

POLSKA AKADEMIA UMIEJĘTNOŚCI  
PRACE KOMISJI PRAWNICZEJ NR 2

---

ADAM SZPUNAR

# NADUŻYCIE PRAWA PODMIOTOWEGO

WYDANO Z ZASIEKU PREZYDIUM RADY MINISTRÓW I WYDZ. NAUKI MINISTERSTWA OŚWIATY

KRAKÓW 1947

NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI  
SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNIACH GEBETHNERA I WOLFFA  
WARSZAWA — KRAKÓW — ŁÓDŹ — POZNAŃ — ZAKOPANE

53

czas. 10488/2



K-342/49/1 ✓



Prano 5

DRUKARNIA UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO  
POD ZARZĄDEM KAROLA KIECIA  
M-08201

## TREŚĆ

	Str.
WSTĘP . . . . .	1— 9
1. Metoda prawa cywilnego . . . . .	1— 7
2. Zakaz nadużycia prawa jako postulat prawa słusznego . . . . .	8— 9
CZĘŚĆ I (teoretyczna) . . . . .	11— 29
Rozdział I: Prawo podmiotowe . . . . .	11— 22
Ustęp 1. Krytyka teorii Duguitta . . . . .	11— 14
Ustęp 2. Stosunek prawa podmiotowego do prawa przedmiotowego . . . . .	14— 15
Ustęp 3. Teoria woli . . . . .	16— 17
Ustęp 4. Teoria interesu . . . . .	17— 20
Ustęp 5. Analiza szczegółowa teorii interesu . . . . .	20— 22
Rozdział II: Problem nadużycia prawa . . . . .	22— 29
Ustęp 1. Sformułowanie problemu . . . . .	22— 25
Ustęp 2. Problem nadużycia prawa a socjalizacja prawa . . . . .	26— 29
CZĘŚĆ II (historyczno-porównawcza) . . . . .	31— 49
Rozdział 1. Prawo rzymskie . . . . .	31— 32
„ II. Prawo niemieckie . . . . .	32— 37
„ III. Prawo austriackie . . . . .	37— 38
„ IV. Prawo francuskie . . . . .	38— 46
„ V. Prawo szwajcarskie . . . . .	46— 47
„ VI. Prawo radzieckie . . . . .	47— 49
CZĘŚĆ III (techniczna) . . . . .	51—153
Rozdział I: Zakaz nadużycia prawa w prawie polskim . . . . .	51— 87
Ustęp 1. Analiza artykułów 135 i 189 k. z. . . . .	51— 61
Ustęp 2. Analiza pojęcia dobrej wiary . . . . .	61— 70
Ustęp 3. Działania sprzeczne z zasadami dobrej wiary . . . . .	70— 82
Ustęp 4. Działania sprzeczne z celem prawa podmiotowego . . . . .	82— 85
Ustęp 5. Bliższe określenie pojęcia celu prawa podmiotowego . . . . .	85— 87

	Str.
Rozdział II: Krytyka logiczna teorii nadużycia prawa . . .	87—125
Ustęp 1. Krytyka Planiola . . . . .	88— 90
„ 2. Teoria zewnętrzna i teoria wewnętrzna nadużycia prawa . . . . .	91—100
„ 3. Zasada „qui iure suo utitur” a teoria nadużycia prawa . . . . .	100—105
„ 4. Nadużycie prawa a inne rodzaje działania bezprawnego . . . . .	105—111
„ 5. Wnioski ostateczne co do konstrukcji nadużycia prawa . . . . .	111—120
„ 6. Krytyka Lévy’ego . . . . .	120—125
Rozdział III: Krytyka zasadnicza teorii nadużycia prawa . .	125—133
Ustęp 1. Zarzut, że teoria ta zaciera granice między prawem a moralnością . . . . .	126—127
„ 2. Zarzut, że teoria ta wywołuje niepewność w obrocie . . . . .	127—133
Rozdział IV: Zakres teorii nadużycia prawa . . . . .	132—153
Ustęp 1. Pojęcie wykonywania prawa . . . . .	133—137
„ 2. Nadużycie prawa w orzecznictwie zagranicznym . . . . .	137—153
ZAKOŃCZENIE . . . . .	153—155
LITERATURA . . . . .	155—160

## WSTĘP

### 1. Metoda prawa cywilnego

Zanim przystąpimy do sformułowania problemu nadużycia prawa, musimy uprzednio ustalić właściwą metodę dla naszych rozważań. Bez tej metody nie potrafimy zorientować się w całości kształcie zagadnienia i dojść do wyników, wolnych od wewnętrznej sprzeczności, a równocześnie najlepiej zaspokajających potrzeby życia. Dlatego we wstępie omówię metodyczne przesłanki, na których oparta jest niniejsza praca.

Przeciw rozważaniom metodologicznym podnosi się zazwyczaj zarzut, że rozwiązywanie teoretycznych problemów nie ma żadnego znaczenia dla praktyki i dlatego rozważania te pozostają zupełnie bez wpływu na rozwój prawa. Zarzut powyższy jest niesłuszny. Jak to bowiem podkreśla Gény<sup>1</sup>, rozważania metodologiczne nie mają na celu poświęcania praktyki dla teorii. Praktyka oparta o teorię łatwiej i pewniej rozwiąże zagadnienia, niż praktyka bez podbudowy teoretycznej, która idzie długo po omacku, zanim rozstrzygnie pewną sporną kwestię.

Zagadnienie metody prawa cywilnego jest niewątpliwie najbardziej podstawowym problemem prawa cywilnego i dlatego jest ono problemem niezwykle spornym w literaturze. W ramach niniejszej rozprawy nie podobna dać nawet pobieżnego przeglądu ogromnej literatury, poświęconej temu tematowi. W niniejszej pracy jest zresztą zbędną rzeczą poruszanie wszystkich zagadnień metodologicznych; dlatego też ograniczę się do krótkiego przedstawienia tych metodologicznych problemów, które są mi potrzebne do wyjaśnienia istoty nadużycia prawa. Dla omawianego zagadnienia ma zasadnicze znaczenie odpowiedź na pytanie, czy

<sup>1</sup> Por. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, s. 14.

właściwą metodą prawa cywilnego jest metoda celowościowa. Jeżeli na to pytanie mamy odpowiedź twierdzącą, wówczas moment celu będzie miał szczególne znaczenie dla tworzenia pojęć prawnych.

Przez cały XIX w. panował kierunek metodologiczny tradycyjnej nauki prawa<sup>1</sup>, określany mianem jurysprudencji pojęciowej. Jurysprudencja pojęciowa opierała się w pierwszej połowie XIX w. na szkole historycznej, zaś w drugiej połowie XIX w. na systemie pozytywizmu prawniczego. Szkoła historyczna, po obaleniu szkoły prawa natury, ograniczyła się do badania źródeł prawa obowiązującego, podkreślając, że jedynymi źródłami prawa jest ustawa i prawo zwyczajowe. System pozytywizmu prawniczego jest dzieckiem szkoły historycznej. Do wytworzenia pozytywizmu prawniczego przyczyniły się bogate wyniki badania historyczno-porównawczego, a także rozwój metody empirycznej w naukach przyrodniczych. Pozytywizm prawniczy stara się naśladować nauki przyrodnicze i dlatego głosi konieczność metody empirycznej w nauce prawa. Zdaniem pozytywizmu prawniczego nauka prawa winna ograniczyć się do badania prawa rzeczywiście istniejącego; prawem istniejącym jest ustawa i ustalone prawo zwyczajowe. Najbardziej typowym przedstawicielem tak pojętego pozytywizmu prawniczego jest Bergbohm<sup>2</sup>. Według Bergbohma prawo obowiązujące jest systemem logicznie zwartym i nie mającym luk (teoria logicznej zwartości prawa). Jeżeli dla poszczególnego przypadku sędzia nie może znaleźć odpowiedniej normy, świadczy to, zdaniem Bergbohma, jedynie o niedostatecznej znajomości prawa u danego sędziego, ponieważ prawo pozytywne jest skończoną i logicznie zwartą całością. Wobec takiego postawienia sprawy zadanie nauki prawa jest niezwykle uproszczone; ma ona badać historycznie i dogmatycznie prawo obowiązujące. Wszelkie natomiast celowościowe uzupełnianie prawa oraz zagadnienia de lege ferenda są przez Bergbohma wykluczone, jako niedopuszczalne prawo natury.

Metoda jurysprudencji pojęciowej opiera się na powyższych przesłankach teoretycznych. Jurysprudencja pojęciowa,

<sup>1</sup> Określenia metoda tradycyjna używa Gény w swym dziele *Méthode d'interprétation*, 3. wyd., 1932.

<sup>2</sup> *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* t. I. *Das Naturrecht der Gegenwart*, 1892.

której klasycznym przedstawicielem jest Windscheid, stawia sobie za zadanie zbudowanie systemu prawa pozytywnego drogą wykładni i logicznego rozwijania norm prawnych. Za pomocą logicznych zabiegów nauka prawa tworzy pojęcia prawne i następnie subsumuje sytuacje faktyczne pod pojęcia prawne, uzyskując w ten sposób rozstrzygnięcie wszystkich możliwych przypadków. Metoda jurysprudencji pojęciowej jest więc indukcyjno-dedukcyjna. Najpierw tworzy ona drogą indukcji pojęcia prawne, a następnie drogą dedukcji wyprowadza z tych pojęć rozstrzygnięcia poszczególnych zagadnień. Cała siła jurysprudencji pojęciowej leży w twierdzeniu, że drogą tej metody wyłącznie konstrukcyjnej można rozstrzygnąć wszystkie możliwe przypadki. Przy takim ujęciu znaczenie sędziego jest stosunkowo małe; zadanie sędziego polega na logicznej subsumcji stanu faktycznego pod pojęcia ustawowe i rozstrzygnięciu konkretnych przypadków drogą sylogizmu prawniczego.

Jurysprudencja pojęciowa uzyskała w XX w. nowe oparcie teoretyczne w tak zwanej szkole młodo-austriackiej z Kelsenem na czele. W dążności do oczyszczenia dogmatyki prawa od obcych naleciałości, Kelsen stworzył z niej naukę normatywną, opierającą się na rozważaniach formalno-logicznych, z wyłączeniem wszelkich rozważań celowościowych.

W „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” przeprowadza Kelsen rozgraniczenie między metodą normatywną a celowościową i dochodzi do wniosku, że moment celu jest dla badań prawniczych zupełnie obojętny. Wszelkie elementy celowościowe należą według Kelsena nie do prawa, lecz do dziedziny pozaprawnej (Metajurisprudenz), mianowicie do socjologii, ekonomii i polityki. Zdaniem Kelsena jurysprudencja winna budować pojęcia czysto-formalne i w swej budowie pojęć nie uwzględniać zupełnie elementu treściowego<sup>1</sup>. Ze względu na to formalne nastawienie nauki prawa, określa ją Kelsen jako geometrię zjawiska prawnego.

Jurysprudencja pojęciowa doprowadziła niewątpliwie naukę prawa do wysokiego poziomu technicznego. Operując elementami logicznymi i nie troszcząc się o praktyczną korzyść wyników, nauka prawa zbudowała ścisły system prawa obowiązującego. Dzisiaj jednak możemy powiedzieć, że kierunek jurysprudencji po-

<sup>1</sup> Por. Kelsen, Hauptprobleme, s. 92.

jęciowej jest przewyższony; w każdym razie krytyka wykazała jego wady i błędy. Krytyka jurysprudencji pojęciowej wychodzi z różnych kierunków, jednak wszystkie te kierunki zgadzają się w jednym punkcie: istnienie luk w ustawie jest niewątpliwe, ustawa nie zawiera całego prawa, prawo wymaga uzupełnienia i wypełnienia luk ustawy. Nawet najbardziej starannie opracowany kodeks cywilny będzie zawsze dziełem niedoskonałym i niekompletnym. Jung<sup>1</sup> porównuje złudzenie jurysprudencji pojęciowej, jakoby wszystkie konkretne przypadki można było rozstrzygnąć za pomocą logicznej dedukcji z istniejących pojęć i norm prawnych, z poglądami scholastyki średniowiecznej, że do wszelkiego poznania dochodzi się drogą dedukcji z istniejących dogmatów. Saleilles<sup>2</sup> słusznie podkreśla, że nauka prawa jest par excellence nauką społeczną i dlatego winna dostosować się do życia społecznego, dla którego została stworzona. Tymczasem jurysprudencja pojęciowa, zamknięta w swych konstrukcyjnych rozważaniach, zapomniała zupełnie o tym, że prawo ma do wypełnienia cele praktyczne.

W przeciwstawieniu do szkoły młodo-austriackiej, wyłączającej element celu z konstrukcji prawniczej<sup>3</sup>, krytyka tej szkoły<sup>4</sup> podkreśla metodologiczne znaczenie elementu celu dla nauki o normie prawnej i dla tworzenia pojęć prawnych. Norma prawna, dotycząca zachowania ludzkiego, jest dla ustawodawcy (w jak najszerszym słowa znaczeniu) środkiem do celu. Celem normy prawnej jest faktyczne zachowanie się ludzi, zgodne z zakazami i nakazami normy prawnej. Cel ten osiąga ustawodawca za pomocą normy prawnej, która wywołuje swe motywujące działanie w świadomości osób, poddanych normie<sup>5</sup>.

Dwa kierunki metodologiczne wywarły szczególnie silny wpływ na rozwój nauki prawa. Przed przedstawieniem ich pod-

<sup>1</sup> Arch. f. zivil. Praxis N. F. 23, s. 52.

<sup>2</sup> Przedmowa do dzieła Géný'ego: Méthode d'interprétation, s. XVIII.

<sup>3</sup> Obok Kelsena głównym przedstawicielem kierunku wyłączającego element celu z dogmatyki i teorii prawa jest Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, s. 80.

<sup>4</sup> Por. zamiast wielu: Erich Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, s. 51; Swoboda, All. bürg. Gesetzb. im Lichte der Lehre Kants, s. 171; Jung, Subjektives und objektives Recht.

<sup>5</sup> Por. co do zagadnienia celu normy prawnej Kelsen, Hauptprobleme, s. 71.



stawowych tez, chciałbym zrobić jedno zasadnicze zastrzeżenie. Zestawiając kierunek celowościowy z kierunkiem krytycznym Stammlera, nie zapominam bynajmniej o tym, jakie różnice dzielą te dwa kierunki<sup>1</sup>. Zdaję sobie dalej sprawę, jakie różnice istnieją między tymi kierunkami a systemem Petrażyckiego, którego tezy z dziedziny polityki prawa przyjmuję poniżej (strona 130). Jednakże właśnie w zakresie zagadnienia nadużycia prawa każdy z tych różnych kierunków metodologicznych daje przesłanki teoretyczne do zbudowania konstrukcji nadużycia prawa. W pracy z zakresu prawa cywilnego taki eklektyzm, zapożyczający z wielkich systemów teoretyczno-prawnych, jest z punktu widzenia naukowego poprawny.

Pierwszym z interesujących nas kierunków metodologicznych jest kierunek celowościowy, stworzony przez Iheringa („Zweck im Recht”) i wywodząca się z niego jurysprudenceja interesów. Jak wiadomo, według Iheringa, cel jest twórcą prawa. Normy prawa, podobnie jak normy moralności i obyczajów, powstały dla celów praktycznych. Z całą energią<sup>2</sup> zwrócił się Ihering przeciw jurysprudenceji pojęciowej, przeciw jej dedukcjom geometrycznym i formalizmowi konstrukcyjnemu. Wskazał on, że prawo ma służyć swemu celowi praktycznemu, mianowicie zabezpieczeniu warunków życiowych społeczeństwa<sup>3</sup>. Nauka prawa winna kształtować ustawodawstwo i orzecznictwo w tym kierunku, ażeby został osiągnięty ogólny cel prawa oraz szczególne cele instytucji prawnych.

W oparciu o Iheringa rozwinął się w ciągu XX w. kierunek metodologiczny, zwany jurysprudenceją interesów, reprezentowany przez Hecka, Müllera-Erbacha, M. Rümelina, Stolla, Stampego i innych. W ostrym przeciwstawieniu do jurysprudenceji pojęciowej kierunek jurysprudenceji interesów chce zadośćuczynić potrzebom życia<sup>4</sup>. Według jurysprudenceji interesów funkcja prawa polega na odgraniczeniu nawzajem interesów społeczeństwa

<sup>1</sup> Co do zestawienia tych różnic, por. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, s. 45 uw. 10.

<sup>2</sup> Por. Scherz und Ernst in der *Jurisprudenz*, 3. wyd., 1885.

<sup>3</sup> Por. *Zweck im Recht*, wyd. 6—8, tom I, s. 345.

<sup>4</sup> W charakterystyczny sposób określa Heck (*Grundriss des Schuldrechts*, s. 482) przewrót, dokonany przez jurysprudenceję interesów, porównując go do przewrotu, dokonanego w astronomii przez Kopernika.

i interesów prywatnych jednostek. Nauka prawa ma przeprowadzać badanie interesów stron (*Interessenforschung*) w każdym stosunku prawnym. Przez rozważenie wzajemnych interesów stron (*Interessenabwägung*) nauka prawa uzyskuje nowe normy prawne, wypełniając w ten sposób luki ustawy i dostosowując prawo do potrzeb życia.

Kierunek celowościowy w prawie popadł niewątpliwie w jednostronność, prowadząc do poglądu utylitarystycznego, zapominającego o najwyższych zadaniach prawa. Jednak dla omawianego przez nas zagadnienia wyniki kierunku celowościowego mają szczególnie cenne znaczenie. W dalszym ciągu pracy będę się starał zużytkować te właśnie wyniki kierunku celowościowego do wyjaśnienia istoty nadużycia prawa podmiotowego. Zaznaczam jednak, że przyjęcie niektórych poglądów jurysprudencji interesów nie oznacza przyjęcia en bloc całego tego kierunku.

Drugim kierunkiem metodologicznym, zasługującym na szczególną uwagę, jest kierunek krytyczny, stworzony przez Stammlera. Główna jego zasługa polega na wprowadzeniu wielkiej ścisłości metodologicznej w rozważaniach przez staranne odgraniczanie pojęć i formułowanie zagadnień. Opierając się na rozróżnieniu Kanta między formą a treścią, Stammler przeprowadza w swych dziełach<sup>1</sup> rozróżnienie między formą prawa a treścią prawa. Stammler rozróżnia w normach prawnych niezmienną formę, która jest logicznym warunkiem treści, od samej zmiennej treści, która jest uwarunkowana przez tę formę. Formą prawa zajmuje się teoria prawa, zwana także przez Stammlera czystą nauką prawa (*reine Rechtslehre*). Teoria prawa ma za przedmiot badanie samego pojęcia prawa oraz wywodzących się od niego pojęć podstawowych (*Grundbegriffe*). Natomiast badanie samej zmiennej treści prawa należy do techniki prawa.

Dla naszych rozważań ma szczególne znaczenie jedna dziedzina teorii prawa Stammlera, zajmująca się prawem słusznym (*richtiges Recht*). Stammler przeprowadza rozróżnienie między

---

Jurisprudencja pojęciowa uważała pojęcia prawne za centralny przedmiot nauki prawa, natomiast dla jurysprudencji interesów centralnym przedmiotem jest życie z jego konfliktami interesów.

<sup>1</sup> *Wirtschaft und Recht*, 1896; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911.

pojęciem prawa a ideą prawa<sup>1</sup>. Przez stworzenie pojęcia prawa wyodrębniamy pewną klasę zjawisk, którą określamy nazwą prawa<sup>2</sup>. Jeżeli normy, należące do tej klasy, zgadzają się z naczelną ideą prawa, wówczas te normy są prawem słusznym. Prawo słuszne Stammlera jest więc tą częścią prawa, która jest zgodna z naczelną ideą prawa, z ideałem społecznym. Ideał społeczny określa Stammler jako „społeczność ludzi wolno chcących”<sup>3</sup>. Według Stammlera prawo słuszne nie istnieje gdzieś poza prawem pozytywnym, lecz jest ono szczególnie ukształtowaną częścią prawa pozytywnego<sup>4</sup>. Jest to mianowicie ta część prawa pozytywnego, która jest zgodna z ideałem społecznym<sup>5</sup>. Prawo pozytywne dzieli się na prawo słuszne (zgodne z ideałem społecznym) i prawo niesłuszne (niezgodne z ideałem społecznym). Związek prawa słusznego z ideałem społecznym daje prawu słusznemu charakter obiektywny, niezależny od subiektywnych zapatrywań.

Zasadnicze znaczenie dla teorii prawa posiada oddzielenie prawa słusznego od moralności<sup>6</sup>. Podstawą dla tego oddzielenia jest rozróżnienie między prawem a moralnością, przeprowadzone przez Kanta: moralność (Moralität) dotyczy wewnętrznej strony duszy ludzkiej, dotyczy więc uczuć i myśli człowieka, podczas gdy prawo (Legalität) dotyczy zachowania ludzkiego. Wynika z tego rozróżnienia, że prawo słuszne ma inny zakres działania, niż moralność: nauka moralności ma na celu wewnętrzne udoskonalenie człowieka, podczas gdy prawo słuszne podaje, kiedy norma zachowania ludzkiego jest słuszna.

<sup>1</sup> Rozróżnienie to jest najbardziej uwypuklone w artykule Stammlera pt. „Recht” w wydawnictwie Hinneberga: Kultur der Gegenwart-Systematische Rechtswissenschaft.

<sup>2</sup> Stammler definiuje prawo jako wolę niezłomną, samowolnie wiążącą („unverletzbar, selbstherrlich, verbindende Wollen”).

<sup>3</sup> Die Lehre von dem richtigen Rechte s. 198: „So ergibt sich die Formel der Gemeinschaft frei wollender Menschen. Ich nenne sie das soziale Ideal”.

<sup>4</sup> Ibidem s. 198: „Der Inhalt einer Norm des Verhaltens ist richtig, wenn sie in seiner besonderen Lage dem Gedanken des sozialen Ideales entspricht”.

<sup>5</sup> Die Lehre von dem richtigen Rechte, s. 22.

<sup>6</sup> Ibidem s. 53.

## 2. Zakaz nadużycia prawa jako postulat prawa słusznego

Nauka Stammlera o prawie słusznym daje nam pierwszą podstawę teoretyczną dla dalszych rozważań. Stammler podkreśla, że prawo ma służyć możliwie doskonałemu ukształtowaniu społeczeństwa ludzkiego. Reguluje ono współżycie ludzi, skierowane ku wspólnemu zaspokajaniu potrzeb, i jest środkiem do tego współdziałania<sup>1</sup>. Dla osiągnięcia tego celu prawo przedmiotowe zapewnia jednostce uprawnienia, określane jako prawa podmiotowe. Prawo podmiotowe jest jednak tylko środkiem do osiągnięcia celów porządku prawnego. Dlatego jednostka winna wykonywać prawo podmiotowe zgodnie z zasadami prawa słusznego, gdyż inaczej dopuszcza się nadużycia prawa. Wykonywanie prawa bez względu na pozostałych członków społeczeństwa jest niesłuszne i powinno być niedozwolone<sup>2</sup>. Zakaz nadużycia prawa jest zatem postulatem prawa słusznego<sup>3</sup>.

Cały szereg autorów w literaturze francuskiej<sup>4</sup>, niemieckiej<sup>5</sup> i szwajcarskiej<sup>6</sup> opiera się na innych założeniach teoretycznych, niż przyjęta przez nas teoria Stammlera o prawie słusznym. Według nich zakaz nadużycia prawa opiera się na nakazach moralności. Zdaniem tych autorów moralność wpływa na rozwój i doskonalenie się prawa, a to drogą stopniowego przejmowania przepisów moralnych przez prawo. Najdalej idzie w tym kierunku Ripert<sup>7</sup>; według niego przepisy prawa i moralności mają ten sam

<sup>1</sup> W swym dziele *Wirtschaft und Recht*, 2. wyd. 1920 opiera się Stammler na tej właśnie myśli, że prawo jest formą życia społecznego, wpływającą na stosunki ekonomiczne produkcji i wymiany.

<sup>2</sup> Por. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, s. 319: „Wie der einzelne nichts ist und hat, was nicht der Gemeinschaft verdankt, der er angehört, so kommt ihm jede ausschliessliche Verfügungsmacht ja stets erst von jener zu. Ein Ausüben dieser ohne alle Rücksicht auf die Gemeinschaftler, von deren Einheit er sein Recht erst erhielt, würde demnach sachlich unrichtig sein”.

<sup>3</sup> Za Stammlerem idzie Huber, *Rechtsmissbrauch*, s. 56.

<sup>4</sup> Por. np. Ripert, *La règle morale*, 3. wyd., s. 178; Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, s. 23.

<sup>5</sup> Por. np. Ennccerus, *Allg. Teil*, s. 616; Endemann, *Lehrbuch t. I*, s. 358.

<sup>6</sup> Por. np. Trueb, *Rechtsmissbrauch*, s. 2.

<sup>7</sup> Ripert, *La règle morale*, s. 10: „Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but”.

zakres zastosowania i ten sam cel. Pomiędzy tymi dwoma rodzajami przepisów nie ma żadnej istotnej różnicy; prawo przejmuje stopniowo przepisy moralne, zapewniając im sankcję.

Takie postawienie sprawy uważam za niewłaściwe z trzech powodów: 1) Pogląd Riperta prowadzi do zupełnego zatarcia pojęciowego między normami prawa a moralności; tymczasem zadaniem nauki prawa jest odgraniczenie norm prawa od moralności i wskazanie każdemu z tych pojęć własnego zakresu działania. Ripert czuje dobrze niebezpieczeństwo pomieszczenia pojęciowego i dlatego upatruje różnicę między prawem a moralnością w sankcji, jaką prawo zapewnia swoim przepisom. Nie mogę przeprowadzać w tym miejscu szczegółowej krytyki teorii, według której sankcja stanowi cechę odróżniającą normę prawną od innych norm społecznych. Wystarczy powtórzenie tutaj starego argumentu przeciw teorii sankcji i wskazanie, że istnieją przepisy prawne (np. prawo narodów), które są pozbawione sankcji. 2) Pogląd, identyfikujący prawo z moralnością, jest niewłaściwy także z innego powodu. Istnieją moralności słuszne, lecz istnieją również moralności niesłuszne. Pojęcie niesłusznej moralności nie jest bynajmniej *contradictio in adiecto*; moralność zbrodniarza jest także moralnością. Pogląd, identyfikujący prawo z moralnością, stwarza sobie więc niezwykle skomplikowane zadanie: najpierw musi on ustalić normy moralności, następnie wyszukać zasady słusznej moralności, a dopiero potem zastanawiać się, czy przepis prawny jest zgodny ze słuszną moralnością. Zagadnienia moralne są bodaj trudniejsze od zagadnień prawnych i dlatego też nauka prawa nie ułatwia sobie zupełnie zadania, odwołując się do zasad moralności. 3) Jeżeli funkcja prawa ma polegać na nadawaniu sankcji normom moralności, wówczas przepisy prawa, sprzeczne z zasadami moralności, nie powinny obowiązywać. Zapatrywanie takie jest nie do przyjęcia ze względu na swe konsekwencje praktyczne. Zaznaczyć należy, że przepisy prawne nie przestają obowiązywać, chociaż są sprzeczne z zasadami moralności.

Z tych rozważań wynika, że „wymancypowanie” prawa słusznego od moralności i nadanie prawu słusznemu charakteru samodzielnego, dokonane przez Stammlera, jest najzupełniej trafne. Wobec tego miarą słuszności norm prawnych nie mogą być przepisy moralności i w konsekwencji zakaz nadużycia prawa jest postulatem prawa słusznego, a nie moralności.



## CZEŚĆ I (TEORETYCZNA)

### ROZDZIAŁ I

#### Prawo podmiotowe

##### 1. Krytyka teorii Duguita

Nadużycie prawa polega na niewłaściwym wykonywaniu prawa podmiotowego. Widzimy od razu, że zagadnienie istoty prawa podmiotowego ma pierwszorzędne znaczenie dla dalszych rozważań; problem nadużycia prawa będzie się nam różnie przedstawiał w zależności od tego, jak zdefiniujemy prawo podmiotowe.

Żadne pojęcie prawne nie było przedmiotem tylu badań i dociekań w literaturze prawniczej, co pojęcie prawa podmiotowego<sup>1</sup>. Wydaje się na pierwszy rzut oka, że dzisiaj nie można dać zadowalającego określenia tego pojęcia. Pomiędzy poszczególnymi autorami panuje spór co do tego, jak zdefiniować prawo podmiotowe; inni znowu przeczą w ogólności istnieniu praw podmiotowych.

Promotorem kierunku, odrzucającego pojęcie prawa podmiotowego, jest Duguit. W dziełach swych<sup>2</sup> zwalcza on doktrynę indywidualistyczną, która wywodzi się od Locke'a i J. J. Rousseau i znalazła swój ostateczny wyraz w rewolucji francuskiej, a w szczególności w „Deklaracji praw człowieka i obywatela” z r. 1789. Według doktryny indywidualistycznej człowiek z natury jest wolny, niezależny, odosobniony, jest posiadaczem praw indywidualnych, niezbywalnych i nie ulegających przedawnieniu. Społeczeństwo utworzyło się przez dobrowolne zrzeszenie się jednostek; celem wszelkiej organizacji społecznej jest ochrona i sankcjonowanie

<sup>1</sup> Kelsen, Hauptprobleme, s. 568.

<sup>2</sup> Por. w szczególności: Les transformations générales du droit privé (2. wyd. 1920); Traité de droit constitutionnel t. I, s. 111.

tych praw indywidualnych każdej jednostki. Prawo przedmiotowe zostało stworzone dla ochrony naturalnych praw podmiotowych jednostki, w szczególności prawa wolności i własności<sup>1</sup>. Zwalczenie doktryny indywidualistycznej nie przychodzi Duguitowi trudno, albowiem istotnie doktryna ta jest najzupełniej błędna. Opiera się ona na fikcji, jakoby człowiek mógł żyć poza społeczeństwem, jako istota wolna i dobrowolnie wstępował do organizacji społecznej, mającej bronić jego naturalnych praw. Duguit słusznie stwierdza, że człowiek jest istotą społeczną i nie może żyć inaczej, jak w społeczeństwie. Społeczeństwo zaś może istnieć tylko wtedy, gdy jednostki, wchodzące w jego skład, podporządkowują się normie prawnej, regulującej współżycie. Świadomość powszechna członków społeczeństwa tworzy normę prawną i dopiero ta norma prawna może zapewnić jednostce prawo podmiotowe.

Ale Duguit idzie w swych wywodach dalej. Uważa on samą koncepcję prawa podmiotowego za sztuczną i fałszywą. Według niego prawo podmiotowe może być ujęte jedynie jako szczególna właściwość woli człowieka; substratem prawa podmiotowego może być jedynie wola ludzka, która podporządkowuje sobie wolę innych osób. Jeżeli mam prawo własności, to mam moc narzucenia drugiemu poszanowania mej woli używania rzeczy, będącej przedmiotem własności. Podporządkowanie innych osób woli uprawnionego określa Duguit niezupełnie jasnym terminem rozszerzenia woli (*extension de la volonté*) uprawnionego. Taka koncepcja prawa podmiotowego jest według niego hipotezą metafizyczną, gdyż zakłada ona, że prawo podmiotowe posiada byt realny. Duguit wykazuje, że taka koncepcja jest nie do przyjęcia, i wyprowadza stąd wniosek, iż pojęcie prawa podmiotowego, jako błędne, powinno być usunięte z nauki prawa. Idzie on tutaj za Augustem Comtem<sup>2</sup>, według którego nikt nie ma praw, a raczej nie ma innego prawa, jak tylko to, by spełniać zawsze swą powinność. Na miejsce pojęcia prawa podmiotowego proponuje Duguit wprowadzenie pojęcia *funkcji społecznej*, którą jednostka ma wypełniać w społeczeństwie. W szczególności własność nie jest prawem

<sup>1</sup> Por. słowa Deklaracji: „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont: la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression”.

<sup>2</sup> Por. Comte, *Système de politique positive* t. I, s. 361: „l'homme n'a pas d'autre droit, que celui de toujours faire son devoir”.



podmiotowym, lecz funkcją społeczną. Właściciel rzeczy ma, według Duguita, do spełnienia funkcję społeczną; jeżeli tej funkcji nie spełnia, np. nie uprawia swej ziemi, doprowadza swój dom do ruiny, to będzie zmuszony do używania przedmiotu własności zgodnie z jego przeznaczeniem.

Część krytyczna dzieła Duguita zawiera szereg słusznych uwag i przyczyniła się do obalenia wielu tradycyjnych złudzeń i przyzwyczajęń nauki prawa. Duguit udowodnił, że prawo podmiotowe nie posiada bytu realnego, niezależnego od istniejącego porządku prawnego. Przewyższenie 'skrajnej doktryny indywidualistycznej w dziedzinie prawa, głoszącej pierwszeństwo prawa podmiotowego przed prawem przedmiotowym, jest w dużej mierze zasługą Duguita.

Ale obalenie błędnej konstrukcji prawa podmiotowego nie jest dowodem nieistnienia prawa podmiotowego. Tymczasem Duguit sądzi, że po obaleniu „metafizycznej” koncepcji prawa podmiotowego musimy w ogóle usunąć pojęcie prawa podmiotowego z nauki prawa. Przyczyną tego błędu logicznego jest naiwny realizm pojęciowy Duguita. Realizm ten zmusza go do przyjęcia, że prawo podmiotowe nie istnieje, jeżeli nie posiada bytu realnego<sup>1</sup>. Zapomina on jednak o tym, że prawo podmiotowe, jak każde inne pojęcie prawne, jest jedynie tworem myślowym, idealnym, nie posiadającym bytu rzeczywistego<sup>2</sup>. Analizując teorię Duguita możemy się zresztą przekonać, że walka jego z pojęciem prawa podmiotowego jest po części sporem o słowa. Stworzone przez niego pojęcia funkcji społecznej, względnie podmiotowego położenia prawnego (situation juridique subjective), które mają zastąpić pojęcie prawa podmiotowego, nie są niczym innym, jak

① Por. *Traité de droit constitutionnel* t. I, s. 135: „Je l'ai déjà dit, que si le droit subjectif n'est pas le pouvoir propre, interne, de certaines volontés, il n'est rien”. Bardzo trafną krytykę poglądów Duguita przeprowadził Gény (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, Rev. trim. d. droit civil, 1923, s. 797*). Por. uwagi na stronie 800: „Aucune idée de qualité métaphysiquement inhérente à la personne ou de supériorité intrinsèque de volonté n'est véritablement indispensable, ni même raisonnablement admissible, pour rendre la notion, extrêmement simple en son essence, du droit subjectif, telle que l'on applique par exemple au droit de créance ou au droit de propriété”.

<sup>2</sup> Enneccerus, *Allgemeiner Teil*, s. 155 uw. 8; Tuhr, *Allg. Teil* t. II cz. 1, s. 3.

nową nazwą, nadaną pojęciu prawa podmiotowego<sup>1</sup>. Zwalczane przez Duguita prawo podmiotowe teorii klasycznej zjawia się w jego nauce pod nazwą funkcji społecznej, czy podmiotowego położenia prawnego.

Rozważania nasze pozwalają nam na krytyczną ocenę tych nowych kierunków w nauce niemieckiej, które przypuściły atak na prawo podmiotowe. Tak np. Larenz<sup>2</sup> odrzuca pojęcie prawa podmiotowego i na jego miejsce wprowadza pojęcie położenia prawnego (Rechtsstellung). Jest to tak samo, jak u Duguita, nowa nazwa, nadana staremu pojęciu.

## 2. Stosunek prawa podmiotowego do prawa przedmiotowego

Przechodzimy z kolei do rozpatrzenia stosunku prawa podmiotowego do prawa przedmiotowego. Co do tej kwestii panuje od lat spór w literaturze prawniczej. Część nauki (idąc za nauką prawa natury) uważa, że prawo podmiotowe jest historycznie i logicznie wcześniejsze od prawa przedmiotowego, względnie, że obydwie te pojęcia są pojęciami równorzędnymi. Kelsen zaznacza słusznie, że taki pogląd jest najzupełniej mylny<sup>3</sup>. Prawo przedmiotowe, jako kompleks norm prawnych, jest pojęciem najwyższym i centralnym, od którego można dopiero wyprowadzać wszystkie inne pojęcia. Każda norma prawna tworzy obowiązek prawny, ale nie jest rzeczą konieczną, by zapewniała prawa podmiotowe. Zasadniczym więc pojęciem dla systemu prawnego jest obowiązek prawny<sup>4</sup>. Rozwijając zapatrywania Kelsena, rozróżnia Somló<sup>5</sup> między pojęciami prawnymi pojęcia podstawowe (Grundbegriffe) oraz pojęcia ogólne. Do pojęć podstawowych zalicza Somló te pojęcia, bez których porządek prawny nie dałby się pomyśleć; są to pojęcia normy prawnej, obowiązku prawnego, źródła normy prawnej i adresata normy prawnej. Natomiast prawo podmiotowe należy do pojęć ogólnych, wspólnych wszystkim rozpatrywanym po-

<sup>1</sup> Génys, Science et technique III, s. 217.

<sup>2</sup> Rechtsperson und subjektives Recht, 1935.

<sup>3</sup> Por. Hauptprobleme, s. 567.

<sup>4</sup> Por. Hauptprobleme, s. 312: „Kein Rechtssatz ohne Rechtspflicht. Nicht jeder Rechtssatz muss aber ein subjektives Recht einräumen”.

<sup>5</sup> Juristische Grundlehre, s. 9 i n.

rządkom prawnym. Współczesne porządki prawne opierają się na pojęciu prawa podmiotowego, ale teoria imperatywów Thona wykazała, że prawa podmiotowe dadzą się rozbić na obowiązki prawne innych osób. Jeżeli osoba A jest właścicielem rzeczy, oznacza to zdaniem Thona tyle, że wszyscy inni, poza osobą A, są obowiązani do powstrzymywania się od oddziaływania na daną rzecz. Pomijając kwestię, czy takie postawienie sprawy jest celowe z punktu widzenia systematycznego i odpowiada założeniom współczesnych ustawodawstw<sup>1</sup>, możemy powiedzieć, że z punktu widzenia logicznego możliwy jest porządek prawny, znający jedynie obowiązki prawne, a nie znający praw podmiotowych<sup>2</sup>. Nie możemy sobie wyobrazić normy prawnej, nie tworzącej obowiązku prawnego. Natomiast możemy wyobrazić sobie normę prawną, nie tworzącą praw podmiotowych. ✓

Reasumując powyższe wywody dochodzimy do wniosku, że porządek prawny da się pomyśleć bez prawa podmiotowego<sup>3</sup>. Ale nawet zwolennicy zapatrywania, że prawo podmiotowe jest koniecznym składnikiem każdego porządku prawnego, muszą uznać, iż prawo podmiotowe nie może istnieć bez prawa przedmiotowego. Prawo podmiotowe jest więc jedynie subiektywną stroną normy prawnej, albo, jak mówi Kelsen, subiektywną formą, w której objawia się norma prawna<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Bardziej szczegółowe omówienie i krytykę teorii imperatywów Thona (przedstawioną w dziele Thona: Rechtsnorm und subjektives Recht) przeprowadzam poniżej s. 135.

Za teorią imperatywów Thona idą w literaturze polskiej: Wróblewski, Zur Lehre von der Kollision der Privatrechte, s. 29 i n. oraz w swym zasadniczym dziele: Zarys wykładu prawa rzymskiego; Steinberg, Prawo sąsiedzkie, Czas Pr. i Ek. 1933, s. 7.

Przyjmując pogląd tych autorów, że obowiązek prawny jest pojęciem wcześniejszym i ważniejszym od prawa podmiotowego. Natomiast wydaje mi się, że zapatrywanie, jakoby prawo podmiotowe było jedynie sumą obowiązków innych osób, jest wprawdzie logicznie możliwe, ale sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym, który np. przy prawie własności kładzie nacisk nie na obowiązki innych osób, lecz na bezpośredni stosunek uprawnionego do przedmiotu prawa własności.

<sup>2</sup> Por. Tuhr, Allgem. Teil I, s. 23.

<sup>3</sup> Kelsen, Hauptprobleme, s. 620: „Die Pflicht ist daher eine notwendige, das Recht aber nur eine mögliche subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes”.

<sup>4</sup> Hauptprobleme, s. 568.

### 3. Teoria woli

Spór w literaturze prawniczej co do istoty prawa podmiotowego da się sprowadzić do dwóch zasadniczych teorii: teorii woli Windscheida i teorii interesu Iheringa. Zarówno teoria woli, jak i teoria interesu, opierają się na pewnych światopoglądach filozoficznych. Teoria woli opiera się na Heglu i jego określeniu prawa, jako powszechnej woli, natomiast teoria interesu jest wypływem socjologiczno-pozytywistycznego sposobu myślenia drugiej połowy XIX w.

Według znanej definicji Windscheida<sup>1</sup> prawo podmiotowe jest mocą woli, użyczoną przez porządek prawny. W obrębie tego pojęcia rozróżnia Windscheid dwa rodzaje praw podmiotowych: prawo do zachowania się innych osób i prawo do własnego zachowania się. Prawo pierwszego rodzaju polega na tym, że wola uprawnionego jest rozstrzygająca dla świadczeń innych osób: uprawniony może na drodze prawnej domagać się świadczenia od innej osoby. Natomiast prawo drugiego rodzaju (do własnego zachowania się) polega na tym, że wola uprawnionego jest rozstrzygająca dla powstania, zmiany i umorzenia praw pierwszego rodzaju. Analizując prawo podmiotowe wierzyciela z umowy pożyczki, widzimy według Windscheida dwa rodzaje praw wierzyciela: 1) prawo do żądania zwrotu pożyczki, a to drogą skargi (prawo do świadczenia ze strony dłużnika); 2) prawo wierzyciela dowolnego rozporządzania swym prawem (np. przelania go na inną osobę itp.).

Ihering<sup>2</sup> podniósł przeciw teorii woli zarzut, że prawa podmiotowe dzieci, umysłowo chorych itp. nie mogą być ujęte jako moc woli tych osób. Thon<sup>3</sup> zauważył, że można mieć prawa

<sup>1</sup> Por. Lehrbuch des Pandektenrechtes t. I, s. 88: „Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft”.

W niniejszej pracy uważam za zbędne przedstawianie tych wszystkich teorii prawa podmiotowego, które w sposób więcej lub mniej wyraźny nawiązują do określenia prawa podmiotowego przez Windscheida. Istnieją niewątpliwie różnice w sformułowaniu; tak np. Zoll, Prawo cywilne t. I, s. 2 i 121 definiuje prawo podmiotowe jako moc jednostki, uznaną i ubezpieczoną w sposób stanowczy przez prawo przedmiotowe. Wszystkie te definicje dadzą się sprowadzić do teorii woli Windscheida.

<sup>2</sup> Geist des röm. Rechts III, s. 332.

<sup>3</sup> Rechtsnorm und subjektives Recht, s. 111, 220.

nawet wówczas, gdy się nie wie o ich istnieniu lub nie chce się ich istnienia. Wierzyciel, który nie chce przyjęcia świadczenia, zaoferowanego mu przez dłużnika, pozostaje mimo to tak długo wierzycielem, dopóki dłużnik nie złoży przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego.

Powyższe zarzuty starał się odeprzeć Windscheid przez wprowadzenie pewnej zmiany w swoim ujęciu prawa podmiotowego. Przyznaje on, że prawo podmiotowe jest niezależne od rzeczywiście istniejącej woli uprawnionego; podnosi jednak, że substratem prawa podmiotowego jest wola samego porządku prawnego, a nie wola uprawnionego. Kelsen<sup>1</sup> zauważa słusznie, że przy takim ujęciu teoria Windscheida nie da się utrzymać, gdyż zawiera cały szereg sprzeczności; w szczególności jest ona sprzeczna z samą definicją prawa podmiotowego, podaną przez Windscheida. Wola porządku prawnego nie może zastąpić rzeczywistej woli, porządek prawny może zastąpić tę wolę jedynie drogą fikcji (zatem powiedzieć: chory umysłowo nie ma woli, jednak z punktu widzenia prawa należy uznać, że ma on wolę). Stanowisko Windscheida prowadziło więc do wniosku, że pojęcie prawa podmiotowego jest fikcją prawną.

W odpowiedzi na powyższe zarzuty podkreśla Tuhr<sup>2</sup>, że pod mocą woli należy rozumieć nie aktualną wolę uprawnionego, lecz jego wolę potencjalną. Przedmiot własności jest chroniony przed naruszeniem ze strony osób trzecich do czasu, kiedy właściciel będzie chciał nim rozporządzać. W czasie, gdy jest to niemożliwe (uprawniony jest chorym umysłowo lub dzieckiem), wykonywanie mocy woli należy do przedstawiciela osoby uprawnionej.

#### 4. Teoria interesu

Konstrukcja prawa podmiotowego Iheringa jest wpływem ujmowania przez niego celu, jako konstytutywnej cechy wszelkich instytucji i pojęć prawnych. Pojęcia i instytucje prawne istnieją nie jako cel sam w sobie, lub dla zabawki prawników, lecz powstały z praktycznych potrzeb i służą rozumnym celom. Porządek prawny zapewnia jednostkom prawa podmiotowe z uwagi na interesy

<sup>1</sup> Hauptprobleme, s. 587.

<sup>2</sup> Allgemeiner Teil I, s. 57.

jednostek i dla ochrony tych interesów. Z tego względu uważa Ihering teorię woli, jako formalistyczną, za chybioną<sup>1</sup>.

Ihering<sup>2</sup> określa prawo podmiotowe, jako prawnie chroniony interes. Rozróżnia on dwa elementy, które tworzą pojęcie prawa podmiotowego: element materialny (który jest praktycznym celem prawa podmiotowego), czyli korzyść, zysk, jakie zapewnia porządek prawny, oraz element formalny (który jest środkiem do osiągnięcia celu), mianowicie ochronę prawną przez prawo skargi. Pierwszy element jest jądrem, drugi chroniącą osłoną prawa podmiotowego.

Pomiędzy teorią woli i interesu istnieje cały szereg teorii, kombinujących definicje Windscheida i Iheringa, przy czym główny nacisk położony jest raz na moment woli, innym razem na moment interesu. Kelsen<sup>3</sup> wymienia jako głównych przedstawicieli teorii kombinacyjnych Bernatzika i Jellinka. Należy tutaj zaliczyć również Regelsbergera<sup>4</sup>, Enneccerusa<sup>5</sup>, Lehmana, Oertmanna i cały szereg innych autorów.

Przeciwko teorii interesu podniesiono cały szereg zarzutów, które musimy kolejno przedstawić:

1) Pierwszy zarzut przeciw teorii interesu streszcza się w twierdzeniu, że można mieć prawa podmiotowe, których uprawnień nie uważa za korzystne dla siebie, których uprawnień nie pragnie itp. Zarzut powyższy nie jest słuszny, albowiem Ihering

<sup>1</sup> Por. wywody Iheringa, Geist des römischen Rechts III, s. 320 i n.: „Dieser Auffassung (mowa o teorii Windscheida) zufolge ist demnach das ganze Privatrecht nichts als eine Arena für den Willen, sich darauf zu bewegen und zu üben; der Wille ist das Organ, durch welches der Mensch das Recht genießt, der Rechtsgenuss besteht darin, dass er die Freude und Herrlichkeit der Macht empfindet, die Genugtuung hat, einen Akt vollzogen, z. B. eine Hypothek bestellt, eine Klage zediert und damit sich als Persönlichkeit dokumentiert zu haben”.

<sup>2</sup> Por. Geist des röm. Rechts III, s. 339: „Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses. Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”.

<sup>3</sup> Hauptprobleme, s. 593.

<sup>4</sup> Pandekten s. 14. Regelsberger określa prawo podmiotowe, jako moc zaspokojenia uznanego interesu: „Die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses”.

<sup>5</sup> Allgemeiner Teil, s. 153: „Eine Macht, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen”.

wyraźnie mówi, że dla określenia prawa podmiotowego wchodzi w rachubę interes, który ustawodawca, ze swego punktu widzenia, uważa za zasługujący na ochronę i zabezpieczenie<sup>1</sup>. Chodzi więc tutaj nie o konkretne, indywidualne interesy jednostek, lecz o przeciętny (Durchschnittsinteresse), abstrakcyjny interes, oceniany przez ustawodawcę. Substratem prawa podmiotowego jest interes, jaki przeciętnie ma się z tego np., że pożyczka zostanie zwrócona przez dłużnika. Pojęcie interesu, będącego substratem prawa podmiotowego, jest obiektywne. Interes oznacza tutaj stosunek jednostki do pewnego dobra, które zapewnia jednostce zaspokojenie potrzeby. Obojętną jest więc rzeczą, czy w danym konkretnym przypadku jednostka chce zaspokojenia swej potrzeby. Milioner, który może nawet nie chcieć otrzymania z powrotem drobnej kwoty pożyczonej komuś, chory umysłowo itp. mają interes (w znaczeniu obiektywnym), który jest substratem ich prawa wierzytelności.

2) Zarzut Kelsena<sup>2</sup>, jakoby Ihering nie wyprowadzał prawa podmiotowego z prawa przedmiotowego, jest również niesłuszny. Ihering mówi zawsze o interesie, chronionym przez porządek prawny, i wyprowadza prawo podmiotowe z normy prawnej.

3) Nie jest wreszcie słuszny zarzut Tuhra<sup>3</sup> przeciwko teorii interesu, opierający się na twierdzeniu, że mogą istnieć prawa, które pojęciowo nie wymagają istnienia interesu uprawnionego, np. prawa rodziców lub opiekuna względnie prawa promissariusza z umowy na korzyść osób trzecich. Zarzut Tuhra tłumaczy się zbyt wąskim ujęciem przez niego pojęcia interesu<sup>4</sup>. Tuhr wychodzi z założenia, że pojęcie interesu powinno być ograniczone do egoistycznego, materialnego interesu jednostki. Stanowisko takie nie jest trafne, gdyż w istocie interes, będący substratem prawa podmiotowego, może być idealnym interesem jednostki<sup>5</sup>. Mąż, ubez-

<sup>1</sup> Geist des römischen Rechts III, s. 343 „vom Gesetzgeber nach dem Standpunkt seiner Zeit für schutzfähig und schutzbedürftig anerkanntes Interesse”.

<sup>2</sup> Hauptprobleme, s. 572.

<sup>3</sup> Allgemeiner Teil I, s. 59.

<sup>4</sup> Por. Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 58, uw. 15; Manigk, Handw. Stier-Somlo III, s. 307.

<sup>5</sup> Por. Ihering, Geist des röm. Rechts III, s. 339: „Das Vermögen ist nicht das einzige, das dem Menschen gesichert werden muss, über demselben stehen vielmehr noch andere und höhere Güter ethischer Art:

pieczający się na życie na korzyść żony, ma niewątpliwie idealny interes w tym, by po jego śmierci towarzystwo ubezpieczeniowe wypłaciło umówioną sumę do rąk żony.

Przyznać należy, że przy tak szerokim ujęciu interesu, teoria woli i teoria interesu nie różnią się wiele od siebie<sup>1</sup>. Różnica między tymi teoriami zmniejszy się jeszcze bardziej wówczas, gdy zdamy sobie sprawę, że nie każdy interes, chroniony przez prawo, tworzy prawo podmiotowe. W pewnych przypadkach norma prawna wychodzi na korzyść poszczególnym jednostkom, jednakże przez to nie stwarza praw podmiotowych tych osób. Ihering<sup>2</sup> przeprowadza wyraźne rozróżnienie między prawem podmiotowym, a refleksowym oddziaływaniem przepisu prawnego na interesy<sup>3</sup>. Ustawa celna, która w interesie pewnych gałęzi produkcji krajowej wprowadza cła ochronne, chroni niewątpliwie interesy krajowych fabrykantów towarów, na które zostały nałożone cła. Nie stwarza ona jednak prawa podmiotowego fabrykantów; w danym przypadku mamy jedynie do czynienia z refleksowym oddziaływaniem przepisu prawnego na interesy. Ustawa celna jest wykonywana przez organa państwowe i nie leży w mocy fabrykantów krajowych wykonywanie środków przymusu wobec zobowiązanych do uiszczenia cła, względnie zwalnianie ich od tego obowiązku. Ihering dochodzi więc do wniosku, że do powstania prawa podmiotowego jest rzeczą konieczną, ażeby jednostka mogła wziąć inicjatywę działania w swoje ręce, aby działanie jej było miarodajne dla porządku prawnego.

## 5. Analiza szczegółowa teorii interesu

Zanim przystąpimy do sformułowania naszych ostatecznych wniosków co do omawianego zagadnienia, przedstawimy zapatrywania Kelsena na istotę prawa podmiotowego.

Kelsen, przeprowadzając w swym dziele krytykę dotychczas-

die Persönlichkeit, Freiheit, Ehre, die Familienverbindungen, Güter, ohne welche die äusserlichen, sichtbaren Güter gar keinen Wert haben würden".

<sup>1</sup> Tuhr, Allg. Teil I, s. 60 uw. 16.

<sup>2</sup> W swej rozprawie: „Reflexwirkung oder Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen" (Ihr. Jahrb. X., s. 242).

<sup>3</sup> Por. Ihering, op. cit.: „Nicht jedes Gesetz, welches ein Interesse schützt, schafft dem Interessenten ein Recht im subjektiven Sinne".



sowych teorii, daje własną konstrukcję prawa podmiotowego<sup>1</sup>. Według Kelsena prawo podmiotowe jest normą prawną w swym stosunku do tej osoby, od której rozporządzenia (Verfügung) jest uzależnione zrealizowanie wypowiedzianej w normie woli państwa do sankcji<sup>2</sup>. Właściwy sens tej definicji zrozumiany wówczas, gdy zestawimy ją z definicją normy prawnej, podaną przez Kelsena. Kelsen ujmuje normę prawną, jako wolę państwa do zapewnienia sankcji (egzekucji lub kary). W pewnych przypadkach realizacja sankcji jest uzależniona od rozporządzenia jednostki: państwo będzie wówczas egzekwowało dłużnika, gdy wierzyciel wyrazi swą wolę w tym kierunku. Tę właśnie możliwość rozporządzenia nazywa Kelsen prawem podmiotowym. Według Kelsena prawo podmiotowe polega więc na możliwości rozporządzenia przez jednostkę środkami przymusu, dostarczonymi jej przez państwo.

