

rych sięga zachowana przez Gelliusa formuła adrogacji, dziećmi uznanymi przez prawo cywilne za legalne.

W odróżnieniu od tych dwóch źródeł odnoszących się do okresu dawnego (Aulus Gellius) lub okresu niezbyt późnego (Proculus), przedstawiający adrogację Gaius mówi: *...is qui adoptat, rogatur id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse...*⁵⁷, a nie wspomina nic o urodzeniu *ex matre familias*.

Widocznie dla Gaiusa na uznanie dziecka za legalne według prawa cywilnego nie miał już wpływu fakt czy matka pozostawała pod władzą ojca, czy nie. Natomiast odróżnianie skutków prawnych, które powodowało małżeństwo połączone lub nie połączone z władzą męża, w prawie dawnym miało — jak widać z powyższych źródeł — znaczenie istotne.

*

Przedstawione powyżej argumenty zdają się wskazywać na to, że w Rzymie w okresie archaicznym istniały dwa rodzaje małżeństwa, z których jeden łączył się organicznie z władzą męża nad żoną. Obok niego istniał drugi rodzaj małżeństwa, którego zawarcie nie łączyło się z nabyciem władzy męża nad żoną.

W okresie prawa klasycznego można natomiast mówić tylko o jednym rodzaju małżeństwa, które mogło być związane z władzą męża nad żoną, lub nie.

WITOLD WOŁODKIEWICZ (Warszawa)

Lee R. W., *An introduction to Roman-Dutch law*, fifth edition. Oxford 1953. At the Clarendon Press, s. LXXX+471.

I

Książka na temat prawa rzymsko-holenderskiego profesora R. W. Lee należy do bardzo ciekawych pozycji literatury prawniczej. Przedmiotem tej książki, w piątym już wydaniu, jest bowiem system prawny, zajmujący miejsce wyjątkowe pośród zachowanych do dziś relikwów dawnych praw. Zespala on w sobie znaczne pozostałości przepisów feudalnych i rzymskich. Te ostatnie pomogły rozwinąć się młodemu ka italizmowi holenderskiemu.

W rzymsko-holenderskim systemie prawnym otwiera się bez wątpienia szerokie pole do owocnych badań naukowych z zakresu historii prawa. Jest w nim możliwość wielostronnej obserwacji okresów przejściowych. Dostarcza on dużo materiału do śledzenia, jak w takich okresach nowa treść włącza się w stare formy. Jak stare prawo — przekształcane stopniowo przez nowsze ustawodawstwo i praktykę — zaczyna obsługiwać nowe stosunki społeczne. Toteż prawo rzymsko-holenderskie może stanowić ciekawy przedmiot studiów. Nie tylko w zakresie historii prawa, lecz również w dziedzinie badań teoretyczno-prawnych. Ponadto, może ono zainteresować cywilistów.

Jak wskazuje jej tytuł, praca profesora Lee ma charakter wprowadzenia. Nie może ona przeto obejmować wyczerpującego przedstawienia problematyki prawa rzymsko-holenderskiego. Daje ona też w zasadzie nie więcej, jak tylko wykład wiadomości podstawowych w zakresie tego prawa, obowiązującego dzisiaj w Unii Południowo-Afrykańskiej. Tym niemniej, wobec niemożności wykorzystania lepszych

⁵⁷ Gai. Inst. I, 99.

z tego zakresu materiałów i prac¹, spróbujemy — przy pomocy *Wstępu do prawa rzymsko-holenderskiego* — sformułować w niniejszych uwagach pewne wnioski. Wnioski dotyczące drogi rozwojowej systemu rzymsko-holenderskiego i niektórych jego instytucji. Próbę sformułowania tego rodzaju wniosków utrudnia nie tylko to, że książka R. W. Lee jest pracą, mającą charakter wprowadzenia. Trudności wynikają także i z tego, że książka ta jest oparta na formalno-dogmatycznej metodzie badania. Wskażemy na to głównie w uwagach końcowych, po przedstawieniu w zarysie wybranych zagadnień.

Co to jest „prawo rzymsko-holenderskie”? Termin ten — objaśnia autor — został użyty pierwszy raz przez prawnika van Leeuwena, jako podtytuł w jego dziele *Paratitula Iuris Novissimi* z 1652 r. Tenże prawnik wydał potem (1664) traktat *Prawo rzymsko-holenderskie* — dzieło większe i bardziej znane, niżli *Paratitula*. Prawo rzymsko-holenderskie — czytamy potem — jest systemem prawa obowiązującego w Holandii od połowy XV do wczesnych lat XIX stulecia. Zasady tego systemu zanieśli Holendrzy do swych posiadłości zamorskich w Indiach Wschodnich i Zachodnich. Kiedy Przylądek Dobrej Nadziei, Cejlon i część Gujany przeszły pod berło Wielkiej Brytanii u schyłku XVIII i z początkiem XIX w., przeniesione przez Holendrów prawo nie przestało tam istnieć. Anglicy utrzymali je w mocy jako prawo pospolite (*common law*)². A gdy ich Imperium zagarnęło obszar dzisiejszej Unii Południowo-Afrykańskiej i Południowej Rodezji, prawo rzymsko-holenderskie stało się prawem pospolitym także i na tym zagarniętym obszarze³.

¹ Dziełem, które należałoby tu wykorzystać, jest w szczególności: E. Badiou, *Le droit romano-hollandais. Son évolution, ses caractères généraux, son avenir*, Aurillac 1951. Na dzieło to zwrócił mi uwagę prof. Kolańczyk w swej opinii na temat niniejszej recenzji. Niestety nie mogłem go uzyskać.

² Terminu *common law* używa się w dwóch różnych znaczeniach. Niekiedy przeciwstawia mu się „słuszność” (*equity*). I wtedy oznacza on prawo, które — zanim wydano ustawę o sądownictwie (*Judicature Act*) — było stosowane w trzech „wyższych” sądach w Westminster, w odróżnieniu od prawa stosowanego przez sąd orzekający na zasadach *equity* w Lincoln's Inn.

Następnym terminem jest przeciwstawiany prawu stanowionemu. Oznacza on wówczas prawo niepisane; prawo wywodzące się ze źródeł prawnych, jak też podstaw słuszności, a nie czerpiące mocy obowiązkiwania z jakiegos wyrażnego objawu woli ustawodawcy. Owo prawo niepisane jest równe w mocy i skutkach prawu stanowionemu. Jego powaga opiera się na uznaniu przez sądy zasad, zwyczajów i norm postępowania, dawniej istniejących pomiędzy ludźmi. Uznanie to było ongiś chowane w pamięci praktyków prawa i stron sporów sądowych. Teraz utrwała je pismo w zbiorach orzeczeń sądowych. (Por. *Wharton's law lexicon, fourteenth ed.* by A. S. Oppé, London 1933, s. 222).

Historia *equity* w Anglii dzieli się na trzy okresy: okres średniowiecza (do 1672), okres „transformacji” (do 1925) i ostatni, nowoczesny okres. Zagadnienie *equity* ma bardzo doniosłe znaczenie w prawie angielskim. *Equity* ma tam wiele znaczeń, stąd określenie tego pojęcia nie jest łatwe. W jego długiej historii rozwojowej wykształciło się szereg maksym, pozwalających stwierdzić, co rozumiano przez *equity* w okresie ich stosowania. Do maksym takich należą np. *He who comes to equity must come with clean hands*. *Equity acts in personam*. *Aequitas sequitur legem*. Ogólnie, można powiedzieć, że *equity* obejmuje zasady słuszności, zgodnie z którymi stosuje się przepisy prawa. W porównaniu z odwiecznymi pojęciami innych systemów prawnych, dawnych i współczesnych, angielska *aequitas* wykazuje pewne cechy szczególne. Najważniejsze z nich: *equity* jest źródłem prawa; zasady *equity* tworzy sąd kanclerski. W literaturze wyraża się pogląd, że od czasu wydania *Judicature Act* (1873) *equity* można studiować zarówno jako odrębny system, jak też w obrębie prawa (Por. co do tego zagadnienia np. monografię: H. G. Hanbury, *Modern equity*, fifth ed., London 1949, s. 1—74. W naszej literaturze treściwy artykuł w tym zakresie pt. *Ogólne cechy Equity* napisał L. Konic, PiP 1947, Nr 4, s. 30).

