



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

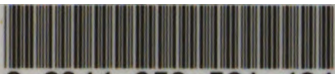
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



3 2044 059 521 484

1.25

Rec. June 1933



HARVARD LAW LIBRARY

Received *June 27. 1921*

C

POCZĄTKI
des contrats "dans le très ancien droit"
PRAWA UMOWNEGO

// April 4

// Hommage de l'auteur

NAPISAŁ

STANISŁAW ESTREICHER.
prof. à l'université de Cracovie



W KRAKOWIE.
NAKŁADEM AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI.
SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNI SPÓŁKI WYDAWNICZEJ POLSKIEJ.
1901.

+

**Osobne odbicie z T. XLI. Rozpraw Wydz. historyczno-filozoficznego
Akademii Umiejętności w Krakowie.**

Kraków 1901. — Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego.

Początki prawa umownego.

Napisał

Stanisław Estreicher.

I.

Historja nowożytnych społeczeństw, o ile chodzi o prądy umysłowe, które dały początek ich ukształtowaniu, rozpoczyna się od doniosłego sporu o istotę umowy i obowiązków z niej wynikających. Mam na myśli wywody Grocyusza w pierwszej i drugiej księdze jego głównego dzieła, oraz odporne stanowisko, jakie względem nich zajęli jego następcy, przedewszystkiem Rousseau.

Hugo Grocyusz jest legitymistą. Zasadniczo nie sprzyja rewolucyi. Rozbierając pytanie o stosunku ludu do monarchy, odmawia ludowi prawa — przyznawanego mu przez swoich poprzedników XVgo i XVIgo wieku, — do strącania władcy z tronu, nawet tam, gdzie tenże władzy swojej nadużywa (De jure belli ac pacis I. 3, 8). „Zdanie tego rodzaju“, pisze Grocyusz, „sprawiło już wiele złego i jeszcze więcej sprawić może, gdyby się w umysłach przyjęło, jak to każdy roztropny widzi“. Prawdziwość tego poglądu stara się zaś poprzeć dwojako. Najprzód przykładowo, zestawiając znane sobie wypadki ze starożytności — nowszych czasów (zdaje się, że ze względu na drażliwość Ludwika XIII, któremu dzieło dedykuje) unika — i wykazując na nich, że prócz kilku wyjątków, w sporach między władcą a poddanymi dopuszczalny był tylko bierny opór tych ostatnich. W dalszych jednak częściach dzieła stara się postawić całą kwestyę bardziej zasadniczo, podciągając rewolucyę pod pojęcie „niesprawiedliwej“ wojny. Jest zaś ona „niesprawiedliwą“ dla tego, że stosunek

między władcą a ludem da się według niego skonstruować jako wynik umowy o odstąpienie zwierzchnictwa (*summa potestas*). Umów zaś, jak to Grocyusz w osobnym rozdziale drugiej księgi stara się udowodnić, według prawa natury naruszać ani zrywać nie można.

Jest to ta część doktryny Grocyusza, w skutek której wydał o nim Rousseau swój znany, potępiający wyrok: *Chacun peut voir, comment ce savant homme et son traducteur Barbeyrac s'enchevêtrent, s'embarassent dans leurs sophismes, crainte d'en dire trop ou de n'en pas dire assez selon leurs vues et de choquer les intérêts, qu'ils avaient à concilier...* (*Contrat social*. II. 2).

Polityczne konsekwencye, jakie Grocyusz wyciągnął ze swojej tezy o nieodwołalności każdego przyrzeczenia, każdej umowy, każdego objawienia woli na zewnątrz, nie zdołały się więc utrzymać, zwłaszcza skoro Rousseau odebrał im wszelką doniosłość, wykazując w sposób dla współczesnych zupełnie przekonujący, iż zwierzchnictwo jest niepozbyszalne i że powstanie w społeczeństwie rządu nie da się wytłumaczyć jako wynik kontraktu. Natomiast — może wbrew właściwym intencjom samego Grocyusza — wywołała jego teza daleko donioslejsze konsekwencye w zakresie nauki, praktyki i ustawodawstwa prawnoprywatnego.

Prawa prywatnego nie miał wprowadzić Grocyusz bezpośrednio na oku, ale w całym swoim wywodzie — zwalczając jednego z francuskich jurystów XVI wieku, Franciszka Connana, — mimowoli musiał o nie potrącać. W przeciwieństwie do Connana twierdzi on, iż każde raz uczynione oświadczenie woli, które miało na celu odstąpienie drugiemu jakiegoś własnego prawa, powinno być dotrzymane bez względu na formę, w jakiej było uczynione i bez względu na to, czy dotrzymanie jest związane z pożytkiem dla oświadczonego¹⁾. Ma tu na myśli rzymskie *pacta nuda*, choć stanowisko swoje względem nich uzasadnia oczywiście nie z prawa rzymskiego, ale z właściwego sobie punktu widzenia etycznego. W tych zaś wywodach Grocyusza odzwierciedla się — odczuwana tak żywo w tym czasie — potrzeba uznania kontraktu konsensualnego, propagowana już przez kilku uczonych XVI wieku, lecz nie tak zasadniczo i nie tak otwarcie jak u Grocyusza a urzeczywistniona dopiero w kilku partykularnych, podrzędnych znaczenia ustawach²⁾.

¹⁾ De jure belli ac pacis, I. II, c. XI. 4.

²⁾ np. Prawo miejskie fryburskie z r. 1520, którego autorem jest Ulrich Zasius: Welcher dem anderen etwas mit Bedachtlichkeit zusagt, es sey mit blossen

Nakazu dotrzymywania umów bez względu na ich formę, nie uzasadnia Grocyusz historycznie, aczkolwiek — pośrednio wnosząc — zdaje się on mniemać, iż forma przy umowach jest czemś późniejszym, jest skażeniem pierwotnego prawa natury. Na podobnem stanowisku, lekceważącym znaczenie formy, staje zresztą w zasadzie i Rousseau, ile razy rozbiera naturę kontraktu ¹⁾. Natomiast stanowisko to zajęte przez Grocyusza i Rousseau'a wpłynęło niesłychanie silnie na kierunek studyów prawnohistorycznych w tym zakresie. Studya historyczne nad prawem rozwijają się wprawdzie w zasadzie jako przeciwieństwo do całej teorii powyższych myślicieli, ale mimo to w najważniejszych punktach nie umieją się one od niej oswobodzić i przez długie lata starają się nieraz indukcyjnie udowodniać te same błędne zapatrywania, które jako pewniki postawiła już była teoria prawa natury ²⁾.

Otóż i rozwój prawa umownego bywa przez dłuższy czas pojmowany i konstruowany pod wyraźnym wpływem doktryny prawa natury. Nic dziwnego jeszcze, że pojmowali go w ten sposób dawniejsi pisarze historyczni, nie pracujący metodycznie i źródłowo, a zajmujący się tylko historią prawa niemieckiego przygodnie i antykwarycznie, jak Schilter, Boehmer, Hamberger ³⁾. Ale za nimi poszli także prawie wszyscy pisarze, należący do najstarszego pokolenia szkoły historycznej, z jedynym może wyjątkiem Grimma ⁴⁾, któremu jego trzeźwość i unikanie wszelkich dedukcyi zdołały i tutaj słuszną drogę pokazać. Eichhorn w pierwszych wydaniach swego największego dzieła (1808, 1818, 1821) wyrażał się jeszcze nawet dość oględnie: „Ob schon die freie Einwilligung jeden Vertrag vollkommen wtrksam machte, oder ob es eine Form der Verträge gab, von welcher ihre

worten oder anderen zusagungen, die wort syent wie sy wöllen, so soll der ihen der zusagt hat, sin zusagen halten und mag mit recht darzu gezwungen werden, denn es gepürt sich menschlicher erberkeit dass man glouben halte, es wer dann das zusagen umb unerlich sachen. Inne przykłady z XVI wieku podaje Seuffert Zur Geschichte, str. 144 i d., który nader wyczerpująco zestawił historię dogmatu zaskarżalności umów konsensualnych.

¹⁾ Słusznie uwydatnia to Haymann w najnowszym dziele poświęconem systematycznemu wykładowi społecznej filozofii J. J. Rousseau'a (Sozialphilosophie, Leipzig, 1898. str. 223).

²⁾ Mamy tu na myśli np. związek między teorią prawa natury o powstaniu własności a badaniami Maurera nad formami pierwotnej własności; albo też teorie o demokratycznym ustroju najdawniejszych państw germańskich ub słowiańskich w związku z teorią o powszechnej równości w stanie natury.

³⁾ Obacz Stobbe Zur Gesch. str. 13—14.

⁴⁾ Deutsche Rechtsalterthümer, str. 603.

verbindende Kraft überhaupt abhieng, oder die wenigstens auf den Umfang der Wirksamkeit derselben Einfluss hatte, ist sehr zweifelhaft ¹⁾.“ Ale już w późniejszym swem dziele: *Einleitung in das deutsche Privatrecht* (1823) wypowiedział to samo zdanie zupełnie stanowczo i bez zastrzeżeń: »Das älteste deutsche Recht kannte keine Form der Verträge, von welcher deren verbindende Kraft oder besondere Wirksamkeit im Allgemeinen abhängig gewesen wäre.“ (§. 91). Wszyscy jego następcy poszli też dalej w kierunku przez niego zaznaczonym.

Obok wpływu doktryny prawa natury oddziaływała także na to i druga przyczyna, która ten ich błąd tłumaczy. Jak wiadomo, już Savigny postawił — a jego następcy rozwinęli ją bliżej — doktrynę o „*duchu narodów*“ (*Volksgeist*), który tłumaczy wszelkie ukształtowanie się prawa. Prawo miało odpowiadać ściśle charakterowi tj. duchowi pewnego narodu, co niebawem po mistrzowsku wyzyskał Jhering dla objaśnienia „*ducha*“ rzymskiego prawa ²⁾. Zaczęto *a priori* doszukiwać się w charakterze ludów germańskich pewnych wspólnych im rysów psychologicznych i z nich — raczej dedukcyjnym, jak i indukcyjnym rozumowaniem — zaczęto konstruować podstawy historyczne i rozwój ich prawnych instytucyi. Taką zasadniczą właściwością charakteru germańskiego, streszczoną w przysłowiu: „*ein Mann — ein Wort*“, miała być „*deutsche Treue*“, którą zwłaszcza Fichte rozświetlił, jako rys odróżniający Niemców od innych narodów ³⁾. Cała filozofia i poezya romantyczna apoteozuje tę „*wierność*“ w charakterze niemieckim, tę „*uczciwość*“ w dotrzymywaniu słowa, to dotrzymywanie raz danego — choćby „*prostymi wyrazami*“ — przyrzeczenia. W dziedzinie prawa miało się to objawiać między innymi odmiennem

¹⁾ *Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*, I. §. 67.

²⁾ Tenże sam jednak Jhering w ostatniej swojej — nieukończzonej — pracy protestuje w kilku miejscach bardzo energicznie przeciwko zbyt skrajnym konsekwencyom wysnuwanym z tej tezy przez niektórych swych poprzedników (*Entwicklungsgesch. des röm. Rechts*, 1894, str. 13 i 28): „*Teorya ta — pisze on — oznacza zręczenie się wszelkiego stawiania pytań o przyczynę. Na wszystkie pytania ma jedną i tę samą odpowiedź: dusza narodu... Sie ist das Faulkissen der Wissenschaft.*“ Znać, że pomiędzy „*Duchem prawa*“ a „*Historją rozwoju*“ — wydał dwa tomy „*Celu w prawie.*“

³⁾ Mianowicie w swoich „*Reden an die deutsche Nation*“ (wyd. Reclama) str. 91 i *passim*. Dodać należy, że i w innych dziedzinach życia prawnego próbowano objaśniać trudniejsze zjawiska prawne, powołując się na mistyczny „*duch narodu*“. Typowym np. przykładem tego może być sposób, w jaki Gierke w znakomitem swem dziele o związkach objaśnianie tworzenie się gild w średnich wiekach (*Genossenschaftsrecht* I. 8). Tego rodzaju konstrukcye i interpretacje potępia słusznie Menger w swoich *Untersuchungen* (1883), Anhang VIII, str. 272.

ukształtowaniem prawa umownego, aniżeli się je spotyka u innych narodów. Zwłaszcza różnicę między prawem rzymskim a dawnym prawem niemieckim, zachodzącą w tej dziedzinie, próbowano zazwyczaj z tego założenia wyjaśniać¹⁾. Charakterystycznym pod tym względem szczegółem jest fakt, że autor pierwszej gruntownej, źródłowej monografii o rozwoju prawa umownego w Niemczech, Otto Stobbe rozpoczyna swoje badania od określenia „des echt deutschen Begriffes: Treue“ i na tem pojęciu opiera swój dalszy wywód: „Dieser allgemeine Begriff der Treue findet nun auch seine Anwendung im Vertragsrechte: jede Person ist dasjenige zu erfüllen verpflichtet, was sie einer anderen versprochen hat: das blosse Wort, der blosse Wille bindet sie, einer besonderen Form bedarf es nicht“²⁾.

Jak dalece tego rodzaju apriorystyczne zapatrywanie zdolne jest zaciemnić trzeźwość oceniania i uogólniania faktów, tego właśnie dzieło Stobbego jest najlepszym dowodem. Zgromadził bowiem ze źródeł tyle materiału stojącego w sprzeczności ze swoją początkową tezą, iż zdawałoby się, że pod koniec rozprawy powinienby ją zmodyfikować lub nawet odrzucić. Stobbe jednak tego nie uczynił, a potrzeba było dopiero upływu lat dwudziestu, aby oswobodziwszy się od tego nieco szowinistycznego uprzedzenia, spróbować na nowo na podstawie źródeł skonstruowania rozwoju prawa umownego w Niemczech, tym razem w sposób ze źródłami niewątpliwie zgodniejszy.

Odnosi się to do znakomitego dzieła Sohma: *Das Recht der Eheschliessung* (1875), którego rezultaty można uważać do dziś dnia zawsze jeszcze jako „communis opinio“ — pomimo, że od kilku lat nie brak co do nich w nauce głosów sceptycznych. Sohm przeprowadził z wielką erudycją i śmiałością rozumowania tezę, że średniowieczne prawo niemieckie nie zna umów nie formalistycznych, jak to dotąd nauka błędnie mniemała. Zapożyczywszy z prawa rzymskiego terminy „umowa realna“ i „formalna“, ale nadawszy im dla prawa niemieckiego inne znaczenie³⁾, starał się udowodnić, iż prawo średniowieczne

¹⁾ Np. C. A. Schmidt *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germ. Rechte*. 1853, str. 251 i 253.

²⁾ *Zur Gesch.* s. 4.

