto w rozwoju historycznym występuje tu na pierwszy plan różnica między zwyczajem, obyczajem (etyką), a prawem; a wreszcie niepoślednią rolę odgrywa też stosunek prawa do państwa. Tak więc stoimy przed bardzo zawiłym problemem, którego podstawy do dziś dnia w nauce niepewne i dotychczas nie ustalone.

¹⁾ Sprawdzają się tu uwagi Jellinek'a w dziele „*Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* 1878“ str. 1: „*Während der Forscher im Reiche der Natur bereits zum Propheten geworden ist...., zeigt die Denkarbeit auf den Gebieten, wo unser eigenes Sein entweder ausschliesslich oder als Factor in die Rechnung kommt, das unerfreuliche Bild einer ungeheueren Masse mehr oder minder gut beobachteter Tatsachen, und einer fast ebenso unabsehbaren Menge von Meinungen und Ansichten, deren jede das angesammelte Material ausschliesslich und vollständig zu ordnen und zu beherrschen sich berechtigt glaubt*“.

Każdy zrozumie, że do pojęcia istoty prawa z wy-
czajowego, trzeba przedewszystkiem poznać istotę
prawa w ogólności. A tu mimowoli przypominają
się słowa Kanta:

*„Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Be-
griffe vom Recht“.*

Ale tę samą uwagę można skierować zarówno
przeciw filozofom. Zresztą taki już los niejednego zasa-
dniczego pojęcia, choćby nawet w zakresie ściślejszych
nauk, n. p. przyrodniczych. Czyż odkryto już n. p. istotę
światła, elektryczności, magnetyzmu, siły i t. p.? Czyż
te pojęcia nie opierają się do dziś dnia jedynie na na-
ukowych przypuszczeniach, na hipotezach, które z po-
stępem nauki podlegają coraz to nowszym zmianom?
Czy zatem dziwić się należy, jeżeli i prawnik nie jest
w stanie określić prawa w całej rozciągłości i wynaleść
taką definicyę, któraby mogła znaleźć ogólne uznanie u
wszystkich uczonych i po wsze czasy? Czasy zmieniają się
a badania naukowe i nowe stosunki społeczne odsłaniają
coraz to nowe horyzonty, przeto z biegiem czasu i z no-
wemi badaniami pojęcie prawa ciągle udoskonala się, a
uczeni, którzy starają się zbadać jego istotę, muszą prze-
cież przyznać, że nie wypowiedzieli jeszcze w tym wzglę-
dzie ostatniego słowa.

Dlatego w nauce tylko takie pojęcie prawa za-
sługuje na uznanie, które opiera się na wszystkich
badaniach naukowych aż do chwili obecnej z głównem
uwzględnieniem społecznego porządku społecznego
Nie można pominąć ani tego, co z biegiem lat nauka
już stworzyła, ani z drugiej strony tych zjawisk, jakie
powstają wśród społeczeństwa obecnej doby. Z tego wy-
nika, iż chcąc z pojęcia prawa w ogólności przejść
do pojęcia prawa zwyczajowego, nie można ogra-
niczać się do zjawisk i badań jednostronnych
ale należy pogodzić z sobą wszystkie czynniki, jakie
miały lub mają wpływ na jego rozwój i istnienie. W ten
sposób możemy jednak rzucić tylko światło na naszą

kwestye, możemy ją objaśnić, ale nigdy raz na zawsze rozwiązać. Przy naszych badaniach możemy w ogóle zrobić tylko rachunek z przeszłością i terażniejszością, nie możemy atoli rozwiązać kwestyi na przyszłość, — przeto jeno z takim zastrzeżeniem przystępujemy do dalszego rozbioru.

Wychodimy przytem z analizy problemu na poszczególne kwestye. Należy tu przedewszystkiem — jak już wspomniano — pojęcie prawa w ogólności, następnie stosunek tegoż do zwyczaju i obyczaju, kwestya źródeł prawa, a wreszcie stosunek prawa do państwa i prawa zwyczajowego do ustawy. Wszystkie te kwestye mają podstawę w etnografii, filozofii i socyologii—tak iż prawnik ma zadanie zebrać badania w zakresie tych nauk do wspólnego mianownika i wysnuć z nich konsekwencye dla społecznego ustroju społecznego. Należy zatem połączyć cały materiał naukowy, który leży przed nami, bez względu na to, czy pochodzi od historyków kultury, czy od filozofów, czy ekonomistów — ale ugrupować ten materiał i opracować go wszechstronnie dla wspólnego celu musi prawnik, gdyż prawo zwyczajowe jest prawem, wchodzi zatem ostatecznie w zakres jego umiejętności. Prawnika jest w tym względzie ostatnią instancją.

Pojmując w ten sposób nasze zadanie, możemy określić granice niniejszej rozprawy. Niema ona na celu wszczynać nowych badań w tych kierunkach, które odsłoniła dotychczas historia kultury, filozofia lub ekonomika (względnie socyologia), ale przystąpić do tychże z sekcyjnym nożem prawnika i w ten sposób rzucić światło na doniosłość prawną prawa zwyczajowego społecznej doby.

Szereg szkiców zakończy wreszcie krótki traktat o prawie zwyczajowym według ustawy cywilnej austriackiej, w celu wyjaśnienia tego stanowiska, jakie zajęła ta ustawa w naszej kwestyi.

I.

U schyłku dziewiętnastego stulecia opuściła prasę obszerna monografia niemiecka p. t. „*Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht*“ (Lipsk 1900), w której autor Sturm podaje dokładny rozbiór najważniejszych teorii i ich zwolenników w temże stuleciu i sam występuje nadto z nową teorią.

Monografia ta więc, o ile wyłuszcza główne kierunki nowożytnej doktryny od Savignyego i Puchty aż do najnowszych czasów, zwalnia nas od obowiązku powtórnego zestawienia; w tym względzie możemy bowiem powołać się na jej wywody. Musimy jednak zauważyć, iż mimo wszelkiej sumienności nie zdołała ona uwzględnić w wszystkich teoriach, gdyż głównie miała na oku zdania filozofów i prawników ¹⁾, nie uwzględniła atoli historii kultury w tej mierze, jak przystało takiemu dziełu. Zresztą głównym celem autora było, poprzeć przeciw nowym prądom swe dawniejsze poglądy ²⁾ i utorować drogę nowej nauce, którą nazywa psychologią prawa.

W toku rozprawy wspomnimy nieraz jego dzieło i podamy krytykę jego teorii; ale wprzód skorzystamy z zestawienia, jakie podaje, by wymienić te teorie, które wykazują myśli, z naszymi pokrewne. Podajemy na razie jedynie te teorie, które dotyczą bezpośrednio istoty prawa zwyczajowego.

Podług Barona i Höldera przewodnią idea prawa zwyczajowego leży w obrocie społecznym Ba-

¹⁾ Nawet prawniczą literaturę autor niezupełnie uwzględnił, gdyż pomijał częstokroć literaturę prawa państwowego, mając w pierwszej linii na oku literaturę prawa powszechnego.

²⁾ Tu należą dawniejsze prace tegoż autora, jak: „*Der Kampf des Gesetzes mit der Gewohnheit*“ 1877; „*Recht und Rechtsquellen*“ 1833; „*Gewohnheitsrecht und Irrtum*“ 1884.

ron¹⁾ uważa prawo zwyczajowe jako normę prawną, wykonywaną w obrocie społecznym, która opiera się na przekonaniu narodu. Hölder²⁾ wychodzi z założenia, że obrót jest pośrednikiem prawa w ogólności: obrót społeczny wytwarza wolę, która przeszedłszy w naród staje się wolą narodową, a wola narodu w tej formie nie jest niczem innym, jak prawem zwyczajowym.

Po myśli teorii Windscheida³⁾ wszystko prawo, nie ustanowione przez państwo, a znachodzące się w faktycznym wykonywaniu, jest prawem zwyczajowym. Pierwotnym źródłem prawa jest rozum narodu (*Vernunft der Völker*), z niego bowiem powstaje wogóle prawo drogą wykonywania.

Bierling zwraca pierwszy uwagę na „uznanie“ (*Anerkennung*) jako ważny czynnik w pojęciu prawa. On uczy: „*Geltungsbewährung ist natürliches Merkmal alles Rechtes, nicht aber der Zwang zur Befolgung*“ – i tak występuje przeciw panującej teorii, która za Iheringiem uważa przymus za konieczny czynnik prawa. Uznanie prawne według Bierling-a przedstawia się jako uznanie pewnych zasad wśród pewnego grona ludzi za normę spólnego pożycia. A moc obowiązująca prawa zwyczajowego polegać ma na tem, iż właśnie ci ludzie, którzy należą do pewnej grupy społecznej, uznają pewne normy za podstawę życia społecznego jej członków.

Wreszcie Bergbohm dopatruje istotę prawa w idei normatywnej (*ein normativer Gedanke*), która stara się urzeczywistnić w świecie zewnętrznym przez ludzi i na ludziach. Podług niego normy powstają na podstawie autorytatywnej woli.

Tych kilka teoryj podaliśmy li tylko dlatego, by przygotować czytelnika do dalszych wywodów, które poniekąd opierają się na nich. Każda z nich mieści bowiem w sobie nieco prawdy, i my zwróciliśmy uwagę

¹⁾ *Pandekten* (1896), str. 12.

²⁾ *Pandekten* (1891), str. 28—30.

³⁾ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I^s (1900), str. 63, 64.

jedynie na to, co stoi bezpośrednio związku z naszymi poglądami.

Atoli nie one były głównym impulsem naszych badań, lecz zupełnie inna teoria, o której nie wspomniał Sturm w swojej monografii. Była nią teoria Jellineka, którą wyłożył w jednej z pierwszych swoich prac, p. t. „*Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*“ 1878. Omówienie tejże może jednak nastąpić dopiero później.

Po tych krótkich uwagach o genezie rozprawy, możemy przystąpić do realnego rozbioru poszczególnych kwestyj.

II.

Aristoteles nazywa człowieka ζῷον πολιτικόν. Sentencya ta najwięcej doniosłości ma w dziedzinie prawa. Trzeba jednak wysnuć z niej wszelkie konsekwencje.

Prawo istnieje dla ludzi, jest przeto instytucją społeczną *par excellence*.

Uznawali to już starzy Rzymianie w swoich znanych paremiach: „*neminem laedere*“, „*suum cuique tribuere*“ — nie zmieniła się zaś owa myśl przewodnia mimo indywidualistycznego kierunku w klasycznym prawie rzymskim i pozostała w zasadzie ta sama, chociaż z chwilą rozpowszechnienia wiary Chrystusowej główna uwaga życia etycznego zwróciła się wyłącznie do jednostki, aby wystąpić napowrót podczas reformacyi i urość do elementarnej siły w rewolucyi francuskiej¹⁾. W nowszych czasach nikomu już nie tajno, że prawo istnieje tylko w społeczeństwie i dla społeczeństwa.

Słusznie twierdzi zatem Zitelmann²⁾, iż człowiek jest tylko atomem w społeczeństwie i zachodzi wątpli-

¹⁾ Por. Jellinek, l. c. str. 33 i nast.

²⁾ Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, w *Archiv für die civ. Praxis* 66. str. 431.

wość, czy mógł człowiek wogóle istnieć bez drugich ludzi, bez społecznego związku. A Neukamp¹⁾ dodaje, iż dla człowieka, izolowanego od świata, niema prawa

Potwierdza to zresztą historia kultury. Nigdy nie ulegało bowiem wątpliwości, iż prawo występuje dopiero tam, gdzie istnieją związki społeczne.

Chcąc zatem wyjaśnić istotę prawa, tu zacząć musimy. Myśl ta wcale nie jest nowa, i jest w nauce ogólnie uznana — mimoto brak niejednokrotnie konsekwencji w przeprowadzeniu tej idei. Albowiem nauka dzisiejsza poprzestaje zazwyczaj na platonicznem uznaniu, iż prawo jest instytucją socyalną, ale w dalszych badaniach zwraca się w zupełnie inną stronę. Metodę tę przyjął również Sturm w swojej monografii, gdyż nie szukał istoty prawa w samem społeczeństwie, ale w „poczuciu prawnem“ jednostki.

Nie brak jednakże uczonych, którzy na czynniku socyalnym opierają wogóle całą teorię prawną. Między zwolennikami tego kierunku odgrywają najwybitniejszą rolę przedstawiciele celowości w prawie: Ihering²⁾ i Stammler³⁾.

Obaj doszli jednak mimo wspólnej idei do różnych wyników. Ihering, opierając się na społecznym charakterze prawa i na celu, który ma być przewodnią jego myślą, doszedł nareszcie do pojęcia „interesu“ (*das Interesse*), co ma charakteryzować prawo „*in concreto*“; inaczej Stammler, gdyż idąc konsekwentnie drogą przewodnią społeczeństwa, doszedł do t. zw. „ideału społecznego“ (*das sociale Ideal*), który ma być nietylko celem ostatecznym, ale niemniej charakterystyczną cechą prawa w ogólności.

Trzeba wprawdzie przyznać, iż obie teorie, a zwłaszcza teoria Stammlera, głębokie zawierają myśli

¹⁾ Neukamp, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts* (1895).

²⁾ Ihering, *Zweck im Recht*.

³⁾ Stammler, *Wirtschaft und Recht* (1896)

i są znakomicie wyłożone, atoli jako teorie teleologiczne wskazują raczej drogę, jaką prawo iść winno, ale istoty prawa, jako instytucji żyjącej, wcale nie wyczerpują. Można zatem przeciw obu teoryom powiedzieć to, co przeciw teorii Iheringa podniósł Eck¹⁾: „*Es berührt peinlich, dass Recht und Gerechtigkeit zu Utilitäts- und Zweckmässigkeitsregeln erniedrigt werden*“.

Cnając przeto wyjaśnić istotę prawa, musimy oprzeć się na czynnikach społecznych, na nich zbudować całą teorię prawa, ale przytem musimy uważać jedynie na faktyczny stan rzeczy i na rozwój idei prawnej w historii społeczeństwa.