Somló<sup>3</sup> i Wielikowski<sup>4</sup> stwierdzają bardzo słusznie, że teoria Kelsena jest w swej istocie zakapturzoną teorią woli. Pomiedzy tymi teoriami istnieje cały szereg różnic, lecz związek między nimi jest niewątpliwy. Teoria Kelsena przedstawia dalszą formalizację pojęcia prawa podmiotowego; przy budowie tego pojęcia, jak i przy definiowaniu innych pojęć prawnych, odrzuca Kelsen zupełnie świadomie moment celu, jako „pozaprawny”.

Reasumując nasze dotychczasowe wywody, dochodzimy do następujących wniosków co do istoty prawa podmiotowego:

Wszystkie istniejące zapatrywania na istotę prawa podmiotowego dadzą się sprowadzić do teorii woli i teorii interesu<sup>5</sup>. Różnica między teorią woli a teorią interesu polega na tym, że pierwsza zaznacza silniej element woli w prawie podmiotowym, natomiast druga zaznacza silniej element interesu. Pozostająca

<sup>1</sup> Hauptprobleme, s. 618 i n.

<sup>2</sup> Hauptprobleme, s. 625: „Das subjektive Recht ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist”.

<sup>3</sup> Juristische Grundlehre, s. 481.

<sup>4</sup> Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, s. 170.

<sup>5</sup> Z powyższego względu rezygnuję z podania samodzielnej definicji prawa podmiotowego, albowiem mogłaby być ona tylko powtórzeniem innymi słowami definicji teorii woli, względnie teorii interesu, i ograniczam się do podania argumentów, przemawiających za przyjęciem teorii interesu.

pod wpływem liberalno-indywidualistycznych tendencji XIX w. (tak widocznych zwłaszcza u Windscheida) teoria woli przyjmuje, że celem porządku prawnego jest zabezpieczenie jednostkom wolnej sfery, w której każdy może rządzić się swobodnie, bez przeszkód ze strony osób trzecich. Zarzut ten, skierowany przeciwko teorii Windscheida, ma swe znaczenie również wobec definicji prawa podmiotowego, podanej przez Kelsena.

Ten wybujały indywidualizm zostaje przewyżczony u Iheringa, który podkreśla, że ustawodawca, zapewniając jednostkom prawa podmiotowe, działa rozsądnie i celowo. Teoria interesu kładzie słusznie nacisk na to, że porządek prawny tworzy prawa podmiotowe nie jako cel sam w sobie, nie na to, by jednostka mogła nimi dowolnie rozporządzać, lecz dla zaspokojenia ludzkich potrzeb i ochrony rozumnych interesów. Dlatego też za podstawę dla dalszych moich rozważań przyjmuje teorię interesu. Jak w wywodach dalszych wskażę, prawo podmiotowe nie sięga dalej, niż interes chroniony przez ustawodawcę. Takie ujęcie prawa podmiotowego ma szczególne znaczenie dla kwestii nadużycia prawa.

## ROZDZIAŁ II

### Problem nadużycia prawa

#### 1. Sformułowanie problemu

Rozpatrzmy obecnie następujący przykład, zaczerpnięty z orzecznictwa francuskiego<sup>1</sup>: Właściciel nieruchomości, sąsiadującej z hangarem, w którym konstruktor balonów sterowych umieścił swoje aparaty, zbudował na swym gruncie ogromne rusztowanie z drzewa, wysokości około 16 metrów, a na nim umocował żelazne słupy. Budowa ta nie dawała żadnych korzyści właścicielowi nieruchomości i została wzniesiona w tym celu, ażeby szko-

<sup>1</sup> Jest to sprawa, znana w nauce francuskiej pod nazwą „l'affaire Clément-Bayard”; por. Mazeaud, *Traité de resp.*, s. 435. W pierwszej instancji zapadł wyrok Sądu w Compiègne z dnia 19 II 1913 (DP. 1913 2. 177), zasądający właściciela nieruchomości na odszkodowanie. Wyrok ten został zatwierdzony w drugiej instancji przez Sąd Apelacyjny w Amiens 12 XI 1913 oraz w trzeciej instancji przez Trybunał Kasacyjny (Chambre des requêtes) orzeczeniem z dnia 3 VIII 1915 (DP. 1917. 1. 79).

dział konstruktorowi (ażeby sterowce przy wznoszeniu się z ziemi wbijały się na słupy). Budujący rusztowanie chciał w ten sposób zmusić konstruktora sterowców do nabycia nieruchomości, sąsiadującej z hangarem, po cenie oczywiście bardzo wysokiej. Kiedy konstruktor zaskarżył go o odszkodowanie i usunięcie rusztowania, właściciel nieruchomości zastąpił się tym, że działał on w granicach swego prawa własności, które pozwala mu na robienie dowolnego użytku z rzeczy. Sądy francuskie zasądziły właściciela na zapłatę odszkodowania oraz nakazały mu usunięcie budowli, stojąc na słusznym stanowisku, że nadużył on swego prawa. Sąd kasacyjny podkreśla, że budowla nie przedstawiała dla właściciela żadnych korzyści, gdyż rusztowanie nie stanowiło nawet ogrodzenia jego posiadłości. Cel budowy, tj. chęć doku-  
czenia konstruktorowi balonów i zmuszenia go w ten sposób do nabycia gruntu, jest celem, niedozwolonym przez prawo.

Zasadniczym problemem w naszym przypadku jest kwestia właściwego wykonywania prawa podmiotowego<sup>1</sup>. Właściciel nieruchomości może używać rzeczy, będącej przedmiotem prawa własności, jednakże dla porządku prawnego nie jest rzeczą obojętną, w jaki sposób i dla jakich celów uprawniony wykonuje swe prawo. Opierając się na przeciwstawieniu środka i celu możemy w następujący sposób sformułować zagadnienie: Istnieje w prawie ogólna zasada, że środki nie uświęcają celu<sup>2</sup>. Tam, gdzie cel jest niedozwolony, tam i środki, prowadzące do tego celu, są niedozwolone. Ta ogólna zasada znajduje swój wyraz w prawie cywilnym przede wszystkim w dwóch pojęciach, które są do siebie po części zbliżone<sup>3</sup>: w pojęciu nadużycia prawa (*abusus iuris*) i pojęciu działania *in fraudem legis* (*abusus legis*).

Działanie *in fraudem legis* polega na obejściu właściwego celu przepisu ustawy przy zastosowaniu się do dosłownego

<sup>1</sup> Rozważania nasze zajmują się zagadnieniem nadużycia prawa podmiotowego prywatnego. Problem istoty praw podmiotowych publicznych należy do dziedziny prawa publicznego i dlatego nie wchodzi w zakres niniejszej pracy. W dalszym ciągu używam terminu prawo podmiotowe jedynie dla określenia praw o charakterze prywatno-prawnym.

<sup>2</sup> Por. Josserand, Cours de droit civil II, s. 211: odwracając znane powiedzenie, że cel uświęca środki, mówi, iż środki nie uświęcają celu (*les moyens ne peuvent justifier la fin*).

<sup>3</sup> Por. Demogue, Traité des obligations IV, s. 374; Desbois, La notion de la fraude à la loi s. 61.

brzmienia przepisu<sup>1</sup>). Przykłady na takie działanie są następujące: Celem obejścia przepisów ustawy, zakazującej pobierania odsetek wyższych niż ustawowe, osoba A sprzedaje osobie B jakąś rzecz i następnie osoba B odnajmuje ją osobie A za zapłatą czynszu, który w rzeczywistości nie jest niczym innym, jak niedozwolonym procentem. Przeniesienie posiadania rzeczy sprzedanej następuje w drodze *constitutum possessorium*. Ustawa zezwala na zawarcie umowy sprzedaży oraz na wynajęcie rzeczy przez kupującego, przy równoczesnym umówieniu stosunku *constitutum possessorium* (środki użyte przez strony są dozwolone). Strony działają jednak sprzecznie z celem ustawy; zakaz pobierania odsetek wyższych, niż ustawowe, ma na celu ochronę dłużnika przed wyzyskiem ze strony wierzyciela i dlatego zakaz ten jest uzasadniony przy wszystkich umowach, spełniających te same zadania, co umowa pożyczki. Dlatego też należy uznać, że umowa, zawarta przez strony, jest nieważna. Dalszy przykład na działanie *in fraudem legis* jest zaczerpnięty z prawa międzynarodowego prywatnego. Jeżeli prawo ojczyście małżonków zakazuje rozwodu, zmiana narodowości, uskuteczniiona w tym celu, by obejść przepisy prawa ojczyściego, jest działaniem *in fraudem legis*. Przed r. 1884 prawo francuskie uznawało rozwód za niedopuszczalny. Małżonkowie narodowości francuskiej zmienili swą narodowość i przyjęli obywatelstwo szwajcarskie. Następnie żona uzyskała rozwód w Szwajcarji, a zaraz po tym zawarła drugie małżeństwo w Paryżu. Sąd francuski uznał drugie małżeństwo za nieważne, albowiem celem zmiany obywatelstwa było obejście przepisów prawa francuskiego<sup>2 3</sup>.

<sup>1</sup> Por. Egger, *Kommentar zum schweiz. Zivil.*, s. 79: „Die Gesetzesumgehung besteht darin, dass der Handelnde wohl den Buchstaben des Gesetzes wahrt, aber gegen den Sinn und Geist (Zweck) der Norm verstösst”. Podobnie definiuje Vetsch, *Die Umgehung des Gesetzes*, s. 12: „Umgehung des Gesetzes ist ein Vorgehen, das nicht direkt gegen eine gesetzliche Bestimmung verstösst, aber doch einen Zweck einer solchen vereitelt”. Słynna definicja Paulusa (L. 29 D. 1. 3) brzmi: „*contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”.

<sup>2</sup> Jest to sprawa, znana w nauce francuskiej pod nazwą „*l'affaire Vidal*”. Orzeczenie Sądu paryskiego pochodzi z dnia 30 VII 1877 (Por. Niboyet, *Manuel de droit privé*, s. 580).

<sup>3</sup> Jak już wspomnieliśmy w tekście, działanie *in fraudem legis* ma szereg cech wspólnych z działaniem, będącym nadużyciem prawa podnio-

Drugim przejawem zasady, że środki nie uświęcają celu, jest pojęcie nadużycia prawa podmiotowego (*abusus iuris*). Prawo przedmiotowe uważa prawo podmiotowe za właściwy środek do właściwego celu<sup>1</sup> i dlatego pozwala tylko na takie wykonywanie prawa, które jest zgodne z celem prawa podmiotowego. Celem prawa podmiotowego jest zaspokojenie interesu, uznanego przez prawo przedmiotowe. Jeżeli działanie jednostki ma takie cele, które nie są interesami uznanymi przez prawo, to jest ono działaniem niedozwolonym, jako nadużycie prawa podmiotowego. Dochodzimy więc do wniosku, że nadużycie prawa jest to takie działanie, które następuje wprawdzie w wykonywaniu prawa podmiotowego i formalnie rzecz biorąc przedstawia się, jako wykonywanie prawa. W rzeczywistości jednak jest ono działaniem niedozwolonym, bo sprzecznym z celem prawa, i w konsekwencji zobowiązuje ono do naprawienia szkody, wyrządzonej drugiej osobie<sup>2</sup>.

Wróćmy obecnie do podanego powyżej przykładu; analiza jego będzie następująca: Właściciel nieruchomości działał wprawdzie w wykonywaniu prawa własności, lecz działanie jego nie było zgodne z celem tego prawa. Porządek prawny uznaje własność prywatną jednostki dla rozwoju ekonomicznego społeczeństwa. Natomiast jednostka nie może używać prawa własności w tym celu, ażeby szkodzić drugiej osobie i tą drogą dążyć do osiągnięcia niedozwolonego zysku przez korzystną sprzedaż swego gruntu. Właściciel nie może ukryć działania niedozwolonego pod pozorami wykonywania prawa. W konsekwencji należy uznać, że rozstrzygnięcie Sądu Kasacyjnego jest najzupełniej trafne.

towego. Działanie in fraudem legis należy jednak systematycznie do dziedziny nauki o przyczynie umowy (*théorie de la cause*) i dlatego nie może być ono przedmiotem naszych rozważań. Por. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, s. 237: „L'étude de la fraude ne devrait représenter qu'un chapitre de celle de la cause”. Na tle prawa polskiego zagadnienia działalności in fraudem legis mogą być omówione jedynie w łączności z wykładnią art. 56 k. z.

<sup>1</sup> Por. Egger, *Kommentar z. schweiz. Zivil.*, s. 71.

<sup>2</sup> Por. Brêthe (w głosie do orzeczenia, zamieszczonego w *Sirey* 1925. I. 277), który przedstawia w interesujący sposób łączność, jaka istnieje pomiędzy teorią, ujmującą prawo podmiotowe jako chroniony interes, a teorią nadużycia prawa.

## 2. Problem nadużycia prawa a socjalizacja prawa

Nadużycie prawa podmiotowego jest pojęciem wspólnym dla całego szeregu prawodawstw współczesnych. Charakterystyczną cechą nadużycia prawa jest to, że uprawniony, opierając się na przysługującym mu prawie podmiotowym, używa go do celów niewłaściwych i niedozwolonych przez porządek prawny. Ustawodawstwa pozytywne poszczególnych państw różnią się jednak znacznie w określeniu, jakie cele wykonywania prawa uważa porządek prawny za niedopuszczalne. Istnieje niewątpliwie współzależność między ujmowaniem praw podmiotowych przez poszczególne ustawodawstwa, a stanowiskiem tych ustawodawstw co do nadużycia prawa. Im bardziej ustawodawstwo zajmuje stanowisko indywidualistyczne, w tym węższym zakresie uznaje ono teorię nadużycia prawa.

Prawo angielskie i amerykańskie zajmuje stanowisko indywidualistyczne i dlatego zasadniczo<sup>1</sup> dozwala ono jednostce na dowolne wykonywanie praw podmiotowych nawet wówczas, gdy celem tego działania jest szkodenie drugiej osobie<sup>2</sup>. Takie stanowisko jest logiczną konsekwencją poglądu, że wolna konkurencja kształtuje swobodnie stosunki ekonomiczne i społeczne, a zadanie prawa polega na stworzeniu możliwie najlepszych warunków dla ekonomicznej ekspansji jednostek.

Ustawodawstwa o charakterze raczej indywidualistycznym (np. prawo austriackie) uznają istnienie nadużycia prawa jedynie w ograniczonym zakresie szykany. Szykana w potocznym tego słowa znaczeniu oznacza działanie, przedsięwzięte w tym celu, ażeby szkodzić drugiemu<sup>3</sup>. Działanie takie może nastąpić albo w wykonaniu prawa podmiotowego, albo też może być zwykłym działaniem, nie będącym wykonywaniem prawa<sup>4</sup>. Do szykany w prawnym znaczeniu należy zaliczyć tylko pierwszą grupę przypadków; będzie nią więc działanie, przedsięwzięte w wykonaniu

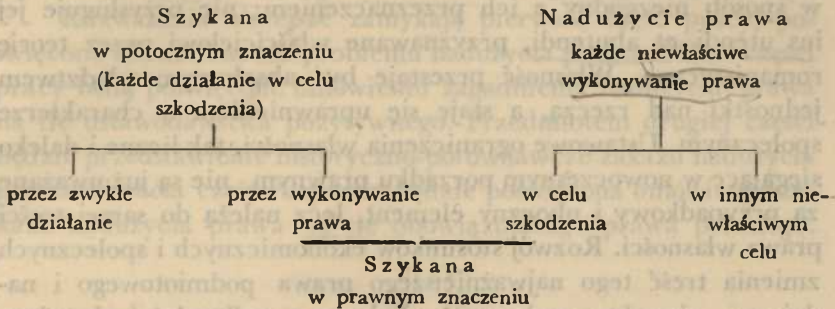
<sup>1</sup> W niniejszej rozprawie ograniczam się jedynie do wskazania ogólnej tendencji prawa angielskiego i amerykańskiego, gdyż uważam, że omawianie tych praw jest zbędne.

<sup>2</sup> Por. Jossierand, *Esprit des droits*, s. 284; cytuje on pogląd Frederika Pollocka (zasada „immunity in exercise of common rights”); Cornil, *Le droit privé*, s. 101.

<sup>3</sup> Hager, *Schikane und Rechtsmissbrauch*, s. 11.

<sup>4</sup> *Ibidem* s. 11.

prawa, a mające na celu szkodzenie drugiej osobie. Hager<sup>1</sup> ilustruje stosunek nadużycia prawa do szykany na następującym schemacie:



Ustawodawstwa nowoczesne, jak kodeks cywilny szwajcarski i sowiecki, zakazują nadużycia prawa w daleko szerszym zakresie, mianowicie w tych wszystkich przypadkach, gdy prawo podmiotowe jest wykonywane niezgodnie ze swym przeznaczeniem społecznym i ekonomicznym. Rozwój stosunków ekonomicznych i społecznych w XIX i XX w. spowodował, że indywidualizm i liberalizm musiał w coraz większym stopniu ustąpić socjalizacji prawa<sup>2</sup>.

Socjalizacja prawa wpłynęła w sposób niewątpliwy na nowoczesne ustawodawstwa, a w szczególności na ujmowanie przez nie praw podmiotowych.

Ustawodawstwa indywidualistyczne XIX w. ujmują najważniejsze z praw podmiotowych, prawo własności, jako zasadniczo absolutne i nieograniczone pod względem treści władztwo jednostki nad rzeczą. Idą one wzorami teorii romanistycznej, według której ograniczenia prawa własności (ustawowe i umowne) pochodzą z zewnątrz, są jedynie ograniczeniami wykonywania prawa własności i nie mieszczą się w pojęciu prawa własności. Natomiast ustawodawstwa XX w. przyjmują w coraz większym stopniu zasadę, że prawa podmiotowe są ograniczone w swej

<sup>1</sup> Ibidem s. 16.

<sup>2</sup> Określenie socjalizacja prawa jest bardzo wieloznaczne i może być różnie rozumiane. Używam go dla scharakteryzowania tego poglądu w prawie, który odrzuca zapatrywanie, jakoby prawo miało jedynie służyć dla zapewnienia swobodnego rozwoju wolnej konkurencji i walki egoistycznych interesów jednostek.

treści przeznaczeniem ekonomicznym i społecznym tych praw (por. w szczególności omawiany poniżej, s. 47, § 1 kod. cyw. sow.). W konsekwencji jednostka nie może używać praw podmiotowych w sposób niezgodny z ich przeznaczeniem; nie przysługuje jej *ius utendi et abutendi*, przyznawane właścicielowi przez teorię romanistyczną. Własność przestaje być absolutnym władztwem jednostki nad rzeczą, a staje się uprawnieniem o charakterze społecznym. Ustawowe ograniczenia własności, tak liczne i daleko sięgające w nowoczesnym porządku prawnym, nie są już uważane za przypadkowy i uboczny element, lecz należą do samej treści prawa własności. Rozwój stosunków ekonomicznych i społecznych zmienia treść tego najważniejszego prawa podmiotowego i nadaje mu charakter społeczny<sup>1</sup>. Jednym z najbardziej charakterystycznych objawów przemian w poglądach na istotę i funkcję prawa własności jest art. 153 konstytucji wejmarskiej z r. 1919, wypowiadający zasadę, że własność zobowiązuje (*Eigentum verpflichtet- Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*).

Pojęcie własności doznało pod wpływem potrzeb gospodarki wojennej i powojennej jeszcze dalej idących przeobrażeń<sup>2</sup>. Trudno przewidzieć, w jakim kierunku pójdzie dalszy rozwój stosunków ekonomicznych; w każdym jednak razie powrót do indywidualistycznej koncepcji prawa własności jest wykluczony.

Omawiana ewolucja odnosi się w pierwszym rzędzie do prawa własności na nieruchomościach, natomiast w mniejszym stopniu do prawa własności na ruchomościach<sup>3</sup>. Tłumaczy się to tym, że własność na ruchomościach ma charakter więcej indywidualny i nie ma do wypełnienia tak doniosłej funkcji społecznej, jak własność na nieruchomościach. Funkcja społeczna własności na nieruchomościach jest wypowiedziana wyraźnie w art. 99 konstytucji polskiej z dnia 17 marca 1921, który postanawia, że

<sup>1</sup> Por. Duguit, *Les transformations du droit privé*, s. 18.

<sup>2</sup> Por. przykładowo dekret z 30 marca 1945 (Dz. U. R. P. nr 11 poz. 59) o przymusowym zagospodarowaniu użytków rolnych, nakładający obowiązek użytkowania roli.

Ograniczam się jedynie do wskazania ogólnej tendencji rozwoju zapatrywań na prawo własności. Przedstawienie zmian pojęcia własności pod wpływem potrzeb gospodarki wojennej i powojennej przekraczałoby o wiele rozmiary niniejszej pracy.

<sup>3</sup> Por. Duguit *op. cit.*, s. 147.



ziemia jako jeden z najważniejszych czynników bytu narodu i państwa nie może być przedmiotem nieograniczonego obrotu.

Rozważania niniejsze zamykają pierwszą część pracy, poświęconą sformułowaniu problemu nadużycia prawa. Dalsze części pracy będą poświęcone omówieniu zagadnienia nadużycia prawa na tle ustawodawstwa pozytywnego. Przedmiotem drugiej części będzie przedstawienie historyczno-porównawcze zakazu nadużycia prawa. Trzecia część rozprawy będzie poświęcona omówieniu zakazu nadużycia prawa na tle obowiązującego prawa polskiego.

### Prawo rzymskie

W literaturze jest rzadko sporna, czy i w jakim zakresie prawo rzymskie zakazywało nadużycia prawa, a w szczególności najbardziej jasnego przypadku nadużycia prawa, tj. zwiniały. W każdym razie prawo rzymskie nie zawiera ogólnego zakazu nadużycia prawa. W źródłach prawa rzymskiego znajduje się cały szereg miejsc, z których można by wyciągnąć wniosek, że uprawniony może wykonywać swe prawo bez względu na to, czy wyrządza drugiemu szkodę. Znana zasada prawa rzymskiego brzmi: *Qui iure suo utitur, nemini est in iuriam habet* (nie czyni krzywdy). Reguła taka nie została wypowiedziana w tej formie w źródłach; została ona utworzona przez połączenie kilku ustępów z *Digestów*<sup>1</sup>. Przeciwnicy zakazu nadużycia prawa przytaczali często to zdanie na dowód, że w prawie rzymskim uprawniony mógł dowolnie wykonywać swe prawo. Po zbadaniu jednak odnośnych miejsc w źródłach łącznie z kontekstem, dochodzący do wniosku, że nie są one przekonującym dowodem na to, iż prawo rzymskie pozwalało na nadużywanie prawa. Zwolennicy zakazu nadużycia prawa przytaczają ze swej strony cały szereg miejsc w źródłach, które wskazują, że prawnicy rzymscy nie dopuszczali wykonywania prawa w celu szkody dla drugiej osoby. Przykłady na zakaz sąkany są zaczerpnięte głównie z prawa sąsiedzkiego<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L. 50 D. de div. leg. orig. Justin. „nullus videtur esse factor, qui iure suo utitur”; L. 151 cod. Taylor: „omni dominus iuris, nisi qui ad ius, quod habet in non habet”; L. 155 cod. „non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione reperitur”. Por. Hager, Schikane, s. 18.

<sup>2</sup> Por. w szczególności L. 23 § D. de aqua et aquae pluviae arceendis 39, 3 (Paulus); L. 2 § 12 de aqua et aquae pluviae arceendis 39, 3 (Ulpianus).



## C Z Ę Ś Ć II

### ROZDZIAŁ I

#### Prawo rzymskie

W literaturze jest rzeczą bardzo sporną, czy i w jakim zakresie prawo rzymskie zakazywało nadużycia prawa, a w szczególności najbardziej jaskrawego przypadku nadużycia prawa, tj. szykany. W każdym razie prawo rzymskie nie zawiera ogólnego zakazu nadużycia prawa. W źródłach prawa rzymskiego znajduje się cały szereg miejsc, z których można by wyciągnąć wniosek, że uprawniony może wykonywać swe prawo bez względu na to, czy wyrządza drugiemu szkodę. Znana zasada prawa rzymskiego brzmi: Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam (lub neminem laedit). Reguła taka nie została wypowiedziana w tej formie w źródłach; została ona utworzona przez połączenie kilku ustępów z Digestów<sup>1</sup>. Przeciwnicy zakazu nadużycia prawa przytaczali często to zdanie na dowód, że w prawie rzymskim uprawniony mógł dowolnie wykonywać swe prawo. Po zbadaniu jednak odnośnych miejsc w źródłach łącznie z kontekstem, dochodzimy do wniosku, że nie są one przekonującym dowodem na to, iż prawo rzymskie pozwalało na nadużywanie prawa. Zwolennicy zakazu nadużycia prawa przytaczają ze swej strony cały szereg miejsc w źródłach, które wskazują, że prawnicy rzymscy nie dopuszczali wykonywania prawa w celu szkodenia drugiej osobie. Przykłady na zakaz szykany są zaczerpnięte głównie z prawa sąsiedzkiego<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L. 55. D. de div. reg. iuris, Gaius: „nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur”; L. 151 eod., Paulus: „nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet”; L. 155 eod. „non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur”. Por. Hager, Schikane, s. 18.

<sup>2</sup> Por. w szczególności L. 2 § 9 D, de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3 (Paulus); L. 2 § 12 de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3 (Ulpi-

Przy interpretacji tych miejsc nauka francuska i belgijska dochodzi do dalej idących wniosków, niż nauka niemiecka. Zwolennicy zakazu nadużycia prawa w nauce francuskiej<sup>1</sup> i belgijskiej<sup>2</sup> uważają, że prawo rzymskie znało ogólną zasadę nadużycia prawa, a wpływem tej ogólnej zasady są odnośne miejsca w źródłach. Nauka niemiecka jest bardziej wstrzemięźliwa: podkreśla ona, że odnośne miejsca nie dają dostatecznej podstawy do przyjęcia ogólnego zakazu szykany w prawie rzymskim. Tym bardziej nie mogą one dać podstawy do przyjęcia, że prawo rzymskie znało ogólną zasadę, zakazującą nadużywania prawa.

Nie wdajemy się w kontrowersję co do interpretacji tych ustępów, gdyż mają one dla nas niewielkie znaczenie. Musimy sobie zresztą zdać sprawę, że prawnicy rzymscy pracowali metodą par excellence kazuistyczną i dlatego wyprowadzanie ogólnych zasad z odnośnych ustępów jest nieściśle z punktu widzenia historycznego<sup>3</sup>. W każdym razie, rozstrzygnięcia te nie zawierają więcej, jak zakaz wykonywania prawa w celu szkodenia drugiej osobie.

## ROZDZIAŁ II

### Prawo niemieckie

Kodeks cywilny niemiecki mówi o nadużyciu prawa przede wszystkim w części ogólnej, a to w § 226 k. c. n.<sup>4</sup>. Paragraf ten<sup>5</sup> brzmi: „Wykonywanie prawa jest niedozwolone, jeżeli może mieć

nus); L. 38 D 6, 1 (Celsus, wypowiadający znaną zasadę „malitiis non est indulgendum”); Gaius (I, 53) wypowiada zasadę „male enim nostro iure uti non debemus”. Interpretację tych miejsc przeprowadzają Huber, Rechtsmissbrauch, s. 7 i n.; Hager, Schikane, s. 20; Campion, La théorie de l’abus, s. 5.

<sup>1</sup> Por. Jossierand, Esprit, s. 3 i inni.

<sup>2</sup> Por. Cornil, Le droit privé, s. 102; Campion, La théorie de l’abus, s. 14.

<sup>3</sup> Bardzo słusznie podkreśla to Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 7.

<sup>4</sup> Poza tym k. c. n. zawiera cały szereg przepisów szczególnych, zakazujących nadużywania poszczególnych praw podmiotowych; por. §§ 905, 910, 997, 1353, 1357 i inne k. c. n.

<sup>5</sup> Został on wprowadzony w obecnym sformułowaniu dopiero w Komisji Reichstagu. Bundesrat stworzył przepis, odnoszący się wyłącznie do nadużywania prawa własności; przepis ten został rozszerzony przez Komisję Reichstagu na wszystkie prawa podmiotowe.

na celu jedynie szkodenie drugiej osobie". K. c. n. ogranicza się w § 226 do zakazu takiego działania, którego jedynym celem jest szkodenie drugiej osobie. Jeżeli zatem uprawniony działał w celu szkodenia drugiej osobie, lecz obok tego miał inne cele na oku, np. zniszczenie konkurencji, wówczas § 226 k. c. n. nie ma zastosowania<sup>1</sup>. Ma on zastosowanie tylko wówczas, gdy inne cele działania, niż chęć szkodenia, są wykluczone<sup>2</sup>.

Wobec tak ciasno ujętego przepisu, zastosowanie praktyczne § 226 k. c. n. jest bardzo małe. Działanie, które może mieć na celu jedynie szkodenie drugiej osobie, zdarza się zupełnie wyjątkowo; przeprowadzenie zaś dowodu jedynego i wyłącznego zamiaru szkodenia jest niezwykle trudne. W istocie § 226 k. c. n. odegrał w praktyce małą rolę. Na przestrzeni kilkudziesięciu lat zaledwie kilka orzeczeń stwierdziło, że w danym konkretnym przypadku zachodziły wszystkie założenia zastosowania § 226<sup>3</sup>. Literatura niemiecka stoi niemal jednomyślnie na stanowisku, że § 226 k. c. n. nie może być należyłą podstawą do zwalczania nadużycia prawa. Twórcy kodeksu cywilnego niemieckiego stali za bardzo na indywidualistycznym stanowisku i obawiali się praktycznych konsekwencji szerszej ujętego przepisu o nadużyciu prawa. Dlatego wychodzili z założenia, że prawo podmiotowe jest zasadniczo nieograniczone w swej treści; § 226 k. c. n. miał być jedynie wyjątkiem od tej ogólnej zasady i został bardzo wąsko ujęty, jako przepis wyjątkowy.

Stworzenie ogólnej zasady, że nadużycie prawa jest niedopuszczalne, jest w Niemczech, podobnie jak we Francji, dziełem orzecznictwa. Orzecznictwo Sądu Rzeszy stworzyło pojęcie niedozwolonego wykonywania prawa (unzulässige Rechtsausübung), które wykracza daleko poza stan faktyczny § 226 k. c. n.

Podstawą do stworzenia ogólnego zakazu nadużycia prawa był dla Sądu Rzeszy początkowo § 826 k. c. n. Według § 826 k. c. n.

<sup>1</sup> Por. Oertmann, Kommentar z. BGB § 226 uw. 4, s. 785.

<sup>2</sup> Por. RG 69, 380; 138, 373; Jur. Woch. 1905, 383.

<sup>3</sup> Por. Werner, Rechtsmissbrauch, s. 11. Najbardziej znane orzeczenie Sądu Rzeszy, opierające się na § 226 k. c. n., pochodzi z roku 1909 (RG 72, 251): ojciec, właściciel ziemski, który był poważniony ze synem, zabronił mu odwiedzania grobu matki, położonego na gruncie ojca. Sąd Rzeszy, powołując się w uzasadnieniu na § 226 k. c. n., uznał zakaz ojca za niedopuszczalny.

wyrządzenie rozmyślnie drugiemu szkody, w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, zobowiązuje do naprawienia szkody. Przepis ten odpowiada rzymskiej *actio doli*. Stosunek § 826 do § 226 k. c. n. był początkowo sporny w literaturze niemieckiej; część nauki stała na stanowisku, że § 826 k. c. n. nie odnosi się do przypadków, w których ktoś wyrządził szkodę w wykonywaniu swego prawa<sup>1</sup>. W ten sposób nauka starała się usunąć sprzeczność między § 226 a § 826 k. c. n., polegającą na tym, że jedno i to samo zachowanie mogło być dozwolone z punktu widzenia § 226 k. c. n., a niedozwolone z punktu widzenia § 826 k. c. n., ponieważ § 826 k. c. n. jest znacznie szerzej ujęty niż § 226 k. c. n. Panująca nauka<sup>2</sup> i orzecznictwo nie poszły jednak tą drogą; według nich § 826 k. c. n. odnosi się również do czynności, przedsięwziętych w wykonywaniu prawa podmiotowego. Kto zatem w wykonywaniu swego prawa rozmyślnie wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia, jeżeli działanie było sprzeczne z dobrymi obyczajami. Dla oceny, czy działanie uprawnionego stanowi nadużycie prawa, stosował więc Sąd Rzeszy początkowo kryterium działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Było to kryterium subiektywno-objektywne, ponieważ do obiektywnej sprzeczności działania z dobrymi obyczajami musiał dołączyć się zły zamiar działającego.

Dalszą podstawą do stworzenia zakazu nadużycia prawa był dla Sądu Rzeszy przepis § 242 k. c. n. Paragraf ten wyraża zasadę, że dłużnik winien wykonywać zobowiązania tak, jak tego wymaga dobra wiara i zwyczaje uczciwego obrotu. Mieści się on w księdze drugiej k. c. n., a zatem odnosi się zasadniczo tylko do zobowiązań. Judykatura Sądu Rzeszy rozszerzyła jego zastosowanie także do działania wierzyciela i uznała, że działanie wierzyciela sprzeczne z dobrą wiarą i zwyczajami uczciwego obrotu jest niedozwolonym wykonywaniem prawa.

Na podstawie zastosowania §§ 242 i 826 k. c. n. Sąd Rzeszy wprowadził pojęcie *exceptionis doli generalis* (po niemiecku *Ein-*

<sup>1</sup> Por. Hager, Schikane, s. 123; dawne wydania komentarza Plancka.

<sup>2</sup> Por. w szczególności: Oertmann, Komm. z. BGB uw. 3 przed § 826, s. 1411; Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, s. 678, uw. 11; Komentarz Radców Rzeszy, II tom, s. 741, uw. 1 przed § 826.

rede der Arglist) do prawa niemieckiego<sup>1</sup>. Mimo wyraźnego odrzucenia projektu wprowadzenia *exceptionis doli generalis* przez twórców k. c. n.<sup>2</sup>, mimo sprzeciwów w nauce<sup>3</sup>, Sąd Rzeszy początkowo nieśmiało, później coraz pewniej uznaje dopuszczalność *exceptionis doli generalis* w tych wszystkich przypadkach, gdy ktoś, opierając się na formalnie przysługującym mu prawie, działa sprzecznie z dobrą wiarą (względnie z dobrymi obyczajami). Przeciwko takiemu działaniu można się skutecznie bronić zarzutem, zwanym przez Sąd Rzeszy (za nauką prawa pospolitego) *exceptio doli generalis*<sup>4</sup>. Cały szereg interesujących orzeczeń Sądu Rzeszy z tego zakresu znajdujemy w dziełach Hamburgera<sup>5</sup>, Wernera<sup>6</sup>, Brennera<sup>7</sup>, Gadowa<sup>8</sup> oraz w komentarzach do k. c. n.

Podkreślić należy, że orzecznictwo Sądu Rzeszy przyjmuje kryteria obiektywne dla zastosowania *exceptionis doli generalis*. Praktyka dopuszcza ten zarzut także w tych przypadkach, gdzie nie ma podstępного działania, lecz dochodzenie roszczenia przez uprawnionego jest z uwagi na towarzyszące okoliczności sprzeczne z zasadami dobrej wiary (względnie z dobrymi obyczajami).

Sąd Rzeszy stosował początkowo, jako kryterium nadużycia prawa, sprzeczność działania z dobrymi obyczajami (§ 826 k. c. n.); w późniejszych orzeczeniach stosuje jako kryterium zarówno

<sup>1</sup> W prawie rzymskim *exceptio doli* miała następującą formułę: „Si in ea re nihil dolo malo Aulii Agerii factum sit, neque fiat”. Obejmowała ona zatem zarówno przypadek *doli praesentis*, jak i *doli praeteriti*. *Dolus praeteritus* zachodził wówczas, gdy powód dopuścił się podstępu przy nabyciu roszczenia (słowa formułki... *factum sit*). *Dolus praesens* zachodził wówczas, gdy powód działał podstępnie przy dochodzeniu roszczenia (słowa formułki... *fiat*). Jeżeli powód uzyskał roszczenie w sposób podstępny (*dolus praeteritus*), pozwany ma zarzut na podstawie § 853 k. c. n. *Exceptio doli generalis*, stosowana przez orzecznictwo niemieckie, odnosi się tylko do przypadku *doli praesentis*.

<sup>2</sup> Protokoły, I tom, s. 238 i n.

<sup>3</sup> Schneider, *Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, 1902.

<sup>4</sup> Pierwsze orzeczenie pochodzi z roku 1904 (RG 58, 356). Znaczenie *exceptionis doli generalis* wzrasta w dalszym orzecznictwie Sądu Rzeszy (RG 58, 429; 64, 223; 71, 435; 75, 342; 86, 192; 87, 282; 89, 105; 90, 64; 90, 216; 107, 363; 135, 376).

<sup>5</sup> *Treu und Glauben im Verkehre*, s. 99.

<sup>6</sup> *Der Rechtsmissbrauch in den Entscheidungen des Reichsgerichts*.

<sup>7</sup> *Die exceptio doli generalis in den Entsch. d. Reichsg.*

<sup>8</sup> *Die Einrede der Arglist*, *Ih. Jahr.* z 1934, t. 48, s. 174.

sprzecznosc dzialania z wymogami dobrej wiary (§ 242 k. c. n.), a to w przypadku wykonywania praw obligacyjnych, jak i sprzecznosc dzialania z dobrymi obyczajami (§ 826 k. c. n.), w razie wykonywania innych praw, niz prawa obligacyjne.

Ale rozwój orzecznictwa Sądu Rzeszy nie zatrzymał się w tej dziedzinie. Podstawę do wypracowania ogólnej zasady nadużycia prawa, polegającej na zakazie niedozwolonego wykonywania prawa podmiotowego, dało dalsze rozszerzenie przez orzecznictwo zasady dobrej wiary (§ 242 k. c. n.) na całe prawo cywilne, a nawet na cały obowiązujący porządek prawny, w szczególności nawet na prawo publiczne<sup>1</sup>. W ten sposób doszło orzecznictwo Sądu Rzeszy do ogólnej zasady, że każdy winien wykonywać swe prawa i obowiązki tak, jak to nakazuje dobra wiara i zwyczaję uczciwego obrotu<sup>2</sup>. Działanie sprzeczne z zasadami dobrej wiary i zwyczajami uczciwego obrotu jest nadużyciem prawa, jako niedozwolone wykonywanie prawa. Na orzecznictwo wywarły wpływ ostatnie roz-

<sup>1</sup> Orzeczenie Sądu Rzeszy z 22 XI 1926 (RG 126, 244): „Die Grundsätze von Treu und Glauben haben im öffentlichen Recht ebenso Geltung, wie im bürgerlichen”; dalej orzeczenie z dnia 7 X 1930 (RG 130, 99): „Denn nach Treu und Glauben muss auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts jeder seine Handlungen und Erklärungen so gelten lassen, wie der andere sie auffassen dürfte”. Ocena trafności takiego rozszerzenia zakresu zastosowania § 242 k. c. n. nie należy do mnie.

<sup>2</sup> Interesujące są ostatnie orzeczenia Sądu Rzeszy, dotyczące omawianego zagadnienia. Orzeczenie (RG 146, 395), dotyczące wykonywania przez akcjonariusza prawa zaskarżenia uchwały spółki, mówi w uzasadnieniu: „Der Gedanke der Unzulässigkeit einer missbräuchlichen Rechtsausübung hat seinen gesetzlichen Niederschlag in dem Schikanenverbot des § 226 gefunden. Er muss aber über den Rahmen dieser Vorschrift hinaus, überall dort Anwendung finden, wo sich die Ausübung eines Rechts als eine gröbliche Verletzung gegen den das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt”. Uzasadnienie orzeczenia, dotyczącego działania przez osobę podstawioną celem uniemożliwienia dłużnikowi obrony w egzekucji (RG 166, 117), mówi: „Der Begriff der Unzulässigkeit der Rechtsausübung, der im Gesetze nirgends eine allgemeine Regelung erfahren hat und der früher und namentlich im gemeinen Recht unter den Begriff der gegenwärtigen Arglist gestellt worden ist, lässt Raum für die Beachtung eines jeden Gesichtspunktes, welcher der Erreichung wahrer innerer Gerechtigkeit dient”.

Zacytowałem in extenso te uzasadnienia, ponieważ pokazują one nam, w jaki sposób orzecznictwo niemieckie przestało opierać się na wąskich stanach faktycznych §§ 226 i 826 k. c. n. i doszło do stworzenia ogól- nego zakazu nadużycia prawa.



prawy w literaturze niemieckiej na temat nadużycia prawa, a szczególnie prace Sieberta (*Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, 1934 oraz *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, 1935).

Rozwój nauki i orzecznictwa niemieckiego w zakresie teorii nadużycia prawa jest bardzo ciekawy. Początkowo tak nauka, jak i orzecznictwo, opierały się na § 226 k. c. n. i stosowały do nadużycia prawa kryterium subiektywne, wyłączonego zamiaru szkodenia drugiej osobie. Rozszerzenie przez orzecznictwo zakresu zastosowania § 826 k. c. n., a następnie § 242 k. c. n., dało podstawę do przyjęcia obiektywnego kryterium nadużycia prawa, nieporównanie bardziej szerokiego od § 226 k. c. n. Według obiektywnego kryterium nadużycie prawa zachodzi w tych przypadkach, gdy działanie uprawnionego jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary<sup>1</sup>.

### ROZDZIAŁ III

#### Prawo austriackie

Wyraźny przepis o nadużyciu prawa został wprowadzony do kodeksu cywilnego austriackiego dopiero przez trzecią nowelę z r. 1916; uzupełniła ona § 1295 k. c. a. ustępem drugim brzmiącym: „Także, jeżeli ktoś wyrządza szkodę rozmyślnie w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, jest za to odpowiedzialny, jeżeli jednak uczynił to w wykonywaniu swego prawa, tylko wówczas, gdy wykonanie prawa widocznie miało na celu szkodenie drugiemu”. Ustawa starała się tutaj połączyć w sposób niezupełnie szczęśliwy i jasny § 226 i 826 k. c. n.<sup>2</sup> Ogranicza się ona do stworzenia zakazu szynkany, przy czym uzależnia odpowiedzialność sprawcy od trzech założeń:

- 1) sprawca musiał działać rozmyślnie,
- 2) działanie musi być sprzeczne z dobrymi obyczajami,
- 3) wykonywanie prawa musi mieć na celu widocznie szkodenie drugiemu. Takie wąskie sformułowanie przepisu o nadu-

<sup>1</sup> Por. ostatnie orzeczenia Sądu Rzeszy, dotyczące nadużycia prawa RG 138, 374; 144, 378; 145, 239; 146, 385; 148, 385; 152, 150; 152, 403; 153, 356; 156, 77; 157, 67; 160, 357.

<sup>2</sup> Wolff w komentarzu Klanga (t. IV, s. 541) określa § 1295 ust. 2 k. c. n. jako prawdziwy „*crux interpretationis*”.

życiu prawa nie doprowadziło do większych wyników praktycznych. Orzecznictwo i nauka stosują § 1295 ust. 2 k. c. a. jedynie w ograniczonym zakresie.

## ROZDZIAŁ IV

### Prawo francuskie<sup>1</sup>

Kodeks Napoleona nie zawiera przepisu, zakazującego nadużywania prawa<sup>2</sup>. Wychodzi on z założenia, że prawa podmiotowe jednostki są prawami absolutnymi i dlatego jednostka może ich używać w sposób zupełnie dowolny<sup>3</sup>. Kodeks powstał bowiem pod wpływem indywidualistycznych tendencji XVIII w., uważających jednostkę za ostateczny cel porządku prawno-społecznego. Tendencje te znalazły swój ostateczny wyraz w rewolucji francuskiej, a w szczególności w Deklaracji praw człowieka i obywatela z r. 1789<sup>4</sup>. Doktryna indywidualistyczna starała się jak najmniej ograniczać jednostkę w jej swobodnym używaniu praw. Dlatego też cele wykonywania praw przez jednostkę były dla porządku prawnego zupełnie obojętne.

Rozwój stosunków ekonomicznych i społecznych w XIX w. doprowadził do przekształcenia prawa francuskiego w kierunku większego uspołecznienia prawa. Czynnikiem, kształtującym tę ewolucję, było orzecznictwo sądowe. Sądy francuskie wydały w ciągu XIX i XX w. cały szereg orzeczeń, grupujących się dookoła naczelnej zasady nadużycia prawa. Charakteryzując ogólnie orzecznictwo, możemy powiedzieć, że według francuskiej praktyki sądowej dopuszcza się nadużycia prawa (a w konsekwencji

<sup>1</sup> Ustawodawstwa włoskie, belgijskie, hiszpańskie i portugalskie pozostają pod wpływem k. N. oraz nauki i orzecznictwa francuskiego. Nauka i orzecznictwo wzorują się na doktrynie francuskiej o nadużyciu prawa i przyjmują jej ostateczne wnioski.

<sup>2</sup> Co do prawa francuskiego przed k. N. por. Perreau, *Origines et développement de la théorie de l'abus du droit* (Rev. gén. de droit 1913, s. 481).

<sup>3</sup> Por. w szczególności art. 544 k. N.: „Własność jest to prawo używania rzeczy i rozporządzania nią w sposób najbardziej nieograniczony (de la manière la plus absolue).

<sup>4</sup> Por. art. 17 Deklaracji praw człowieka „La propriété c'est un droit inviolable et sacré”.

odpowiada za wyrządzoną szkodę) ten, kto wykonuje prawo w sposób niewłaściwy<sup>1</sup>.

Nawiązując do bogatego orzecznictwa i opierając się na nim, nauka francuska stworzyła ogólną teorię nadużycia prawa (*théorie de l'abus de droit*). Współpraca nauki i orzecznictwa francuskiego dała cenne wyniki, które są przedmiotem słusznego podziwu nauki prawa innych państw. Teoria nadużycia prawa jest jedną z najbardziej interesujących części prawa cywilnego francuskiego; ma ona bardzo duże praktyczne znaczenie, wpływając na postęp i doskonalenie się prawa przez przystosowanie prawa do rozwoju społecznego. Omawiana teoria jest przykładem na to, jak jurysprudencja francuska swą twórczą działalnością potrafiła przekształcić kodeks Napoleona w kierunku, odpowiadającym zasadom prawa słusznego i potrzebom społecznym. Działalność jurysprudencji musi być pod tym względem przyrównana do dzieła rzymskich pretorów, tworzących nowe zasady prawne.

Campion<sup>2</sup> rozróżnia trzy fazy rozwoju teorii nadużycia prawa w doktrynie francuskiej. Pierwszą fazę nazywa on fazą nieświadomą i fragmentaryczną (*phase inconsciente et fragmentaire*). W okresie tym orzecznictwo stwarza zasady nowej teorii, nie zdając sobie sprawy z jej znaczenia i nie widząc w niej tendencji rozwojowej nowego kierunku prawniczego. Kamieniem węgielnym teorii nadużycia prawa jest orzeczenie, pochodzące jeszcze z r. 1855. W orzeczeniu tym<sup>3</sup> sąd apelacyjny w Colmar zasądził na odszkodowanie właściciela, który wznosił na swym dachu fałszywy komin (tj. komin, nie mający praktycznego przeznaczenia) tylko w tym celu, ażeby zaciemnić mieszkanie sąsiada i w ten sposób pozbawić go widoku. W uzasadnieniu wyroku sąd stwierdza, że własność jest wprawdzie zasadniczo prawem absolutnym, jednak wykonywanie tego prawa, jak i wszelkiego innego prawa, powinno mieć swe granice w zaspokojeniu poważnego i prawnego interesu (*la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime*). Zasady

<sup>1</sup> Zasada ta została już sformułowana w roku 1895 przez *Chambre des requêtes* (D. 1895. 1. 531): „S'il est de principe, que l'usage d'une faculté légale ne saurait constituer une faute, ni motiver par suite une condamnation, il en est autrement, lorsque l'usage d'une telle faculté dégénère en abus”.

<sup>2</sup> *La théorie de l'abus*, s. 261.

<sup>3</sup> Orzeczenie z 2 V 1855 (D. P. 1855. 2. 9).

moralności i słuszności nie pozwalają na to, by prawo sankcjonowało działanie, podyktowane złośliwością i złą wolą, nieusprawiedliwione żadną korzyścią osobistą sprawcy, a wyrządzające szkodę drugiemu.

W pierwszej fazie omawianej teorii nauka pozostaje w tyle za orzecznictwem. Główny przedstawiciel nauki XIX w., Demolombe, stoi zdecydowanie na stanowisku, że prawa podmiotowe jednostki są absolutne. Pogląd jego jest wynikiem zapatrywań na istotę wykładni prawa. Demolombe, jako typowy przedstawiciel panującej w XIX w. szkoły egzegezy, ogranicza się do interpretacji formalnych tekstów ustawy. Wobec brzmienia art. 544 k. N. jest on zdania, że jednostka może dowolnie używać i nadużywać praw podmiotowych, przyznanych jej przez ustawę.

Drugi okres rozwoju nazywa Campion fazą konstrukcyjną (phase constructive). Rozpoczyna się ona wówczas, gdy autorowie widzą, że rozwój orzecznictwa doprowadził do interesujących wyników i poddają te wyniki analizie teoretycznej. Faza konstrukcyjna rozpoczyna się z końcem XIX i początkiem XX w. W roku 1901 pojawia się pierwsza praca poświęcona omawianej teorii; jest nią teza doktorska Porcherota. W ślad za nią ukazują się prace innych autorów. Starają się oni o usystematyzowanie teorii nadużycia prawa i znalezienia dla niej ustawowej podstawy w kodeksie Napoleona. Autorowie opierają się na ogólnym przepisie o odpowiedzialności ex delicto, t. j. na art. 1382 k. N., mówiącym, że kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. W ten sposób nauka francuska systematyzuje omawianą teorię w dziedzinie odpowiedzialności deliktualnej.

Wreszcie w trzecim okresie (phase de développement) autorowie dochodzą do wniosku, że teoria nadużycia wykracza swym znaczeniem poza granice odpowiedzialności deliktualnej. Rozpatrują oni tę teorię w dziedzinie podstawowych zagadnień prawa prywatnego i dążą do stworzenia z niej narzędzia uspołecznienia prawa prywatnego<sup>1</sup>. Zdaniem tych autorów omawiana teoria koryguje zbyt indywidualistyczną teorię praw podmiotowych<sup>2</sup>.

Rzecz jasna, rozwój nauki o nadużyciu prawa znajduje się obecnie w przejściu między drugą a trzecią fazą rozwojową (tj. między fazą

<sup>1</sup> Tak szczególnie Campion, Cornil, Saleilles, Demogue i inni.

<sup>2</sup> Cornil, *Le droit privé* s. 99; Campion, *La théorie de l'abus*, s. 320.

konstrukcyjną a fazą dalszego rozwoju). Zagadnienie nadużycia prawa wzbudza powszechne zainteresowanie; powstaje bogata literatura, poświęcona temu przedmiotowi. Capitant<sup>1</sup> zaznacza, że żadna teoria prawa cywilnego nie wzbudziła takiego zainteresowania i tylu dyskusji w ciągu ostatnich lat, co teoria nadużycia prawa. Dzisiaj można powiedzieć, że teoria nadużycia prawa jest niemal powszechnie przyjęta przez orzecznictwo i doktrynę. Właściwe znaczenie i ostateczne sformułowanie tej teorii nie zostało dotąd przeprowadzone ani przez naukę, ani przez orzecznictwo.

Przechodzimy obecnie do ogólnego scharakteryzowania orzecznictwa francuskiego, dotyczącego omawianego zagadnienia, aby następnie zająć się bardziej szczegółowo poglądami nauki francuskiej na istotę nadużycia prawa.

Orzecznictwo francuskie stosowało początkowo kryterium subiektywne nadużycia prawa; przyjmowało ono mianowicie, że uprawniony nadużywa swego prawa wówczas, gdy działa w tym celu, by szkodzić drugiemu. Później orzecznictwo zaczęło stosować kryteria obiektywne; uznaje ono, że nadużycie prawa zachodzi także w tych przypadkach, gdy uprawniony używa swego prawa w sposób lekkomyślny, względnie bez uzasadnionego motywu (sans motif légitime), lub w sposób sprzeczny z przeznaczeniem ekonomicznym i społecznym prawa<sup>2</sup>.

Najwybitniejszym przedstawicielem teorii nadużycia prawa w nauce francuskiej jest niewątpliwie Josserand. Zasadnicze jego dzieło nie ma wprawdzie charakteru przełomowego, albowiem zasada nadużycia prawa została wypracowana przez orzecznictwo francuskie, a nie przez naukę<sup>3</sup>. Zresztą nauka francuska jeszcze przed Josserandem doszła do określenia istoty nadużycia prawa. W szczególności kryterium obiektywne nadużycia prawa, jako

<sup>1</sup> Cours de droit civil II t., s. 186.

<sup>2</sup> Jest rzeczą interesującą, że podobnymi drogami, jak rozwój orzecznictwa francuskiego, szedł rozwój nauki i orzecznictwa niemieckiego, mianowicie od stanowiska ściśle subiektywnego (chęć szkodenia drugiemu) do stanowiska bardziej obiektywnego. Tłumaczy się to w pierwszym rzędzie rozwojem prawa prywatnego, które porzuciło dawne, ściśle indywidualistyczne nastawienie. Ponadto nauka francuska wywarła niewątpliwie pewien wpływ na rozwój nauki i orzecznictwa niemieckiego, zajmujących się zagadnieniem nadużycia prawa.