³⁾ Sohm tej różnicy nie zaznacza w żadnej z kilku prac swoich poświęconych rozwojowi prawa umownego w Niemczech. Jest to jednak różnica wyraźna — skoro Instytucje nazywają realnymi tylko te kontrakty, których treścią jest zwrot rzeczy oddanej (*mutuum, depositum, commodatum, pignus*). Z romanistów jednak niektórzy — np. Brinz w *Pandektach*² II. 1. 133 — 136 w swoim pojęciu kontraktu realnego zbliżają się do pojęcia Sohma. Hartmann w *Grundprincipien der Praxis des Engl. amer. Vertragsrechtes* (*Archiv für civ. Praxis N. F.* 77 B. 1891 s. 193—4) zwraca uwagę na istnienie owej różnicy i przysnaje Sohmowi prawo używania tych nazw

uznawało ważność li tylko umów realnych lub formalnych. Umowy realne powstawały przez to, iż jeden kontrahent oddawał drugiemu całość lub część preścacy — a jej przyjęcie rodziło wzajemne prawa i obowiązki obu stron. Umowa formalna polegała na dopełnieniu t. zw. „wadiacy“ (Wettvertrag, vadiatio), która mogła w rozmaity sposób być przedsięwzięta: wręczenie festuki (laska, różdżka), źdźbła słomy, pieniążka, pierścienia, podanie ręki i t. p. Umowa w średniowiecznym prawie niemieckim — musiała być — jak wywodzi Sohm — zawarta według jednego z tych dwóch schematów: samo porozumienie kontrahentów nie wystarczało, jak to utrzymywała dotychczasowa doktryna.

Sohm omawia swoją tezę w sposób raczej antykwarsko — dogmatyczny, jak genetycznie historyczny. Stosunki prawne między wiekiem V a XV traktuje na równi, nie przypuszcza istnienia zasadniczych zmian rozwojowych w prawie umownem tego czasu; rozwój miał się ograniczać do szczegółów podrzędnych, jak np. do zastępowania wręczania wadii — uderzeniem w rękę (Handsclag, przybicie), lub wręczania pieniążka — przepiciem go przez kontrahentów (litkup, Weinkauf) albo też oddaniem go na cele pobożne (Gottespfennig, denarius Dei). Wreszcie — i to stanowi największą lukę w jego teorii — nie tłumaczy on nigdzie, na jakiej drodze oba schematy powstały, w jakim stosunku zostają one względem siebie i jaka była racya ich bytu, która społeczeństwa zachodniej Europy wieków średnich doprowadziła do wytworzenia form umownych niewątpliwie dziwacznych i pozornie do niczego w systemach prawnych innych ludów niepodobnych — jak np. litkup, łamanie źdźbła lub dawanie denara.

Teorya Sohma przyjęta jednak rychło przez najpoważniejszych badaczy niemieckich, do których można zaliczyć i Stobbego, zbliżającego się w rozprawie ogłoszonej współcześnie z dziełem Sohma niemal zupełnie do jego stanowiska ¹⁾, a także przez badaczy francuskich (Thévenin, Viollet, Esmein ²⁾ — została przez nich szybko pod wielu

pomimo podsunięcia pod nie innych pojęć: „die Kategorien Formalcontract und Realcontract sind nicht römische, sondern juristische überhaupt und mögen frei ausgefüllt werden mit dem Rechtsstoff, den die besondere gerade zu betrachtende Rechtsordnung darbietet“.

¹⁾ *Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutschen Recht* (2 części) w progr. uniwersyteckiego, 1876. Stobbe uwzględnia głównie prawo 12 — 16 wieku, podczas gdy Sohm zajmuje się przeważnie prawem epoki frankońskiej.

²⁾ Nie brakło także prób przeszczepienia teorii Sohma do historii praw innych narodów. Tak np. Kowalewski w *Coutume contemporaine* (Paris, 1893) przenosi ją do dawnego prawa ruskiego, odszukując w Prawdzie ruskiej jedynie tylko umowy *re* zawierane (str. 109). Dareste w swoich studyach, streszczających w *Journal des Sa-*

względnymi wykończoną i w tej to poprawnej postaci stała się doktryną panującą dzisiaj w nauce. Uzupełnienia dotyczą głównie podstawy historycznej, na jakiej się system średniowiecznego prawa umownego miał rozwinąć: starano się wskazać przyczyny, które tłumaczyły możliwość istnienia tylko tych dwóch rodzajów umów i stosunek, w jakim typ umowy formalistycznej pozostaje do umowy realnej.

Co do pierwszego, to zgodnie z kilku mimochodem rzuconymi uwagami Sohma, wskazywano na brak obrotu umownego w społeczeństwach barbarzyńskich i na brak uporządkowanych stosunków państwowych, jako na przyczyny, które czynią niepotrzebnym, względnie uniemożliwiają uczynienie momentu konsensualnego podstawą prawa umownego. Tam, gdzie obrót jest rzadki, wystarczają nawet formy ciężkie, uroczyste, trudne w zastosowaniu. Tam, gdzie stosunki prawne są niepewne i nieuporządkowane — nie może być mowy o wzajemnym zaufaniu, przeważać przeto musi w prawie umownym równoczesna wymiana świadczeń (das Baargeschäft) lub co najwyżej preścacya jednostronna.

Tego rodzaju wytłumaczenie podaje np. Thévenin ¹⁾, Schröder ²⁾, Brunner ³⁾, — nawet Heusler ⁴⁾, który stosunkowo wnosi w swoich „Instytucjach“ niezmiernie wiele pierwiastku sceptycznego i trzeźwego. Wszystkich wyliczyć nie sposób. Należy jednak wspomnieć osobno o badaczu przedwcześnie niestety dla nauki zmarłym, ale bardzo wybitnym i specjalnie dla poznania rozwoju niemieckiego prawa umownego ogromnie zasłużonym — o Alexie Frankenie ⁵⁾.

I on staje na stanowisku wiążącym jak najściślej rozwój prawa umownego ze stosunkami natury gospodarczej: brak obrotu ekonomicznego przyjmuje za punkt wyjścia dla ukształtowania się urządzeń prawnych — w tej przynajmniej dziedzinie. Germanowie w czasach najdawniejszych — twierdzi on — znali jedynie umowę w formie równoczesnej wymiany usług: „in einer Gesellschaft, deren Vertrauen auf die öffentliche Gewalt als Schützerin vermögensrechtlicher Inte-

vants obce prace, odnoszące się do praw różnych narodów — jest również wyznawcą tej teorii i na nie jednym miejscu stara się ją do najrozmaitszych praw zastosować. Ob. jego *Études d'histoire du droit* (Paris, 1889) np. na str. 139—140.

¹⁾ Contributions, str. 64.

²⁾ Rechtsgeschichte (wszystkie trzy wydania). W ostatniem dopiero, str. 287 czyni pewne modyfikacje pod wpływem dzieł Amiry i Punscharta.

³⁾ Zarys historii prawa niem. w Encykl. Holtzendorffa.

⁴⁾ Institutionen, II. 230.

⁵⁾ Das französische Pfandrecht im Mittelalter. I Abth. Das Engagement. Berlin. 1879. (Część druga nie ukazała się).

ressen etwa noch gleich Null wäre, sind alle Geschäfte Baargeschäfte ... Baargeschäft und Vertrag sind noch Synonyme“ (str. 213). W miarę zmiany stosunków ekonomicznych i politycznych, w miarę wzrostu obrotu i bezpieczeństwa występuje jednak potrzeba wyrobienia form nowych w prawie umownem. Dzieje się to w drodze pewnych — coraz to większych — modyfikacji (natury nie prawnej ale ekonomicznej) w odbywających się aktach wymiany usług: Forma wymiany równoczesnej zostaje i nadal utrzymana, ale wartość usługi można zastępować pewnemi prowizorycznemi, łatwiejszemi do dopełnienia prestacjami. Jedna strona — nie mogąca uiścić kontrahentowi natychmiast właściwej odpłaty — wręcza mu prowizorycznie bądź to zastaw, bądź też przynajmniej jakiś jego surrogat. Jak długo prowizoryczna prestacja polega na doręczeniu zastawu o względnie równej ekonomicznej wartości, tak długo jest zarazem gwarancyą odroczonej odpłaty. Ale w miarę rosnącego zaufania do bezpieczeństwa prawnego wartość jej może się ciągle zmniejszać, a jako zwykła forma zobowiązania się występuje wtedy zastaw pozorny: festuka i inne tego rodzaju „symbole“ używane w prawie średniowiecznem. Nie mają już one znaczenia gwarancyi dopełnienia odpłaty, ale mają znaczenie dowodowe, legitymacyjne przy domaganiu się wypełnienia umowy. Wierzyciel przedstawia je w odpowiednim czasie, żądając bądź to gwarancyi realnej, bądź też dopełnienia samej prestacji. W ten sposób wadiacya — (oddanie wadii) — wywodzi się genetycznie z równoczesnej wymiany usług — ale z czasem staje się aktem formalistycznym, służącym do stwarzania zobowiązań wszelkiego rodzaju. Rozwój prawny okazuje ciągłą tendencję do nadawania wadii coraz to bardziej symbolicznego znaczenia: w miejsce przedmiotów posiadających znaczenie dla egzekucyi lub przynajmniej znamię indywidualne, występują przedmioty coraz to bardziej konwencyonalne i oderwane od spełnienia zobowiązania: tu należy wręczenie kontrahentowi dokumentu, albo pierścienia, pieniądza, włosa z brody, źdźbła słomy etc. Dalszym krokiem w rozwoju jest odpadnięcie potrzeby wręczenia przedmiotu i usunięcie wszelkiego momentu realnego. Dzięki temu powstają tego rodzaju formy umów, jak przysięga, podanie ręki, danie słowa honoru etc., co toruje drogę do kładzenia wagi jedynie tylko na moment woli i do wytworzenia kontraktu konsensualnego. Taki schemat rozwoju kreśli w ogólnych zarysach Franken w §§. 16 — 18 swojego dzieła, nie motywując go zresztą szczegółowo i zapowiadając tylko, że go z czasem bliżej rozwinię i uzasadni.

Ogólnikowy ten szkic nie został wprawdzie nigdy już przez niego rozwinięty, niemniej przyjęto go życzliwie, bo odpowiadał rzeczywistości

ideom rozwiniętym już przez Sohma; jako prawdziwy uznał go np. Brunner ¹⁾, stanowiący niewątpliwie pierwszorzędną powagę w zakresie prawa średniowiecznego. Jedyne Heusler (II. 230 i d.) uzupełnił ten szkic dalszymi szczegółami i modyfikacjami: wprawdzie bowiem i on również wywodzi wadę z coraz to bardziej zmniejszającego się pod względem ekonomicznej wartości zastawu, ale równocześnie sądzi, że prototypu przyrzeczenia zagwarantowanego zastawem należy szukać w dziedzinie procesu karnego (*obligatio ex delicto*), a nie należy go wiązać z potrzebą uiszczenia natychmiastowej odpłaty w obrocie pierwotnym.

Należy zaznaczyć, że ten schemat rozwoju, będący po części dziełem Sohma, a po części Frankena stał się tem łatwiej teorią panującą w nauce, ile że odpowiadał jak najzupłniej pewnym ogólniejszym pojęciom, które po r. 1870 są przeważnie podstawą dla całej nauki o rozwoju społeczeństw i o ewolucyi stosunków prawnych. Jest to czas, w którym bardzo silnie objawia się w nauce zwrot przeciw spekulacyom na tle mistycznego «ducha narodu», a ku związaniu fenomenów umysłowych ze zjawiskami materyalnemi. Historia prawa bywa odtąd interpretowana — mniej lub więcej świadomie — w duchu Comtowskiej filozofii, podobnie jak i inne gałęzie wiedzy historycznej (np. kierunek Taine'a w historii literatury). Filozofia ta uważa kulturę materyalną jako decydującą o rozwoju wszystkich innych gałęzi cywilizacji, a równocześnie stawia ogromnie wysoko czynnik intelektualny przy ocenianiu całego duchowego rozwoju (Buckle, Hellwald, Lippert). Najważniejszą sprężynę postępowania ludzkiego upatruje ona w działaniu rozumu, i jemu przypisuje wyłączny wpływ na ukształtowanie się pojęć i urządzeń ludzkich.

Pojęcie, że człowiek pierwotny obdarzony jest w podobnej jak my dzisiaj mierze przezornością gospodarczą, że kieruje się w swoich działaniach i urządzeniach takim samym rozsądkiem, jak ludzie z końca 19-go wieku, że zdaje sobie jasno sprawę z konsekwencji, jakie wynikają ze względnego (w porównaniu do naszych wymagań) braku uporządkowanych stosunków politycznych i prawnych, jest wspólną wadą bardzo wielu konstrukcyi historycznych odnoszących się do urządzeń z odleglejszej przeszłości ludów europejskich. Panuje w nauce pod tym względem pewien racjonalizm, który wypływa z niedostatecznej znajomości psychologii człowieka pierwotnego. Najkonsekwentniejszym przykładem tego kierunku jest w Niemczech

¹⁾ Zur R. G. der Urkunde, str. 273, a także w późniejszych edycjach Encyklopedyi Holtzendorffa.

Ihering z całym aparatem utylitarystycznych komentarzy do powstawania urzędzeń prawnych, zawartym w jego wielkiem dziele o celu w prawie¹⁾. Utylitaryzm tego rodzaju nazywa słusznie Kohler²⁾ „eine neue naturrechtliche Form des Denkens“; skoro dochodzi on do konstrukcyi rozwoju niezgodnej z historią, podsuwając ludom pierwotnym poglądy zapożyczone z naszego zasobu myśli i pojęć. Każde działanie człowieka pierwotnego ma być obliczone na jego osobistą korzyść, a zwyczaje narodów pierwotnych są pojmowane jako kompleks norm, wywołanych chęcią zapewnienia jednostce — wziętej w odosobnieniu — materyjalnej pomyślności. Teorya Sohma i zbliżonych doń badaczy o najdawniejszem prawie umownem była wypływem — może nawet mimowolnym — tego rodzaju pojmowania stosunków pierwotnych. „Człowiek pierwotny nie mógł znać kontraktów innych, jak tylko wymianę z ręki do ręki, bo obawiał się, że inaczej zostałby wywiedziony w pole, a pretensyi swej nie mógłby zrealizować przy nieuporządkowanych stosunkach prawnych“ — tego to rodzaju czysto racjonalistyczny argument służył jej za podstawę. Bez znajomości człowieka pierwotnego, bez zbadania faktów, zupełnie dedukcyjnie, wychodząc od stosunków późniejszych i z nich wywodząc wnioski o epoce najdawniejszej, próbowali ci uczeni znaleźć punkt zaczepienia dla całej historycznej konstrukcyi.