³ Por. też notę na ten temat u Koschakera, *Europa und das römische Recht*.

W samej Holandii tymczasem i w dzisiejszych koloniach holenderskich w miejsce dawnego prawa weszły dziewiętnastowieczne kodyfikacje. Zanikły więc normy systemu rzymsko-holenderskiego na terytorium swego pochodzenia, a obowiązują nadal na ziemiach Wspólnoty Brytyjskiej.

W dalszej części wprowadzenia autor wyjaśnia genezę i rozwój prawa rzymsko-holenderskiego. Wywodzi się ono z dwu źródeł — prawa zwyczajowego germańskiego i prawa rzymskiego. Jeszcze przed recepcją prawa Justyniana w Niemczech, Kodeks Teodozjański (438 n. e.) wywierał wpływ na prawa zwyczajowe obszarów, mieszczących się w granicach Holandii dzisiejszej i Belgii. Później oddziaływanie Rzymu szerzyła monarchia frankońska, Kościół wraz ze swym prawem kanonicznym, uniwersytety i sądy. Ogólna recepcja prawa rzymskiego w Niemczech i Holandii w XV i XVI stuleciu jest ukoronowaniem złożonego procesu, trwającego z górą lat tysiąc. Profesor Lee zaznacza, że ów długotrwały proces określa się trafnie jako „infiltrację”, w przeciwstawieniu do „receptji” prawa Rzymian.

Co do zakresu tej receptji w Niderlandach, a zwłaszcza w Holandii — czytamy dalej — poglądy są podzielone. Niektórzy uważają, dodaje autor, że Grocjusz, van Leeuwen, Voet i inni romanści holenderscy są zdrajcami prawa ojczystego, ponieważ — torując drogę receptji — zaprzękali je w niewolę obcego, rzymskiego systemu. Nikt, pisze on, nie kwestionuje faktu, że Holandia recypowała prawo rzymskie. Sporne jest jedynie zagadnienie rzeczywistego zakresu tej receptji. Prawo rzymsko-holenderskie przetrwało w Holandii w postaci odrębnego systemu do 1809 r. Od tej daty obowiązywały tam przez prawie 30 lat kodeksy na oleońskie. W 1838 r. weszło w życie holenderskie prawo kodeksowe.

Autor daje następnie zarys historii prawa rzymsko-holenderskiego w koloniach i omawia zwięźle źródła tego prawa. Zalicza do nich traktaty naukowe (w szczególności takich autorów, jak Grocjusz, van Leeuwen, Voet — z XVII w., jak van Bijnkershoek, van der Keessel, van der Linden — z XVIII w.), prawo stanowione, orzeczenia sądowe, opinie prawników i zwyczaj. Traktaty naukowe, napisane w języku łacińskim i holenderskim na przestrzeni od XVI do XIX w., mają dużą wartość dla poznania treści omawianego prawa. Nie dorównuje ich powadze żaden nowoczesny podręcznik. Stanowią one źródło równorzędne rzeczeniom sądowym.

II

Wstęp do prawa rzymsko-holenderskiego R. W. Lee'a dzieli się na cztery książki. Tytuły książek są następujące: I. Prawo dotyczące osób, II. Prawo własności, III. Prawo zobowiązań, IV. Prawo spadkowe. Wstęp zawiera bibliografię, skorowidze zbiorów spraw sądowych, zbiorów ustawodawstwa i orzeczeń sądowych, skorowidz aktów ustawodawczych Holandii, Anglii, Unii Południowo-Afrykańskiej itd., w którym jako pierwszy figuruje *Placaet* Filipa, księcia Burgundii z 11 VI 1452 r.

We wstępie do książki I. znajdujemy słuszną uwagę autora co do określenia „prawo dotyczące osób”, zapożyczonego z Instytucji Gajusa i Justyniana. Jego zakres i treść — czytamy — to kwestie ciągle dyskusyjne. A nieowocne dyskusje wykazały bodaj nie więcej, jak tylko to, że wytyczona u Gajusa i Justyniana granica między *ius quod ad personas* a *ius quod ad res pertinet* wcale nie jest prosta.

zweite Auflage, München und Berlin 1953, s. 66 67 i cytowana tam literatura jak dotąd niedostępna. Autor wskazuje m. in. na rolę szkoły holenderskiej w XVII i XVIII w. w dziele ugruntowania prawa rzymsko-holenderskiego w koloniach Holandii (l. c., s. 247) (bliższe dane o Szkole — l. c., s. 118).

Budzi ona zastrzeżenia pod względem logicznym, albo, co najmniej, nie łatwo ją zrozumieć.

Czym kierował się autor przy ustalaniu zakresu tematycznego książki pierwszej w swoim dziele, jak doszedł do wytypowania jej siedmiu rozdziałów, nazwanych kolejno: urodzenie..., rodzina, małoletność itd.? Powiada, że przyjął metodę, polegającą na tym, żeby iść za prawną historią życia człowieka od chwili poczęcia aż do grobu i żeby zobaczyć, jak na jego prawa i obowiązki wpływają pewne zdarzenia życiowe. Takie np. jak urodzenie, małżeństwo, choroba umysłowa.

Czy był konsekwentny? Wydaje się, że nie. Nie, bo konsekwencja wymagałaby włączenia do książki I m. in. także i prawa spadkowego, wypełniającego karty książki IV. Czy metoda, którą autor wybrał jest słuszna. Nie można jej odmówić pewnych walorów dydaktycznych. Ale mimo to należałoby głosować przeciwko niej. Taki bowiem sposób systematyki, znany też gdzie indziej⁴, spowodował rozszanie materii tzw. części ogólnej prawa cywilnego w prawie rodzinnym *sensu largo* oraz w prawie zobowiązaniowym. I w następstwie zginęły w podręczniku tak kluczowe zagadnienia, jak: stosunek prawny, zdolność prawna, zdolność do działań prawnych, przedstawicielstwo, nauka o czynnościach prawnych, wykładnia. Wydaje się, że wymienione problemy lepiej byłoby wydzielić w osobną, i to pierwszą księgę — również w pracy o prawie rzymsko-holenderskim.

W rozdziale I książki I autor pisze krótko o powstaniu osobowości prawnej człowieka, a następnie o wpływie płci na jego sytuację prawną. Konkluduje, że ów wpływ uwidacznia się w różnicy co do wieku dojrzałości (dla mężczyzn 14 lat, dla kobiet — 12) oraz w tym, iż kobieta nie może zaciągnąć zobowiązania z tytułu poręki, chyba że wyraźnie zrzeknie się dobrodziejstw przyznanych jej ustawowo. Poza tym — czytamy — „płeć jako taka nie jest czynnikiem doniosłym w sferze prawa prywatnego“. Twierdzenie to nasuwa poważne wątpliwości. Obalają je dalsze rozdziały książki. A nadto już w przedmowie informował nas autor, że w Unii Południowo-Afrykańskiej istnieją ciągle zasadnicze nierówności pomiędzy mężczyzną a kobietą.

Nie ma także na tle omawianego systemu prawnego równouprawnienia dzieci urodzonych w małżeństwie i poza małżeństwem. Prawdopodobnie dlatego autor nie przedstawia problemu uznania za dziecko małżeńskie w rozdziale o rodzinie. Robi to osobno, poza tym rozdziałem. Za małżeńskie — pisze on — uważa się dziecko poczęte w czasie trwania małżeństwa lub wówczas urodzone (niezależnie od tego w jakim czasie po zawarciu małżeństwa) albo też będące w łonie matki w jakimkolwiek okresie trwania małżeństwa. Owo domniemanie, wyrażone zasadą: *Pater est quem nuptiae demonstrant*, można obalić dowodem — tu powołuje się na Grocjusza — *incapacitatis generandi* lub też dowodem nieobecności w okresie koncepcyjnym⁵.