<sup>3</sup> Por. Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 22.

działania niezgodnego z przeznaczeniem ekonomicznym i społecznym, podawali przed Josserandem Porcherot<sup>1</sup>, Gény<sup>2</sup>, Cézár Bru i Morin<sup>3</sup> oraz Saleilles<sup>4</sup>.

Znaczenie Josseranda polega na usystematyzowaniu nauki i orzecznictwa i wzajemnym podporządkowaniu kryteriów nadużycia prawa. Dzieło Josseranda można podzielić na dwie części<sup>5</sup>. W pierwszej części swego dzieła daje on analizę orzecznictwa francuskiego w dziedzinie nadużycia prawa. Analizując orzecznictwo, dochodzi on do wniosku, że prawa podmiotowe nie są absolutne, lecz względne. Każde z tych praw ma swą rację bytu i swą misję do spełnienia. Jednostka, jako częśćka społeczeństwa, realizuje swe prawa w środowisku społecznym i dla tego środowiska; powinna więc używać ich zgodnie z celem i przeznaczeniem danego prawa podmiotowego. Josserand twierdzi, że istnieje duch prawa podmiotowego, podobnie jak istnieje duch prawa przedmiotowego<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Por. Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon 1901.

<sup>2</sup> Gény (Méthode d'interprétation, wyd. . t. II, s. 544) zaznacza, że nie można inaczej odkryć prawdziwej i słusznej miary praw indywidualnych, jak doszukując się ich przeznaczenia ekonomicznego i społecznego oraz porównując ich doniosłość z doniosłością interesów, z którymi stoją w sprzeczności.

<sup>3</sup> La faute, le risque et l'abus du droit, Annales de l'Université d'Aix, 1906.

<sup>4</sup> Autor ten zmieniał wielokrotnie swoje poglądy. W swym dziele „Étude sur la théorie générale de l'obligation (t. I, s. 368 i 370 wyd. I, 1901) uważa on za właściwe kryterium nadużycia prawa anormalne wykonywanie prawa, tj. wykonywanie prawa sprzeczne z celem ekonomicznym i społecznym prawa podmiotowego. Później w projekcie rewizji kodeksu cywilnego (Extrait du bulletin de la société d'études législatives 1905, s. 13) daje znacznie węższe sformułowanie nadużycia prawa, przyjmując je tylko w tych przypadkach, gdy uprawniony nie ma żadnego interesu w wykonywaniu prawa, a skutkiem wykonywania może być tylko szkoda drugiej osoby.

<sup>5</sup> Josserand stosuje tutaj metodę Gény'ego (Science et technique t. I, s. 96). Według Gény'ego działalność prawnika ma polegać najpierw na zbadaniu reguły prawnej, tak jak ona wynika w stanie surowym z natury rzeczy (donné). Następnie w drugiej części pracy prawnik winien przekształcić regułę prawną i uczynić ją elastyczną, by mogła spełniać potrzeby życia (construit).

<sup>6</sup> Stąd też tytuł książki Josseranda „De l'esprit des droits et de leur relativité”, nawiązujący do dzieła Montesquieu „De l'esprit des lois”.

Teoria nadużycia prawa jest według Josseranda, wpływem ogólnej zasady, że prawa podmiotowe mają charakter społeczny, są określone przez swe przeznaczenie społeczne i gospodarcze i są z natury swej względne<sup>1</sup>. Nadużycie prawa podmiotowego jest działaniem niezgodnym z celem instytucji, jej duchem i funkcją społeczną<sup>2</sup>. Sam Josserand przyznaje<sup>3</sup>, że na pojmowanie przez niego istoty prawa podmiotowego wywarły silny wpływ poglądy Duguita. Josserand nie idzie jednak tak daleko w swych poglądach jak Duguit; ten ostatni przeczy istnieniu praw podmiotowych, podczas gdy Josserand głosi relatywizm praw podmiotowych.

W drugiej części pracy omawia Josserand kryteria nadużycia prawa. Rozróżnia on cztery kryteria:

- 1) chęć szkodzenia (critère intentionel),
- 2) wina w wykonywaniu prawa (critère technique),
- 3) brak prawnego interesu (critère économique) oraz

4) odwrócenie prawa od swej funkcji społecznej, czyli kryterium celowościowe (critère finaliste). Zdaniem Josseranda pierwsze trzy kryteria mają jedynie ograniczone znaczenie, gdyż mieszczą się w kryterium celowościowym, jako najobszerniejszym; to ostatnie jest właściwym kryterium nadużycia prawa. W ten sposób dochodzi Josserand do ostatecznego wniosku, że nadużycie prawa jest używaniem prawa w sposób niezgodny z przeznaczeniem prawa, z jego funkcją społeczną (détournement du droit dans sa fonction sociale)<sup>4</sup>.

Następnie Josserand przeprowadza rozróżnienie między prawami o charakterze egoistycznym (les droits à l'esprit égoïste), które mają być wykonywane w interesie własnym uprawnionego (np. własność), oraz prawami o charakterze altruistycznym (les droits à l'esprit altruiste)<sup>5</sup>. Te drugie nie mogą być wykonywane

Wywody Josseranda na temat ducha prawa podmiotowego są pięknymi w swej formie uogólnieniami, których nie należy brać dosłownie.

<sup>1</sup> Por. Cours de droit civil t. II, s. 206: „La théorie de l'abus des droits n'est que l'expression concrète du grand principe de la relativité des droits”.

<sup>2</sup> Por. Esprit, s. 370: „L'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et sa finalité”.

<sup>3</sup> Por. Esprit, s. 300.

<sup>4</sup> Esprit, s. 368.

<sup>5</sup> Osobno wspomnieć należy o pewnych uprawnieniach, które według orzecznictwa francuskiego mogą być wykonywane w sposób najzu-

we własnym interesie uprawnionego; do tej grupy należeć będą np. prawa rodzinne. W każdym poszczególnym przypadku należy badać motyw działania uprawnionego oraz cel, dla którego prawo zostało mu udzielone. Jeżeli motyw wykonywania prawa jest zgodny z celem i funkcją tego prawa (tzw. motif légitime), działalność uprawnionego nie pociąga za sobą obowiązku naprawienia szkody. W przypadku niezgodności motywu wykonywania prawa z celem i funkcją prawa, działalność uprawnionego jest nadużyciem prawa i zobowiązuje go do naprawienia wyrządzonej szkody<sup>1</sup>.

Teoria nadużycia prawa łączy według Josseranda element subiektywny i obiektywny<sup>2</sup>. Jest ona obiektywna, o ile chodzi o kryterium nadużycia prawa podmiotowego. Działanie uprawnionego staje się nadużyciem prawa, skoro odbiega od funkcji społecznej prawa podmiotowego albo sprzeciwia się jej. Równocześnie omawiana teoria jest subiektywna, skoro dla ustalenia nadużycia prawa należy badać motyw działania uprawnionego, czy mianowicie uprawniony kierował się motywem prawnie uzasadnionym. Josserand kładzie większy nacisk na element subiektywny, gdyż w pierwszym rzędzie bada on motyw działania uprawnionego<sup>3</sup>. Podstawę prawną dla tak pojętej teorii stanowi art. 1382 k. N.; nadużycie prawa stanowi winę, pociągającą za sobą obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody<sup>4</sup>.

Teoria Josseranda nie jest powszechnie przyjęta w literaturze francuskiej; poglądy autorów na temat omawianego zagad-

pełniej dowolny i których wykonywanie nigdy nie zobowiązuje do odszkodowania. Należą tutaj: prawo domagania się podziału rzeczy wspólnej (art. 815 k. N.), prawo właściciela do uzyskania wspólnego muru (art. 613 k. N.), prawo wstępnych do sprzeciwienia się małżeństwu zstępnych (art. 179 k. N.), prawo właściciela do sadzenia roślin na granicy przy zachowaniu przepisanej odległości od granicy (art. 671 k. N.). Są to uprawnienia, mające charakter wyjątkowy; Josserand (*Esprit*, s. 389) nazywa je prawami absolutnymi (*droits absolus, non causés*). Co do stanowiska prawa polskiego por. niżej s. 134 uw. 1).

<sup>1</sup> Znaczenie prawnie uzasadnionego motywu (*motif légitime*) podkreśla Josserand szczególnie silnie w *Cours de droit civil positif*, t. II, s. 208, uważając go za prawdziwy kamień węgielny teorii nadużycia prawa.

<sup>2</sup> *Esprit*, s. 387.

<sup>3</sup> *Esprit*, s. 33: „le juge a le devoir de remonter jusqu'à ces mobiles, s'ils sont répréhensibles, la responsabilité pourra être engagée pour cause d'abus”.

<sup>4</sup> *Esprit*, s. 387.



nienia różnią się znacznie od siebie. Zaznaczyć należy, że niektórzy z autorów (Saleilles, Ripert) zmieniali wielokrotnie poglądy na teorię nadużycia prawa, a w szczególności wysuwali w różnych okresach czasu różne kryteria nadużycia prawa.

Nie możemy dać w tym miejscu kompletnego i zupełnego zestawienia poglądów literatury francuskiej i musimy ograniczyć się do podania jedynie ogólnego schematu, pozwalającego na zorientowanie się w poglądach poszczególnych autorów. Pośród autorów francuskich możemy rozróżnić dwie grupy:

1) Pierwszą, daleko liczniejszą grupę stanowią ci, którzy przyjmują omawianą teorię. W obrębie tej grupy należy rozróżnić z kolei trzy kierunki:

a) Pierwszy z nich jest reprezentowany przez Ripert'a<sup>1</sup> i Bonnacase'a<sup>2</sup>; ograniczają oni zakres teorii nadużycia prawa do przypadku działania w tym celu, by szkodzić drugiej osobie. Są oni zwolennikami jak największego zwięzienia zakresu działania omawianej teorii.

b) Dalej idą ci, którzy stosują do nadużycia prawa ogólne zasady zawinięcia art. 1382 i 1383 k. N. Odrzucają oni wprawdzie kryterium celowościowe nadużycia prawa, jednak uznają, że wykonywujący prawo podmiotowe odpowiada wówczas, gdy dopuścił się niedbalstwa lub postąpił nierozważnie. Do tego kierunku należy zaliczyć Colin-Capitant'a<sup>3</sup> oraz H. i L. Mazeaud'ów<sup>4</sup>.

c) Wreszcie trzeci kierunek przyjmuje kryterium celowościowe nadużycia prawa. Poza Josserandem należą tutaj Champion<sup>5</sup> i Cornil<sup>6</sup>. Proponują oni wprawdzie inne sformułowanie teorii nadużycia prawa, niż podane przez Josseranda; w istocie jednak rzeczy stanowisko ich pokrywa się z poglądami Josseranda. Określają oni nadużycie prawa, jako złamanie istniejącej równowagi interesów (la rupture de l'équilibre des intérêts en présence). Champion rozróżnia następujące kryteria nadużycia prawa: a) chęć szkodenia, b) brak prawnego interesu, c) używanie prawa niezgodnie z jego funkcją społeczną. Wszystkie te kryteria mieszczą

<sup>1</sup> La règle morale dans les obligations, 3. wyd. nr 89.

<sup>2</sup> Uzupełnienia do Baudry-Lacantinerie, t. III nr 229.

<sup>3</sup> Cours élémentaire, 8. wyd. t. II, s. 384.

<sup>4</sup> Traité théorique et pratique de la responsabilité civ. t. I, s. 543.

<sup>5</sup> La théorie de l'abus, s. 104.

<sup>6</sup> Le droit privé, s. 100.

się — jego zdaniem — w ogólnej definicji nadużycia prawa, jako złamania istniejącej równowagi interesów.

2) Druga część nauki francuskiej podnosi zastrzeżenia przeciwko teorii nadużycia prawa, oceniając ją, jako błędną z punktu widzenia logicznego, względnie niebezpieczną z punktu widzenia społecznego. Poglądami tych autorów zajmę się bliżej w dalszym ciągu tej pracy.

## ROZDZIAŁ V

### Prawo szwajcarskie

Kodeks cywilny szwajcarski zakazuje nadużycia prawa w art. 2. W ustępie pierwszym tego artykułu jest wypowiedziana zasada, że w wykonywaniu swych praw i wypełnianiu obowiązków każdy ma postępować zgodnie z zasadami dobrej wiary, po czym ustęp drugi zawiera normę, według której wićocznie nadużycie prawa nie doznaje ochrony prawnej<sup>1</sup>. Z zestawienia tych ustępów wynika, że ustęp drugi powtarza w negatywnej formie myśl, wyrażoną w ustępie pierwszym. Prawo szwajcarskie wychodzi z założenia, że prawa podmiotowe znajdują swą granicę w zasadach dobrej wiary. Zachowanie, które przekracza granice, zakreślone przez zasady dobrej wiary, nie jest już wykonywaniem prawa, lecz nadużyciem prawa i dlatego, jako działanie bezprawne, nie doznaje ochrony prawnej. Jeżeli nadużywający prawa wyrządził szkodę drugiej osobie, zobowiązany jest do jej naprawienia, a to po myśli art. 41 prawa obl. szw., według którego każde bezprawne działanie zobowiązuje do naprawienia szkody, jeżeli sprawca działał rozmyślnie lub niedbale.

Ustawodawca nie zdefiniował bliżej nadużycia prawa, ograniczając się do podania przepisu, określającego obiektywne granice prawa podmiotowego<sup>2</sup>. Ustawodawca zaznacza ponadto, że

<sup>1</sup> Artykuł ten brzmi w języku niemieckim: „Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz”.

Przepis ten jest przejęty dosłownie przez art. 2 kodeksu cywilnego tureckiego z 1926 r.

<sup>2</sup> Huber, Rechtsmissbrauch, s. 100, twierdzi z dużą dozą słuszności, że ustawodawca chciał oddać definicję nadużycia prawa nauce i orzecznictwu.

nadużycie prawa musi być widoczne i przez to ogranicza zastosowanie przepisu art. 2 k. c. szw. do przypadków niewątpliwego nadużycia prawa. Twórcy kodeksu cywilnego uważali przepis art. 2 za rodzaj środka nadzwyczajnego, mającego zapewnić sprawiedliwość wówczas, gdy zwykle środki nie wystarczają dla ochrony osób, narażonych na niedozwolone działanie uprawnionego<sup>1</sup>. Jak to trafnie określa jedno z orzeczeń Trybunału Związkowego (40 III 160), art. 2 kodeksu cywilnego szwajcarskiego wychodzi z założenia, że ustawa nie może zadośćuczynić bogactwu zagadnień, które przynosi życie, i dlatego celem tego artykułu jest wyrównanie nierówności prawa pisanego. Przez wskazanie na dobrą wiarę daje art. 2 wyraz ogólnej zasadzie, że porządek prawny nie uznaje roszczeń, które nie służą dla ochrony słuszných interesów uprawnionego.

Cała niemal nauka prawa cywilnego<sup>2</sup> uważa ujęcie nadużycia prawa w kodeksie cywilnym szwajcarskim za znakomite i bardzo nowoczesne. Wyższość k. c. szw. nad k. c. n. i austr. w sformułowaniu tego przepisu jest zupełnie niewątpliwa. Zamiast wąsko ujętych przepisów k. c. n. i austr. daje k. c. szw. przepis ogólny, podający obiektywne kryterium nadużycia prawa, mianowicie działalności widocznie sprzecznej z zasadami dobrej wiary. Na podstawie art. 2 k. c. szw. rozwinęło się bogate orzecznictwo, które stosuje podobne kryteria nadużycia prawa, jak orzecznictwo francuskie: brak własnego interesu uprawnionego, wykonywanie prawa w innym celu, niż ten, dla którego prawo zostało udzielone itp.

## ROZDZIAŁ VI

### Prawo radzieckie

Paragraf pierwszy kodeksu cywilnego sowieckiego z r. 1923 głosi, że prawa podmiotowe są chronione przez ustawę z wyjątkiem tych przypadków, gdy są one wykonywane w celach sprzecz-

<sup>1</sup> Sprawozdanie Rady Związkowej z dnia 28 V 1904 (s. 13) mówi o przepisie art. 2 k. c. szw. w słowach następujących: „Die Bestimmung soll für die Fälle, als eine Art von Notausgang dienen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenbares Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde”.

<sup>2</sup> Por. przykładowo: Huber, Rechtsmissbrauch, s. 101, Jossierand, Esprit, s. 271; Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 17.

nych z ich przeznaczeniem ekonomicznym i społecznym. Przepis ten wzbudził bardzo wielkie zainteresowanie w literaturze zarówno radzieckiej, jak i zagranicznej. Szczegółowe przedstawienie różnych zapatrywań na istotne znaczenie zasady, wyrażonej w § 1 k. c. sow., przekraczałoby o wiele rozmiary niniejszej pracy, gdyż wymagałoby dokładnej analizy poglądów prawników radzieckich na istotę i cel samego porządku prawnego. Dlatego ograniczę się do podania dwóch zasadniczych poglądów na znaczenie § 1 k. c. sow.

Według przewyższonego już obecnie zapatrywania części nauki radzieckiej<sup>1</sup> § 1 k. c. sow. miał być mieczem Damoklesa, zawieszonym nad każdym z praw podmiotowych. Zestawiając § 1 z § 4 k. c. sow.<sup>2</sup>, autorowie ci głosili, że udzielenie jednostce praw podmiotowych przez kodeks cywilny ma charakter prekaryjny; ochrona tych praw nie jest absolutna, lecz względna. Prawnictwo stwarza koncesje dla inicjatywy indywidualnej, zapewnia jednostkom zdolność cywilną i posiadanie praw podmiotowych jedynie w celu rozwoju sił produkcyjnych kraju. Według tej koncepcji porządek prawny jest jedynie środkiem dla realizacji celów politycznych, a sędzia radziecki nie ma być związany prawem, lecz stać ponad prawem.

Według zdania przeważającej części literatury radzieckiej i zagranicznej<sup>3</sup> § 1 k. c. sow. stwarza jedynie ogólny zakaz nadużywania praw podmiotowych, odpowiadający podobnym zasadom innych kodeksów cywilnych. Autorowie ci wskazują na podobieństwo w sformułowaniu pomiędzy art. 2 k. c. szw. a § 1 k. c. sow. Są oni zdania, że ustawodawca sowiecki przyjął kryterium celowościowe nadużycia prawa i w konsekwencji zakazuje on działania, sprzecznego z funkcją społeczną poszczególnych praw podmiotowych.

<sup>1</sup> Zmiana w zapatrywaniach nauki radzieckiej na znaczenie podstawowych pojęć cywilistycznych jest przedstawiona w interesującej rozprawie Rundsteina, W poszukiwaniu prawa cywilnego, 1939.

<sup>2</sup> Paragraf 4 brzmi: „W celu rozwijania sił produkcyjnych kraju, Z. S. S. R. uznaje zdolność cywilną (zdolność posiadania praw i obowiązków cywilnych) wszystkich obywateli, nie ograniczonych w swych prawach na podstawie wyroku sądowego. Płeć, rasa, narodowość, religia, pochodzenie nie mają żadnego wpływu na rozmiar zdolności cywilnej”.

<sup>3</sup> Freund, Das Zivilrecht des Sowjetrusslands, s. 30; Thal, Schranken des Schutzes von Privatrechten nach § 1 des Zivilkodexes der Ud SSR Zivir, Ostrecht, 1926, s. 409; Josserand, Esprit, s. 274; Kelmann, Entwicklung der produktiven Kräfte, Ostrecht 1925.

Rozwój nauki i orzecznictwa radzieckiego poszedł za drugim zapatrywaniem. Początkowo orzecznictwo sądów niższej instancji ograniczało się do schematycznego powoływania się w uzasadnieniu na §§ 1 i 4 k. c. sow. Ale już okólnik Kolegium Kasacyjnego z dnia 22 XII 1924 wskazał na niebezpieczeństwo takiego ogólnikowego powoływania się na przepisy tych paragrafów i stwierdził, że mogą one mieć zastosowanie jedynie w przypadkach wyjątkowych. Stopniowo orzecznictwo radzieckie ogranicza § 1 k. c. do właściwej roli, mianowicie paragraf ten staje się środkiem walki przeciwko nadużywaniu praw prywatnych. Panująca nauka radziecka z naciskiem podkreśla, że przy stosowaniu ustaw winien być wykluczony wszelki subiektywizm sędziowski, że sędzia nie stoi ponad prawem. Postulatem staje się praworządność, stałość i bezpieczeństwo obrotu<sup>1</sup>.

Z powyższego wynika, że § 1 k. c. sow. jest klauzulą generalną, stwarzającą ogólny zakaz nadużywania praw podmiotowych. Ustawodawca przyjął kryterium celowościowe nadużycia prawa i w konsekwencji zakazuje on działania, sprzecznego z funkcją społeczną poszczególnych praw podmiotowych. Treść praw podmiotowych jest ograniczona z uwagi na ich przeznaczenie ekonomiczne i społeczne.

<sup>1</sup> Por. Rundstein, W poszukiwaniu prawa cywilnego, s. 119.



## C Z Ę Ś Ć III

### ROZDZIAŁ I

#### Zakaz nadużycia prawa w prawie polskim

##### 1. Analiza art. 135 i 189 k. z.

Przepisy wprowadzające do kodeksu zobowiązań uchyliły w art. XVI i XXII moc obowiązującą przepisów § 1295 ust. 2 k. c. a. i art. 1382 k. N., będących podstawą dla zakazu nadużycia prawa w kodeksie austriackim i w kodeksie Napoleona. Na obszarze mocy obowiązującej kodeksu niemieckiego art. XXVII przepisów wprowadzających k. z. uchylił moc obowiązującą §§ 242 i 826 k. c. n. Moim zdaniem należy przyjąć, że również przepis § 226 k. c. n. został uchylony klauzulą generalną art. I przepisów wprowadzających k. z., gdyż dotyczy on przedmiotu, unormowanego w kodeksie zobowiązań (art. 135 i 189 k. z.). Artykuł XXVII przepisów wprowadzających k. z. nie wspomina wprawdzie o § 226 k. c. n. i dlatego można zająć stanowisko, że przepis ten nie został uchylony<sup>1</sup>. Przepis § 226 k. c. n. ujmuje jednak nadużycie prawa znacznie wężiej, niż art. 135 k. z. i dlatego pogląd, że § 226 k. c. n. obowiązuje nadal, prowadzi do zupełnie paradoksalnej sytuacji: działanie dozwolone z punktu widzenia § 226 k. c. n. byłoby niedozwolone z punktu widzenia art. 135 k. z. Nie widzę żadnej podstawy do przyjmowania dwóch, sprzecznych ze sobą, przepisów o nadużyciu prawa na obszarze mocy obowiązującej kodeksu cywilnego niemieckiego. Pominięcie § 226 k. c. n. w art. XXVII przepisów wprowadzających k. z. da się wytłumaczyć, jako proste przeoczenie redaktorów przepisów wprowadzających,

<sup>1</sup> Na tym stanowisku stoi Grzybowski w artykule „Prawa podmiotowe” w XXIV zeszyte Encyklopedii prawa prywatnego (str. 14 odbitki tego artykułu).

którzy, zdając sobie sprawę z możliwości takich przeoczeń, stworzyli ogólną zasadę w art. I przepisów wprowadzających<sup>1</sup>.

Przepisy kodeksów cywilnych dzielnicowych, zakazujące nadużywania poszczególnych praw rodzinnych (§§ 1353 ust. 2 zd. 1, 1354 ust. 2, 1357 ust. 2, 1358 ust. 2, 1371, 1447, 1666 k. c. n., § 178 k. c. a.) zostały uchylone przez przepisy wprowadzające polskie prawo małżeńskie (dekret z 25 IX 45 D. U. R. P. nr 48, poz. 271) oraz przez przepisy wprowadzające polskie prawo rodzinne (dekret z 22 I 46 D. U. R. P. nr 6, poz. 53), opiekuńcze (dekret z 14 V 46 D. U. R. P. nr 20 poz. 131) prawo małżeńskie majątkowe (dekret z 29 I 46 D. U. R. P. nr 31 poz. 197). Wobec istnienia klauzul generalnych art. 135 i 189 k. z. ustawodawca polski słusznie nie zamieścił w nowych dekretach szczegółowych przepisów, zakazujących nadużywania poszczególnych praw rodzinnych. Ograniczył się on do podania ogólnych zasad w art. 20 § 3 prawa rodzinnego (obowiązkiem rodziców jest sprawować władzę rodzicielską tak, jak tego wymaga dobro dzieci i interes społeczeństwa), w art. 14 prawa małżeńskiego (małżonkowie obowiązani są do wspólnego pożycia, wierności, pomocy i współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli), w art. 15 prawa opiekuńczego (opiekun i opiekun przydany obowiązani są spełniać swe czynności z należytą starannością tak, jak tego wymaga dobro poddanego opiece i interes społeczeństwa), wreszcie w art. 1 prawa małżeńskiego majątkowego (przy stosowaniu tego prawa należy mieć na względzie dobro rodziny). Przepisy powyższe mają dla nas uboczne znaczenie, ponieważ celem naszej pracy jest opracowanie ogólnej zasady o nadużyciu prawa w prawie pozytywnym polskim. Właściwa wykładnia art. 135 i 189 k. z. pozwoli nam na stworzenie takiej ogólnej zasady, a przepisy prawa rodzinnego będą jedynie jej zastosowaniem w konkretnym przypadku.

Według art. 135 k. z. kto rozmyślnie lub przez niedbalstwo wyrządził drugiemu szkodę, wykonywując swe prawo, obowiązany jest do jej naprawienia, jeżeli wykroczył poza granice, za-

<sup>1</sup> Z chwilą wydania dekretu z dnia 12 XI 46 (D. U. R. P. nr 67, poz. 369), zawierającego przepisy ogólne prawa cywilnego, zagadnienie przedstawione w tekście stało się bezprzedmiotowe, gdyż art. 13 dekretu uchylił wszystkie dotychczas nieuchylone przepisy k. c. n., z wyjątkiem przepisów, dotyczących fundacji i odpowiedzialności za szkody, wyrządzone przez urzędników. O dekreście tym p. niżej s. 191.



kreślone przez dobrą wiarę lub przez cel, ze względu na który prawo mu służyło. Jak to stwierdza wyraźnie uzasadnienie do części ogólnej k. z.<sup>1, 2</sup>, kodeks zobowiązań przyjął sformułowanie nadużycia prawa z projektu francusko-włoskiego (art. 74 ust. 2)<sup>3</sup>. Redaktorowie kodeksu zobowiązań uznali za zbyt wąskie sformułowanie przepisu o nadużyciu prawa, zawarte w § 226 k. c. n. i § 1295 ust. k. c. a., albowiem obejmuje ono tylko sztywną, tj. wykonywanie prawa wyłącznie lub widocznie na szkodę drugiego. Zdaniem uzasadnienia także wykonywanie prawa z innych pobudek niemoralnych lub niezgodnych z przeznaczeniem prawa, powinno zobowiązywać do naprawienia szkody<sup>4</sup>.

Redaktorowie kodeksu zobowiązań bardzo słusznie odrzucili wąskie sformułowanie przepisu o nadużyciu prawa, zawarte w §§ 226 k. c. n. i 1295 ust. 2 k. c. a. Również należy stwierdzić, że bardzo trafnie przyjęli oni przepis, zawarty w projekcie francusko-włoskim, i nawiązali w ten sposób do bogatej literatury i orzecznictwa francuskiego z tego zakresu. Art. 135 k. z. jest przepisem znakomitym; dzięki swej giętkości i elastyczności może on mieć bardzo duże znaczenie dla rozwoju prawa polskiego i zastosowania go do zmieniających się stosunków ekonomicznych i społecznych. Przepis ten stanowi niewątpliwą postępowanie w stosunku do ustawodawstwa dotychczas w Polsce obowiązującego, miano-

<sup>1</sup> S. 196.

<sup>2</sup> Co do dość zasadniczej różnicy w brzmieniu między k. z. a projektem francusko-włoskim, por. niżej s. 96.

<sup>3</sup> Art. 74 projektu francusko-włoskiego powtarza w ustępie pierwszym zasadę art. 1382 k. N. Natomiast nadużyciem prawa zajmuje się ustęp drugi tego artykułu; brzmi on: „Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré”. Wpływ Jossieranda na takie sformułowanie przepisu o nadużyciu prawa jest zupełnie niewątpliwy; za pośrednictwem zaś projektu francusko-włoskiego Jossierand wywarł wpływ na ujęcie przepisu o nadużyciu prawa w k. z.

<sup>4</sup> Zaznaczyć należy, że art. 75 ust. 2 projektu Tilla (Projekt polskiego prawa zobowiązań, 1923), zawierał przepis o nadużyciu prawa, powtarzający zasadę § 26 k. c. n. Art. 75 miał następujące brzmienie: „Kto czynem bezprawnym z umysłu lub z niedbalstwa wyrządzi drugiemu szkodę, obowiązany jest do odszkodowania. Ten sam obowiązek ma, kto rozmyślnie wyrządzi drugiemu szkodę w sposób wykraczający przeciwko dobremu obyczajom, chociażby działał w wykonywaniu swego prawa”.

wicie w stosunku do nie całkiem jasno i szczęśliwie ujętych przepisów § 1295 ust. 2 k. c. a. i §§ 226 i 826 k. c. n., względnie braku pozytywnego przepisu w kodeksie Napoleona. Elastyczność przepisu art. 135 k. z. nie jest jego wadą, lecz przeciwnie wielką zaletą. Rozwój prawa polega na stopniowym przejściu od sztywnych reguł, które łączą ze ściśle określonymi stanami faktycznymi ściśle określone skutki prawne, do elastycznych przepisów, które dają tylko ogólną dyrektywę dla rozstrzygnięcia sędziowskiego<sup>1</sup>. Sędzia, nie związany sztywnym przepisem, może uwzględnić szczególne właściwości danego przypadku i wyszukać najwłaściwsze rozstrzygnięcie *in concreto*. Ewolucja prawa łączy się z rozwojem ekonomicznym i społecznym; w miarę, jak środki produkcji i wymiany podlegają stopniowemu rozwojowi i przybierają coraz to nowe skomplikowane formy, normy prawne podlegają ewolucji od przepisów sztywnych do giętkich i elastycznych. Rzymianie określali tę różnicę w ujęciu przepisów prawnych przeciwstawieniem „*ius strictum*” i „*ius aequum*”. Z tego punktu widzenia możemy określić normę art. 135 k. z. jako przepis „*ius aequi*”.

Przed przystąpieniem do wykładni art. 135 k. z. musimy zastanowić się nad właściwym zakresem zastosowania teorii nadużycia prawa. Kodeks zobowiązań systematyzuje przepis o nadużyciu prawa w rozdziale, mówiącym o zobowiązaniach, wynikających z czynów niedozwolonych. Twórcy kodeksu zobowiązań ograniczali zagadnienie nadużycia prawa do dziedziny odpowiedzialności deliktualnej<sup>2</sup>. Zanim odpowiemy na pytanie, czy takie ograniczenie jest uzasadnione, musimy sobie zdać sprawę z jego przyczyn.

Teoria nadużycia prawa jest tworem orzecznictwa francuskiego i względy historyczne tłumaczą nam ograniczenie zakresu omawianej teorii. Zagadnienie nadużycia prawa wyłoniło się w praktyce przede wszystkim w tych przypadkach, gdy ktoś w wykonywaniu swego prawa wyrządza drugiemu krzywdę. Podstawą tradycyjnej nauki o odpowiedzialności deliktualnej była zasada odpowiedzialności za winę, sformułowana w art. 1382 k. N.; otóż w myśl tradycyjnych poglądów nauki francuskiej z połowy XIX w. winy nie można dopuścić się w wykonywaniu prawa, wobec za-

<sup>1</sup> Por. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, s. 164.

<sup>2</sup> Por. uzasadnienie do części ogólnej, s. 196.

sady: „*qui iure suo utitur neminem laedit*”. Ponieważ klasyczna zasada odpowiedzialności za winę nie odpowiadała potrzebom praktyki, orzecznictwo i nauka francuska z końcem XIX w. przypuściły szturm do tej zasady. Atak ten prowadzony był z kilku stron, jednakowoż tendencja ogólna nowego kierunku w prawie cywilnym jest jedna: dąży on do rozszerzenia zasad odpowiedzialności *ex delicto*. Z jednej strony teoria ryzyka dąży do obalenia zasady winy i zastąpienia jej zasadą ryzyka; z drugiej strony teoria nadużycia prawa twierdzi, że winy w rozumieniu art. 1382 k. N. dopuścić się można także w wykonywaniu prawa. Nie jest rzeczą przypadku, że ci sami autorowie (Saleilles, Josserand) byli równocześnie zwolennikami teorii ryzyka i teorii nadużycia prawa<sup>1</sup>.

Ze wszystkich kierunków, dążących do rozszerzenia podstaw odpowiedzialności *ex delicto*, teoria nadużycia prawa odniosła najbardziej pełny sukces. Stała się ona częścią składową nauki o odpowiedzialności deliktualnej i obecnie dla przeważającej części nauki francuskiej zagadnienie nadużycia prawa zajmuje systematycznie miejsce w dziedzinie odpowiedzialności *ex delicto*<sup>2</sup>.

Zaznaczyliśmy już w części porównawczej, że w literaturze francuskiej sporne było zagadnienie, czy teoria nadużycia prawa ma charakter subiektywny, czy obiektywny. Autorów, przyjmujących omawianą teorię, można by podzielić na dwa wielkie obozy: zwolenników teorii subiektywnej i zwolenników teorii obiektywnej. Podkreślić należy, że poszczególni autorowie podawali różne cechy, jako podstawę dla przeprowadzenia tego podziału<sup>3</sup>. Na ogół podstawą podziału było kryterium nadużycia prawa, przyjmowane przez poszczególnych autorów. Zwolennicy teorii subiektywnej proponują przyjęcie kryterium psychologicznego, a mianowicie zamiaru szkodenia drugiej osobie. Natomiast zwolennicy teorii obiektywnej przyjmują ekonomiczne kryterium braku in-

<sup>1</sup> Por. Ripert, *La règle morale*, s. 169; Planiol, *Traité pratique* t. VI, s. 784; Josserand, *Esprit*, s. 331 wskazując, że teorie te nie wykluczają się wzajemnie, lecz każda z nich ma własne zadania i własny zakres zastosowania.

<sup>2</sup> Por. Josserand, *Esprit*, s. 332 i *Cours de droit civil* t. II, s. 213; dla niego ustawową podstawą teorii nadużycia prawa jest art. 1382 k. N. a przypadki nadużycia prawa są po prostu rozszerzeniem pojęcia winy.

<sup>3</sup> Dlatego już w roku 1902 Charmont (*Revue Trimestrielle* t. I, s. 125) zaznaczył, że nie można przypisywać zasadniczego znaczenia podziałowi na zwolenników teorii subiektywnej i obiektywnej.

teresu uprawnionego, względnie społeczne kryterium wykonywania prawa niezgodnie z funkcją społeczną. Josserrand zajmuje stanowisko pośrednie; według niego teoria nadużycia prawa jest równocześnie obiektywna i subiektywna, a to w zależności od punktu widzenia, z którego się na nią patrzy<sup>1, 2</sup>. Jest ona subiektywna, albowiem wymaga badania motywów działającego; jest równocześnie obiektywna, albowiem wymaga zbadania celu odnośnego prawa podmiotowego i jego funkcji społecznej.

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że pogląd Josserranda jest najzupełniej trafny na tle prawa polskiego. Art. 135 k. z. zajmuje się obowiązkiem naprawienia szkody, wyrządzonej komuś rozmyślnie lub przez niedbalstwo w razie niewłaściwego wykonywania prawa. Obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody jest uzależniony od dwóch założeń:

1) uprawniony musi wykonywać swe prawo w sposób niewłaściwy, bo sprzeczny z zasadami dobrej wiary lub z celem prawa podmiotowego (moment obiektywny),

2) działanie uprawnionego musi być rozmyślne lub niedbałe (moment subiektywny).

Te dwa momenty: obiektywny, bezprawnego działania, i subiektywny, rozmyślności lub niedbalstwa, łączy art. 134 k. z. pod nazwą winy. Art. 135 k. z. przedstawia się zatem jako jeden z przypadków wyrządzenia szkody ze swej winy (art. 134 k. z.); różnica polega jedynie na tym, że w art. 135 k. z. moment obiektywny bezprawnego działania jest konkretnie określony, podczas gdy art. 134 k. z. nie określa konkretnie tego momentu<sup>3</sup>.

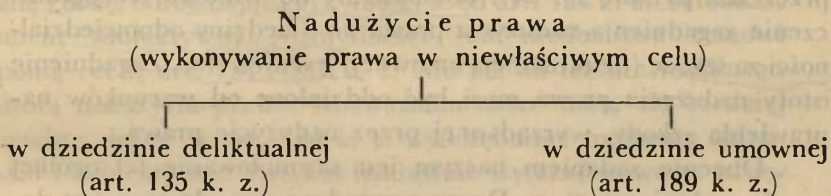
<sup>1</sup> Esprit s. 341, s. 385; „elle est subjective à la fois et objective, suivant l'angle, sous lequel on l'envisage”.

<sup>2</sup> Co do stanowiska Josserranda, por. wyżej s. 44.

<sup>3</sup> Zgodnie z wywodami tekstu: Longchamps, Zobowiązania, s. 235 oraz w zeszycie XVII Encykl. Prawa Pryw., s. 1052: „Przypadki nadużycia prawa są tylko szczególnym rodzajem winy w rozumieniu art. 134. Momentem obiektywnym winy jest tu wykroczenie poza granice, określone przez dobrą wiarę i cel, w którym prawo komuś służy, momentem subiektywnym jest działanie rozmyślne lub niedbalstwo, jakiego się uprawniony przy tym dopuszcza. Ponieważ w art. 135 ów moment obiektywny musiał być osobno określony, przeto należało też osobno wspomnieć o momencie subiektywnym, podczas gdy w art. 134 oba te momenty mieszczą się już w pojęciu winy”.

Art. 135 k. z. wyodrębnia momenty subiektywne i obiektywne i dlatego wydawałoby się, że najwłaściwszą konstrukcją nadużycia prawa na tle prawa polskiego będzie teoria mieszana: subiektywno-obiektywna. Taki pogląd opiera się na zbyt wąskim ujęciu pojęcia nadużycia prawa i jest on niewłaściwy z dwóch przyczyn:

1) Nadużycie prawa może nastąpić nie tylko w dziedzinie pozaumownej (deliktualnej), ale również w dziedzinie umownej<sup>1</sup>. Nadużycia prawa może dopuścić się wierzyciel lub dłużnik w wykonywaniu zobowiązań<sup>2</sup>. Nadużyciem prawa w dziedzinie deliktualnej zajmuje się art. 135 k. z.; natomiast nadużyciem prawa w dziedzinie umownej zajmuje się art. 189 k. z., mówiący o tym, że strony winny wykonywać zobowiązania zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu<sup>3</sup>. Artykuł 189 ma dla nas zasadnicze znaczenie obok art. 135 k. z. Stosunek tych artykułów możemy zobrazować na następującym schemacie:



Wynika stąd, że ograniczenie zakresu teorii nadużycia prawa wyłącznie do dziedziny deliktualnej jest nietrafne. Dlatego będziemy musieli starać się stworzyć takie pojęcie nadużycia prawa, które by obejmowało zarówno przypadki nadużycia prawa w dziedzinie deliktualnej, jak i umownej. Zadanie nasze będzie więc

<sup>1</sup> Por. Demogue, *Traité des obligations* t. IV, s. 341.

<sup>2</sup> Jurysprudencja francuska, stosując teorię nadużycia prawa w dziedzinie umownej, powołuje się na art. 1382 k. N., zatem na przepis, zajmujący się wyłącznie odpowiedzialnością deliktualną. Takie stanowisko orzecznictwa nie jest poprawne, albowiem zaciera ono granicę pomiędzy odpowiedzialnością deliktualną a umowną. Radulesco (*Abus des droits en matière contractuelle* 1935) zwraca trafnie uwagę na to, że podstawą dla teorii nadużycia prawa w dziedzinie umownej mogą być w prawie francuskim przepisy art. 1134 ust. 3 i 1135 k. N., ale nie art. 1382 k. N.

<sup>3</sup> Wzorowany jest on na § 242 k. c. n.; por. także art. 1134 ust. 3 k. N., wyrażający zasadę, że umowy winny być wykonywane zgodnie z dobrą wiarą.

polegało na sprowadzeniu art. 135 i 189 k. z. do jednej, bardziej ogólnej zasady.

2) Ripert<sup>1</sup> bardzo słusznie podkreśla, że rozstrzygnięcie problemu odpowiedzialności za nadużycie prawa wymaga uprzedniego rozwiązania zagadnienia samego nadużycia prawa podmiotowego. Zagadnienie nadużycia prawa nie ogranicza się bowiem do zakresu nauki o odpowiedzialności za szkodę, lecz należy ono systematycznie do części ogólnej kodeksu cywilnego<sup>2</sup>. Daje ono nam odpowiedź na pytanie, jakie są granice prawa podmiotowego, oraz rozstrzyga, w jakich przypadkach wykonywanie prawa podmiotowego staje się działaniem bezprawnym<sup>3</sup>. Dla tak pojętego nadużycia prawa jest rzeczą obojętną, czy uprawniony odpowiada za szkodę wyrządzoną drugiej osobie, czy też nie odpowiada; istota nadużycia prawa jest zawsze ta sama, jedynie sankcja nadużycia będzie różna, w zależności od natury poszczególnego przypadku. Rozważania te pozwalają nam odpowiedzieć na postawione przez nas pytanie (s. 54): dochodzimy do wniosku, że ograniczenie zagadnienia nadużycia prawa do dziedziny odpowiedzialności za szkodę (deliktuálnej i umownej) jest nietrafne. Zagadnienie istoty nadużycia prawa musi być oddzielone od warunków naprawienia szkody, wyrządzonej przez nadużycie prawa.

Obecnie zadaniem naszym jest sformułowanie tej ogólnej zasady nadużycia prawa. Drogą prowadzącą nas do tego jest dokładna analiza przepisu art. 135 k. z. (w mniejszym stopniu analiza art. 189 k. z.).

<sup>1</sup> La règle morale, s. 177.

<sup>2</sup> W literaturze francuskiej kilku autorów wskazało bardzo słusznie na to, że zakaz nadużycia prawa wykracza poza granice nauki o odszkodowaniu. Tak przede wszystkim Saleilles w swym projekcie, przedstawionym pierwszej podkomisji dla rewizji kodeksu cywilnego (o projekcie tym była mowa powyżej, s. 42 uw. 4). Saleilles uważał przepis art. 1382 k. N. za nie wystarczającą podstawę dla nauki o nadużyciu prawa i dlatego proponował umieszczenie przepisu o nadużyciu prawa w części ogólnej kodeksu cywilnego, a to w następującym brzmieniu: „Un acte, dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui, qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit”.

<sup>3</sup> Por. Demogue, Traité des obligations t. IV, s. 366: „Le problème (de l'abus de droit) déborde beaucoup celui de la responsabilité. C'est un problème des limites de tous les droits subjectifs”.

Analiza art. 135 k. z. pozwala nam na wyodrębnienie dwóch zasad, wyrażonych w tym artykule. Artykuł ten stwierdza przede wszystkim, kiedy zachodzi nadużycie prawa podmiotowego: zachodzi ono mianowicie wówczas, gdy uprawniony w wykonywaniu swego prawa wykroczył poza granice, określone przez dobrą wiarę lub przez cel, ze względu na który mu prawo służyło. Druga zasada wyrażona w art. 135 k. z. stwierdza, że w przypadku nadużycia prawa obowiązek naprawienia szkody powstaje wówczas, gdy uprawniony działał rozmyślnie lub niedbale. Nadużycie prawa jest więc działaniem obiektywnie bezprawnym; jeżeli uprawniony działał ponadto rozmyślnie lub niedbale, obowiązany jest on do naprawienia wyrządzonej szkody. Taka analiza art. 135 k. z. nie jest wcale jakąś sztuczną konstrukcją pojęciową; polega ona jedynie na podkreśleniu przeprowadzonego wyraźnie w tekście art. 135 k. z. wyodrębnienia momentu obiektywnego oraz momentu subiektywnego. Moment obiektywny stanowi specyficzną cechę, odróżniającą art. 135 k. z. od art. 134 k. z. Natomiast moment subiektywny rozmyślności lub niedbalstwa stanowi wspólną cechę art. 134 i 135 k. z. Nie ma on też nic wspólnego z istotą nadużycia prawa. Rozważania nasze staną się bardziej oczywiste, jeżeli w art. 134 k. z. wyodrębnimy momenty obiektywne i subiektywne. Artykuł ten będzie wyrażać wówczas następującą zasadę: „Kto rozmyślnie lub przez niedbalstwo (moment subiektywny winy) wyrządził bezprawnie (moment obiektywny winy) drugiemu szkodę, obowiązany jest do naprawienia szkody”. Zestawiając art. 134 k. z. z art. 135 k. z. dostrzeżemy bez trudu, że specyficzną cechą, odróżniającą art. 135 k. z. od art. 134 k. z., jest sprecyzowanie momentu obiektywnego w art. 135 k. z.

Dalszą podstawę ustawową dla wypracowania ogólnej zasady nadużycia prawa stanowi art. 189 k. z. Artykuł ten odnosi się w pierwszym rzędzie do wykonywania zobowiązań przez dłużnika, chroniąc wierzyciela przed zachowaniem się dłużnika, sprzecznym z dobrą wiarą. Zasady dobrej wiary mogą np. nakładać na dłużnika, nieprzewidziany wyraźnie ustawowo ani umownie, obowiązek doniesienia wierzycielowi o okolicznościach ważnych dla wierzyciela; zaniechanie tego obowiązku, wynikającego ex bona fide, zobowiązuje dłużnika do naprawienia wyrzą-

dzionej szkody<sup>1</sup>. Przepis art. 189 k. z. zabezpiecza również dłużnika przed nadużyciem prawa ze strony wierzyciela; jak to wyraźnie stwierdza uzasadnienie do części ogólnej<sup>2</sup>, przepis art. 189 k. z. zabezpiecza dłużnika przed wymaganiem świadczenia w sposób zgodny formalnie z treścią zobowiązania, ale tchnący zwykaną, bezwzględnością, zbytnim formalizmem itp. Zasady dobrej wiary nie pozwalają na to, by wierzyciel, opierając się na formalnie przysługujących mu uprawnieniach, żądał świadczeń wyraźnie krzywdzących dłużnika.

Na podstawie analizy art. 189 k. z. dochodzimy więc do wniosku, że wierzyciel dopuszcza się nadużycia prawa w tych wszystkich przypadkach, gdy działa on w sposób sprzeczny z wymaganiami dobrej wiary i zwyczajami uczciwego obrotu. Pomijając zwyczaje uczciwego obrotu, które mają uboczne znaczenie w stosunku do zasad dobrej wiary<sup>3</sup>, możemy powiedzieć, że przepis art. 189 k. z. harmonizuje w zupełności z przepisem art. 135 k. z. Art. 189 k. z. wysuwa na pierwsze miejsce zasady dobrej wiary, jako kryterium nadużycia prawa.

Reasumując powyższe wywody dochodzimy do następującego określenia nadużycia prawa w prawie polskim<sup>4</sup>:

Nadużycie prawa zachodzi w tych wszystkich przypadkach, gdy uprawniony, wykonywując swe prawo, działa sprzecznie z zasadami dobrej wiary lub używa prawa niezgodnie z celem, ze względu na który prawo mu służy. Kryterium nadużycia prawa w prawie polskim jest obiektywne; rozstrzygnięcie pytania, czy w danym przypadku zachodzi nadużycie prawa, winno nastąpić na podstawie znamion obiektywnych, z wyłączeniem badania subiektywnych pobudek, które kierowały uprawnionym. Art. 135

<sup>1</sup> Ściśle rzecz biorąc, dłużnik nie może się dopuścić nadużycia prawa, ponieważ wykonuje on obowiązek, a nie prawo podmiotowe. O nadużyciu prawa można mówić, ściśle rzecz biorąc, jedynie przy wykonywaniu prawa przez wierzyciela. Art. 189 k. z. ma dla nas znaczenie w pierwszym rzędzie o tyle, o ile zakazuje on nadużycia prawa przez wierzyciela. Zasady, dotyczące wykonywania praw podmiotowych, można stosować do wykonywania obowiązków prawnych jedynie w drodze ostrożnej analogii.

<sup>2</sup> S. 284, tak samo Longchamps, *Zobowiązania*, s. 321.

<sup>3</sup> Por. Hamburger, *Treu und Glauben*, s. 6.

<sup>4</sup> Podane określenie ma charakter prowizoryczny i nie przesądza kwestii, jaka konstrukcja nadużycia prawa jest m. zd. właściwa na tle prawa polskiego. Kwestią tą zajmiemy się poniżej.



i 189 k. z. są dwoma zastosowaniami ogólnej zasady panującej w prawie polskim i głoszącej, że wykonywanie prawa podmiotowego, sprzeczne z dobrą wiarą lub celem prawa podmiotowego, jest niedozwolonym nadużyciem prawa. Od kwestii, kiedy zachodzi nadużycie prawa, należy oddzielić dalsze zagadnienie, kiedy nadużycie prawa pociąga za sobą obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody. Według prawa polskiego uprawniony, który dopuszcza się nadużycia prawa, odpowiada tylko wówczas za wyrządzoną szkodę, gdy działał on rozmyślnie lub niedbale.

Właściwe usystematyzowanie zakazu nadużycia prawa zapewnia nam podwójną korzyść. Po pierwsze pozwala nam na sprowadzenie zasady nadużycia prawa w dziedzinie deliktualnej (art. 135 k. z.) oraz w dziedzinie umownej (art. 189 k. z.) do jednej wspólnej zasady, mającej znaczenie dla całego prawa cywilnego. Po drugie uzyskujemy w ten sposób obiektywne kryterium nadużycia prawa, a tylko ono może zapewnić skuteczność zakazu nadużycia prawa w praktyce. Saleilles<sup>1</sup> słusznie podnosi, że teoria nadużycia prawa staje się mało skuteczną w praktyce w razie przyjęcia kryterium ściśle subiektywnego i psychologicznego. Wdzieliśmy na przykładzie prawa niemieckiego, że subiektywne ujęcie §§ 226 i 826 k. c. n. nie dało się w praktyce utrzymać i dopiero orzecznictwo wraz z nauką musiały wypracować bardziej obiektywne kryteria nadużycia prawa.

## 2. Analiza pojęcia dobrej wiary

Po ustaleniu normy prawnej, określającej, kiedy zachodzi nadużycie prawa, musimy tę normę opracować naukowo. Zadanie nasze podzielimy na dwie części: analityczną i konstrukcyjną. Najpierw określimy pojęcie dobrej wiary oraz celu prawa podmiotowego i podamy, jakie przypadki w praktyce stanowią działanie sprzeczne z tymi pojęciami. Pierwsza część naszych rozważań będzie więc poświęcona analizie normy prawnej, zajmującej się nadużyciem prawa (ustępy 2, 3, 4, 5). Następnie w drugiej części będziemy się starali przeprowadzić konstrukcję nadużycia prawa na tle prawa polskiego.

<sup>1</sup> Théorie générale des obl., s. 370 uw. 1.

Analiza i definicja zasad dobrej wiary napotyka na szczególne trudności; jak to bowiem słusznie podkreśla Oertmann<sup>1</sup>, łatwiej jest odczuć, co znaczy dobra wiara, jak jasno sformułować jej określenie. Hamburger<sup>2</sup> uważa, że nie ma dotąd powszechnie przyjętego określenia dla zasad dobrej wiary, podobnie jak nie ma dotąd powszechnie przyjętej definicji prawa.

Pojęcie dobrej wiary (bona fides) pochodzi z prawa rzymskiego. Dobra wiara oznaczała w prawie rzymskim zapatrywania uczciwego człowieka. We współczesnej nauce prawa zjawily się na to miejsce dwa pojęcia: dobra wiara w znaczeniu subiektywnym (guter Glaube) oraz dobra wiara w znaczeniu obiektywnym (Treu und Glauben im Verkehre). Dobra wiara w znaczeniu subiektywnym oznacza stan psychiczny pewnej osoby, a mianowicie jej przekonanie o istnieniu jakiegoś prawa lub stosunku prawnego<sup>3</sup>.

Natomiast dobra wiara w znaczeniu obiektywnym oznacza miarę dla oceny czyjś zachowania się, jako odpowiedniego lub nieodpowiedniego. Dla naszych rozważań ma znaczenie tylko to obiektywne pojęcie dobrej wiary i wyrazu „dobra wiara” będziemy używać w całej rozprawie na oznaczenie tych obiektywnych wymogów zachowania ludzkiego. Przy rozstrzygnięciu pytania, kiedy działanie jest zgodne z dobrą wiarą, nie badamy psychiki działającego, lecz zastanawiamy się, czy działanie jest zgodne z obiektywnymi wymogami<sup>4</sup>.

Przepis ustawy, według którego prawa i obowiązki winny być wykonywane zgodnie z zasadami dobrej wiary, jest klauzula

<sup>1</sup> Por. Oertmann, Komm. z. B. G. B. uw. 2 do § 242 k. c. n.

<sup>2</sup> Treu und Glauben im Verkehre, s. 17.

<sup>3</sup> Longchamps, Zobowiązania, s. 139.