Tymczasem po r. 1880 postąpiły właśnie studia nad ludami pierwotnymi, a rezultatem ich było w pierwszej linii stwierdzenie zupełnie odmiennej psychologii człowieka natury, aniżeli ustrój psychiczny człowieka cywilizacyi. Z dzieł opisowych wystarczy tu zacytować epokowej wartości — najlepsze może w tym rodzaju — dzieło

¹⁾ W pierwszym tomie „Zweck im Recht“ (str. 267 i d.) podaje Ihering schemat rozwoju rzymskiego prawa umownego, rozróżniając cztery typy umów, kolejno występujące. Schemat ten jest widocznie od Sohma niezależny — tom I. tego dzieła ukazał się w r. 1877 — a przecież ogromnie teorię Sohma-Frankena przypomina. I dla Iheringa „zweiseitiges Realgeschäft“ a więc wymiana równoczesna prestacyi (Baargeschäft) jest najdawniejszą formą umowy, poczem idzie umowa realna z jednostronną prestacyą, dalej z prestacyą fikcyjną. Dowodzi to tylko, że podobny socyologiczny punkt wyjścia musiał doprowadzić do podobnej konstrukcyi historyczno-prawnej.

²⁾ Recht, Sitte und Glaube (w Grünhuts Zeitschrift XIX. 1892 str. 611), a dalej pisze następujące godne uwagi słowa: Tausende von Factoren, von welchen unsere Zeit keine Ahnung mehr hat, sind bei Bildung des Rechtes thätig gewesen; der Glaube der Völker hat grösstentheils ihr Recht geschaffen; die Art der Völkerpsychologie und ihr Streben und Weben ist in der Art der Rechtsbildung zu erkennen;... die Gesetze des Rechtes sind nur dann zu erfassen, wenn der Rationalismus, der alles auf die unserer Zeit entsprungenen Zweckgedanken stellt, überwunden ist.

K. Steinena¹⁾, z dzieł konstrukcyjnych wystarczy powołać się na pracę A. Vierkandta²⁾, który — podnosząc myśl zaznaczoną już zresztą przez Tönniesa, próbuje uszeregować ludy wedle pewnych cech psychologicznych, odróżniających jeden stopień rozwoju od drugiego — a u wszystkich ludów stojących na tym samym stopniu kultury (w głównych zarysach) identycznych. Dzisiaj rozumować o pobudkach postępowania i myślenia człowieka pierwotnego wedle danych, zaczerpniętych z doświadczenia naszego życia codziennego — jest rzeczą zostającą w sprzeczności z całym kierunkiem nowych badań etnograficznych i historycznych. Specjalnie w dziedzinie życia gospodarczego, jak to wykazał K. Bücher w obu swoich pracach poświęconych stosunkom ekonomicznym ludów (natury³⁾), istnieje zupełne przeciwieństwo motywów działania i wogóle całej psychologii między nami a ludami na najniższym szczeblu cywilizacji. Jest też rzeczą zupełnie zawodną chcieć intuicyą i auto-obszercyą uzupełnić te braki w wiadomościach źródłowych, które utrudniają nam dokładniejsze odtworzenie stosunków z epok zamierzchłych. I co do rozwoju prawnego trzeba obejrzeć się za nowemi źródłami, względnie trzeba chwycić się nowej metody, jeśli dawniej znane źródła i dawna metoda nie dają dostatecznych podstaw, aby odtworzyć punkt wyjścia dla ewolucji prawnej.

Taką metodą jest niewątpliwie w dzisiejszym stanie wiedzy metoda porównawcza, a takimi źródłami dla poznania stosunków prawnych ludów europejskich z epoki przeddziejowej — są wiadomości o innych — dzisiejszych lub dawniejszych — ludach pierwotnych. Metoda porównawcza, o ile chodzi o stosunki wyższych szczebli cywilizacji, wymaga niewątpliwie wielkich zastrzeżeń i ostrożności, zwłaszcza wobec faktu, że bywa często dość lekkomyślnie i nieściśle zastosowywana: miesza się często analogie i homologie w rozwoju pewnych urządzeń społecznych i traktuje się je na równi, jako rzeczy identyczne⁴⁾, nie odróżnia się podobieństwa będącego wynikiem

¹⁾ Unter den Naturvölkern Zentral Brasiliens. Berlin, 1894.

²⁾ Naturvölker und Kulturvölker. Leipzig 1896. Rezultaty tej pracy zostały powszechnie przychylnie ocenione — zob. np. Steinmetz w L'année sociologique, t. III.

³⁾ Die Wirtschaft der Naturvölker, 1898 oraz: Die Entstehung der Volkswirtschaft³ 1901 (str. 1 i d.: Der wirtschaftliche Urzustand). Psychologię życia gospodarczego ludów natury kreśli także A. Vierkandt w Zeitschrift für Social-Wissenschaft (Wolfa) II. 1899 str. 81 i d.

⁴⁾ Jest zupełnie usprawiedliwioną polemiką Tarde'a przeciwko podobnym nieścisłościom metody porównawczej (Les lois de l'imitation, str. 42—55). Również

recepty pewnego urządzenia, od podobieństwa będącego skutkiem pokrewieństwa rasowego dwóch społeczeństw (a raczej nadużywa się zbyt powszechnie tej drugiej przyczyny na niekorzyść pierwszej). Ale o ile chodzi o metodę porównawczą co do badania ludów pierwotnych, to w dzisiejszym stanie nauki posiada ona daleko większe wyrobienie i powinna dzisiaj zastąpić wszelką spekulację w odtwarzaniu stosunków społecznych przeddziejowych. Dość powołać się na odnośne prace metodologiczne Tylora, Steinmetza, Kohlera, Westermarcka i in. Im dalej idziemy w najstarszą głąb dziejów, tem bardziej zmniejsza się różnorodność warunków życia, różnorodność charakteru rasowego, różnorodność poglądu na świat, które dzielą narody cywilizowane; i tem też większe występuje podobieństwo w pojęciach i urządzeniach ludów zupełnie sobie obcych. W stanie embryonalnym społeczeństw, podobieństwa te są tak wybitne, jak podobieństwa fizyologiczne w świecie zwierzęcym w tymże stanie.

Kierunek porównawczy, pod którym to hasłem rozwija się niewątpliwie cała nowsza nauka historii prawa, a który zaczyna także — choć wolniej — wywierać znaczny wpływ na inne dziedziny historii ludzkiej kultury, oparty jest oczywiście na tej podstawie, iż uważa się całą ludzkość za jednolitą całość, której poszczególne części przebywają w różnym tempie te same drogi rozwoju. Kierunek porównawczy jest więc wynikiem przekonania, iż dawniejsza teoria o „duszy” narodów, kształtującej rozwój prawa w sposób dla każdego narodu odmienny, jest mylną¹⁾. Biorąc zaś specjalnie rozwój prawa umownego, nie jest zgodne z podstawą kierunku porównawczego konstruować dla każdego ze społeczeństw odmienny schemat jego rozwoju; owszem należy przypuszczać, że schemat osiągnięty dla pewnego narodu da się także zastosować do zrozumienia rozwoju prawa umownego innych narodów. Naturalnie jest tu mowa o schemacie: szczególne sposoby rozwoju będą zawsze odmiennie.

Niniejsza praca staje też pod tym względem na zasadniczo różnym stanowisku, aniżeli prace poprzednio omówione. Wiadomości, jakie posiadamy o rozwoju prawa umownego w świecie zachodnio-europejskim, stara się ona uzupełnić wiadomościami zaczerpniętymi z życia prawnego innych narodów, przedewszystkiem tam, gdzie źródła bezpośrednie są prawie żadne, a gdzie pierwotność stosunków po-

w walce, jaką prowadził Fustel de Conlanges przeciwko metodzie porównawczej (z racyi mieszania sadzugi, deszy, miru, marki etc.) — cała słusność leżała niewątpliwie po jego stronie.

¹⁾ Uwydatnia to doskonale R. Stammler *Wirtschaft und Recht* (1896) §. 57 (*Nationale Eigentümlichkeiten*), str. 321.

zwała wnosić o jak najdalej idącym podobieństwie pojęć i prawideł prawnych. Innemi słowy uznaje ona obok rozumowania wstecznego (wnioskowanie z czasów późniejszych o czasach najdawniejszych) porównanie stosunków ludów równie pierwotnych, za równorzędne źródło do poznania epok, z których brak świadectw współczesnych odnoszących się do prawa umownego. Wreszcie odrzuca ona hipotezę, jakoby ludy germańskie mogły wytworzyć urządzenia zasadniczo odmienne od innych ludów świata i rozwijać je w sposób niepodobny do rozwoju spotykanego gdzieindziej. Tym odrębnym punktem wyjścia, pod względem metody badania, od prac, których rezultaty są dotychczas panujące w nauce, tłumaczy się racya bytu niniejszej pracy.

Równocześnie łączy się ona z kilku pracami innemi, poświęconemi średniowiecznemu prawu umownemu, które — przynajmniej po części — zawdzięczają swoje rezultaty metodzie porównawczej. Mam tu na myśli przede wszystkim znakomite dzieło Karola Amiry: *Nordgermanisches Obligationenrecht*, którego ukazały się dotąd dwa tomy; jeden poświęcony prawu starszwedzkiemu (z r. 1882), drugi dawnemu prawu norwesko-islandzkiemu (1895), a którego tom trzeci ma objąć dawne prawo duńskie oraz przynieść zarys wspólnych podstaw prawa obligatoryjnego ludów skandynawskich; tom ten jednak dotychczas się nie ukazał¹⁾.

Dzieło Amiry poświęcone jest wyłącznie dogmatyce średniowiecznego prawa obligatoryjnego; nigdzie — z umysłu — nie rekonstruuje Amira stosunków dawniejszych, aniżeli te, dla których posiada obfite, wyczerpujące dokumenty, zwody i ustawy szwedzkie czy norweskie. Podstawą dzieła, równie jak i wyżej zacytowanego „zarysu“ jest przekonanie, iż pokrewieństwo etnograficzne Germanów prowadzi za sobą istnienie wspólnych pojęć i urządzeń prawnych, pomimo różnic w nomenklaturze lub w szczegółach. O tyle też uznaje on metodę porównawczą, przypisując każde podobieństwo wspólności pochodzenia rasowego. Jest to więc zakres dużo ciaśniejszy, aniżeli ten, którego dopuszcza metoda zwana zazwyczaj porównawczą, bo ta uznaje jednolitość całego ogromu ludów na świecie i idącą zatem jednakowość rozwoju kulturalnego („*der einheitliche Völkergedanke*“ Bastiana). W każdym razie w stosunku do Sohma lub Frankena, zesta-

¹⁾ Do pewnego stopnia mogą ten tom zastąpić krótkie uwagi zamieszczone przez Amirę w jego znakomitem dziele: „*Grundriss des germanischen Rechtes*“ (2 Auflage), Strassburg, 1897 (odbitka z encyklopedyi filolog. Paula). I tu Amira nie daje rysu genetycznego urządzeń prawnych germańskich, ale tylko zestawia analogiczne starożytności prawne, wspólne wszystkim ludom germańskim w epoce średniowiecznej.

wiających wyłącznie tylko zjawiska prawne z zachodu Europy wieków średnich, dostarcza metoda Amiry ogromnego rozszerzenia materiału źródłowego. Znaczenie dzieła Amiry polega głównie na tem, że na podstawie bardzo bogatych i zwłaszcza co do nomenklatury prawnej ¹⁾ niesłychanie samodzielnych materiałów skandynawskich uwidocznił i rozebrał dokładnie pojęcie obligacyi w prawach północno germańskich, i określił tak dokładnie jak nikt przed nim stosunek jej formy do jej pojęcia. Badania jego nie objęły wprawdzie średniowiecznego prawa niemieckiego, ale rezultaty osiągnięte przez Amirę są w myśl jego metody — przynajmniej co do główniejszych punktów — ważne i dla niego. Faktycznie schodzą się one w wielu szczegółach z rezultatami osiągniętymi już znacznie dawniej przez jednego z bardzo wybitnych badaczy niemieckiego prawa średniowiecznego, Henryka Siegla- (Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin, 1873), którego rozprawa — znowu dogmatyczna — dziwnym zbiegiem rzeczy została przeoczona (a raczej nieoceniona należyście) przez Sohna i przez jego zwolenników ²⁾ tak, że nie uwzględniono jej przy badaniach nad rozwojem prawa umownego w Niemczech. Praca Amiry jest wprawdzie od pracy Siegla niezależna, ale podstawowa myśl zbliża je do siebie i pozwala uważać rezultaty ich za tem pewniejsze. Rezultaty Amiry po części zaakceptował, po części rozwinał dalej (specyjalnie dla prawa średniowiecznego saskiego) Paweł Puntschart w dziele: Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter (Leipzig, 1896), który wprawdzie pod koniec swego dzieła spróbował zużytkować je dla wytłomaczenia genezy historycznej niektórych szczegółów prawa umownego średniowiecznego, (np. str. 487), ale wogóle stoi również na stanowisku dogmatycznym i tylko w przedmowie do swego dzieła zapowiada dalszą pracę nad rozwojem umów w prawie niemieckim. Należy już tu podnieść, że rezultaty Puntscharta są w pewnych kierunkach rozszerzeniem poglądów Amiry, ale wogóle stoją z nimi na wspólnej podstawie.

Wreszcie, znaczną część zapatrywań Amiry przyjmuje za punkt wyjścia także inna praca (częściowo nieco wcześniej od pracy Puntscharta ogłoszona), a mianowicie dwutomowe dzieło Dr. H. Hortena: Die Personalexecution in Geschichte und Dogma (1893—1895), z dodatkiem: Die longobardische Schuldverpflichtung (1896). Autor zajmuje się tutaj prawem epoki frankońskiej: przechodzi najprzód prawo

¹⁾ Wiadomo zaś, jak doniosłą rolę odgrywa ona wogóle w badaniach Amiry. Ob. jego: Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte 1876.

²⁾ Jak tego dowodzi wzmianka, znajdująca się w Das Recht der Eheschliessung str. 28 i n.

Franków, sięga następnie do prawa rzymskiego, aby powrócić do praw germańskich: longobardzkiego, ostrogockiego, wizygockiego i zakończyć rzymskiem prawem ludowem średniowiecznem (das römische Vulgarrecht). Badając rozwój egzekucyi na osobie, musi co chwila potraćcać o prawo umowne epoki frankońskiej, z którem egzekucya dokonywana na osobie wiąże się jak najściślej. Całości swoich zapatrywań na rozwój prawa umownego nie sformułował jednakowoż w tej książce, lecz dopiero w osobnym dodatku. Zapatrywania Hortena na rozwój prawa umownego są zarówno tam, jak i w recenzji Puntscharta, skreślone w całkiem szkicowy, nie poparty dowodami źródłowymi sposób, noszą też raczej charakter hipotezy i pozostawiają oczywiście wskutek tego bardzo wiele wątpliwości i niejasności¹⁾.