Idąc zaś tą drogą, napotykamy w pierwszym rzędzie czynniki ekonomiczne. W początkach ludzkości łączy się jednostka w związki społeczne jedynie z pobudek ekonomicznych. Każdy człowiek dążyć musi do zaspokojenia swych potrzeb życiowych, ale nie może osiągnąć tego sam, tylko, gdzie więcej ludzi żyje razem, musi wstąpić w związek z drugimi. Tak tworzą się związki społeczne, od najprostszyc do najbardziej skomplikowanych, od rodziny, rodu (*Sippe, gens*), plemienia (*Stamm*), do coraz wyższych związków, do narodu i państwa.

Widzimy zatem, iż przyczyny tworzenia się związków społecznych noszą w samym zarodku cechę wybitnie ekonomiczną. Skoro zaś względy ekonomiczne dały pierwszy impuls do powstania związków, to nie dziw iż w łonie poszczególnych związków musiało nastąpić odpowiednie u r e g u l o w a n i e stosunków społecznych; albowiem dążność do wspólnej ekonomicznej korzyści, która była pobudką utworzenia związku, wyradza zawsze konieczność spólnych ofiar, tak iż jednostka musi poddać się ostatecznie pod spólne cele ekonomiczne danego związku. Dlatego już u człowieka pierwotnego wśród związków, w których żyje, dostrzegamy zasady, normujące jego postępowanie względem innych człon-

¹⁾ Eck, *Zur Feier des Gedächtnisses von B. Windscheid und R. v. Ihering*, str. 35.

ków. Normy te powstawały i obowiązywały siłą konieczności, powodując się ekonomicznymi celami jednostek.

Nie można zaś wątpić, iż w owych normach związków pierwotnych tkwi pierwszy związek idei prawa. Powstaje jeno pytanie, czy należy je uważać już jako prawo, czy jako źródło, z jakiego później prawo powstało; innemi słowy: czy już owe normy, o których wspomnieliśmy, należy uważać jako normy prawne, czy prawo powstało dopiero w dalszym rozwoju kultury, tak iż normy związków pierwotnych przedstawiają się li tylko jako zwyczaje lub obyczaje.

Pytanie to przenosi nas do drugiej kwestyi: jaki jest stosunek prawa do zwyczaju i do etyki? Zajmuje się nią rozdział następujący.

III.

Znany jest w nauce spór o wyjaśnienie stosunku między pojęciem zwyczaju a pojęciem obyczaju. Jedni zwracają uwagę na to, iż związek obu tych pojęć ma podstawę językową u Greków. Rzymian i Germanów¹⁾; drudzy zaś twierdzą, iż kwestya powyższa opiera się wyłącznie na badaniach filozoficznych Arystotelesa, który po raz pierwszy czyni różnicę między *ἔθος* a *ἰθὺς*²⁾ — ale mimoto wszyscy przyznać muszą, iż w czasach pierwotnych zwyczaje i obyczaje miały spólną podstawę, a w czasach późniejszych, kiedy wykazano różnicę obu pojęć, pozostało między nimi ściśle pokrewieństwo.

Nie może być naszym zadaniem podawać nową teorię o stosunku zwyczajów do obyczajów, gdyż nowsze badania wyjaśniły już dokładnie tę kwestyę — streszczamy więc poniżej owe wyniki, które uważamy za słuszne.

¹⁾ Greckie „ἔθος“, łacińskie „suetus“, „consuetudo“, goetyckie „sidus“ (sansk. „suadha“), niemieckie „Sitte“, „Sittlichkeit“, polskie „zwyczaj“, „obyczaj“.

²⁾ Patrz W u n d t, *Ethik* (1892) str. 19, 20.

Skutkiem spólnego poŹycia jednostek wsród zwiazk6w sp6ecznych, wytwarzaj1 si1 zwyczaje. Schmoller powiada:

„Lange ehe es einen eigentlichen Staat... gibt, beherrschenden feste Normen... alles 1ussere Leben der primitiven St1imme. Es handelt sich um die Sitte und die Gewohnheiten, die aus den geistigen Collectivkr1aften hervorgehen“¹⁾.

Zwyczaje stanowi1 zatem zewn1trzn1 stron1 zycia sp6ecznego. Poj1ecie zwyczajuj podaje Schmoller za Lazarus-em²⁾, jak nast1puje:

„Alles bei einer Gesamtheit von Menschen Ge1ubte, Gewohnthe, Gebr1uchliche, das nicht als eine Aeusserung der Naturtriebe sich darstellt, und andererseits von der Willk1ur der einzelnen unabh1ngig als gut und sch1cklich, als angemessen, als w1rdig angenommen wird, bezeichnen wir als Sitte“.

Zwyczaje s1 zatem kwintesencj1 etycznych poj1ad6w, gdyŹ tylko to sta1 si1 moŹe zwyczajem og6lnym, co pewien zwiazek sp6eczny uznawał za dobre, co w sp6lnem poŹyciu czlonk6w uŹwi1cił jako podstaw1 wlasnego istnienia i rozwoju.

Zwyczaj tworzy si1 podlug Schmollera (l. c.) *„durch die gemeinsamen Vorstellungen und die Gef1uhle mehrerer, durch die gemeinsamen sittlichen Urtheile und Erinnerungen“.*

Tak wi1c juŹ sama geneza zwyczajuj 1aczy go z poj1ciem obyczajuj, z poj1ciem etyki. MyŹ t1 snuje dalej Schmoller, m6wi1c: *„Das sittliche Urtheil sagt, diese bestimmte Form sei die zu billigende. Es entsteht daraus das Gef1uhl der Verpflichtung, das sofort durch Missachtung der Genossen, Strafe, religi6se Furcht verst1rkt wird“³⁾.*

¹⁾ Schmoller, *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre* I. (1900) str. 49.

²⁾ Lazarus, *Ueber den Ursprung der Sitten* (1867).

³⁾ l. c. Oba te zdania mieszcz1 w sobie *implicite* odpowiedz na pytanie, jaka jest r6znica mi1dzy zwyczajami, obyczajami a prawem. NaleŹy tylko myŹ Schmollera uzupełni1, a dojdziemy do nast1puj1cych wniosk6w: Zasady etyczne nie maj1 same przez si1 Źadnych Źrodk6w do urzeczywistnienia.

Zwyczaje i obyczaje są zatem związane węzłem nierozdzielalnym. Jedne i drugie znajdują się w ciągłej fluktuacji: co do zwyczajów niema bowiem wątpliwości, iż zmieniają się z biegiem czasu i że w różnych miejscach są różne; ale że i zasady etyczne nie są odwieczne i niewzruszone, lecz ciągłym ulegają zmianom, twierdzą również niemal wszyscy uczeni nowszych czasów ¹⁾).

Bądź co bądź, skoro wogóle mówimy o związku między zwyczajami a zasadami etycznymi organizmów społecznych, to nie mamy na myśli etyki indywidualnej, jeno etykę socjalną. Etyka indywidualna może mieć bowiem wpływ na osobiste nawyczki (przyzwyczajenia, *Gewohnheiten*) ²⁾ jednostek, ale przy zjawiskach życia społecznego, które jest wyłączną areną zwyczajów, występuje jedynie wpływ etyki socjalnej.

Dziś już etyka socjalna zdobyła sobie w nauce obok indywidualnej etyki prawo obywatelstwa. Wiążą się z nią takie imiona, jak: Schelling, Herbart, Comte, Spencer i Schäffle. Do badań nad istotą prawa posługuje się nią Jellinek w wyżej wzmiankowanej rozprawie ³⁾. Uczony ten dowiódł, iż różnica między etyką indywidualną a socjalną istniała zawsze, choć

Formą etycznych poglądów jest zwyczaj; jest to spełnienie tychże w rzeczywistości. Prawo zaś powstaje w chwili, gdy powstaje obowiązek wypełnienia, poparty środkami społecznymi.

Schmoller przyszedł jednak co do prawa do innych rezultatów, o czem później w tekście.

¹⁾ Por. Schmoller l. c. str. 43.

²⁾ Wundt, *Ethik* (1892), charakteryzuje różnicę między przyzwyczajeniem a zwyczajem słowami: „*Die Gewohnheit ist eine individuelle Regel des Handelns*“ (str. 128). „*Die Sitte bezeichnet eine Norm des willkürlichen Handelns, welche bei einer Volks- oder Stammesgemeinschaft herrschend ist*“ (str. 124).

³⁾ Jellinek, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, str. 15 i nast.

częstokroć przechylała się szala raz w jedną, raz w drugą stronę, i to nieraz na niekorzyść etyki socjalnej, w nowszych czasach odzyskała ostatnia na nowo zupełne uznanie socyologów.

Wprawdzie nie ulega wątpliwości, iż jednostka jest podstawą wszelkich związków społecznych, i że w zawiązku życia społecznego interesy osobiste jednostki były bezpośrednią pobudką do wytworzenia interesów społecznych — mimoto jednak w zastosowaniu do życia w społeczeństwie zasady etyki indywidualnej muszą odbyć nieraz metamorfozę i doprowadzić do odmiennych nieco wyników; gdyż życie społeczne ma swe odrębne cele, do których nieraz dążyć musi z pominięciem jednostek.

Związki społeczne są bowiem tak samo pierwotnymi, jak jednostka, mają zatem takie same prawo do istnienia, jak ona. Jednostka jest organizmem naturalnym, związki społeczne są związkami socjalnymi. Nie można zaś przedstawić sobie pomyślnego rozwoju związków społecznych jedynie na podstawie etyki indywidualnej, i ideał etyczny (*das ethische Princip*), co przyświeca indywidualnemu życiu jednostki, nie może rozwiązać wszystkich kwestyj, które rodzą się dopiero na tle życia społecznego pewnej grupy. W związku społecznym jednostka jest atomem, którego z całością łączy tylko dążność do wspólnego celu. A dążność ta musi być realną, nietylko idealną. W życiu społecznym nie rozchodzi się bowiem o etyczny zamiar, ale o czyn¹⁾.

Na tem polega też główna różnica między etyką socjalną a indywidualną. Według etyki indywidualnej jednostka działać winna zawsze w etycznym zamiarze, tak iż wewnętrzny zamiar jest główną osią, około której obracają się przepisy etyki indywidualnej; natomiast etyka socjalna wymaga w pierwszym rzędzie spełnienia zamiaru w świecie zewnętrznym. Etyka

¹⁾ Por. Jellinek, l. c. str., 26 i nast.

indywidualna żąda przede wszystkim pewnie ukwalifikowanego zamiaru, a dopiero w drugiej linii czynu; zaś etyka socjalna wymaga po pierwsze czynu, a dopiero po drugie odpowiedniego zamiaru. Etyka indywidualna polega na zasadzie etycznej w życiu jednostki, bez względu na cele społeczne; a etyka socjalna jest ideałem etycznym w zastosowaniu do związków społecznych, gdyż podaje zasady dla ich istnienia.

Życie jednostki bez względu na cele społeczne jest nader proste i nie skomplikowane. Inaczej życie pośród związków społecznych. Związki społeczne — jak wiadomo — zaczynają się od rodziny, przechodzą następnie najrozmaitsze kombinacje i kończą się w narodzie i państwie. Czem więcej skomplikowany jest związek społeczny, tem bardziej zawile są zasady etyki socjalnej i tem większa otchłań, dzieląca je od etyki indywidualnej.

W rodzinie, jako pierwotnym związku społecznym, zasady etyki socjalnej są po największej części zgodne z przepisami etyki indywidualnej. Znaczniejsza różnica będzie jednak zachodziła w rodzie, jeszcze znaczniejsza w plemieniu i t. d., największa zaś w narodzie i w państwie, jakoteż w poszczególnych związkach, wynikających z państwa, jak w krajach, gminach i t. p.

Samó doświadczenie uczy, w jak wielu kierunkach zachodzą różnice między zasadami etyki indywidualnej a socjalnej. Np. etyka socjalna wymaga oddania swego życia za ojczyznę — czego nie żąda wcale etyka indywidualna, ba nawet napotykamy zasadę, która nie dozwala zabijać bliźnich, jest zatem sprzeczną z obowiązkiem społecznym wymarszu na wojnę.

By zaś wyrobić sobie sąd o istocie zasad socjalno-etycznych, musimy pamiętać, iż każdy związek społeczny ma swe odrębne cele i każdy żyje odrębnem życiem w społeczeństwie; etyka socjalna musi być zatem wiernem odzwierciedleniem owego życia, musi się niejako obracać w kalejdoskopie danego społeczeństwa.

Nie dziw zatem, iż mieści ona w sobie przedewszystkiem te normy, które stoją w bezpośrednim związku z celami organizmu społecznego. Ale z różnorodnymi celami łączą się też różne środki; przeto normy etyczne odnoszą się nietylko do danego celu, lecz także do owych środków, które torują drogę do zamierzonych celów.

Skutkiem tego normy socjalno etyczne tyczą się nieraz takich okoliczności, które na pozór wydają się zupełnie obojętne. Bo czem więcej skomplikowany jest związek społeczny, tem więcej ma celów, tem więcej środków, aby je osiągnąć. Owe zaś środki, choć bardzo drobiazgowo — stanowią przecież razem z celami całość życia społecznego, ujętego w normy. Skoro zatem podlegają normom cele, muszą też podlegać środki — te zaś, chociaż na pozór, według subiektywnego sądu jednostki, wydawać się mogą błahymi, dla danego społeczeństwa nie są obojętne, bo przyczyniają się do ogólnej harmonii w łonie dotyczącej grupy¹⁾.

Na podstawie powyższych argumentów wysnuwamy następujące wnioski:

Normy socjalno-etyczne muszą dążyć do urzeczywistnienia. Skoro zaś przejdą zupełnie w ciało i krew pewnego związku społecznego, tak iż jego członkowie przyswoją je sobie w życiu zewnętrznym, powstaje zwyczaj. Zwyczaj jest zatem formą urzeczywistnienia zasad etycznych.

Ale i na odwrót: jeśli członkowie pewnego związku w pewnych przypadkach postępują regularnie w pewien sposób, wytwarza się nowa norma etyczna.

Zwyczaj i obyczaje tworzą więc dwie strony tych samych zjawisk społecznych: faktyczną i teoretyczną.