<sup>4</sup> Pojęcie subiektywne i obiektywne dobrej wiary miesza orzeczenie Sądu Najwyższego z 7 X 1938 C II 518/38, które mówi, że dobra wiara w rozumieniu art. 135 k. z. polega na usprawiedliwionym przekonaniu, że się swym postępowaniem nikogo nie krzywdzi. Orzeczenie to wyklucza obowiązek odszkodowania za doniesienie władzy bezpieczeństwa o zbrodni podpalenia, jeżeli doniesienie było uzasadnione okolicznościami, choćby się ono okazało mylne. Sąd Najwyższy stwierdza, że ten, przeciwko komu doniesienie było skierowane, nie może domagać się odszkodowania od donosiciela, ponieważ ten ostatni był w dobrej wierze. Orzeczenie jest w rezultacie trafne; Sąd Najwyższy powinien był w danym przypadku stwierdzić, że takie doniesienie nie uzasadnia obowiązku odszkodowania, ponieważ osobie donoszącej nie można przypisać złego zamiaru ani niedbalstwa.

generalną<sup>1</sup>, podobnie jak przepis, uznający za nieważne umowy, sprzeczne z dobrymi obyczajami (art. 56 k. z., § 138 k. c. n.). Podczas gdy przepisy ustawy łączą zazwyczaj z określonym stanem faktycznym określony skutek prawny, to przy klauzuli generalnej ustawodawca ogranicza się do podania ogólnej zasady, natomiast bliższe określenie stanu faktycznego oraz skutków prawnych należy do sędziego. Jaka jest przyczyna (ratio essendi) klauzul generalnych w ustawie? Jest nią okoliczność, że ustawa jest z konieczności dziełem niedoskonałym i musi zawierać luki<sup>2</sup>. Ustawodawca zdaje sobie sprawę z tego, że ustawa nie może przewidzieć wszystkich możliwych stanów faktycznych i dlatego rezygnuje z metody kazuistycznej, stwarzając klauzule generalne w ustawie. W klauzuli generalnej daje ustawodawca tylko ogólną dyrektywę dla rozstrzygnięcia sędziowskiego; zadanie sędziego polega na nadaniu klauzuli generalnej konkretnej treści<sup>3</sup>.

Znaczenie klauzul generalnych dla stosowania prawa jest uzależnione od zapatrywań nauki prawa na istotę działalności sędziowskiej. Jak długo jurysprudencja pojęciowa była panującym kierunkiem wykładni prawa, tak długo znaczenie klauzul generalnych dla stosowania prawa było stosunkowo małe, a sądy niechętnie i ostrożnie sięgały do klauzul generalnych, by uzasadnić swe orzeczenie. Sytuacja uległa zasadniczej zmianie pod wpływem nowych kierunków wykładni prawa (jurysprudencja interesów, szkoła wolnego prawa), głoszących, że czynność sędziego ma charakter twórczej działalności. Zmiana w zapatrywaniach na istotę stosowania prawa przez sędziego pociąga za sobą ogromny wzrost znaczenia klauzul generalnych w orzecznictwie<sup>4</sup>.

Zachodzi obecnie pytanie, jaka jest specyficzna cecha, odróżniająca nakaz wykonywania praw zgodnie z dobrą wiarą, od innych klauzul generalnych, a w szczególności, czy istnieje różnica między dobrą wiarą a dobrymi obyczajami i na czym

<sup>1</sup> Nazwa pochodzi od Hedemanna (Die Flucht in die Generalklauseln). Używane jest również określenie norma blankietowa.

<sup>2</sup> Por. Riezler, Venire contra factum proprium, s. 130.

<sup>3</sup> Por. Heck, Schuldrecht, s. 14. Zbyt daleko idzie Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, s. 203, który uważa, że takie klauzule generalne nie są prawdziwymi normami prawnymi.

<sup>4</sup> Por. przede wszystkim znaczenie klauzul generalnych § 242 k. c. n. i art. 1135 k. N. dla kwestii waloryzacji zobowiązań prywatno-prawnych; por. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, s. 10.

różnica ta polega. Longchamps<sup>1</sup> uważa, że dobra wiara oznacza to samo, co dobre obyczaje; według niego nie ma różnicy między tymi pojęciami. Zapatrywanie to jest odosobnione w literaturze prawniczej. O ile jednak nauka prawa jest zgodna pod tym względem, że nie uważa tych pojęć za równoznaczne, to bliższe określenie ich napotyka na poważne trudności. W literaturze niemieckiej istnieje w tym zakresie pomieszanie pojęciowe, prowadzące do nadawania terminom dobrej wiary i dobrych obyczajów cech zupełnie im obcych.

Hamburger<sup>2</sup> uważa, że zasady dobrej wiary stanowią część prawa pozytywnego, natomiast dobre obyczaje stanowią powszechnie uznany porządek moralny. Rozróżnienie Hamburgera opiera się na panującym poglądzie w literaturze niemieckiej, określającym dobre obyczaje, jako zasady powszechnie przyjętej moralności<sup>3</sup>.

Z poglądem tym nie mogę się zgodzić, gdyż miesza on zupełnie różne od siebie pojęcia porządku prawnego i moralnego. Podkreślić należy z całym naciskiem, że dobre obyczaje nie mają nic wspólnego z moralnością. Moralność dotyczy wewnętrznej strony psychiki jednostki, podczas gdy dobre obyczaje dotyczą postępowania ludzkiego.

Ehrenzweig<sup>4</sup> zaznacza słusznie, że we wszystkich przypadkach, w których orzecznictwo uznaje działanie za sprzeczne z dobrymi obyczajami, nie chodzi o rozstrzygnięcie kwestii etycznej. Sędzia, uznając działanie za sprzeczne z dobrymi obyczajami, nie wydaje żadnego etycznego sądu, nie ocenia działania z punktu widzenia moralności. Przy wydaniu swego rozstrzygnięcia kieruje się on panującymi zapatrywaniami prawnymi w społeczeństwie. Dobre obyczaje mają więc charakter obiektywny, społeczny. Terminologia orzecznictwa niemieckiego określa takie działanie jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, które narusza poczucie przyzwoitości wszystkich słusznie i sprawiedliwie myślących<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Por. Zobowiązania, s. 139.

<sup>2</sup> Por. Treu und Glauben im Verkehre, s. 17.

<sup>3</sup> Por. Enneccerus, Allgemeiner Teil t. I § 178 I; Tuhr, Allgemeiner Teil t. I, s. 34. Szczegółowe przedstawienie zapatrywań na istotę dobrych obyczajów daje Rosmarin, Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw, s. 71 i n.

<sup>4</sup> System, Recht der Schuldverhältnisse, s. 50.

<sup>5</sup> Por. RG 6<sup>3</sup>, 391; 77, 421; 80, 221; 84, 211; 120, 144. Formuła brzmi w języku niemieckim „Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen”.

Norma zakazująca działań sprzecznych z dobrymi obyczajami nakłada obowiązek prawny zaniechania czynności sprzecznych z panującym poczuciem prawnym społeczeństwa. Następujące przykłady mogą zilustrować nasze wywody:

Orzecznictwo niemieckie uznaje za sprzeczną z dobrymi obyczajami umowę między adwokatem a stroną zastępowaną w procesie, mocą której adwokat ma otrzymać część sumy, wygranej w procesie (*pactum de quota litis*)<sup>1</sup>. Dalej uznaje orzecznictwo niemieckie za sprzeczną z dobrymi obyczajami umowę sprzedaży praktyki lekarskiej<sup>2</sup>, podczas gdy umowa taka zawarta między technikami dentystycznymi jest ważna<sup>3</sup>. Pod wpływem zmiany zapatrywań prawnych umowy, określane jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, zostają uznane później za ważne. Tak np. późniejsze orzeczenia Sądu Rzeszy przyjmują, że sprzedaż praktyki lekarskiej jest w pewnych okolicznościach ważna<sup>4</sup>. Jest rzeczą oczywistą, że takie rozróżnienia nie mają nic wspólnego z zapatrywaniami etycznymi. Sędzia, uznając umowy za sprzeczne z dobrymi obyczajami, nie rozstrzyga kwestii etycznych, lecz opiera swe rozstrzygnięcie na poczuciu prawnym, panującym w społeczeństwie<sup>5</sup>.

Nie możemy więc przyjąć rozróżnienia pojęciowego, przeprowadzonego przez Hamburgera między dobrą wiarą a dobrymi obyczajami. W rzeczywistości dobre obyczaje są częścią samego porządku prawnego, starowiąc prawo nie pisane<sup>6</sup>. Po-

<sup>1</sup> RG 88, 365; 115, 141; por. także O. S. N. z 28 XII 1937, Przegląd Sądowy nr 8/1938.

<sup>2</sup> RG 66, 139; 75, 120; 115, 172.

<sup>3</sup> RG 70, 339.

<sup>4</sup> RG 153, 294.

<sup>5</sup> Inaczej, m. zd. nietrafnie, Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, s. 204, który uważa, że decydującym jest nie poczucie prawne społeczeństwa, lecz poczucie prawne sędziego.

<sup>6</sup> Tak Ehrenzweig, op. cit. s. 50. Por. bardzo trafne wywody Wolffa w komentarzu Klanga t. IV, s. 41: „Die guten Sitten haben also weder mit Moral, noch mit Sitte oder Brauch zu tun. Sie bilden vielmehr den Innbegriff desjenigen Rechts, das im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sich aber durch richtige Betrachtung der rechtlichen Interessen ergibt. Die guten Sitten sind also ein Teil der Rechtsordnung”. Niewątpliwie samo wyrażenie dobre obyczaje może wprowadzić w błąd i jest jedną z przyczyn poglądu, że dobre obyczaje są uznanymi przepisami moralności (Por. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, s. 329 uw. 2).

nieważ przepisy ustawy nie mogą ująć wszystkich przypadków działań niedozwolonych, przeto ustawodawca odwołuje się do panującego powszechnie poczucia prawnego społeczeństwa i przyjmuje je jako kryterium oceny zachowania ludzkiego<sup>1</sup>.

Doszliśmy więc do wniosku, że dobre obyczaje i dobra wiara nie są zasadami etycznymi, lecz są częścią samego prawa. Pojęcia te stanowią szczególny rodzaj prawa, mianowicie prawo słuszne<sup>2</sup>. Zachodzi pytanie, jak wytłumaczyć panujący pogląd w dogmatyce prawa cywilnego, który uważa pojęcie dobrych obyczajów za pozaprawne. Najwłaściwszym wytłumaczeniem takiego poglądu jest wskazanie na to, że dogmatyka prawa cywilnego, ulegając tradycyjnym przyzwyczajeniom, określa pojęcie prawa za wąsko, ograniczając go do prawa pisanego, tj. ustawy. Pogląd taki prowadzi do wniosku, że wszelkie rozważania słusznościowe, wszelkie opieranie rozstrzygnięcia na poczuciu prawnym, wszelkie badanie zgodności postępowania z dobrymi obyczajami, należą nie do dziedziny prawa, lecz moralności<sup>3</sup>.

Obecnie zadaniem naszym będzie zdefiniowanie pojęć dobrej wiary i dobrych obyczajów tak, by każde z nich miało swój własny zakres działania. Właściwe ich znaczenie ustalimy dopiero wówczas, gdy zastanowimy się nad celem samego porządku prawnego. Prawo ma na celu słuszne i sprawiedliwe ukształtowanie współżycia ludzi. Środkiem, prowadzącym do tego celu, jest rozwiązanie konfliktów interesów powszechnych oraz interesów po-

<sup>1</sup> Jeżeli ustawa dotyczy tylko pewnej grupy społecznej, to decydujące są zapatrywania prawne tej grupy; por. art. 3 ustawy o nieuczciwej konkurencji z 2 sierpnia 1926, uznający uczciwość kupiecką za kryterium oceny zachowania sprzecznego z dobrymi obyczajami.

<sup>2</sup> Por. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, s. 212: „Hieraus folgt, dass die Verweisung einer Rechtsordnung auf Treu und Glauben, gute Sitten, Vermeiden des Missbrauches nur einen Hinweis auf besonders geartete Rechtssätze bedeutet. Es ist nicht gut, wenn man in jenen Ausdrücken ein mystisches ethisches Etwas neben dem Rechte vermeinen würde”.

<sup>3</sup> Zagadnienia poruszone w tekście dotyczą najtrudniejszych problemów prawa: istoty prawa, stosunku prawa do moralności, prawa słusznego itp. W pracy, poświęconej zagadnieniu nadużycia prawa, nie można pominąć całkowicie tych problemów; z drugiej strony nie można starać się nawet o pobieżne ich przedstawienie. Podstawą dla mych rozważań są te założenia metodologiczne, które przedstawiłem we wstępie do niniejszej rozprawy.

szczególnych członków społeczeństwa i zakreslenie każdemu z interesów członków społeczeństwa właściwej granicy (suum cuique tribuere) <sup>1</sup>. Ustawodawca ma do czynienia z dwiema zasadniczymi grupami interesów (1) interesami powszechnymi (interes bezpieczeństwa prawnego, pewności i szybkości obrotu itp.) (2) interesami poszczególnych członków społeczeństwa. W pierwszym rzędzie decydujące są dla ustawodawcy interesy powszechne. Jeżeli te nie dają odpowiedzi, jak rozstrzygnąć dane zagadnienie, ustawodawca zestawia wzajemne interesy stron, chroni ważniejsze interesy kosztem mniej ważnych i zapewnia w ten sposób równowagę interesów <sup>2</sup>. Ustawodawca zastanawia się np. nad zagadnieniem, czy przyznać nabywcy nieruchomości własność, jeżeli nabył on nieruchomość od osoby, wpisanej do księgi wieczystej, lecz nie będącej właścicielem. Zachodzi tutaj konflikt interesów: 1) interesu powszechnego, społecznego, jak bezpieczeństwa i pewności obrotu, 2) interesów nabywcy i dotychczasowego właściciela. Ustawodawca zestawia te interesy i daje w ustawie takie rozstrzygnięcie, jakie uważa za właściwe; zależy ono od panujących w czasie wydania ustawy zapatrywań prawnych, społecznych i ekonomicznych.

Podobne zadanie musi wykonać sędzia; różnica polega jedynie na tym, że ustawodawca rozważa sprzeczne interesy in abstracto, natomiast sędzia ocenia je in concreto <sup>3</sup>. Przy rozstrzyganiu konfliktów interesów sędzia może znaleźć się przed następującymi możliwościami:

1) Ustawa w ogóle nie zawiera przepisu dla danego przypadku. Sędzia tworzy wówczas nową normę prawną, opierając się na powszechnie przyjętych zapatrywaniach prawnych społeczeństwa <sup>4</sup>. Działanie, sprzeczne z tym przekonaniem prawnym społeczeństwa, nosi nazwę działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Decydującym jest tutaj wzgląd na interesy powszechne, interesy wzajemne stron nie mają znaczenia dla oceny, czy działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami.

<sup>1</sup> Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, s. 133.

<sup>2</sup> Gény, Méthode d'interprétation II t., s. 167.

<sup>3</sup> Gény, op. cit., s. 169; Oertmann, Interesse und Rechtsbegriff, s. 30.

<sup>4</sup> Wydaje mi się, że najwłaściwsze określenie dobrych obyczajów podał Saleilles (Rev. Trim. de Droit Civil t. I, s. 80): „conscience juridique de la collectivité”.

Następujący przykład zilustruje nasze wywody: Sąd Najwyższy uznaje, że umowa o wynagrodzenie za pośrednictwo w zawarciu małżeństwa jest sprzeczna z dobrymi obyczajami<sup>1</sup>. W uzasadnieniu podkreśla Sąd Najwyższy, że umowa taka jest sprzeczna z celem i znaczeniem małżeństwa, a więc z interesami powszechnymi. Natomiast Sąd Najwyższy nie bada zupełnie wzajemnych interesów stron, biorących udział w danej umowie pośrednictwa. Wyraźny interes powszechny sprawia, że umowę taką należy uznać za sprzeczną z dobrymi obyczajami (art. 56 k. z.).

2) Wzajemne prawa i obowiązki stron są już stworzone przez ustawę, jednak bliższe ich określenie należy do zasad dobrej wiary (art. 135 i 189 k. z.). Dobra wiara konkretyzuje treść praw i obowiązków oraz sposób ich wykonywania. Sędzia, stosując zasady dobrej wiary, rozważa bezstronnie interesy stron, uwzględniając szczególne właściwości danego przypadku.

Następujący przykład zilustruje nasze wywody: Według art. 251 § 1 k. z., jeżeli strony zastrzegły sobie prawo odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona, w razie zwłoki drugiej strony, może bez wyznaczania dodatkowego terminu oświadczyć, że od umowy odstępuje. Uprawnienia stron są więc zasadniczo określone przez ustawę, lecz zasady dobrej wiary mogą in concreto wprowadzić pewne zmiany w treści tych praw i obowiązków. Dlatego należy uznać za trafne orzeczenie Sądu Rzeszy<sup>2</sup>, według którego wierzyciel nie może odstępować od umowy wzajemnej, jeżeli dłużnik popadł w zwłokę tylko co do bardzo nieznaczącej części świadczenia<sup>3</sup>. Odstąpienie od umowy przez wierzyciela sprzeciwiałoby się w tym przypadku zasadom dobrej wiary.

Przy ocenie, czy zachowanie uprawnionego jest zgodne z zasadami dobrej wiary, należy wziąć pod uwagę interesy powszechne bezpieczeństwa obrotu, ochrony zaufania itp. Ale obok tego musimy rozważyć wzajemne interesy stron i tutaj leży różnica między oceną zachowania z punktu widzenia zasad dobrej wiary,

<sup>1</sup> OSN 15 XII 1936, C II 1927/36, O. S. P. poz. 733/37. Tak samo orzeczenie z 3 VII 1936, C II 628/36 G. Sąd. Warsz. nr 48/36 oraz O. S. N. z 11 II 1937 C II 2354/36.

<sup>2</sup> RG 76, 151. Podobna zasada jest wyrażona w art. 217 k. z.

<sup>3</sup> Po myśli art. 250 § 2 k. z. wierzycielowi przysługiwałoby zasadniczo prawo odstąpienia co do całej reszty niespełnionego świadczenia.



a dobrych obyczajów. Przy ocenie zachowania z punktu widzenia dobrych obyczajów tylko wzgląd na interes powszechny jest decydujący.

Rozważania nasze pozwalają na zakreslenie pojęciom dobrej wiary i dobrych obyczajów własnych zakresów zastosowania, a to zgodnie ze znaczeniem, w jakim używa tych terminów k. z.

Z przeciwstawienia dobrych obyczajów przepisom ustawy w art. 56 k. z. wynika, że dobre obyczaje stanowią normy prawa nie pisanego i wchodzi w zastosowanie wówczas, gdy ustawa nie zawiera przepisu dla danego przypadku. Jeżeli natomiast ustawa zawiera normę prawną, tworzącą prawa i obowiązki stron, wówczas wchodzi w zastosowanie zasady dobrej wiary (art. 135, 189 k. z.). Zasady dobrej wiary określają zatem, w jaki sposób strony winny wykonywać prawa i obowiązki. Rozstrzygnięcie według zasad dobrej wiary polega na bezstronnym rozważeniu wzajemnych interesów stron przy uwzględnieniu interesu powszechnego, ochrony zaufania i bezpieczeństwa obrotu<sup>1</sup>. To rozważenie interesów przeprowadzają zarówno działające strony, jak i sędzia oceniający ich postępowanie.

Określenie dobrej wiary, podane przeze mnie za literaturą niemiecką i francuską, znajduje potwierdzenie w prawie polskim. Art. 269 k. z., udzielający sędziemu możliwości modyfikowania wzajemnych praw stron ze względu na nadzwyczajne wypadki, mówi, że sędzia ma rozstrzygnąć o tym według zasad dobrej wiary po rozważeniu interesów obu stron. Podobnie art. 490 § 2 k. z., pozwalający sędziemu na modyfikowanie warunków umowy

<sup>1</sup> Tak samo Oertmann, Kommentar zum BGB, nr 2, 6 do § 242, s. 27; Hedemann, Schuldrecht, s. 56 definiuje dobrą wiarę: „die gerechte Abwägung der beiderseitigen Interessen”. Orzeczenia niemieckie przyjmują również, że rozważenie wzajemnych interesów stron daje odpowiedź na pytanie, kiedy działanie jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary. Por. np. RG 76, 154; 100, 133; 109, 49; 113, 16; 117, 27: „Die Frage nach Treu und Glauben ist wesentlich die Frage der beiderseitigen Interessenabwägung”. Według Stammlera, Die Lehre von dem richtigen Rechte, s. 43, działanie, zgodne z dobrą wiarą, zachodzi wówczas, gdy jest ono zgodne z ideałem społecznym, wówczas każdy utożsamia cele swych bliźnich ze swymi własnymi celami. Nauka francuska ujmuje pojęcie dobrej wiary więcej z punktu widzenia subiektywnego. Gény, Méthode d'interprétation II, s. 155, dochodzi jednak do podobnych wniosków, co nauka niemiecka, podnosząc konieczność rozważenia interesów stron (la considération des intérêts en présence).

o dzieło zgodnie z wymaganiami dobrej wiary, mówi o rozważeniu interesów obu stron. Jak zaznaczyłem, ocena według zasad dobrej wiary (art. 269 i 490 k. z.) nie wyczerpuje się w rozważaniu interesów obu stron, tj. wierzyciela i dłużnika. Sędzia modyfikując umowę musi również uwzględnić interesy powszechne: bezpieczeństwa publicznego i zaufania w obrocie i dopiero na tej podstawie oceny całokształtu sytuacji wydać swe orzeczenie. Uzasadnienie do części ogólnej k. z. (s. 426) jest innego zdania<sup>1</sup>; przeprowadza ono rozróżnienie między zasadami dobrej wiary a rozważeniem interesów stron. Uważa ono zasady dobrej wiary za rodzaj norm etycznych, mających uzupełnić porządek prawny. Pogląd taki jest zdaniem moim nietrafny; poprzednio starałem się wykazać, że dobra wiara jest częścią porządku prawnego, a nie normą etyczną.

### 3. Działania sprzeczne z zasadami dobrej wiary

Wobec przyjętego przez nas określenia dobrej wiary, uprawniony działa wówczas sprzecznie z zasadami dobrej wiary, gdy narusza wyższe interesy drugiej osoby. Definicja ta ma charakter zbyt formalny i nie daje jeszcze odpowiedzi na pytanie, kiedy zachodzi in concreto nadużycie prawa. Stanowi ona jednak właściwy punkt wyjścia dla dalszych szczegółowych rozważań.

Naruszenie wyższych interesów drugiej strony może zajść w następujących przypadkach: A) jeżeli uprawniony nie ma własnego interesu w wykonywaniu prawa, B) jeżeli interesy uprawnionego są rażąco niskie w porównaniu z interesami drugiej osoby, C) jeżeli uprawniony narusza zaufanie, jakie swym poprzednim zachowaniem wzbudził u drugiej osoby.

Przejdźmy obecnie do omówienia tych trzech przypadków nadużycia prawa.

<sup>1</sup> Również Longchamps, *Zobowiązania*, s. 409 twierdzi, że art. 269 k. z. podaje dwa różne kryteria: zasady dobrej wiary mają być rodzajem norm etycznych i znaczyć tyle, co dobre obyczaje, natomiast interes obu stron ma zapobiec „wszelkiej jednostronności, mylnie pojętemu humanitaryzmowi i robieniu dobrodziejstwa jednej stronie z krzywdą drugiej”. Zapatrywanie Longchamps'a jest dobrym przykładem na to, jak dogmatyka, mając trudności z określeniem pewnego pojęcia prawnego (w konkretnym przypadku dobrej wiary), uważa to pojęcie za pozaprawne, należące do dziedziny etyki, a nie prawa.

Na wstępie naszych rozważań omówimy szereg przykładów, zaczerpniętych przez nas z orzecznictwa zagranicznego<sup>1</sup>.

A) Nadużycie prawa zachodzi w razie braku interesu uprawnionego:

a) Właściciel nieruchomości zbudował na swym gruncie blisko linii granicznej wysoki płot i pomalował go na czarno, na skutek czego dom sąsiada, położony tuż obok granicy posiadłości, został pozbawiony światła i stał się częściowo niezdatnym do zamieszkania. Płot ten nie miał żadnej wartości dla właściciela i został zbudowany jedynie w celu dokuczenia sąsiadowi. Sąd francuski<sup>2</sup>, powołując się na rzymską zasadę „*malitias non est indulgendum*”, nakazał zburzenie płotu i naprawienie szkody, poniesionej przez sąsiada wskutek postawienia płotu. Orzeczenie stwierdza, że działanie właściciela nie miało na celu zaspokojenia własnego interesu, i dlatego winien on naprawić szkodę, wyrządzoną sąsiadowi.

b) Na zabezpieczenie udzielonej mu pożyczki A zastawił u osoby B akcje i podał przy tym numery akcji. Towarzystwo akcyjne popadło następnie w upadłość i papiery akcyjne przestały być notowane na giełdzie, jako bezwartościowe. B spalił te papiery wobec tego, że nie przedstawiały żadnej wartości. Kiedy B wniósł pozew przeciwko osobie A o zwrot pożyczki, ten ostatni zażądał od osoby B zwrotu tych samych numerów akcji. Orzeczenie niemieckie<sup>3</sup> uznało słusznie, że A obowiązany jest przyjąć także inne numery akcji. Żądanie zwrotu oznaczonych akcji stanowi w danym przypadku nadużycie prawa, albowiem nie jest ono uzasadnione żadnym interesem osoby A. Wobec tego, że akcje te były bezwartościowe, było dla osoby A rzeczą zupełnie obojętną, jakie akcje otrzyma z powrotem.

c) Według art. 206 § 1 k. z.<sup>4</sup> wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego ze strony dłużnika, jeżeli cały dług jest wymagalny. Zachodzi pytanie, czy uprawnienie wierzyciela do odmowy przyjęcia częściowego świadczenia nie znajduje

<sup>1</sup> Omawiam tylko te orzeczenia zagraniczne, które uważam za trafne również na tle prawa polskiego.

<sup>2</sup> Tribunal de Sedan, wyrok z 17 XII 1901, S. 1904, 2, 217 z interesującą glosą Aperta.

<sup>3</sup> RG 96, 184.

<sup>4</sup> Tak samo § 266 k. c. n., § 1415 k. c. a. oraz art. 1244 k. N.

ograniczenia w zasadach dobrej wiary. Literatura niemiecka<sup>1</sup> słusznie potwierdza to pytanie. Odmowa przyjęcia częściowego świadczenia będzie nadużyciem prawa, jeżeli wierzyciel nie ma żadnego interesu w domaganiu się całkowitego świadczenia, albowiem przyjęcie częściowego świadczenia nie jest połączone dla wierzyciela z żadnym utrudnieniem i szkodą. Dlatego też dłużnik nie popada w zwłokę co do części zaoferowanego świadczenia.

d) Wierzyciel nie może domagać się wykonania zobowiązania, jeżeli w chwili dochodzenia roszczenia nie ma już interesu w świadczeniu dłużnika. Klasycznym na to przykładem jest zgaśnięcie zakazu konkurencji. Umowny zakaz konkurencji polega na tym, że dłużnik zobowiązuje się do nieotwierania przedsiębiorstwa, albowiem mogłoby ono stanowić konkurencję dla przedsiębiorstwa wierzyciela. Zdarza się dość często, że po upływie pewnego czasu wierzyciel zwiija swoje przedsiębiorstwo i wycofuje się definitywnie z działalności przemysłowej. Nie ma on już wówczas żadnego interesu w utrzymywaniu zakazu konkurencji. Dłużnik otwiera następnie przedsiębiorstwo wbrew umowie; przedsiębiorstwo to nie może oczywiście stanowić konkurencji dla wierzyciela. Pomimo to wierzyciel skarży o zaniechanie prowadzenia przedsiębiorstwa. Dłużnik może w tym przypadku skutecznie przeciwstawić wierzycielowi zarzut nadużycia prawa<sup>2</sup>.

W tych przypadkach, gdy uprawniony wykonuje swe prawo mimo braku własnego interesu, mamy przeważnie do czynienia z szykaną. Jeżeli uprawniony nie odnosi żadnej korzyści osobistej z działania, to celem działania jest zazwyczaj szkodzenie drugiemu. Nie ulega wątpliwości, że działanie, mające na celu szkodzenie drugiemu, przedstawia w praktyce najczęściej spotykany i najważniejszy przypadek nadużycia prawa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por. Heck, Grundriss des Schuldrechts, s. 21; Staudinger, Kom. uw. do § 242, s. 30; Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 105; Wendt, Arch. f. d. zivil. Prax., t. 100, s. 132; orzeczenie Sądu Rzeszy, zamieszczone w Seuff. Arch. 76 nr 22.

<sup>2</sup> Por. Wendt, Arch. f. d. zivil. Praxis t. 100, s. 146. Na podobnej myśli legislacyjnej oparty jest przepis art. 189 polskiego prawa rzeczowego.

<sup>3</sup> Działanie, będące szykaną, podpada więc pod pojęcie działania, sprzecznego z wymogami dobrej wiary. Inaczej Longchamps, Zobowiązania, s. 238, uważa on szykanę za przypadek działania, sprzecznego z celem prawa podmiotowego. Pogląd Longchamps'a jest zd. m. nietrafny,

Musimy jednak zdać sobie sprawę, że pojęcie działania bez uzasadnionego interesu uprawnionego nie pokrywa się z pojęciem szykany. Działanie może nie przedstawiać korzyści osobistej dla uprawnionego, a pomimo to może ono nie mieć na celu szkodenia drugiemu<sup>1</sup>. Zajdzie to wówczas, gdy uprawniony wyrządza lekko-myślnie szkodę drugiej osobie. Z drugiej strony, celem działania uprawnionego może być jednocześnie osiągnięcie korzyści osobistej oraz dokuczenie drugiej osobie. Wyobraźmy sobie właściciela nieruchomości, który chce połączyć *utile cum dulci*; działanie jego ma mu przynieść korzyść oraz jednocześnie wyrządzić szkodę drugiej osobie. Zachodzi pytanie, czy w tych przypadkach uprawniony dopuszcza się nadużycia prawa? Zadaniem naszym będzie przeprowadzenie obecnie ścisłego odgraniczenia między przypadkami działania bez uzasadnionego interesu, a przypadkami szykany; odgraniczenie to pozwoli nam na rozstrzygnięcie wyłaniających się wątpliwości.

Stwierdziliśmy, że nadużycie prawa zachodzi wówczas, gdy działanie uprawnionego nie przedstawia dla niego żadnego interesu. Pojęcie interesu ma charakter obiektywny; o tym, czy działanie jednostki przedstawia dla niej interes, rozstrzygają okoliczności obiektywne towarzyszące jej działaniu. Kryterium nadużycia prawa na tle prawa polskiego jest obiektywne; dla stwierdzenia nadużycia prawa nie badamy psychiki jednostki, rzeczywistych motywów jej działania, lecz oceniamy jej zachowanie się z obiektywnego punktu widzenia. Znaczenie takiego ujęcia nadużycia prawa widzimy na następującym przykładzie, podanym przez Demogue'a<sup>2</sup>:

ponieważ zacierą specyficzną różnicę, istniejącą między dwoma kryteriami nadużycia prawa z art. 135 k. z., tj. między kryterium dobrej wiary oraz kryterium celu prawa podmiotowego. Jak wykażę poniżej (s. 82), pod pojęcie działania sprzecznego z celem prawa podmiotowego podpada takie zachowanie się uprawnionego, które dąży do osiągnięcia korzyści niedozwolonej przez porządek prawny. Natomiast uprawniony, wykonujący swe prawo dla szykany, w ogóle nie dąży do osiągnięcia korzyści.

<sup>1</sup> Por. Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 105.

<sup>2</sup> Zarówno w postawieniu problemu, jak i w jego rozwiązaniu, zgadzam się zupełnie z wywodami Demogue'a, *Traité des obl.* t. IV, s. 371, który bardzo subtelnie przeprowadza analizę obiektywnego kryterium nadużycia prawa i wskazuje na konsekwencje praktyczne.

Właściciel nieruchomości wzrosi na swym gruncie budynek, który zaciemnia mieszkania sąsiedniego domu. Właściciel nie jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej sąsiadowi, jeżeli nowo zbudowany budynek przynosi właścicielowi istotną korzyść. Mało nas obchodzi, jakie pobudki kierowały rzeczywiście właścicielem nieruchomości; motywem jego działania może być także i chęć wyrządzenia szkody sąsiadowi, a mimo to nie będzie on odpowiadał za wyrządzoną szkodę<sup>1</sup>. Jak długo na podstawie znamion obiektywnych możemy stwierdzić, że uprawniony odnosi korzyść ze swego działania, tak długo nie zachodzi nadużycie prawa. Od tej zasady jest tylko jeden wyjątek: działanie uprawnionego jest nadużyciem prawa, jeżeli narusza niewspółmiernie interes drugiej osoby<sup>2</sup>.

Stanowisko nasze jest niewątpliwie słuszne z punktu widzenia praktycznego. Obiektywne kryterium daje jasne i proste rozstrzygnięcie każdego przypadku, a równocześnie stanowi duże udogodnienie dowodowe dla pokrzywdzonego. Nie musi on przeprowadzać trudnego dowodu, że motywem działania uprawnionego była chęć uszkodzenia. Pokrzywdzony ma jedynie udowodnić, że działanie uprawnionego nie przedstawia korzyści dla uprawnionego, a wyrządza szkodę pokrzywdzonemu.

Rozważania dotychczasowe zaznaczyły już moje stanowisko wobec sprzecznych poglądów Josseranda i Demogue'a na znaczenie głównego motywu działania uprawnionego. Może się zdziwić, że istnieje kilka motywów działania uprawnionego: jedno niedozwolone (chęć uszkodzenia), drugie dozwolone (zaspokojenie własnego interesu).

Zdaniem Josseranda<sup>3</sup> należy wówczas badać, który motyw był decydujący; uprawniony dopuszcza się nadużycia prawa, je-

<sup>1</sup> Możemy tutaj zastosować słowa Iheringa (Ih. Jahr. t. 6, s. 104): „Die äussere, objektive Legalität einer Handlung macht das Recurieren auf die subjektive Absicht ebenso überflüssig, wie unstatthaft”. Działanie uprawnionego, które z punktu widzenia obiektywnego da się usprawiedliwić interesem uprawnionego, jest dozwolone i dlatego nie wolno nam zagłębiać się w badanie psychiki działającego i starać się wykryć rzeczywiste motywy jego działania.

<sup>2</sup> Por. niżej s. 76.

<sup>3</sup> Esprit s. 350 (z powołaniem się na analogiczną zasadę wyrażoną w art. 1161 k. N.) oraz w głosie do orzeczenia Izby Cywilnej z 14 XI 1922 (D. P. 1925. 1. 145).

żeli głównym motywem działania była chęć szkodenia drugiemu.

Demogue stwierdza słusznie, że z punktu widzenia obiektywnego pogląd Jossieranda jest nietrafny. Działanie uprawnionego jest dozwolone, jeżeli da się usprawiedliwić jego własnym interesem. Choćby zatem główną pobudką działania uprawnionego była chęć szkodenia drugiej osobie, to i tak nie odpowiada on za wyrażoną szkodę<sup>1</sup>.

Rozważania nasze doprowadziły nas do następującego wniosku: Działanie podyktowane własnymi interesami uprawnionego nie jest nadużyciem prawa, chociaż szkodzi drugiej osobie. Abyśmy mogli przyjąć nadużycie prawa, musimy skonstatować w konkretnym przypadku szczególne okoliczności<sup>2</sup>, które pozwolą nam stwierdzić, że działanie uprawnionego jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary<sup>3</sup>.

B) Nadużycie prawa zachodzi wówczas, gdy interesy uprawnionego są rażąco niskie w porównaniu z interesami drugiej osoby. Prawo przedmiotowe chroni zasadniczo każde wykonywanie prawa, opierające się na interesie, zasługującym na ochronę. Właściciel nieruchomości może zabierać wodę podziemną dla swego użytku, chociaż przez to wyrządza szkodę drugiej osobie<sup>4</sup>. Prawo przedmiotowe rozstrzyga konflikt interesów na rzecz uprawnionego nawet wtedy, gdy interesy innych osób są wyższe, niż własny interes uprawnionego. Właściciel nieruchomości władzącej może żądać od właściciela nieruchomości służebnej usunięcia budowli, wzniesionej wbrew obowiązkom, wynikającym ze służebności, także w tym przypadku, gdy właściciel nieruchomości służebnej ma dużo większy interes we wzniesieniu budowli, niż właściciel

<sup>1</sup> Tak samo orzeczenia Sądu Rzeszy RG 98, 17; 138, 375; por. Werner, *Der Rechtsmissbrauch*, s. 68.

<sup>2</sup> Tymi szczególnymi okolicznościami (naruszenie wyższych interesów drugiej strony lub jej zaufania) zajmują się w dalszym ciągu mych rozważań pod B) i C).

<sup>3</sup> Tak samo orzeczenie Sądu Rzeszy RG 138, 373.

<sup>4</sup> Por. art. 19 ustawy wodnej z 19 IX 1922 (Dz. U. ex 1928 nr 62 poz. 574). Takie samo rozstrzygnięcie w dwóch orzeczeniach Sądu Rzeszy (RG 88, 381; 89, 85) oraz w art. 642 k. N. Natomiast właściciel dopuszcza się nadużycia prawa, jeżeli działanie jego nie przynosi mu korzyści, a wyrządza szkodę sąsiadowi.

nieruchomości władającej w utrzymaniu stanu zgodnego z treścią służebności<sup>1</sup>.

Prawo odmawia ochrony interesów uprawnionego dopiero wtedy, gdy własny interes uprawnionego jest widocznie i nieproporcjonalnie niski w porównaniu z interesami innych osób. Dla rozstrzygnięcia pytania, czy zachodzi nadużycie prawa, będziemy musieli rozważać wzajemne interesy stron. Nadużycie prawa zachodzi w tym przypadku, gdy interes uprawnionego jest rażąco niski w porównaniu z interesem pokrzywdzonego. Demogue<sup>2</sup> podkreśla pokrewieństwo takiego sformułowania nadużycia prawa z określeniem stanu konieczności<sup>3</sup>. Przy nadużyciu prawa wyższy interes pokrzywdzonego sprawia, że działanie zasadniczo dozwolone jest bezprawne. Natomiast przy stanie konieczności wyższy interes działającego sprawia, że działanie zasadniczo bezprawne staje się dozwolone.

Następujący przykład może zilustrować nasze wywody:

Po myśli art. 394 k. z. najemca obowiązany jest zwrócić przedmiot najmu wynajmującemu po zakończeniu stosunku najmu. Wynajmujący nie może jednak żądać od najemcy opuszczenia mieszkania, jeżeli najemca jest ciężko chory i wyprowadzenie groziłoby poważnym niebezpieczeństwem dla życia. Żądanie wynajmującego byłoby nadużyciem prawa, naruszającym wyższe interesy najemcy<sup>4</sup>.

C) Nadużycie prawa zachodzi wreszcie w tych wszystkich przypadkach, gdy uprawniony działa sprzecznie z dobrą wiarą,

<sup>1</sup> Por. orzeczenie Szwajcarskiego Trybunału Związkowego z 30 VI 1927 (E. B. G. 53 II 221). Por. jednak art. 188 polskiego prawa rzeczowego.

<sup>2</sup> *Traité des obl.* t. IV, s. 369.

<sup>3</sup> Por. art. 140 k. z., art. 29 polskiego prawa rzeczowego.

<sup>4</sup> Przykład ten został stworzony przez twórcę k. c. szw. E. Hubera, jako argument przemawiający za koniecznością wprowadzenia do kod. cyw. szw. przepisu o nadużyciu prawa; por. zresztą Saleilles, *Extrait du Bullet.*, s. 27. Dalsze przykłady podaje Heck, *Grundriss des Schuldrechts*, s. 89: artysta sceniczny może odmówić występu, wbrew engagement, jeżeli lekarz uznał, iż występ zagraża jego zdrowiu; tancerka wówczas, gdy dziecko jej jest umierające. Do tej grupy należą również przykłady, podane przez Longchamps (Zobowiązania s. 325): właściciel łódki wzbrania się użyć jej dla ratowania tonącego; właściciel domu nie pozwala sąsiadowi na wyjątkowe przejście przez swe obejście w jakimś nagłym wypadku, lecz zmusza go do znacznego nadkładania drogi.



naruszając zaufanie drugiej osoby<sup>1</sup>. Jeżeli więc uprawniony wywołał swym zachowaniem uzasadnione zaufanie u drugiej osoby, to obecnie nie wolno mu działać sprzecznie ze swym dotychczasowym zachowaniem (zasada *venire contra factum proprium nemini conceditur*; w języku polskim najwłaściwszym określeniem technicznym takiego działania jest „zaprzeczenie własnego czynu”)<sup>2</sup>. Rozważenie wzajemnych interesów stron prowadzi do wniosku, że interes uprawnionego mniej zasługuje na ochronę, niż interes drugiej osoby.

Szczególnie interesujących przykładów z tego zakresu dostarcza nam orzecznictwo Sądu Rzeszy w kwestii zarzutu przedawnienia. Według ustalonej judykatury Sądu Rzeszy<sup>3</sup> zarzut przedawnienia jest niedopuszczalny w tych wszystkich przypadkach, gdy wierzyciel dlatego nie wnosił pozwu, ponieważ oceniając rozumnie całokształt okoliczności, mógł przypuszczać na podstawie zachowania się dłużnika, że dłużnik bez sporu sądowego dług swój uiszczy. Zasada ta została wypowiedziana szczególnie jasno w orzeczeniu Sądu Rzeszy z 17 XII 1926 (RG 115, 135). Stan faktyczny w danym przypadku był następujący: Powód wezwał pozwanego do spełnienia dłużnego świadczenia. Pozwany nie złożył wprawdzie oświadczenia, uznającego dług, jednak prowadził on pertraktacje co do ugodowego załatwienia sprawy. Pertraktacje ugodowe toczyły się przez dłuższy czas i w międzyczasie upłynął termin przedawnienia wierzytelności. Wobec bezskuteczności pertraktacji powód skarży pozwanego o zapłatę; pozwany podnosi w toku rozprawy zarzut przedawnienia. Sąd Rzeszy przyznaje wierzycielowi *replicationem* doli przeciwko zarzutowi przedawnienia ze strony dłużnika; jako uzasadnienie swego stanowiska podaje, że według zasad dobrej wiary podniesienie zarzutu przedawnienia jest niedopuszczalne wówczas, gdy wierzyciela wstrzymało od wniesienia powództwa całe poprzednie zachowanie dłużnika.

<sup>1</sup> Por. Egger, *Kommentar zum schw. Zivil.*, s. 65.

<sup>2</sup> Zagadnienie to jest przedmiotem rozpraw Riezlera: *Venire contra factum proprium* 1912, oraz *Berufung auf eigenes Unrecht*, *Ih. Jahr.* t. 53 (2 Folge), s. 177.

<sup>3</sup> RG 57, 376; 67, 282; 78, 134; 84, 281; 109, 309; 115, 135; 124, 111; 138, 299; 142, 2 4; 143, 236; 144, 378; 145, 239; 153, 101; dalej *Juristische Wochenschrift* 1919 s. 102 nr 2 i s. 304 nr 4. Za orzecznictwem Sądu Rzeszy idzie również orzecznictwo Szwajcarskiego Trybunału Związkowego (E. B. G. 42 II 683; 46 II 93).

Sąd Rzeszy rozróżnia trafnie dwie ewentalności zachowania się dłużnika:

1) Dłużnik świadomie i podstępnie działał w tym celu, by powstrzymać wierzyciela od wniesienia pozwu, a następnie w razie spóźnionego wniesienia pozwu podnieść zarzut przedawnienia. Takie podstępne działanie dłużnika zachodzi np. wówczas, gdy rozmyślnie przeciąga on pertraktacje ugodowe, by upłynął termin przedawnienia. Jest to przypadek *doli praeteriti* i dopuszczalność *replicationis doli* nie budzi tutaj wątpliwości.

2) Dłużnik nie działa wprawdzie podstępnie w tym celu, by powstrzymać wierzyciela od wniesienia pozwu, jednak zachowuje się w ten sposób, że wierzyciel, oceniając rzecz rozsądnie, może przypuszczać (np. na podstawie korespondencji w sprawie polubownego załatwienia sprawy), iż dłużnik uiszczy swój dług. Sąd Rzeszy słusznie rozstrzyga, że wierzyciel może także w tym przypadku przeciwstawić skutecznie *replicationem doli*. Pogląd Sądu Rzeszy stwarza duże ułatwienie dowodowe dla wierzyciela, albowiem udowodnienie podstępu ze strony dłużnika jest dla wierzyciela bardzo trudne. Natomiast wobec przyjęcia obiektywnego kryterium działania, sprzecznego z zasadą dobrej wiary, wierzyciel musi jedynie udowodnić, że wszystkie okoliczności konkretnego przypadku pozwalały mu wnioskować, iż sprawa zostanie polubownie załatwiona.

Podkreślić należy, że wierzyciel może tylko wówczas przeciwstawić *replicationem doli*, gdy termin przedawnienia upłynął skutkiem zachowania się dłużnika, sprzecznego z zasadami dobrej wiary. *Replicatio doli* jest niedopuszczalna w przypadku, gdy wierzyciel po bezskutecznym wyniku pertraktacji ugodowych miał w okresie przedawnienia jeszcze dosyć czasu do wniesienia pozwu<sup>1,2</sup>.

W omawianych dotychczas przypadkach nadużycia prawa dopuszczał się dłużnik, który przez podniesienie zarzutu przedaw-

<sup>1</sup> RG 109, 310.

<sup>2</sup> Po odpadnięciu okoliczności, uzasadniających podniesienie *replicationis doli*, bieg przedawnienia nie zaczyna się na nowo, jak po przerwie przedawnienia (na tym polega różnica w skutkach między omawianymi przypadkami, a uznaniem wierzytelności przez dłużnika). W każdym konkretnym przypadku należy, na podstawie okoliczności sprawy, określić termin, w którym roszczenie wierzyciela może być jeszcze dochodzone w drodze pozwu (por. RG 115, 135; 128, 217; 143, 250; 144, 378).

nienia naruszał uzasadnione zaufanie wierzyciela. Z odwrotną sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzenie roszczenia przez wierzyciela jest nadużyciem prawa, ponieważ pozostaje ono w sprzeczności z jego dotychczasowym zachowaniem. Według orzecznictwa i literatury niemieckiej<sup>1</sup> następuje utrata roszczenia (*Verwirkung*) wierzyciela, jeżeli wierzyciel wywołał u dłużnika uzasadnione zaufanie, że nie będzie dochodził swego roszczenia, a następnie wbrew zasadom dobrej wimy roszczenia swego dochodzi. W takim przypadku dłużnik może skutecznie podnieść *exceptionem doli generalis* przeciwko żądaniu wierzyciela. Zasada, że zachowanie wierzyciela sprzeczne z dobrą wiarą powoduje utratę roszczenia, została przez Sąd Rzeszy<sup>2</sup> stworzona w sprawach, wynikających ze stosowania ustaw szczególnych: ustawy waloryzacyjnej, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prawa pracy; została ona stopniowo rozszerzona na całe prawo prywatne.

Następujące przykłady z orzecznictwa zilustrują nasze wywody:

a) Osoba A prowadzi przez szereg lat nieprawidłowo oznaczoną firmę<sup>3</sup>, a osoba B toleruje ten stan rzeczy. Kiedy osoba A stworzyła sobie już dużą klientelę i firma jej znajduje się w stanie bardzo pomyślnego rozwoju, osoba B występuje z roszczeniem o zaniechanie prowadzenia firmy. Osoba A (pozwany) mogła na podstawie zachowania osoby B przypuszczać, że osoba B (powód) zgadza się z brzmieniem firmy. Dochodzenie roszczenia przez powoda jest nadużyciem prawa i pozwany może skutecznie bronić się podniesieniem *exceptionis doli generalis*.

b) Towarzystwo ubezpieczeniowe A zamieściło w warunkach ubezpieczeniowych wzmiankę, że w razie ubezpieczenia poszczególnych transportów w innych towarzystwach ubezpieczeniowych ubezpieczający ma zapłacić danemu towarzystwu A premię także za te transporty<sup>4</sup>. Towarzystwo ubezpieczeniowe A wiedziało przez dłuższy czas o tym, że ubezpieczający B ubezpieczał swe

<sup>1</sup> Enneccerus, *Recht der Schuldverhältnisse*, s. 19; Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, s. 60.

<sup>2</sup> Ostatnie orzeczenia: RG 155, 148; 167, 19.

<sup>3</sup> Omawiana sprawa była przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Rzeszy: RG 167, 190.

<sup>4</sup> Omawiana sprawa była przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Rzeszy: RG 1 3, 163.

transporty także w innych towarzystwach, jednakże stan ten tolerowało w obawie, by ubezpieczający B nie skorzystał z przysługującego mu prawa wypowiedzenia umowy ubezpieczeniowej. Jeżeli po upływie dłuższego okresu czasu towarzystwo ubezpieczeniowe A, korzystając z powyższej wzmianki warunków ubezpieczeniowych, występuje z pozwem przeciwko osobie B o zapłatę premii od ubezpieczeń, zawartych z innymi towarzystwami ubezpieczeniowymi, to takie zachowanie wierzyciela jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary i osoba B (dłużnik) może mu skutecznie przeciwstawić *exceptionem doli generalis*.

Pod pojęcie działania sprzecznego z dotychczasowym zachowaniem uprawnionego podpadają dalej przypadki, gdy ktoś domaga się od dłużnika spełnienia świadczenia, które ma ze swej strony spełnić na rzecz dłużnika (rzymska zasada *dolo facit qui petit, quod mox rediturus est*, mająca znaczenie także w prawie pozytywnym polskim)<sup>1</sup>.

Oto jeden z przykładów na zastosowanie tej zasady w praktyce<sup>2</sup>: Pastor, zarządzający majątkiem gminy kościelnej, odebrał na podstawie sfałszowanego przez siebie dokumentu papiery wartościowe, będące własnością gminy, a znajdujące się w przechowaniu u pozwanego; następnie pastor papiery te zdefraudował. Gmina wnosi powództwo przeciwko pozwanemu o zwrot tych papierów. Ponieważ gmina jest obowiązana ze swej strony do naprawienia szkody, jaką wyrządził pozwanemu pastor, jako organ gminy, przeto uznać należy, że podniesienie roszczenia przez gminę jest sprzeczne z dobrą wiarą w myśl zasady „*dolo facit qui petit, quod mox rediturus est*”.

Riezler<sup>3</sup> podaje cały szereg przykładów wykonywania prawa, niezgodnego z zasadami dobrej wiary, bo sprzecznego z poprzednim zachowaniem uprawnionego. Ograniczymy się do przedstawienia jednego z tych przykładów: Wierzyciel zaskarżył dłużnika, a następnie w ciągu procesu przelał swą zaskarżoną wierzytelność na osobę trzecią. Dłużnik dowiaduje się o przelewie dopiero po uprawomocnieniu się wyroku, niekorzystnego dla siebie. Obecnie

<sup>1</sup> Por. art. 128 § 2 k. z.: Kto spełnił należne świadczenie, zanim stało się wymagalne, nie może żądać zwrotu.

<sup>2</sup> Omawiana sprawa była przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Rzeszy: RG Warneyer 1917, nr 130.

<sup>3</sup> Riezler, *Venire contra factum proprium*, s. 61.

zbywca wszczyną egzekucję na podstawie tytułu z prawomocnego wyroku. Podstawa egzekucji jest prawomocny wyrok, a nie wierzytelność, zatem formalnie rzecz biorąc, zbywca ma prawo do prowadzenia egzekucji. Mimo to dłużnik może skutecznie przeciwstawić zbywcy *exceptionem doli*, skoro działanie zbywcy pozostaje w sprzeczności z jego poprzednim zachowaniem<sup>1</sup>.

Po omówieniu przypadków nadużycia prawa, polegających na sprzeczności działania uprawnionego z zasadami dobrej wiary, przeprowadzimy analizę orzeczenia Sądu Najwyższego, zamieszczonego w O. S. P. z roku 1939<sup>2</sup>. Stan faktyczny był następujący: Powodowie byli właścicielami kamienicy, sąsiadującej z kamienicą pozwanych. Pozwani wzniesli w swej kamienicy ze znacznym nakładem pieniężnym nadbudówkę (czwarte piętro); skoro została ona doprowadzona pod dach, powodowie wnieśli pozew, w którym żądali zniesienia nadbudówki, powołując się na to, że przez nadbudówkę zostało zamurowane jedno okno w ścianie szczytowej kamienicy powodów, a powodom przysługiwała służebność urzędzenia takiego okna „dla światła i widoku na kamienicę pozwanych”. Sąd Najwyższy uznał, że żądanie powodów stanowi nadużycie prawa i wypowiedział zasadę, że „nadużycie prawa zachodzi nie tylko wówczas, gdy osoba uprawniona wykonuje swe prawo ze szkodą innej osoby wyłącznie w celu szyskany, nie mając w tym żadnego poważnego interesu, ale nawet wówczas, gdy uprawniony ma interes w wykonywaniu swego prawa, ale mogąc je wykonać kilku sposobami, wybiera bez korzyści dla siebie sposób szczególnie uciążliwy i rujnujący dla drugiej osoby”. Sąd Najwyższy podkreślił jaskrawą dysproporcję, jaka zachodzi między minimalną szkodą dla właściciela zamurowanego okna, a wielokrotnie przewyższającą ją szkodą dla właściciela nadbudówki, gdyby miała ona być zniesiona<sup>3</sup>, oraz wskazał na złą wiarę powodów, którzy nie protestowali przeciwko prowadzeniu budowy, a z roszczeniami

<sup>1</sup> Dłużnik może tutaj również domagać się wznowienia postępowania (art. 443 i n. k. p. c.).

<sup>2</sup> Orzeczenie z dnia 10 XI 1938, C. I 829/37, O. S. P. 1939, s. 414 z glosą M. Lewy'ego.

<sup>3</sup> Obowiązujące obecnie art. 188 i 189 pol. pr. rz. chronią właściciela nieruchomości obciążonej przed podobnym działaniem uprawnionego.

wystąpili dopiero po doprowadzeniu jej pod dach. Orzeczenie Sądu Najwyższego jest trafne; działanie powodów stanowi nadużycie prawa, ponieważ narusza ważniejsze interesy pozwanych, a nadto jest sprzeczne z dotychczasowym zachowaniem powodów.