Najważniejszą zdobyczą tych badań dogmatycznych nad prawem średniowiecznem niemieckiem, względnie skandynawskiem, jest udowodnienie, iż prawa te znają różnicę z jednej strony między obowiązkiem dopełnienia a dotrzymania umowy, z drugiej zaś między t. zw. Haftung (odpowiedzialność, gwarancya) a Schuld (dług, wina). Wszystkim powyższym pisarzom wspólne jest zaakceptowanie tej różnicy, a wogóle można powiedzieć, że należy ona dzisiaj do trwałych zdobyczy w nauce²⁾. Jest zasługą Siegla, iż pierwszy dla prawa niemieckiego

¹⁾ Między Hortenem a Puntschartem zachodzi pewna wspólność myśli w wielu szczegółach. Tłumacząca się tem, że obaj budują na pokrewnym materiale źródłowym i że obaj ulegają niewątpliwie wpływowi dzieł Siegla i Amiry. Zbliżenie to tłumaczy się tym znanym faktem, że w pewnym czasie te same idee naukowe krążą niejako w powietrzu i że dwaj badacze pracując niezależnie od siebie dochodzą wskutek tego bardzo często do podobnych — w ogólnych zarysach — rezultatów. Obok podobieństw — bardzo zresztą ogólnikowych — są jednak między ich rezultatami ogromne różnice i zupełnie też nieusprawiedliwionym jest zarzut plagiatu skierowany przeciwko dziełu Puntscharta przez H. Hortena, ogłoszony w recenzji tegoż dzieła, zamieszczonej w czasopiśmie Grünhuta (Tom XXIV. 1897 str. 128—142). Pojawiała się i odpowiedź Puntscharta: *Meine Entgegnung auf Dr. Hortens Anwurf des Plagiaten* (Innsbruck, 1897). sprawę tę zupełnie wyjaśniającą i niweczącą odnośnie zarzuty Hortena. Opinia całego świata uczonego (Brunner, Gierke, Amira, Zallinger, Pappenheim, etc.) stanęła też po stronie Puntscharta.

²⁾ Rozróżnienie to przyjął Schröder³ str. 287, Stobbe-Lehmann *Handbuch des deutsch. Privatrechtes* III (1898) str. 103, Zallinger *Wesen u. Ursprung* str. 4, 14, 19 etc. oraz liczne recenzje dzieł Amiry i Puntscharta. Po części — w tej postaci, jak się ta sprawa przedstawiała Sieglowi — przyjął tę różnicę już Val de Lièvre w swoim dziele o launegildzie (str. 128) i Kohler *Beiträge* I. 24. Dodać należy, że Laband już w r. 1869 (*Verm. Klagen*, str. 151) stwierdza tę różnicę na podstawie źródeł („Die Verpflichtung des Käufers den Kauf zu halten beruht auf einem Gelöbnis desselben etc.), ale nie umie tego spostrzeżenia wyzyskać i uogólnić. Również i Heus-

sformułował wyraźnie różnicę pierwszą, jest zaś zasługą Amiry i Puntscharta, iż spostrzegli i bliżej określili różnicę drugą.

Przedewszystkiem więc skonstatował już Siegel, że w prawie średniowiecznem jest czemś odmiennym obowiązek dłużnika istniejący względem wierzyciela do dopełnienia prestacyi (leistensollen) od obowiązku do dotrzymania umowy (haltensollen). Na dłużniku może ciążyć obowiązek pierwszy, a nie ciężyć drugi tam np. — gdzie umówiono się o rescysyę albo wedle niektórych praw średniowiecznych tam gdzie jeszcze nie wypito litkupu, nie dokonano przybicia etc. (Siegel str. 20 i 41¹⁾, Amira t. I. i II. passim, Puntschart str. 78—80). Obowiązek dotrzymania umowy obejmuje obowiązek nie odwoływania jej po dopełnieniu prestacyi, nie obchodzenia jej podstępnie, wreszcie nie działania w sposób taki, aby uniemożliwić dopełnienie prestacyi (Puntschart, str. 80—99).

Obowiązek ten dopełnienia i dotrzymania umowy — wywodzi Puntschart — jest w prawie średniowiecznem li tylko imperatywem natury moralnej, nie jest zaś obwarowany przymusem prawnym. Jest to dopiero obligacya naturalna, aby użyć terminu prawa rzymskiego. Moment przymusowy nie tkwi wogóle w tej części umowy, która stwarza powyższe dwa obowiązki. Przymus zostaje stworzony przez drugą część umowy, która przyłącza się do pierwszej albo natychmiast, ale dopiero w czas jakiś. Ta druga część umowy ma na celu ustanowienie bądź to pewnej osoby, bądź też pewnej rzeczy, które mają dawać odtąd wierzycielowi gwarancyę, iż oba obowiązki będą wypełnione. Gwarancya będzie realna, jeśli ją stanowi pewien przedmiot: wierzyciel w razie niedopełnienia prestacyi albo w razie niedotrzymania może imać się (zugreifen) tylko owego przedmiotu (zakład, zastaw). Jeśli gwarancya jest osobista, to wierzyciel może ścigać daną osobę, a osobą taką może być bądź to osoba dłużnika, bądź też osoba kogoś trzeciego (ręczyciel, zakładnik).

W szczegółach — jak to wyżej zaznaczono — zachodzą między powyższymi pisarzami pewne różnice. I tak Siegel nawet w dwóch późniejszych rozprawach odnoszących się do prawa umownego²⁾ nie wyszedł poza różnicę między dopełnieniem prestacyi a dotrzymaniem

ler II. 239 · 240 rozbiegając postanowienie Edyktu long. co do stare debere i complere debere zdaje się uznawać rozróżnienie między Haftung i Schuld, ale nie wypowiada swego zdania dość stanowczo.

¹⁾ Do tego ustępu Siegla ob. uwagi Fr. Hofmanna w Entstehungsgründe str. 11 i 47.

²⁾ Das erzwungene Versprechen, 1892 i Der Handschlag und Eid 1894. Podobnie w Deutsche Rechtsgeschichte³⁾ 1895, str. 414—444.

przyrzeczenia, różnicę stwierdzoną przez siebie już w r. 1873, i co do pojęcia Haftung zdania swego nigdy nie wypowiedział. Pomiędzy Amirą a Puntschartem zachodzi głównie różnica co do zapatrywania się na znaczenie formy przy zawieraniu umów. Puntschart odnosi formę do potrzeby stworzenia odpowiedzialności (Haftung). Podanie ręki (Handsclag) i „ślubowanie ręką i mową“ (das Geloben mit Hand und Mund) — dwa akty formalne znane średniowiecznemu prawu saskiemu, którem się Puntschart jedynie zajmuje — uważa on za sposoby ugruntowania gwarancji własną osobą, poddanie się w moc wierzyciela. Są one analogią do stworzenia gwarancji realnej przez ustanowienie zastawu. Cel każdego z tych aktów formalnych nie ma nic do czynienia z obowiązkiem dopełnienia prestacyi: mają one tylko stwierdzić, iż w razie złamania umowy rękodawca, względnie ślubujący ręką, poniesie za to odpowiedzialność prawną¹). Źródła saskie nazywają to „ślubowaniem wiary“ (Treugelöbnis), co odpowiada ściśle spotykanej w źródłach frankońskiej nazwie »fides facta«. Ponieważ Puntschart ogranicza się w swoich badaniach tylko do średniowiecznego prawa saskiego, przeto nie wypowiada wyraźnie swego zdania o formach tam zazwyczaj nieużywanych, albo przez źródła prawne tamtejsze rzadko wspominanych (litkup, festuka, słoma, denar Boży, zadatek w znaczeniu średniowiecznym, przysięga itd. itd. Ale z całego jego przedstawienia wynika, iż formalizm umowny służy wyłącznie do stworzenia „odpowiedzialności“, a ta strona umowy, która dotyczy powinności dopełnienia prestacyi i dotrzymania (leisten- i halten-sollen) jest nieformalistyczną i może przyjść na drodze konsensualnej do skutku. Dodać należy, że te właśnie rezultaty badań Puntscharta przyjmuje bez zastrzeżeń Zallinger (l. c.) jako udowodnione.

Amira posiada odmienny pogląd na znaczenie formy przy zawieraniu umów w świecie średniowiecznym. Podczas gdy dla Puntscharta każda umowa a więc i realna potrzebuje „ślubowania wiary“, inaczej jest tylko obligacją naturalną, to Amira zarówno dla praw skandynawskich, jak i dla prawa średniowiecznego niemieckiego staje na stanowisku innem. Wyodrębnia mianowicie umowy realne jako takie, które są od wszelkiego formalizmu wolne: sie fallen sämtlich unter den Begriff der Gabe mit Auflage. Die Vorleistung wird nicht gemacht, um zu erfüllen sondern um den Nehmer zu verpflichten. Oftmals geradezu eine Gabe geheissen, unterscheidet sie sich von der gewöhnlichen germ. Gabe (= Schenkung) nur dadurch, dass ihr Lohn schon vom Geber bestimmt ist. In gewissen Verträgen ist sie selbst

¹ Str. 406 i d. oraz 485 i d.

vom Gesetze bestimmt und pflegt dann einen verhältnismässig geringen Wert zu repräsentieren, kann z. B. in einem blossen „Festigungspfennig“ bestehen. Als der Nehmer aus dem Vertrag unmittelbar für Erfüllung der Auflage haftete, nahm dieses Drangeld allerdings das Aussehen einer Formalität an und wurde dann... von den Kontrahenten und Zeugen als Weinkauf vertrunken und als Gottesgeld den Armen gegeben“¹⁾. Przy umowach realnych ponosi dłużnik odpowiedzialność bez specjalnego ustanowienia gwarancyi, wynika ona „bezpośrednio z umowy“. Formalności używane przy umowach dzieli zaś Amira na dwie grupy: jedne (Handreichung, festuca) uznaje za takie akty symboliczne, które mają na celu stworzenie gwarancyi osobistej; drugie (przysięga promisoryjna, wspólna uczta, dokument królewski z oznaczeniem kary za złamanie) uznaje za środki dobrowolnego umocnienia zawartej umowy przez kontrahentów.

Jak z tego wynika przyjmuje on, iż w niektórych wypadkach, prawo obiektywne średnich wieków łączy „dług“ z „odpowiedzialnością“, podczas gdy wedle Puntscharta odpowiedzialność musi być osobno stypulowana.

Jeszcze inne stanowisko zajmuje w tym względzie Horten, który w wywodzie swoim przyjmuje, iż „ślubowanie wiary“ jest wogóle tylko jednym ze sposobów skonstatowania istniejącej odpowiedzialności, ale nie bywa nigdy jej powodem. „Odpowiedzialność“ bywa wynikiem wszelkiego niesłusznego z bogacenia się: można ją skonstatować także za pomocą wyroku sądowego — ale ten sposób skonstatowania bywa dla ponoszącego odpowiedzialność bardzo niekorzystny i groźny — i dlatego strony wolą to robić dobrowolnie za pomocą „ślubowania“. „Ślubowanie“ ma na celu uniknięcie sądowej egzekucyi na osobie (Aechtungsverfahren); jestto dobrowolne poddanie się pod egzekucyę.

Już Amira stawiając po raz pierwszy dla prawa średniowiecznego pojęcie „Schuld“ jako zasadniczo odmienne od pojęcia „Haftung“, powoływał się na pewną analogię, stwierdzoną dla prawa rzymskiego przez A. Brinza zarówno w rozprawie „o pojęciu obligacyi“ zamieszczonej w pierwszym tomie czasopisma Grünhuta, jak też i w odpowiednich ustępach tegoż Pandektów (2 wyd., II. §. 212). Sama nawet nazwa „Haftung“ na oddanie pojęcia obligacyi pochodzi wła-

¹⁾ Jestto ustęp z jego „Grundriss“ (str. 139), stressozający zwięźle to co obszerniej mówi w Nordg. Oblig. I. 318 i d. II. 342 i d.

ściwie od Brinza¹⁾. Wprawdzie między Brinzem a Amirą wystąpiły co do szczegółów pojęcia „Haftung“ pewne różnice: „odpowiedzialnością“ nazywa Brinz fakt, iż jakaś osoba lub jakaś rzecz jest przeznaczona na to, aby służyć dla wierzyciela jako cel zaspokojenia. Co do stosunku „długu“ i „odpowiedzialności“, to Brinz uznaje, że „dług“ jest jednym z objawów osobistej „Haftung“ jedną z faz „Haftung“, jak się częściej wyraża. „Odpowiedzialność“ osobista zamienia się w „dług“ w chwili, gdy powinność dopełnienia prestacyi (das Leistenmüssen) staje się faktem rozstrzygniętym. Aż do tej chwili jednak istnieje tylko abstrakcyjna „odpowiedzialność“. Inaczej jest u Amiry, gdzie dług i odpowiedzialność są pojęciami tak różnemi, iż jedno w drugie przejść nie może, ale oba istnieją bądź to równoległe obok siebie, bądź też „odpowiedzialność“ ciąży na osobach, które nie ponoszą „długu“ i na odwrót. — W krytyce, obszernej i wyczerpującej, jaką poświęcił Brinz pierwszemu tomowi Amiry w *Göttingische Gelehrte Anzeigen*²⁾, uwydatnia Brinz w następujący sposób różnicę w zapatrywaniach na istotę Haftung: „Möchten wir also auch den Erscheinungen des altschwedischen Rechtes gegenüber bis auf weiteres daran festhalten, dass die Schuld nichts anderes als eine höhere Potenz der persönlichen Haftung und also selbst Haftung ist, die vollkommene Schuld eine vollkommene Haftung, so können wir konsequenterweise nicht zugeben, dass Haftung und Schuld Gegensätze seien“. Przyznaje Amirze słusność, iż odróżnia w obrębie obligacyi obowiązek prestacyi i gwarancyi i że traktuje odrębnie wymożenie prestacyi od wymożenia tego, co niedopełnioną prestacyę ma zastąpić („dare facere oportere“, i mające to zastąpić „praestare oportere“, „Ersatz“). Ale przeczy, aby słusznem było zapatrywanie, iż powinność prestacyi należy odnieść do pojęcia długu — a powinność gwarancyi do pojęcia „odpowiedzialności“. Ten kto powinien, lub kto musi dopełnić prestacyi, znajduje się w tem położeniu, ponieważ na nim ciąży obowiązek gwarancyi i odwrotnie. Oba te obowiązki są dwiema stronami jednej i tej samej rzeczy. Tylko ten szczegół Brinz przyznaje, iż termin „Schuld“ wywodzi się z powinności prestacyi (das Leistensollen), a termin „Haftung“ z powinności gwarancyi.

Teorya Brinza wywołała również znaczny ruch naukowy w dziedzinie kierunku dogmatycznego w odniesieniu do prawa rzymskiego

¹⁾ Pandekta² II. str. 1: „Denken wir unter obligatio nicht den Akt, sondern den Effekt der Obligirung, so gibt es kein deutsches Wort, das jene vollständigere wiedergäbe, als Haftung“. (Podobnie i w *Zeitsch. Grünh.* I. str. 16).