¹⁾ N. p. ogólnie przyjęta zasada, że dług karciany winien być zwrócony najpóźniej do 24 godzin, jest normą etyki socjalnej, choć dla etyki indywidualnej jest obojętną.

IV.

W dalszym toku musimy postawić pytanie, w jakim stosunku do zwyczajów i etyki zostaje prawo? Czy prawo wogóle różni się tak dalece od etyki, iż nie może być mowy o wzajemnym stosunku prawa do etyki; czy przeciwnie istnieje ścisły stosunek obu pojęć, i na czym polega?

Sturm¹⁾ n. p. nie uznaje pokrewieństwa między etyką a prawem, gdyż jego „poczucie prawne“ ma być podstawą prawa wbrew zasadzie Iheringa: „*Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht, sondern das Recht hat das Rechtsgefühl erzeugt*“, a jest ono według niego czemś odrębnem, od etyki odmiennem²⁾.

Widocznie nie znaną mu była różnica między etyką indywidualną a socyalną, i w swej krytyce, w której odrzuca styczność etyki z prawem, miał jeno na myśli etykę indywidualną, nie świadom tego, iż dla zjawisk społecznych etyka socyalna daleko większą ma doniosłość od indywidualnej. Ztąd też poszło, iż z pewnością dozą po zornej racyi twierdzi:

„*Ketzergerichte und Inquisitionen waren Recht und Kriege sind noch Recht trotz der Ethik*“³⁾ — a przecież już przed nim wyjaśnił tę rzekomą anomalię Jellinek⁴⁾ w wyż wspomnianem dziele. Sądy kacerskie i inkwizycye nie odpowiadały wprawdzie zasadom etyki indywidualnej, mimo to były wykwittem ówczesnej etyki socyalnej, wytworzonej przez ówczesne społeczeństwo. Nie mniej wojny były zawsze i są do dziś dnia uznane

¹⁾ W swojej monografii „*Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht*“ powiada na str. 152: „*Die Ethik schafft formal niemals Recht, und hat mit dem Wesen der Rechtsnorm nichts zu tun. Sie hat grössten Einfluss auf den materiellen Inhalt der Normen, keinen auf ihre Geltung... Nach dem Rechtsgefühl gehorchen wir der Norm. Die sittliche Tat muss frei sein*“.

²⁾ Patrz o tem poniżej w tekście w ustępie IX.

³⁾ Sturm, l. c. str. 153.

⁴⁾ Jellinek, l. c. str. 43.

przez etykę społeczną, choć z „poczuciem prawnym“ jednostki nie mają nic spólnego.

Kto jednak jest świadom różnicy między etyką indywidualną a socyalną, nie może w żaden sposób zaprzeczyć, iż między etyką a prawem zachodzi bezpośredni związek ¹⁾ Prawo bowiem ma na celu normy życia społecznego, a więc schodzi się pod tym względem z etyką socyalną, która również wypowiada zasady życia wśród związków społecznych.

Należy tylko zakreślić granice między jednym a drugą i oznaczyć chwilę, w której normy etyczne stają się prawnymi.

Przedewszystkiem zachodzi pewna granica między zwyczajami a prawem. Scholler ²⁾ powiada: „*Das Gebiet der Sitte ist unendlich viel umfangreicheres, als das des Rechtes. Auf die meisten Gebiete materiellen Handelns erstreckt sich sowohl Sitte als Recht: Ehe, Familienleben, Geschäftsverkehr, Wirtschaftsorganisation, Geselligkeit, politisches Leben haben ihre Sitten und ihr Recht. Aber das Recht ordnet dabei nur das Wichtigste, das für Staat und Gesellschaft Unentbehrliche, die Sitte erfasst das Ganze, aber in loserer Weise*“.

Różnica ta jest zatem tylko ilościowa, nie jakościowa. Zwyczaj obejmuje wogóle wszelkie — chociażby najdrobniejsze — objawy życia społecznego, prawo zaś zajmuje się tylko najważniejszymi objawami, które dotyczą głównie istnienia samego społeczeństwa i członków tegoż wśród danego związku.

Powyższe zdanie Schollera jest zupełnie trafne. Zapomniał jeno, iż zwyczaj jest pojęciem faktu, a prawo jest pojęciem normy. Prawo jest wogóle więcej zbliżone do etyki socyalnej, niż do zwyczaju, gdyż

¹⁾ Cała historia ludzkości jest dowodem ścisłego związku prawa z zwyczajami i etyką. Pięknie opisuje to Scholler l. c. str. 51: „*Alles Recht erwächst aus der Sitte; wo es entsteht, giebt es bereits Regeln und den Glauben an die sittliche Regelung*“.

²⁾ l. c. str. 55.

dotyczy życia społecznego nie ze stanowiska faktu, ale normy. Przeto należało nadto wykazać, iż podobna ilościowa różnica zachodzi też między prawem a etyką.

Zadania tego podjął się o wiele wcześniej przed Schmollerem Jellinek ¹⁾ w wyż wspomnianem dziele. Wykazawszy, iż między etyką a prawem niema różnicy co do jakości, doszedł do ostatecznego wniosku, iż prawo jest etycznym minimum (*das ethische Minimum*).

Idąc zaś drogą, wskazaną wyżej w III. rozdziale, musimy i my dojść do tego samego wyniku. Argumentujemy więc, jak następuje:

Każdy związek społeczny wytwarza siłą konieczności pewne normy dla spólnego pożycia członków; jednak nie wszystkie normy są równie ważne, lecz na pierwszy plan występują te, które są konieczne dla istnienia samego związku i dają podstawę do spokojnego pożycia członków między sobą w celu osiągnięcia spólnych celów. Te więc najważniejsze normy, co stanowią niejako *conditio sine qua non* danego związku, są prawem.

Skoro rozważymy wszystko to, co dotychczas wyłożono, nie możemy mieć wątpliwości, iż taka jest geneza prawa, i taka kwintesencya jego w samym związku. W tym względzie idę za Jellinek iem. Ale zaznaczam, iż nie bez zamiaru wymijałem dotychczas wzmiankę o stosunku prawa do państwa i zostawiłem na uboczu kwestyę przymusu. Tu zaś jest właśnie miejsce, zająć się tą kwestyą.

Bo jakkolwiek możemy przyjąć teorię Jellineka o etycznym *minimum*, to przecież musimy zastanowić się nad tem, kto to *minimum* oznacza, kto zatem z całego zasobu socyalno etycznych norm wybiera najważniejsze i z którą chwilą owo *minimum* staje się prawem. A na to Jellinek nie dał odpowiedzi.

¹⁾ l. c. str. 42. i nast.

Natomiast teoria panująca kwestyę tę rozwiązuje na pozór prosto i jasno. Zna ona prawo li tylko w związku z państwem, uczy zatem, iż prawo istnieje dopiero w państwie, a nadto przymus państwowy jest koniecznym warunkiem prawa. Przeto wszelkie normy, istniejące wśród innych związków społecznych, t. j. w rodzinie, rodzie, plemienu, narodzie i t. d., są po myśli tej teorii co najwyżej częścią etyki, a nie prawem. Stosując zaś do niej „etyczne minimum“ Jellinek'a, musimy przyznać, iż tu nabywa ono formalnej podstawy, gdyż normy socjalno-etyczne stają się prawem, skoro uświęciło je państwo i nadało im mocy zewnętrznej przymusu. Zaiste bardzo łatwe wyminięcie wszelkich trudności, które łączą się z naszą kwestyą!

Teoria panująca liczy jednak wielu przeciwników, którzy uznają istnienie prawa także poza państwem, bez sankcji państwowej i bez przymusu państwowego. Nie mając jednak owej podstawy, jaką daje państwo, muszą zwolennicy tej teorii zwrócić swą uwagę w inną stronę, by odkryć ów czynnik, który odróżnia prawo od etyki socjalnej.

V.

Jak wiadomo, literatura, omawiająca stosunek państwa i przymusu do prawa, jest nader obszerną. Dość już o tem pisano, dość tę kwestyę rozbie-rano; nie chcemy przeto wszczynać polemiki na nowo, tylko wykażemy, jakie są główne prądy i w którym kierunku iść zamierzamy.

Wspomnieliśmy powyżej o dwóch przeciwnych obozach: o zwolennikach i o przeciwnikach przymusu, o teorii łączności prawa z państwem i teorii odrębności prawa i państwa. W najnowszych czasach ilość przeciwników przymusu w prawie wzrasta niesłychanie; ale mimoto teoria zwolenników przymusu nie gaśnie, lecz od czasu do czasu zyskuje nowe zastępy.

Przyczyna tego leży, zdaje się, w tem, iż teorii, która uznaje istnienie prawa nietylko w państwie, ale i poza państwem, braknie pozytywnego kryterium dla

odróżnienia norm socyalno-etycznych od norm prawnych. (Różne usiłowania w tym kierunku, n. p. teoria Sturma, nie zdobyły sobie jednak ogólnego uznania i błakając się w najróżnorodniejszych domysłach nie mogły dla prawa stworzyć silnej a niewzruszonej podstawy). Dlatego nie dziw, iż nawet ci uczeni, którzy odczuwają, iż przymus państwowy nie może być alfa i omegą prawa, pozostają niejednokrotnie wiernymi teoryi panującej o łączności prawa z państwem, gdyż wolą pozostać w błędzie, niżli wstąpić na drogi nieutorowane. Skutkiem tego dostrzegamy u nich brak ścisłej konsekwencyi, a daje się to widzieć nawet u takich uczonych, jak W u n d t. W swej „Etyce“ uczy on na str. 125 jak następuje:

„Nicht die Sitte befestigt sich zum Rechte, sondern die ursprünglich die Menschen mit den stärksten äusseren Zwangsmitteln bindende Sitte hinterlässt nach ihrer Scheidung in Sitte und Recht dem letzteren die äusseren Zwangsmittel, indes sie für sich selbst die milderen der Nachahmung und des Drucks der öffentlichen Meinung zurückbehält“.

A jednak nie chce przymusu uznać jako charakterystyczne znamię prawa, gdyż na str. 573 i 574 wypowiada myśl następująca:

„Wol ist anzuerkennen, dass der Zwang ein secundäres Merkmal ist, dessen Bedeutung für die Rechtsentwicklung, insbesondere für die allmähliche Trennung von Recht u. Sitte man nicht unterschätzen wird, das aber doch immer nur ein Hilfsmittel abgibt, welches zu seiner Aufrechthaltung dient, nicht das Recht selber ist“.

Zdanie to daje mimoto najlepszy dowód, jak zakonieniem jest przekonanie, iż do istoty prawa należy przymus, chociażby jako środek pomocniczy; teoria panująca ma tu jednak na myśli przymus zewnętrzny (fizyczny), zapominając iż w obowiązującym prawie obok fizycznego przymusu postawiono także t. zw. przymus psychiczny albo moralny i zrównano go z poprzednim. A właśnie życie społeczne polega zwyczajnie na przymusie moralnym. I tem to etyka socyalna zbliża

się poniekąd do etyki indywidualnej, która nie zna żadnych środków przymusowych w znaczeniu fizycznego przymusu, ale wpływa na jednostki psychicznie, przymuszając je (pośrednio) do posłuszeństwa.

Wysnuwamy z tego wniosek, że istota prawa nie polega wyłącznie na przymusie zewnętrznym, fizycznym, ale poniekąd także na przymusie moralnym, który wytworza się wśród danego społeczeństwa.

N. p. prawo kościelne i prawo narodów są prawami, jakkolwiek nie opierają się na przymusie fizycznym¹⁾; ale za to powaga ich spoczywa na przymusie moralnym, stworzonym przez dane społeczeństwo. W pierwszym przypadku jest kościółowym związkiem społecznym, który stoi na czele norm prawnych; co się zaś tyczy drugiego, to społeczeństwo narodów cywilizowanych jest owym węzłem, który ustala wzajemne stosunki narodów na podstawie przyjętych norm. Czyż przymus jest tu koniecznym? A przecież tym normom nie można odmawiać charakteru norm prawnych, co zresztą wykazali niejednokrotnie wybitni uczeni.

Skoro jednak rozpatrzymy się dalej w literaturze, to napotkać musimy wprawdzie wiele wskazówek, ale nie wyciągnięto z nich wszystkich wniosków. Teoria uznaje zazwyczaj doniosłość moralnych czyli psychicznych motywów, ale nie ze względu na istotę prawa tylko ze względu na etykę. Tak n. p. Wundt w końcowym zdaniu, wymienionem powyżej. Schmoller zaś mówi o dążności do uznania („*Anerkennungstrieb*“)¹⁾ u ludzi, żyjących wspólnie wśród związków społecznych, i przyznaje, iż skutkiem tego jest pewien przymus moralny, co zniewala ich do poddania się pewnym ogólnym

¹⁾ Słusznie podnosi Sturm l. c. str. 254: „*Das Kirchenrecht, wie das Völkerrecht sind Prüfsteine für die Theorien über den Rechtsbegriff*“.

Schmoller l. c. str. 29 i nast. Na str. 30 powiada: „*Kein Mensch kann ohne die Billigung eines gewissen Kreises leben; und je niedriger er steht, desto mehr ist er in jedem Schritt, den er tut, von dem Urteil seiner Umgebung abhängig.*“

nie przyjętym normom¹⁾; stawia też przymus moralny poniekąd na równi z fizycznym, — mimoto dla prawa nie zadowalnia się przymusem moralnym, żądając dlań przymusu fizycznego²⁾. A przecież, jeśli w mniejszych związkach społecznych mogło ułożyć się życie na podstawie przymusu moralnego, to czemuż odmawiać tym normom charakteru prawa, przenosząc je dopiero do państwa, które zaprowadziło, choć nie po raz pierwszy, przymus fizyczny?

Między prawnikami pierwszym jest Bierling, który buduje pojęcie prawa na „uznaniu“ (*Anerkennung*). Prawo powstaje, twierdzi on, skoro pewna grupa ludzi, żyjących wspólnie, uznaje trwale pewne zasady za normy wspólnego pożycia³⁾. Przymus zewnętrzny nie ma podług niego żadnego wpływu na pojęcie prawa.