Wedle starszych źródeł, wzorowanych na prawie rzymskim, dziecko uważa się za poczęte w czasie trwania małżeństwa, jeżeli urodziło się co najmniej 180 dni po zawarciu i co najwyżej 300 dni po rozwiązaniu związku małżeńskiego. Autor wskazuje, że powyższe okresy przyjął Kodeks Napoleona — art. art. 312, 315, kod. hol. — art. 305 n. W BGB zaś, w art. 1592 stanowi się, że okres koncepcyjny rozciąga się od dnia 181 do dnia 302, tu i tam włącznie, przed dniem urodzenia,

⁴ Por. np. W. W. Buckland and A. D. McNair, *Roman law and common law*, sec. ed. revised by F. H. Lawson, Cambridge 1952. Także, z dość istotnym odchyleniem, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* 5-me ed. Planiol-Ripert-Boulanger, Paris 1950.

⁵ Autor powołuje tutaj, jak również w dalszych wywodach — Hugo Grotius (de Groot), *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*.

przy czym dopuszcza się dowód dłuższego, ale nie krótszego, okresu⁶. Dziś jednak, czytamy, ostatnie słowo należy do medycyny.

W swym zarysie problematyki ustalenia ojcostwa autor poświęca też parę uwag sytuacji dziecka urodzonego poza małżeństwem. Nazywa je wprost bękartem (*bastard*), nie odstępując w tym względzie od terminologii źródeł (*bastaard*). Pisze on, że dziecko to nie ma prawnego ojca i w konsekwencji nie służy mu prawo dziedziczenia *ex parte paterna*. Dziecko pozamałżeńskie może jednak dziedziczyć po matce i jej krewnych. Dzisiaj nabywa ono status dziecka małżeńskiego jedynie wtedy, gdy jego rodzice zawrą związek małżeński (dawniej równouprawnienie z dzieckiem małżeńskim mogło również nastąpić z łaski panującego). Sporna była możliwość równouprawnienia *per subsequens matrimonium* dziecka pochodzącego z cudzołóstwa. Obecnie w Afryce Południowej jest to możliwe, na Ceylonie — nie.

Nie uzyskujemy od autora jasnej informacji co do obowiązku utrzymania dziecka pozamałżeńskiego. Pisze wprawdzie w rozdziale drugim, że ojciec winien stosownie do swych środków i poziomu życia utrzymywać dzieci pozamałżeńskie, tak samo jak dzieci małżeńskie. Nie wyjaśnia jednakże, czy i jak może matka dochodzić wykonania tego obowiązku od „nieprawego“ ojca.

Władza rodzicielska, jak dowiadujemy się niżej (z przytoczonego tekstu Van der Lindena)⁷, różni się bardzo znacznie od „szerokiej władzy ojcowskiej“ u Rzymian. Przysługuje ona nie tylko ojcu, lecz również i matce, a po śmierci ojca tylko matce. Van der Linden nie daje określenia rzymskiej „szerokiej władzy ojcowskiej“. Można przypuszczać, że ma on na myśli *patria potestas* prawa klasycznego⁸.

Co do zakresu władzy rodzicielskiej matki, autor zamieszcza niedawną opinię (wyrażoną w orzecznictwie Unii Południowo-Afrykańskiej), w której stwierdzono, że ojciec ma szersze uprawnienia, aniżeli matka, nie wyjaśniono jednakże, jak dalece szersze.

Władza rodzicielska powstaje przez urodzenie w ważnie zawartym małżeństwie lub przez uznanie *per subsequens matrimonium*. Przysposobienie zaś — inaczej niż w Rzymie — nie powoduje powstania władzy rodzicielskiej. Dziecko pozamałżeńskie podlega władzy matki. Wygaśnięcie władzy rodzicielskiej następuje wskutek śmierci rodzica lub dziecka, osiągnięcia pełnoletności, zawarcia małżeństwa, emancypacji.

Emancypacja odbywa się — pisze autor za Grocjuszem — albo w sądzie albo przez sam fakt zezwolenia dziecku na własne mieszkanie i prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego. Dziś utrzymał się tylko ten drugi sposób, w znacznie zmodyfikowanej postaci. Emancypowany jest w sytuacji zupełnie podobnej do tej, jaką

⁶ Warto to zanotować, że nasz kodeks rodzinny z 1950 r. jest względniejszy dla dziecka. Art. 42 § 1 kod. brzmiał: „Istnieje domniemanie, że dziecko urodzone w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia pochodzi od męża matki“.

⁷ J. van der Linden, *Rechtsgeerd. Practicaal, en Koopmans Handboek...* 1.4.1. Translation by Sir H. Juta under the title, *Institutes of Holland*.

⁸ Por. co do tej kwestii F. Schulz, *Classical Roman law*, Oxford 1951, s. 142 n. (*The classical law of marriage is an impressive creation of Roman humanitas and it is for this reason that it appeals to us as so amazingly modern. The classical law concerning parents and children is the very reverse: the old, harsh patriarchal law was in principle maintained; the influence of the humanistic movement, though appreciable in this field also, did not touch the roots of the old law. Patria potestas remained the central institution of the law concerning parents and children. The idea of a materna potestas was never taken into consideration by the orthodox Roman lawyers, though it was suggested to them by provincial law and custom. W konkluzji tej ogólnej charakterystyki autor stwierdza: It was only in Christian times that the law (scilicet the law concerning parents and children — J.K.) was further humanized and long overdue reforms were carried through. — s. 142).*

ma mężatka upoważniona przez męża do pracy w zawodzie. Jedno i drugie ma zdolność zobowiązywania się przez umowę oraz zdolność sądcwą w granicach działalności, określonej w odpowiednim upoważnieniu rodzica albo męża.

Do zakresu władzy rodzicielskiej zalicza się: 1) pieczę nad nieletnimi dziećmi, kierowanie nimi i wychowanie ich, 2) zgodę rodziców lub rodzica żyjącego na zawarciu związku małżeńskiego przez nieletniego, 3) prawo ustanowienia opiekuna testamentowego, 4) opiekę naturalną, tzn. zarząd majątkiem oraz reprezentację i pomoc, 5) prawa na majątku nieletnich, szersze na *peculium profectitium*, węższe na *peculium adventitium*. Wedle Voeta i innych pisarzy, opierających się na prawie rzymskim, stwierdza autor, że *peculium profectitium* obejmowało majątek, pochodzący od ojca albo też dany synowi w celu przysporzenia korzyści ojcu. Natomiast *peculium adventitium* obejmowało jakikolwiek inny majątek, uzyskany przez syna nie od ojca, lecz od kogoś innego. W świetle prawa rzymskiego pierwsze *peculium*, czytamy, było przedmiotem własności ojca. Na drugim zaś, będącym własnością syna, ojciec miał użytkowanie.

Dziś jednakże, wywodzi autor, ojciec może ważnie darować majątek synowi jeszcze nie emancypowanemu. Skutkiem tego wierzyciele ojca nie mogą dochodzić zaspokojenia swych roszczeń z tego majątku. Ponadto, stwierdza on, ojcu nie przysługuje użytkowanie na *peculium adventitium*, chyba że ustanowiła je dla niego osoba, od której *peculium* zostało nabyte, albo chyba że jest rzeczą konieczną korzystać z niego dla utrzymania i wychowania dziecka; ojciec bowiem nie ma obowiązku utrzymania dziecka, mającego własne środki utrzymania.

Obowiązek dostarczania środków utrzymania dzieciom, dowiadujemy się dalej, ciąży przede wszystkim na ojcu i obejmuje wyżywienie, ubranie, mieszkanie, leczenie i wykształcenie, stosownie do środków i poziomu życia.

Autor przedstawia następnie sytuację prawną małoletnich. Pełnoletność uzyskuje się dzisiaj z osiągnięciem 21 roku życia. Wcześniejsze uzyskanie pełnoletności następuje przez *venia aetatis* i zawarcie związku małżeńskiego. Sytuację małoletniego określa również Grocjusz. Wszystkie jego zobowiązania uważa się za nieważne, chyba że powstały wskutek deliktu albo też mogły przynieść małoletniemu korzyść. Deliktualnie odpowiada małoletni, który ukończył 7 lat życia.

W prawie rzymsko-holenderskim istnieje instytucja *restitutio in integrum*. Według określenia autora jest to nadzwyczajny środek, z pomocą którego sąd w miarę możliwości przywraca *status quo ante*. Przyznaje się go nieletnim w przypadku stwierdzenia, że doznali uszczerbku wskutek czynności własnych albo też czynności działanych przez rodziców lub opiekunów w ich imieniu.