²⁾ 1885 Nr. 13—14, str. 523.

i dzisiejszego¹⁾. Jeżeli po większej części pisarze biorący udział w tym sporze, wywołanym pracami Brinza, odrzucają jego rozróżnienie „Schuld“ i „Haftung“ jako nieuzasadnione w prawie obiektywnem, to dzieje się to dla tego, ponieważ spór toczy się na tle prawa rzymskiego późniejszego, względnie na tle prawa nowożytnego — a nie dotyka dawniejszych faz rozwoju prawa. Tymczasem sam Brinz — jako na najcharakterystyczniejszy przykład, w którym „odpowiedzialność“ występuje na jaw, — powołuje się na dwa zjawiska prawne, oba z samych początków rozwoju prawa rzymskiego: na „fiducia cum creditore facta“ (odpowiedzialność realna) i na „nexum“ (odpowiedzialność osoby), zestawiając to ostatnie z całym szeregiem zjawisk spotykanych u różnych ludów w prymitywnej epoce ewolucji prawa („Schuld knechtschaft“ norweska, „Selbstverpfändung“ frankońska i wizygocka, układ niewolniczy w prawie indyjskiem etc.)²⁾. W przeciwstawieniu do Huschkego zwłaszcza — sądzi on, iż istota „nexum“ polega na tem, iż dłużnik z chwilą jego dopełnienia (per aes et libram) poddaje się dobrowolnie pod moc wierzyciela, a jego osoba (nexus) jest oddtąd w zastawie u wierzyciela, podobnie jak rzecz przy fiducia cum creditore; zapatrywanie to jednak Brinza nie znalazło dotychczas uznania u romanistów³⁾.

Powyżej zaznaczone różnice między Amirą a Brinzem należy niewątpliwie uznać za podrzędne — tak je zresztą określa sam Brinz w swoim sprawozdaniu w Gütt. Gel. Anz. (l. c.) — a natomiast wspólną jest im obu myśl podstawowa, tj. rozdzielenie dwóch pojęć: „długu“ od „odpowiedzialności“. Brinza doprowadziła do tego analiza dogmatyczna: w wiadomościach zaczerpniętych z historii prawa czerpie on tylko dowody uboczne na prawdziwość tezy, do której dochodzi inną drogą. Historia prawa rzymskiego, wobec prawie zupełnego braku źródeł do czasów najdawniejszych, daje wiadomości skąpe, niejasne i niewystarczające w żadnym razie — same przez się — do odbudowania jakiegokolwiek części systemu pierwotnego prawa rzymskiego. Inaczej z prawami ludów germańskich, zwłaszcza skandynewskich. Z tej samej (porównawczo biorąc) epoki, z której dla Rzymu dochowały nam się tylko ułamki źródeł, posiadamy dla świata ger-

¹⁾ Ob. Zoll O pojęciu zobowiązania z szczególnem uwzględnieniem nowej teorii Brinza (odbitka z Rozp. i spr. Wyd. hist. fil. Akad. Um., t. II, 1874). Na str. 41 i d. omawia Zoll powyżej zaznaczony stosunek między „Schuld“ a „Haftung“ — wedle teorii Brinza. Wszystkie nowsze prace odnoszące się do tego przedmiotu streszcza dzieło V. Punscharta: *Moderne Theorie des Privatrechtes* § 17, str. 55 i dalsze.

²⁾ *Lehrbuch der Pandekten* (1879) II. str. 13 oraz *Zeit. Grünh.* I. 20—26.

³⁾ Ob. up. Zoll l. c., V. Punschart l. c. str. 214, etc.

mańskiego źródła nieprzebrane, dokumenty, ustawy, zwody zwyczajowe, księgi sądowe. To też odbudowanie systemu prawa skandynawskiego, angielskiego, francuskiego czy niemieckiego — jest pracą ułatwioną, a grunt, na którym się taka praca opierać będzie, nie jest tak jak w prawie rzymskim niepewny i szczupły. Niewątpliwie tej to okoliczności przypisać należy, że myśl rzuconą przez Brinza już w roku 1874 (tom I. Zeitschrift Grünhuta), rozwinął dopiero i udowodnił dla innego zakresu prawnego Amira. Dalej należy jednakowoż stwierdzić, że rozróżnienie pojęciowe zupełnie widoczne w prawach narodów średniowiecznych (przyjmując, że badania Amiry udowodniły jego istnienie dla ludów skandynawskich, i że słusznym jest stanowisko zajęte przez Amirę, Puntscharta, Zallingera i in. co do średniowiecznego prawa niemieckiego) — że więc to rozróżnienie nie da się ze stanowiska nowożytnego prawa obiektywnego uzasadnić i przeprowadzić, podobnie jak i ze stanowiska systemu późniejszego prawa rzymskiego. Z tego wynika, że różnica między „Schuld“ a „Haftung“ ma swoje uzasadnienie w stosunkach pierwotniejszych, niż nasze, i że w miarę rozwoju kultury znika, a pojęcia „długu“ i „odpowiedzialności“ spływają w jedną całość.

Mimo to dotychczasowa literatura historyczna, o ile nawet zajmuje się temi dwoma pojęciami, okazuje znaczny brak, w tym mianowicie punkcie, iż nie stawia obu tych pojęć, jako kategorii historycznych i nie zadaje sobie pytania, dlaczego one powstały i dlaczego na pewnym stopniu kultury zniknęły? Amira jest historykiem o wybitnie „starożytniczych“ tendencjach (używam tego terminu w przeciwstawieniu do ewolucjonizmu historycznego); Puntschart zajął się wyłącznie prawem saskim między w. 11 a 16tym, i traktuje je jako system zamknięty, a perspektywy historycznej z umysłu nie daje, mając świadomość, że w takim razie należałoby sięgnąć poza źródła saskie, które przed w. 11tym płyną zbyt skąpo. Inni badacze wypowiadają wogóle swoje zdanie urywkowo i przygodnie. Otóż zajęcie się tą kwestyą ze stanowiska rozwojowego jest niewątpliwie pilną potrzebą naukową, ono też musi być jednym z zadań, o których rozwiązanie powinna się pokusić praca, zajmująca się początkami prawa umownego w Niemczech czy gdziekolwiek indziej.

Żadne pojęcie i żaden przepis prawa nie powstaje bowiem przypadkowo, ale każdy jest, nieświadomym nawet nieraz, wytworem pewnych ogólnych potrzeb i dążeń, które zbadać jest obowiązkiem nauki historii prawa. Jeżeli więc w kilku społeczeństwach związanych ze sobą podobieństwem cywilizacyjnym występuje w zakresie pewnej gałęzi prawa pewne pojęcie, zasadniczego dla tej gałęzi znaczenia, je-

żeli trwa przez czas dłuższy i znajduje swoje odbicie w normach prawa obiektywnego, a następnie znika zarówno z teorii jak i z przepisów prawa, tak że dopiero na drodze dochodzeń naukowych zostaje zrekonstruowane i na nowo społeczeństwu uświadomione, to muszą być tego głębsze przyczyny, których można się doszukać w stosunkach przeszłości.

Przy tego rodzaju badaniu nie można oczywiście ograniczyć się tą epoką, w której owo pojęcie traci już coraz więcej na znaczeniu, w którym ustępuje miejsca pewnym ideom nowym, a egzystencję swoją zawdzięcza jeszcze tylko konserwatyzmowi, z jakim społeczeństwa, zwłaszcza młode, trzymają się urządzeń tradycją przekazywanych. Chcąc pewną instytucję prawną wytłomaczyć, musi się sięgnąć do czasów, w których się ona dopiero kształtuje, w których występuje niejako zaczepnie, zdobywając sobie pole rozwoju i wypierając pojęcia i urządzenia dawniejsze. Jeżeli geneza germańskiego pojęcia „Haftung“ nie została przez dotychczasowe studia należyście wytłomaczona, to przedewszystkiem dlatego, iż dotychczasowe prace nad historią prawa umownego, o ile się tem pojęciem zajmowały, poruszały się w obrębie czasów kończących wieki średnie, to znaczy w obrębie epoki, w której to pojęcie traci już rację bytu i wchodzi w stadium rozkładu oraz przestaje powoli oddziaływać na życie prawne. A tymczasem geneza tego pojęcia, leży chronologicznie biorąc dużo głębiej, tak głęboko, iż zawodzą w tym względzie zarówno późniejsze źródła średniowieczne, jak nawet źródła epoki frankońskiej, a chcąc je wyjaśnić, trzeba sięgnąć do początków konstituowania się społeczeństw, które z czasem na obszarze zachodniej i północnej Europy w dzisiejszej swej postaci występują.

W myśl zaś uwag poprzednio wypowiedzianych metoda porównawcza może służyć, w znacznej części, jako najodpowiedniejsza droga do poznawania stosunków prawnych tych społeczeństw, a więc także do poznania ich prawa umownego. Rekonstruując prawo epoki wcześniejszej bądź to z urywkowych wiadomości bezpośrednich, bądź też z przeżytków i objawów szczątkowych, zachowanych w prawie późniejszym, można się, zgodnie z całym kierunkiem nowych badań historycznych, posługiwać śmiało wiadomościami o stosunkach innych ludów, stojących na tym samym stopniu cywilizacji.

Uzyskawszy w ten sposób podstawę do odtworzenia i zrozumienia stosunków najdawniejszych, będzie dalszem zadaniem niniejszej pracy przedstawić, w jaki sposób rozwijają się na tle tych stosunków najważniejsze urządzenia odnoszące się do średniowiecznego obrotu umownego ze szczególnem uwzględnieniem społeczeństwa niemieckiego.

Wiek XVI, epoka recepcyi prawa rzymskiego, która i w tym zakresie nie jest wprawdzie zupełną rewolucją prawną, ale w każdym razie otwiera nową erę ewolucyi, będzie kresem dla niniejszego przedstawienia.

II.

Stosunki umowne u ludów pierwotnych.

Określenie „ludu pierwotnego“ należy bodaj do najtrudniejszych zagadnień socyologicznych, a zarazem do najsporniejszych, mimo że pojęciem tem zmuszone są posługiwać się na każdym kroku wszystkie prace wchodzące w zakres socjologii. Zazwyczaj, od czasów Morgana, dzieli się dziś istniejące ludy świata na trzy typy rozwojowe: ludy pierwotne¹⁾, barbarzyńskie i cywilizowane, ale ściślej, a powszechnie przyjętej definicyi tych typów dotychczas niema.

Socyologowie dawniejsi, nie wyłączając Spencera, mieszały w swoich badaniach ludy zupełnie odmiennego poziomu rozwojowego, zestawiając fakta odnoszące się do ich życia społecznego w jedną całość, i zadowolniając się nieraz w skutek tego podobieństwami czysto zewnętrznymi i nieistotnymi. Potrzeba krytycznego rozebrania zbyt pospiesznie dokonanych uogólnień i syntez rozwoju, zmusiła w ostatnich czasach badaczy do ostrożniejszego pod tym względem postępowania, a jako najpilniejszą kwestyę metody porównawczej, właściwej socjologii opisowej, wysunęła potrzebę ścisłego podzielenia rozmaitych odmian rozwojowych na pewne większe klasy. Dotychczas badacze ściślejsi, dążący do opierania swoich wniosków na materyale mniej lub więcej jednolitym, postępowali zazwyczaj w ten sposób, iż ograniczali materyał, którym się posługiwali, terytoryalnie, względnie etnograficznie. Doświadczenie uczyło ich, że prawie zawsze postęp cywilizacyi odbywa się w równym tempie u ludów jednakowych ras, względnie u ludów różnych ras, ale rozsiedlonych w granicach pewnego zwartego terytoryum. Biorąc np. autochtonów północnej Ameryki i czerpiąc tylko stamtąd materyał porównawczy, uzyskiwało się mniej więcej pewną jednolitość materyału, która wystarczała, aby zapobiedz zbyt dowolnym zestawieniom i zbyt chwiejnym analogiom. Tak np. Dargun oparł swoją pracę o początki własności, aczkolwiek dochodził do wy-

¹⁾ Przyjęty przez niektórych badaczy jako odrębny typ rozwojowy pra-człowiek (Der Urmensch) nie wchodzi w ten podział, jako tylko hipotetyczny, nie istniejący w sposób historycznie uzasadniony.

ników, którym nadawał bardzo szerokie znaczenie, przeważnie na stosunkach ludów pierwotnych, zamieszkujących południową Amerykę. Steinmetz w jednej z najbardziej pod względem metodycznym ścisłych i wzorowych prac, jakie nauka prawa porównawczego wydała, w „*Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*“, ograniczył się przedewszystkiem do ludów kontynentu australskiego.

Ale było to raczej ominięcie trudności, aniżeli jej rozwiązanie. Rozwiązanie wymaga niezbędnie przyjęcia jakiegoś kryterium, według którego dałoby się rozklasyfikować wszystkie ludy świata. Przeszkody, na jakie wynalezienie tego rodzaju kryterium napotyka, przedstawiano już niejednokrotnie¹⁾, ale nie da się zaprzeczyć, iż w ostatnich czasach uczyniono w nauce bardzo dużo, aby takie kryterium odnaleźć. Przeważnie wszystkie odnośne usiłowania można podzielić na dwie grupy. Do niedawna szukano przeważnie owego kryterium w zjawiskach należących do kultury materialnej lub umysłowej, a więc do zakresu techniki (Morgan), ustroju gospodarczego (List, Marx, z nowszych Grösse, Bücher, Hehn i inni) lub form społecznego współżycia (Spencer, Ward, Giddings, Durckheim, Greff, a po części Dargun), wreszcie do stanu wyobrażeń ideowych (Andrew Lang, Roscoff i inni). W ostatnich czasach występuje za to usiłowanie odnalezienia owych cech dzielących ludy — w psychicznych właściwościach, charakteryzujących w danej chwili pewne społeczeństwo²⁾. Tu należą prace Tönnies'a, Vierkandt'a, Sutherland'a³⁾, Steinmetza, oraz Tarde'a, a ze starszych możnaby tu zaliczyć Comte'a. Nie przecząc, że ta druga grupa ma zasadniczą słuszność, skoro pomija skutek, a za podstawę klasyfikacji przyjmuje wprost przyczynę, trzeba zaznaczyć, iż przyjęcie cech psychicznych za kryterium wyłączone jest w dzisiejszym stanie nauki rzeczą niebezpieczną, są one bowiem znamię mało uchwytnem, przedstawia-

¹⁾ Ob. n. p. Dargun *Ursprung und Entw. Gesch.* str. 5 i d. Próbę zestawienia i omówienia tego rodzaju usiłowań uczynił Steinmetz w *L'Année sociologique* III. str. 43 i d., ale nie wyczerpał całej literatury: uderza zwłaszcza pominięcie pisarzy zajmujących się „socyologią religijną“ (n. p. Lang), aby użyć terminu przyjętego przez wydawców *L'Année*, uwzględniających — zresztą bardzo słusznie — w szerokich rozmiarach powyższą gałąź socjologii.

²⁾ Polemikę przeciwko przesłance służącej za podstawę zapatrywań całej pierwszej grupy t. j. przeciwko uważaniu jednej gałęzi z zakresu kultury materialnej lub umysłowej za dostateczną miarę do charakterystyki rozwoju pewnego ludu, zawierają wywody Kohlera w *Zeitschr. f. vergl. Rechts-Wiss.* XII, str. 190 i n. oraz w *Jurist. Literaturblatt* VII, str. 197 (specjalnie przeciwko metodzie, używanej przez Hildebranda).