Jednakże przyznając, iż prawo istnieje wśród wszelkich związków społecznych z chwilą uznania, zapomina Bierling, iż samo platoniczne uznanie nie jest w stanie odróżnić norm etycznych od norm prawnych. Musi nadto istnieć inny czynnik, a odkrycie tego czynnika leży właśnie w tem, iż przymus moralny stawiamy na równie z fizycznym.

Postępując zaś tak, t. j. stawiając obok przymusu fizycznego teorii panującej przymus moralny, odkrywamy zarazem, jak doniosłą misję cywilizacyjną spełnia prawo w historii ludzkości. Albowiem nie da się zaprzeczyć, iż w pierwotnych związkach społecznych główną rolę odgrywał przymus fizyczny. Silniejszy ma władzę, której poddaje się słabszy, by w ten sposób umożliwić zaspokojenie swych potrzeb. Dopiero z czasem, w miarę postępu cywilizacji, poczyna przymus moralny usuwać

¹⁾ Na str. 45 l. c. czytamy: „*Die socialen Pressions und Zuchtmittel sind einfach und bekannt: sie entspringen der Furcht vor Tadel und Rache der Mächtigen und Fürsten, der Furcht vor den Göttern*“.

²⁾ l. c. str. 51

³⁾ Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I. str. 8.

w części przymus fizyczny, tak iż wreszcie przymus fizyczny ustępuje.. z pomniejszych związków społecznych, aby skoncentrować się w organizmie społecznym wyższego stopnia t. j. w państwie.

Czyż można zatem przeoczyć ów postęp i odmówić miana norm prawnych zasadom życia w mniejszych związkach społecznych li tylko dlatego, iż nie rozporządzają środkami przymusowymi na równi z państwem?

Normy, przyjęte przez państwo, rozwijają się zupełnie w ten sam sposób, jak normy niższych organizmów społecznych, z tą tylko różnicą, iż na miejsce nieorganizowanego przymusu wstępuje ściśle zorganizowany przymus państwowy. Ustrój państwowy wytworzył się dopiero wtedy, gdy ludzkość osiągnęła już pewną wyżynę kultury; ale niema wątpliwości, że i przedtem musiało istnieć życie społeczne, i że było unormowane według pewnych norm etycznych.

A zatem chcąc uzyskać podstawę dla pojęcia prawa, musimy ową myśl przewodnią, która przyświeca przymusowi państwowemu, zastosować również do pomniejszych związków społecznych.

Przymus państwowy opiera się na powadze państwa, które pewnym normom udziela swej sankcji. Państwo przybija do pewnych norm etycznych swoją markę, i w ten to sposób norma etyczna staje się normą prawną. Podobnie w innych związkach społecznych. Z chwilą, kiedy norma etyczna otrzyma autorytatywną markę danego społeczeństwa, z chwilą, w której dane społeczeństwo uświęci ją swoją powagą, przyswajając ją sobie jako normę obowiązującą, mówimy, iż powstało prawo.

Przychodzimy zatem do następującego wyniku:

Prawo istniało jeszcze przed państwem w związkach społecznych niższego typu. Co do istoty przedstawia się ono jako etyczne *minimum* danego społeczeństwa; ale musi wprzód przekształcić się z normy etycznej w normę prawną. Proces ów odbywa się zaś w ten sposób, iż władza autorytatywna pewnego związku społecznego wybiera z całego zasobu norm etycznych tylko

najważniejsze, mianowicie te, które stanowią *conditio sine qua non* jego istnienia i ogólnego pożytku członków, i udziela im swojej autorytatywnej sankcji.

Takie normy prawne wydaje *pater familias* dla rodziny; ród (*Sippe*) ma również swoją władzę autorytatywną, a i w plemienu spotykamy się z taką władzą, której członkowie samowolnie podlegają; naród zaś ma swoje odrębne prawo zwyczajowe itd.

Przytem należy jednak zauważyć, iż owa władza nie zawsze przysługuje jednej lub kilku osobistościom; ale może powstać sposobem pierwotnym, jako bezpośredni wytwór życia organicznego danego społeczeństwa. N. p. naród nie posiada zwyczajnie głowy widomej, a mimoto wytwarza sam przez się ową władzę autorytatywną, która jako wynik ogólnego uznania przemienia normy etyczne na normy prawne. Władzą tą jest, — ze tak powiem — skryształizowana *opinio necessitatis* całego narodu.

Nasze wyniki mają nietylko doniosłość historyczną, ale mają też zastosowanie w teraźniejszości. Dziś przymus fizyczny zorganizowany jest wyłącznie w państwie, a mimo to nie powinno być wątpliwości iż prawo istnieje zarówno w pomniejszych organizmach społecznych. Różnica polega jeno na tem, iż w państwie władza autorytatywna posługuje się w razie potrzeby przymusem fizycznym, gdy w innych związkach społecznych może używać tylko wpływu wewnętrznego, organicznego, popierając swe normy psychicznymi środkami społecznymi, które Schmoller nazywa trafnie: *die sozialen Pressions- und Zuchtmittel*.

VI.

Reasumujemy i uzupełniamy nasze wywody:

1) Zawiazki prawa noszą na sobie wybitne piętno ekonomiczne. Nie byłoby bowiem wogóle prawa, gdyby człowiek nie miał ani fizycznych ani duchowych potrzeb, i gdyby dążenie do zaspokojenia

tychże nie było mu wrodzonym. Owe potrzeby skłaniają jednostkę już w samych początkach ludzkości do życia spólnego z drugimi; celem tej spólności jest zatem w pierwszej linii zaspokojenie potrzeb jednostki spólnymi siłami, co może nastąpić dopiero wtedy, gdy w łonie danej spólności powstanie to przekonanie, iż między jednostkami związku zachodzi wzajemna zawisłość pod względem zaspokajania potrzeb własnych — a z tem przekonaniem rodzi się w ogóle norma życiowa, która daje podstawę normie prawnej¹⁾.

Skoro zaś prawo już w samym związku ma cechę ekonomiczną, to musi ona przyświecać mu i później w dalszym jego rozwoju. Dziś jeszcze, choć prawo przeszło już przez alembik przeróżnych i dziwnie skomplikowanych związków społecznych, spotykamy na każdym kroku bezpośredni związek prawa z zaspokojeniem potrzeb ludzkich, czy to przedstawiają się jako potrzeby poszczególnych jednostek, czy jako potrzeby związków społecznych.

Pojecie prawa musi więc opierać się koniecznie na czynnikach ekonomicznych; na nich spoczywa bowiem przedewszystkiem pojęcie prawa *in concreto*²⁾, które przysługuje pewnej jednostce lub pewnemu organizmowi prawnemu³⁾

2) Wprawdzie pierwszym bodźcem do powstania prawa są przyczyny ekonomiczne, atoli samo prawo może wytworzyć się dopiero na tle społeczeństwa. Dla zaspokojenia potrzeb ludzkich tworzą się początkowo związki zupełnie proste, następnie przechodzą one w organizmy wyższe i więcej skomplikowane, aż

¹⁾ Por. Burckhard, *System des oest. Privatrechts* I, str. 27.

²⁾ Teorya nazywa to prawem w znaczeniu podmiotowym. Przy badaniu istoty tegoż musimy główną uwagę zwracać na czynniki ekonomiczne. Por. Piniński, *Pojęcie i granice prawa własności*, str. 3—6.

³⁾ Nazwy „organizm prawny“ używam na oznaczenie t. zw. osób prawnych, bo uważam, iż jest bardziej odpowiednią.

wreszcie dochodzą do zenitu w państwie. Wszystkie te związki społeczne żyją swem własnem życiem i stwarzają w swoim zakresie pewną sferę, w której istnieją odrębne normy. Normy te mają substrat socyalno-etyczny i powstają drogą zwyczaju. Różne związki społeczne mają zatem różne normy etyczne, różne zwyczaje. Człowiek należy do różnych związków społecznych, a w każdym z nich ma odrębne obowiązki, odrębne prawa. Innym jest on w rodzinie, niż w rodzie; inne są jego prawa i obowiązki w plemieniu, niż w narodzie; zaś zupełnie odmiennem jest jego stanowisko w kościele, inne jako członka pewnego stanu lub pewnej klasy społecznej; a ponad wszystkim góruje zaś jego stanowisko jako obywatela państwa.

Owe organiczne związki, o których wspomnieliśmy, powstawały stopniowo w miarę rozwoju potrzeb ludzkich i w miarę potrzeby konsolidacji coraz nowych interesów społecznych. Nowsze grupy były zazwyczaj grupami wyższego typu — i w ten sposób obok stopniowości historycznej wytworzyła się stopniowość rzeczowa, wskazująca coraz bardziej skomplikowane i coraz ważniejsze związki społeczne. Nowe związki charakteryzują się tem, że nietylko wytwarzają nowe normy, ale wyposażają je większą mocą, niż poprzednie, żądając, by ich członkowie odstępywali nieraz od norm związków niższych, o ile tego wymagają nowe, wyższe cele. Jednakże dawniejsze związki nie tracą przez to swej doniosłości, jeno zachodzi potrzeba, dla wyższych celów nowych związków poświęcać niejednokrotnie odmienne normy niższych związków.

Tak więc istnieją obok siebie różne związki społeczne, zachowując w swoim zakresie pełną autonomię, a robiąc tylko niejaki ustępstwa na korzyść związków wyższego typu — aż wreszcie powstaje potrzeba, sprowadzenia tychże do spólnego organizmu. Społeczeństwo dojrzałe dąży zatem do zjednoczenia związków społecznych w jednolity organizm najwyższego typu, któryby swą powagą osłaniał je

wszystkie, łącząc je w jedną, teraz już zorganizowaną całość.

Tym organizmem jest państwo.

Państwo pozwala i nadal istnieje związkom dotychczasowym, ba nawet przyzwala na tworzenie nowych, ale od niego zawisłych — organizmów, a nad wszystkimi obejmuje supremację i kontrolę. Normy państwowe regulują nie tylko życie własnego organizmu, ale dążą nadto do zorganizowania stosunków społecznych innych związków. W tym celu sprowadza wprawdzie państwo związki niższego typu do wspólnego mianownika, dając im wspólną — państwową — organizację¹⁾, ale zresztą nie obiera innej drogi, niż dawne związki społeczne, gdyż, jak ona, opiera się na zasadach socjalno-etycznych. Nie można zatem twierdzić, jakoby te ostatnie powstały dopiero w państwie, gdyż są tak samo pierwotnymi, jak wogóle społeczeństwo.

3) Z poszczególnych norm etycznych, przyjętych w łonie związków społecznych, tworzy się prawo. Nie wpływa na to ta okoliczność, czy związek społeczny ma ustroj państwowy, lub nie, gdyż nawet związki najniższego typu mają swe prawo. Nawet rodzina ma odrębne prawa w swoim zakresie, ród i plemię w swoim, naród w swoim zakresie, i kościół w swoim.

¹⁾ Znakomicie wywodzi to Bernatzik w *Archiv für öffentliches Recht* V. str. 243: *Dasjenige, wodurch sich das staatliche Gemeinwesen von allen anderen unterscheidet, ist die Macht desselben. Es ist ein Centrum von Machtfactoren, welche bewirken, dass es alle übrigen Gemeinwesen innerhalb desselben beherrscht, indem es die Bildung von Gemeinzwicken ausser ihm kontrolliert und, wo es erspriesslich scheint, beeinflusst. Die Bildung eines Gesamtzwicke und die Willensorganisation zur Verwirklichung desselben erfolgt aber unabhängig vom Staate und ist die Basis der Rechtsordnung des Gemeinwesens, seine Verfassung. Jedes Gemeinwesen hat daher seine eigene Rechtsordnung; die Rechtsordnung des Staates unterscheidet sich von der aller übrigen Gemeinwesen nur durch seine überlegene Macht“.*

Ale nie każda socjalno etyczna norma jest równocześnie normą prawną. Związek społeczny wybiera tylko najważniejsze normy etyczne, mianowicie takie, które stanowią o pomyślnem istnieniu jego samego i jego członków i dają podstawę do dążenia ku wspólnym celom.

Jednakże na jedno musimy zwrócić uwagę. Istnieją związki społeczne, które nie mogą być twórcami praw, gdyż nie powstały same przez się w skutek procesu organicznego danego społeczeństwa, ale polegają na umowie członków. Mówiąc o tem, odrzucamy naturalnie teorię powstania państwa drogą umowy, a mamy na oku towarzystwa prywatne (*Vereine*), których wyłączną podstawą jest dobrowolna umowa. Wprawdzie i tu tworzą się pewne normy do osiągnięcia wspólnego celu, a statuty towarzystw mają zaiste wiele podobieństwa do norm prawnych, jednakże nie można zapomnieć, iż wszelkie ich normy opierają się na umowie. Albowiem uznanie umowy za podstawę stosunków życiowych wymaga samo przez się istnienia porządku prawnego, tak iż wspomniane towarzystwa, zbudowane na umowie, mogą być jedynie wypływem prawa w zakresie istniejącego już związku społecznego. Zatem statuty towarzystw prywatnych mieszczą wprawdzie w sobie normy, ale one są tylko wyrazem istniejącego już związku, a nie podstawą nowego związku¹⁾.

4) Prawo musi być przeto tworem organicznym, który czerpie swą moc bezpośrednio z bogactwa socjalno-etycznych norm danego związku. Tworzy się ono siłą wewnętrzną z życia społecznego: tak więc *opinio necessitatis* jest, że tak powiem, charakterystyczną cechą wszelkiego prawa, tylko nie *opinio necessitatis* w stosunku do jednostki, ale raczej w stosunku do związku społecznego jako organizmu.

¹⁾ Tylko z tem zastrzeżeniem należy przyjąć teorię Pfaffa i Hofmanna w *Commentar zum oest. allg. bürg. G. B. I.* str. 262 i nast.

Owa wewnętrzna siła, co przenika życie społeczne danego związku, jest właśnie tym momentem, który wynosi normy etyczne do znaczenia norm prawnych. W rodzinie, w rodzie, w plemienu itd. powstają pierwotnie na zasadach etycznych oparte zwyczaje, które przechodzą z wolna w ciało i krew danego związku; gdy zaś wystąpienie przeciw ustalonej normie uważa się ogólnie za naruszenie samego związku, gdy zatem norma stanie się niejako organiczną potrzebą pewnego społeczeństwa — wówczas nabiera ona siły, która nadaje jej autorytatywny charakter; — a z tą chwilą istnieje już prawo.