W wykładzie o małżeństwie autor pisze na wstępie o przesłankach ważności małżeństwa. Z jego uwag wynika, że wymienione przezeń okoliczności nie zawsze stanowią przesłankę ważności *sensu stricto*. Niektóre z nich np. impotencja są na tle omawianego prawa nie tyle przesłankami ważności, ile raczej podstawami unieważnienia małżeństwa.

Przedstawione przez autora skutki prawne małżeństwa, dotyczące sytuacji osobistej i zdolności żony oraz dotyczące majątku małżonków, dowodzą daleko idącego upośledzenia kobiety w Unii Południowo-Afrykańskiej. Co do skutków pierwszego rodzaju, czytamy, że żona nabywa stanowisko społeczne męża i dzieli jego miejsce zamieszkania, nawet gdy była pełnoletnia. Z chwilą zawarcia małżeństwa staje się osobą małoletnią pod opieką męża i, nie może w zasadzie zaciągać zobowiązań bez upoważnienia męża. Może jednak zawrzeć umowę jednostronnie zobowiązującą, która opiewa tylko na jej korzyść, ale korzyść tę uzyskuje mąż i tylko jemu, nie żonie, należy uiścić świadczenie, wynikające z takiej umowy. Ogólnie można powiedzieć, że sytuacja osobista mężatki — w zasadzie zbieżna z położeniem małoletniego —

jest jednak w pewnym względzie gorsza. Nie może ona od męża żądać złożenia rachunku, nie przysługuje jej *restitutio in integrum* w odniesieniu do umów, które ona zawarła, lub które zawarł mąż w jej imieniu.

Na tle prawa germańskiego, obowiązującego w Holandii przez zawarcie małżeństwa powstawała *ipso iure* wspólność majątkowa pomiędzy małżonkami. Określano ją jako statutową, co w czasach średniowiecza oznaczało, że była to instytucja rodzimego prawa miejskiego, a nie rzymskiego. Wspólność ta nazywała się też, pisze autor, powszechną, bo rozciągała się na cały niemal majątek małżonków. Mąż nazywany głową wspólności, zarządzał majątkiem samodzielnie. Owa średniowieczna instytucja przetrwała bez istotnych zmian w Afryce Południowej. Ustrój wspólnoty powszechnej powstaje tam z mocy samego prawa z chwilą zawarcia małżeństwa, o ile nie umówiono się inaczej.

W prawie rzymsko-holenderskim wykształcił się specjalny środek służący do wyłączenia lub modyfikacji powszechnej wspólności majątkowej małżonków, dzięki któremu kobieta może uniknąć zarządu męzowskiego nad jej majątkiem i ma możliwość zapobieżenia skutkom marnotrawstwa męża. Środkiem takim jest tak zwana umowa przedmałżeńska. Wiąże ona wierzycieli, jeżeli zostanie zawarta przed notariuszem w obecności dwóch świadków i jeżeli ponadto zostanie zarejestrowana w urzędzie rejestracji aktów prawnych, gdzie jej oryginał lub należyte uwierzytelniony odpis udostępnia się każdemu.

Van der Keessel określa umowę przedmałżeńską jako porozumienie pomiędzy przyszłymi małżonkami, lub innymi zainteresowanymi osobami, dotyczące zasad, którym małżeństwo ma być podporządkowane⁹. Umowa ta służy często podwójnemu celowi. Naprzód jest środkiem wyłączenia lub zmiany skutków małżeństwa, przewidzianych w prawie pospolitym. Poza tym ustala się w niej sposób przejścia majątku małżonków, gdy umrze jedno z nich lub oboje. W tym ostatnim przypadku wymieniona umowa odgrywa rolę angielskiego układu małżeńskiego (*marriage settlement*).

Podstawowymi skutkami małżeństwa są: wspólność majątkowa obejmująca majątek wniesiony przy zawarciu związku małżeńskiego oraz późniejsze nabytki i dorobek; powstanie władzy męzowskiej. Strony umowy przedmałżeńskiej mogą decydować o tych skutkach w sposób różnorodny. I tak: a) mogą znieść jedynie wspólność majątku wniesionego przy zawarciu małżeństwa, b) mogą znieść wspólność majątku wniesionego przy zawarciu oraz nabytego później, ale bez „dorobku“, c) mogą znieść wspólność majątków pod a) i b) oraz wspólność dorobku i straty, d) mogą znieść wspólności majątkowe pod c) i znieść władzę męża.

Autor stwierdza, że jedynie wyraźne wyłączenie wspólności wszelkich majątków oraz władzy męża chroni skutecznie majątek przed długami męża. Wówczas bowiem, w odniesieniu do swej własności, jest ona w takiej sytuacji, jak gdyby małżeństwo nie zostało zawarte. Może zobowiązywać się przez umowę, pozywać i być rozywana. Jeżeli mąż zbył jej majątek bez jej zgody, może windykować go od nabywcy. Toteż w rzeczywistości tylko w takiej formie jak pod pkt d) (wyżej) zawiera się dzisiaj umowy przedmałżeńskie w Unii Południowo-Afrykańskiej. Kobieta wychodzi tam za mąż tylko na zasadzie wspólności, albo zastrzega sobie możliwie najszerszą w obecnym prawie wolność¹⁰.

⁹ D. G. van der Keessel. *Theses selectae iuris Hollandici et Zelandici ad supp'endam Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hol'andicam*, 228.

¹⁰ Autor informuje, że na zasadzie wspólności pozostaje jeszcze w Unii około 66% małżeństw europejskich. Zauważa przy tym, że liczba „wolnych“ małżeństw (*free marriages*) byłaby z pewnością większa, gdyby nie koszt zawarcia i rejestracji umowy.

Z przedstawienia autora wynika, że „dorobkiem“ są wszystkie przedmioty nabyte po zawarciu małżeństwa, które nie należą do jednego tylko małżonka. Nie należą w szczególności do dorobku: majątek nabyty przez jednego z małżonków przed zawarciem małżeństwa (np. kupiony przed zawarciem, a odebrany nawet po zawarciu związku); akcesja (np. przymulisko) do odrębnego majątku męża lub żony; spadek, zapis lub darowizna przypadające małżonkom po zawarciu małżeństwa (niektórzy uważają, że ostatnia grupa nabytków należy do dorobku, jeżeli pochodzi od osób, które nie są ustawowymi spadkodawcami małżonków). Ze wspólnością dorobku łączy się nierozdzielnie wspólność straty. Na poczet „straty“ nie zalicza się w szczególności długów powstałych przed zawarciem małżeństwa, długów *ex delicto*.

Do tematów, które próbujemy zarysować w recenzji należy również analiza prawa własności. Autor podkreśla, że w prawie rzymskim „prawo dotyczące rzeczy“, które stanowiło drugą część *iuris privati*, obejmowało: własność i sposoby jej nabycia, prawa własnościowe węższe niż własność, np. służebności, prawo do dziedziczenia, wierzycielności. Autor zauważa, że kryterium zaliczenia tych instytucji do tej samej gałęzi prawnej nie jest zupełnie oczywiste. Wyraża on przypuszczenie, że ich elementem wspólnym, który je zespala w jednej dziedzinie prawa, jest własność.

W swych dalszych wywodach autor przechodzi następnie do określenia pojęcia rzeczy. Według cytowanego tam Grocjusza „rzeczą“ jest: „cokolwiek istnieje na zewnątrz człowieka i przynosi człowiekowi jakikolwiek użytek“. Autor sądzi, że definicja Grocjusza jest za wąska, a to dlatego, iż „rzecz“ w jej prawnym znaczeniu obejmuje nie tylko przedmioty materialne, ale i prawa na przedmiotach materialnych (*iura in re*) oraz prawa należące do treści stosunków obligacyjnych (*rights to services, iura in personam*). Lepsza od grocjuszowskiej — czytamy dalej — jest być może definicja Voeta. Dla niego „rzeczą“ jest „wszystko, co sądy uznają za przedmiot swego rozpoznania“¹¹.