³⁾ Streszczenie u Steinmetza (l. c.) oraz w *Zeitschr. Wolf* III, 1900.

jącem ogromne pole do dowolności i dlatego ze względów oportunistycznego naukowego skuteczniej jest trzymać się drogi pierwszej.

Aby uzyskać jednakowoż pewną korekturę dla zbyt jednostronnej klasyfikacji i aby uniknąć niedokładności możliwych przy uwzględnianiu zjawisk jednego tylko rodzaju, zwrócić należy uwagę na kilka objawów życia materialnego lub umysłowego i z ich skombinowania osiągnąć pewne kryterium dla zaliczania pewnego ludu do tej lub innej klasy. Kombinując w ten sposób zjawiska morfologiczno-socjalne z kulturą ekonomiczną i poziomem wyobrażeń ideowych, otrzymamy jako cechy ludów najniższych t. j. względnie pierwotnych (ludy natury): przewaga łowiectwa i rybołówstwa ponad innymi sposobami zdobywania żywności i idące za tem koczownictwo, istnienie jednolitej organizacji politycznej, t. zn. nie składającej się z drobniejszych grup samodzielnych ¹⁾, panowanie fetyszyzmu, animizmu i kultu przodków w dziedzinie wyobrażeń ideowych. Tak pojęte ludy pierwotne są klasą daleko obszerniejszą, aniżeli n. p. pierwszy stopień przyjęty przy podziale ludów przez Büchera, Grossego lub Warda, natomiast są klasą szczuplejszą od pierwszego stopnia przyjętego przez Giddingsa. Wytworzenie organizacji politycznej, wspólnej dla całego szeregu grup nie zróżniczkowanych dotąd pod tym względem wewnętrznie, dalej przejście do pasterstwa i rolnictwa, wreszcie zjawienie się systemów mitologicznych, oto chwila wstąpienia ludu pierwotnego w szereg ludów barbarzyńskich ²⁾.

Jest ogromną zasługą Durkheima, iż zarówno w swoim dziele „O podziale pracy społecznej“ (1893) jak i w „Regułach metody socjologicznej“ uwydatnił należycie, rozwijając odpowiednią myśl Spencera, potrzebę i podstawę rozróżnienia dwójakiego rodzaju możliwego składu społeczeństw ³⁾. Skład ten może mianowicie polegać albo na tem, iż poszczególne części danego społeczeństwa — jednostki lub grupy — są ze sobą związane podziałem pracy, a solidarność społeczną i wspólność interesów, jaka je łączy, nazywa wtedy Durkheim składem organicznym, albo też skład ten jest mechanicznym, to znaczy,

¹⁾ Organizacja rodzinna u żadnego z ludów historycznie znanych lub dzisiaj istniejących nie była politycznie samodzielną, nie jest nią nawet u Weddów, u mieszkańców Ziemi Ognistej, ani u Buszmanów, toteż jej istnienie w obrębie pewnego związku nie sprzeciwia się przyjęciu, iż związek ten jest jednolitą, a zarazem najniższą organizacją polityczną.

²⁾ Podział powyższy zgadza się w swoich wynikach z głównymi liniami podziału proponowanego przez Steinmetza, chociaż ten opiera go na cechach psychicznych.

³⁾ Les règles. str. 101 i d. oraz De la division str. 73 i d.

opiera się jedynie na podobieństwie w poglądzie filozoficznym na świat ¹⁾, który łączy różnolite części w jedną całość. Wedle Durkheima, który różnicę tę przyjmuje za podstawę swojej klasyfikacji typów rozwojowych społeczeństw, skład mechaniczny jest pierwotniejszy, a organiczny występuje dopiero przy bardzo wysokim typie produkcji ekonomicznej (Spencerowskie społeczeństwa przemysłowe). Zestawiając ten podział z powyżej podanem pojęciem ludów pierwotnych, należy zaznaczyć, iż skład społeczeństw pierwotnych odpowiada w zupełności temu, co Durkheim nazywa składem mechanicznym. Peryod barbarzyński rozwoju przedstawia pod tym względem okres przejściowy, a od zupełnego zwycięstwa składu organicznego zaczyna się peryod cywilizacji w życiu każdego narodu. W każdym razie w okresie mechanicznym tym węzłem społecznym, który rozmaite grupy polityczne wiąże w odrębną całość, są pewne wspólne im wszystkim pojęcia metafizyczne. Związek między nimi istniejący nie ma ani cech ani celów politycznych: utrzymania porządku na wewnątrz i bezpieczeństwa na zewnątrz. Społeczeństwa takie nie wytwarzają ani wspólnych naczelników, ani żadnych innych organów władzy; grupy, z których się one składają, żyją ze sobą w stanie ustawicznej waśni, porozumienie zaś jest możliwe li tylko na tle tego jedynego czynnika, który im jest wspólny t. j. pewnych wierzeń i pojęć. Wspólność ta sprawia, że nawet grupy najzupełniej sobie poza tem obce, są — choć na razie bardzo słabo — ze sobą złączone i mogą być objęte wspólnem pojęciem społeczeństwa. Na odwrót znaczenie tego węzła niknie coraz to więcej w miarę, jak rośnie znaczenie innego węzła społecznego, mianowicie podziału pracy i idącej za tem wymiany usług.

Wywody powyższe Durkheima odnoszą się niewątpliwie do różnicy zasadniczej zachodzącej pomiędzy społeczeństwem naszym a społeczeństwami ludów pierwotnych, ale nasuwają zarazem następujące zastrzeżenia. Obok związków mechanicznych znają i ludy pierwotne grupy społeczne oparte na składzie organicznym, i dlatego różnica powyższa pomiędzy dwoma możliwymi składami społecznymi nie nadaje się jako kryterium do klasyfikacji stopni rozwojowych cywilizacji. Prawdą jest, że wielkie zjednoczenia etniczne, na jakie dzielimy ludy pierwotne, są tylko społeczeństwami mechanicznymi, ale w obrębie tych społeczeństw

¹⁾ Durkheim używa określenia „l'ensemble des croyances et des sentiments communs“, czemu odpowiada doskonale niemiecki termin „Weltanschauung“. Terminy „skład mechaniczny“ i „skład organiczny“ są wybrane nie bardzo szczęśliwie: nie oddają zupełnie myśli kryjącej się popod nimi. Durkheim obrał je ze względu na analogie biologiczne, których się dopatruje w konstytucji segmentarnej i organicznej w świecie organizmów biologicznych.

czeństw spotykamy mniejsze związki, z których każdy jest związkiem organicznym. Różnica między grupami społecznymi ściślejszemi — czyli jak zwykle mówimy — politycznymi, a grupami obszerniejszemi u ludów pierwotnych, polega właśnie na różnicy węzła społecznego, który w pierwszym wypadku odpowiada w zupełności temu węzłowi, jaki łączy dzisiaj nasze państwa w pewną całość.

Ta właśnie dwoistość grup społecznych, to przeciwstawienie grup ściślejszych i obszerniejszych musi stać się punktem wyjścia przy badaniu wszelkiego prawa ludów pierwotnych, a więc także przy badaniu początków prawa umownego. Warunki, w jakich się wytwarza prawo w obrębie grup ściślejszych, są odmienne, aniżeli te, które wpływają na kształcenie się prawa mającego zastosowanie w stosunkach pomiędzy grupami, względnie pomiędzy jednostkami należącymi do grup rozmaitych. Grupy ściślejsze są asocjacyami opartymi na wspólności interesów materialnych, na łączności i wzajemnej pomocy społecznej swoich członków, wreszcie na istnieniu wspólnej naczelnej władzy, która urzeczywistnienia tej łączności przestrzega. Prawo odpowiadające tego rodzaju podstawom życia społecznego musi posiadać normy zupełnie odmienne, aniżeli prawo wytworzone dla stosunków na zewnątrz grupy, gdzie podstawą życia społecznego jest jedynie wspólność pojęć i wyobrażeń religijnych, a poza tem poczucia łączności i solidarności nie ma żadnego.

Grupy ściślejsze, które przeciwstawiamy u ludów pierwotnych grupom obszerniejszym, t. j. skupieniom etnicznym, wyróżniającym się cechami antropologicznymi i etnograficznymi od swoich sąsiadów, są również w pierwszym rzędzie etnograficzne, bo opierają się przede wszystkim na węzle krwi, ale organizacja ich i nazwa bywają rozmaite. Istnienie „hordy pierwotnej“, w tem znaczeniu, jakie temu terminowi nadawano do niedawna (komunizm własnościowy i heteryzm), a w co wierzyła nauka socjologii do niedawnych czasów, należy co najwyżej do dziedziny hipotetycznej: najniższa grupa polityczna, jaką, obserwując dzisiaj istniejące ludy pierwotne spotykamy, to bądź to „wielka rodzina“, w znaczeniu, jakie temu słowu nadał E. Grosse ¹⁾, (n. p. Buszmanowie), bądź też jeszcze obszerniejsza organizacja oparta na wspólnem pochodzeniu lub przynajmniej spokrewnieniu. Opisy badaczy i podróżników europejskich mówiąc o „hordach“ ludów

¹⁾ Trzeźwe, metodyczne jego badania usunęły chyba wątpliwości co do uznania „hordy pierwotnej“ za zjawisko istniejące do dziś dnia u niektórych ludów najprywatniejszych. Dziełom Starckego i Westermarcka należy się jednakowoż przyznanie pierwszeństwa w zwalczaniu tego błędu obserwacyjnego.

pierwotnych, mają zawsze tego rodzaju grupy ściślejsze na myśli¹⁾. Nazwy rodzime są oczywiście ogromnie obfite: w nauce spopularyzowały się tylko niektóre i bywają używane dla oznaczenia „hord“ pewnych społeczeństw prymitywnych, n. p. „warge“ Weddów, „krale“ ludów afrykańskich, „totemy“ ludów amerykańskich. Zastrzedz jednak należy, że nomenklatura ta odnoszoną bywa najczęściej do organizacji rodowej ludów pasterskich i rolniczych odpowiednich ras, które to ludy z pod przedstawienia na razie wyłączamy. Używając w dalszym ciągu słowa „horda“, mamy na myśli najniższe polityczne jednostki ludów pierwotnych.

Stosunki pomiędzy członkami pewnej danej hordy, a członkami innych hord sąsiadujących z nią i tworzących z nią „społeczeństwo“ pierwotne, są, jak to podnieśliśmy już powyżej, w regule zupełnie wrogie. Wystarcza fakt choćby przypadkowego wkroczenia na terytorium pewnej hordy przez członka hordy innej, aby spowodować wyrządzenie mu dotkliwej krzywdy, bez żadnej innej przyczyny. Obcy, nie należący do ściślejszej grupy jest w zasadzie uważany za wroga, a każde jego zbliżenie się grozi możliwością jakiegoś nieprzyjaznego z jego strony czynu, który lepiej samemu uprzędzić²⁾. Tego rodzaju pogląd rozpowszechniony po całej kuli ziemskiej utrudnia w wysokim stopniu wymianę usług pomiędzy członkami różnych organizacji ściślejszych i zmusza do wytwarzania dla niej pewnych specjalnych form zupełnie nieznanych w naszych stosunkach. Natomiast charakterystyczną cechą stosunków pomiędzy członkami jednej i tej samej grupy jest idea ściślej łączności interesów i ciągła wymiana usług, pomiędzy niemi

¹⁾ Odpowiedni materiał zestawił co do t. zw. przez siebie „ludów myśliwskich niższego rzędu“ Grosse w *Die Formen der Familie und der Wirtschaft* (1896) na str. 53—64; co zaś do „ludów myśliwskich wyższego rzędu“, na str. 82 i n. Co do hord australskich, których skład i znaczenie należą do najsporniejszych kwestyi w nauce prawa porównawczego, to ob. dzieło Cunowa *Die Verwandtschaftsorganisation der Anstralneger* (1894) na str. 121 i d., którego rezultaty potwierdzają pojmowanie „hordy“ jako związku opartego na wspólności krwi.

²⁾ Odnośny materiał źródłowy był wielokrotnie przez badaczy zestawiany dla różnych ras i różnych kultur. Między innymi dla ludów australskich: Waitz-Gerland VI. 750 (*ein Fremder der überraschend kommt, hat einen Angriff zu erwarten etc.*), dla Afryki Ratzel *Völkerk.* II. 64, 66; dla Weddów na Ceylonie Sarasin *Die Weddas* (1893) str. 555; dla rozmaitych ludów Spencer *Descript. Soc.* III. 47 i *passim*; Sartorius *Die Entstehung*, str. 49, Kulischer *Der Handel auf den primitiven Culturstufen* (*Zeitach. für Völkerpsych.* X. 1877) str. 380; Felix, *Eigentum* II. 386. Dla ludów rasy aryjskiej starał się uzasadnić podobny pogląd (*hospes = hostis*) Ihering w *Die Gastfreundschaft im Alterthum*, str. 365 oraz w *Geist* I. 220—1. Nadto Schröder w *Handelsgeschichte und Warenkunde* (1886) str. 5, a zwłaszcza w *Reallexicon der indogerm. Alterthumskunde* str. 271 i n.

istniejąca. Podróżnicy europejscy, obserwując stosunki ludów pierwotnych, mówili niejednokrotnie nawet, oceniając błędnie odnośnie ich zwyczaje i pojęcia, o komunizmie panującym w obrębie grup ścisłszych. Tak nie jest. Własność indywidualna jest pojęciem im znanem¹⁾, nie mniej indywidualizm gospodarczy człowieka pierwotnego jest jeszcze bardzo nierozwinięty, a jego prawa majątkowe są ograniczone na rzecz innych członków grupy daleko idącymi obowiązkami. Człowiek pierwotny jest zobowiązany względem każdego ze współuczestników tej samej grupy do udzielania mu wszelkiej pomocy, nie może mu odmówić podzielenia się z nim strawą. Jeśli tamten zażąda, musi mu użyzyć każdego przedmiotu będącego jego własnością: łodzi, broni, sprzętów, narzędzi, w razie potrzeby powinien drugiemu służyć swoją pracą i umiejętnością²⁾. Tego rodzaju obowiązek społeczny nie jest bezinteresowny o tyle, iż jest wzajemny: odplata następuje przy najbliższej sposobności, a uchylić się od niego nie wolno pod grozą zerwania solidarności przez całą grupę i wyłączenia z niej raz na zawsze, co stanowi presję zupełnie silną, aby tego rodzaju obowiązek do wzajemnej wymiany usług uczynić obowiązkiem prawnym.

Jak już słusznie zauważył Bücher³⁾, obrót umowny w tych warunkach powstać nie może: jednostka jest gospodarczo pochłonięta przez grupę, do której należy, a w obrębie tej grupy nie bywają zawiązywane w skutek tego specjalne węzły obligatoryjne pomiędzy jednostkami. Początków obrotu umownego należy też szukać nie w obrębie owych grup ścisłszych, ale po za nimi — w stosunkach, jakie mogą łączyć dwie grupy obce sobie, albo też dwie jednostki z dwóch grup obcych, albo wreszcie jednostkę z pewną obcą jej grupą. Stosunki te na prymitywnych stopniach rozwoju są wprawdzie, jak to powyżej podnieśliśmy, nader utrudnione wobec wrogiego usposobienia, jakie człowiek pierwotny żywi dla każdego, kto nie należy do jego ścisłszej-

¹⁾ Ob. Dargun, Ursprung (1884) str. 76 i passim.