Autorytatywna sankcja społeczeństwa musi mieć przeto podstawę wewnętrzną, jak wogóle wszelkie autorytety opierają się nie tyle na zewnętrznych przymiotach, lub na zewnętrznym wpływie pewnej władzy, ile raczej na wewnętrznym uznaniu ze strony drugich. Ale gdzie istnieje już uznanie władzy przez ogół, tam łączy się ono i nadal z wszelkimi rozkazami tejże, jako bezpośredni wynik pierwotnego uznania.

Tak samo ma się rzecz z autorytetem społeczeństwa. Ów autorytet tworzy społeczeństwo w drodze procesu organicznego; atoli częstokroć oddaje ono egidę do rąk swoich organów, np. głowy rodziny (nie koniecznie ojca rodziny), głowy rodu, plemienia i t. d. — i wówczas ci przedstawiciele stanowią władzę widomą, która wydaje owe autorytatywne przepisy, jakim podlegają członkowie społeczeństwa. Ale mimoto, iż oddano ową władzę autorytatywną do rąk pewnych organów, nie może ustawać bezpośredni wpływ siły twórczej samego społeczeństwa. Siła ta działa bowiem koniecznie, organicznie — przeto nic jej wstrzymać nie zdoła.

Autorytatywny charakter norm prawnych przebija się i w tem, iż każda norma socjalno-etyczna, której dane społeczeństwo udzieliło swej sankcji, staje się *ipso facto* prawem¹⁾. Nie trzeba atoli, by owo przejście ze

¹⁾ Dlatego prawem — a nie tylko przepisem etycznym — jest przepis §. 44 ust. cyw. austr., który zobowiązuje małżonków

sfery etyki do sfery prawa, odbyło się formalnie, czy to pisemnie, czy to w innej formie zewnętrznej, gdyż także z innych okoliczności można przyjść do przekonania, iż pewna norma nabyła w danym społeczeństwie autorytatywnej siły, i stała się normą prawną. Gdzie jednak niema widocznej formy, tam trudno nieraz wykazać, czy i kiedy powstało prawo — ale owa trudność nie może wcale wzruszyć naszej tezy, gdyż nawet teoria, uznająca prawo dopiero w państwie, musi przyznać, iż czas powstania państwa nie zawsze da się ściśle oznaczyć.

Stosunek prawa do etyki socjalnej jest jednak tak ścisły, iż sankcya społeczeństwa nie zamieni jakiej-bądź zasady na normę prawną. Musi to być zawsze norma, uświęcona etyką socjalną¹⁾. Prawidła etyki indywidualnej, o ile nie stoją w związku z etyką socjalną, nie mogą być nigdy prawem, nawet gdyby uzyskały formalną sankcye danego związku społecznego²⁾. Zresztą mimo sankcyi nie może być prawem to, co nie leży w sile ludzkiej, bo wogóle, co przechodzi siły człowieka, nie może być nigdy normą jego postępowania³⁾.

Czynniki, które według powyższych uwag należą do pojęcia prawa, dadzą się łatwo ująć w definicyę. Najwięcej do naszej teoryi jest zbliżona definicya

do spólnej pomocy, również przepisy §§. 91, 92 u. c., między innymi też zasada iż „mąż jest głową rodziny“, bo przepisy te są wpływem porządku społecznego, uświęconego przez państwo, a sama sankcya (nawet bez względu na brak przymusu państwowego) nadaje im większej powagi i większego wpływu na społeczeństwo.

¹⁾ Nie są zatem prawem t. zw. *jura merae facultatis*: „die Rechte eines Menschen über seine Handlung, z. B. die Ware da oder dort zu kaufen“, o jakich stanowi §. 1459 u. c., iż nie ulegają zadawnieniu, gdyż nie są zasadami etycznymi.

²⁾ N. p. rozkaz: „Nie upijaj się!“ lub: „Spowiadaj się co najmniej raz do roku!“

³⁾ Przeto nie można uważać za normę prawną mimo legalnej sankcyi wzmianki w §. 44 u. c., iż małżonkowie mają obowiązek płodzenia dzieci.

Schmollera, jeno należy usunąć z niej to, co dotyczy stosunku prawa do państwa. Definicja ta brzmi, jak następuje:

„*Das Recht können wir definieren als denjenigen Teil der auf das äussere sociale Leben gerichteten sittlichen Lebensordnung, welcher zur Macht geworden, auf die politische Gewalt des Staates gestützt, durch Feststellung der Grenzverhältnisse des gesellschaftlichen Lebens und durch Vorschriften über das Zusammenwirken zu gemeinsamem Zwecke die wichtigste Vorbedingung für einen friedlichen und gesitteten, fortschreitenden Culturzustand schaffen will*“¹⁾.

Ale zaiste nigdzie tak trafne nie jest zdanie: „*omnis definitio periculosa est*“, jak właśnie tutaj. Przeto z tem zastrzeżeniem, iż nie chcemy podać dokładnej definicji, i pomni tego, iż każde wyjaśnienie powinno dobrać jak najmniej słów, zbieramy poniżej nasze wywody do jednego zdania, mówiąc:

Prawo mieści w sobie normy etyczne, któremi rządzą się związki społeczne w życiu społecznem i w stosunku poszczególnych ludzi do siebie.

VII.

Możemy obecnie przystąpić do oznaczenia istoty prawa zwyczajowego.

Teoria panująca łączy tę kwestyę słusznie z stosunkiem prawa zwyczajowego do państwa i do ustaw państwowych.

Zastosowawszy zaś do tego zdania nasze wyniki o istocie prawa w ogólności, musimy pójść za Windscheid-em²⁾ i uznać, iż wszelkie prawo poza państwem jest prawem zwyczajowem. Normy prawne, sankcjonowane przez państwo, to ustawy; wszelkie zaś inne normy prawne, nie mające sankcji państwa, a mimo to noszące autorytatywną markę innych związków społecznych, to prawo zwyczajowe.

¹⁾ l. c. str. 54.

²⁾ Windscheid, *Lehrb. d. Pandektenrechts* I^s (1900) st. 64.

Chociaż do pojęcia prawa nie trzeba ani państwa ani przymusu państwowego, to przecież nie można zaprzeczyć, iż w rozwoju prawa odgrywa państwo bardzo wybitną rolę, choćby dlatego, iż wprowadza organizację porządku prawnego. Prawo istnieje wprawdzie zarówno pośród innych związków społecznych, ale w państwie nabywa ono odmienną postać. Tak więc powstaje ważna różnica między prawem państwa, a prawem innych związków społecznych.

Różnica ta nie jest jednak zewnętrzna, formalna, ale — że tak powiem — organiczną. Nie polega ona bowiem na tem, iż ustawy państwowe (używamy tu tego pojęcia w najobszerniejszem znaczeniu, które zawiera także rozporządzenia władz państwowych: *Gesetze und Verordnungen*) muszą być spisane, gdyż w zasadzie mogą istnieć bez tej formy, o ile ta lub inna forma ustawy zależy wogóle od ustroju danego państwa — a z drugiej strony nie ulega kwestyi, że i wśród innych związków społecznych, mogą prawa powstawać w formie pisemnej. Różnica polega raczej na owem zadaniu, jakiego ma dokonać porządek prawny w państwie względem innych związków społecznych.

Stojąc na czele tych związków, które mu podlegają, państwo musi uznać byt organiczny tychże w swoim zakresie¹⁾; państwo powstało bowiem właśnie na to, by dopomóc rozwojowi społecznemu tych organizmów i by w drodze organizacyi nadać im większej mocy, — nie mogło przeto zaprzeczyć ich istnienia, lecz uznać musiało ich siłę organiczną, co sama przez się wytwarza coraz nowe normy etyczne. Ustawy państwowe nie mogą zatem usunąć owych norm prawnych, które powstają wskutek procesu organicznego pośród innych grup społecznych.

To jest negatywna strona stosunku państwa do innych organizmów. Lecz na tem nie koniec: państwo ma bowiem nadto inne — pozytywne — zadanie.

¹⁾ Por. Bernatzik l. c

Jako odrębny organizm ma ono prawo żyć swoim własnym życiem. Stąd tworzą się w państwie nowe normy, których celem jest, umożliwić istnienie państwa jako samodzielnego organizmu.

Ale oprócz tego objęło państwo supremacyę i kontrolę nad innymi związkami. Przytem musiało ono wychodzić z założenia, iż należy pogodzić te normy rozmaitych związków, które są między sobą sprzeczne, należy je zatem połączyć węzłem zgody w jeden spólny organizm wyższego stopnia, i najważniejszym normom tych związków udzielić ochrony prawnej.

Państwo przejęło więc najżywotniejsze normy prawne innych organizmów społecznych i udzieliło im swojej sankcyi z wszystkimi prerogatywami własnej organizacyi.

Naturalnie, jeśli chodziło o własne interesy państwa, lub o normy sprzeczne poszczególnych związków, musiało państwo niejednokrotnie uświęcić to, co nie odpowiadało w zupełności zasadom tych związków.

Owe związki zachowały zatem i w zakresie państwa pewną odrębność prawną, i to w następujących kierunkach:

1. Mogą one i nadal zapomocą swej organicznej siły tworzyć dla siebie nowe normy;
2. normy, które istniały już dawniej, a przez państwo nie zostały uświęcone, pozostają i na przyszłość w własnym zakresie;
3. państwo wprowadziło wprawdzie pewne zmiany w normach poszczególnych związków, przyjmując je w zmienionej formie jako normy państwowe — ale mimo to nie mogło usunąć bezpośredniego wpływu tych związków na swoich członków, tak iż jednostce wolno poddać się innym normom dotyczącego związku, zrzekając się jednak ochrony państwowej.

Co do dwóch pierwszych przypadków, państwo może postąpić w dwojaki sposób:

- a) albo przyzwala wyraźnie grupom społecznym na tworzenie nowych norm prawnych i z góry zazna-

cza, że każda norma, utworzona wśród tych grup, staje się tem samem normą państwową;

b) albo wydaje normy jedynie dla swego zakresu, nie uznając żadnych innych norm u siebie, tak iż wszelkie normy prawne innych organizmów społecznych nie mają dopóty znaczenia w państwie, dopóki państwo nie udzieli im osobnej sankcyi.

Co się zaś tyczy punktu trzeciego (pod 3 wymienionego), to musimy nadmienić, co następuje:

Państwo jest organizmem społecznym najwyższego stopnia, przeto nie dziw, iż istnieją okoliczności, w których obywatel państwa musi się normie państwowej bezwzględnie poddać czy chce, czy nie chce. Jednak przypadki te należy wyłączyć, albowiem niema wątpliwości, iż dla nich musi jednostka poświęcić odmienne normy innych organizmów społecznych.

Atoli w państwie istnieje też wiele norm, które jednostce pozostawiają zupełną wolę. Tu zaś może przytrafić się, iż państwo stanowi coś takiego, co *in concreto* sprzeciwia się zasadom prawnym, uświęconym przez grupę społeczną niższego typu. Wówczas nic łatwiejszego, jak obrać drogę, odmienną od normy państwowej; jednostka nie ogląda się na przepis ustawy, ale postępuje tak, jak nakazują zasady owego ściślejszego grona osób, do którego należy. Ale wtedy nie może apelować do ochrony państwa i do czynników organizacji państwowej, a nawet musi liczyć się z tym faktem, iż strona przeciwna, z którą ma do czynienia, może odwołać się do normy państwowej i przedłożyć sprawę przed areopag organów państwa.

Widzimy zatem, iż mimo odmiennych norm państwowych zachowują normy innych związków społecznych bezpośredni wpływ na życie jednostki — ów wpływ nie może być wprawdzie poparty przymusem państwowym, ale zato istnieje silniejszy nieraz przymus moralny danego związku, który odnosi częstokroć zwycięstwo.

Wszystkie poruszone tu kwestye mają wielką doniosłość w stosunku państwa do prawa zwyczajowego; są niejako nicią przewodnią przy rozwiązaniu naszego problemu i odkrywają wiele niejasności, jakie napotykałyśmy w literaturze. Trzeba jeno kwestyę rozciągłości prawa zwyczajowego rozstrzygnąć tak, jak wskazano na wstępie tego rozdziału (VII). Wyjaśnimy to zresztą poniżej.

VIII.

Prawo zwyczajowe jest przede wszystkim prawem, bo inaczej sama nazwa mieściłaby w sobie *contradictio in adjecto*. Skoro zaś, jak wykazaliśmy, normy państwowe różnią się pod wielu względami od norm prawnych innych związków społecznych, to nic nam nie pozostaje, jak różnicę tę zaznaczyć także w nazwach: z jednej strony ustawa a z drugiej prawo zwyczajowe. Nauka wylicza je obok siebie jako źródła prawa (*Rechtsquellen*), a doniosłość tego twierdzenia zrozumiemy dopiero wówczas, gdy dla obu przeznaczymy odmienne sfery: dla ustawy państwo, dla prawa zwyczajowego inne związki społeczne. Poza temi źródłami prawo istnieć nie może. Nasza teoria wyjaśnia też równorzędność obu źródeł prawa bardzo dobitnie. Nazwa zaś prawa zwyczajowego łączy się z tą okolicznością, iż wśród związków społecznych prócz państwa normy prawne utrzymują się li tylko siłą wewnętrzną, niejako siłą „zwyczajową“, nie poparte przy-
musem państwowym.

Historja ludzkości wykazuje, iż prawo zwyczajowe istniało od samego zawiązku życia społecznego. Rzecz to naturalna, gdy zważymy, iż związki społeczne są tak samo pierwotnymi, jak ludzkość. Nie dziw też, iż według zdania najpoważniejszych uczonych, prawo zwyczajowe jest wcześniejszem od ustawy, gdyż niema wątpliwości, iż dawno już istniały związki społeczne niższego typu, zanim powstało państwo.