#### 4. Działania sprzeczne z celem prawa podmiotowego

Przechodzimy z kolei do omówienia drugiej kategorii nadużycia prawa, mianowicie działania sprzecznego z celem, ze względu na który prawo podmiotowe przysługuje jednostce. Jednostka dopuszcza się nadużycia prawa, jeżeli prawo podmiotowe służy do osiągnięcia innego celu, niż ten, który został mu wyznaczony przez porządek prawny. Kodeks zobowiązań przyjął tutaj kryterium celowości nadużycia prawa; jak już wspomnieliśmy, kryterium to zostało wysunięte na pierwszy plan przez Josseranda. Według Josseranda każde prawo podmiotowe ma do wypełnienia własne zadania i dlatego każde winno być wykonywane zgodnie z duchem instytucji, z celem ekonomicznym i społecznym prawa.

Celem prawa podmiotowego jest zaspakajanie ludzkich interesów, ale niekoniecznie interesów własnych uprawnionego<sup>1</sup>. Idąc za Josserandem<sup>2</sup>, możemy rozróżnić dwie grupy praw: pierwsze, które mają być wykonywane w interesie innej osoby (należą tutaj prawa familijne: prawa rodziców, opiekuna itp.), oraz drugie, które mają być wykonywane we własnym interesie uprawnionego (należą tutaj przede wszystkim prawa majątkowe). Stosownie do tego podziału będziemy badać, na czym polega działanie sprzeczne z celem prawa podmiotowego w każdej z tych grup,

1) Jeżeli uprawniony powinien wykonywać prawo w cudzym interesie, dopuszcza się on nadużycia prawa przez wykonywanie

<sup>1</sup> Por. Enneccerus, Allg. Teil § 68, s. 161; wobec stanowiska zajętego w tekście odpada argument Tuhra, wysunięty przeciwko ujmowaniu prawa podmiotowego, jako uznanego i chronionego interesu, a opierający się na tym, że prawa opiekuna lub rodziców nie mają służyć interesowi uprawnionego (por. wyżej s. 19).

<sup>2</sup> Esprit, s. 387 i n.

prawa we własnym interesie egoistycznym<sup>1</sup>. Orzecznictwo francuskie dostarcza nam następującego przykładu<sup>2</sup>:

Rodzice dziecka żyli oddzielnie jako faktycznie (nie sądownie) separowani. Ojcu więc przysługiwało prawo nadzoru (*droit de garde*) nad dzieckiem; wykonywał on swe prawo w tym celu, by zmusić żonę do zgody na rozwód. Utrzymywał on mianowicie dziecko za granicą, przy czym często zmieniał jego miejsce pobytu, tak że matka nie miała możliwości widywania się z dzieckiem. Orzeczenie sądowe uznało, że zachowanie ojca było sprzeczne z celem, ze względu na który przysługiwało mu prawo dozoru, i dlatego odebrał ojcu prawo dozoru i powierzył je matce.

2) Jeżeli prawo ma służyć interesom uprawnionego, nadużycie prawa zachodzi w razie używania prawa niezgodnie z jego celem i przeznaczeniem. Typowym przykładem na takie działanie jest omawiana już sprawa Clément-Bayard pko. Coquerel<sup>3</sup>: własność nieruchomości nie powinna służyć do osiągnięcia niedozwolonego celu. Następujące przykłady zilustrują nam, na czym polega działanie sprzeczne z celem prawa:

a) Pozwana pozostawała ze swym mężem w ustawowym ustroju małżeńskim majątkowym<sup>4</sup>. Na kilka dni przed śmiercią swego męża pozwana zawarła z nim umowę majątkową małżeńską, ustanawiającą wspólność majątkową na czas życia małżonków z tym, że małżonek, pozostały po śmierci drugiego małżonka, ma otrzymać  $\frac{3}{4}$  wspólnego majątku. Z uwagi na to, że śmierć ciężko chorego małżonka pozwanej była kwestią kilku dni, umowa majątkowa małżeńska miała na celu pokrzywdzenie dziedziców ustawowych męża pozwanej, mających prawa do zachowku. Instytucja wspólności majątkowej małżeńskiej została użyta do celów niezgodnych z jej przeznaczeniem. Obecnie dziedzice ustawowi męża pozwanej wystąpili z pozwem, żądając uznania umowy majątkowej za nieważną. Trybunał Związkowy uznał umowę, tj. ustanowienie wspólności majątkowej, za nadużycie prawa; przyjął, że jest ono pozbawione skutków prawnych w stosunku do dziedzic-

<sup>1</sup> Por. cytowane wyżej (s. 52) przepisy polskiego prawa rodzinnego.

<sup>2</sup> Orzeczenie Sądu paryskiego z 8 II 1912 (D. P. 1912. 2. 273) z głosem Planiola, oraz S. 1914. 2. 209 z głosem Hugueney'a.

<sup>3</sup> Por. wyżej s. 2.

<sup>4</sup> Orzeczenie Trybunału Związkowego z 11 VI 1927 (E. B. G. 53 II 97).

ców uprawnionych do zachowku i obliczył ich zachówek w ten sposób, jak gdyby umowa majątkowa małżeńska nie została zawarta<sup>1</sup>.

b) Jedno z ostatnich orzeczeń niemieckich<sup>2</sup> z zakresu nadużycia prawa dotyczy obowiązku akcjonariusza wstrzymania się od głosu na walnym zgromadzeniu przy powzięciu uchwał, dotyczących jego odpowiedzialności, jako członka zarządu spółki (por. art. 406 polskiego kodeksu handlowego). W konkretnym przypadku X, członek zarządu spółki akcyjnej A, był równocześnie spółnikiem w spółce z ogr. odp. B; miał on przy tym nieograniczoną władzę w spółce z ogr. odp., albowiem ta ostatnia była złożona z członków rodziny osoby X. Wyłoniło się pytanie, czy spółka z ogr. odp., która była równocześnie akcjonariuszem spółki akcyjnej, może głosować w uchwałach, dotyczących odpowiedzialności osoby X. Wydawałoby się, że na to pytanie należy dać odpowiedź twierdzącą, albowiem spółka z ogr. odp. stanowi osobę prawną i posiada sama zdolność prawną. Sąd Rzeszy doszedł jednak do wniosku, że w danym przypadku zachodziło nadużycie zdolności prawnej spółki z ogr. odp. Osoba X stworzyła spółkę z ogr. odp. w tym celu, by ukryć swe działanie pod pozorami działalności spółki. Sąd Rzeszy uznał, że instytucja spółki z ogr. odp. została użyta do celów niezgodnych z jej przeznaczeniem i dlatego odmówił spółce prawa głosowania na walnym zgromadzeniu spółki akcyjnej.

Nauka francuska<sup>3</sup> porównuje teorię nadużycia prawa z teorią francuskiego prawa administracyjnego, zwaną „*théorie du détournement de pouvoir*”<sup>4</sup>. Według orzecznictwa Rady Stanu i nauki prawa administracyjnego<sup>5</sup> „*détournement de pouvoir*” zachodzi w tych przypadkach, gdy organ administracyjny,

<sup>1</sup> Por. art. 32 prawa małż. maj., w myśl którego zastrzeżenie na rzecz małżonka udziału, przewyższającego połowę masy, jaka ulegnie podziałowi przy ustaniu ustroju majątkowego, nie może naruszyć zachowku spadkobierców zmarłego współmałżonka.

<sup>2</sup> RG 146, 385.

<sup>3</sup> Jossierand, *Esprit*, s. 241; Demogue, *Traité des obl.* t. IV, s. 300; Laparre, *La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, 1913.

<sup>4</sup> Ponieważ w języku polskim nie ma technicznego określenia, oddającego właściwe znaczenie francuskie, używam w tym przypadku określenia francuskiego.

<sup>5</sup> Por. Hauriou, *Précis de droit administratif*, s. 330.



działając zgodnie ze swą kompetencją i przepisami prawa formalnego, używa swej władzy w sposób sprzeczny z celem, dla którego władza została mu udzielona. Organ administracyjny winien działać w interesie powszechnym i dlatego akty administracyjne, nie podyktowane względem na interes powszechny, są wadliwe. Rada Stanu znosi takie akty, albowiem stoi na stanowisku, że władza w tym przypadku przekroczyła w rzeczywistości swe uprawnienia. Tak np. Rada Stanu zniosła zarządzenie mera, który opierając się na przepisach, regulujących ruch uliczny, zakazał tylko jednemu stowarzyszeniu muzycznemu grać na ulicy<sup>1</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że teorie te (obie wykształcone przez sądownictwo francuskie) mają cały szereg cech wspólnych, względnie analogicznych. Obydwie opierają się na kryterium celowościowym i badają, czy uprawnienia są używane zgodnie z ich celem i przeznaczeniem. Władza dla organu administracyjnego jest tym samym, co prawo podmiotowe dla jednostki, i zarówno organ administracyjny, jak i jednostka, winny używać swych uprawnień zgodnie z celem, dla którego ustawodawca udzielił im tych uprawnień.

##### 5. Bliższe określenie pojęcia celu prawa podmiotowego

Pozostaje nam wreszcie rozstrzygnięcie następującego zagadnienia: czy sędzia polski, stosując klauzulę nadużycia prawa, winien ustalić cel prawa podmiotowego zgodnie z wolą ustawodawcy z czasu wydania ustawy, czy też zgodnie z zapatrywaniami społecznymi, panującymi w czasie wydawania wyroku. Ustawodawstwo XIX w. pozostawało pod wpływem tendencji indywidualistycznych i liberalnych, podczas gdy tendencją współczesnych poglądów jest podporządkowanie interesów jednostki interesowi powszechnemu. Jak należy więc rozumieć słowa art. 135 k. z., „cel, ze względu na który prawo mu służyło”: czy jest to cel, wyznaczony raz na zawsze przez ustawodawcę, czy cel, zależny od ewolucji poglądów ekonomicznych i dlatego też zmieniający się ustawicznie. Jeżeli przyjmiemy pierwszą interpretację, będziemy mogli ustalić obecnie listę celów poszczególnych praw

<sup>1</sup> Znane i wielokrotnie cytowane orzeczenia Rady Stanu z 1 VII 1898 oraz z 17 V 1907.

podmiotowych. W razie przyjęcia drugiej interpretacji uznamy sporządzenie takiej listy za niewskazane.

Nie trudno jest dostrzec związek między tym problemem, a ogólnym zagadnieniem wykładni ustawy. Jak wiadomo istnieją dwie zasadnicze teorie wykładni ustawy:

1) Teoria tradycyjna, określana również jako teoria subiektywna<sup>1</sup>. Według niej zadanie sędziego polega na ustaleniu rzeczywistej woli ustawodawcy; sędzia winien przy tym określić istotne znaczenie tekstu ustawy, zgodnie z zapatrywaniami panującymi w czasie wydania ustawy.

2) Teoria obiektywna, określana również jako teoria socjologiczna<sup>2</sup>. Według niej ustawa odrywa się od woli ustawodawcy i żyje własnym życiem. Tekst ustawy podlega nieustannym ewolucjom, a to w zależności od środowiska społecznego, w którym ustawa wywiera swe działanie. Zadanie sędziego polega nie na ustaleniu woli ustawodawcy, lecz na dostosowaniu tekstu ustawy do zmieniających się stosunków ekonomicznych i społecznych.

Wydaje się na pierwszy rzut oka, że odpowiedź na pytanie, postawione na początku niniejszego ustępu, jest ściśle uzależniona od przyjęcia jednej lub drugiej teorii. Przyjęcie teorii subiektywnej prowadziłoby do zapatrywania, że cele praw podmiotowych są określone raz na zawsze przez ustawodawcę. Przyjęcie teorii obiektywnej nadałoby teorii nadużycia prawa charakter bardziej giętki i elastyczny, skoro cele poszczególnych praw podmiotowych zmieniają się w zależności od ewolucji społecznej.

W istocie zapatrywania sprzecznych ze sobą teorii wykładni ustawy na interesujące nas zagadnienie nie różnią się zasadniczo od siebie<sup>3</sup>. Teoria subiektywna uznaje wyraźnie, że sędzia, interpretując klauzule generalne (jak klauzula zakazująca umów sprzecznych z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami,

<sup>1</sup> Por. Gény, *Méthode* t. I, s. 265. Zwolennikiem tradycyjnej teorii w literaturze polskiej jest przede wszystkim Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, s. 15.

<sup>2</sup> Głównym jej przedstawicielem jest Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* t. I, s. 122, zaś w literaturze polskiej Zoll, *Prawo cywilne* t. I, s. 78.

<sup>3</sup> Dlatego też nie podaję argumentów, które zdaniem moim przemawiają za przyjęciem teorii obiektywnej. Zagadnienie to przerasta o wiele rozmiary niniejszej pracy i dlatego wolę nie przeprowadzać tutaj rozumowania, które byłoby fragmentaryczne i niekompletne.

klauzula nadużycia prawa), winien oprzeć się na zapatrywaniach panujących w czasie wydania wyroku<sup>1</sup>. Działa on wówczas w granicach delegacji, udzielonej mu przez ustawodawcę.

Wobec takiego ustępstwa, dokonanego przez teorię subiektywną, możemy odpowiedzieć na interesujące nas pytanie, bez dokonywania wyboru między teoriami wykładni ustawy. Dochodzimy więc do ostatecznego wniosku, że funkcje poszczególnych praw podmiotowych mogą się zmieniać z biegiem czasu. Działanie, które kiedyś było uznawane za zgodne z celem prawa, może stać się nadużyciem prawa pod wpływem ewolucji poglądów<sup>2</sup>. Dlatego też niemożliwe jest ustalenie niezmiennych celów poszczególnych praw podmiotowych. Zadaniem sędziego będzie określenie tego celu w każdym poszczególnym przypadku, zgodnie z zapatrywaniami społecznymi w czasie wydawania wyroku.

## ROZDZIAŁ II

### Krytyka logiczna teorii nadużycia prawa

Teoria nadużycia prawa znalazła we Francji<sup>3</sup> cały szereg przeciwników, którzy zwalczali ją jako zbędną lub niebezpieczną. Josserand<sup>4</sup> dzieli tych przeciwników na dwie grupy: do pierwszej z nich należą ci, którzy przeprowadzają krytykę z punktu widzenia logicznego (critique de forme). Do drugiej natomiast grupy należą autorowie, którzy przeprowadzają krytykę samej zasady teorii nadużycia prawa (critique de fond), uważając ją za niebezpieczną i niepożądaną. Dla nas szczególnie interesująca jest krytyka logiczna teorii nadużycia prawa (rozdział II części trzeciej), natomiast krytyka zasadnicza (rozdział III części trzeciej) ma dla nas mniejsze znaczenie. Wobec wyraźnego przyjęcia teorii nadużycia prawa przez polskie prawo pozytywne, krytyka zasadnicza mogłaby mieć jedynie znaczenie de lege ferenda.

<sup>1</sup> Gény, *Méthode d'interprétation* t. I, s. 273.

<sup>2</sup> Josserand, *Esprit*, s. 379.

<sup>3</sup> Rozważania moje uwzględniają oczywiście i argumenty, wysunięte przeciwko omawianej teorii w literaturze niemieckiej i szwajcarskiej. Jednakowoż w pierwszym rzędzie zajmuję się literaturą francuską, albowiem krytyka omawianej teorii została tam najbardziej wszechstronnie przeprowadzona.

<sup>4</sup> *Esprit*, s. 307.

Krytyka logiczna teorii nadużycia prawa uznaje większość rozstrzygnięć orzecznictwa za trafne, uważa jednak, że orzeczenia te można wytłumaczyć ogólnymi zasadami odpowiedzialności cywilnej za szkodę, bez potrzeby wprowadzania pojęcia nadużycia prawa. Jossierand rozróżnia dwa kierunki krytyki logicznej; omówieniu tych kierunków poświęcone będą nasze dalsze rozważania (ustępy 1—6).

### 1. Krytyka Planiola

Pierwszy kierunek jest reprezentowany przede wszystkim przez Planiola<sup>1</sup>, za którym idą Duguit<sup>2</sup>, Esmein<sup>3</sup>, Alfred Martin<sup>4</sup>, i inni<sup>5</sup>. Przy omawianiu krytyki logicznej musimy na wstępie wyeliminować z naszych rozważań zarzuty, podniesione przez Duguita przeciwko teorii nadużycia prawa. Zastrzeżenia, jakie Duguit podnosi przeciwko omawianej teorii, są zupełnie zrozumiałe z punktu widzenia jego poglądów. Jeżeli jednostka nie ma praw podmiotowych, nie może ich nadużywać; działanie jej może być jedynie zgodne, albo niezgodne z prawem przedmiotowym. Problem nadużycia prawa znika wówczas, gdy przeczy się istnieniu praw podmiotowych, jak to czyni Duguit. Teoria jego została przez nas już omówiona powyżej<sup>6</sup> i dlatego nie będziemy obecnie poddawać jej krytyce. Przejdziemy więc do omówienia krytyki Planiola, która ma dla nas pierwszorzędne znaczenie.

Planiol przeprowadza bardzo subtelną i wnikliwą analizę teorii nadużycia prawa. Punktem wyjścia jego jest stwierdzenie zasady, że działanie może być albo zgodne z prawem i wówczas jest dozwolone, albo niezgodne z prawem i dlatego niedozwolone. Jeżeli wykonuję me prawo, wówczas działanie moje jest dozwolone; jeżeli zaś działanie jest niedozwolone, to dlatego, że

<sup>1</sup> *Traité pratique de droit civil* t. VI, s. 785 i n.; *Traité élémentaire*, s. 313; *Revue Critique*, 1905, s. 177.

<sup>2</sup> *Traité de droit constitutionnel* t. I, s. 173.

<sup>3</sup> W swojej glosie S. 1898. 1. 17.

<sup>4</sup> *L'abus de droit et acte illicite*, 1906.

<sup>5</sup> Por. np. Savatier w glosie D. 1928. 1. 73. Przy omawianiu zagadnienia nadużycia prawa własności wysuwa on dość niejasną tezę, że prawo to nie zapewnia możliwości szkodenia drugiemu; wyprowadza on stąd wniosek, że działanie mające na celu szkodenie drugiemu nie mieści się już w granicach prawa własności.

<sup>6</sup> Por. s. 11.

wykraczam poza granice prawa, że działam bez prawa. Działanie zaś nie może być równocześnie zgodne z prawem i niezgodne z prawem; w tych przypadkach, które określa się nazwą nadużycia prawa, uprawniony przekracza w rzeczywistości granice prawa podmiotowego i działa bezprawnie. Formuła „nadużycie prawa” jest w rzeczywistości walką słowną, skoro prawo kończy się tam, gdzie zaczyna się nadużycie<sup>1</sup>.

Planiol uważa cały szereg orzeczeń jurysprudencji, odnoszących się do naszego zagadnienia, za trafne. Stwierdza on tylko, że działanie, określane jako „nadużycie prawa”, nie jest wykonywaniem prawa, lecz działaniem bezprawnym. Problem nadużycia prawa sprowadza się, zdaniem Planiola, do właściwego określenia praw podmiotowych; właściwa myśl, jaka tkwi w tej teorii, to ta, że prawa podmiotowe nie są absolutne, lecz ograniczone w swej treści i możliwościach wykonywania. Planiol zarzuca zwolennikom teorii nadużycia prawa, że bronią oni słusznej idei, posługując się fałszywą formułą „nadużycia prawa”.

Wywody Planiola streszczają się w twierdzeniu, że działanie, określane jako nadużycie prawa, nie jest szczególną kategorią działań zobowiązujących do odszkodowania, lecz zobowiązuje ono do odszkodowania, jako działanie bezprawne<sup>2</sup>.

Zanim przejdziemy do omówienia krytyki Planiola, przedstawimy, w jaki sposób Josserand stara się ją zwalczyć. Josserand<sup>3</sup> wskazuje mianowicie na to, że słowo „prawo” ma znaczenie obiektywne, jako reguła społeczna, i znaczenie subiektywne, jako uprawnienie (prérogative déterminée). Planiol w swej krytyce zapomniał rzekomo o tym, że działanie może być zgodne z prawem subiektywnym, lecz równocześnie sprzeczne z porządkiem prawnym. Nadużycie prawa zachodzi, według Josseranda, wówczas gdy ktoś działa w granicach przysługującego mu

<sup>1</sup> *Traité pratique* t. VI, s. 785; znana i często cytowana formuła Planiola brzmi: „le droit cesse où l'abus commence”. Dla większej jasności cytuję odnośny ustęp wywodów Planiola: „Il ne faut donc pas être dupe des mots: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir „usage abusif” d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit”.

<sup>2</sup> Por. Planiol loc. cit.: „l'abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite”.

<sup>3</sup> *Esprit*, s. 313.

prawa podmiotowego i zgodnie z jego treścią, lecz niezgodnie z prawem przedmiotowym. Znana paremia rzymska „*summum ius, summa iniuria*” mówi właśnie o takiej sytuacji, gdy działanie, zgodne z prawem podmiotowym, sprzeciwia się porządkowi prawnemu.

Wywody Josseranda nie odpierają jednak zarzutu Planiola. Przede wszystkim nietrafny jest pogląd Josseranda, że nadużycie prawa jest to działanie zgodne z prawem podmiotowym, lecz niezgodne z prawem przedmiotowym. Josserand zapomina o tym, że prawo podmiotowe opiera się na prawie przedmiotowym; pojęcie prawa podmiotowego jest logicznie podporządkowane pod pojęcie prawa przedmiotowego<sup>1</sup>. Wobec tego działanie, sprzeczne z prawem przedmiotowym, nie może być równocześnie zgodne z prawem podmiotowym. Pogląd Josseranda, że nadużywający prawa działa mimo to w granicach prawa podmiotowego, jest więc nie do przyjęcia. Z drugiej strony Planiol nie ma racji, gdy twierdzi, że wyrażenie „nadużycie prawa” jest błędne, albowiem „nadużywający prawa” przekracza granice prawa podmiotowego. Zapomina on o tym, że nadużycie prawa stanowi szczególną grupę działań bezprawnych. Można przyjąć pogląd Planiola, że nadużywający prawa przekracza w rzeczywistości granice prawa podmiotowego, a mimo to można uważać wyrażenie „nadużycie prawa” za najzupełniej poprawne. Wyrażenie to oznacza bowiem ten szczególny przypadek działania bezprawnego, który przedstawia na zewnątrz pozory wykonywania prawa<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Por. bardzo trafną uwagę Demogue'a, *Traité des obl.* t. IV, s. 360 o poglądzie Josseranda: „*Mais c'est oublier, que le droit subjectif n'est qu'un aspect du droit objectif. On ne conçoit pas, que l'un soit en opposition avec l'autre*”.

<sup>2</sup> Demogue doskonale definiuje nadużycie prawa (*Traité des obl.* t. IV, s. 365): „*une catégorie spéciale des actes illicites, celle des actes se dissimulant sous l'apparence de l'usage d'un droit*”. Podobne stanowisko zajmuje Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, s. 19: „*Der Rechtsmissbrauch unterscheidet sich aber von den anderen „einfacheren” Fällen der Rechtsüberschreitung eben dadurch, dass hier die das Recht überschreitende Handlung zunächst von dem Schein des Rechts gedeckt wird*”.

Werner, *Der Rechtsmissbrauch in den Entscheidungen*, s. 70, przeprowadza pewnego rodzaju paralelę między nadużyciem prawa, a obroną konieczną. Przy obronie koniecznej zachodzi *prima facie* działanie bezprawne, jednakowoż działanie jest w istocie zgodne z prawem. Przy nadużyciu prawa działanie jest *prima facie* prawne, lecz w istocie bezprawne.

## 2. Teoria zewnętrzna i teoria wewnętrzna nadużycia prawa

Przechodzimy obecnie do omówienia dwóch zasadniczych teorii nadużycia prawa: teorii zewnętrznej (Aussentheorie), reprezentowanej przede wszystkim przez Josseranda<sup>1</sup>, i teorii wewnętrznej (Innentheorie)<sup>2</sup>.

Teoria zewnętrzna uważa, że w przypadku nadużycia prawa uprawniony nie wykracza poza granice prawa podmiotowego. Josserand ustawicznie podkreśla, że nadużywający prawa działa zgodnie z treścią prawa podmiotowego. Według Josseranda nadużycie prawa jest działaniem, które nie przekracza granic prawa podmiotowego i stanowi wykonywanie prawa; staje się ono działaniem niedozwolonym i zobowiązującym do odszkodowania jedynie dlatego, że pobudki działania uprawnionego były niedozwolone<sup>3</sup>. Jeżeli pobudki działania uprawnionego są sprzeczne z przeznaczeniem prawa podmiotowego, z jego funkcją społeczną, wówczas zobowiązany jest on do naprawienia wyrządzonej szkody.

Natomiast według teorii wewnętrznej prawa podmiotowe są ograniczone w swej treści i w sposobie wykonywania przez zasady dobrej wiary. Prawo przedmiotowe uznaje prawo podmiotowe, jako środek do celu, a mianowicie do służenia zasługującym na ochronę interesom jednostek. Wobec tego ten, kto działa niezgodnie z zasadami dobrej wiary, względnie ze społecznym przeznaczeniem prawa, przekracza w rzeczywistości granice

<sup>1</sup> Por. Josserand, *Esprit*, s. 315; Porcherot (*Abus de droit*, s. 215) podaje następującą definicję nadużycia prawa z punktu widzenia teorii zewnętrznej: „On abuse de son droit, quand restant dans ses limites, on vise un but différent de celui, qu'a eu en vue le législateur”.

<sup>2</sup> Stanowisko teorii wewnętrznej jest bardzo jasno przedstawione w rozprawach Sieberta o nadużyciu prawa (por. wyż. s. 7), który jest głównym przedstawicielem teorii wewnętrznej w nauce niemieckiej. Za głównego przedstawiciela teorii wewnętrznej w nauce francuskiej można uważać Demogue'a, *Traité des obl.* t. IV, s. 373: „l'abus du droit n'est pour nous qu'une variété d'acte illicite”.

<sup>3</sup> Por. Josserand, *Esprit*, s. 33: „L'acte est donc légal, il est irréprochable si on l'envisage intrinsèquement, en le détachant de la volonté qui l'a réalisé, des mobiles qui l'ont déterminé. Mais le juge a le devoir de remonter jusqu'à ces mobiles: s'ils sont répréhensibles, s'ils contredisent la finalité du droit, la responsabilité pourra être engagée pour cause d'abus”.

prawa podmiotowego i działa bezprawnie. Teoria wewnętrzna przyjmuje zatem formułę Planiola: „le droit cesse où l'abus commence”.

Spór między teorią zewnętrzną a teorią wewnętrzną polega więc na tym, że według pierwszej nadużycie prawa jest działaniem zgodnym z treścią prawa podmiotowego, lecz mimo to niedozwolonym. Natomiast według teorii wewnętrznej nadużycie prawa jest działaniem bezprawnym, bo sprzecznym z treścią prawa podmiotowego. Wydawałoby się na pierwszy rzut oka, że odpowiedź na pytanie, czy nadużycie prawa jest działaniem bezprawnym, jest kwestią ściśle teoretyczną, bez większego waloru praktycznego<sup>1</sup>. Wiemy, kiedy zachodzi nadużycie prawa; wiemy, że zobowiązuje ono do odszkodowania; cóż więc za różnica, czy powiemy, że nadużywający prawa działa zgodnie z treścią prawa podmiotowego, czy też powiemy, że wykracza on poza granice prawa podmiotowego.

Nie powinniśmy nigdy zapominać o tym, że stworzenie konstrukcji teoretycznej ma pierwszorzędne znaczenie systematyczne, a mianowicie ma na celu ujęcie istniejących norm prawnych w jedną całość i powiązanie z systemem prawa obowiązującego. Z drugiej zaś strony przy tworzeniu konstrukcji teoretycznej miarodajne są względy praktyczne, a mianowicie cel, jaki winna spełniać dana instytucja prawna. Dlatego powinniśmy stwarzać takie konstrukcje teoretyczne, które najlepiej zaspokajają potrzeby praktyczne<sup>2</sup>; musimy więc zawsze badać, czy przyjęta konstrukcja odpowiada wymogom życia gospodarczego i społecznego.

Konstrukcja nadużycia prawa powinna możliwie najlepiej zapewnić skuteczność zakazu nadużycia prawa w praktyce. Dla-

<sup>1</sup> Tak np. Campion, *La théorie de l'abus*, s. 261 nie przypisuje większego znaczenia sporowi między Josserandem a Planiolem. Werner, *Der Rechtsmissbrauch*, s. 55 uważa, że omawiany spór jest jedynie problemem znalezienia odpowiedniej formuły (tak zwany przez Hecka, *Schuldrecht*, Anhang § 1 „Formulierungsproblem”. Heck nie przypisuje znalezieniu odpowiedniej formuły większego znaczenia). Moim zdaniem mamy do czynienia w danym przypadku z czymś znacznie ważniejszym, niż jedynie ze znalezieniem odpowiedniej formuły. Dowodem na to są przedstawione w tekście różnice w skutkach praktycznych w razie przyjęcia jednej lub drugiej teorii.

<sup>2</sup> Por. co do tego zagadnienia Stoll, *Begriff und Konstruktion*, Festgabe für Heck, s. 115.



tego też, wybierając między teorią zewnętrzną a wewnętrzną nadużycia prawa, musimy się zastanowić, która z nich potrafi zapewnić zakazowi nadużycia prawa większą skuteczność w praktyce<sup>1</sup>. Jeżeli jedna z nich zapewni tylko odszkodowanie za poniesioną szkodę, natomiast druga pozwoli na bardziej skuteczną ochronę przed nadużyciem prawa (możliwość roszczenia zapobiegawczego, obrony koniecznej przed nadużyciem prawa itp.), wówczas oświadczymy się za drugą teorią.

Obecnie przejdziemy do szczegółowych argumentów, przemawiających za przyjęciem teorii wewnętrznej nadużycia prawa na tle prawa polskiego.

A) Teoria zewnętrzna nie jest poprawna z punktu widzenia logicznego. Według tej teorii jedna norma prawna ustala treść prawa podmiotowego i zezwala na wykonywanie prawa w tych granicach, natomiast inna norma zakazuje równocześnie wykonywania tego prawa niezgodnie z jego przeznaczeniem. Teoria wewnętrzna musi więc uznać, że ponad prawem pozytywnym istnieje jakiś wyższy porządek prawny, korygujący prawo pozytywne. Jossierand niezupełnie jasno precyzuje, jaka jest natura tego wyższego porządku prawnego; pewne ustępy jego dzieła<sup>2</sup> pozwalają wnioskować, że tym wyższym porządkiem jest moralność prawna (*morale juridique*). W przypadku nadużycia prawa prawo pozytywne uznaje działanie za dozwolone, lecz wyższy porządek prawny uznaje to samo działanie za niedozwolone.

Wszelkie odwoływanie się do wyższego porządku prawnego jest natomiast zbędne przy przyjęciu teorii wewnętrznej. Nadużycie prawa zobowiązuje do odszkodowania tak, jak każde inne działanie bezprawne, sprzeczne z normą prawa pozytywnego. Podkreślić należy z całym naciskiem, że odwoływanie się do jakiegoś wyższego porządku prawnego (moralności prawniczej, słuszności, prawa idealnego) jest błędne z punktu widzenia teoretycznego. Prawo słuszne nie jest bowiem wyższym porządkiem prawnym, stojącym ponad prawem pozytywnym, lecz jest szczególną klasą prawa pozytywnego<sup>3</sup>. Zamiast przeciwstawiać prawu

<sup>1</sup> Zagadnieniem tym zajmujemy się poniżej s. 110.

<sup>2</sup> *Esprit*, s. 295; Jossierand idzie tutaj za poglądami Hauriou, por. artykuł Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, *Rev. Trim.* 1926, s. 309.

<sup>3</sup> Por. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, s. 22: „Das gesetzte Recht verteilt sich nach der sachlichen Beschaffenheit seines

pozytywnemu prawo idealne, moralność prawną, należy badać, czy i o ile prawo słuszne znalazło swój wyraz w przepisach prawa pozytywnego.

Przyznać należy, że historia prawa dostarcza nam przykładów na istnienie obok siebie dwóch systemów prawnych. W prawie rzymskim obok prawa cywilnego (*ius civile*) istniało prawo pretorskie (*ius honorarium*). W prawie angielskim obok prawa powszechnego (*common law*) obowiązywały zasady słuszności (*equity*). Działanie, dozwolone z punktu widzenia prawa cywilnego, było niedozwolone z punktu widzenia prawa pretorskiego. Teoria zewnętrzna nadużycia prawa nawiązuje do zasad prawa rzymskiego i twierdzi, że nadużycie prawa jest dozwolone przez prawo pozytywne, lecz niedozwolone przez zasady słuszności<sup>1</sup>. Współczesne porządki prawne opierają się jednak na zasadzie niepodzielności prawa pozytywnego, według której na jednym obszarze może obowiązywać tylko jeden system prawny. Dlatego wszelkie reminiscencje z prawa rzymskiego są dzisiaj niedopuszczalne<sup>2</sup>.

B) Ripert<sup>3</sup> w krytyce teorii Josseranda zwrócił bardzo trafnie uwagę na brak konsekwencji tej teorii. Josserand twierdzi, że prawa podmiotowe są względne i przyjmuje kryterium celowościowe nadużycia prawa. W takim razie przez prostą konsekwencję powinien uznać, że działanie sprzeczne z przeznaczeniem prawa jest działaniem bezprawnym.

Inhaltes nach zwei Klassen: Es ist entweder richtig oder nicht, und richtiges Recht ist ein positives Recht, dessen Willensinhalt die Eigenschaft der Richtigkeit besitzt".

<sup>1</sup> Josserand, *Esprit*, s. 295.

<sup>2</sup> Wywody w tekście stanowią krytykę ujmowania nadużycia prawa przez Lewy'ego, *Nadużycie prawa*, s. 69, który przyjmuje teorię zewnętrzną i twierdzi, że formalną cechą wyróżniającą nadużycie prawa jest okoliczność, że czyn jest dozwolony przez ustawę, lecz zakazany przez sędziego. W przypadkach nadużycia prawa zachodzi według Lewy'ego wykonywanie prawa, lecz ze względu na szczególne właściwości danego konkretnego przypadku wykonywanie prawa jest uznane przez sędziego za niedopuszczalne, jako sprzeczne ze społecznymi celami porządku prawnego. Lewy stwierdza, że analogią do działalności sędziego w przypadkach nadużycia prawa przedstawiała działalność sędziego rzymskiego, gdy wyrokował w procesach „*bonae fidei*”. Jak już zaznaczyłem w tekście, wszelkie analogie z prawem rzymskim są obecnie chybione.

<sup>3</sup> *Rev. Critique*, 1929, s. 53.

Ze swej strony chciałbym dorzucić następującą uwagę. Przy tworzeniu konstrukcji nadużycia prawa można pójść dwiema drogami: Można powiedzieć, że prawa podmiotowe są absolutne i dlatego wykonywanie prawa jest zawsze działaniem zgodnym z prawem. Wykonywanie prawa zobowiązuje jednak wyjątkowo do odszkodowania wówczas, gdy ma ono na celu szkodzenie drugiemu. Pogląd ten wychodzi z założenia, że prawo podmiotowe jest nieograniczone w swej treści, ale przyznaje on odszkodowanie wówczas, gdy pobudki działania uprawnionego były niemoralne. Taka psychologiczna teoria nadużycia prawa jest zdaniem moim nietrafna, lecz jest ona przynajmniej konsekwentna.

Natomiast Josserand wychodzi z założenia, że prawa podmiotowe są względne, a mimo to twierdzi, iż nadużycie prawa nie jest działaniem bezprawnym. Cóż zaś innego może oznaczać zasada względności praw podmiotowych, jak nie to, że działanie sprzeczne z przeznaczeniem prawa nie jest już wykonywaniem prawa.

C) Za przyjęciem teorii wewnętrznej na tle prawa polskiego przemawia dalej wykładnia słowna i systematyczna art. 135 k. z. Brzmienie art. 135 k. z., mówiącego o wykroczeniu poza granice, zakreślone przez dobrą wiarę lub przez cel prawa podmiotowego, przemawia raczej za przyjęciem poglądu, według którego nadużywający prawa nie działa już w granicach prawa podmiotowego, lecz je przekracza. Sankcja art. 135 k. z., mianowicie obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody, przemawia raczej za przyjęciem poglądu, że nadużycie prawa jest działaniem bezprawnym. Argument ten nie jest co prawda decydującym, albowiem ustawa stwarza obowiązek naprawienia szkody wyjątkowo także przy działaniu, pozbawionym cech bezprawności<sup>1</sup>. Zwolennicy teorii zewnętrznej mogliby jednak tylko wtedy utrzymać swą teorię, gdyby przyjęli, że nadużycie prawa jest źródłem odpowiedzialności niezależnym od zasady winy. Dlatego też musimy się zastanowić, czy takie stanowisko jest trafne na tle prawa polskiego;

<sup>1</sup> Por. Tuhr, Allg. Teil II 2, s. 456; Wolff, Verbotenes Verhalten, s. 189; Heck, Schuldrecht, s. 460. Jeżeli sprawca odpowiada na zasadzie ryzyka, wówczas bezprawność działania nie jest jednym z warunków odpowiedzialności sprawcy. Pogląd ten jest zdobyczą współczesnej nauki prawa cywilnego. Przez długi czas niewzruszonym aksjomatem była zasada, że tylko działanie niedozwolone zobowiązuje do odszkodowania.

przy tej sposobności omówimy stosunek art. 135 k. z. do art. 134 k. z. Punktem wyjścia naszych rozważań jest stwierdzenie bardzo interesującej różnicy w sformułowaniu przepisu o nadużyciu prawa między kodeksem zobowiązań, a projektem francusko-włoskim.

Z zestawienia ustępu 1 i 2 art. 74 projektu francusko-włoskiego wynika, że ujmuje on nadużycie prawa, jako źródło odpowiedzialności niezależne od winy sprawcy. Nauka francuska, zajmująca się omówieniem projektu francusko-włoskiego, stwierdza to wyraźnie<sup>1</sup>. Dlatego też na tle tego projektu można bronić teorii zewnętrznej, gdyż można przeprowadzić następujące rozróżnienie: ustęp pierwszy art. 74 zajmuje się działaniem bezprawnym, natomiast ustęp drugi tego artykułu zajmuje się nadużyciem prawa podmiotowego, które jest działaniem dozwolonym, lecz zobowiązującym do odszkodowania<sup>2</sup>.

Kodeks zobowiązań stoi na zupełnie innym stanowisku. Przyjmuje on kryterium celowościowe projektu francusko-włoskiego, lecz równocześnie zupełnie wyraźnie ujmuje art. 135 k. z., jako szczególny przypadek winy<sup>3</sup>. Według kodeksu zobowiązań nadużywający prawa odpowiada tylko wówczas za wyrządzoną szkodę, jeżeli działał rozmyślnie lub niedbale. Jakież wnioski należy stąd wyciągnąć na tle prawa polskiego? Działanie, realizujące stan faktyczny art. 135 k. z., musi być działaniem bezprawnym,

<sup>1</sup> Por. Capitant, *Le caractère social du project d. c. int. d. obl.* 1930, s. 11; Mazeaud, *Traité de resp.*, s. 455; innego zdania jest Ripert, *Abus ou relativité*, *Rev. Critique* 1929, s. 50 uw. 1. Według Riperta nadużycie prawa w projekcie francusko-włoskim stanowi szczególny przypadek winy.

<sup>2</sup> Capitant, zajmując się projektem fr.-włoskim, wypowiada się za teorią zewnętrzną nadużycia prawa. Z punktu widzenia ściśle dogmatycznego pogląd jego jest poprawny.

<sup>3</sup> Por. Mazeaud, *Traité de resp.*, s. 459; według niego sformułowanie przepisu o nadużyciu prawa w kod. zob. jest niezupełnie jasne: „Le code polonais des obligations contient un texte, qui sacrifie à la fois la notion de faute, et celle du but social, de telle sorte, qu’il est difficile de savoir, à quelle conception se sont ralliés ses rédacteurs”. Pogląd Mazeaud’a jest zdaniem moim niesłuszny. Przepis k. z. o nadużyciu prawa nie zawiera żadnej wewnętrznej sprzeczności. Kryterium celowościowe nadużycia prawa da się doskonale pogodzić z zasadą, że odpowiedzialność nadużywającego jest szczególnym przypadkiem odpowiedzialności na zasadzie winy. Kryterium celowościowe określa, kiedy działanie staje się bezprawne; dalszym zaś warunkiem odpowiedzialności jest zły zamiar lub niedbalstwo sprawcy.

skoro ustawa uzależnia w art. 135 k. z. odpowiedzialność sprawcy od jego winy. Jeżeli bowiem ustawa uzależnia obowiązek naprawienia szkody od winy działającego, to możemy wyciągnąć wniosek, że takie działanie jest bezprawne<sup>1</sup>. Bez czynu bezprawnego nie ma winy<sup>2</sup>.

Sądzę, że wszystkie te argumenty stanowią dostateczną podstawę dla przyjęcia teorii wewnętrznej na tle prawa polskiego. Przejdziemy obecnie do omówienia zapatrywań Tilla i Longchamps na interesujące nas zagadnienie.

Till w uzasadnieniu do swego projektu<sup>3</sup> zajmuje stanowisko niezdecydowane. Z jednej strony podkreśla on, że nadużycie prawa nie jest realizowaniem prawa i powtarza formułę Planioła, że wykonywanie prawa kończy się tam, gdzie rozpoczyna się jego nadużycie. Na tej podstawie można by było uważać Tilla za zwolennika teorii wewnętrznej. Jednakowoż Till zstrzeżę się w dalszych wywodach<sup>4</sup>, że nadużycie prawa nie jest działaniem bezprawnym, lecz sprzecznym z dobrymi obyczajami. Oznacza to częściowe porzucenie teorii wewnętrznej nadużycia prawa.

Longchamps de Berier<sup>5</sup> przyjmuje na tle prawa polskiego teorię zewnętrzną nadużycia prawa. Poglądy jego dadzą się streścić w następujący sposób: Nadużycie prawa jest szczególnym rodzajem winy w rozumieniu art. 134 k. z., lecz mimo to nie jest ono działaniem bezprawnym. Longchamps przeprowadza bowiem pojęciowe rozróżnienie między winą a czynem bezprawnym i właśnie konstrukcja nadużycia prawa jest dla niego przykładem, że działanie bezprawne nie jest jednym z założeń istnienia winy<sup>6</sup>. Według Longchamps nadużycie prawa jest działaniem niedozwolonym; pojęcie zaś działania niedozwolonego jest u Long-

<sup>1</sup> Por. Enneccerus, Allgemeiner Teil, s. 161: „Ist eine Schadensersatzpflicht an ein schuldhaftes Verhalten geknüpft, so ist damit stillschweigend ausgesprochen, dass die Handlung verboten sein solle”. Tak samo Tuhr, Allgemeiner Teil II 2, s. 456.

<sup>2</sup> Kwestią tą zajmiemy się szczegółowo poniżej, s. 141.

<sup>3</sup> Projekt polskiego prawa zobowiązań, s. 106.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 107.

<sup>5</sup> Zobowiązania, s. 234.

<sup>6</sup> Por. Longchamps, Zobowiązania, s. 232: „Domeną, w której można mówić o winie w znaczeniu obiektywnym, choć nie ma czynności bezprawnej, są głównie przypadki nadużycia prawa, o których jednak k. z. mówi osobno w art. 135”.

champs obszerniejsze od pojęcia działania bezprawnego. Działanie niedozwolone obejmuje mianowicie zarówno działanie bezprawne, jak i inne stany faktyczne. Według Longchamps'a istnieją zatem trzy kategorie działań: 1) działanie bezprawne, 2) działanie niedozwolone, nie będące działaniem bezprawnym, 3) działanie dozwolone. Stanowisko Longchamps'a jest według mnie niewłaściwe z tych względów, które przemawiają przeciwko przyjęciu teorii zewnętrznej na tle prawa polskiego. W każdym razie jest ono nietrafne z następujących przyczyn:

a) Pogląd Longchamps'a jest sprzeczny z powszechnie panującymi zapatrywaniami w nauce francuskiej, niemieckiej i szwajcarskiej. Nauka francuska stwierdza wyraźnie, że o winie można mówić tylko wówczas, gdy działanie jest bezprawne. Planiol określa winę jako działanie niedozwolone i sprzeczne z prawem<sup>1</sup>.

b) Przy unormowaniu zagadnień odpowiedzialności *ex delicto* może ustawodawca pójść dwiema drogami<sup>2</sup>: 1) albo tworzy on cały szereg stanów faktycznych deliktualnych, z którymi łączy się obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody. Tą drogą poszło prawo rzymskie i niemieckie (§§ 823, 824, 825, 826, 836—838 k. c. n.). Albo ogranicza się do podania ogólnej zasady, że wszelkie rozmyślne lub niedbałe, bezprawne wyrządzenie szkody zobowiązuje do jej naprawienia. Tą drogą poszło prawo francuskie (art. 1382 i 1383 k. N.), a za nim bardzo słusznie kodeks zobowiązań. Ustawodawca polski zrezygnował z kazuistycznego wylizania, kiedy działanie jest bezprawne; nie można jednak stąd wyciągać wniosku, że obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody istnieje niezależnie od tego, czy sprawca działał bezprawnie.

c) Prawo dzieli działania ludzkie na dozwolone i bezprawne<sup>3</sup>; dlatego jest rzeczą niedopuszczalną przyjmowanie odrębnej kategorii działań, które nie są ani działaniami dozwolonymi, ani bezprawnymi. Natomiast Longchamps stwarza tę trzecią kategorię; jest to mianowicie grupa działań niedozwolonych, które nie są działaniami bezprawnymi. Przyczyną tego wadliwego po-

<sup>1</sup> *Traité élémentaire* t. II, s. 312; Tak samo Aubry-Rau, *Cours de droit civil* t. VI, wyd. 5., s. 339; Demogue, *Traité des obl.* t. III, s. 225. Tak samo dla nauki niemieckiej i szwajcarskiej Tuhr, *Allgemeiner Teil des schw. Obl.* t. I, s. 339.

<sup>2</sup> Enneccerus, *Recht der Schuldverhältnisse*, s. 763.

<sup>3</sup> Huber, *Rechtsmissbrauch*, s. 74; Mezger, *Deutsches Strafrecht*, s. 163.

działu na trzy kategorie jest zbyt wąskie ujmowanie przez Longchamps'a pojęcia bezprawności. Longchamps wychodzi z założenia, że bezprawnym jest tylko takie działanie, które jest wyraźnie zakazane przez ustawę. Dlatego też twierdzi on<sup>1</sup>, że k. z. nie stawia wymogu bezprawności działania osoby, wyrządzającej szkodę, aby uniknąć wrażenia, iż tylko czyny sprzeciwiające się jakiemuś wyraźnemu zakazowi prawa przedmiotowego uzasadniają obowiązek odszkodowania. Stanowisko Longchamps'a da się wytłumaczyć mylnym zapatrywaniem orzecznictwa do k. c. a. na istotę bezprawności. Orzecznictwo do k. c. a. uznawało tylko takie działanie za bezprawne, które było wyraźnie zakazane przez ustawę<sup>2</sup> i dlatego wprowadzony został w noweli z r. 1916 przepis § 1295 ust. 2 k. c. a., mówiący o naprawieniu szkody, wyrządzonej działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami.

Przy takim ujmowaniu pojęcia bezprawnego działania, działania spreczne z dobrymi obyczajami (§ 826 k. c. n., art. 41 ust. 2 prawa szwajcarskiego) byłyby niedozwolone, ale nie bezprawne. Jak to przedstawię poniżej (s. 139) także działania, określane jako spreczne z dobrymi obyczajami, są bezprawne.

d) Przypuśćmy na razie, że trafny jest pogląd Longchamps'a, iż sprawca może dopuścić się winy, chociaż działanie jego nie jest bezprawne. Przy takim ujęciu pojęcie winy jest niezwykle szerokie i w konsekwencji dochodzimy do zupełnego zatarcia pojęciowego między zasadą winy i ryzyka. Zasadnicza różnica między odpowiedzialnością na zasadzie winy, a odpowiedzialno-

<sup>1</sup> Zobowiązania, s. 231.

<sup>2</sup> Co do prawa polskiego por. obszernie umotywowane orzeczenie Sądu Najwyższego z 13 XI 1936, Zb. Urz. 187/37, wyliczające szczegółowo przesłanki roszczenia odszkodowawczego z art. 134 k. z. Sąd Najwyższy mówi w uzasadnieniu: „Kto domaga się odszkodowania z czynu niedozwolonego, ten musi twierdzić i udowodnić wszystkie przesłanki, będące podstawą odszkodowania, zatem nie tylko istnienie szkody, związku przyczynowego i bezprawności działania, czyli niezgodności działania z ustawą, lecz nadto istnienie podmiotowego momentu winy, tj. działania rozmyślnego lub wynikającego z niedbalstwa”. Orzeczenie Sądu Najwyższego bardzo słusznie wyodrębnia w art. 134 k. z. podmiotowy moment winy od bezprawności, jako przedmiotowego momentu, i stwierdza, że bez bezprawności działania nie można mówić o winie. Ujmuje jednak pojęcie bezprawności zbyt wąsko, ograniczając je do przypadków niezgodności działania z ustawą, podczas gdy, jak to przedstawimy poniżej (s. 139), działanie bezprawne nie musi być koniecznie spreczne z przepisem ustawy.

ścią na zasadzie ryzyka polega na tym, że według pierwszej sprawca odpowiada, gdy można mu zrobić zarzut z powodu jego bezprawnego działania, natomiast według drugiej sprawca winien naprawić wyrządzoną szkodę, chociaż zachowanie jego było bez zarzutu. Z tą zaś chwilą, kiedy odrzuca się pojęcie bezprawności działania, jako specyficzną cechę winy, stwarza się tak szerokie pojęcie winy, że w nim mieści się teoria ryzyka<sup>1</sup>. Stoimy więc przed dwiema możliwościami: a) albo ujmiemy winę śladem teorii klasycznej; jako możliwość zrobienia zarzutu sprawcy z powodu bezprawności jego działania; obok tak pojętej zasady winy istnieje niezależnie od niej teoria ryzyka, b) albo ujmiemy winę szeroko, jako przyczynę szkody, i wówczas zasada ryzyka mieści się w pojęciu winy. Tymczasem Longchamps przyjmuje równocześnie obie możliwości: podkreśla on różnicę między zasadą winy i ryzyka, oraz ujmuje winę niezwykle szeroko.

### 3. Zasada „qui iure suo utitur” a teoria nadużycia prawa

Zastanówmy się obecnie nad właściwym znaczeniem rzymskiej zasady „qui iure suo utitur, neminem laedit”. Josserand uważa powyższą zasadę za błędną, albowiem wychodzi ona rzekomo z założenia, że prawa podmiotowe są absolutne. Stanowisko Josseranda jest zrozumiałe z punktu widzenia teorii zewnętrznej. Jeżeli przyjmiemy, że nadużywający prawa działa w granicach swego prawa, wówczas konstrukcja nadużycia prawa jest wyjątkiem od zasady, iż wykonywanie prawa nie zobowiązuje do naprawienia szkody<sup>2</sup>. Inaczej będziemy zapatrywać się na tę zasadę, jeżeli przyjmiemy teorię wewnętrzną. Według teorii wewnętrznej konstrukcja nadużycia prawa nie jest wyjątkiem od

<sup>1</sup> Por. co do tego Savatier, *Règles générales de la responsabilité civile*, *Revue Critique* 1934; wskazuje on na to, że zwolennicy teorii ryzyka starali się możliwie najszerzej ująć zasadę winy, by w ten sposób uzyskać w art. 1382 k. N. dogmatyczną podstawę np. dla odpowiedzialności właściciela samochodu za wyrządzoną szkodę.

<sup>2</sup> Longchamps przyjmuje teorię wewnętrzną nadużycia prawa i dlatego z jego punktu widzenia jest rzeczą zrozumiałą, że uważa on konstrukcję nadużycia prawa za wyjątek od zasady prawa rzymskiego (por. Uzasadnienie do cz. og. k. z., s. 196).



powyższej zasady prawa rzymskiego. Dla uzasadnienia takiego poglądu musimy zastanowić się nad istotą prawa podmiotowego.

Nauka prawa cywilnego, stojąca na indywidualistycznym i formalnym stanowisku, skłonna jest ujmować prawo podmiotowe, jako absolutną moc jednostki. Stanowisko to prowadzi do dalszych wniosków, że cele wykonywania prawa są obojętne, i dlatego uprawniony może wykonywać prawo bez własnego interesu, a nawet wbrew swym rozumnym interesom. Typowym przedstawicielem takiego poglądu jest Tuhr<sup>1</sup>; stanowisko Tuhra jest konsekwencją przyjęcia przez niego teorii woli Windscheida. Według Tuhra cele wykonywania prawa podmiotowego są zasadniczo obojętne, podobnie jak motywy stron, zawierających umowę. Wykonywanie prawa jest dozwolone także wówczas, gdy jest ono sprzeczne z celem, dla którego ustawodawca udzielił jednostce poszczególne uprawnienia.

W pierwszej części mej pracy starałem się wykazać, że błędna jest teoria, ujmująca prawo podmiotowe, jako absolutną moc woli jednostki. Właściwszą i płodniejszą jest teoria celowościowa, według której prawo podmiotowe zostało udzielone jednostce dla ochrony rozumnych interesów<sup>2</sup>. Interes jednostki stanowi cel prawa podmiotowego oraz równocześnie granicę tego prawa. Możemy zatem powiedzieć za Mauczka, że istnienie prawa podmiotowego i możliwość jego wykonywania są uzależnione od istnienia interesu, który ma być przez nie chroniony<sup>3</sup>.