²⁾ Ten stosunek wzajemnej pomocy u ludów pierwotnych jest znany powszechnie w nauce etnologii, a odnośnie faktu bywały również wielokrotnie razem zbierane. Obacz n. p. Spencer Princ. der Sociologie (tł. Vetter) III. 632 i 742; Lang, Etudes tradit. str. 36—7; Kulischer w Conr. Jahrb. III Folge, B. 18 (1899) str. 316; Steinmetz, Studien II. 74; Hellwald, Naturgeschichte I. 17—18; Dargun, Ursprung, str. 81 i d.; Carnoy w La Tradition 1891; Bücher Wirtschaft der Naturvölker (1898), str. 27 oraz Entstehung³⁾ str. 79. Jest rzeczą interesującą, iż z upadkiem tej idei wzajemnej pomocy na wyższych stopniach kultury powstają sztuczne związki specjalnie w tym celu zawiązane, których uczestnicy są zobowiązani wzajemnie sobie wygadać i pomagać. Ob. co do ludów afryk. Ratzel, Völkerkunde³⁾ II. 99 i 155; co do Kirgizów, Dingelstedt, str. XXXVII i d.

³⁾ Die Entstehung³⁾ str. 79.

szej grupy, — niemniej nie znamy tak prymitywnego stopnia cywilizacji, aby takich stosunków (choć rzadkich i krótkotrwałych) nie było.

Ekonomiczną treść tych stosunków stanowi przedewszystkiem zamiana przedmiotów, a potrzeba jej tłumaczy się bądźto nierówną zdolnością różnych pierwotnych grup do wyrabiania pewnych wszystkim przydatnych narzędzi, broni, ozdób etc. bądź też nierównym rozdziałem naturalnych produktów. O istnieniu tego rodzaju stosunków u współczesnych i u dawniejszych ludów pierwotnych świadczy znany wszystkim podróżnikom i archeologom fakt, iż płody lub wyroby właściwe pewnej okolicy — znajdowano nieraz w okolicach stosunkowo ogromnie odległych, dokąd tylko drogą gospodarczej wymiany pomiędzy różnymi grupami pierwotnymi dostać się mogły. Wymiana ta nie ma oczywiście form naszego handlu; dokonywa się bowiem w sposób, który można nazwać przypadkowym i nie jest bynajmniej świadomym przenoszeniem dóbr z jednego gospodarstwa do drugiego dla umożliwienia podziału pracy istniejącego pomiędzy nimi, — tak jak się to rzecz ma na naszych stopniach cywilizacji.

W nauce dawniejszej przeważało było zdanie, iż pojęcie „zamiany“ jest czemś pierwotnem, spotykanem na wszystkich stopniach cywilizacji — i to w jednakowej, dzisiejszej formie. Zwłaszcza ekonomiści dawniejsi (Turgot *Reflexions* § 22, Smith I. rozdział 2) próbowali wywieść potrzebę zamiany z popędu właściwego naturze ludzkiej, wrodzonego przeto człowiekowi nawet na najniższych stopniach, i tem samem usuwali genezę zamiany z pod dalszej analizy. Tak jednakowoż nie jest. Zamiana dóbr dokonywana regularnie i świadomie jest dopiero owocem dłuższej kultury, a u ludów pierwotnych jest ona czemś przypadkowem, z czego doniosłości nie zdają one sobie sprawy. Niema u nich ani stanu zawodowych pośredników w wymianie, ani też nie znają one umów, którym celem jest przeniesienie pewnego dobra z jednych rąk do drugich. Wymiana jest u nich podporządkowana innemu pojęciu, stanowi część innej umowy, najpierwotniejszej i zupełnie jeszcze nie zróżniczkowanej, obejmującej w sobie treść ekonomiczną ogromnie obszerną, z której dopiero z czasem wyłaniają się umowy o pewnej treści specjalnej. znane pod różnymi nazwami w prawie naszym — stanowi część umowy zbratania.

Obcy przybywający w obręb grupy ściślej jest uważany, jak podnosiliśmy powyżej, za człowieka wrogiego, i jako taki pozbawiony wszelkiego prawa. Członek tej samej grupy jest natomiast złączony z drugimi węzłem ściślej łączności gospodarczej, pochłaniającej samodzielność ekonomiczną jednostki w zupełności, a opartej na poczuciu wspólności krwi. Węzeł wspólności krwi może jednak zawdzięczać

swoje powstanie nie tylko naturalnemu faktowi przynależności do tej samej grupy ściślejszej, ale może być także wytworzony w sposób sztuczny. U najpierwotniejszych nawet ludów spotykamy się z pojęciem o możliwości stworzenia tego rodzaju sztucznego węzła. Można śmiało powiedzieć, iż obok pojęcia o sile wyższej poza światem realnym istniejącej, obok pojęcia własności i rodziny, jest to jedno z pojęć społecznych, bez których nie napotkano żadnego zbiorowiska jednostek ludzkich. Należy też ono do podstawowych elementów wszelkiej budowy społecznej, których analiza genetyczna przechodzi ze sfery socjologicznej w zakres badań psychologicznych.

Sposoby stwarzania tego sztucznego węzła pokrewieństwa dadzą się wyprowadzić z pewnej ogólniejszej idei, właściwej wszystkim ludom pierwotnym, a mianowicie, iż indywidualność pewnej jednostki nie ogranicza się tylko do samej jej osoby, ale ogarnia także to wszystko, co do niej bezpośrednio należy, będąc przeznaczone wyłącznie na zaspokajanie tylko jej potrzeb. Zgodnie z ogólnie stwierdzonym materyalistyczno-konkretnym sposobem rozumowania i myślenia ludów pierwotnych ¹⁾, pojęcie „ja“ u człowieka stojącego na najniższym stadijum rozwoju jest dużo szersze, aniżeli odnośne nasze pojęcie. Cały szereg przedmiotów i przyniotów, jak imię, części ciała, krew, włosy, paznogie, jego broń, ubiór stanowią w mniemaniu człowieka pierwotnego nierozdzielną z nim całość. Identyfikuje je on ze sobą tak dalece, że wierzy w możliwość pozyskania władzy nad jego osobą zapomocą zawładnięcia jedną z tych jego części. Wręczenie włosów, części ubrania, broni, bywa znanym wszędzie sposobem poddania się pod moc drugiego, co więcej ludy pierwotne są przekonane, iż nawet podstępne lub przypadkowe, bez woli danej jednostki dokonane owładnięcie jedną z tych materyalistycznie pojętych części człowieka czyni go zależnym od chwilowego jej posiadacza ²⁾. Biorąc pars pro toto nie odłącza człowiek pierwotny, tak w tym razie jak kiedyindziej, swojej indywidualności od jednej z jej części, a po-

¹⁾ Co rozbiera bliżej Schultze w *Psychologie der Naturvölker* (1900) str. 36 i d.

²⁾ Odpadki jedzenia lub resztkę napoju wypitego przez pewną osobę uchodzą na najniższych stopniach rozwoju za najstraszniejszy środek czarnoksiężski. Ten kto je posiada, pozyskał tem samem władzę nad niedość rozważną osobą, które zaniedbała je zniszczyć lub spożyć. Należy w takim razie posłać natychmiast wykup, aby je z rąk obcych wydobyć. Por. np. *Grimm Mythologie* (1854) str. 1282 lub *Schneider Naturvölker* I. 218—222, który zestawia odnośne zabobony co do resztek jedzenia, odpadków włosów, paznogi, części ubrania. I w naszym obyczaju ludowym istnieją liczne — choć mocno zbladłe — przeżytki tego rodzaju poglądu (np. kto się napije ze szklanki, w której została resztkę napoju, zna myśli osoby przed nim pijącej etc.).

trzeba dłuższego rozwoju, aby to, co na początku uważane jest faktycznie za cząstkę całości, przekształciło się w opinii ogólnej na jej reprezentację, surrogat, symbol ¹⁾).

Na tej to idei, w literaturze etnograficznej najnowszych czasów niejednokrotnie stwierdzonej, opierają się także sposoby rozszerzania koła pokrewieństwa. Wspólność krwi osiągnąć można nie tylko przez urodzenie z tego samego przodka, ale i przez transfuzję paru kropel, dokonaną pomiędzy dwiema obcemi sobie dotychczas jednostkami ²⁾. Osiągnąć ją dalej można zapomocą nader rozpowszechnionego środka zamiany imion, bo imię to jedna z najdonioślejszych właściwości każdej jednostki, której ustąpienie na rzecz drugiego — stawiając obu w stosunku wzajemnej od siebie zawisłości — łączy też obu węzłem równie ścisłym jak wspólność krwi w żyłach ³⁾. Spokrewnienie może być dalej wynikiem przelania swego tchu w drugą

¹⁾ W kulcie religijnym nawet ludów wyżej stojących utrzymuje się przez długie czasy pojęcie, wyrobione na stadyach niższych i pod względem psychologii i myślenia odmiennych, iż imię jest cząstką istoty, która je nosi. Znać to imię — to to samo co mieć władzę nad ową istotą, a wymawianie głośne tego imienia, to sposób, aby zmusić tę istotę do posłuszeństwa. Na tem polega zastosowanie modlitwy i inkantacji w kulcie religijnym: i bogowie bowiem są podlegli temu faktowi, iż kto ich imię wymawia, ten ma nad nimi władzę. Nowsza mitologia (Usener Götternamen 1896, passim) słusznie tak wysoko ceni kwestyę nomenklatury bóstw i czyni ją punktem wyjścia dla swoich badań.

²⁾ Idea spokrewnienia się przez picie lub zastrzyknięcie wzajemne krwi jest tak jasną i leżącą na dłoni, iż nie potrzebuje bliższych objaśnień. Odnośne przykłady zestawiano nader często, dla przykładu obacz Steinmetz Ethn. Stud. I. 445, Cassel Die Symbolik des Blutes (1882) str. 30 i nast. lub Kohler w Grünhuts Zeitsch. 1892. XIX B. str. 565, który rozwija myśl bardzo trafną i przydatną dla zrozumienia psychologii ludów natury, iż wspólność krwi sprowadza wedle nich wspólność duszy, oczywiście duszy w ich pojmowaniu. Klasycznym przykładem spokrewniania się w ten sposób jest przypadek opisany w Tacyta Ann. XII. 47.

³⁾ O zbrataniu przez wymianę imion u ludów australskich ob. Waits-Gerland Antrop. VI. 622; co do innych ludów ob. Sartori w Globus 1896 str. 224—242 (Die Sitte der Namensänderung); Steinmetz Ethnol. Stud. I. 455; Spencer Descr. Soc. III. 23; Robinsohn Die Psychologie der Naturvölker (1895) str. 83; Schmidt Das Recht der trop. Naturvölker (Zeit. f. vgl. R. W. XIII) s. 295; Kohler w Zeit. für vgl. R. W. III. str. 449 etc. Dzieło Steinena, przynoszące tyle bystrych i dokładnych obserwacji, podaje także doskonały opis takiego zbratania między Steinem a jednym z naczelników brazylijskich: „Naczelnik nakazał mi wstać, zapukał sześć czy siedm razy po moim grzbiecie, dmuchnął mi na pierś, i szepnął mi do każdego ucha: Mayúli. W ten sam sposób musiałem postąpić z osobą Mayúlego i wbić mu w pamięć moje imię Karilose (zamiast Carlosa)” (str. 125). Opis Darwina o zbrataniu obcych z mieszkańcami Ziemi Ogn. (Reise eines Naturforschers, 1875) jest zupełnie identyczny — z tą tylko różnicą, że Darwin nie rozumiał znaczenia obrzędu.

osobę ¹⁾ — a nawet swojej śliny, również nader rozpowszechniony u ludów natury sposób zawiązywania sztucznego węzła pokrewieństwa ²⁾. Wreszcie przez wręczenie drugiemu swoich włosów lub paznogi ³⁾ Dla dalszego rozwoju posiada jednakowoż jeszcze wyższe znaczenie przedewszystkiem zamiana przedmiotów będących własnością dwóch jednostek ⁴⁾, następnie wspólne pożywanie jedzenia lub picie jednego i tego samego napoju przez dwie dotąd sobie obce jednostki ⁵⁾.

Są to dwa środki zawiązania sztucznego pokrewieństwa, na tle których wyrastają w dalszym przebiegu odmienne sposoby umownego obrotu, i które powoli coraz silniej się oddalają, ale które początkowo są do siebie nader zbliżone. W obu razach następuje spokrewnienie przez stworzenie węzła wzajemnej zawisłości między dwiema obcemi sobie jednostkami. Węzeł ten powstaje przez obustronne posiadanie rzeczy uważanych za części składowe indywidualności drugiego, które to części pozostają z nim ściśle połączone mimo to, iż je odstąpił drugiemu: taką częścią jest równie dobrze jego broń, jego odzież, jego ozdoby — jak napój i pokarm, który posłużył do zaspokojenia uczucia jego głodu i pragnienia. Zachodzi tylko ta różnica — i ona to

¹⁾ Przelanie tobu jako forma spokrewnienia, zbratania, zaprzyjaźnienia osłabia się w dalszym rozwoju do znaczenia osculum pacis. Ale do dziś dnia utrzymuje się u niektórych ludów połd. sławiańskich lub kaukaskich (np. Dingelstedt *Le régime patriarcal* 1891 str. 34) znaczenie pocałunku jako formy zbratania.

²⁾ Splunięcie na stronę przeciwną jako sposób zbratania (przyjęcia do grupy) ob. np. Paulitschke *Ethnogr. Nordost Africas* (*Mater. Cultur*, 1893) str. 246. Często jest w ogóle ten sposób u ludów podlegających cywilizacji mahometańskiej, ob. Ciszewski *Künstliche Verwandtschaft* (1897) str. 76 i 78. Plucie na kontrahenta lub na towar spotykamy nawet później na wyższych stopniach kultury dość często, jako sposób zawarcia umowy. Przykłady zestawia Friedrichs *Univ. Obligationenrecht*, str. 14—5; Ob. też Letourneau *Commerce* str. 15 (co do Eskimosów).

³⁾ Spokrewnienie przez wzajemne obdarzanie się wyrwanymi sobie włosami rąs i głowy utrzymało się dotąd w obyczaju ludowym Sycylii — ob. o tem rozprawę Wesołowskiego w *Żurnał minist. nar. prosw.* 1894 (cytow. *Wiśła IX*. 828). Znaczenie włosów jako symbolu poddania się wyjaśnia bliżej Potkański *Postrzyżyny (passim)*.