Wielu uczonych łączy pojęcie prawa zwyczajowego z wewnętrzną siłą narodu. Jest to o tyle prawdziwym, o ile nie uważamy narodu w znaczeniu technicznym i w całości, — tylko w jego poszczególnych grupach społecznych, gdyż zanim powstał naród, istniało już prawo w pomniejszych grupach społecznych, które złączyły się później w pojęciu narodu; azatem tylko z tem zastrzeżeniem, iż są one poszczególnymi grupami wśród pewnego narodu, możemy twierdzić, iż prawo zwyczajowe jest prawem narodowem.

Prawo zwyczajowe jest zatem wynikiem autorytatywnej siły narodu w tworzeniu prawa. Nie od państwa czerpie prawo zwyczajowe swój początek i powagę — jak utrzymują niektórzy ¹⁾ — tylko od narodu i jego poszczególnych grup w swej żywotnej i niczem nie wstrzymanej sile. Wpływ państwa na prawo jest wynikiem władzy formalnej, jaką mu przyznały jednostki lub narody w celu utrzymania porządku społecznego, nie jest bezpośrednim, wewnętrznym, lecz pochodnym, zewnętrznym. Prawo państwa polega na przymusie zewnętrznym, prawo zwyczajowe na wewnętrznym, moralnym. Normy prawa zwyczajowego płyną z wewnętrznej siły narodu; działają siłą elementarną, przyjmują się w narodzie lub w jego grupach organicznych dlatego, bo one uznały je za konieczne i sprawiedliwe. Moc prawa zwyczajowego leży w niem samym, w jego wnętrzu. Nic przeto nie zdoła zwalczyć owej elementarnej, wewnętrznej siły i niema państwa, któreby mogło usunąć ów naturalny a bezpośredni sposób tworzenia się prawa, gdyż wówczas musiałoby ono powstrzymać powstawanie i istnienie wszelkiego prawa wogóle.

Dlatego tak naród, jak poszczególne grupy społeczne wśród niego, muszą posiadać możność powodowania

¹⁾ Por. cytaty u Zitelmana w *Archiv für d. civ. Praxis* 66 „Gewohnheitsrecht und Irrtum“ str. 361 uw. 43, nadto Bruno Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens* 1899.

się swem własnym prawem we wszystkich stosunkach prawnych, które należą do wyłącznego ich zakresu, i gdzie niejako sam naród jest sędzią. Ale o ile nad narodem istnieje też władza państwa, którą i on uznać musiał, tam naturalnie i państwo wchodzi w swe prawa, t. j., jeśli dana sprawa dotyczy też zakresu władzy państwa, może ono sądzić według swego prawa.

Ze względu na ową wewnętrzną, samorodną siłę prawa zwyczajowego, musi ono i dla państwa mieć wielkie znaczenie. Albowiem co uznał naród, co uznały poszczególne jego grupy, i czemu udzieliły swej autorytatywnej marki, to staje się nieraz podstawą do uznania przez państwo i przechodzi nieraz w skład prawa państwowego zapomocą sankcji państwa.

W ten sposób wytwarza się wzajemny stosunek między prawem zwyczajowym a państwem: prawo zwyczajowe dąży do tego, by otrzymać sankcję państwa, a z nią ową moc, jaka łączy się z ustawą; z drugiej zaś strony ustawy państwowe muszą dążyć do tego, by mogły oprzeć się na substracie narodowym, t. j. by oparły się na ogólnie przyjętem prawie zwyczajowym.

Jednakże nie wynika z tego, iżby państwo miało sankcyonować wszystkie normy prawa zwyczajowego. Państwo jest bowiem—jak wiemy—organizmem innego rodzaju, niż inne, podległe mu związki społeczne, chociażby w danym przypadku przedstawiały się jako cały naród. Dla osiągnięcia swych celów służy mu cały aparat państwowy, który jednak można tylko wówczas puścić w ruch, jeśli tego wymagają cele państwowe, i tylko w ten sposób, jaki jest w państwie uznany.

Jakkolwiek przeto prawo zwyczajowe jest źródłem prawa w ogólności, nie możemy jeszcze wnosić, o ile prawo zwyczajowe jest też źródłem prawa państwowego, t. j. owego prawa, które nam daje państwo z swoim administracyjnym aparatem i z jego prerogatywami. Pytanie to musimy zatem wyróżnić od poprzedniego.

Skoro zaś czynimy tę oto różnicę, to odpowiedź zda się — i łatwa i prosta. Każdy związek społeczny jest wyłącznym panem w swoim zakresie, przeto i państwo może postanowić, iż obce wpływy przyjmuje w własnym zakresie jedynie o tyle, o ile je uzna samo; a za tem idzie, iż państwo może usunąć prawo zwyczajowe jako źródło swego prawa. Wprawdzie zostawia ono — bo musi zostawić — wolność tworzenia prawa zwyczajowego w narodzie i w poszczególnych grupach społecznych, ale mimoto nie ma obowiązku uświęcać ich swoją sankcją i udzielać im zawsze tych prerogatyw, jakie przysługują ustawom.

Z takim zjawiskiem spotykamy się często. Zwłaszcza wówczas, kiedy państwo zdołało już ułożyć swe ustawy podług jasno-skrystalizowanej idei w jednolity system i podało obywatelom swoim stałe i niewzruszone zasady dla zastosowywania norm w życiu państwowem, odrzuca zwyczajnie z swego zakresu prawo zwyczajowe, nie przyjmując go w skład swego organizmu. I nic przeciw temu podnieść nie można, gdyż gdzie porządek społeczny jest tak ściśle zorganizowany, jak w państwie nowożytnem, tam trudno, objawy niezorganizowanego życia społecznego innych związków przyjąć w organizm państwowy, nie nadawszy im równocześnie piętna własnej organizacyi.

Państwo może wprawdzie uznać prawo zwyczajowe innych związków społecznych za swoje, ale wówczas uznaje obok siebie też inne autorytety. Taki był stosunek państwa do prawa zwyczajowego w czasach dawniejszych, dopóki nie było jeszcze ściśle zorganizowane według jednolitego systemu prawnego. Widzimy to w państwie rzymskiem, przedewszystkiem jednak u plemion niemieckich (por. t. zw. *Stammesrechte*), których prawo przyznawało ówczesne państwo niemieckie; napotykały to wogóle prawie do końca 18. stulecia.

Dopiero państwo nowożytne („*Rechtsstaat*“) nie uznaje w swoim zakresie obcych autorytetów i puszcza

aparatu państwowego w ruch tylko wtedy, gdy udzieli pewnej normie własnej sankcji.

Tak więc należy rozumieć wszelkie zakazy prawa zwyczajowego w nowożytnych ustawach. Tylko to, co wyszło z ramienia państwa, t. zn. z ramienia organów państwowych, ma w państwie uznanie i tylko wówczas można posługiwać się środkami państwowymi.

Od tej zasady istnieją jednak i w nowożytnym państwie pewne wyjątki. O nich wspomniemy później w traktacie o prawie austriackim.

Przedtem musimy jednak rozprawić się z teorią Sturma¹⁾, by równocześnie sprawdzić te wyniki, które osiągnęliśmy dotychczas.

IX.

Mysł przewodnia, z której wysnuwa Sturm swą teorię, mieści się w jednym słowie: „poczucie prawne“ (*Rechtsgefühl*). Jak człowiek rodzi się z poczuciem tego, co dobre, co piękne, tak samo ma on też wrodzone „poczucie prawne“, które nie ma nic wspólnego z etyką i różni się od poczucia dobra i poczucia piękna.

Dziwi nas atoli na pierwszy rzut oka, jak ten sam autor mógł równocześnie podnieść też socjalny czynnik w prawie, skoro głównym substratem prawa ma być wrodzone poczucie jednostki. Wszelkie bowiem zjawiska, których źródła szukamy bezpośrednio w duszy każdej jednostki z osobna, nie mogą przecież opierać się równocześnie na zbiorowych fenomenach ludzkości!

Zresztą zdaje mi się, iż uznając poczucie prawa za jedyną podstawę prawa w ogólności, a prawa zwyczajowego w szczególności, otworzył autor boczną dróżkę zasądom t. zw. prawa natury, choć sam je tak stanowczo zwalcza²⁾. Czyż szkoła prawa natury nie uważa

¹⁾ l. c.

²⁾ l. c. str. 112 i nast.

prawa jako pewną moc, człowiekowi wrodzona, i czyż na owych fikcyjnych zasadach, które mają być wyryte głęboko w duszy ludzkiej, nie buduje całych systemów filozoficznych? Wprawdzie „poczucie prawne“ Sturma pod wielu względami różni się od zasad prawa natury, ale mimoto — jak z poprzedniego zdania wynika — z zasadniczym kierunkiem tegoż jest zupełnie zgodne.

Jednakże rzecz to mniejszej wagi i nie ulega wątpliwości, że możnaby tę część teorii Sturma obronić czysto-teoretycznymi argumentami. Ale nie w tem leży główny błąd jego teorii; polega on raczej na tem, iż nie da się zastosować do rzeczywistości, bo sprzeciwia się rzeczywistemu życiu w społeczeństwie.

Gdyby bowiem abstrakcyjne poczucie prawne było podstawą prawa wogóle, tak iż dopiero z poczucia prawnego mogłoby powstać prawo, a nie na odwrót z prawa poczucie prawne, to rzecz naturalna, iż jako wrodzony moment psychiczny, musiałby zawsze dochodzić do tych samych wyników — co najmniej u pewnego człowieka. Co w mojem poczuciu jest dobrem lub pięknem, musi być dla mnie zawsze dobrem, zawsze pięknem, a nie równocześnie dobrem i złem, pięknem i brzydkiem. Tak więc, idąc za wywodami autora, także wszelką czynność, którą ktoś uznaje za prawną, t. j. za odpowiednią poczuciu prawnemu, nie może równocześnie uważać za nieprawną, t. j. nie odpowiadającą poczuciu prawnemu. Ale niestety w życiu społecznem widzimy codziennie przykłady owego przeciwieństwa! Albowiem poczucie prawne u tegoż samego człowieka i to ze względu na tę samą czynność, na to samo postępowanie, jest różne — i to nietylko w różnych czasach, ale i równocześnie — jeżeli raz działa jako członek jednej grupy społecznej, a następnie jako członek innej grupy. Wiemy, jak często różni się poczucie prawne jednostki w rodzinie, od poczucia tegoż samego człowieka, jeśli występuje np. jako członek narodu, a jak inaczej występuje znów jego poczucie prawne w tych przypadkach, gdy jako obywatel chce korzystać

z praw państwa i może w każdej chwili stanąć przed władzami państwowymi! Jako członek rodziny nie mogą np. nigdy godzić na życie innych członków. Wymaga tego poczucie prawne, jakie jednostkę wiąże z rodziną. Ale jako obywatel państwa ma jednostka obowiązek stanąć nieraz w jego obronie, musi, gdy zajdzie potrzeba, wyruszyć na wojnę, gdzie może stanąć oko w oko z członkami swej rodziny, jeśli ci są obywatelami innego państwa. W tym przypadku zachodzi jawna kolizja między poczuciem prawnym jednostki jako członka rodziny, a poczuciem prawnym jako obywatela państwa.

Wprawdzie Sturm utrzymuje, iż poczucie prawne wobec ustaw państwa polega tylko na przyczynie zewnętrznej, mianowicie na tem, iż z czasem wyrobił się ogólny zwyczaj posłuszeństwa względem państwa ¹⁾; ale i ta — według mego zdania dość chwiejna — argumentacja nie może usunąć wszelkich wątpliwości, które przeciw jego teorii występują. Wystarczy bowiem wskazać na liczne przykłady, w których jednostka nie zwaza wcale na przepisy państwa, mianowicie wtedy, jeśli ustawy państwa sprzeciwiają się normom pomniejszych grup, gdyż nie chce zasłużyć sobie na nagane ze strony owego ściślejzego grona, wśród którego żyje.

Ileż to razy mówimy, iż ta lub owa norma ustawowa sprzeciwia się naszemu poczuciu prawnemu? Ileż razy osądzamy ze względów narodowych takich ludzi, którzy w danym przypadku skorzystali z norm, jakie im podaje państwo, a jak często zdarza się, iż to, co wśród pewnego narodu uchodzi jako dzieło na wskrós patryotyczne, uświęcone prawem narodu danej chwili, jest zupełnie sprzeczne z postanowieniami danego państwa? Czyż naród nie ma swego prawa, a państwo swego? Któż nie zna zresztą przysłowia: „*Summum ius summa iniuria!*“ Czyżby zatem mogło istnieć takie zdanie, gdyby „poczucie prawne“ tworzyło jedyną podstawę wszelkiego prawa.

¹⁾ l. c str. 245.

Ileż to razy namyślały się długo, czy postąpić tak, jak brzmią ustawy państwowe, gdyż nasze własne poczucie prawne oburza się przeciw środkom, jakich udziela nam państwo dla ochrony naszego prawa? A zresztą jak często trafia się, iż co w stosunku do członków pewnej grupy społecznej jest nieodpowiedniem, przeciw innym uważamy za prawne i z naszym poczuciem prawnym zgodne?

Na dowód naszych twierdzeń przytoczymy przykład z prawa zwyczajowego karpackich Bojków, który zaiste lepiej zbije teorię Sturma, niżli najlepsza teoretyczna polemika.

Bojki odgrywają między Rusinami tę samą rolę, jak Słowacy na Węgrzech. Jest to jedyny element narodowy, który trudni się zawodowo handlem. Celem wykorzystania tej gałęzi zatrudnienia potworzyły się między nimi spółki handlowe, oparte na ich własnym prawie zwyczajowym, spółki, które w niejednym względzie różnią się od spółek prawa austriackiego. Nie są ani zarejestrowane, ani nie mają firmy, a mimoto dla Bojków są tak święte i nietykalne, iż nie trafia się, by ktokolwiek z nich śmiał przekroczyć przyjęte przez nich zasady¹⁾. Nikt się tem nie troszczy, iż spółki te przed areopagiem państwa nie mają uznania i że sąd nie potrzebuje oglądać się na owe przepisy prawa zwyczajowego, gdyż powaga prawa zwyczajowego utrzymuje wszystkich uczestników w bezwzględnej posłuszeństwie, które pod tym względem jest pewnie większe, niż względem ustaw państwowych.