Rozpatrzmy omawiany problem na tle prawa pozytywnego. W całym szeregu przypadków ustawa ujmuje wykonywanie

<sup>1</sup> Tuhr, Allg. Teil t. II 2, s. 561, 565 i n.

<sup>2</sup> W pracy mej nie mogę omówić problemu, jakie znaczenie ma moment celu dla konstrukcji pojęć prawnych. Problem ten, wielokrotnie rozpatrywany w literaturze, przerasta o wiele rozmiary mej pracy i może być jedynie przedmiotem osobnej rozprawy. Moment celu ma pierwszorzędne znaczenie dla całej nauki prawa, skoro prawo jest środkiem dla osiągnięcia pewnych kulturalnych, społecznych i ekonomicznych celów (por. wywody Baumgartena, Wissenschaft v. Recht, t. I, s. 370). Na przykładzie szkoły Kelsena widzimy, że wyłączenie elementu celu z rozważań prawnych prowadzi do scholastycznego i bezpłodnego formalizmu. Wielką zasługą Iheringa polega na wykazaniu, że instytucje prawne nie istnieją jako cel sam w sobie lub dla zabawy prawników, lecz powstały z potrzeb praktycznych i służą rozsądnym celom.

<sup>3</sup> Mauczka, Rechtsgrund des Schandenersatzes, s. 41, 188, 150.

prawa, jako środek do zaspokojenia interesu i dlatego wyklucza wykonywanie prawa tam, gdzie uprawniony nie ma interesu zasługującego na ochronę<sup>1</sup>. Panujący pogląd w literaturze niemieckiej uważa takie przepisy za wyjątek od ogólnej zasady, że interes uprawnionego nie jest założeniem wykonywania prawa. Według Tuhr<sup>2</sup>, w braku pozytywnego przepisu ustawy, interes uprawnionego nie jest warunkiem wykonywania prawa podmiotowego. Enneccerus<sup>3</sup>, zastanawiając się nad poglądem, ograniczającym treść prawa podmiotowego z uwagi na cel prawa, uznaje taki pogląd za teoretycznie możliwy, lecz praktycznie niewykonalny. Z twierdzeniem Enneccerusa nie można się zgodzić; właśnie konstrukcja nadużycia prawa jest dowodem na to, że ograniczenie treści prawa podmiotowego z uwagi na cel prawa da się praktycznie przeprowadzić. Dalszym przykładem na ograniczenie treści prawa z uwagi na cel prawa jest ograniczenie pojęcia wierzytelności do takich przypadków, gdy wierzyciel ma zasługujący na ochronę interes w spełnieniu świadczenia przez dłużnika<sup>4</sup>. Dochodzimy więc do następujących wniosków: Poszczególne przepisy ustawy nie mogą być podstawą dla argumentum a contrario, jakoby w braku pozytywnego przepisu interes nie był założeniem i granicą prawa podmiotowego. Należy uznać, że przepisy te są wypływem ogólnej zasady prawa, która uznaje prawo podmiotowe w tych granicach, jak daleko sięga interes jednostki.

<sup>1</sup> Poza zakazem nadużycia prawa, można wymienić przykładowo: art. 30 zd. 2 pr. rz. (właściciel nieruchomości nie może sprzeciwiać się działaniom dokonywanym na takiej wysokości lub w takiej głębokości, że nie zagrażają jego uzasadnionym interesom); art. 133<sup>2</sup> k. z. (roszczenie o umożliwienie zbadania dokumentu jest uzależnione od istnienia interesu uprawnionego); art. 202 § 2 k. z. (dłużnik może żądać pokwitowania formalnego, jeżeli ma w tym interes); art. 3 k. p. c. (dopuszczalność skargi ustalającej jest uzależniona od istnienia interesu powoda); art. 38 k. z. (będący w błędzie nie może się uchylić od skutków prawnych swego oświadczenia, jeżeli druga strona oświadczy gotowość spełnienia świadczenia, które będący w błędzie byłby sobie zastrzegł, gdyby błąd nie był zaszedł).

<sup>2</sup> Por. Tuhr, Allg. Teil II 2, s. 567.

<sup>3</sup> Por. Enneccerus, Allg. Teil, s. 155.

<sup>4</sup> Panujący pogląd; por. Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, s. 5.

Przejdźmy obecnie do omówienia istoty wykonywania prawa. Według panującego poglądu w nauce<sup>1</sup> wykonywanie prawa podmiotowego należy określić, jako urzeczywistnianie stanu, odpowiadającego treści prawa.

W tych jednak przypadkach, które określamy jako nadużycie prawa, działanie uprawnionego nie jest zgodne z treścią prawa podmiotowego. Wobec tego nadużywający prawa tylko pozornie wykonuje swe prawo, lecz w rzeczywistości wykracza poza granice prawa podmiotowego. Pojęcie bezprawnego wykonywania prawa jest logiczną niemożliwością, jest *contradictio in adiecto*<sup>2</sup>. Działanie bezprawne nie może nigdy stanowić wykonywania prawa<sup>3</sup>. Słowa art. 135 k. z. (kto rozmyślnie lub przez niedbalstwo wyrządził szkodę, wykonywując prawo) należy tłumaczyć w ten sposób, że działanie uprawnionego jest tylko pozornie wykonywaniem prawa, lecz jest w rzeczywistości przekroczeniem prawa<sup>4</sup>. Stosując tutaj przeciwstawienie, często używane w dogmatyce prawa, nadużycie prawa jest tylko formalnie wykonywaniem prawa, lecz materialnie jest ono przekroczeniem prawa. Jak to bardzo trafnie wywodzi twórca kodeksu cywilnego szwajcarskiego E. Huber: nadużycie prawa jest w swej istocie takim przekroczeniem prawa, które przy czysto zewnętrznej obserwacji przedstawia się jako wykonywanie prawa; jeżeli jednak głębiej zastanowimy się nad nadużyciem prawa, musimy uznać, że jest ono bezprawiem<sup>5</sup>.

Ze stanowiska teorii wewnętrznej zasada prawna „*qui iure suo utitur, neminem laedit*” nie doznaje ograniczenia przez

<sup>1</sup> Por. Gierke, *Deutsches Privatrecht* t. I, s. 319; Hager, Schikane, s. 39; Zoll, *Prawo cywilne* t. I, s. 135.

<sup>2</sup> Wolff w komentarzu Klanga t. IV, s. 42.

<sup>3</sup> A. Martin, *L'abus de droit*, s. 31.

<sup>4</sup> Por. Tuor, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, s. 44. Używam niezupełnie może poprawnego z punktu widzenia językowego terminu „przekroczenie prawa” dla oddania niemieckiego terminu „*Rechtsüberschreitung*”. Termin „naruszenie prawa” odpowiada niemieckiemu wyrażeniu „*Rechtsverletzung*”.

<sup>5</sup> Wywody E. Hubera w Radzie Narodowej Szwajcarskiej są cytowane w rozprawie K. Hubera, *Rechtsmissbrauch*, s. 47: „*Missbrauch eines Rechtes ist eben die Überschreitung eines Rechtes, das bei rein äusserlicher Betrachtung vorhanden wäre, aber doch bei tieferer Erfassung der subjektiven Berechtigung materiell nur in dem Sinne der Überschreitung vorhanden ist*”.

konstrukcję nadużycia prawa. Huber<sup>1</sup> zaznacza słusznie, że zasada ta dzieli jedynie ludzkie zachowanie na dozwolone i niedozwolone. Wyjątek, czy ograniczenia powyższej zasady są niemożliwe wobec znanej logicznej zasady sprzeczności, w myśl której A nie może równocześnie być B i nie być B. Wykonywanie prawa jest działaniem dozwolonym i nie zobowiązuje do odszkodowania, zatem działanie niedozwolone nie jest wykonywaniem prawa<sup>2</sup>. Jeżeli ustawa mówi, że nadużycie prawa jest działaniem bezprawnym, to takie działanie nie może być równocześnie wykonywaniem prawa.

Rozważania nasze wymagają pewnego zaokrąglenia syntetycznego, które pozwoli nam ocenić znaczenie teorii nadużycia prawa. Właściwe jej znaczenie polega na modyfikacji samego pojęcia prawa podmiotowego<sup>3</sup>. W pierwszym rzędzie ustawa określa treść prawa podmiotowego. Jednakże określenie praw podmiotowych przez ustawę nie może zapobiec takim działaniom, które, będąc pozornie wykonywaniem prawa, dążą *in concreto* do osiągnięcia celów niedozwolonych. Teoria nadużycia prawa przychodzi tutaj z pomocą<sup>4</sup>, pozwalając na dokładniejsze określenie treści prawa podmiotowego<sup>5</sup>. Możemy mieć przy tym do czynienia z dwiema ewentualnościami:

<sup>1</sup> Huber, *Rechtsmissbrauch*, s. 73.

<sup>2</sup> Por. trafne wywody Eggera, *Kommentar*, s. 73, na temat tej zasady: „Jene Parömie erleidet keine Ausnahme. Wer von seinem Rechte Gebrauch macht, begeht kein Unrecht. Aber die Grenze seines Rechtes muss er wahren. Und diese Grenze ist notwendigerweise eine objektive”. Campion, *La théorie*, s. 294 określa lapidarnie stosunek tej zasady do konstrukcji nadużycia prawa: „Cet adage vise celui, qui use de son droit et non celui, qui abuse de son droit.”

<sup>3</sup> Por. Gaudement, *Théorie générale des obligations*, 1937, s. 313: „En réalité, la notion d'usage abusif du droit vient d'une modification du droit lui-même”.

<sup>4</sup> Por. Lewy, *Nadużycie prawa*, s. 60, który podkreśla, że teoria nadużycia prawa jest zastosowaniem i konsekwencją faktu, że normy zachowania się jednostki wynikają nie tylko z ustawy.

<sup>5</sup> Jossierand, *Esprit*, s. 258, słusznie zaznacza, że im granice prawa podmiotowego są dokładniej określone przez ustawę, tym trudniej uprawniony może dopuścić się nadużycia prawa. W praktyce spotykamy najwięcej przypadków nadużycia prawa własności, określenie tego prawa przez ustawę jest najbardziej nieuchwytnie i dlatego uprawniony najłatwiej może nadać swemu działaniu pozory wykonywania prawa. Natomiast treść prawa służebności jest ściśle określona przez ustawę i dlatego nadużycie prawa służebności zdarza się w praktyce rzadko.

a) Ustawa sama nie przewiduje możliwości działania bezprawnego pod pozorami wykonywania prawa (tak np. kodeks Napoleona, kodeks cywilny belgijski). Wówczas judykatura wypracowuje praeter legem zasady, w jakich przypadkach uprawniony pod pozorami wykonywania prawa wykracza poza granice prawa podmiotowego.

b) Ustawa przewiduje z góry taką możliwość (kodeks niemiecki, austriacki, szwajcarski, turecki, k. z.). Działalność orzecznictwa następuje wówczas secundum legem. Sędzia zgodnie z upoważnieniem ustawy ma określić treść praw podmiotowych.

#### 4. Nadużycie prawa a inne rodzaje działania bezprawnego

Obecnie zadaniem naszym będzie pojęciowe odgraniczenie między nadużyciem prawa i innymi przypadkami działania, niezgodnego z treścią prawa podmiotowego.

Josserand odróżnia w swym dziele następujące trzy kategorie działań zobowiązujących do odszkodowania<sup>1</sup>:

1) Działanie, będące nadużyciem prawa (acte abusif).

2) Działanie, będące naruszeniem prawa podmiotowego; jest ono bezprawne, jako naruszenie przepisu ustawowego (acte illégal). Działanie takie zachodzi według Josseranda wówczas, gdy uprawniony narusza cudze prawo podmiotowe, np. właściciel gruntu buduje swój dom częściowo na gruncie sąsiada. W tym przypadku uprawniony rozszerza bezprawnie zakres własnego prawa i wkracza wprost w sferę drugiego uprawnionego. Naruszony w swych prawach będzie mógł zawsze domagać się przywrócenia do stanu pierwotnego i zaniechania dalszego naruszania. Nie musi on przy tym udowadniać swej szkody, ani złego zamiaru lub niedbalstwa naruszającego. Dlatego Josserand twierdzi, że odpowiedzialność w tym przypadku jest ściśle obiektywna.

3) Działanie, będące pośrednim naruszeniem cudzego prawa; stanowi ono wykonywanie prawa w celu dozwolonym, lecz w sposób nadmierny (acte excessif). Zobowiązuje ono do odszkodowania, o ile przekracza zwykłą miarę w stosunkach miej-

<sup>1</sup> Esprit, s. 32.

scowych i przez to narusza granice zwykłych obowiązków sąsiedzkich. Właściciel nieruchomości, który oddziałuje na nieruchomość sąsiada przez hałas, zapachy, wyziewy, dym lub gazy, obowiązany jest do odszkodowania, jeżeli takie oddziaływanie, ze względu na miejscowe warunki, przedstawia niedogodności, przekraczające miarę dozwoloną między sąsiadami<sup>1</sup>.

Rozróżnienie pomiędzy naruszeniem prawa (w terminologii Josseranda *actes illégaux*), a wykonywaniem prawa w sposób nadmierny (w terminologii Josseranda *actes excessifs*), zostało przeprowadzone po raz pierwszy przez Iheringa<sup>2</sup>.

Ihering rozróżnił mianowicie między bezpośrednim oddziaływaniem (*unmittelbarer Eingriff*), a pośrednim oddziaływaniem (*mittelbarer Eingriff*). Oddziaływanie bezpośrednie jest naruszeniem cudzego prawa i dlatego jest ono zawsze niedozwolone. Zachodzi ono według Iheringa wówczas, gdy działanie właściciela wywiera swe skutki od początku w sferze własności sąsiada. Natomiast oddziaływanie pośrednie zachodzi wówczas, gdy działanie właściciela wywiera swe skutki początkowo na jego obszarze, lecz później skutki te przenoszą się do sfery własności sąsiada. Jest ono niedozwolone wówczas, gdy przekracza zwykłą miarę w stosunkach miejscowych<sup>3</sup>. Różnicę między oddziaływaniem bezpośrednim a pośrednim ilustruje Ihering na następującym przykładzie: Kto wylewa wodę na grunt sąsiada, oddziałuje bezpośrednio na sferę własności sąsiada, natomiast kto wylewa wodę na swój grunt, oddziałuje pośrednio na sferę własności sąsiada, jeżeli woda dostaje się na sąsiedni grunt.

Ustaliliśmy w ten sposób różnicę między naruszeniem prawa, a używaniem prawa w sposób nadmierny; przejdźmy obecnie do odgraniczenia między nadużywaniem prawa, a uży-

<sup>1</sup> Przypadki działań, będących używaniem prawa własności na nieruchomości w sposób nadmierny, objęte są przepisami art. 31 pol. pr. rz., § 364 ust. 2 k. c. a., § 906 k. c. n. i art 684 k. c. szw.

<sup>2</sup> W znanej rozprawie: *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn* (Ih. Jahr. t. 6, s. 81).

<sup>3</sup> Cytuję dosłownie definicję, podaną przez Iheringa, op. cit. s. 106: „Unter unmittelbaren Eingriffen verstehe ich diejenigen, welche ihre Wirkungen in der Eigentumsphäre des Nachbarn beginnen, unter mittelbaren solche, welche sie dort fortsetzen, also ihre nächsten Wirkungen auf dem Grundstück des Eigentümers ausüben”.

waniem prawa w sposób nadmierny. Jest ono na ogół przyjęte w literaturze<sup>1</sup> i nie budzi szczególnych wątpliwości.

W przypadku używania prawa w sposób nadmierny (czyli niedozwolonego, pośredniego oddziaływania) uprawniony używa swego prawa zgodnie z zasadami dobrej wiary i przeznaczeniem społecznym swego prawa. Obowiązany jest on do odszkodowania, gdy przekracza zwykłą w stosunkach miejscowych miarę<sup>2</sup>.

Rozpatrzmy następujący przypadek używania prawa: Dym, ciecz lub gazy, wydobywające się z zakładów przemysłowych, niszczą sąsiednie grunta i wyrządzają szkodę sąsiadom. Zachodzi pytanie, czy właściciel zakładu obowiązany jest do naprawienia wyrządzonej szkody. Wszystko zależy od tego, czy oddziaływanie takie przekracza zwykle obowiązki sąsiedzkie. Treść tych obowiązków jest różna w zależności od miejsca położenia samej nieruchomości. Oddziaływanie dymem, nadmierne w dzielnicy miasta, zajmowanej przez wille, nie będzie oddziaływaniem nadmiernym w fabrycznej dzielnicy miasta. Dlatego też przedsiębiorca, zakładający fabrykę w dzielnicy zajmowanej przez wille, będzie odpowiadał wobec sąsiadów za szkody im wyrządzone, podczas gdy nie odpowiada on w razie założenia fabryki w dzielnicy fabrycznej.

Istota prawna obowiązków sąsiedzkich jest bardzo sporna w literaturze prawniczej<sup>3</sup>; szczegółowe badanie jej przekraczałoby zakres niniejszej pracy. Przy zobowiązaniach sąsiedzkich zachodzi odpowiedzialność czysto obiektywna, niezależna od złego zamiaru lub niedbalstwa działającego<sup>4</sup>. Powód ma jedynie udowodnić: a) szkodę poniesioną na skutek działania uprawnionego,

<sup>1</sup> Inaczej Cornil, *Le droit privé*, s. 106; Lewy, *Nadużycie prawa*, s. 24 uw. 36 a); według nich używanie prawa w sposób nadmierny stanowi nadużycie prawa.

<sup>2</sup> Zasada ta została przyjęta z pewnymi odchyleniami przez art. 31 pol. pr. rz., art. 684 k. c. szw., § 906 k. c. n., § 364 ust. 2 k. c. a., orzecznictwo francuskie (formuła: *excède la mesure des obligations ordinaires du voisinage*). Między brzmieniem odnośnych artykułów zachodzą pewne różnice, jednak wszystkie te przepisy opierają się na przedstawionej w tekście teorii Iheringa.

<sup>3</sup> Por. Hörig, Rauch, Russ, Geräusch und ähnliche Einwirkugen im § 906 B. G. B.; Beutenmüller, *Der rechtliche Schutz des Gehörs*; Lessing, *Der Lärm*; Grohmann, *Nachbarrecht und gewerbliche Betriebsanlage*, Z. f. Verw. 1916; Stradal, J. Bl. 1916; Kornfeld, *Grünh. Z.* XXII; Kornitzer, *Not. Z.* 1917, 1918; por. zresztą Zoll, *Prawo cywilne t. II*, s. 23.

<sup>4</sup> Por. Andreas von Tuhr, *Allg. Teil des schw. Obl. t. I s.*, 363.

b) okoliczność, że działanie pozwanego przekracza zwykłą w stosunkach miejscowych miarę. Josserand uważa (m. zd. słusznie), że odpowiedzialność właściciela w przypadku przekroczenia zwykłych obowiązków sąsiedzkich oparta jest na zasadzie ryzyka<sup>1</sup>.

Wszystkie te działania, o których mówimy obecnie, są niedozwolonymi pośrednimi naruszeniami prawa, a nie nadużyciem prawa. Właściciel zakładu używa swego prawa dla celów dozwolonych przez porządek prawny, zgodnie z przeznaczeniem ekonomicznym i społecznym prawa własności. Wykonywanie prawa ma służyć rozumnym interesom właściciela, który działa dla uzyskania dozwolonej korzyści osobistej. Jeżeli w praktyce wyłoni się pytanie, czy działanie właściciela jest nadużyciem prawa, czy też naruszeniem zwykłych obowiązków sąsiedzkich, wówczas pojęcie „uzasadnionego interesu“ pozwoli nam na rozwiązanie tej wątpliwości. Działanie, dające się usprawiedliwić uzasadnionym interesem uprawnionego, jest pośrednim naruszeniem prawa, natomiast brak uzasadnionego interesu stanowi cechę nadużycia prawa.

Przechodzimy na koniec do omówienia różnicy między nadużyciem prawa podmiotowego, a naruszeniem prawa podmiotowego. Według Josseranda<sup>2</sup> różnica między tymi pojęciami jest zasadnicza, a polega ona na tym, że nadużywający prawa działa w granicach prawa podmiotowego, natomiast naruszający prawo podmiotowe działa bezprawnie. Josserand podaje dwa argumenty, mające przemawiać za koniecznością takiego rozróżnienia. Pierwszy z nich streszcza się w twierdzeniu, że teoria działania bezprawnego ma charakter obiektywny i ściśle ustalony przez ustawę, podczas gdy teoria nadużycia prawa jest w stadium ustawicznego rozwoju i przekształcania się. Ta pierwsza różnica, podana przez Josseranda, ma charakter mglisty i nieuchwytny; nie może ona w żadnym wypadku przemawiać za koniecznością przeprowadzenia omawianego rozróżnienia. Druga różnica ma polegać na tym, że naruszenie prawa podmiotowego jest niedozwolone bez względu na to, czy działający wyrządza szkodę drugiemu, czy jej nie wyrządza. Jeżeli właściciel buduje na gruncie sąsiada, ten ostatni

<sup>1</sup> Esprit, s. 33.

<sup>2</sup> Esprit, s. 73 i n., s. 315.



może żądać zaniechania naruszenia swego prawa nawet wówczas, gdy nie poniósł żadnej szkody. Natomiast sankcją nadużycia prawa jest obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody. Odpowiedzialność działającego jest uzależniona od istnienia szkody drugiej osoby. Pokrzywdzony musi w procesie udowodnić, że została mu wyrządzona szkoda oraz że działający dopuścił się nadużycia prawa.

Pogląd Josseranda jest niesłuszny; jak to bowiem powyżej przedstawiliśmy, nadużycie prawa jest działaniem bezprawnym, kryjącym się pod pozorami wykonywania prawa. Rozróżnienie między nadużyciem prawa, a naruszeniem prawa nie ma dla nas zasadniczego znaczenia<sup>1</sup>. Według przyjętej przez nas teorii wewnętrznej nadużywający prawa wykracza w rzeczywistości poza granice swego prawa<sup>2</sup>.

Demogue<sup>3</sup>, krytykując argumenty Josseranda, mające przemawiać za omawianym rozróżnieniem, zwraca słusznie uwagę na to, że Josserand zestawia w swym przykładzie dwie zupełnie różne rzeczy: skargę windykacyjną przy naruszeniu prawa podmiotowego i skargę odszkodowawczą przy nadużyciu prawa. Dla lepszego zrozumienia rozróżnienia, bardzo subtelnie przeprowadzonego przez Demogue'a, zastanówmy się nad roszczeniami, wynikającymi z bezprawnego naruszenia cudzego prawa. Skutki bezprawnego działania są podwójne<sup>4</sup>:

a) Z każdego bezprawnego naruszenia cudzego prawa rzeczowego wynika roszczenie rzeczowe (np. skarga windykacyjna, negatoryjna itp.). W roszczeniu rzeczowym powód dochodzi usunięcia stanu bezprawnego (abstrahując w tej chwili od innych roszczeń powoda, np. o zaniechanie dalszych naruszeń). Roszczenie to jest niezależne od istnienia złego zamiaru lub niedbalstwa działającego oraz od istnienia szkody. Dlatego w przypadku bezpośredniego oddziaływania właściciel, naruszony w swych prawach, może

<sup>1</sup> Por. Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 89.

<sup>2</sup> Trafnie podkreśla to Cornil, Le droit privé, s. 99: „Un usage abusif sort en réalité des limites du droit, tout en paraissant rester dans les limites de la définition imparfaite de ce droit. C'est là ce qu'on appelle très justement, en vérité un abus de droit”.

<sup>3</sup> Traité des obl. t. IV, s. 365.

<sup>4</sup> Por. Andreas v. Tuhr, Allg. Teil des schw. Oblr. t. I, s. 348.

dochodzić roszczenia o usunięcie naruszenia nawet wówczas, gdy nie poniósł żadnej szkody.

b) Z zawinionego naruszenia cudzego prawa wynika roszczenie odszkodowawcze. Powód w sporze odszkodowawczym musi udowodnić szkodę oraz winę pozwanego.

Wróćmy obecnie do rozróżnienia, dokonanego przez Josseranda. Błąd jego polega na zestawieniu skargi windykacyjnej (zatem roszczenia rzeczowego) przy naruszeniu prawa, ze skargą odszkodowawczą przy nadużyciu prawa. Porównanie różnych roszczeń pozwala Josserandowi na wysunięcie twierdzenia, że istnieje różnica w skutkach prawnych między działaniem bezprawnym, a nadużyciem prawa. Różnica ta znika natomiast wówczas, gdy porównamy skargę odszkodowawczą przy naruszeniu prawa oraz przy nadużyciu prawa. W obu przypadkach powód musi udowodnić szkodę.

W dalszym ciągu swej krytyki podkreśla Demogue, że nadużycie prawa istnieje także wówczas, gdy szkoda nie została jeszcze wyrządzona. Twierdzenie to ilustruje on następującym przykładem: Sąsiad mój dokonał pewnych robót ziemnych, nie przedstawiających dla niego użytku, jedynie w tym celu, aby pozbawić mnie wody, gdy nadejdzie pora deszczów. Josserand<sup>1</sup> twierdzi, że dopóki nie poniósłem szkody, nie mogę skarżyć sąsiada. Zdaniem Demogue'a będę mógł w tym przypadku zaraz skarżyć mego sąsiada o usunięcie tych robót, chociaż nie poniósłem żadnej szkody. Zdaniem moim trafny jest niewątpliwie pogląd Demogue'a. Zagrożony w swych prawach może się bronić przed nadużyciem prawa, choć szkoda nie została jeszcze wyrządzona, jeśli tylko jest ona pewna w przyszłości.

Dochodzimy tutaj do bardzo ważnego argumentu praktycznego, przemawiającego za przyjęciem teorii wewnętrznej. Zrównanie nadużycia prawa z działaniem bezprawnym pozwala na skuteczniejszą ochronę przed nadużyciem prawa, albowiem możemy wówczas stosować przeciwko niemu wszelkie sankcje, skierowane przeciwko działaniu bezprawnemu.

Musimy wreszcie odpowiedzieć na pytanie, na czym polega bezprawność działania, stanowiącego nadużycie prawa. Jak już wskazałem w pierwszej części pracy, porządek prawny ma na

<sup>1</sup> Esprit, s. 317.

celu wzajemne odgraniczenie interesów jednostek i, zapewniając jednostce prawo podmiotowe, tym samym chroni interesy jednostki kosztem interesów innych osób. Uprawniony, który wykracza poza granice, określone przez dobrą wiarę lub przez cel, ze względu na który prawo mu służyło, narusza przez to z konieczności interesy innych osób i wskutek tego działanie jego staje się bezprawne. Jak to bowiem przedstawię poniżej<sup>1</sup>, działanie bezprawne zachodzi nie tylko w przypadku naruszenia cudzego prawa podmiotowego, ale także w przypadku naruszenia cudzych interesów.

Rozważania nasze w tym rozdziale potwierdzają słuszność teorii wewnętrznej nadużycia prawa. Wbrew twierdzeniom Josseranda nadużycie prawa nie wywołuje skutków prawnych, różnych od działania bezprawnego<sup>2</sup>.

## 5. Wnioski ostateczne co do konstrukcji nadużycia prawa

Obecnie będziemy się starali podać ostateczne wnioski, do których doprowadziła nas krytyka logiczna teorii nadużycia prawa. Wnioski te stanowią zasadniczy zrąb przyjętej przez nas konstrukcji nadużycia prawa. Dadzą się one sprowadzić do następujących punktów:

A) Artykuły 135 i 189 k. z. pozwalają na bliższe określenie treści praw podmiotowych. Prawo podmiotowe jednostki nie sięga dalej niż interes, dla którego ochrony prawo zostało udzielone.

<sup>1</sup> S. 138.

<sup>2</sup> Jest rzeczą interesującą, że francuskie prawo administracyjne stawia na równej linii przekroczenie władzy przez urzędnika (*excès de pouvoir*) z użyciem tej władzy do niewłaściwych celów (*détournement de pouvoir*). Por. Duguit, *Les transformations du droit privé*, s. 200: „Le fonctionnaire excède tout aussi bien son pouvoir, quand il fait un acte, qui n'est pas de sa compétence, que lorsqu'il fait un acte, qui est en la forme de sa compétence, mais dans un but autre, que celui, que la loi avait en vue en la lui donnant”. W analogicznej dziedzinie prawa administracyjnego analogiczne rozróżnienie między wadliwymi aktami administracyjnymi nie ma zasadniczego znaczenia. Nie jest to oczywiście argumentem za przyjęciem teorii wewnętrznej nadużycia prawa, lecz po prostu ciekawym zjawiskiem analogii między różnymi dziedzinami prawa.

Ponieważ normy prawne są ujęte abstrakcyjnie, uwzględniają one jedynie typową (przeciętną) kolizję interesów i dlatego możliwy jest rozdzźwięk między pozorną (można ją również nazwać formalną), a rzeczywistą (materialną) treścią prawa podmiotowego. Polega on na tym, że w pewnych przypadkach istnieje in abstracto interes jednostki, natomiast in concreto brak jest takiego interesu. Skutkiem tego rozdzźwięku między materialną a formalną treścią prawa podmiotowego możliwa jest sytuacja, że działanie, przekraczające w rzeczywistości granice prawa, osłonięte jest pozorem działania w granicach prawa podmiotowego<sup>1</sup>. Taka sytuacja nosi techniczną nazwę nadużycia prawa<sup>2</sup>.

B) Art. 135 k. z. uzależnia obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody od trzech założeń:

- 1) działanie musi być nadużyciem prawa podmiotowego,
- 2)  sprawca musi działać rozmyślnie lub niedbale,
- 3)  musi istnieć związek przyczynowy między nadużyciem prawa, a wyrządzoną szkodą.

Nadużycie prawa jest samo przez się działaniem bezprawnym zarówno wówczas, gdy zostało ono dokonane rozmyślnie lub przez niedbalstwo, jak i wtedy, gdy brak jest tych znamion subiektywnych. Nadużywający prawa odpowiada jednak za wyrządzoną szkodę tylko wówczas, gdy działał rozmyślnie lub niedbale.

Pojęcia winy i bezprawności są używane często w różnych znaczeniach, co prowadzi niejednokrotnie do nieporozumień. Ponieważ istnieje kilka teorii bezprawności, przeto musimy podać obecnie właściwe określenie tego pojęcia. Nie możemy oczywiście przedstawiać tutaj całej nauki o bezprawności; ograniczymy się

<sup>1</sup> Siebert, Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs, s. 19.

<sup>2</sup> Jedna sprawa wymaga jeszcze dodatkowego wyjaśnienia. Punktem wyjścia dla naszej konstrukcji jest teoria Iheringa, określająca prawo podmiotowe jako prawnie chroniony interes. Wydawałoby się, że stanowisko takie jest niezupełnie konsekwentne, ponieważ Ihering uchodzi za wroga teorii nadużycia prawa. Pogląd, uważający Iheringa za wroga teorii nadużycia prawa, nie jest jednak słuszny (por. Růdy, Rechtsmissbrauch, s. 73 uw. 54). Ihering w swej rozprawie (Ih. Jahr. t. VI, s. 104) wystąpił jedynie przeciwko konstrukcji szykany, zwracającej uwagę na subiektywny moment zamiaru uszkodzenia. Podkreśla on trafnie, że tylko obiektywne kryterium może rozstrzygnąć, czy działanie jest dozwolone, czy niedozwolone.

jedynie do wskazania zasadniczych punktów przyjętej przez nas obiektywnej teorii bezprawności<sup>1</sup>.

Pojęcie bezprawności jest wspólne dla prawa cywilnego i karnego. W rozważaniach naszych zajmiemy się jedynie pojęciem bezprawia cywilnego; przedstawienie różnicy między deliktem cywilnym a deliktem karnym przekraczałoby rozmiary mej pracy.

Działanie jest wówczas bezprawne, gdy sprzeciwia się normom prawa przedmiotowego. W wielu przypadkach narusza ono cudze prawo podmiotowe, może ono jednak polegać tylko na naruszeniu cudzych interesów. Porządek prawny nie uznaje np. majątku za odrębne prawo podmiotowe, kto jednak naruszając normę prawną wyrządza drugiemu jakąkolwiek szkodę majątkową, działa bezprawnie, chociaż nie naruszył cudzego prawa podmiotowego.

Do przyjęcia bezprawności działania nie jest dalej rzeczą konieczną, by działanie takie było wyraźnie zakazane przez przepis ustawy. Współczesne kodeksy cywilne określają takie bezprawne działanie, które nie podpada pod wyraźny zakaz ustawy, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (§ 826 k. c. n., art. 41 ust. 2 prawa szwajcarskiego). Jednym z przykładów na takie działanie jest naruszenie umowy przez osobę trzecią. Zbierracz dzieł sztuki A kupuje od osoby B jakiś cenny przedmiot. Osoba C dowiaduje się w drodze poufnej od osoby A o tej transakcji i wykorzystując okoliczność, że umowa sprzedaży nie została jeszcze wykonana, kupuje tę samą rzecz od osoby B. Stała judykatura Sądu Rzeszy (RG 88, 361; 90, 350; 91, 178; 95, 163) przyznaje w takim przypadku osobie A roszczenie odszkodowawcze na podstawie 826 k. c. n. przeciwko osobie C. Takie naruszenie umowy przez osobę trzecią jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. Dalszymi przykładami na działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami są: użytkowanie tajemnic przedsiębiorstwa przez pracownika tego przedsiębiorstwa, udzielenie fałszywej informacji, dumping itp. Różnica między k. c. n. i szw. z jednej strony, a k. z. z drugiej strony polega na tym, że według tych pierwszych ustaw sprawca działania sprzecznego z dobrymi obyczajami odpowiada tylko w razie rozmyślnego działania, podczas gdy według k. z. odpowiada także w razie niedbalstwa (art. 134 k. z.).

<sup>1</sup> Wywody nasze w tekście opierają się na poglądach Tuhra, Allgemeiner Teil II 2, s. 454 i n.

Wszystkie te działania, choć nie podpadają pod wyraźny przepis ustawy, są bezprawne<sup>1</sup>, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, będącymi częścią porządku prawnego<sup>2, 3</sup>.

Pojęcie bezprawności jest pojęciem ściśle obiektywnym; wynika stąd, że osoba niepoczytalna (art. 138 k. z.) popełnia czyn bezprawny, jakkolwiek nie odpowiada ona za wyrządzoną szkodę dla braku podmiotowego związku między czynem, a wyrządzoną szkodą. Na przeciwnym stanowisku stoi subiektywna teoria bezprawności, w myśl której osoba niepoczytalna nie popełnia bezprawnego czynu<sup>4</sup>. Teoria subiektywna opiera się na teorii imperatywów; rozumuje ona w następujący sposób: Przepisy prawne są imperatywami, skierowanymi do jednostek; wobec tego nie obowiązują one osób niepoczytalnych, skoro osoby te nie mogą być adresatami norm prawnych. Pogląd zwolenników teorii subiektywnej jest mylny. W istocie bowiem normy prawne obowiązują wszystkich, zarówno pełnoletnich, jak i małoletnich, poczytalnych,

<sup>1</sup> Por. Komentarz Radców Rzeszy, uw. przed § 826 k. c. n. II t. s. 741: „Die Frage, ob die nach § 826 zum Schadensersatz verpflichtende Handlung dadurch zugleich zu einer rechtswidrigen werde, ist im bejahenden Sinne zu beantworten (RG 58, 214)“.

<sup>2</sup> Orzecznictwo szwajcarskie (E. B. G. 25 II 624; 26 II 325; 27 II 124) określa bardzo trafnie istotę bezprawności: „Eine Handlung ist dann widerrechtlich, wenn sie entweder gegen ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung, gegen eine bestimmte (gesetzte oder ungesetzte) allgemein verbindliche Norm verstösst, oder in die Rechssphäre eines Anderen in der Weise eingreift, dass sie eine Verletzung eines privaten Rechtes desselben, oder eines rechtlich geschützten Interesses, eines Rechtsgutes enthält“.

<sup>3</sup> Działanie bezprawne pokrywa się zatem w zupełności z „winą w znaczeniu obiektywnym”, którą Longchamps określa, jako każde zachowanie się niewłaściwe. Longchamps (Zobowiązania, s. 231) rozróżnia następujące szczególne przypadki winy w znaczeniu obiektywnym: 1) działanie niezgodne z przepisami prawa przedmiotowego (poprawniej m. zd. działanie bezprawne, jako sprzeczne z wyraźnym przepisem ustawy); 2) działanie niezgodne z zasadami etycznymi (poprawniej m. zd. działanie bezprawne, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami); 3) działanie niezgodne z obowiązkiem ostrożności, jakiej każdy człowiek w obrocie przestrzegać powinien, aby drugiemu szkody nie wyrządzić (poprawniej m. zd. działanie bezprawne, jako sprzeczne z porządkiem prawnym, regulującym współzycie między ludźmi).

<sup>4</sup> Por. Hold von Ferneck, Rechtswidrigkeit; jest on głównym przedstawicielem subiektywnej teorii bezprawności.

jak i niepoczytalnych<sup>1</sup>. Zakaz samowolnego naruszania własności dotyczy także osób niepoczytalnych; przeciwko samowolnemu naruszeniu własności przez te osoby jest dozwolona obrona konieczna.

Należy obecnie zastanowić się nad stosunkiem winy do pojęcia bezprawności. Stosunek ten możemy sobie plastycznie przedstawić w formie dwóch kół, z których mniejsze mieści się w większym; większe koło oznacza zakres pojęcia bezprawności, mniejsze pojęcie winy. Wina oznacza szczególną właściwość działania bezprawnego; na to, abyśmy mogli mówić o winie są konieczne trzy następujące założenia: a) działanie musi być bezprawne, b) sprawca musi być poczytalny, c) sprawca musi działać rozmyślnie lub niedbale. Ze szczególnym naciskiem podkreślić należy, że pierwszym warunkiem istnienia winy jest bezprawność działania; bez czynu bezprawnego nie ma winy<sup>2</sup>.

Dalszym warunkiem istnienia winy jest działanie rozmyślne lub niedbale sprawcy. Sprawca działa rozmyślnie wówczas, gdy chce wywołać bezprawny skutek<sup>3</sup>. Natomiast nie jest rzeczą konieczną, by sprawca zdawał sobie sprawę z rozmiarów szkody, wyrządzonej swym działaniem. Kto podpala cudzy dom, ten nie musi zdawać sobie sprawy z tego, że działanie jego wyrządza szkodę drugiej osobie. Działa on rozmyślnie wówczas, gdy wiedział, że podpalony nie poniesie szkody, ponieważ dom jego jest ubezpieczony, a nawet wówczas, gdy podpalał dom celem zapewnienia podpalonemu zrealizowania premii ubezpieczeniowej<sup>4</sup>.

Działanie niedbale zachodzi wówczas, gdy sprawca nie chce wprawdzie wywołać bezprawnego skutku, jednak sprowadza go przez niedołożenie staranności wymaganej w obrocie (art. 240

<sup>1</sup> Por. Tuhr, Allg. Teil II 2, s. 454. Longchamps stoi również na stanowisku, że winę w znaczeniu obiektywnym, czyli czyn bezprawny, może popełnić każdy, a zatem i osoba niepoczytalna (Zobowiązania, s. 232).

<sup>2</sup> Por. Mezger, Deutsches Strafrecht, s. 89 i s. 254: „Ohne begangenes Unrecht ist Schuld nicht denkbar”.

<sup>3</sup> Por. Tuhr, Allg. Teil des schw. Obl. t. I, s. 339: „Vorsatz ist der auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtete Wille”; por. także art. 14 kod. karnego polskiego. Podobnie jak polskie prawo karne w art. 14, przyjmujemy tzw. teorię woli (Willentheorie), która żąda, by sprawca chciał wywołania bezprawnego skutku. Inaczej teoria wyobrażenia (Vorstellungstheorie), według której wystarczy przewidywanie przez sprawcę skutku bezprawnego.

<sup>4</sup> Por. Tuhr, Allgemeiner Teil II t. cz. 2, s. 481, 487.

k. z.)<sup>1</sup>. Miara staranności jest ogólna i obiektywna, określona wymogami uczciwego obrotu, a nie osobistymi zapatrywaniami i przyzwyczajeniami działającego.

Ponieważ k. z. w art. 134 i 135 stawia na równi działanie rozmyślne i niedbałe, przeto cały szereg zagadnień stosunku rozmyślności do niedbalstwa, niezwykle dyskutowanych w prawie karnym, nie ma dla nas na tym miejscu tak wielkiego znaczenia. Odnosi się to szczególnie do jednego z zasadniczych zagadnień prawa karnego, czy świadomość bezprawności czynu jest koniecznym warunkiem rozmyślności działania. Odpowiednikiem takiego zagadnienia w omawianym przez nas problemie byłaby odpowiedź na pytanie, czy uprawniony odpowiada tylko wówczas, gdy świadomie dopuszcza się nadużycia prawa? Widzimy, że art. 135 k. z. daje nam od razu odpowiedź na to pytanie. Uprawniony odpowiada także wówczas, gdy działał niedbałe, zatem świadomość bezprawności działania nie jest warunkiem odpowiedzialności za nadużycie prawa. Natomiast uwalnia go od odpowiedzialności wybaczalny błąd co do okoliczności faktycznych, albowiem ten wyklucza przyjęcie niedbalstwa po stronie działającego.

C) Nadużycie prawa wywołuje wszelkie skutki działania bezprawnego. Kodeks szwajcarski (art. 2 ust. 2) mówi trafnie, że nadużycie prawa nie doznaje ochrony ze strony porządku prawnego. Skutki nadużycia prawa będą oczywiście różne w każdym poszczególnym przypadku; dadzą się one sprowadzić do następujących czterech zasad:

1) Z samego faktu działania obiektywnie bezprawnego powstaje zawsze roszczenie o usunięcie bezprawnego stanu (Beseitigungsanspruch). Bezprawny stan może polegać na bezpodstawnym przesunięciu majątkowym; pokrzywdzony ma wówczas roszczenie o wydanie niesłusznie uzyskanego z bogacenia i to niezależnie od tego, czy sprawcy można przypisać winę<sup>2</sup>. W przypadku nadużycia prawa powstaje roszczenie pokrzywdzonego o wydanie

<sup>1</sup> Por. Tuhr, Allg. Teil des schw. Obl. t. I, s. 341: „Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg, ohne ihn zu wollen, dadurch herbeiführt, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt”.

<sup>2</sup> Tuhr, Allgemeiner Teil II 2, s. 471; por. tak samo art. 59 prawa autorskiego; Ritterman, Komentarz do prawa aut., s. 305.



niesłusznego zubożenia (art. 123 k. z.), chociaż sprawca nie ponosi winy. Roszczenie to jest uzasadnione np. wówczas, gdy dopuszczający się nadużycia prawa jest niepoczytalnym w rozumieniu art. 138 k. z. (niedorozwój psychiczny, choroba psychiczna, zakłócenie czynności psychicznej) i dla braku winy nie odpowiada za wyrządzoną szkodę.

2) Pokrzywdzony ma roszczenie o naprawienie wyrządzonej szkody, jeżeli sprawca działał rozmyślnie lub niedbale<sup>1</sup>. Rozmiar i sposób odszkodowania jest określony przez przepisy art. 157—160 k. z. W myśl art. 158 k. z. zasadą jest odszkodowanie pieniężne; pokrzywdzony może jednak żądać naprawienia szkody przez przywrócenie rzeczy do stanu poprzedniego<sup>2</sup>. W pewnych przypadkach odszkodowanie w naturze będzie możliwe; sankcja, polegająca na przywróceniu do pierwotnego stanu, nie jest możliwa, jeżeli np. powód wszczął proces dla szyskany. Pokrzywdzony będzie mógł jedynie domagać się odszkodowania pieniężnego<sup>3</sup>. Natomiast odszkodowanie w naturze jest możliwe np. przy nadużyciu prawa własności. Poszkodowany będzie mógł więc np. żądać zburzenia budowli, wzniesionej dla szyskany przez właściciela nieruchomości.

3) Roszczenie odszkodowawcze ma za zadanie naprawienie wyrządzonej szkody; powód domaga się świadczenia z majątku przeciwnika, by usunąć skutki dokonanego bezprawnego działania. Nie zapobiega ono dalszemu bezprawnemu działaniu sprawcy w przyszłości. Teoria i orzecznictwo niemieckie oraz szwajcarskie wypracowały ogólną skargę o zaniechanie (*Unterlassungsklage*), która

<sup>1</sup> Dla braku złego zamiaru lub niedbalstwa po stronie działającego wykluczają roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 135 k. z.: orzeczenie Sądu Najwyższego z 15 II 1937 C. II 2517/36 O. S. P. 724/37 (wierzyciel, który na podstawie orzeczenia sądowego zajął rzeczy dłużnika, nie jest obowiązany do odszkodowania, chociażby się następnie okazało, że rzeczy zajęte nie podlegały egzekucji; brak niedbalstwa po stronie wierzyciela był uzasadniony tym, że orzeczenie o niedopuszczalności egzekucji zajętego samochodu zależało od zbadania, czy auto służyło dłużnikowi do wykonywania zawodu; por. art. 570 i 583 k. p. c.), oraz omawiane już wyżej (s. 62 uw. 4) orzeczenie S. N. z 7 X 1938.

<sup>2</sup> Kwestia sankcji nadużycia prawa była sporna w literaturze i judykaturze francuskiej; przeciwko dopuszczalności sankcji w naturze wystąpił przede wszystkim Saleilles, *Théorie générale*, s. 370 uw. 1, za dopuszczalnością wypowiedział się Jossierand, *Esprit*, s. 407.

<sup>3</sup> Jossierand w swej glossie D. P. 1924. I. 97; Demogue, *Traité des obl.* t. IV. s. 378.

jest dopuszczalna w tych wszystkich przypadkach, gdy pokrzywdzony obawia się dalszych naruszeń w przyszłości<sup>1</sup>. W skardze tej domaga się pokrzywdzony zaniechania dalszych naruszeń; ma ona charakter rzeczowy (*actio in rem*) i dlatego jest ona dopuszczalna także wówczas, gdy działanie sprawy nie jest zawinione.

Kwestia dopuszczalności ogólnej skargi o zaniechanie w prawie polskim jest bardzo trudna do rozstrzygnięcia. W literaturze polskiej najwybitniejszym zwolennikiem przyjęcia ogólnej skargi o zaniechanie jest Zoll. Wprowadził on do literatury polskiej<sup>2</sup> pojęcie tzw. „roszczenia zapobiegawczego”, odpowiadającego niemieckiej skardze o zaniechanie (*Unterlassungsklage*), i wskazał na cały szereg argumentów, przemawiających za przyjęciem takiego roszczenia zapobiegawczego<sup>3</sup>. Przyjmując zapatrywanie Zolla, ograniczam się w tym miejscu jedynie do wskazania, jakie konsekwencje dla problemu nadużycia prawa miałyby przyjęcie dopuszczalności roszczenia zapobiegawczego. Pokrzywdzony mógłby w każdym przypadku skarżyć o zaniechanie działania, będącego nadużyciem prawa.

4) Wreszcie działanie, będące nadużyciem prawa, może nie wywoływać skutków prawnych. Podniesienie zarzutu przedawania przez dłużnika, odstąpienie od umowy dokonane przez wierzyciela, są pozbawione skutków prawnych, jeżeli są sprzeczne z zasadami dobrej wiary<sup>4</sup>. Przeciwno takiemu działaniu, które

<sup>1</sup> Por. Enneccerus, *Recht der Schuldverh.*, s. 816; Tuhr, *Allg. Teil des schw. Obl. t. I*, s. 349; Heck, *Schuldrecht*, s. 446; RG 140, 392; 148, 114; 156, 372. Podkreślić należy, że ani k. c. n., ani k. c. szw. nie zawierają ogólnego przepisu o dopuszczalności skargi o zaniechanie. K. c. n. zawiera przepisy o dopuszczalności skargi o zaniechanie tylko dla ochrony własności i praw rzeczowych (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090, 1227, 1134, 1107) oraz nazwiska (§ 12).

<sup>2</sup> *Zobowiązania*, s. 105 i n.

<sup>3</sup> Ustawodawca polski przewiduje wyraźnie dopuszczalność roszczeń zapobiegawczych w pewnych szczególnych przypadkach: w art. 59 prawa autorskiego, art. 25 prawa patentowego, art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 37 k. handl., art. 24 prawa osobowego, art. 21<sup>b</sup> prawa rzeczowego. Powyższe przepisy należy uznać jako przejawy ogólnej zasady, że roszczenia zapobiegawcze są dopuszczalne we wszystkich przypadkach, gdy pokrzywdzony obawia się dalszych naruszeń ze strony bezprawnie działającego.

<sup>4</sup> Według art. 48 § 2 k. z., jeżeli strona, której zależy na ziszczeniu się warunku, wbrew wymaganiom dobrej wiary spowoduje zniszczenie

tylko pozornie przedstawia się jako wykonywanie prawa, może się druga osoba bronić skutecznie zarzutem nadużycia prawa. Zarzut nadużycia prawa jest odpowiednikiem *exceptionis doli generalis* prawa rzymskiego, względnie *pospolitego*. Orzecznictwo niemieckie i szwajcarskie<sup>1</sup>, jak również literatura tych krajów<sup>2</sup>, przyjmują, że zarzut ten jest dopuszczalny w tych wszystkich przypadkach, gdy działanie uprawnionego jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary. Dopuszczalność tego zarzutu nie może budzić wątpliwości na tle prawa polskiego, skoro kod. zob. daje w art. 135 i 189 podstawę do wypracowania ogólnej zasady nadużycia prawa. Zarzut nadużycia prawa jest uzasadniony na tle prawa polskiego wówczas, gdy działanie uprawnionego opiera się wprawdzie na formalnie przysługującym mu prawie, lecz sprzeciwia się zasadom dobrej wiary<sup>3</sup>.

D) Musimy jeszcze omówić w kilku słowach formalno-procesowe znaczenie klauzuli nadużycia prawa. Fakt działania sprzecznego z dobrą wiarą może być podniesiony zarówno przez powoda, jak w drodze zarzutu przez pozwanego. Zachodzi pytanie, czy sędzia ma uwzględnić z urzędu sprzeczność zachowania z zasadami dobrej wiary. Literatura daje na to pytanie odpowiedź twierdzącą<sup>4</sup>; zapatrywanie to jest słuszne również na tle prawa polskiego. Sędzia winien stosować normy prawne dobrej wiary (art. 135 i 189 k. z.) nawet wówczas, gdy strony nie powołują się na odnośne przepisy. Inna rzecz, że strony muszą zawsze podać

się warunku, następują takie skutki, jak gdyby warunek się nie ziścił. Przepis ten jest wypływem ogólnej zasady, że działanie uprawnionego (w przypadku art. 48 k. z. warunkowo uprawnionego) jest pozbawione skutków prawnych, skoro jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary.

<sup>1</sup> Por. RG 58, 356; 64, 223; 71, 435; 75, 342; 86, 192; 87, 282; 89, 105; 90, 64; 107, 363; 135, 376. Por. także EBG 42 II 682; 51 II 253.

<sup>2</sup> Por. w szczególności: Wendt, Arch. f. d. zivil. Prax. t. 100, s. 1 i n.; Enneccerus, Allgemeiner Teil, s. 588; Egger, Kommentar zum schw. Zivilg., s. 73.

<sup>3</sup> Nie jest to jednak zarzut w technicznym słowa znaczeniu, skoro zgodnie z dalszymi wywodami tekstu winien być uwzględniony przez sędziego z urzędu. Pod tym względem różni się zarzut nadużycia prawa od *exceptionis doli generalis* prawa rzymskiego (por. Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, s. 17).

<sup>4</sup> Por. Gmür, Kommentar t. I, s. 58; Huber, Rechtsmissbrauch, s. 100; Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, s. 165.

(i ewentualnie udowodnić) okoliczności faktyczne, z których wynika sprzeczność działania z zasadami dobrej wiary<sup>1</sup>.

Pytanie, czy dany fakt, jako sprzeczny z zasadą dobrej wiary, stanowi nadużycie prawa, jest kwestią prawną i dlatego podlega sprawdzeniu przez Sąd Najwyższy<sup>2</sup>.

## 6. Krytyka Lévy'ego

Drugi kierunek logicznej krytyki teorii nadużycia prawa jest reprezentowany przez Lévy'ego<sup>3</sup>. Rozumowanie tego autora jest następujące: Najważniejszym z praw podmiotowych jest wolność jednostki. Dlatego każde działanie ludzkie następuje w wykonywaniu prawa podmiotowego i to albo jakiegoś prawa określonego, albo ogólnego prawa wolności. Wynika stąd, że każde działanie zobowiązujące do odszkodowania następuje w wykonywaniu prawa; automobilista, jadący zbyt szybko, zobowiązany jest do naprawienia szkody, wyrządzonej w wykonywaniu prawa wolności osobistej. Wobec tego nadużycie prawa nie różni się niczym od innych działań zobowiązujących do odszkodowania.

Różnica między krytyką Planiola, a krytyką Lévy'ego jest następująca: Planiol twierdzi, że nadużycie prawa jest zwykłym działaniem bezprawnym, a nie wykonywaniem prawa. Natomiast Lévy podnosi, że każde działanie bezprawne jest wykonywaniem prawa wolności, wobec czego nadużycie prawa nie przedstawia odrębnej kategorii działań bezprawnych. Najlepiej zrozumiemy różnicę między krytyką Planiola a krytyką Lévy'ego, jeżeli rozpatrzymy je na tle prawa pozytywnego polskiego. Zestawmy art. 135 k. z., mówiący o naprawieniu szkody, wyrządzonej w wykonywaniu prawa, z art. 134 k. z., według którego, kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Zwolennik krytyki Planiola może oświadczyć: art. 135 k. z. jest najzupełniej niepotrzebny, albowiem rzekome nadużycie prawa jest w istocie działaniem bezprawnym i zobowiązuje do odszkodowania po myśli art. 134 k. z. Wprost przeciwnie zanalizuje wza-

<sup>1</sup> Por. Staudinger, Kommentar t. II cz. I, s. 35; Wendt, Arch. f. d. zivil. Praxis t. 100, s. 26.