Trudno zgodzić się z autorem. Wydaje się, że jednak lepsze jest określenie grocjuszowskie — można sądzić, że obejmuje ono i przedmioty materialne w wąskim tego słowa znaczeniu, tj. przedmioty zmysłowe, i prawa. A skrajnie formalistyczna definicja Voeta właściwie nic nie daje, bo zostawia bez odpowiedzi pytanie: czym kieruje się sąd przy określaniu przedmiotu rozpoznania? I nic dziwnego, że tuż po owej definicji wpisał autor pesymistyczne słowa: jednakże szkoda pracy na definiowanie tego, co jest prawie niemożliwe do zdefiniowania.

Przejdźmy do rozdziału, poświęconego przedstawieniu treści własności. Odnacza się on zwięzłością i jasnością analizy dogmatycznej. Zgodnie z poglądem dominującym w nauce (burżuazyjnej), autor pisze, że własność jest prawnie chronionym stosunkiem pomiędzy człowiekiem a rzeczą, którą człowiek może: 1) posiadać, 2) używać i użytkować, 3) zbywać. Z uprawnień do posiadania wynika uprawnienie do windykowania, tzn. odzyskania posiadania od osoby, która posiada bez tytułu do posiadania, pochodzącego od właściciela. Uprawnienie do posiadania uznał Grocjusz

¹¹ J. Voet, *Elementa Iuris*. 2.1.1. (*Res est omne id de quo ius dicitur. Ius namque dicitur inter personas, de rebus, auxilio actionum*). Wedle sformułowania naszego prawa rzeczowego (dekr. z 11 X 1946 r. Dz. U. Nr 57, poz. 319) „rzeczami są jedynie przedmioty materialne“ (art. 1). Prof. Wasilkowski, przytaczając określenie § 285 k.c. austr. z 1811 r. („wszystko, co różni się od osoby i służy do użytku ludzi, zowie się rzeczą w rozumieniu prawa“), wzorowane — jak widać — na Grocjuszu, wyraził następujący pogląd: „Nie trzeba dowodzić, że tak szerokie pojęcie rzeczy jest mało rzydatne, do wyjątków bowiem należą przepisy, które można stosować do praw dotyczących przedmiotów tak bardzo różnorodnych“ (J. Wasilkowski, *Prawo rzeczowe*, Cz. I, Warszawa 1952, s. 4). Argument to ważki, ale dyskusyjny. Przepisy, „które można stosować — *pari passu* — do praw dotyczących“ np. ruchomości i nieruchomości też nie są bardzo liczne.

za najbardziej uzewnętrzniającą się właściwość własności; własność uważał za stosunek do rzeczy, z mocy którego osoba nie mająca posiadania może uzyskać posiadanie, na drodze przewidzianego w prawie postępowania. Poczynione uwagi analityczne — podkreślił autor — mają przede wszystkim zastosowanie do własności na przedmiocie materialnym. I ta własność jest tematem jego — tu referowanego — rozważania.

Termin własność — czytamy następnie — jest również używany w obszerniejszym znaczeniu. Oznacza się nim także stosunek między człowiekiem a dobrem niematerialnym, takim, jak dajmy na to, przedmiot prawa autorskiego. Poza tym oznacza się nim stosunek pomiędzy człowiekiem a *universitatis iuris*, której przykładem może być spadek.

Stosunek własności jest we *Wstępie* traktowany konsekwentnie jako stosunek między człowiekiem a rzeczą. Autor *Wstępu* nie zdradza inklinacji w swych rozważaniach w kierunku poglądu odzwierciedlającego istotę stosunku własnościowego, mianowicie poglądu, że podmiotami owego stosunku są tylko ludzie, a nigdy ludzie i rzeczy, że rzecz nie może być podmiotem, a jest przedmiotem samego stosunku prawnego albo też prawa, które należy do jego treści.

Kiedy wymienione trzy uprawnienia (prawo i uprawnienie autor oznacza jednym terminem: *right*) należą do jednej osoby, z wyłączeniem innych osób, osoba ta jest — wywodzi Lee — jedynym właścicielem. Gdy natomiast wszystkie owe uprawnienia należą do dwu lub więcej osób z wyłączeniem innych osób, są one współwłaścicielami. A jeżeli jedno lub więcej z wymienionych uprawnień należy do jednej osoby, reszta zaś do drugiej lub drugich, to własność każdej z takich osób jest ograniczona.

Jeżeli zatem osoba A nabyła od B uprawnienie posiadania lub używania lub też rozporządzania rzeczą B, to własność B jest w tym zakresie ograniczona. Należy ona bowiem w tym zakresie nie do B, lecz do A. Jednakże nazywanie zarówno A jak B właścicielami wrowadzałoby w błąd, chyba że określałoby się dokładnie w każdym wypadku stopień własności obydwu osób. Z tych względów mówi się zazwyczaj — stwierdza autor — że tylko jedna z nich jest właścicielem rzeczy i ma ograniczoną własność na niej, natomiast druga uchodzi za właściciela uprawnienia, to jest za osobę mającą uprawnienie posiadania, używania i użytkowania, oraz rozporządzania własnością cudzą.

W tej sytuacji — jak to notuje autor — powstaje wątpliwość, która z osób winna być uważana za właściciela rzeczy, a która nie. Stwierdza on, że odpowiedź zależy nie tyle od tego, jaki zakres uprawnień ma osoba, ani też od tego, jak wielkie czerpie ona korzyści z posiadanych uprawnień. Odpowiedź ta zależy raczej od wskazania, komu przysługuje reszta uprawnień po odjęciu od pełnej własności jakiegoś określonego uprawnienia lub uprawnień. Powołując się na Grocjusza autor pisze dalej, że przez ustanowienie np. użytkowania na majątku czy nawet emfiteuzy, osoba ustanawiająca nie przestaje być właścicielem majątku. Pozostaje jej wszakże tylko *nuda proprietas*. Własność rzeczy i własność uprawnienia są skuteczne wobec wszystkich (*against all the world*). Własność rzeczy, choćby najbardziej ograniczona, jest jednak jako *ius in re propria* nadrzędna w stosunku do określonych uprawnień, od niej odjętych. Uprawnienia te to *iura in re aliena*.

Nieco odmienny — podkreśla autor — jest pogląd Grocjusza. Termin własność (*eigendom*) oznacza u niego własność *sensu stricto* a także *ius in re aliena*. Własność w znaczeniu ścisłym nazywa własnością pełną (*volle eigendom, dominium plenum*). Uprawnienie na rzeczy cudzej zaś nazywa własnością mniej niż pełną (*gebreckeliche eigendom, dominium minus plenum*). Grocjusz więc każde uprawnienie czy kompleks uprawnień na rzeczy uważa za własność i wyróżnia jej stopnie. Autor

natomiast, zgodnie z poglądem współczesnym, przez własność rozumie tylko: 1) własność pełną, 2) prawo pozostałe osobie po oddaniu od jej pełnej własności określonych uprawnień, ustanowionych dla kogoś innego. Nie próbuje on udzielić odpowiedzi na pytanie, gdzie leży przyczyna różnicy w zapatrywaniach pomiędzy nim a Grocjušem.

Uwagi o własności zakończymy notą z lektury ustępu o uprawnieniu do windykowania, innymi słowy, do odzyskania utraconego posiadania. Uprawnienie to podlega ograniczeniom ustawowym. Autor zauważa, że ograniczeniem ustawy podlega również uprawnienie właściciela do używania i użytkowania. Jednak ograniczenia używania i użytkowania są głównie doniosłe w odniesieniu do gruntu, natomiast ograniczenia uprawnienia windykacyjnego dotyczą przede wszystkim rzeczy ruchomej.

Uprawnienie windykacyjne wypływa z uprawnienia do posiadania. W prawie rzymskim — zarówno w stosunku do rzeczy ruchomej, jak też nieruchomości — wiązała zasada: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. W prawie zaś zwyczajowym germańskim w Niderlandach obowiązywała wręcz przeciwna zasada w odniesieniu do ruchomości. Mianowicie, nie można dochodzić rzeczy ruchomej, posiadanej przez osobę trzecią (*Hand muss Hand wahren, mobilia non habent sequelam; meubelen en heoben geer gevolg; la possession vaut titre*).