Nie może zaś być żadnej wątpliwości, iż tu rozchodzi się o prawo zwyczajowe; dotyczące normy wyszły bowiem z silnego poczucia wspólności interesów, dla rozwoju handlu, jako najważniejszej gałęzi życia społecznego Bojków, i normy te uświęciła ta grupa na-

¹⁾ Twierdzą to na podstawie opowiadania adwokata krajowego w Stryju Dra Eugeniusza Oleśnickiego, który pozostaje z Bojkami w ciągłej styczności.

rodu swoim autorytetem. Autorytet narodu w tym przypadku tak jest silny, iż prawo państwa ustępuje na dalszy plan. Nikt nie ma potrzeby odwoływać się do ustaw państwowych i nikt nie może do nich odwoływać się — i nieznane mi są przypadki, gdzieby ktokolwiek uciekał się przeciw zasadom tych spółek do sądów, gdyż każdy jest świadom, iż odwołując się do sądów musiałby stracić ową spójnię narodową, która go wiąże z interesami jego grupy społecznej.

Czy tu może ktokolwiek wątpić, iż zasady te są prawem? Wewnętrzna siła narodu i moralne środki przymusowe działają tu bowiem silniej, niżli powaga państwa z całym swoim aparatem administracyjnym.

Jednakże z chwila, gdy przeciw Bojkom występują elementy obce, wszelkie względy, które wypływają z wzajemnego ich stosunku do siebie, nikną i ich postępowanie zmienia się. Dopóki występują jako członkowie ściślejszego związku społecznego, nie pozwala im poczucie prawne spółzawodniczyć z innymi członkami w handlu, — ale zmienia się ono przeciw innym osobom, i tu posługują się oni już wszelkimi środkami, na które przyzwala ustawa.

Znany mi jest pod tym względem bardzo charakterystyczny przypadek, który wydarzył się raz we Lwowie za roгатką żółkiewską.

Wyszedł Bojko sprzedawać orzechy — ale gdy zobaczył, iż w tem samym miejscu sprzedawał orzechy żyd, obniżył cenę tak, iż żyd nie mógł za tę cenę dalej sprzedawać. By usunąć konkurencyę Bojka, odkupił żyd od niego wszystkie orzechy, tak iż Bojko odszedł na razie z prózną ręką — ale jakież było jego zdziwienie, gdy za parę minut przyszedł Bojko z nowym zapasem orzechów i zaczął żydowi nadal robić konkurencyę. Rzecz jasna, że „poczucie prawne“ względem żyda nie nakazywało mu żadnych względów, podczas gdy w spółce handlowej między swoimi nie mógł tak postąpić!

Słuszne jest natomiast zdanie Sturma, iż do istoty prawa zwyczajowego nie można wymagać ciągłego, a jednolicie powtarzanego wykonywania (*constante, gleichförmig wiederholte Uebung*). Zdanie to napotykaemy już u Till-a¹⁾, który go jednak nie wypowiada wprost, tylko pośrednio, wykazując trudności, jakie wynikają pod tym względem z teorii pańskiej.

Według naszej teorii wykonywanie faktyczne nie należy do istoty prawa zwyczajowego. Prawo zwyczajowe jest bowiem prawem związków społecznych oprócz państwa; powstaje zaś z norm etycznych, wytworzonych przez dane społeczeństwo, które im udzieliło swej autorytatywnej marki. Chodzi zatem o to, aby społeczeństwo uświęciło tę normę; ale czy nastąpiło to jednostronnie z ramienia pewnej osobistości, która stoi na czele danego związku, czy wynikało z siły organicznej związku od początku jego istnienia, czy nastąpiło później drogą wykonywania, — jest zupełnie obojętne. Wykonywanie (*Uebung*) poprzedza wprowadzenie nieraz powstanie prawa zwyczajowego, ale w równie wielu przypadkach istnieje wprzód norma, a dopiero za nią idzie później wykonywanie. Nie ma przeto potrzeby zastanawiać się nad tem, czy pewna norma jest wykonywana, czy wykonywanie jest ciągłe i jednolicie powtarzane, czy wreszcie norma jest wykonywana jako zasada prawna („*als Rechtssatz*“) — gdyż poszczególne jednostki danego związku nie stanowią same przez się społeczeństwa i ich faktyczne postępowanie nie nosi piętna autorytatywnej marki danego związku.

Odpada zarazem kwestya, którą poruszył Zitelmann²⁾, a na którą tak często powołuje się Sturm

¹⁾ Till, *Prawo prywatne austryackie* I. str. 73 uw. 6.

²⁾ Zitelmann l. c. podnosi przeciw teorii, która na przekonaniu narodu, a względnie na wykonywaniu opiera istotę prawa zwyczajowego, iż niema uzasadnionej przyczyny, dlaczego ci, którzy nie wykonywają, muszą konieczne pójść za tymi,

jak należy wypełnić ową przepaść, która rozdziela wykonywających od niewykonywających, — gdyż, jak wykazano, wykonywanie nie jest koniecznym czynnikiem prawa zwyczajowego, a nadto niewykonywający muszą podlegać autorytatywnej władzy tego związku, do którego należą. Tu nikt nie pyta ich o subiektywne „poczucie prawne“, jeno społeczeństwo rozciąga nad nimi swą władzę i używa w razie potrzeby swych środków przymusowych.

Teorya nasza wyjaśnia też kwestyę sporną, w jakim stosunku zostaje t. zw. częściowe, partykularne prawo zwyczajowe do ogólnego prawa zwyczajowego. Czy źródłem prawa jest tylko ogólne prawo zwyczajowe, przyjęte w całym państwie, czy także częściowe prawo zwyczajowe, przyjęte przez pewną grupę społeczną? Kwestyę tę należy rozstrzygnąć zupełnie inaczej, niż w teoryi panującej. Skoro bowiem prawo zwyczajowe jest prawem poszczególnych grup społecznych, to t. zw. ogólne prawo zwyczajowe, o którym wspomina teorya, jest właściwie iluzją, a natomiast t. zw. częściowe prawo zwyczajowe jest rzeczywistym prawem zwyczajowym w technicznym znaczeniu. Ale należy pamiętać, iż owo prawo zwyczajowe odnosi się ściśle tylko do tej grupy, wśród której powstało.

X.

Po poprzednich uwagach przystępujemy do prawa zwyczajowego w prawie prywatnym austriackim. Prawo austriackie staje na stanowisku państwa nowożytnego, stanowiąc w §. 10 u. c.:

„Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.

Nie ulega żadnej wątpliwości, iż powyższa zasada ma przedewszystkiem podstawę historyczną. Skoro bowiem przypomniemy, iż głównym celem nowej kody-

którzy wykonywają. Mówi on o „*unüberbrückbare Kluft*“ między wykonywającymi a nie wykonywającymi.

fikacji, której wynikiem była ustawa cywilna z r. 1811, było zaprowadzenie jednolitej ustawy w miejsce niezliczonej ilości praw partykularnych, niedostatecznie skodyfikowanych, to zrozumiemy stanowczą niechęć redaktorów ustawy do t. zw. „zwyczajów“ (*Gewohnheiten*).

Tak więc jest rzeczą jasną, iż słowo „*Gewohnheiten*“, użyte w § 10. u. c., dotyczy nie tylko zwyczajów w znaczeniu technicznym, ale w pierwszym rzędzie prawa zwyczajowego. Nie można zaś tego oznaczenia uważać za błąd redaktorów ustawy, zwłaszcza jeśli uwzględnimy, iż teoria „prawa zwyczajowego“ jako odrębnego źródła prawa powstała w prawoznawstwie dopiero po ogłoszeniu ustawy cywilnej z r. 1811. (Savigny, Puchta).

W tej kwestyi godzimy się w zupełności z teorią panującą, która idąc za Ungęrem, stosuje przepis §. 10 u. c. do „prawa zwyczajowego“. Ale na tem nie koniec. Powyższy przepis ma wogóle w prawie austriackim bardzo rozległą literaturę¹⁾. Nie uważam jednak za stosowne, omawiać wszystkich kwestyj, lecz poruszę tylko te, które z istotą prawa zwyczajowego stoją w bezpośrednim związku.

Teoria panująca prawa austriackiego nie uważa prawa zwyczajowego za źródło prawa, gdyż §. 10. u. c. przyznaje pośrednio moc obowiązującą tylko ustawom. Niema jednak wątpliwości, iż tak zwyczaje jak i prawo zwyczajowe mogą służyć do interpretacyi woli działających stron *in concreto*. Mimoto przeważa zapatrywanie, iż niedopuszczalność prawa zwyczajowego nie jest niczem usprawiedliwioną, gdyż mimo przepisu §. 10 u. c. siła organiczna prawa zwyczajowego nie da się zupełnie usunąć.

Nie sądzę jednak, by można było w ten sposób nad pozytywnym przepisem ustawy przejść do porządku dziennego. Nie wystarczy bowiem uchylić go pod

Por. przedewszystkiem znakomite wywody u Pfaffa-Hofmanna *Comm. zum allg. bürgerl. G. B.* I str. 220 i nast.

względem skutków, ale należy go wyjaśnić i zastanowić się nad tem, jaka jest jego rozciągłość. Możemy zaś to uczynić jedynie w ten sposób, jaki zaznaczono w poprzednich ustępach rozprawy. Nasze wyniki co do istoty prawa zwyczajowego w ogóle, dają nam oraz klucz do rozwiązania kwestyi w prawie austriackiem.

Prawo austriackie wychodzi z tego zapatrywania, iż państwo dla swego zakresu nie powinno uznawać prawa zwyczajowego. Przepis §. 10. ma zatem moc obowiązującą na równi z innymi postanowieniami ustawy i nie można twierdzić, iżby owa zasada nie dała się w rzeczywistości przeprowadzić. Z drugiej zaś strony nie można zaprzeczyć, iż naród, a względnie poszczególne grupy społeczne w narodzie, mają moc tworzenia norm prawnych. Ale twierdzenie to wcale nie stoi w sprzeczności z przepisem §. 10. u. c. Przepis ów należy bowiem rozumieć tak, iż gdzie państwo występuje na zewnątrz z całym aparatem administracyjnym, nie uznaje prawa zwyczajowego, tylko ustawy i rozporządzenia, które stanowią stronę formalną organizacyi państwowej. §. 10. u. c. stanowi jedynie, iż prawo zwyczajowe nie jest bezpośrednio źródłem owego prawa prywatnego, które jest uznane przez państwo, którem mają zatem posługiwać się urzędy i władze państwowe za pomocą środków państwowych. Stwierdza to pośrednio legalna definicya prawa, która na czele całego systemu ustawowego (§. 1. u. c.) mówi o „*Inbegriff der Gesetze*“, a nadto postanowienie §. 19. u. c., które brzmi:

„*Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen*“.

Widzimy zatem, iż prawo austriackie przyjęło względem prawa zwyczajowego w zupełności system państwa nowożytnego („*Rechtsstaat*“). które z zakresu swej organizacyi usuwa wszelkie obce autorytety.

Jednakże nie można bynajmniej z tego wnosić, iż prawo zwyczajowe nie jest w ogóle źródłem prawa prywatnego w Austrii, skoro nie może ulegać wątpli-

wości, iż musiało zachować swą wewnętrzną siłę w obrębie tych grup społecznych, wśród których powstało. Nie sprzeciwia się temu przepis §. 10. u. c., a nawet, gdyby chciał usunąć wszelką moc prawa zwyczajowego, musiałby pozostać bez skutku. Atoli możemy stanowczo twierdzić, że nie do tego zmierza przepis ustawy.

Prawo zwyczajowe jest bowiem i w Austrii źródłem prawa prywatnego, co więcej, nawet bezpośrednio źródłem prawa, tylko — *sit venia verbo* — nie prawa prywatnego państwowego, lecz narodowego. Prawo narodowe nie ma wprawdzie owej zewnętrznej mocy, jaką jest wyposażone prawo państwowe, mimoto jednak rozporządza bardzo żywotną władzą wewnętrzną, gdyż nosi markę autorytatywną narodu lub pewnej ściślej grupy społecznej. Prawo to uznają związki społeczne w swoim zakresie, nie uwzględniając nieraz odmiennych przepisów ustawy; a zatem i państwo nie może sprzeciwić się temu, o ile własne jego cele i interesy pozostają nietknięte i o ile strony nie żądają ochrony państwowej.

W ten to sposób następuje odgraniczenie sfery prawa państwowego od sfery prawa zwyczajowego; rozdział ten przyczynia się zaś do konsekwentnego przeprowadzenia idei państwowej. Organy państwowe mogą posługiwać się wyłącznie ustawami, które stanowią jedyną a niezruszoną podstawę do osądzania stosunków prawnych; na tem zyskuje naturalnie pewność

bezpieczeństwo obrotu społecznego. Nie potrzebują one znać norm prawa zwyczajowego, które w przeróżnych grupach i na różnych miejscach są różne, nie potrzebują wglądać w życie wewnętrzne związków społecznych i łamać sobie głowy nad rozwiązaniem nader trudnej kwestyi, czy pewna norma prawa zwyczajowego już powstała i w dotyczącym związku społecznym zyskała moc prawną — gdyż we wszystkich przypadkach w których występują, mają obowiązek stosować jedynie ustalone już normy państwowe według zasady (względnej) równości wszystkich w obec prawa. Tak więc na

łonie państwa płynie regularnie życie społeczne, gdyż państwo utrzymuje porządek społeczny według stałych i pewnych zasad.