<sup>2</sup> Por. Jossierand, Esprit, s. 393.

<sup>3</sup> La vision socialiste du droit, s. 45; Responsabilité et contract, Revue Critique 1899, s. 361.

jemny stosunek tych artykułów zwolennik krytyki Lévy'ego; uzna on mianowicie art. 134 k. z. za najzupełniej zbędny, albowiem każde działanie bezprawne jest wykonywaniem prawa podmiotowego wolności.

Dotychczasowe nasze rozważania pozwoliły na odparcie krytyki Planiola; wskazaliśmy mianowicie, że nadużycie prawa jest szczególnym przypadkiem działania bezprawnego<sup>1</sup>. Obecnie musimy zająć się omówieniem krytyki Lévy'ego.

Josserand, zwalczając argumenty Lévy'ego, podnosi, że wolność nie jest prawem, lecz wspólną podstawą praw i obowiązków<sup>2</sup>. Uważa on za niedorzeczny pogląd, według którego złodziej, kradnący cudzą rzecz, wykonuje swe prawo wolności. Josserand nie wyciąga jednak żadnych konsekwencji ze swego poglądu, że wolność nie jest prawem podmiotowym<sup>3</sup>; w dziele swym mówi on o wykonywaniu prawa w tych przypadkach, gdy w rzeczywistości chodzi o wykonywanie wolności (lub interesów, nie będących prawami podmiotowymi)<sup>4</sup>. Takie stanowisko prowadzi do zatarcia specyficznej cechy, wyróżniającej nadużycie prawa od innych działań bezprawnych<sup>5</sup>.

Dla rozstrzygnięcia niniejszego zagadnienia musimy obecnie zastanowić się nad tym, jakie dobra i interesy, chronione przez prawo, są prawami podmiotowymi. Rozważania te doprowadzą nas do określenia właściwego zakresu teorii nadużycia prawa.

<sup>1</sup> Por. s. 90.

<sup>2</sup> Esprit, s. 322; Josserand stwierdza wyraźnie, że idzie tutaj za Duguiem.

<sup>3</sup> Podkreśla to słusznie Capitant, Rev. Trim. 1928, s. 371.

<sup>4</sup> O rozróżnieniu między prawem podmiotowym a interesem por. wyżej, s. 20.

<sup>5</sup> Josserand (Esprit, s. 302) zastanawia się, czy właściciel lokalu może domagać się odszkodowania od przedsiębiorcy, który zabronił swym robotnikom uczęszczania do odnośnego lokalu. Josserand przyznaje odszkodowanie właścicielowi lokalu wówczas, gdy zakaz przedsiębiorcy został wydany bez żadnego uzasadnionego powodu, albowiem w tym przypadku zachodzi nadużycie prawa ze strony przedsiębiorcy. Jest rzeczą oczywistą, że przedsiębiorca nie wykonuje żadnego prawa w stosunku do właściciela lokalu. Josserand powinien wyłączyć odnośny przypadek z zakresu nadużycia prawa, jeżeli przyjmuje, że wolność nie jest prawem. Moim zdaniem roszczenie odszkodowawcze właściciela lokalu będzie uzasadnione tym, że zakaz przedsiębiorcy jest bezprawnym naruszeniem cudzych interesów (zastosujemy zatem art. 134 k. z., a nie art. 135 k. z.).

Nauka francuska zajmuje się w bardzo małym stopniu zdefiniowaniem prawa podmiotowego i nie przeprowadza na ogół rozróżnienia między prawem a wolnością, uważając wolność za prawo. Nie przeprowadza również rozróżnienia między prawem podmiotowym, a zwykłymi interesami, chronionymi przez ustawę. Skutkiem tego ujęcie prawa podmiotowego jest bardzo szerokie, a w rezultacie zakres konstrukcji nadużycia prawa bardzo obszerny. Konstrukcja ta została przyjęta dla rozwiązania całego szeregu nowych problemów życia gospodarczego, które we Francji nie były unormowane przez ustawodawcę, jak np. strajk, bojkot, wolność sumienia i prasy itp. Orzecznictwo i nauka francuska uznaje prawo podmiotowe do strajku, bojkotu, lock-outu<sup>1</sup>. Stanowisko takie było wprawdzie krytykowane przez niektórych autorów francuskich<sup>2</sup>, ale mimo to można je określić jako panujące w nauce i w orzecznictwie.

Natomiast nauka niemiecka jest skłonna do bardziej ścisłego określenia pojęcia prawa podmiotowego; podkreśla ona, że nie wszystkie dobra i interesy, chronione przez prawo przedmiotowe, są prawami podmiotowymi. Cały szereg autorów<sup>3</sup> wypowiada się przeciw przyjęciu ogólnego prawa osobowości, chroniącego całość stosunków osobistych; uważają oni, że osobowość nie jest prawem, lecz właściwością osoby. Tak samo wypowiadają się oni przeciw przyjmowaniu poszczególnych praw podmiotowych do życia, wolności, czci, swobodnego rozwoju duchowej indywidualności itp. Inni<sup>4</sup> natomiast przyjmują istnienie praw osobowości; różnią się jednak znacznie w ujęciu i określeniu tych praw.

<sup>1</sup> Por. np. znane orzeczenie Sądu Kasacyjnego w sprawie Rességnier contra Jaurès i tow. (D. P. 1897, I. 537). Trybunał francuski uznaje tutaj prawo podmiotowe osób trzecich do interwencji w strajku i do popierania robotników oraz stwierdza, że osoby te mogą się dopuścić nadużycia tego prawa.

<sup>2</sup> W szczególności należy tutaj wymienić znakomite wywody Capitanta'a w jego rozprawie „Sur l'abus des droits” (Rev. Trim. 1928, s. 365). Capitant słusznie wskazuje, że orzecznictwo używa wyrażenia „nadużycie prawa” w wielu przypadkach, gdzie nie może być mowy o wykonywaniu prawa podmiotowego.

<sup>3</sup> Por. Tuhr, Allg. Teil I, s. 149; Enneccerus, Allg. Teil, s. 168.

<sup>4</sup> Por. Gierke, Deutsches Privatrecht t. III, s. 886; Regelsberger, Pandekten t. I § 50; tak samo w nauce polskiej Zoll, Prawo cywilne t. I, s. 171 oraz Prawa osobistości w zarysie Cz. P. E. IV.

Zachodzi pytanie, czy na tle prawa pozytywnego polskiego należy przyjąć istnienie praw osobowości; w zależności bowiem od tego, jak szeroko ujmijemy pojęcie prawa podmiotowego, zakres konstrukcji nadużycia prawa będzie węższy lub szerszy. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia napotyka na bardzo duże trudności. K. z. nie uregulował zagadnienia praw osobowości i ograniczył się jedynie do przyznania możliwości domagania się zadośćuczynienia za cierpienia fizyczne i krzywdę moralną w przypadkach, wymienionych w art. 165 i 166 k. z.<sup>1</sup> Jest rzeczą bardzo wątpliwą, czy powyższe przepisy k. z., regulujące jedynie kwestię odpowiedzialności deliktualnej za naruszenie takich dóbr, jak np. zdrowie, cześć i wolność jednostki, mogą być podstawą do przyjęcia istnienia praw osobowości w prawie polskim.

Polskie prawo osobowe (dekret z 29 IX 1945, Dz. U. nr 40, poz. 223) zajmuje się jedynie w art. 24 prawem do nazwiska, natomiast nie zawiera żadnych postanowień o innych prawach osobowości. Równocześnie art. VII przepisów wprowadzających prawo osobowe uchylił moc obowiązującą §§ 16 i 17 k. c. a., które stanowiły podstawę dla przyjęcia praw osobowości na tle k. c. a.

Ze swej strony chciałbym jeszcze zaznaczyć, że problem istnienia praw osobowości w prawie polskim jest raczej kwestią konstrukcyjną. W literaturze niemieckiej problem ten miał zasadnicze praktyczne znaczenie wobec tego, że § 823 ust. 1 k. c. n. uzależnia obowiązek naprawienia szkody od naruszenia prawa podmiotowego pokrzywdzonego. Część literatury niemieckiej (Kohler, Gierke) chce przez przyjęcie praw osobowości możliwie najszerzej ująć pojęcie prawa podmiotowego i w ten sposób zapewnić skuteczną ochronę przeciwko każdemu zawinionemu wyrządzeniu szkody. W prawie polskim art. 134 k. z. chroni przed każdym zawinionym wyrządzeniem szkody, bez względu na to, czy stanowi ono naruszenie praw podmiotowych, czy tylko naruszenie interesów. Wobec tego ochrona takich dóbr jednostki, jak cześć, dobre imię itp. jest skutecznie zapewniona przez art. 134, 165 i 166 k. z. Pozostaje więc do rozstrzygnięcia jedynie kwestia konstrukcyjna: czy określimy, że te dobra są prawami podmio-

<sup>1</sup> Równocześnie przepisy wprowadzające k. z. uchyliły dotychczas obowiązujące postanowienia prawa obligacyjnego dzielnicowego, które były podstawą dla teorii praw osobowości, por. Grzybowski, Enckl. pr. pryw. Z. XXI, s. 1252.

towymi, czy też powiemy, że są one interesami, chronionymi przez prawo przedmiotowe.

Rezultat naszych rozważań jest więc częściowo negatywny, jednak nie są one bez znaczenia dla zagadnienia konstrukcji nadużycia prawa. Dochodzimy bowiem do wniosku, że istnienie, treść i zakres praw osobowości są niezwykle wątpliwe i niesprecyzowane bliżej przez ustawę<sup>1</sup>. Dlatego też, moim zdaniem, należy ograniczyć zakres konstrukcji nadużycia prawa do przypadków wykonywania takich praw podmiotowych prywatnych, które prawo prywatne wyraźnie uznaje jako prawo podmiotowe i określa ich treść, zakres i sposób realizacji. Oznacza to wyłączenie spod zakresu teorii nadużycia prawa tych wszystkich przypadków, gdy jednostka działa w granicach własnej wolności i swobody, chronionej przez prawo przedmiotowe.

Stanowiska mego nie należy rozumieć w ten sposób, jakobym przyjmował istnienie tylko takich praw, które ustawa wyraźnie uznaje. Stwierdzam jedynie, że zagadnienie nadużycia prawa winno być ograniczone do takich praw podmiotowych, których treść i zakres jest wyraźnie określona przez ustawę<sup>2</sup>. Tylko przy tego rodzaju prawach możliwa jest specyficzna sytuacja, polegająca na tym, że działanie uprawnionego jest pozornie zgodne z treścią prawa, lecz w rzeczywistości jest z nią sprzeczne.

Wynika stąd, że w prawie polskim konstrukcja nadużycia prawa nie ma służyć do rozwiązywania takich problemów życia gospodarczego i społecznego, jak strajk, sabotaż, bojkot, umieszczenie na indeksie, lock-out, wykorzystywanie stanowiska monopolistycznego, wykluczenie ze związku zawodowego itp. Działania takie są w pewnych warunkach dozwolone, w pewnych warunkach bezprawne i zobowiązują do odszkodowania. Podstawą prawną dla rozwiązania tych przypadków, określanych w literaturze jako nadużycie ogólnej wolności, jest art. 134 k. z.

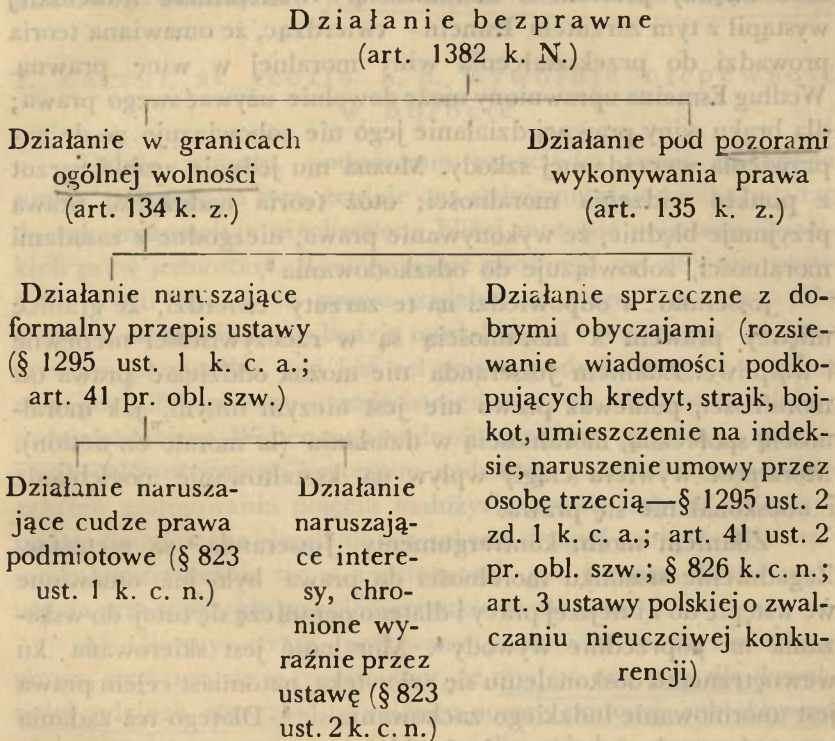
Stanowisko nasze pozwala na usunięcie wątpliwości co do wzajemnego stosunku między art. 134 i 135 k. z., a przez to na ścisłe określenie zakresu zastosowania art. 135 k. z. Art. 135 k. z. odnosi się do przypadków wyrządzenia szkody w wykonaniu ja-

<sup>1</sup> Por. Tuhr, Allgemeiner Teil I, s. 151.

<sup>2</sup> Lewy, Nadużycie prawa, s. 40 ogranicza bardzo słusznie teorię nadużycia prawa do przypadków wykonywania praw podmiotowych, a nie stosuje jej do działań, będących wyływem „ogólnej swobody”.



kiegoś szczególnego prawa podmiotowego, natomiast art. 134 k. z. do przypadków wyrządzenia szkody działaniem w granicach ogólnej wolności<sup>1</sup>. Ostateczny rezultat moich rozważań przedstawiam na następującym schemacie:



### ROZDZIAŁ III

#### Krytyka zasadnicza teorii nadużycia prawa

Przechodzimy z kolei do omówienia zasadniczej krytyki teorii nadużycia prawa. Przeciwko teorii tej wysuwano mianowicie dwa zarzuty<sup>2</sup>: że zaciera granice między prawem a moralnością (ust. 1) oraz że wywołuje niepewność w obrocie (ustęp 2).

<sup>1</sup> Por. Gmür, Kommentar t. I, s. 56; Huber, Rechtsmissbrauch, s. 123; Rüdy, Rechtsmissbrauch, s. 84; są oni zdania, że nadużycie ogólnej wolności osobistej nie podpada pod przepis art. 2 k. c. szw. o nadużyciu prawa.

<sup>2</sup> Josserand, Esprit, s. 324.

## 1. Zarzut, że teoria n. p. zaciera granice między prawem a moralnością

Przeciwnicy omawianej teorii zarzucają, że zaciera ona granice między prawem a moralnością. W literaturze francuskiej wystąpił z tym zarzutem Esmein<sup>1</sup> twierdząc, że omawiana teoria prowadzi do przekształcenia winy moralnej w winę prawną. Według Esmeina uprawniony może dowolnie używać swego prawa; dla braku winy prawnej działanie jego nie zobowiązuje go do naprawienia wyrządzonej szkody. Można mu jedynie zrobić zarzut z punktu widzenia moralności; otóż teoria nadużycia prawa przyjmuje błędnie, że wykonywanie prawa, niezgodne z zasadami moralności, zobowiązuje do odszkodowania<sup>2</sup>.

Josserand w odpowiedzi na te zarzuty twierdzi, że granice między prawem a moralnością są w rzeczywistości niepewne i wątpliwe. Zdaniem Josseranda nie można oddzielać prawa od moralności, ponieważ prawo nie jest niczym innym, jak moralnością społeczną, moralnością w działaniu (*la morale en action*). Moralność wywiera ciągle wpływ na kształtowanie, pogłębianie i udoskonalanie się prawa.

Zdaniem moim kontrargumenty Josseranda<sup>3</sup> są nietrafne. Zagadnienie stosunku moralności do prawa było już omówione we wstępie do niniejszej pracy i dlatego ograniczę się tutaj do wskazania na poprzednie wywody<sup>4</sup>. Moralność jest skierowana ku wewnętrznemu doskonaleniu się człowieka, natomiast celem prawa jest unormowanie ludzkiego zachowania się<sup>5</sup>. Dlatego też zadania prawa i moralności winny być oddzielone.

Zarzuty Esmeina nie są jednak również trafne. Teoria nadużycia prawa nie jest przejawem moralizowania prawa, lecz

<sup>1</sup> W swej uwadze, zamieszczonej do wyroku *Chambre des requêtes* z 29 VI 1897 (S. 1898. I. 17).

<sup>2</sup> Podobne argumenty wysuwał w literaturze niemieckiej Revoldt (*Gruchots Beiträge* t. 24, s. 677).

<sup>3</sup> Pogląd Josseranda odpowiada panującym zatrywaniami nauki francuskiej; nauka francuska podkreśla stale, że prawo ma realizować ideał moralny.

<sup>4</sup> Por. wyżej s. 9.

<sup>5</sup> Por. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, s. 70.

jest konsekwencją samego porządku prawnego<sup>1</sup>. Porządek prawny przyznaje jednostce uprawnienia w tych granicach, w jakich sięga rozumny interes uprawnionego. Dlatego jest rzeczą najzupełniej naturalną, że działający sprzecznie z przeznaczeniem prawa podmiotowego obowiązany jest do naprawienia wyrządzonej szkody.

## 2. Zarzut, że teoria n. p. wywołuje niepewność w obrocie

Dalsze zarzuty, podnoszone przeciwko teorii nadużycia prawa, polegają na tym, że daje ona sędziemu zbyt wielką władzę do rąk, mianowicie nieokreśloną bliżej możliwość oceniania wszelkich praw jednostki<sup>2</sup>. Równocześnie podkreśla się, że przy przyjęciu teorii nadużycia prawa zadanie sędziego jest niezwykle trudne<sup>3</sup>. Sędzia bowiem będzie musiał badać i rozstrzygać w konkretnym przypadku, jaki jest cel prawa podmiotowego, w jakim celu porządek prawny uznaje istnienie prawa własności, władzy rodzicielskiej itp. Wobec tych trudności niektórzy proponują odrzucenie celowościowego kryterium nadużycia prawa i ograniczenie zakresu zastosowania pojęcia nadużycia prawa jedynie do przypadku świadomego działania na szkodę drugiej osoby<sup>4</sup>. Dla lepszego zorientowania się w argumentach pro i contra teorii nadużycia prawa przejdę po kolei wszystkie te zarzuty.

A) Główny zarzut, wysuwany przeciwko teorii nadużycia prawa, streszcza się w twierdzeniu, że otwiera ona pole dla dowolności sędziego, stawiając na miejscu normy prawnej subiektywne poczucie prawne sędziego. Taka wielka władza, przyznana sędziemu, sprowadza ujemne skutki w postaci niepewności w życiu prawnym<sup>5</sup>. Dla odparcia tego zarzutu musimy zastanowić się

<sup>1</sup> Tak samo Huber, Rechtsmissbrauch, s. 53; Wolff, Verbotenes Verhalten, s. 264; Mauczka, Rechtsgrund des Schadensersatzes, s. 187; Rüdý, Rechtsmissbrauch, s. 74.

<sup>2</sup> Tak przede wszystkim Esmein w swej glosie cytowanej na s. 126 uw. 1; Buttin, Usage abusif de droit, s. 180.

<sup>3</sup> Por. Mazeaud, Traité théorique de resp., s. 44.

<sup>4</sup> Por. Ripert, Abus ou relativité, Revue Critique, 1929, s. 33.

<sup>5</sup> W swej rozprawie „Die Flucht in die Generalklauseln—Eine Gefahr für Recht und Staat” wystąpił Hedemann z tezą, że zwyczajki pochodzą klauzul generalnych dobrej wiary lub dobrych obyczajów w prawie cywilnym, handlowym, a nawet i w prawie publicznym, sprowadził cały

nad rolą sędziego w stosowaniu i tworzeniu prawa. Teoria nadużycia prawa łączy się bowiem z bardzo doniosłym zagadnieniem zastosowania prawa w praktyce. W zależności od tego, jaką rolę przyznamy sędziemu w tej dziedzinie, zarzut stawiany omawianej teorii będzie słuszny lub niesłuszny. Gdybyśmy się bowiem przekonali, że całokształt działalności sędziowskiej jest na ogół prosty i nieskomplikowany, natenczas władza, przyznana sędziemu przez teorię nadużycia prawa, będzie się przedstawiać jako władza zupełnie wyjątkowa i dlatego mogąca budzić wątpliwości.

Dwa czynniki regulują w dzisiejszym państwie stosunki prawne społeczeństwa: ustawa i sędzia. Bez pomocy sędziego ustawa nie może spełniać swego zadania, jurysprudencja jest koniecznym uzupełnieniem ustawy<sup>1</sup>.

W okresie panującego w XIX w. indywidualizmu i liberalizmu gospodarczego oraz politycznego było mało miejsca na twórczą działalność sędziego. Ponieważ celem porządku prawnego było zapewnienie swobody jednostki, przeto według panujących wówczas zapatrywań prawa jednostki winny być określane wyłącznie przez przepisy ustawy. Teoria podziału władz Montesquieu, wychodząc z tych założeń, ogranicza rolę sędziego do niewolniczego stosowania przepisów ustawy. Montesquieu (Duch praw, VI księga, s. 73) twierdzi, że wyroki winny być tylko ślepym zastosowaniem określonego przepisu ustawy. Dopiero ewolucja pojęć ekonomicznych i społecznych przynosi zmianę w zapatrywaniach na rolę sędziego.

Jednym z haseł, głoszonych przez nowe prądy w prawie z końcem XIX w. (Gény, Ihering, szkoła socjologiczna, jurys-

szereg ujemnych skutków. Klauzule generalne są dla ustawodawcy i sędziego wygodnym środkiem dla ułatwienia sobie zadania. Zamiast unormować szczegółowo jakąś dziedzinę, ogranicza się ustawodawca do stworzenia bliżej niesprecyzowanej klauzuli generalnej. Opieranie rozstrzygnięć sędziowskich na klauzulach generalnych doprowadza zdaniem Hedemanna do dowolności sędziego, a przez to do niepewności w życiu prawnym.

<sup>1</sup> Myśl ta została wypowiedziana przez Portalisa (Discours préliminaire, por. Fenet, Travaux préparatoires t. I, s. 467—476). Portalis słusznie stwierdza, że kodeksy cywilne ulegają stopniowej ewolucji pod wpływem jurysprudencji. W rzeczywistości zatem nie ustawodawca tworzy kodeks, lecz kodeks powstaje stopniowo z upływem czasu (les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler on ne les fait pas).

prudencja interesów, szkoła wolnego prawa), było żądanie rozszerzenia władzy sędziowskiej, uznanie twórczego charakteru tej działalności i dopuszczenie sędziego do współdziałania w tworzeniu prawa. Pomimo argumentów, wysuwanych przez przeciwników, obawiających się dowolności sędziego, nowe prądy odniosły częściowe zwycięstwo (por. art. 1 prawa szwajcarskiego<sup>1</sup>, wpływ jurysprudencji interesów na orzecznictwo Sądu Rzeszy). Obawy zwolenników metody tradycyjnej przed dowolnością sędziowską okazały się nieusprawiedliwione. Dzięki rozszerzeniu władzy sędziowskiej prawo potrafiło przystosować się do ciągle zmieniających się warunków społecznych i ekonomicznych<sup>2</sup>.

Obecnie zadaniem naszym będzie bliższe sprecyzowanie charakteru działalności sędziowskiej. Ogólnie charakteryzując ją możemy powiedzieć, że polega ona na subsumowaniu stanu faktycznego pod normę prawną. Nie ma ona jednak charakteru ściśle logicznego<sup>3</sup>; rozstrzygnięcie konkretnego przypadku wymaga twórczej działalności sędziego. Sędzia może przy tym napotkać na dwie ewentualności: albo norma prawna znajduje się w ustawie, albo też ustawa zawiera lukę. Ten drugi przypadek przed-

<sup>1</sup> Art. 1 prawa szw. wpłynął na sformułowanie art. 3 przepisów ogólnych polskiego prawa cywilnego (dekret z dnia 12 XI 46), w myśl którego jeżeli ani ustawa, ani prawo zwyczajowe nie daje podstaw do rozstrzygnięcia przypadku, będącego przedmiotem rozpoznania, sąd ustali podstawę rozstrzygnięcia samodzielnie, kierując się interesem społecznym oraz uzasadnionymi interesami stron.

<sup>2</sup> Jednym z najbardziej znanych przykładów na to, jak trudne zadania zostały rozwiązane w tej dziedzinie przez władzę sędziowską, jest działalność Sądu Najwyższego w okresie inflacji, kiedy orzecznictwo uformowało drogę ustawie waloryzacyjnej z 14 V 1924 (tekst jednolity D. U. 1925, poz. 213). Jak to słusznie zaznaczył Isay (Rechtsnorm und Entscheidung, s. 215), działalność sędziowska ma inny charakter w okresie unormowanych stosunków ekonomicznych i społecznych, a inny w okresie częstych zmian i przewrotów. Przed rokiem 1914 swoboda orzecznictwa sędziowskiego była ograniczona. W okresie wielkich przeobrażeń, które potem nastąpiły, możemy stwierdzić wielkie rozszerzenie się imperium sędziowskiego.

<sup>3</sup> Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, s. 377—95. Zbyt daleko idzie Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, s. 60, który uważa wydanie orzeczenia sędziowskiego za czynność zasadniczo alogiczną (irracjonalną). Isay twierdzi, że orzeczenie sędziowskie nie opiera się na normie prawnej, lecz na poczuciu prawnym, i że dopiero potem sędzia kontroluje zgodność swego orzeczenia z normą prawną.

stawia dla sędziego niewątpliwie większe trudności; zadaniem sędziego będzie rozstrzygnięcie tego przypadku przez stworzenie normy prawnej (*Rechtsfindung*; por. art. 1 prawa szw.<sup>1</sup>). Jeżeli norma prawna znajduje się w ustawie, zadanie sędziego będzie polegać na zastosowaniu tej normy do danego stanu faktycznego (*Rechtsanwendung*). Ustawa zawiera jednak ogólne, abstrakcyjne przepisy; zadanie sędziego polega na nadaniu im konkretnej treści.

Po ogólnym scharakteryzowaniu działalności sędziego zastanówmy się nad rolą, wskazaną mu przez teorię nadużycia prawa. Sędzia ma badać w każdym konkretnym przypadku, czy konflikt interesów stron jest zgodny z konfliktem interesów, rozstrzygniętym w ustawie. Skoro konstatuje on nadużycie prawa, natenczas stwierdza, że ocena wzajemnych interesów stron, dokonana in abstracto w ustawie, przyznającej jednostce prawo podmiotowe, in concreto nie może mieć zastosowania. Ustawa daje sędziemu obiektywne kryterium zasad dobrej wiary, jako podstawę dla rozstrzygnięcia. Niewątpliwie bliższe określenie granic dobrej wiary należy do sędziego. Jednakowoż zadanie to nie otwiera pola dla dowolności sędziego. Władza sędziego, przyznana mu przez teorię nadużycia prawa, nie przedstawia się jako wyjątkowa, skoro ustawa daje sędziemu jeszcze więcej swobody w dziedzinie tworzenia normy prawnej w razie luki ustawy.

B) Przejdźmy obecnie do kontrataku przeciwko wrogom teorii nadużycia prawa; w ten sposób jeszcze łatwiej będziemy mogli odeprzeć ich zarzuty. Rozwój historyczny teorii oraz prawo porównawcze wskazują, że sprowadziła ona dodatnie skutki dla rozwoju prawa i poczucia prawnego społeczeństwa. Jak to słusznie podkreśla Josserand<sup>2</sup>, teoria ta jest cennym i potężnym środkiem przystosowania prawa do środowiska, w którym prawo działa.

Przy ocenianiu trafności przepisów prawa cywilnego musimy się zastanowić, jakie skutki psychologiczne w społeczeństwie wyrzuci dany przepis. Nie należy do mego zadania bliższe przedstawianie zasad polityki prawa cywilnego, stworzonej przez Pe-

<sup>1</sup> Por. art. 3 przep. og. polskiego prawa cywilnego.

<sup>2</sup> Esprit, s. 379. Podobnie Lewy, Nadużycie prawa, s. 65, zaznacza, że przeznaczeniem teorii nadużycia prawa jest przystosowanie prawa do ulegających ciągłej zmianie potrzeb życia społecznego.

trażyckiego<sup>1</sup>; wystarczy podanie w tym miejscu głównych zasad polityki prawa cywilnego. Jak to słusznie stwierdził Petrażycki, prawo wywiera silny wpływ psychologiczny na jednostkę i społeczeństwo i w ten sposób oddziałuje ono bezpośrednio lub pośrednio<sup>2</sup> na postępowanie ludzi. Jeżeli się zastanawiamy nad trafnością pewnego przepisu prawnego, musimy zadać sobie pytanie, jakie skutki wywrze on w przyszłości. Skoro stwierdzimy, że skutki przepisu będą dodatnie, wówczas uznamy odnośny przepis za trafny. Otóż przepis, zakazujący nadużycia prawa, może sprowadzić jedynie skutki dodatnie. Instytucja nadużycia prawa ma za zadanie oczyszczenie psychiki ludzkiej od niespołecznych i szkodliwych instynktów, jak nienawiści, chęci szkodenia, złośliwości, bezwzględego egoizmu itp. Zakaz nadużycia prawa ma, jak każdy przepis prawa cywilnego, znaczenie nie tylko represyjne, ale i prewencyjne. Wyobraźmy sobie, że właściciel nieruchomości chce zbudować wysoki mur, by pozbawić sąsiada światła i w ten sposób mu dokuczyć. Wobec istnienia przepisu, zakazującego nadużycia prawa, powstrzyma się od tego działania, albowiem sąsiad mógłby domagać się sądownie zburzenia muru i odszkodowania. Zakaz nadużycia prawa może zapobiec działaniom antyspołecznym i antyeconomicznym i jest dlatego korzystny z punktu widzenia społecznego.

Zasadniczy błąd klasycznej ekonomii liberalnej (Ricardo, A. Smith) polegał na twierdzeniu, że stosunki economiczne układają się zupełnie samorzutnie, niezależnie od wszelkiej interwencji ustawodawcy. W rzeczywistości zjawiska economiczne rozgrywają się w pewnym konkretnym środowisku i są uzależnione od porządku prawnego danego środowiska. Instytucje prawne mają za zadanie popieranie działań pożytecznych z punktu widzenia economicz-

<sup>1</sup> Por. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, II Anhang: Entwurf II, Civilpolitik und politische Oekonomie oraz Aktienwesen und Spekulation.

<sup>2</sup> Bezpośrednie działanie prawa polega na wywoływaniu względnie zwalczaniu motywów działań i zaniechań ludzkich. Norma prawna, w myśl której posiadacz w dobrej wierze jest uprawniony do żądania zwrotu pewnych nakładów, usuwa obawę posiadacza, że może stracić wyłożony kapitał i zachęca go do czynienia takich nakładów.

Pośrednie działanie prawa polega na przekształcaniu psychiki społeczeństwa; racjonalne przepisy prawne są szkołą, rozwijającą w pożądanym kierunku charakter społeczeństwa.

nego oraz przeciwdziałanie działaniom antyeconomicznym. Nie ulega wątpliwości, że nadużycie prawa jest działaniem antyeconomicznym, gdyż nie ma ono na celu ani korzyści jednostki, ani korzyści społeczeństwa. Dlatego zakaz takiego działania jest zjawiskiem dodatnim z punktu widzenia polityki cywilistycznej.

C) Niewątpliwie zakaz nadużycia prawa nie powinien być stosowany zbyt pochopnie przez Sądy. Sędzia będzie mógł tylko wtedy przyjąć, że zachodzi nadużycie prawa, gdy działanie uprawnionego widocznie przekracza granice, określone przez dobrą wiarę i cel prawa<sup>1</sup>. W razie wątpliwości powinien sędzia użyć ochrony prawnej prawu formalnemu. Taki pogląd jest podyktowany względami ostrożności; stosowanie przez sądy zakazu nadużycia prawa w przypadkach wątpliwych spowodowałoby niepewność prawa z jej wszystkimi ujemnymi skutkami.

D) Teoria nadużycia prawa stawia sędzię przed zadaniem niewątpliwie niełatwym. Josserand<sup>2</sup> wskazuje na to, że sędzia wielokrotnie zajmuje się podobnie trudnymi problemami np. przy kwestii oceny dobrej wiary dla nabycia własności od nieuprawnionego. Według Josseranda sędzia dla stwierdzenia nadużycia prawa ma badać przede wszystkim psychikę uprawnionego, motywy, które kierowały uprawnionym przy wykonywaniu prawa. Z takim postawieniem sprawy nie można się zgodzić<sup>3</sup>. Badanie psychologicznych momentów ma niewątpliwie znaczenie dla kwestii odpowiedzialności za szkodę, wywołaną przez nadużycie prawa, w razie rozmyślności lub niedbalstwa w działaniu. Nie należy jednak zapominać o tym, że kryterium nadużycia prawa jest obiektywne. Dlatego zadanie sędziego polegać będzie w pierwszym rzędzie na badaniu wzajemnych interesów stron i celu prawa podmiotowego. Zadaniem sędziego będzie bliższe określenie treści praw podmiotowych, a to stosownie do celu economicznego i przeznaczenia społecznego każdego z tych praw. Natomiast sędzia nie powinien się zapuszczać w szczegółowe badanie psychiki upraw-

<sup>1</sup> Por. art. 2 prawa szwajcarskiego, stawiający wymóg, by nadużycie prawa było widoczne. Słusznie mówi Egger, *Kommentar* s. 74: „Wer sich für sein Verhalten auf klare Bestimmungen von Vertrag oder Gesetz berufen kann, hat die Vermutung für sich, dass er sich in den Schranken des Rechts gehalten habe”.

<sup>2</sup> Esprit, s. 327.

<sup>3</sup> Por. Rüdy, *Rechtsmissbrauch*, s. 39.



nionego. Brèthe<sup>1</sup> zaznacza słusznie, że przy przyjęciu obiektywnego kryterium interesu uprawnionego pozostaje mniej miejsca dla dowolności sędziego, niż przy przyjęciu kryterium psychologicznego.

E) Kryterium celowościowe nadużycia prawa zostało podane surowej krytyce przez Riperta<sup>2</sup>. Zdaniem Riperta otwiera ono pole dla dowolności sędziego i prowadzi do socjalizacji prawa. Nowe kierunki w prawie cywilnym głoszą, że prawa podmiotowe są względne; Ripert natomiast twierdzi z całą stanowczością, że prawa podmiotowe mają charakter absolutny. Jednak robi on ustępstwo na rzecz zasad moralności i przyjmuje odpowiedzialność wykonującego prawo wówczas, gdy celem jego działania było szkodenie drugiemu. Ripert jest zdania, że ocena zgodności postępowania z zasadami moralności nie pozostawia tak dużo miejsca na dowolność sędziego. Natomiast pozwolenie sędziemu na badanie celu i przeznaczenia prawa podmiotowego daje mu zbyt wielką i niebezpieczną władzę.

Zdaje mi się, że dotychczasowe nasze rozważania naprowadziły już dostateczną ilość argumentów, odpierających zarzuty Riperta. Zdaniem moim właśnie badanie psychiki działającego i zgodności pobudek jego działania z zasadami moralności jest zadaniem zupełnie niewykonalnym dla sędziego. Dlatego też pogląd Riperta, opierający się na całkowitym zatarciu granic między prawem a moralnością, jest dla nas nie do przyjęcia.

## ROZDZIAŁ IV

### Zakres teorii nadużycia prawa

#### 1. Pojęcie wykonywania prawa

W poprzednich rozważaniach ustaliliśmy w ogólnych zarysach zakres nadużycia prawa podmiotowego i stwierdziliśmy, że obejmuje ono wykonywanie praw podmiotowych, uznanych i określonych przez ustawę. Założeniem nadużycia prawa jest działanie (względnie zaniechanie) uprawnionego, przedsięwzięte w wyko-

<sup>1</sup> W swej glossie S. 1925. I. 217.

<sup>2</sup> Abus ou relativité des droits (Rev. Critique 1929, s. 53 i n.); La règle morale, s. 178.

naniu formalnie mu przysługującego prawa podmiotowego<sup>1</sup>. W ten sposób uzyskaliśmy podstawę do oddzielenia omawianej teorii od teorii pokrewnych. Pozwoli to nam ustrzec się od błędu, popełnianego często przez naukę francuską, a polegającego na nadmiernym rozszerzaniu teorii nadużycia prawa, co prowadzi do podporządkowania całego szeregu obcych pojęć pod pojęcie nadużycia prawa<sup>2</sup>. Josserand uważa np. czynności działane na szkodę wierzycieli za szczególny przypadek nadużycia prawa, mianowicie za nadużycie prawa dłużnika do swobodnego zarządu własnym majątkiem<sup>3</sup>. W rzeczywistości możliwość zarządzania własnym majątkiem nie jest prawem podmiotowym; teoria nadużycia prawa nie może być teoretyczną podstawą dla wytłumaczenia istoty roszczeń wierzycieli, poszkodowanych przez czynności prawne dłużnika<sup>4</sup>.

Obecnie zadaniem naszym jest bliższe określenie zakresu nadużycia prawa. Chodzi tutaj w pierwszym rzędzie o odpowiedź na pytanie, jakie zachowanie się uprawnionego podpada pod pojęcie wykonywania prawa. Wykonywanie prawa podmiotowego określiliśmy, jako takie zachowanie się uprawnionego, które odpowiada treści prawa<sup>5</sup>. Według przyjętej przez nas teorii Iheringa do treści prawa podmiotowego należą dwa elementy<sup>6</sup>: 1 element

<sup>1</sup> Wykonywanie każdego prawa podmiotowego może stać się nadużyciem prawa. Nieliczne uprawnienia, które mają charakter absolutny według orzecznictwa francuskiego (por. wyżej s. 43 uw. 5), są na tle prawa polskiego uprawnieniami o charakterze względnym. Wykonywanie ich może pociągnąć za sobą wszelkie skutki nadużycia prawa. Zasada, wyrażona w art. 135 i 189 k. z., nie dopuszcza jakichkolwiek wyjątków.

<sup>2</sup> Capitant (Rev. Trim. 1928, s. 375) krytykuje bardzo słusznie pogląd panującej nauki francuskiej: „En résumé, il faut se garder d'élargir à l'excès la notion de droit subjectif; on ne peut pas parler d'abus, que quand il est bien certain que l'on est en présence d'un véritable droit, reconnu par la loi à l'individu, dans ses rapports avec ses semblables”.

<sup>3</sup> Esprit, s. 140.

<sup>4</sup> Na tle prawa polskiego konstrukcja Josseranda jest zresztą nie do przyjęcia wobec 290 k. z., który zezwala wierzycielowi na dochodzenie swych roszczeń także wobec następcy szczególnego osoby, która zawarła czynność z dłużnikiem. Co do różnych zapatrywań na istotę zaskarżenia czynności prawnych dłużnika przez wierzycieli, por. Fiema, O zaskarżaniu czynności dłużnika, s. 32 i n.

<sup>5</sup> Por. wyżej s. 103.

<sup>6</sup> Por. wyżej s. 18.

praktyczny, korzyści i zysku, zapewnionych przez porządek prawny, 2. element formalny ochrony prawnej, czyli możliwości skargi. Stosownie do tego pojęcie wykonywania prawa obejmuje zarówno bezpośrednie korzystanie z prawa (Genuss), jak i dochodzenie prawa sądowe (powództwo) oraz pozasądowe (pomoc własna, wypowiedzenie pozasądowe)<sup>1</sup>. Słowa „wykonywanie prawa” w art. 135 i 189 k. z. należy więc brać w jak najszerszym znaczeniu, obejmującym zarówno bezpośrednie korzystanie z prawa, jak i dochodzenie prawa. Należać tutaj będzie również zrzeczenie się, pozbycie lub obciążenie prawa podmiotowego<sup>2</sup>.

Wywody nasze przedstawiają panujący pogląd nauki na istotę wykonywania prawa podmiotowego. Z kolei musimy się zająć omówieniem teorii Thona<sup>3</sup> o istocie wykonywania prawa; poglądy tej teorii różnią się znacznie od panującego poglądu nauki. Dla należytego zrozumienia teorii Thona musimy przedstawić jej ogólne założenia. Według Thona prawo przedmiotowe jest kompleksem imperatywów (nakazów i zakazów). Tam natomiast, gdzie prawo nie zakazuje i nie nakazuje pewnego zachowania, istnieje sfera wolności, w której jednostka może dowolnie działać. Istota prawa podmiotowego polega jedynie na tym, że porządek prawny zapewnia jednostce ochronę prawną przed naruszeniami ze strony innych osób. Thon twierdzi, że prawo podmiotowe nie jest chronionym interesem, lecz jest samą ochroną interesu<sup>4</sup>. Z definicji Iheringa pozostaje więc u Thona jedynie element formalny (ochrona interesu), natomiast element praktyczny (korzyść, zysk) nie należy do treści prawa. Prawa rzeczowe są zatem według Thona sumą zakazów naruszania tych praw. Według Thona istota prawa własności polega na tym, że porządek prawny zakazuje osobom trzecim naruszania właściciela w faktycznym korzystaniu z rzeczy. Faktyczne korzystanie z rzeczy nie jest wykony-

<sup>1</sup> Por. Ihering, Geist des römischen Rechts t. III 1, s. 345: „Der Begriff der Ausübung des Rechts umfasst nämlich alles das, was der Berechtigte vermöge des Rechts vornehmen darf, dazu gehört aber ausser dem Genuss, auch die Behauptung und Verfolgung des Rechts im Falle seiner Verletzung”.

<sup>2</sup> Por. Tuhr, Allgemeiner Teil II 2, s. 547.

<sup>3</sup> Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, s. 288.

<sup>4</sup> Rechtsnorm und subjektives Recht, s. 218: „Das Recht ist nicht Interesse, das geschützt wird, sondern selbst das Schutzmittel des Interesses”.

waniem prawa, lecz jest zwyczajnym działaniem, przedsięwziętym w granicach wolności, którym to działaniem porządek prawny się nie interesuje, uważając je za res mrae facultatis.

Przeciwko teorii Thona przemawiają następujące argumenty:

a) Idąc za Tuhrem<sup>1</sup>, możemy rozróżnić dwie strony praw rzeczowych: stronę wewnętrzną, tj. bezpośredni stosunek uprawnionego do rzeczy, oraz stronę zewnętrzną, tj. stosunek uprawnionego do innych osób, polegający przy własności na tym, że właściciel wyłącza inne osoby od korzystania z rzeczy<sup>2</sup>. Współczesne kodeksy cywilne wychodzą niewątpliwie z założenia, że treść poszczególnych praw rzeczowych (np. własności w porównaniu ze służebnością) jest określona przez miarę faktycznego korzystania z rzeczy, przysługującą uprawnionemu. Bezpośrednie korzystanie z rzeczy jest rozstrzygające dla określenia treści prawa podmiotowego i wyposażone w cały szereg skutków prawnych (np. kwestia zasiedzenia). Współczesne kodeksy uważają zatem bezpośrednie korzystanie z rzeczy (czyli stronę wewnętrzną praw rzeczowych) za rozstrzygający czynnik dla określenia treści prawa i traktują samą ochronę prawa, jako element wtórny<sup>3</sup>.

b) Teoria Thona jest najzupełniej chybiona dla omawianego przez nas zagadnienia. Nie ma żadnego powodu, by ograniczać pojęcie wykonywania prawa (art. 135 i 189 k. z.) do samego dochodzenia prawa. Na tle prawa pozytywnego polskiego także faktyczne korzystanie z prawa jest wykonywaniem prawa<sup>4</sup>.

Powyższe rozważania potwierdzają nasz pogląd, że wykonywanie prawa (art. 135 i 189 k. z.) obejmuje zarówno korzystanie z prawa, jak i dochodzenie prawa w drodze procesu i egzekucji.

Wykonywanie poszczególnych praw podmiotowych następuje w różny sposób, stosownie do szczególnych właściwości tych praw; może ono polegać na przedsięwzięciu czynności faktycznych lub czynności prawnych. Tuhr<sup>5</sup> rozróżnia następujące możliwości wykonywania:

a) Prawa absolutne (rzeczowe, autorskie, patentowe, rodzinne) wykonywane są przez faktyczne dokonywanie czynności,

<sup>1</sup> Allg. Teil t. I, s. 133.

<sup>2</sup> Por. art. 28 pol. pr. rz.

<sup>3</sup> Tuhr, Allgemeiner Teil t. I, s. 134.

<sup>4</sup> Tak samo dla § 226 k. c. n. Oertmann, Komm. z. Allg. Teil t. I, s. 784.

<sup>5</sup> Allg. Teil t. II 2, s. 545.

odpowiadających treści prawa. Właściciel np. wykonywuje swe prawo własności, postępując dowolnie z rzeczą, pobierając z niej pożytki itd. Uprawniony rzeczowo wykonywuje swe prawo przez dokonanie czynności, odpowiadających treści odnośnego prawa, np. zastawnik przez sądową sprzedaż przedmiotu zastawu. Prawa na dobrach niematerialnych wykonywuje się przez zużytkowanie wynalazków, używanie chronionego określenia itp.

b) Wierzytelności wykonywuje się przez sądowe i pozasądowe żądanie spełnienia świadczenia oraz przez przyjęcie dłużnego świadczenia; wierzytelności, polegające na możliwości korzystania z cudzej rzeczy, wykonywuje się przez faktyczne korzystanie z cudzej rzeczy (np. prawo najemcy przez umowne korzystanie z przedmiotu najmu).

c) Prawa kształtujące wykonywuje się przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli wobec drugiej osoby (wykonanie wyboru, potrącenie, wypowiedzenie itp.)<sup>1</sup>.

## 2. Nadużycie prawa w orzecznictwie zagranicznym

Obecnie zadaniem naszym będzie przedstawienie typowych przypadków nadużycia prawa w praktyce. Materiału do tego dosarczy nam orzecznictwo francuskie, niemieckie i szwajcarskie, przedstawimy jednak tylko te orzeczenia, które są również trafne na tle kodeksu zobowiązań. Przegląd orzecznictwa nie będzie kompletny, gdyż celem jego nie jest omówienie szczegółów zagranicznej praktyki sądowej. Orzecznictwo zagraniczne jest zresztą tak bogate w omawianym zakresie, że podanie wszystkich rozstrzygnięć napotkałoby na wielkie trudności techniczne. Celem przeglądu jest jedynie podanie najważniejszych przykładów zastosowania konstrukcji nadużycia prawa w poszczególnych działach prawa cywilnego. Z zestawienia tego wynika, że omawiana teoria odgrywa w praktyce bardzo doniosłą rolę i stanowi skuteczny środek dla zrealizowania zasad prawa słusznego.

<sup>1</sup> Przegląd ten pozwala nam na stwierdzenie, że nie jest trafny pogląd Zolla (Prawo cywilne t. I, s. 361), jakoby wykonywanie prawa było zawsze tylko faktem. Wierzyciel, który przyjmuje dłużne świadczenie, właściciel, który pozbywa swą nieruchomości, wykonywują swe prawa podmiotowe przez przedsięwzięcie czynności prawnych.

1) Nadużycie praw rzeczowych.

Chodzi tutaj w pierwszym rzędzie o orzecznictwo z zakresu prawa sąsiedzkiego. Najbardziej klasycznym i historycznie najstarszym przypadkiem nadużycia prawa jest wzniesienie jakiegokolwiek budowli na własnym gruncie w tym celu, ażeby pozbawić sąsiada światła i powietrza, ażeby mu zrobić przykrość itp.<sup>1</sup> Należy tutaj cały szereg sławnych przypadków z orzecznictwa francuskiego (przedstawionych już częściowo w niniejszej pracy), gdzie sądy uznały za niedopuszczalne wykonywanie prawa własności w tym celu, by szkodzić sąsiadowi<sup>2</sup>, lub wykonywanie w sposób sprzeczny z przeznaczeniem prawa własności<sup>3</sup>.

Z całego szeregu orzeczeń, dotyczących nadużywania prawa własności, przedstawimy najbardziej znane:

Właściciel nieruchomości zobowiązany jest do naprawienia szkody, wyrządzonej przez roboty ziemne wykonane na swym gruncie, jeżeli roboty te pozbawiły sąsiada wody, a nie przynosiły właścicielowi żadnej korzyści<sup>4</sup>. W jednej ze spraw chodziło o źródło wody Saint-Galmier; właściciel nieruchomości dokonał w ziemi wierceń, które doszły do żyły wody, a uzyskaną w ten sposób wodę odprowadzał do potoku. Chodziło mu więc nie o uzyskanie korzyści osobistej, lecz o uniemożliwienie sąsiadowi pobierania wody mineralnej ze źródła, które biło na jego gruncie.

Dopuszcza się dalej nadużycia prawa właściciel nieruchomości, który najmuje ludzi na to, ażeby urządzali na jego gruncie ogłuszający hałas w czasie, gdy sąsiad urządzał polowanie na swym gruncie. Z całokształtu okoliczności wynikało, że celem takiego zachowania się było wystraszenie zwierzyny i udaremnienie w ten sposób polowania. Dlatego też orzeczenie przyznaje sąsiadowi odszkodowanie<sup>5</sup>. Dalsze orzeczenia dotyczą zagadnienia odpowiedzialności za przeszkadzanie w odbiorze audycji radiofo-

<sup>1</sup> Por. Werner, Rechtsmissbrauch in den Entscheidungen, s. 26. Jest to tak zwany w prawie germańskim „Neidbau”; por. Hager, Schikane, s. 26.

<sup>2</sup> Wyrok Sądu w Colmar z 2 V 1855; por. wyżej s. 39.

<sup>3</sup> Sprawa Clément-Bayard; por. wyżej s. 22.

<sup>4</sup> Wyrok Sądu w Lyonie z 18 IV 1856 (I. P. 1856. 2. 199); dalej Req. 10 VI 1902 (D. P. 1902. I. 454); wreszcie Req. 16 VI 1913 (S. 1914. I. 266); por. także wyżej s. 5 uw. 4.

<sup>5</sup> Wyrok Sądu w Amiens z 17 II 1912 (D. P. 1913. 2. 177) z gloszą Jossieranda.

nicznych<sup>1</sup>. Właściciel kawiarni, który posługuje się zepsutym motorem elektrycznym do wprawiania w ruch patefonu i w ten sposób uniemożliwia sąsiadowi słuchanie radia, jest obowiązany do naprawienia wyrządzonej szkody i do zmiany motoru<sup>2</sup>.

Inne orzeczenie<sup>3</sup> zobowiązuje do naprawienia szkody lekarza, który przez używanie aparatu diatermicznego uniemożliwia radiofoniczne audycje sąsiada, będącego sprzedawcą aparatów radiowych. W konkretnym przypadku lekarz dopuścił się w widoczny sposób niedbalstwa, albowiem zastosowanie niedrogich kondensatorów do aparatu diatermicznego stłumiłoby trzaski i umożliwiłoby audycje sprzedawcy aparatów.

Zagadnienie odpowiedzialności za przeszkadzanie w odbiorze audycji radiofonicznej jest bardzo żywotne i aktualne wobec rozpowszechniania się radia. W praktyce mogą się wyłonić wątpliwości, w jakich przypadkach przeszkadzający w audycji jest odpowiedzialny wobec właściciela aparatu oraz jaka jest istota tej odpowiedzialności. Możemy mieć tutaj do czynienia z dwoma przypadkami: a) przeszkadzający w audycjach przekracza zwykle obowiązki sąsiedzkie (używa np. motoru elektrycznego nieprzepisowego, wywołującego ogromny hałas i stuk); 2) przeszkadzający w audycjach działa pozornie zgodnie z przepisami prawnymi, używa on motoru przepisowego i nie wywołuje hałasu niedozwolonego w zwykłych obowiązkach sąsiedzkich; jednakowoż działanie jego zupełnie niepotrzebnie wyrządza szkodę sąsiadowi, albowiem zastosowanie niedrogich ulepszeń umożliwiłoby czysty odbiór audycji przez sąsiada. Przeszkadzający w odbiorze odpowiada w obu przypadkach, ale o nadużyciu prawa możemy mówić tylko w drugim przypadku (działania pozornie zgodnego z przepisami).

Dalsze przykłady na nadużycie prawa własności są zaczerpnięte z orzecznictwa niemieckiego. Sąd Rzeszy<sup>4</sup> uznaje, że właściciel domu publicznego może być zobowiązany do naprawienia

<sup>1</sup> Por. wyrok Izby Cywilnej z 29 V 1937 (D. H. 1937. 393) i wyrok Trybunału Seine z 14 XI 1933 (S. 1934. 2. 23) oraz rozprawę M. Berthiera, *La lutte juridique contre les perturbations radioélectriques*, 1935.

<sup>2</sup> Wyrok Sądu w Arras z 30 I 1930 (S. 1930. 2. 84), zatwierdzony przez Trybunał w Douai z 1 XII 1930 (Gazette de Tribunaux 24. II. 1931).

<sup>3</sup> Wyrok Sądu w Amiens z 21 X 1932 (S. 1933. 2. 45; D. H. 1933. 123).

<sup>4</sup> RG 57, 239 oraz w zbiorze Warneyera z roku 1908, nr 312.

szkody, wyrządzonej sąsiadom przez sąsiedztwo z domem publicznym. Przyjmuje ono odpowiedzialność właściciela wówczas, gdy miał on świadomość szkodenia swym sąsiadom.