Według przeważającej opinii, w prawie zwyczajowym germańskim Holandii zwyciężyło prawo rzymskie. Zachowano tam jednak pewne wyjątki. W prawie nowoczesnym — stwierdza autor — jest w zasadzie rzeczą bezsporną, że właścicielowi służy windykacja przeciwko posiadaczowi, nie mającemu tytułu skutecznego wobec właściciela. Wszelako i dzisiaj, uprawnienia windykacyjne ograniczają istniejące wyjątki. Katalog tych wyjątków nie jest oczywiście taki sam, jak w dawnym prawie Holandii i innych krajów. Nie ma dziś ograniczeń ogólnej zasady windykacji, właściwych w starym prawie specjalnemu statutowi lub zwyczajowi miejscowemu.

Powyższe ustalenia skłaniają do wysunięcia pewnych pytań: dlaczego w nowym prawie następowała rewizja wzorów przeszłości? jakie momenty przyczyniły się do zwycięstwa zasady rzymskiej w oznaczonym zakresie, a jakie zapewniły trwałość germańskim odrębnościom od niej? Zaznaczmy już tutaj — przed próbą ogólnej oceny dzieła — że autor nie postawił tego rodzaju pytań. Nie ma np. próby wyjaśnienia powodów powstania problematyki tzw. bezpieczeństwa obrotu i bezpieczeństwa prawnego¹². Prawda, że w książce będącej „wstępem“ trudno o miejsce dla przedstawienia zagadnień, które zostały wyżej zasygnalizowane. Wydaje się jednak, że i w pracy mającej charakter wprowadzenia można było o nich wspomnieć. O ich pominięciu przesądziła najprawdopodobniej metoda badania autora, o czym niżej.

W rozdziale I książki IV zamieścił autor ogólne uwagi o dziedziczeniu. Rozdział II poświęcił dziedziczeniu testamentowanemu, a III — ustawowemu. W uwagach ogólnych czytamy, że prawo holenderskie poszło za wzorami rzymskimi, z zachowaniem pewnych odchyłeń. Nie znało ono w szczególności spadkobiercy koniecznego, przeto obywateli się bez instytucji *beneficium abstinendi*. Ale były w nim — dobrodziejstwo inwentarza oraz *spatium deliberandi*. Obie te instytucje wyszły już z użycia we współczesnym prawie południowo-afrykańskim i cejlońskim. Autor podkreśla, że nie ma w prawie rzymsko-holenderskim działu bardziej przenikniętego rzymską

¹² W tym zakresie ciekawe uwagi o charakterze ogólnym, dotyczące prawa rzymskiego, zawiera praca F. Schulza pt. *Principles of Roman law*. Oxford 1936, XII Security. (Not „security of intercourse“ but security of the vested right was dear to the Roman heart: the security of the State seemed to them to depend on this latter right: whosoever, they considered, should attempt to weaken it, would be shaking the foundations of public welfare. — s. 252).

tradycją, aniżeli dziedziczenie testamentowe. Instytucja ta nie była znana wczesnemu prawu germańskiemu. Całe prawo testamentowe holenderskie, czytamy następnie, jest zaczerpnięte ze źródeł rzymskich, głównie za pośrednictwem prawa kanonicznego. Natomiast spadkobranie ustawowe w Holandii było regulowane prawem zwyczajowym, a nie rzymskim. Wszelako sytuacja prawna spadkobiercy ustawowego była taka sama, jak spadkobiercy ustanowionego w testamencie. W późniejszym okresie rozwojowym prawa holenderskiego obydwa spadkobiercy byli uniwersalnymi następcami zmarłego, podobnie jak w prawie rzymskim. I tak jest dotąd w kontynentalnych systemach prawnych.

Prawo angielskie natomiast — czytamy potem — nie zna następcy uniwersalnego. Miał go być w Anglii wykonawca lub administrator. Na nim ciążył obowiązek spłacenia długów z majątku osobistego, a obecnie z całego majątku zmarłego, oraz przeniesienia nadwyżki na rzecz osób uprawnionych testamentem lub ustawą.

Prawo holenderskie znało również wykonawców testamentu. Jednakże ich funkcje były wąsko określone. Wedle poglądu van der Keessela¹³ byli to „kuratorzy ustanowieni przez spadkodawcę do zajęcia się jego pogrzebem, ściągnięcia jego należności, wypłacenia zapisów i długów oraz zarządzania majątkiem, który został po nim, do czasu powstania możliwości dokonania działu majątku“. Nie mogli oni „nie dopuścić spadkobierców do dziedziczenia, chyba że spadkodawca postanowił przeciwnie, ani też zbyć majątku bez ich zgody“. Autor podkreśla, że tak konstituowany wykonawca nie naruszał właściwie sytuacji spadkobiercy, jako następcy pod tytułem uniwersalnym. Holenderski wykonawca testamentu nie ostał się długo. Wykonawcy i administratorzy typu angielskiego weszli w jego miejsce i równocześnie zastąpili następcę uniwersalnego.

Dzisiaj w Południowej Afryce „spadek jest saldem majątku zmarłego, pozostałym po zaplaceniu długów i zapisów, i podlegającym wręczeniu przez wykonawcę spadkobiercy“. Spadkobierca testamentowy jest jedynie ostatnim z kolei zapisobiercą, otrzymującym od wykonawcy resztę spadku. Gdy testamentu nie ma, majątek zmarłego likwiduje wykonawca, ustanowiony przez Przewodniczącego Sądu Najwyższego (*Administration of Estates Act, 1913 sec. 34*).

Prawa i obowiązki zmarłego — pisze autor — nie przechodzącą więc na spadkobiercę jak w prawie rzymskim. Przechodzą na wykonawcę ustanowionego w testamencie lub przez właściwą władzę. Wobec tego — taka jest konkluzja autorska — jest rzeczą obojętną czy spadkobierca ustanawia, czy nie, spadkobiercę w swoim testamencie.

Ustanowienie spadkobiercy, będące w prawie rzymskim *caput et fundamentum testamenti* nie jest potrzebne w testamencie prawa rzymsko-holenderskiego. W konsekwencji nie ma też znaczenia zasada: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Prawo majątkowe, którym spadkodawca nie rozporządził w testamencie, nabywa spadkobierca ustawowy. Nie ma w tym wypadku podwyższenia części spadkobiercy testamentowego, jak to było w prawie rzymskim. Jednakże, gdy ktoś rozporządza majątkiem w testamencie, domniemywa się, że ma zamiar rozporządzić całym majątkiem.

Tak więc spadkobranie testamentowe w Unii Południowo-Afrykańskiej, wprowadzające się w prostej linii z prawa rzymskiego, zostało pod orządkowane w obecnym stuleciu prawu stanowionemu angielskiej już proveniencji. Nie dowiadujemy się od autora, wskutek jakich przyczyn prawo stanowione angielskie weszło w życie w tej dziedzinie.

Nie będę tu omawiał zamieszczonych we Wstępie ekskursów. Warto tylko zazna-

¹³ D. G. van der Keessel, o. c., s. 323.

czyć, że jeden z nich może stanowić interesujący przyczynek do nauki o *causa*. Autor daje w nim naprzód zarys poglądu Grocjusza na temat pojęcia umowy i przesłanek jej ważności. Następnie referuje pogląd zwolenników „teorii przyczyny w zobowiązaniach”. Stworzyli ją oni, idąc za D o m a t e m (*Les Loix Civiles*, 1639—97), w oparciu o tradycyjną wykładnię niektórych tekstów prawa rzymskiego (*numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*, Dig. 41, 1, 31 pr.). Pogląd przez nich reprezentowany dostał się za pośrednictwem Pothiera do *Code civil* (art. 1103, 1131) i innych współczesnych kodyfikacji.

Po przedstawieniu swego zapatrywania co do różnicy zachodzącej pomiędzy nauką Grocjusza o umowie i o *causa*, a teorią „kauzalistów” autor wskazuje na to, że pojęcie *causa* nie ma ostrego zakresu. Zależnie od okoliczności, stwierdza on, pojmuje się „przyczynę” już to jako zamiar strony wywołania skutku prawnego, już też jako przewidywany i pożądaný cel¹⁴.