By jednak państwo zdołało w ogóle odpowiedzieć swemu zadaniu, nie dość przeprowadzić zewnętrzną organizację według wyżej wspomnianej zasady wyłączności, ale potrzeba nadto, by państwo spoczęło na silnych podstawach wewnętrznych. Dowodem tego jest państwo nowożytne, które mogło wytworzyć się dopiero wówczas, gdy zdołało swe normy zastosować w zupełności do wewnętrznych norm życia społecznego danej doby. Dopiero od chwili, gdy władza ustawodawcza urosła do owej potęgi, jaką ma dzisiaj, gdy zatem zewnętrzna organizacja państwowa poczęła dążyć do tego, by objąć najważniejsze kwestye życia społecznego i zadowolnić najważniejsze potrzeby związków społecznych, które się w niem mieszczą, mogło państwo odgraniczyć się na zewnątrz od bezpośredniego wpływu prawa zwyczajowego, przyjąwszy atoli wprzódry najbardziej żywotne normy prawa zwyczajowego w skład swej organizacyi, i nie przestając nadal czerpać z owego bezpośredniego źródła wszelkiego prawa. Albowiem tylko wskutek owego ciągłego związku ustaw państwowych z ogólnie przyjętymi normami prawa zwyczajowego, mogą ustawy mieć ową powagę i uznanie, jakie im dziś przypadają w udziale. Państwo nowożytne musi zatem utrzymywać jak najściślejszy związek między swym aparatem ustawodawczym i administracyjnym a prawem zwyczajowem, gdyż tylko w ten sposób zyskać może dla swych norm silną podstawę.

Kto jednak zna nowożytną maszynę ustawodawczą, musi przyznać, iż nie zawsze jest ona w stanie funkcjonować odpowiednio do wymogów danej chwili, a wiele potrzeb życia społecznego, które zbyt często wyłaniają się z nader skomplikowanego obrotu społecznego, istnieje nieraz przez długi przeciąg czasu, zanim znajdą swój wyraz w ustawie. Pod tym względem

mogę dziś jeszcze mimo opozycji ¹⁾ powtórzyć w całej
osnowie to, com wypowiedział już w r. 1898 ²⁾:

„Das Leben ist im fortwährenden Wandel begriffen
und die Lebensverhältnisse sind einer beständigen Fluctuation
fähig. Hand in Hand mit diesen Wandlungen tritt auch an
das Recht die Anforderung heran, sich den veränderten Rechts-
verhältnissen anzuschmiegen. Und doch werden die Gesetze
nicht so leicht verändert; der Mechanismus der Gesetzgebung
ist schwerfällig und kann mit dem Wandel der Lebensverhält-
nisse nicht Schritt halten. Daher muss man auf anderem
Wege bestrebt sein, dem Zeitgeist auch im Rechte womöglich
Geltung zu verschaffen“.

Przeczuła tę potrzebę ustawa cywilna z r. 1811
i wskazała drogę, którą iść winniśmy w tym przypadku,
skoro władza ustawodawcza nie zdołała rozstrzygnąć
pewnej prawnej kwestyi. Mam tu na myśli zasady,
wypowiedziane w §§ 6 i 7 u. c. Jeżeli zatem organy
ustawodawcze nie mogą w zupełności odpowiedzieć
swemu zadaniu, muszą dokonać tego organy wyko-
nawcze, które obok pierwszych stanowią ważną część
składową aparatu państwowego.

Wiemy, iż prawo państwa musi być wykonywane
przez organy państwowe; organy te są jednak zarazem
członkami poszczególnych związków społecznych, przeto
nie dziw, iż nieraz mimowolnie używają norm prawa
zwyczajowego do interpretacyi ustawy. Skoro zaś pań-
stwo przyjęło zasadę wolnego osądzenia spraw przez
sędziego, to musiało *implicite* uznać wpływ prawa zwy-
czajowego na interpretacyę ustaw, gdyż stosowanie tychże

¹⁾ Till w Przeglądzie prawa i adm. ex 1899, str. 152,
153.

²⁾ *Das Wesen des Werklieferungsvertrages* str. 83, 84.
Konstatuję też zgodność z mojemi zapatrywaniami u Steinba-
cha, *Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechts-
ausübung* (1898) — i sądzę, iż przyszłość należy do owych sę-
dziów, którzy zrozumieli swe zadanie, iż nie są jedynie maszyną
do zastosowywania §§., lecz starają się poznać konieczne wa-
runki życia społecznego i w drodze interpretacyi lub analogii
do starej formy ustawy wlewają według potrzeby nowe myśli.

do stosunków życiowych spoczywa w rękach ludzi, którzy są równocześnie członkami różnych związków społecznych.

Na tem nie kończy się jednak bezpośredni wpływ prawa zwyczajowego na prawo prywatne, uznane w państwie. Z powyższych uwag wynika bowiem możność uchylecia przestarzałych norm prawnych przez *desuetudo*. Albowiem organy państwowe mogą w danym przypadku nie uwzględniać pewnej normy państwowej, uważając ją za przestarzałą i z spóczesnymi stosunkami niezgodną; w ten zaś sposób norma państwowa nie jest wykonywaną i traci swą praktyczną wartość — ale na to dało państwo z góry swe przyzwolenie, skoro złożyło władzę wykonywania ustaw do rąk organów, które w danym przypadku poszły drogą, wskazaną przez prawo zwyczajowe.

Ów wpływ prawa zwyczajowego jest konieczny m gdyż wynika z tego, iż organy państwowe są równocześnie członkami związków społecznych niższego typu. Może on jednak sięgać dalej, skoro ustawa zezwała na uwzględnienie nowych norm, które wprowadzicie nie mają jeszcze sankcyi państwa, ale utworzył je obrót społeczny w obec koniecznych potrzeb danej chwili. Taki wpływ prawa zwyczajowego jest pożądanym, i jeśli jest zasadniczo przez ustawę uznany, to organy państwowe mają wówczas obowiązek czerpania ze źródła prawa zwyczajowego. Dzieje się to jednak pod wyłącznym autorytetem państwa, gdyż wykonawcami są organy państwowe, przeto postępowanie takie nie sprzeciwia się zasadzie, iż państwo w swoim aparacie posługuje się li tylko tem, co uzyskało jego własną sankcyę.

Prawo austriackie przyzwala na taki bezpośredni wpływ prawa zwyczajowego w drugiem zdaniu §. 7 u. c.:

„*Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muss solcher mit Rücksicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden*“.

Cóż należy rozumieć przez „*natürliche Rechtsgrundsätze*“? Teorya panująca przyjmuje, iż w słowach tych leży teorya prawa natury. Protokoły obrad i wogóle historya kodyfikacyi u. c. wykazują w samej rzeczy, iż redaktorowie ustawy, jako zwolennicy teoryi prawa natury, w §. 7 tę teoryę mieli na myśli.

Mimoto najnowsza doktryna nie uznaje wogóle zasad prawa natury i odrzuca zapatrywanie, jakoby w ogóle istniało prawo niezmienne, niewzruszone — wryte niejako niezatartemi literami w sercu człowieka — i to bez względu na to lub owo prawo pozytywne. Przyznać musimy, iż owo „prawo natury“ jest w samej rzeczy raczej wytworem fantazyi, niż rzeczywistości.

Czyż jednak należy z teoryą panującą wnioskować dalej, iż rzeczony przepis §. 7 i. f. niema żadnej doniosłości¹⁾? Sądzę, że nie ma do tego żadnej podstawy.

Wprawdzie prawo natury nie istnieje, a więc punkt wyjścia naszych kodyfikatorów jest niezawodnie mylnym — a przecież jak żywotna jest myśl przewodnia, ukryta w mylnej formie! Odrzućmy zatem, co mylne, ale zachowajmy, co prawdziwe! Prawo nie jest niezmienne, nie jest raz na zawsze wypisane w sercu człowieka, nie jest abstrakcją, któraby mogła wyłaniać się z apriorycznych rozumowań filozoficznych — gdyż jest produktem pewnych wymogów życia społecznego, z którym zarówno ulega ciągłej fluktuacyi. Mimoto nie może być wątpliwości, iż poza obrębem pozytywnego ustawodawstwa, istnieją normy, które z przyczyn wewnętrznych wymagają uwzględnienia. Tu nie chodzi o żadne abstrakcye, jeno o żywotne potrzeby danej chwili; skoro zatem chcemy postępować w duchu nowej teoryi, to musimy dojść do przekonania, iż to, co nasi kodyfikatorowie chcieli ochrzcić mianem prawa natury, nie jest niczem innym, jak tylko normami, które powstały siłą

¹⁾ Przeciw panującej teoryi por. Zoll (junior), Podręcznik pryw. prawa austr. (1899) str. 71 i nast.

konieczności wśród danego społeczeństwa, ale nie oczekiwały się jeszcze sankcji państwowej.

Tak więc pojęcie: „*natürliche Rechtsgrundsätze*“ mieści w sobie owe zasady prawne, które wytwarzają się drogą naturalną t. j. same przez się w społeczeństwie, i otrzymują następnie w danym związku społecznym swą sankcję — a są tak ważne, iż w organach państwowych rodzą przekonanie (*verba*: „*mit Rücksicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände*“), że zachodzi konieczność uznania ich przez państwo.

Widzimy więc, iż „w naturalnych zasadach prawnych“ §. 7 tkwi wskazówka dla organów państwowych, jak postępować należy w przypadkach, gdy niema w ustawie odpowiedniej normy, a dany stosunek prawny ma być rozstrzygnięty przed areopagiem władzy państwowej. Tu winien sędzia pod pewnymi warunkami zaczerpnąć z bezpośredniego źródła wszystkich norm prawnych, t. j. z prawa zwyczajowego^{1) 2)}.

Na tem nie kończy się jednak znaczenie §. 7 u. c., ma on bowiem ważną doniosłość dla stosunków obywatelskich. §. 914 u. c. stanowi, iż przy tłumaczeniu umów (co trzeba rozszerzyć na wszystkie stosunki obywatelskie) należy postępować według ogólnych przepisów o tłumaczeniu ustaw. Wprawdzie przepis ów ma głównie na myśli postanowienia §. 6 u. c., ale niema podstawy do wykluczenia §. 7, który również zajmuje się tą kwestyą.

¹⁾ Nie potrzebuję z osobna udowadniać, iż przepis §. 7 i. f. wcale nie sprzeciwia się zasadzie §. 10, gdyż właśnie „sama ustawa“ (t. j. §. 7) daje organom państwowym *carte blanche* uświęcając w potrzebie niektórych norm prawa zwyczajowego.

²⁾ A zatem moje zapatrywanie zbliża się poniekąd do wywodów Pfersche'go *Das Problem des Gewohnheitsrechtes* (1895), różni się jednak od tegoż zasadniczo w tem, iż nie widzi istoty prawa zwyczajowego w tem uprawnieniu organów państwowych, gdyż one nie tworzą prawa zwyczajowego, tylko tworzy je naród i inne związki społeczne.

Pierwsze zdanie §. 7 zwraca także uwagę „auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandeten Gesetze“ — gdy zaś ów przepis zastosujemy analogicznie po myśli §. 914 u. c. do stosunków obowiązkowych, to przyjdziemy do wyniku, iż gdy sama umowa, lub inny stosunek obowiązkowy, nie dają bliższych wyjaśnień, należy postąpić tak, jak w podobnych przypadkach zwyczajnie postępuje ogół. Wyrazem zaś tego postępowania jest „zwyczaj obrotowy“ (*Verkehrssitte*). Tak więc i ustawa cywilna austr. uznaje znaczenie „zwyczaju obrotowego“ w stosunkach obowiązkowych; niesłusznem jest zatem twierdzenie, iż zasada ta ma zastosowanie jedynie w prawie handlowem (art. 1 u. h.). §§. 157 i 242 u. c. niemieckiej nie mogą sobie zatem rościć pierwszeństwa. Zasada „wiary i zaufania w obrocie“ (*Treu und Glauben im Verkehr*)¹⁾ jest także uznana w ustawie cywilnej austriackiej. Dowodem tego zestawienie §. 914 u. c. z §. 7 i. f.

Skoro zastosujemy myśl, wypowiedzianą w §. 7 i f. o t. zw. „*natürliche Rechtsgrundsätze*“, do stosunków obowiązkowych, to zamiast słowa „*Recht*“ wstawić musimy „*Verkehr*“, gdyż w prawie obligatoryjnym rozchodzi się o zasady obrotu społecznego *par excellence*. A więc skoro nawet „zwyczaje obrotowe“ nie mogą sędziemu dać należytej podstawy, do osądzenia danego stosunku obowiązkowego, winien sędzia zwrócić uwagę na „naturalne zasady obrotu społecznego“, co skryształizowane do ogólnej tezy, daje niezaprzeczenie pojęcie „wiary i zaufania“ w obrocie społecznym.

Mógłbym na tem zakończyć. Uważam jednak za potrzebne do powyższych wywodów krótką dodać ilustrację.

¹⁾ Kwestyę tę według ust. cyw. niemieckiej omawiają głównie: *Stammeler, Recht der Schuldverhältnisse* str. 36 i nast.; *Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts* I. 6 §. 100; *Steinbach Treu und Glauben im Verkehr* (1900). W dziedzinie prawa austr. traktuje o tej kwestyi moje dzieło: „*Австрийское право облигационное*“ I. str. 142—147.

Jak wiadomo, ustawa austr. nie wspomina nigdzie o przyrzeczeniu, wynikającym z „publicznego ogłoszenia“ (*Auslobung*), a mimo to przyznają wszyscy, iż nabyło ono w prawie prywatnem, że tak powiem, prawo obywatelstw. Za niem przemawia obrót społeczny; zresztą ma ono za sobą przepis §. 862 u. c., który uznaje moc obowiązującą oferty — ale sama analogia z §. 862 nie może odkryć istoty prawnej „ogłoszenia“ w pełnem świetle.

W prawie austr. można znaleźć drogę do traktowania „ogłoszenia“ li tylko na mocy §. 7 i. f. w zestawieniu z §. 914 u. c., jeżeli rozumiemy te przepisy tak, jak wyżej podano. A więc, jeśli niema w samej ustawie takich przepisów, któreby można analogicznie zastosować, muszą rozstrzygać „naturalne zasady obrotu społecznego“.

Wobec tego należy tu zastosować:

- 1) ogólne zasady prawa obligatoryjnego, z dążnością uwzględnienia woli stron działających;
- 2) zasadnicze normy o umowach w ogóle; w szczególności możliwą jest w niektórych przypadkach analogia z przepisów o kontrakcie pracy;
- 3) normy powyższe muszą jednak zlewać się w jedną organiczną całość, której przewodzą „naturalne zasady obrotu społecznego“¹⁾.

¹⁾ Bliższe wyjaśnienia podaję w swoim dziele „Австрийское право облигацийне“ I str. 358—360.





1180104741

PAd