Sprzeczność działania uprawnionego z zasadami dobrej wiary przyjmuje Sąd Rzeszy w następującym przypadku<sup>1</sup>:

Powód sprzedał część swego gruntu przedsiębiorstwu, które miało zbudować na tym miejscu fabrykę. Przy zawieraniu umowy powód zdawał sobie sprawę z tego, że prowadzenie fabryki będzie połączone z szeregiem utrudnień i przykrości dla niego i dlatego policzył odpowiednio wysoko cenę sprzedaży. Kiedy fabryka przeszła w ręce pozwanego, powód występuje przeciwko pozwanemu, jako obecnemu właścicielowi fabryki, ze skargą negatywną (§§ 906 i 1004 k. c. n.) i twierdzi, że oddziaływanie przez parę, kurz, hałas, dym na jego nieruchomość przekracza miarę dozwoloną w stosunkach sąsiedzkich. Sąd Rzeszy uznaje słusznie, że pozwany może się bronić zarzutem nadużycia prawa.

Nadużycie prawa spotykamy także przy wykonywaniu innych praw rzeczowych, jak prawa własności. Dopuszcza się nadużycia prawa ten, kto wykonuje służebność, nie przedstawiającą dla niego żadnego interesu, jeżeli wykonywanie stanowi wielkie utrudnienie dla właściciela nieruchomości służebnej<sup>2</sup>.

2) Nadużycie korzystania z drogi prawa (abus de droit de recourir à des voies de droit).

Orzecznictwo francuskie dostarcza nam całego szeregu przykładów na nadużycie prawa skargi, nadużycie w wyborze środków procesowych oraz egzekucyjnych. Prowadzenie procesu i egzekucji dla szykany lub w sposób lekkomyślny zobowiązuje do naprawienia wyrządzonej szkody (niezależnie od obowiązku zwrotu kosztów sądowych).

Dopuszcza się więc nadużycia prawa powód, który wszczyna cały szereg procesów przeciwko krewnym swej żony jedynie

<sup>1</sup> RG 66, 127.

<sup>2</sup> Orzeczenie, zamieszczone w Schweizerische Juristenzeitung, rocznik 25, strona 312. Rzymska zasada, że uprawniony winien możliwie jak najwięcej oszczędzać interesy właściciela nieruchomości służebnej (civiliter uti; por. fr. 15 § 1 D. 7, 1; fr. 9 D. 8, 1), jest szczegółowym objawem zakazu nadużycia prawa. Za prawem rzymskim idą art. 169 § 1 pol. pr. rz., § 504 k. c. a., § 1020 k. c. n., art. 737 ust. 2 k. c. szw. Por. także art. 188 i 189 pol. pr. rz.



w tym celu, ażeby im dokuczyć<sup>1</sup>; dalej powód, który wszczyna proces jedynie w tym celu, by zrujnować pozwanego przez koszta procesu<sup>2</sup>. Sądy francuskie wypowiadają ogólną zasadę, że nie wolno wszczynać procesu ze złośliwości, z chęci dokuczenia drugiemu lub z rażącego niedbalstwa, stojącego na równi ze złym zamiarem<sup>3</sup>. W orzecznictwie francuskim istniała sprzeczność w poglądach, czy zwykłe niedbalstwo w wytoczeniu procesu zobowiązuje do odszkodowania. *Chambre des Requetes* przyjmowała odpowiedzialność także w przypadku zwykłego niedbalstwa powoda, natomiast *Chambre Civile* uznawała odpowiedzialność tylko w razie stwierdzenia po stronie powoda rażącego niedbalstwa<sup>4</sup>.

Według Sądów francuskich nadużycie prawa zachodzi w przypadku obrony pozwanego, podyktowanej przez złośliwość lub złą wiarę, wobec uzasadnionego w zupełności powództwa, dalej w razie zakładania przez strony środków odwoławczych jedynie dla przewłoki<sup>5</sup>.

W postępowaniu egzekucyjnym dopuszcza się nadużycia prawa wierzyciel, prowadzący egzekucję na nieruchomości, której wartość przewyższa ogromnie wysokość jego pretensji<sup>6</sup>. To samo można powiedzieć o wierzycielu, dokonywującym całego szeregu zajęć wierzytelności w tym celu, by dokuczyć dłużnikowi egzekwowanemu i podkopać jego kredyt<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Req. 26 XII 1893 (D. P. 1895. 1.529).

<sup>2</sup> Orzecznictwo francuskie jest w tym zakresie bardzo bogate. Por. *Chambr. Civ.* z 30 VI 1906 (S. 1910. 1. 12), *Ch. civ.* z 20 XI 1918 (S. 1920. 1. 213), *Req.* z 29 I 1920 (S. 1923. 1. 319).

<sup>3</sup> Tak Sąd Kasacyjny w stałym orzecznictwie (D. P. 1891. 1. 284, D. P. 1907. 1. 293, D. P. 1910. 1. 189, D. P. 1921. 1. 14). Zasada, wypowiedziana przez Izbę Cywilną w wyroku z 14 VIII 1883, brzmi: „L'exercice de droit (d'ester en justice) ne pourrait devenir faute, qu'autant qu'il constituerait un acte de malice et de mauvaise foi, ou au moins un acte d'erreur grossière, équivallente au dol”.

<sup>4</sup> Por. *Demogue*, *Traité des obl.* t. IV, s. 321 i raport radcy *Lepeletiera* z roku 1884 (D. P. 1884. 1. 437).

<sup>5</sup> Por. *Req.* 10 V 1937 (D. P. 1937. 1. 92). Stanowisko to zajmuje również orzecznictwo polskie na tle k. c. a. (por. np. co do swawolnego wniesienia kasacji O. S. P. VII. 17).

<sup>6</sup> Wyrok Sądu w Tuluzie z 13 IV 1905 (D. P. 1906. 2. 105 z gloszą *Josseranda*).

<sup>7</sup> Req. 26 XII 1893 (D. P. 1895. 1. 529).

W tym miejscu rozważymy jeszcze jedno bardzo interesujące zagadnienie, poruszane w literaturze i orzecznictwie niemieckim. Orzecznictwo Sądu Rzeszy<sup>1</sup> uważa, że przeciwko prawomocnemu wyrokowi dopuszczalna jest *exceptio doli*, jeżeli wyrok ten został uzyskany przez stronę w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami<sup>2</sup>.

Sąd Rzeszy uznał *exceptionem* (względnie odpowiadającą jej *actionem*) *doli* za dopuszczalną w następującym przypadku:

Powód uzyskał w sposób podstępny przeciwko pozwanemu wyrok zaoczny, który uprawomocnił się. Działanie podstępne powoda polegało na przedłożeniu sądowi urzędowego poświadczenia, że pozwany przebywa w Afryce, a adres jego bliższy jest nieznany. Na podstawie tego poświadczenia pozew został doręczony pozwanemu drogą ogłoszenia publicznego. Powód wiedział doskonale, gdzie pozwany przebywa, a urzędowe poświadczenie wyłudził podstępnie. Działał on przy tym świadomie na szkodę pozwanego, albowiem zaskarżona pretensja pochodziła z niedozwolonych interesów lichwiarskich. Po uzyskaniu tytułu wykonawczego powód wszczął egzekucję przeciwko pozwanemu. Pozwany wniósł obecnie powództwo o umorzenie egzekucji. Sąd Rzeszy uzraja roszczenie pozwanego za uzasadnione i stwierdza w uzasadnieniu wyroku, że formalna prawomocność wyroku nie przeszkadza w zastosowaniu § 826 k. c. n. Skutki prawomocności wyroku muszą ustać tam, gdzie został on świadomie uzyskany w sposób bezprawny w tym celu, by nadać stempel prawa temu, co nie jest prawem.

Zdaniem moim zapatrywanie orzecznictwa niemieckiego jest również trafne na tle kodeksu zobowiązań<sup>3</sup>. Konstrukcja

<sup>1</sup> Por. RG 75, 213. Sąd Rzeszy mówi w uzasadnieniu: „Das Reichsgericht hat in gleichmässiger Rechtssprechung angenommen, dass grundsätzlich gegenüber einem rechtskräftigen Urteil ein Schadensersatzanspruch mit der Begründung zulässig ist, das Urteil sei von der Gegenpartei vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zu Unrecht erwirkt worden”.

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Rzeszy z 14 IX 1905 (RG 61, 359). Tak samo RG 78, 389; 80, 153, oraz Juristische Wochenschrift 31, 3112. Ostatnie orzeczenia RG 155, 55; 156, 265.

<sup>3</sup> Zaznaczam, że już prawo rzymskie dopuszczało możliwość obalenia prawomocnego wyroku, jeżeli został on uzyskany w sposób podstępny; por. fr. 9 D. de doli exc. 44, 4: „Si procurator rei, pecunia accepta, damnari se passus sit, et cum domino iudicati agatur, tuebitur se doli mali exceptione”. Stan faktyczny przedstawia się tutaj następująco: pełnomocnik po-

nadużycia prawa może stanowić nadzwyczajny środek prawny przeciwko wyrokowi, uzyskanemu w sposób podstępny. Znaczenie praktyczne tego poglądu jest duże, albowiem wznowienie postępowania (art. 443 i następne k. p. c.) jest uzależnione od całego szeregu założeń ustawowych i dlatego może być in concreto niedopuszczalne dla braku tych założeń<sup>1</sup>. Podkreślić jednak należy, że w takich przypadkach jest nakazana szczególna ostrożność, gdyż chodzi o obalenie formalnie prawomocnego wyroku<sup>2</sup>. Nadużycie prawa będzie można przyjąć tylko wówczas, gdy strona działała w sposób rażąco sprzeczny z zasadami dobrej wiary<sup>3</sup>. Jeżeli jednak da się stwierdzić takie zachowanie się strony, wówczas nie może ona opierać się na wyroku, uzyskanym w sposób podstępny i pokrzywdzony będzie mógł dochodzić naprawienia wyrządzonej szkody. Po myśli art. 159 k. z. pokrzywdzony będzie mógł domagać się przywrócenia rzeczy do stanu pierwotnego; dlatego będzie mógł domagać się zaniechania egzekucji i wydania tytułu egzekucyjnego.

### 3) Nadużycie praw rodzinnych.

W zakresie praw rodzinnych Sądy francuskie stosowały konstrukcję nadużycia prawa głównie do praw ojcowskich (*puissance paternelle*) i praw męża (*puissance maritale*). Sądy stosowały tę konstrukcję w celu przekształcenia praw rodzinnych, a to w kierunku podporządkowania interesów uprawnionego interesowi osoby pozostającej pod władzą (zatem dziecka lub pupila). Ojciec

---

zwanego został przekupiony przez powoda i za to dopuścił do przegrania procesu przez pozwanego. Obecnie powód dochodzi wykonania wyroku w drodze *actio iudicati*. Pozwany może skutecznie przeciwstawić powodowi *exceptionem doli*.

<sup>1</sup> Hamburger, *Treu und Glauben im Verkehr*, s. 116.

<sup>2</sup> Z tych względów szereg autorów w literaturze niemieckiej (por. Oertmann, *Arch. f. bürg. Recht* t. 42, s. 1; Wurzer, *Ih. Jahr.* t. 65., s. 335) występuje przeciwko orzecznictwu Sądu Rzeszy. Oertmann twierdzi, że nie można obalić prawomocnego wyroku nawet wówczas, gdy został on uzyskany w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

<sup>3</sup> Nie uzasadnia możliwości powołania się na nadużycie prawa okoliczność, że po prawomocności wyroku zmieniają się zapatrywania prawne i wskutek tego wyrok nie odpowiada już nowym zapatrywaniom. Wierzyciel może egzekwować prawomocny wyrok, uzyskany w sposób uczciwy, chociażby wiedział o tym, że wyrok jest niesłuszny. Nie można więc przeciwstawić egzekwującemu wierzycielowi zarzutu, że sam wierzyciel uważa wyrok za niesłuszny (RG 126, 239).

ma prawo kierowania wychowaniem i nadzoru nad dziećmi, jednakże dopuszcza się nadużycia prawa, skoro używa tego prawa w interesie własnym, a nie w interesie dzieci. Nie może on zatem bez uzasadnionego powodu zakazywać systematycznie dzieciom utrzymywania wszelkich stosunków z dziadkami. Jeżeli zaś ojciec zakazuje tych stosunków z osobistej antypatii, czy zazdrości, sąd może zmusić ojca do udzielenia dziecku zezwolenia na widzenie się z dziadkami w określonych dniach i godzinach<sup>1</sup>. Podobnie mąż nie może używać władzy mężowskiej dla swych egoistycznych celów, lecz jedynie dla ochrony czci i godności rodziny oraz ogniska domowego. Odnosi się to np. do wykonywanego często we Francji prawa męża do kontrolowania listów żony.

#### 4) Nadużycia prawa w dziedzinie zobowiązań.

Dziedzina zobowiązań daje nam może największą ilość przykładów zastosowania w praktyce teorii nadużycia prawa. W tym miejscu podamy najbardziej interesujące i ważne przykłady zastosowania omawianej teorii:

a) Orzecznictwo niemieckie i szwajcarskie zajmowało się interesującym przypadkiem nadużycia prawa, zachodzącym w razie powołania się na brak formy przy zawarciu umowy<sup>2</sup>. Rozwój orzecznictwa w tej sprawie jest bardzo charakterystyczny i ciekawy.

Sąd Rzeszy stał początkowo zdecydowanie na stanowisku, że wobec przepisów ustawy, nakazujących zachowanie pewnej formy pod rygorem nieważności, nie można powoływać się na zasady dobrej wiary względnie dobrych obyczajów<sup>3</sup>. Następne orzeczenia wprowadzają pierwszy wyjątek od tej zasady: powołanie się na nieważność umowy dla braku formy jest niedopuszczalne wówczas, jeżeli powołujący się sam podstępnie spowodował brak tej formy<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Por. Jossierand, *Esprit*, s. 97; orzeczenie Req. 12 II 1894 (D. P. 94. 1. 218).

<sup>2</sup> Omawiane zagadnienie jest przedmiotem bogatej literatury w nauce niemieckiej; por. *Hamburger, Treu und Glauben*, s. 109; *Gadow, Ih. Jahr. t. 48 NF.*, s. 189; *Tasche, Ih. Jahr. t. 54 zweite Folge*, s. 101 i inni.

<sup>3</sup> RG 52, 5; dalej 58, 217; 72, 343. Z uzasadnienia orzeczenia RG 52, 5: „Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen und bleibt dabei stehen, dass Formvorschriften gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagen muss, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos sein würden”.

<sup>4</sup> RG 96, 315 i *Warn.* 1908, nr 38.

Przełomowe znaczenie dla omawianego problemu ma orzeczenie Sądu Rzeszy z dnia 28 XI 1923 (RG 107, 357). Stan faktyczny był tutaj następujący: Powód sprzedał pozwanemu w 1919 r. nieruchomości, jednakże umowa sprzedaży była nieważna, albowiem w akcie notarialnym nie zostały podane wszystkie warunki sprzedaży, jak tego wymaga § 313 k. c. n. W czasie jazdy do notariusza pozwany miał wątpliwości, czy tak sformułowana umowa będzie ważna, na co mu powód, który sam zawodowo zajmował się sprzedażą nieruchomości, oświadczył, żeby był spokojny, ponieważ umowa będzie ważna. Po zawarciu umowy pozwany objął grunt w posiadanie i zapłacił całą cenę kupna, ale powzdanie i wpis jeszcze nie nastąpiły<sup>1</sup>. W r. 1921 wystąpił powód z pozwem, domagając się uznania umowy za nieważną dla braku przepisanej formy, oraz zwrotu nieruchomości, oświadczając gotowość zwrotu ceny kupna, która się w międzyczasie całkowicie zdevaluowała.

Sąd Rzeszy pozwala pozwanemu przeciwstawić *exceptio- nem doli generalis* przeciwko żądaniu powoda, albowiem zachowanie się powoda jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary. Zasady dobrej wiary nie pozwalają na to, aby strona powoływała się na brak formy, jeżeli nieważność umowy sama spowodowała<sup>2</sup>. Na podstawie zastosowania §§ 242, 826 i 249 k. c. n. przysługuje pozwanemu *exceptio doli generalis*; zarzut ten ma w danym przypadku ten skutek, że pozwany może dochodzić wykonania umowy i wobec tego powództwo zostało przez Sąd Rzeszy oddalone. Sąd Rzeszy rozróżnia w swym uzasadnieniu dwie ewentualności zachowania się osoby, powołującej się na brak formy:

1) Osoba, powołująca się na brak formy, działała podstępnie już przy zawarciu umowy. Wprowadziła ona drugą stronę w błąd twierdząc, że forma nie jest potrzebna, a sama z góry nie miała zamiaru wykonania umowy, lecz chciała powołać się później na

<sup>1</sup> Gdyby pozwany został wpisany do księgi wieczystej, to wpis ten miałby znaczenie sanacyjne po myśli § 313 k. c. n. i braki umowy zostałyby w ten sposób usunięte.

<sup>2</sup> W uzasadnieniu swego wyroku mówi Sąd Rzeszy dosłownie: „Es würde in der Tat dem, das Bürgerliche Gesetzbuch durchweg und auf allen Rechtsgebieten als massgebend (vgl. RG Bd. 85, S. 117) beherrschenden, Grundsätze von Treu und Glauben widersprechen, wenn man zuliesse, dass eine Partei sich auf eine Nichtigkeit beruft, die sie selbst durch eine — wenn auch nicht gegen besseres Wissen erfolgte, also nicht arglistige — Täuschung der anderen Partei herbeigeführt hat”.

brak przepisanej formy. Jest to przypadek podstępnego wprowadzenia w błąd drugiej strony przy zawarciu umowy (*dolus praeteritus*); dopuszczalność zarzutu działania sprzecznego z dobrą wiarą nie budzi wątpliwości.

2) Osoba powołująca się na brak formy nie działała podstępnie w chwili zawarcia umowy. Wolała ona, by umowa nie została zawarta w formie prawem przepisanej (z uwagi np. na koszt formalnej umowy), i dlatego oświadczyła drugiej stronie, że zachowanie pewnej formy nie jest potrzebne. W chwili składania tego oświadczenia chciała ona wykonania umowy i dopiero później, kiedy widzi, że umowa jest dla niej niekorzystna, stara się wykorzystać brak formy i powołuje się na nieważność umowy. Sąd Rzeszy przyjmuje w omawianym orzeczeniu, że *exceptio doli generalis* jest uzasadniona także w tym przypadku. Zarzut działania sprzecznego z dobrą wiarą jest uzasadniony także wtedy, gdy działanie sprzeczne z dobrą wiarą zachodzi dopiero w chwili dochodzenia przez powoda uznania nieważności umowy.

Rozwijając zasady, zawarte w powyższym orzeczeniu, przyjmuje stała judykatura Sądu Rzeszy<sup>1</sup>, że *exceptio doli generalis* (zwana również przez Sąd Rzeszy zarzutem niedozwolonego wykonywania prawa)<sup>2</sup> jest dopuszczalna w tych wszystkich przypadkach, w których powołanie się na nieważność nieformalnej umowy jest sprzeczne z zasadami dobrej wiary z uwagi na poprzednie zachowanie się osoby, powołującej się na brak formy.

Sąd Rzeszy rozszerza tę zasadę i uznaje później dopuszczalność omawianego zarzutu nie tylko wówczas, gdy powołujący się spowodował, choćby nieumyślnie, brak formy. W jednym z późniejszych orzeczeń zajmował się Sąd Rzeszy następującym stanem faktycznym<sup>3</sup>:

Powód wydzierżawił pozwanemu przedsiębiorstwo handlowe umową pisemną na okres lat pięciu. W umowie zostało przyznane pozwanemu, jako dzierżawcy, prawo pierwokupu przedsiębiorstwa; pozwany ze swej strony zobowiązał się, że po wygaśnięciu dzierżawy nie będzie prowadził przedsiębiorstwa konkurencyjnego w tej samej miejscowości. Po wygaśnięciu

<sup>1</sup> RG 108, 105; 115, 35; 117, 121; 135, 374; 149, 75.

<sup>2</sup> Einwand (oder Einrede) der unzulässigen Rechtsausübung.

<sup>3</sup> Orzeczenie z 12 II 1936 (RG 153, 59).

dzierżawy pozwany otwiera wbrew umowie przedsiębiorstwo konkurencyjne. Kiedy powód występuje z powództwem o zaprzestanie prowadzenia przedsiębiorstwa, pozwany zarzuca, że umowa była nieważna, ponieważ dla ustanowienia prawa pierwokupu na nieruchomościach wymagana jest według stałego orzecznictwa forma notarialna względnie sądowa (§ 313 k. c. n.).

Sąd Rzeszy uznaje zachowanie się pozwanego za sprzeczne z zasadami dobrej wiary. Sprzeciwia się poczuciu słuszności i przyzwoitości, mówi w uzasadnieniu Sąd Rzeszy, aby pozwany, który czerpał z umowy dzierżawy znaczne korzyści przez czas trwania umowy, obecnie, działając sprzecznie ze swym poprzednim zachowaniem, powoływał się na nieważność umowy.

Od r. 1936 Sąd Rzeszy abstrahuje w swych orzeczeniach od kwestii, czy osoba, powołująca się na nieważność umowy, spowodowała, choćby nieumyślnie, brak formy<sup>1</sup>. Sąd Rzeszy uznaje exceptionem doli za dopuszczalną w tych wszystkich przypadkach, w których powołanie się na nieformalność umowy jest sprzeczne z powszechnym poczuciem prawnym z uwagi na dotychczasowe zachowanie się osoby, dochodzącej nieważności<sup>2</sup>.

Orzecznictwo niemieckie wywarło wpływ na orzecznictwo naszego Sądu Najwyższego, orzekającego na podstawie przepisów k. c. n. W wyroku pełnego kompletu izby V Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 1922 (O. S. P. II. 333) została wypowiedziana zasada, że nie może powoływać się na nieważność aktu prawnego, spowodowanego brakiem przepisanej formy, ten, kto brak ten sam wywołał w zamiarze następnego jego wykorzystania. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 25 maja 1934 (zb.

<sup>1</sup> Por. Tasche op. cit. s. 108: „Seit Ende 1936 gewährt das RG in fester Rechtsprechung die Einrede (bezw. Einwand) der Arglist oder der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit, ohne Rücksicht auf Verschulden oder Veranlassung hinsichtlich Nichtwahrung der Form durch den Vertragsgegner, wenn auch die Formulierung und Begründung bei den einzelnen Senaten verschieden ist”.

<sup>2</sup> Orzeczenia RG 157, 209; Jur. Wochenschr. 1938, 1023 nr 21; RG 169, 65. Ostatnie orzeczenie mówi w uzasadnieniu: „In der Tat ist der Gegeneinwand der allgemeinen Arglist in der neueren Rechtsprechung überall da zugelassen worden, wo die Lossagung vom Verträge nach den Beziehungen der Parteien, insbesondere nach dem bisherigen Verhalten des sich lossagenden Teils, mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar ist”.

urz. poz. 806 ex 1934). W wyroku z dnia 24 maja 1935 (Ruch Prawniczy i Ekonomiczny XV, str. 944) wypowiedział Sąd Najwyższy zasadę, że „strona, która powoduje przeciwnika do zawarcia umowy, z pominięciem przepisanej prawem formy, odpowiada za ujemne skutki w całej pełni, czyli że musi ścierpieć, iż umowa nieważna z powodu braku formy będzie traktowana jako ważna”<sup>1</sup>.

Orzecznictwo szwajcarskie nie idzie tak daleko, jak Sąd Rzeszy, i przyjmuje dopuszczalność *exceptionis doli generalis* tylko w przypadkach wprowadzenia drugiej strony w błąd co do potrzeby zachowania formy i spowodowania jej w ten sposób do zawarcia umowy nieformalnej<sup>2</sup>. Zajmuje się ono dalej kwestią znaczenia wpisu nieformalnej umowy o sprzedaż nieruchomości do ksiąg wieczystych. W prawie szwajcarskim nie ma przepisu, odpowiadającego § 313 k. c. n., według którego wpis sanuje brak formy. Jednak orzecznictwo<sup>3</sup> uważa, że skoro wpis nastąpił, odpadł ochronny cel wymogu formy i dlatego żądanie sprzedawcy wydania z powrotem gruntu (sprzedanego nieformalną umową) jest po dokonaniu wpisu nadużyciem prawa. Orzecznictwo szwajcarskie dochodzi więc drogą okrężną art. 2 k. c. szw. do wyniku, odpowiadającego przepisowi § 313 k. c. n.<sup>4</sup>

Musimy obecnie zastanowić się nad tym, czy powyżej przedstawione stanowisko Sądu Rzeszy jest słuszne. Należy przede wszystkim przyjąć jako ogólną zasadę, że przepisy ustawy, nakazujące zachowanie pewnej formy, nie mogą być obchodzone przez powoływanie się na nadużycie prawa. Gdy ustawa uzależnia powstanie skutków czynności prawnej od zachowania pewnej formy, wówczas powołanie się na brak tej formy nie jest zasadniczo sprzeczne z zasadami dobrej wiary<sup>5</sup>. W razie przyjęcia przeciwnego

<sup>1</sup> Por. Górski, Przygotowanie umowy, s. 114.

<sup>2</sup> Por. EBG 49 II 54; z literatury Egger, Kommentar t. I, s. 75.

<sup>3</sup> Por. EBG 43 II 24; 50 II 148; 43 II 166.

<sup>4</sup> Zaznaczyć należy, że art. 19 pol. pr. rz. uznaje w pewnym zakresie sanujące znaczenie wpisu do księgi wieczystej.

<sup>5</sup> Por. Staudinger, Kommentar II 1, s. 36, Komentarz Radców Rzeszy t. I, s. 248; orzeczenia Sądu Rzeszy RG 52, 5; 58, 217; 55, 372; 73, 209; 77, 277; orzeczenia Trybunału Związkowego szwajcarskiego 52 II 331; 53 II 165; 42 II 154; 40 II 322.



zapatrywania przepisy, nakazujące zachowania pewnej formy pod rygorem nieważności, straciłyby prawie całkowicie swe praktyczne znaczenie.

Zarzut nadużycia prawa jest więc niedopuszczalny w przypadku, gdy obie strony wiedziały o konieczności zachowania pewnej formy; oświadczenie jednej ze stron, że z braku formy nie będzie korzystać, nie pozbawia jej możliwości późniejszego powołania się na nieważność umowy<sup>1</sup>. Zarzut nadużycia prawa jest niedopuszczalny również w przypadku, gdy obie strony wyobrażały sobie mylnie, że zachowanie pewnej formy nie jest konieczne. We wszystkich tych przypadkach każda ze stron może się powołać na brak formy. Zachodzi pytanie, czy istnieją wyjątki od tej ogólnej zasady. Zarzut nadużycia prawa jest z pewnością uzasadniony wówczas, gdy jedna strona wprowadziła świadomie drugą stronę w błąd, że zachowanie pewnej formy jest zbędne, a to w tym celu, by później powołać się na brak formy. Zastrzeżenia może budzić pogląd Sądu Rzeszy, według którego nie jest wymagany zły zamiar strony, powołującej się na brak formy. Moim zdaniem należy uznać ten pogląd Sądu Rzeszy za słuszny na tle prawa polskiego. Z art. 135 i 189 k. z. wynika, że nadużycie prawa zachodzi nie tylko w przypadku złego zamiaru uprawnionego, ale także w razie niedbalstwa po jego stronie. Jeżeli powołujący się na brak formy wywołał rozmyślnie lub przez niedbalstwo u drugiej strony mylne wyobrażenie, że forma nie jest konieczna potrzebna dla ważności umowy, strona wprowadzona w błąd może mu skutecznie przeciwstawić zarzut nadużycia prawa (art. 135 i 189 k. z.).

Natomiast nie mogę się zgodzić z dalszą ewolucją poglądów Sądu Rzeszy, który abstrahuje od wymogu zawinionego spowodowania błędu drugiej strony i uznaje dopuszczalność exceptionis doli w tych wszystkich przypadkach, gdy powołanie się na nieważność umowy jest sprzeczne z dotychczasowym zachowaniem się danej osoby. Pogląd taki jest sprzeczny z art. 135 k. z., który wymaga winy działającego, a przyjęcie takiego poglądu prowadziłoby do obchodzenia — przez powołanie się na zasady dobrej wiary — w większości przypadków przepisów o konieczności zachowania pewnej formy.

<sup>1</sup> Hamburger, Treu und Glauben, s. 109.

Dochodzimy więc do ostatecznego wniosku, że na tle prawa polskiego zarzut nadużycia prawa jest uzasadniony w tych wszystkich przypadkach, gdy jeden z kontrahentów rozmyślnie lub przez niedbalstwo wywołał u drugiej strony mylne wyobrażenie, że zachowanie pewnej formy nie jest konieczne. Na podstawie zastosowania art. 135, 189 oraz 159 k. z. (restrycja naturalna) będziemy traktować umowę nieważną dla braku formy tak, jak gdyby była ona ważna<sup>1</sup>.

Strona, która rozmyślnie lub przez niedbalstwo wprowadziła swego kontrahenta w błąd, że forma nie jest wymagana do ważności umowy, dopuszcza się winy przy zawarciu umowy (*culpa in contrahendo*). Szczegółowe omówienie zagadnienia istoty winy przy zawarciu umowy wykracza poza zakres naszej pracy; dla naszych rozważań wystarczy przedstawienie dwóch różnych poglądów na naturę odpowiedzialności za *culpa in contrahendo*<sup>2</sup>. Według jednego z nich ma ona charakter umowny, według drugiego ma charakter deliktualny<sup>3</sup>. W razie przyjęcia pierwszego zapatrywania należy stosować do omawianego przez nas zagadnienia art. 189 k. z.; w razie przyjęcia drugiego zapatrywania należy stosować art. 135 k. z. Pierwszy Ihering w swej znanej rozprawie: „Schadensersatz bei Nichtigkeit des Vertrages” (Ih. Jahr. t. 4, s. 1) stworzył teorię, że odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* ma charakter umowny. Konstrukcja jego była podyktowana stanowiskiem prawa rzymskiego, które dopuszczało roszczenia *ex delicto* jedynie w przypadkach, wyliczonych w *lex Aquilia*, a poza tym tylko w razie podstępu wyrządzającego szkodę (*actio doli*). Nie zapewniało ono roszczenia *ex delicto* w przypadkach niedbalstwa przy zawarciu nieważnej umowy i dlatego Ihering stworzył konstrukcję, według której jeszcze przed definitywnym zawarciem umowy istnieją między stronami, na podstawie zasad dobrej wiary, obowiązki do dołożenia staranności, a naruszenie

<sup>1</sup> Górski, s. 115, stoi na stanowisku, że w tych przypadkach strona pokrzywdzona będzie mogła mieć tylko roszczenie odszkodowawcze w granicach negatywnego interesu umownego, albowiem umowa jest nieważna. Względy słuszności przemawiają jednak za tym, że powołanie się na brak formy jest w ogóle pozbawione skutków prawnych i wobec tego umowa powinna być traktowana jako ważna.

<sup>2</sup> Por. co do tego zagadnienia Górski, op. cit. s. 76 i n.

<sup>3</sup> Por. Tuhr, Allgemeiner Teil II 2, s. 463.

tych obowiązków uzasadnia roszczenie odszkodowawcze. Także na tle prawa niemieckiego konstrukcja umowna została stworzona celem znalezienia należytej podstawy dla uzasadnienia roszczeń odszkodowawczych za zawinione zachowanie się stron w okresie rokowań<sup>1</sup>. Na tle prawa polskiego (art. 54, 57, 101, 134 k. z.) byłbym raczej zwolennikiem poglądu, że odpowiedzialność ta ma charakter deliktualny<sup>2</sup>.

b) Mówiliśmy już powyżej o przypadku zastosowania konstrukcji nadużycia prawa w razie powołania się na zarzut przedawnienia. Zasady, ustalone przez orzecznictwo Sądu Rzeszy, należy przyjąć również na tle prawa polskiego. Dłużnik, podnosząc zarzut przedawnienia, wykonuje swe prawo podmiotowe; wykonanie tego prawa jest pozbawione skutków prawnych, jeżeli pozostaje ono w sprzeczności z dotychczasowym zachowaniem się dłużnika. Dłużnik, który swym poprzednim zachowaniem wstrzymał wierzyciela od wniesienia pozwu, a następnie podnosi zarzut przedawnienia, działa sprzecznie z zasadami dobrej wiary.

c) Dalszym przykładem na zastosowanie konstrukcji nadużycia prawa do części ogólnej zobowiązań jest ograniczenie zakazu potrącenia. Według § 394 k. c. n. nie można potrącać z wierzytelnościami, które nie ulegają zajęciu. Sąd Rzeszy<sup>3</sup> uznał, że zakaz potrącenia nie może być zastosowany w przypadku, gdy pracownik, wykorzystując stosunek pracy, wyrządził szkodę pracodawcy przez rozmyślne, bezprawne i karalne działanie (kradzież, sprzeniewierzenie itp.). Pracodawca potrącił sobie w danym przypadku własną wierzytelność z tytułu wyrządzonej szkody z wzajemną wierzytelnością pracownika o wynagrodzenie. Pracownik występuje obecnie ze swym roszczeniem o wynagrodzenie za pracę i powołuje się na

<sup>1</sup> Por. Górski, op. cit. s. 24.

<sup>2</sup> Tak Górski, op. cit. s. 104. Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 21 IV 1938, Nowa Palestra, nr 7—8/1938, przyjmujące, że odpowiedzialność za culpa in contrahendo przy umowie bezskutecznej ma charakter deliktualny (art. 134 k. z.), ale ograniczające tę odpowiedzialność, m. zd. niesłusznie, jedynie do przypadku działania rozmyślnego.

<sup>3</sup> Wyrok z dnia 26 V 1914 (RG 85, 108); tak samo Jur. Wochenschr. 1929, s. 103, nr 9 oraz RG 135, 1.

zakaz potrącania swego wynagrodzenia z roszczeniami odszkodowawczymi pracodawcy. Takie zachowanie się pracownika jest zdaniem Sądu Rzeszy sprzeczne z dobrą wiarą i dlatego pracodawca może przeciwstawić exceptionem doli przeciwko roszczeniu pracownika.

Orzeczenie to jest zdaniem moim trafne również na tle kod. zob. Zasady dobrej wiary w wykonywaniu praw panują w całym prawie cywilnym; przepisy iuris cogentis (jakim jest niewątpliwie art. 259 p. 3 k. z.) muszą im również ustąpić<sup>1</sup>. Pracodawca nie może wprawdzie przeciwstawić roszczeniu pracownika zarzutu kompensaty (bo zabrania mu tego art. 259 p. 3 k. z.), lecz może mu skutecznie przeciwstawić zarzut nadużycia prawa.

d) Z dziedziny części szczegółowej zobowiązań podamy przykładowo zasady, odnoszące się do wykonywania wzajemnych praw wynajmującego i najemcy. Kodeks zobowiązań określa wprawdzie wzajemne prawa i obowiązki wynajmującego i najemcy w art. 373 do 388 k. z., jednakże zasady dobrej wiary uzupełniają, względnie modyfikują, obowiązek wzajemnych świadczeń.

I tak najemcy nie wolno używać swego prawa korzystania z rzeczy w ten sposób, żeby przeszkadzał wynajmującemu np. w oglądaniu mieszkania (ewentualnie pokazaniu mieszkania osobom, chcącym kupić dom). Z drugiej strony wynajmujący musi mieć na względzie wzajemne interesy najemcy; nie może on zatem żądać od najemcy, by ten pozwalał przez sześć

<sup>1</sup> Hamburger, Treu und Glauben, s. 112; Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, s. 352.

Na tle k. c. n. wyrok Sądu Rzeszy ma jeszcze to dalsze uzasadnienie, że po myśli § 393 k. c. n. wierzytelność z tytułu naprawienia szkody, wyrządzonej rozmyślnie deliktem cywilnym, nie może być wbrew woli wierzyciela umorzona przez potrącenie ze strony dłużnika. Sąd Rzeszy miał do czynienia zatem z dwiema uprzywilejowanymi wierzytelnościami (z jednej strony wierzytelność z tytułu pracy, z drugiej strony wierzytelność z tytułu naprawienia szkody, wyrządzonej rozmyślnie czynem niedozwolonym). Dla uzasadnienia wyroku Sądu Rzeszy można powołać się na to, że dwa przywileje znoszą się wzajemnie. Art. 259 ust. 1 k. z. ogranicza zakaz potrącenia tylko do wierzytelności, dotyczących rzeczy samowolnie zabranych, jest więc wężiej sformułowany od § 393 k. c. n. Dla uzasadnienia przedstawionego w tekście zapatrywania wystarczy jednak powołanie się na przepis art. 189 k. z.

godzin dziennie na oglądanie mieszkania przez osoby, chcące nająć mieszkanie<sup>1</sup>.

Wynajmujący nie może wykonać swego prawa odstąpienia od umowy najmu w razie zalegania przez najemcę z zapłatą czynszu za dwa okresy płatności (art. 388 k. z.), jeżeli sam wynajmujący ponosi winę tego, że najemca popadł w zaległość czynszową<sup>2</sup>.

## ✓ ZAKOŃCZENIE

Praca niniejsza była niemal całkowicie złożona, kiedy zostały ogłoszone przepisy ogólne prawa cywilnego<sup>3</sup>. Art. 5 tych przepisów stanowi dosłownie:

„§ 1. Prawa prywatne winny być wykonywane zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający ich celowi społecznemu i wymaganiom dobrej wiary.

§ 2. Działania sprzeczne z powyższym przepisem nie mogą być uważane za wykonywanie prawa i nie korzystają z ochrony”.

Dotychczasowe rozważania pozwalają nam na przeprowadzenie następującej analizy art. 5 przep. og.:

1) Art. 5 przep. og. jest wzorowany częściowo na art. 2 prawa szwajcarskiego. Twórcy art. 5 przep. og. stanęli na stanowisku, że zagadnienie nadużycia prawa podmiotowego należy systematycznie do części ogólnej prawa cywilnego i że daje ono odpowiedź na pytanie, jakie są granice wykonywania praw podmiotowych<sup>4</sup>. Podobnie jak ustawodawca szwajcarski określili oni najpierw w § 1, w jaki sposób prawa prywatne winny być wyko-

<sup>1</sup> Por. RG 106, 272; Werner, Der Rechtsmissbrauch, s. 41.

<sup>2</sup> Por. Werner, Der Rechtsmissbrauch, s. 41.

<sup>3</sup> Dekret z dnia 12 XI 1946 r., D. U. nr 67, poz. 36<sup>o</sup>; por. wyżej s. 52 uw. 1 i s. 129 uw. 1.

<sup>4</sup> Por. wywody Wasilkowskiego, D. P. P. 1946 r. nr 9—10, s. 21: „Punktem wyjścia teorii nadużycia prawa jest kolizja między działaniem, objętym formalnie treścią prawa podmiotowego, a interesem prywatnym innej osoby, głównym zaś celem określenie przesłanek, które uzasadniają obowiązek naprawienia szkody, wyrządzonej przez takie działanie”.

nywane, a następnie stwierdzili w § 2, że działania sprzeczne z zasadą § 1 nie mogą być uważane za wykonywanie prawa i nie korzystają z ochrony.

2) Kryterium nadużycia prawa w art. 5 przep. og. jest obiektywne<sup>1</sup>. Według art. 5 nadużycie prawa zachodzi w tych wszystkich przypadkach, w których uprawniony korzysta z prawa w sposób sprzeczny z celem społecznym danego prawa lub z wymaganiami dobrej wiary. Istnieje pewna różnica w sformułowaniu między art. 5 przep. og. a art. 135 k. z. Podczas gdy art. 135 k. z. mówi o działaniu sprzecznym z celem, ze względu na który prawo podmiotowe służy uprawnionemu, to art. 5 przep. og. mówi o działaniu sprzecznym z celem społecznym prawa podmiotowego. Różnica nie jest zasadnicza, lecz jedynie werbalna. Obydwa przepisy przyjmują kryterium celowościowe nadużycia prawa. Wychodzą one z założenia, że każde prawo podmiotowe ma do wypełnienia swe zadania i że działanie sprzeczne z przeznaczeniem danego prawa stanowi nadużycie prawa. W praktyce każde działanie sprzeczne z art. 135 k. z. będzie sprzeczne z art. 5 przep. og. i odwrotnie.

Zarówno art. 135 k. z., jak i art. 5 przep. og., przyjmują jako drugie kryterium nadużycia prawa sprzeczność działania z wymaganiami dobrej wiary.

3) Przyjęta przeze mnie teoria wewnętrzna nadużycia prawa jest zgodna z art. 5 przep. og. Z § 2 tego artykułu wynika zupełnie niewątpliwie, że działania, stanowiące nadużycie prawa, nie mogą być uważane za wykonywanie prawa. Nadużycie prawa jest w prawie polskim działaniem bezprawnym, bo sprzecznym z treścią prawa podmiotowego.

4) Art. 5 przep. og. ogranicza się co do skutków nadużycia prawa jedynie do stwierdzenia, że nadużycie prawa nie korzysta z ochrony prawnej. Skutki nadużycia prawa będą różne w każdym poszczególnym przypadku; skutki te przedstawiłem szczegółowo powyżej (s. 116) i dlatego ograniczam się do wskazania na poprzednie wywody.

Jak wynika z tej krótkiej analizy, przepis art. 5 przep. og. harmonizuje na ogół z dotychczasowymi przepisami prawa po-

<sup>1</sup> Określenie nadużycia prawa, podane przeze mnie (s. 60), jest więc poprawne również na tle art. 5 przep. og.

zytywnego polskiego, zajmującymi się nadużyciem prawa, w szczególności z art. 135 k. z. Przyjęta przeze mnie konstrukcja nadużycia prawa mieści się w ramach art. 5 przep. og., zarówno jeżeli chodzi o przesłanki teoretyczne, jak i o konsekwencje praktyczne.

## L I T E R A T U R A

### Polska

- Balken-Neuman, Zobowiązania, 1934.
- ✓ Bossowski, Uwagi nad teorią nadużycia prawa i szykany, G. S. W., 1938.
- Domański, Instytucje kodeksu zobowiązań, 1936.
- Fiema, Zaskarżanie czynności dłużnika, 1937.
- ✓ Grzybowski, Ochrona osobistości, 1933.
- ✓ — Prawa podmiotowe (Odbitka z Enckl. Pr. Pr. Z. XXIV), 1937.
- ✓ — Prawa osobistości (Odbitka z Enckl. Pr. Pr. Z. XXI), 1937.
- Górski, Przygotowanie umowy w świetle kod. zob., 1938.
- Jaworski, Szkada zrządzona wykonywaniem swego prawa na nieruchomościach, Ekonomista Polski, 1892.
- Korzonek-Rosenblüth, Kodeks zobowiązań, 1934.
- Koschembar-Łyskowski, Quelques dispositions générales d'un projet, Rev. Trim. 1928, s. 552.
- Przepisy ustawy a prawo w prawie cywilnym, Rocznik Prawniczy Wileński, 1935, s. 1.
- Krzywicki, Wina i ryzyko jako podstawy odpowiedzialności, 1931.
- Lewy, O nadużyciach prawa wedle jurysprudencki francuskiej, Dz. urz. Min. Spr., 1921.
- ✓ — Nadużycie prawa, 1938.
- Longschamps, Zobowiązania, 1934.
- Niedozwolone czyny, Enc. Pr. Pr. Z. XVII.
- Peiper, Kodeks zobowiązań, 1934.
- Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, 1892.
- O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego, 1905.
- O pobudkach postępowania i istocie moralności i prawa, 1905.
- Aktienwesen und Spekulation, 1906.
- Wstęp do nauki prawa i moralności, 1929.
- ✓ Piętka, Słuszność w teorii i praktyce, 1929.
- Ritterman, Komentarz do ustawy o prawie autorskim, 1937.
- Rosmarin, Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw, 1938.
- Rundstein, W poszukiwaniu prawa cywilnego, 1939.
- Steinberg, Prawo sąsiedzkie, Cz. Pr. i Ek. 1933.
- Till, Prawo prywatne austriackie, 1911.

- ✓ Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań, Komisja Kodyf., 1936.
- ✓ Waśkowski, Teoria wykładni prawa cywilnego, 1936.
- Wróblewski, Zur Lehre von der Kollision der Rechte, 1894.
  - Powszechny austriacki kodeks cywilny, 1914—1918.
  - Zarys prawa rzymskiego, 1916.
- ✓ Zajkowski, Wstęp do badań nad pojęciem interesu, 1935.
- Zoll, Prawo cywilne t. I, 1931.

## Francuska

### Dzieła ogólne

- Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1927.
- Demogue, Notions fondamentales du droit privé, 1911.
- Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1920.
  - Traité de droit constitutionnel, 1927.
- Gény, Méthode d'interprétation, 3 wyd., 1932.
  - Science et technique en droit privé positif, 1922.
  - Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, Rev. Trim. 1923, s. 797.
- Picard, Le droit pur, 1919.

### Systemy

- Aubry-Rau, Cours de droit civil français, 5 wyd. przez Bartin t. VI, 1920.
- Baudry-Lacantinerie i Barde, Traité des obligations, 2 wyd., t. III, 1908.
- Beudant, Cours de droit civil français t. IV, 1924.
- Bonnetant, Supplément au Traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie t. III, 1926.
- Colin-Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, wyd. 7., t. I—III, 1931.
- Demogue, Traité des obligations en général t. IV, 1924.
- Gaudemet, Traité des obligations, 1937.
- Hauriou, Précis élémentaire de droit administratif, 1927.
- Hémard, Précis élémentaire de droit civil, t. I—III, 1928.
- Josserand, Cours de droit civil positif français, t. I—III, wyd. 3, 1937.
- Niboyet, Manuel de droit international privé, 1928.
- Planiol-Ripert, Traité élémentaire, t. I—III wyd. 11, 1932.
  - Traité pratique de droit civil français, t. VI, 1930.
- Saleilles, Théorie générale de l'obligation, wyd. 2, 1922.

### Rozprawy i monografie

- Appleton, Exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain, Rev. Int. de l'Enseignement, 1924.
- Campion, La théorie de l'abus des droits, 1925.



- Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. Trim. 1928, s. 365.  
 Cézair Bru i Morin, La faute, le risque et l'abus de droit, Annales de l'Université d'Aix, 1906.  
 Charmont, L'abus de droit, Rev. Trim. 1902, s. 113.  
 Cornil, Le droit privé, 1924.  
 Dessertaux, Abus de droit et conflits de droits, Rev. Trim. 1906, s. 119.  
 Gény, Risques et responsabilité, Rev. Trim. 1902, s. 821.  
 Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, 1927.  
 — De l'abus des droits, 1905.  
 — Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, 1928.  
 — Sur la relativité des droits, Int. Zeit. f. Theorie des Rechts, 1927, s. 143.  
 — Évolutions et actualités, conférences de droit civil, 1936.  
 Lalou, La responsabilité civile, 2 wyd., 1932.  
 Levy, La vision socialiste du droit, 1925.  
 H. i L. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 2 wyd., 1935.  
 Marson, Abus des droits en matière contractuelle, 1930.  
 Morin, L'abus de droit, Rev. de Métaphysique et Morale, 1929, s. 267.  
 Perreau, Origines et développement de la théorie de l'abus du droit, Rev. Générale de Droit, 1913, s. 4.  
 Popesco, Le silence créateur des obl., Rev. Trim. 1930, s. 1007.  
 Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 1927.  
 — Abus ou relativité des droits, Rev. Critique de Législation, 1929, s. 33.  
 — Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1936.  
 Saleilles, De l'abus du droit, Bulletin de la Société d'Études Législatives, 1905.  
 Savatier, Règles générales de la responsabilité civile, Rev. Critique, 1934.

#### Rozprawy doktorskie

- Bosc, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, Montpellier, 1901.  
 Buttin, Exercice abusif du droit, Grenoble, 1904.  
 Desbois, La notion de la fraude à la loi, Paris, 1927.  
 Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, Paris, 1910.  
 Laparre, La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir, Paris, 1913.  
 Markowitsch, La théorie de l'abus de droit, Lyon, 1937.  
 Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit, Neuchâtel, 1920.  
 Porcherot, De l'abus de droit, Dijon, 1901.  
 Radulesco, Abus des droits en matière contractuelle, Paris, 1935.  
 Reynaud, La théorie de l'abus de droit, Paris, 1903.  
 Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, Lyon, 1911.  
 Salanson, De l'abus du droit, Paris, 1903.  
 Savatier, Des effets et la sanction du devoir moral, Poitiers, 1916.  
 Sultan, La théorie de l'abus de droit, Alger, 1926.

## Niemiecka i austriacka

## Dzieła ogólne

- Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.  
 Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907.  
 Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, 1914, 1930, 1935.  
 — Die Flucht in die Generalklauseln, 1933.  
 Ihering, Zweck im Recht, 8 wyd., 1925.  
 — Geist des römischen Rechts, 6 i 7 wyd., 1923.  
 — Passive Wirkungen der Rechte, Ih. Jahr. t. X, s. 242.  
 Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.  
 Jung, Positivismus, Freirechtsschule und neue Rechtsquellen, Arch. f. zivil. Praxis, Neue Folge, 23 Band.  
 F. Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, 1922.  
 E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1920.  
 Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923.  
 — Allgemeine Staatslehre, 1925.  
 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, 1935.  
 Müller-Erbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz, 1932.  
 Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931.  
 Somló, Juristische Grundlehre, 2 wyd., 1927.  
 Stammler, Wirtschaft und Recht, 2 wyd., 1920.  
 — Die Lehre vom richtigen Rechte, 2 wyd., 1926.  
 — Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.  
 — Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3 wyd., 1928.  
 Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.  
 Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1921.  
 Wolff, Verbotenes Verhalten, 1923.

## Rozprawy i monografie

- Brenner, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, 1926.  
 Gadow, Die Einrede der Arglist, Ih. Jahr. 1934, s. 174.  
 Hamburger, Treu und Glauben im Verkehre, 1932.  
 Hager, Schikane und Rechtsmissbrauch, 1913.  
 Ihering, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers, Ih. Jahr. t. VI, s. 81.  
 — Schadensersatz bei Nichtigkeit des Vertrages, Ih. Jahr. t. IV, s. 1.  
 Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896.  
 Ostendorff, Der Rechtsmissbrauch, 1933.  
 Ramdohr, Rechtsmissbrauch, Gruch. Beiträge t. 46, s. 77.  
 Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des schw. Zivil., Festgabe für Stammler, 1926, s. 281.  
 Riezler, Venire contra factum proprium, 1912.

- Riezler, Berufung auf eigenes Unrecht, *Ih. Jahr.* t. 53, s. 117.  
 — Rechtsmissbrauch und Schikane (*Rechts. Handwörterbuch* t. VI).  
 Rüdy, *Der Rechtsmissbrauch*, 1934.  
 Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, 1934.  
 — *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, 1935.  
 Schneider, *Treu und Glauben*, 1902.  
 Werner, *Der Rechtsmissbrauch in den Entscheidungen des Reichsgerichts*, 1936.  
 Wendt, *Die exceptio doli generalis*, *Arch. f. zivil. Praxis* t. 100, s. 1.

### Systemy i komentarze

- Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1928.  
 Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1900.  
 Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs*, 1905—1915.  
 Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I  
 1, 1925, t. II 1, 1928.  
 Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, 1931.  
 Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1932.  
 Endemann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* t. I, 1903.  
 Gierke, *Deutsches Privatrecht* t. I, 1895, t. III, 1917.  
 Heck, *Grundriss des Schuldrechts*, 1929.  
 — *Grundriss des Sachenrechts*, 1930.  
 Klang, *Kommentar zum allg. bürgerl. Gesetzbuch*, t. IV, 1935.  
 Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* t. I, 1906, t. II, 1919.  
 Lehmann, *Allgemeiner Teil*, 1932.  
 Mezger, *Deutsches Strafrecht*, 1932.  
 Oertmann, *Allgemeiner Teil*, 1932; *Das Recht der Schuldverhältnisse*,  
 1929.  
 Planck, *Kommentar zum BGB*, 5 wyd., 1925.  
 Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 9 wydanie, 1926/1930.  
*Kommentar von Reichsgerichtsräten*, 1939.  
 Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 1906.  
 Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1914—1918.

### Szwajcarska

- Corroi, *La théorie de l'abus du droit*, 1910.  
 Egger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch* t. I, 1930.  
 Gmür, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 1919—1932.  
 Hafter, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2 wyd., 1919.  
 K. Huber, *Über den Rechtsmissbrauch*, 1909.  
 E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2 wyd., 1925.  
 A. Martin, *L'abus du droit*, *Zeitschr. f. schweiz. Recht*, 1906.  
 Oser, *Obligationenrecht*, 1930.  
 Rossel-Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, 2 wyd., 1922.  
 Specker, *Die Persönlichkeitsrechte*, 1911.

Trüb, Der Rechtsmissbrauch im modernen Recht, 1919.  
 Tuhr, Der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1924.  
 Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 1932.

#### Literatura innych państw

Eliaszewitsch-Nolde, Traité de droit civil et commercial des Soviets,  
 t. I, 1930.  
 Freund, Das Zivilrecht Sowjetrusslands, 1924.  
 Pollock, Law of torts, 1923.  
 Thal, Die Schranken des Schutzes von Privatrechten, Ostrecht, 1926

#### Uwaga:

Cytuję orzeczenia według zasad, powszechnie przyjętych w literaturze francuskiej, szwajcarskiej i niemieckiej. D. P. 1924. 1. 11 oznacza orzeczenie, zamieszczone na stronie jedenastej pierwszej części zbioru Dalloz périodique z roku 1924. E. B. G. 53 II 97 oznacza orzeczenie, zamieszczone na stronie 97 drugiej części tomu 53 zbioru orzeczeń Trybunału Związkowego. RG 146, 395 oznacza orzeczenie, zamieszczone na stronie 395 w 146 tomie urzędowego zbioru orzeczeń cywilnych Sądu Rzeszy.