Z ekskursu dowiadujemy się w końcu, że w judykaturze, w doktrynie Unii Południowo-Afrykańskiej problem *causa* jest nader sporny¹⁵. Autor przypomina przy tym, że we Francji i w innych krajach europejskich spór o pojęcie *causa* toczy się z górą sto lat. W obronie tego pojęcia wystąpił przede wszystkim Henri Capitant¹⁶. Przeciwno — Marcel Planiol, który je odrzucił jako bezużyteczne¹⁷. Nie przyłączając się tutaj do żadnej ze stron stuletniego sporu, zakończymy tę notę słowy, jakich użył autor w toku ekskursu. *Non nostrum tantas componere lites*¹⁸.

III

Konkluduję w dwóch punktach. Naprzód o prawie, potem o książce.

1. Już pierwsze rozdziały pracy profesora Lee wskazują na to, że prawo rzymsko-holenderskie, obowiązujące do dziś w Unii Południowo-Afrykańskiej, zasługuje na szczególną uwagę. Po przestudiowaniu tego ciekawego dzieła nie można nie postawić zasadniczego pytania: jaka winna być ocena systemu prawnego rzymsko-holenderskiego?

Odnosi się wrażenie, że spadek po Rzymie starożytnym zachował się dotąd w prawie Południowej Afryki w całkiem wyraźnych — gdzieniedzie oryginalnych — konturach. Tytuł pracy *Wstęp do prawa rzymsko-holenderskiego*, a szczególnie stosowana przez autora metoda wykładu zachęcałyby do twierdzenia następującego. Na system prawny rzymsko-holenderski składają się trzy warstwy prawa — niewolnicza (rzymska), feudalna (germańska) i kapitalistyczna (holendersko-angielska). Ostatnia warstwa występuje u autora *Wstępu* zazwyczaj pod nazwą „prawo nowoczesne” (*modern law*).

¹⁴ Warto tu może przytoczyć definicję *causa* z naszej dzisiejszej literatury. „Podstawa prawna przysporzenia to najbliższy cel gospodarczy przysporzenia, odzwierciedlający istotę gospodarczą danej czynności prawnej”. Autor tej definicji podkreśla, że chodzi o „cel typowy”, a nie o „cel konkretnej czynności prawnej” (A. Wolter, *Prawo cywilne, Część ogólna*, Warszawa 1955, s. 268).

¹⁵ Jeden z poglądów. „Szczególna czynność, z której wywodzi się powstanie zobowiązania, np. sprzedaż, dzierżawa, darowizna lub jakakolwiek inna umowa...” (sędzia de Villiers w orz. w sprawie *Conradie v. Rossouw*, 1919 w zbiorze orz. Sądu Najw. Poł. Afr. od 1910, s. 314). Przeciwnie sędzia K o t z é, który uważa, że w powyższym określeniu nie uwzględnia się różnic pomiędzy *causa contractus* a *causa obligationis* (s. 435 rec. pracy).

¹⁶ *La cause est le soutien nécessaire, indispensable qui supporte l'obligation.* (H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3me éd. 1927, p. 31).

¹⁷ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, no. 1039.

¹⁸ S. 436.

Wszelako bliższy wgląd do treści książki prowadzi do innych wniosków. Wydaje się bowiem, że prawo rzymsko-holenderskie to konglomerat prawa feudalnego i kapitalistycznego. Stanowi ono przeto klasyczny — jeszcze dzisiaj żywy — przykład systemu prawnego, jaki jest właściwy okresowi przejścia od ustroju feudalnego do kapitalizmu.

W rozdziałach recenzowanej książki rzuca się w oczy nieprzerwane zazębianie pomiędzy germańskim prawem zwyczajowym a prawem rzymskim. To ostatnie jednak jest „rzymskie” już tylko z nazwy, z pochodzenia. W istocie natomiast jest ono — w wieku XVI i XVII — prawem drogi rozwojowej rodzącego się kapitalizmu holenderskiego. Tworzy ono wówczas bez wątpienia nadbudowę młodej kapitalistycznej gospodarki. Jest to w rzeczy samej prawo kapitalistyczne *in statu nascendi*. To „system”, w którym „nowe” przeplata się ze „starym”.

Rozpatrzmy to na przykładzie, naprzód z prawa rzeczowego. Profesor Lee zestawia konsekwentnie poglądy Grocjusza na własność, z ideami „nowoczesnymi” (por. wyżej). Pamiętamy grocjuszowskie *dominium plenum* i *minus plenum*. Czyż Grocjusz nie reprezentuje tu skonstruowanej przez glosatorów teorii własności podzielonej? teorii odzwierciedlającej jednak feudalne jeszcze stosunki ekonomiczne? Feudalne, bo przecież przedmiot *dominium plenum* i *dominium minus plenum* jest ten sam. Na nim dwie osoby mają prawa: jedna własność zwierzchnią (*dominium plenum*, inaczej *directum*), druga własność podległą (*dominium minus plenum*, *vel utile*). Doktryna własności podzielonej nie mogła się ostać w rozwiniętej gospodarce towarowej, w sferze obrotu kapitalistycznego. Została wyparta przez jednolite, abstrakcyjne pojęcie własności, wykształcone w prawie rzymskim klasycznym¹⁹.

Zamieszczone w recenzji przedstawienie odpowiedniego wywodu autora pozwala dostrzec ślady procesu wypierania przestarzałej teorii. Prawo feudalnego, zwierzchniego właściciela przekształciło się w stosunkach kapitalistycznych w jednolite, pełne pojęcie własności, takie jak w Rzymie starożytnym. A prawo feudalnego właściciela podległego, ciężące w feudalizmie na tym samym przedmiocie, co prawo właściciela zwierzchniego, zostało z tego przedmiotu usunięte siłami towarowego obrotu kapitalistycznego. I z „prawa na rzeczy własnej” przekształciło się w „prawo na rzeczy cudzej”.

Autor ulega jeszcze autorytetowi Grocjusza i to ostatnie przekształcone prawo nazywa „własnością”. Ale już nie własnością na rzeczy, lecz własnością uprawnienia na rzeczy. Píše on przy tym (por. wyżej), że rozróżnienie pomiędzy własnością na rzeczy a własnością uprawnienia na rzeczy przyjęło się po prostu dlatego, ażeby uniknąć nieporozumień, do których prowadziłoby nazywanie własnością każdego prawa ciężącego na rzeczy. Dlatego to — powiada — spośród dwóch podmiotów praw na tej samej rzeczy, tylko jeden uchodzi za właściciela rzeczy w rozumieniu prawa „nowoczesnego”, drugi zaś — za właściciela uprawnienia na rzeczy. Argument autora jest przydatny w analizie dogmatycznej. Jest on jednakże narzędziem słabym, gdyż przeocza on to, że zwycięstwo jednego, kapitalistycznego właściciela rzeczy nad kilkoma feudalnymi właścicielami tej samej rzeczy przyniosła żelazna siła rozwoju ekonomicznego.

Drugi przykład. Sytuacja kobiety, zwłaszcza żony, w prawie rzymsko-holenderskim raz człowieka XX w. Widać z wywodu autora, że prawo to szukało środków zaradczych. Przecież dyktował je rozwój gospodarczy. I znalazło się *remedium* w po-

¹⁹ Schulz wyraża pogląd, że prawnicy okresu klasycznego nie usiłowali nigdy zdefiniować tego pojęcia i stwierdza: *We think that Roman ownership should be defined as follows: Ownership is that right over a corporeal thing (N. B.) which on principle endows its holder with full power over the thing, although this power may be subject to various limitations. (Classical Roman law, s. 338).*

stacji umowy przedmałżeńskiej. Szkoda, że w książce brak danych szczegółowych, które by pozwoliły określić czas powstania instytucji tej umowy. Wiadomo jedynie, albo raczej można się tego domyślić, że wykształciła się ona zwyczajowo. Jak jednak wynika z informacji autora, jej skuteczność jest nawet dzisiaj problematyczna. Czytamy bowiem, że pod władzą mężów jest jeszcze około 66% żon europejskich (o nie-europejskich autor nie pisze). Profesor Lee wysuwa sugestię, że proces wyzwalania żon spod władzy męzowskiej jest paraliżowany kosztami zawarcia i rejestracji umowy przedmałżeńskiej. Można by w tej kwestii dopuścić zapatrywanie, że wpływ kosztów dokonania tej czynności prawnej nie jest decydujący. Kobiетom, być może, nie trzeba już dzisiaj uciążliwych formalności umowy; nie potrzeba, bo i bez jej zawarcia władza męża istnieje, w praktyce może tylko w nazwie, a nie w działaniu. Jednakże za interpretacją autora przemawia prowadzona przez kobiety Unii walka przeciwko przestarzałym formom prawnym. Walczą one o zniesienie nierównej sytuacji gospodarczej małżonków, o równą dla matki i ojca władzę rodzicielską, o zniesienie władzy męża nad żoną. Żądają wolności i równouprawnienia z mężczyzną²⁰. Tak więc stare formy rzymsko-holenderskiego prawa rodzinnego nie uległy jeszcze całkiem nowym tendencjom, a i w innych gałęziach systemu idee klasyków nie zawsze, jak dotąd, poddały się całkowicie poglądom współczesnym.

Z tego, co powiedziano, wynika też wniosek, że prawa jednoci formy i treści, zwycięstwa nowej treści nad starą formą, nie można pojmować w sposób uproszczony. Na zwycięstwo to trzeba, jednak, niekiedy oczekiwać długo. Wydaje się także, że niezwykła trwałość dawnych form prawnych jaką się obserwuje w Anglii i w krajach Wspólnoty Brytyjskiej, ma — obok innych czynników — znaczny wpływ na stosowane tam metody badania naukowego zjawisk prawnych. Owa trwałość należy zapewne do ważniejszych przyczyn istnienia formalizmu i dogmatyzmu w anglosaskiej nauce prawa.

2. We *Wstępie do prawa rzymsko-holenderskiego* panuje formalno-dogmatyczna metoda badania. Rozwiązania autora są oderwane od rozwoju podłoża społeczno-gospodarczego i od sytuacji politycznej. Analizuje on tylko powierzchownie zjawiska prawnego, a o substratum tego zjawiska, raczej świadomie, nie wspomina. Wskazywałoby na to jego pozytywistyczne *credo* w przedmowie książki. Przyda się ona prędzej tym, pisze, którzy pragną poznać bardziej stan prawa obowiązującego, niżeli prawo, które było, albo — wedle czyjegoś sądu — być powinno lub nie powinno. Stosowana przez autora metoda nie pozwoliła mu uwzględnić wielu danych, dzięki którym można by prześledzić możliwie dokładnie zmiany, jakie zachodziły w rzymsko-holenderskim systemie prawnym. Nie próbował on też w ogóle udzielić odpowiedzi na takie pytania jak: dlaczego Holendrzy eksportowali swoje prawo do kolonii? dlaczego Anglicy tego nie uczynili? jakie było oddziaływanie prawa rzymsko-holenderskiego na stosunki społeczne w krajach zamorskich?

Poza tym, w uwagach o powstaniu osobowości człowieka nie wspomina autor bodaj słowem o ograniczeniach zdolności prawnej niektórych grup ludzi, a mianowicie o dyskryminacji rasowej w Unii²¹. Nie wspominał, choć deklarował w przedmowie, że książka, którą oddaje studentom, traktuje o prawie w obecnej jego postaci.

²⁰ Istnieje komisja do badania ograniczeń zdolności prawnej kobiet (*The Women's Legal Disabilities Commission*). Złożyła ona w 1949 r. sprawozdanie i przedstawiła postulaty, zmierzające do zniesienia nierówności pomiędzy mężczyznami i kobietami, jednakże ustawodawca Unii nie zrealizował ich dotąd (z przedmowy pracy).

²¹ Ostatnio konferencja partii labourzystowskiej w Blackpool uchwaliła rezolucję, która potępiła dyskryminację rasową w Unii Południowo-Afrykańskiej. „Trybuna Ludu” z 1956 r., nr 278, s. 2).

Autor stwierdził, że prawo rzymsko-holenderskie wskutek „infiltracji” prawodawstwa angielskiego, wyszło z użycia w Cejlonie i w Gujanie Brytyjskiej. W Cejlonie częściowo, a w Gujanie Brytyjskiej niemal zupełnie. Krajem przyszłości systemu rzymsko-holenderskiego — pisze autor — pozostała Afryka Południowa. Tam ów system, choć uległ także wpływom angielskim, zachował nieprzerwaną tradycję i nosi piętno indywidualne²². Wszelako w owym systemie, w Południowej Afryce, jest wiele przestarzałych archaizmów — podkreśla to profesor Lee — archaizmy te „wołają głośno o siekierę kata”. Jak dotąd, czytamy dalej, żadne próby reform i prac kodyfikacyjnych nie zostały niestety podjęte.

A więc i w Unii Południowo-Afrykańskiej przyszłość prawa rzymsko-holenderskiego jest problematyczna. Można oczekiwać — taka jest konkluzja słowa wprowadzającego autora — że prawo południowo-afrykańskie wejdzie na drogę prawa Szkocji²³. Niełatwe, zwłaszcza dla praktyków, sięganie do starych ksiąg sprzed XIX w., do ich łaciny i holenderszczyzny, będzie coraz radsze. Ich miejsce zajmie z biegiem czasu ustawa i orzeczenie.

Mimo zgłoszonych postulatów reformy, autor nie wystąpił w toku wykładu ze szczegółowymi wnioskami *de lege ferenda*. Nie wspomniał też nigdzie o zależności między treścią i kształtem gospodarki a dyspozycjami przepisów prawa. Jednakże, jak to widzieliśmy, gospodarcze przemiany wychodzą na wierzch pomiędzy wierszami jego książki. I one dyktowały mu zapewne patetyczny apel o „topór kata”.

Recenzowana praca ma wiele zalet. Wzbudza podziw widoczny w niej trud poszukiwania norm obowiązujących. Autor włożył dużo wysiłku dla ustalenia wykładni tych norm, dla określenia pojęć i ukształtowania instytucji. Szukał on przecież nie w jednym źródle, musiał podjąć pracę znacznie uciążliwszą, aniżeli komentator nowoczesnego kodeksu. Korzystał obficie z ksiąg klasyków, stanowiących do dziś źródła prawa obowiązującego. Nie pominął też obszernej literatury ostatniego czasu. Autor ocenił krytycznie tradycyjny podział norm. Kierując się logiką i własnym przemyśleniem usystemizował na ogół przejrzysto rozproszony materiał prawny. Jego dzieło odpowiada cechom naukowego opracowania systematycznego²⁴.

Wykład *Wstępu do prawa rzymsko-holenderskiego* jest przystępny, napisany językiem prostym i jasnym. Są w nim świeże rozwiązania w zakresie analizy dogmatycznej. Mogą one być przydatne na warsztacie prawnika polskiego. Studium nad tym, dzisiaj jeszcze żywym, systemem prawa z okresu przejścia od feudalizmu do kapitalizmu może być owocne nie tylko dla historyka, ale i dla cywilisty.

JAN KOSIK (Wrocław)

²² W tym kierunku wypowiada się też ostatnio prof. Beinart z Cape Town. Pisze on: *In a country such as South Africa where the Corpus Iuris Civilis is still a living source, the advantages of a knowledge of Roman law are self-evident.* („Labeo”. Studio e insegnamento del diritto romano, Inchiesta, 2 (1956), s. 8).

²³ O znaczeniu prawa rzymskiego w Szkocji może świadczyć zeszłoroczna wypowiedź prof. Campbella z Uniwersytetu w Edynburgu. Stwierdza on m. in. *... il che significa che io ho avuto la ventura dimnascere in una terra in cui il diritto romano è ancora più vivo ed attuale di quanto non possa esserlo in altre regioni che lo anno veduto nascere e attuarsi in altre epoche. Si pensi, innanzi tutto, che oggi, in Scozia, „Civil Law” non significa diritto civile, ma proprio diritto romano. I dalej: Lo studio del diritto romano è indispensabile al giurista scozzese, non solo, come accennavo sopra, nella sua validità storica, ma anche dal punto di vista sistematico.* („Labeo”, j. w., s. 12).

²⁴ Co do pojęcia naukowego opracowania systematycznego por. J. Gwiazdomorski, (rec.), *Kodeks rodzinny, Komentarz*, Nowe Prawo nr 5, 1956, s. 124).