⁴⁾ Wymiana części odzienia, lub ozdób jako sposób zbratania ob. Kohler w *Zeit. für vgl. R. W.* XII. 410 lub Steinmetz *Ethn. Stud. I*. str. 455. Wymiana broni ob. Klemm w *Zeit. für vgl. R. W.* XIII. 135. Wogóle należy ten sposób do najczęściej spotykanych środków zbratania, a znają go nawet (w znaczeniu symbolu) ludy na wysokich stopniach kultury. — Nadto spotykamy i taką mięszaną formę zbratania, gdzie przybywający Europejczyk ofiarowuje dzikim kawałek czerwonego sukna, naczelnik ich odpowiada na to wyszeptaniem swego imienia do ucha Europejczykowi (*Hellwald Naturg. I*. 469), poczem dopiero następuje zawiązywanie stosunków zamiennych.

⁵⁾ Ob. np. Steinmetz *Ethn. Stud. I*. 455; Ratzel *Völkerk.* ³ I. 570; etc. Zaawczaj wspólne jedzenie ogranicza się do podania przybywającemu naczynia z napojem

powoduje wyrobienie się różnych form obrotu, opartych na podobnej podstawie — iż zamiana broni lub odzieży jest zarazem aktem o pewnej doniosłości ekonomicznej sama przez się. — przedmioty te bowiem posiadają w oczach człowieka pierwotnego wysoką wartość użytkową; przeciwnie zaś wspólne spożycie jada czy napoju charakteryzuje się od razu jako czynność pod względem gospodarczym zupełnie obojętna.

Zawiazywanie tego rodzaju stosunków jest dlatego rzeczą możliwą i naturalną, iż odbywa się ono pomiędzy członkami różnych wprawdzie grup ściślejszych, ale połączonymi ze sobą przynależnością do tego samego „społeczeństwa“ w powyżej rozwiniętem tego słowa znaczeniu, tj. do skupienia grup mających wspólne ze sobą wierzenia i pojęcia, wspólny pogląd na świat. Jeżeli zaś, jak się to w czasach nowszych coraz częściej zdarza, w obręb takiej grupy pierwotnej dostanie się człowiek zupełnie odmiennego poziomu kulturalnego, niepodzielający jej sposobu patrzenia i rozumowania, to albo zostaje narażony na wrogość usposobienia, z jakim tam każdego obcego się traktuje — albo też i on, świadomie lub bezwiednie, musi przystosować się do tego jedynego sposobu zawiazywania stosunków pomiędzy uczestnikami odmiennych organizacji, jaki ludy pierwotne dopuszczają.

Spokrewnienie zawarte w sposób sztuczny wywołuje analogiczne skutki prawne, jak i fakt spokrewnienia naturalnego. Jednostka dotąd zupełnie w obrębie pewnego związku społecznego obca, narażona na usposobienie wrogie, nie broniona przez prawo, staje się odtąd podmiotem prawnym w stosunku do każdego z członków owej

lub kawałka chleba, soli etc. i spożycia wspólnego (łamać się chlebem, przypić do kogoś). Na wyższych stopniach kultury symbolizuje to jedynie fakt zaprzyjaźnienia, ale na niższych łączy się z pojęciem pokrewieństwa. Wogóle zauważyć należy, że jestto jedno z najbardziej rozpowszechnionych między ludami świata pojęć, i że spotykamy je wszędzie od grup najpierwotniejszych do najwyższych. Że początek jego musi tkwić w sposobie patrzenia na świat ludów pierwotnych, jest wobec tego rzeczą jasną, bo trudno przypuścić, aby pojęcie tak uniwersalne przeszczepione było od ludów wyższych do niższych. Znaczenie wspólnej uczty u ludów pierwotnych objaśnia Kohler (w *Recht, Glaube und Sitte. Grünhuts Zeitsch.* XIX B. 1892 str. 567) nieco inaczej: wedle niego ludy pierwotne wychodzą z założenia, że tylko wspólność krwi spokrewnia, a wspólna uczta jest powodem i symbolem wspólności krwi (*das gemeinsame Mahl, das gemeinsame Blut*). Tłomaczenie to (jedyna zresztą w nauce próba wytłomaczenia genezy powyższego pojęcia, jaką napotkałem) jest zbyt skomplikowane, jak na znany skądinąd prosty, materialistyczny sposób myślenia ludów pierwotnych.

Dodać zresztą należy, że wręczanie wzajemne własnych środków żywności jest również częstym środkiem zbratania, jak wspólne ich spożycie. Ob. np. Waitz-Gerland *Antrop.* V. 2. str. 173 albo Darwin *Reise eines Naturforschers* (1875) str. 215 (o mieszkańcach Ziemi Ognistej).

grupy. Pojęcia prawne wyrobione odnośnie do stosunków łączących uczestników grupy między sobą, zostają na nią przeniesione; ma ona możliwość komunikowania się z niemi, wymieniania z niemi usług i rzeczy. Ta sama solidarność i łączność gospodarza, która charakteryzuje życie ekonomiczne w obrębie ściślejszej grupy — zostaje rozciągnięta na nowego przybysza; może on z niej korzystać, ale zarazem nakłada ona na niego takie same obowiązki, jakie ciążyą na wszystkich członkach grupy, zasadą jej bowiem jest wzajemność i odpłatność każdej oddanej usługi, każdego odstąpienia rzeczy ¹⁾.

Motywy zawiązywania tego rodzaju pokojowych stosunków między członkami dwóch grup odrębnych nie bywa oczywiście zrazu zamiana usług czy przedmiotów wartościowych, jako taka. O znacznej liczbie ludów pierwotnych posiadamy zgodne relacje, iż nie znają one stałej wymiany ²⁾, i że uważają ją przez długie czasy — nawet pomimo kontaktu z Europejczykami — nie za cel sam w sobie, ale za środek do zawarcia pokojowego stosunku. Zamiana bywa rzeczą zrazu podrzędną, przedmiot, który służy do zawarcia zbratania, jest obojętny, może mieć ale może i nie mieć wartości użytkowej; jeśli jednak z jednej strony wręczony zostanie, druga musi wystąpić z odpłatą. Dopiero częstsze stykanie się członków dwóch grup obcych, które żyją lub żyły w tego rodzaju odosobnieniu, iż posiadają bądź to odrębną technikę gospodarczą, bądź też rozporządzają odmiennymi naturalnymi produktami, uczy powoli oceniać pożytki zamiany i przyzwyczajają do zawiązywania takich stosunków, w których się ona staje celem sama dla siebie.

Zgodnie z przeznaczeniem tej zamiany nie bywa też ona pierwotnie zamianą dwóch przedmiotów równowartościowych. Wartość zamienna jest pojęciem przez długie czasy nieznanem, a relacje pierwszych podróźników, którzy zetknęli się z pewnymi ludami pierwotnymi stwierdzają to wielokrotnie. Obfitują w przykłady tego rodzaju

¹⁾ Ihering *Gastfreundschaft* (l. c.) str. 373 omawia tego rodzaju pojęcia ludów (zwłaszcza klasycznego świata), które nakazywały bratać się przed zawarciem umowy, ale łomaczy to ze swoim trzeźwym utylityzmem zupełnie fałszywie, nie uwzględniając psychologii człowieka natury. Podobnie w Zweck II. 248, gdzie wspólne picie obu kontrahentów pojmuje jako rękojmię dawaną obcemu, iż napój nie jest zatruty.

²⁾ Liczba takich ludów pierwotnych nie mających jeszcze pojęcia o zamianie celowej maleje oczywiście z dnia na dzień. Ale podróźnicy dawniejsi (np. Dampière 1688, Cook 1774) spotykali jeszcze takie ludy bardzo często (Sartorius w *Zeit. für Wirt. Gesch.* IV. 1895 str. 5—6). Dzisiaj one albo wyginęły, albo przeważnie zapoznały się z korzyściami zamiany i zawieranie zbratania odłączyło się już u nich od wymiany w ściślejszem pojęciu. Ale i dziś jeszcze — jak słusznie zaznacza Friedrichs *Univ. Oblig.* str. 87 — „nicht jeder Austausch ist als Geschäft, Tauschhandel aufzufassen“.

podróże Cook'a, z nowszych badaczy znakomite dzieło K. Steinena poświęca to również dla ludów środkowo-brazylijskich. Steinen konstatuje naprzykład u niektórych z tych ludów (Bakaïri, Suyá, Nahuquá, Kramayurá) istnienie poczucia korzyści płynących z zamiany i fakt obrotu zamiennego, a mimo to stwierdza z całą stanowczością nieznaną pojęciu wartości (zamiennej). Leży w tem dowód, iż pojęcie to jest owocem pewnego dłuższego rozwoju¹⁾, a nie zjawia się bynajmniej równocześnie z zamianą: „Nasz trzeźwy, kupiecki sposób zamiany towaru na towar był wszystkim szczepek z początku zupełnie obcy. Ale uczyli go się prędko. Zdarzały się jednak przytem zabawne i niesłychane rzeczy. Jeden zerwał garść mangawy i zażądał za to wielkiego noża. Inny chciał mieć za to perły, iż mu jeden z nas zabandażował rękę. Tylko jeśli im się oświadczyło, iż my sami mamy żądanego przez nich przedmiotu po jednym ledwie egzemplarzu, to nie nastawali więcej“ (Steinen l. c.).

Chwila wyrobienia się pojęcia wartości zmusza zarazem do pewnego przekształcenia i rozwinięcia najpierwotniejszych form zamiany. Następuje to w ten sposób, iż zamiana zaczyna się składać z kilku równorzędnych czynności, z których tylko pierwsza ma na celu spokrewnienie i polega bądź to na zamianie imion, transfuzji krwi, ugoszczeniu, wręczeniu osobistych ale jakiegokolwiek darów, etc. — a następne mają już znaczenie ściśle ekonomiczne, tak że strony dążą przy nich do odpowiadającej ich pojęciom równowartości w obrocie. Że taka forma obrotu z ludami pierwotnymi jest pochodną, świadczy o tem fakt, iż podróżnicy i kupcy europejscy stykając się po raz pierwszy z pewnym ludem, muszą go dopiero tej formy obrotu uczyć, zastając jako jedynie znany obrót w formie zbratania. Dzięki kontaktowi z Europejczykami lub z innymi ludami wyżej od siebie cywilizowanymi, coraz to więcej ludów pierwotnych zaznajamia się z tą wyższą formą obrotu, aczkolwiek i dziś jeszcze (dość powołać się

¹⁾ Że to pojęcie wartości opiera się zrazu na kryteriach czysto-mechanicznych i sewnetrznych — a nie na pożytku, to jest rzeczą zrozumiałą. „Kaunibale“ (których opisuje w swej podróży Branchi, ob. Hellwald Naturgeschichte I. 134) „znali już pojęcie wartości przy zamianie, ale pojmowali je odmiennie jak my. Krajowiec otrzymując za towar sztukę monety opatrywał ją, czy jest tej samej wielkości, co sztuki doręczone przedtem przez kupca innym krajowcom ale nie troszczył się wcale, czy towar oddany przez niego miał tę samą wartość, co towar innych krajowców“. Inne przykłady tego rodzaju mechanicznego oceniania wartości ob. Friedrichs Univ. Obligationenrecht, str. 87; Steinen l. c. str. 333 (es fehlte bis zu einem gewissen Grade der Begriff des Wertes); Schmidt w Zeit. für vgl. R. W. Tom XIII. str. 314. O nieznaności pojęcia wartości (wedle naszego rozumienia) u Skandynawców XI w. ob. Weinhold Altnord. Leben str. 101.

na powyżej zacytowany opis Steinena) jest jeszcze na kuli ziemskiej znaczna liczba ludów pierwotnych, które uznają jedynie dawniejszą, nie zróżniczkowaną formę zawierania umów z obcymi ¹⁾). Inną konsekwencją z tego pierwotnego sposobu pojmowania wymiany usług i darów, jest konieczność jej odpłatności. Pojęcie, iż dar jednostronny sprowadza zawisłość, a tylko odpłata czyni tę zawisłość wzajemną i w ten sposób łagodzi jej skutki, utrzymuje się nawet i wtedy, kiedy zamiana staje się celem sama w sobie, a nie tylko środkiem zbratania. Nie odpowiedzenie darem za dar jest rodzajem najcięższej krzywdy, zamachem na bezpieczeństwo jednostki dar ofiarowującej. Na tle tego to pojęcia wyrabia się przekonanie o natychmiastowej odpłatności każdej prestacyi w obrocie umownym z członkami grup pierwotnych ²⁾). Znakomity badacz stosunków prawnych ludów natury J. Kohler zestawivszy fakta, z których wynika, iż ludy te nie znają pojęcia bezinteresownej darowizny, konkluduje słusznie, iż „epoka pierwotna nie знаła innego sposobu przeniesienia własności, jak tylko odpłatny“ ³⁾). Nawet u ludów barbarzyńskich i pół cywilizowanych spotykamy się bardzo często jeszcze z silnie wyrobionem pojęciem, iż każda darowizna zobowiązuje koniecznie do natychmiastowego wydzięczenia się darem za dar, choćby niekoniecznie równym ⁴⁾). Po-

¹⁾ Laiteau w klasycznym swem dziele *Moeurs des sauvages* (1724) II. 533 podnosił nawet co do Indian połnocno-amerykańskich a więc co do ludu, który już przeszedł poziom kultury pierwotnej, że „znają tylko sposób handlu przez prezenta. Posyła się prezent naczelnikowi, a ten nań odpowiada, ale odebranego prezentu nie należy oglądać z blizka“ (to znaczy, nie można targować się i domagać ściślej równowartości).

²⁾ Pojęcie to jest właściwe wszystkim ludom na niższych stopniach kultury. Ob. np. Krause *Tlinkit-Indianer* (1883) str. 168; Kulischer (*Conr. Jahrb.* I. c.) str. 333; Post *Grundriss* II. 681; Schneider *Naturvölker* II. 301. Nie odpowiedzenie darem na dar uprawnia pokrzywdzonego do morderstwa (Sarasin *Weddas* 1893 str. 555). Nie, pokój dzikich, gdy nie otrzymują natychmiastowej odpłaty -- opisuje Steinen I. c. str. 333.

³⁾ W *Krit. Viertelj.* IV. 171—2.

⁴⁾ U ludów na wyższych stopniach kultury przekształca się to z czasem w przepisy prawne, iż darowizna nieodpłatna jest nieważna, i że ważność nadaje jej dopiero wręczenie symbolicznej (choćby pozbawionej wartości) odpłaty. Na tem polega „lauegild“ ogólnie germański, do którego analogie znajdujemy u wszystkich ludów aryjskich (ob. np. co do Persów *Leist Jus civile* I. 58). Przeżytki tego poglądu w obyczaju ludowym polskim i niemieckim ob. Wuttke *Volksaberglaube* (1869) str. 380 lub Świętek *Materyały antr.* II. 205. — Znaną jest rzeczą wreszcie, że w kulcie religijnym zostaje zużytkowanym ten pogląd ludów natury dla wydoskonalenia pojęcia ofiary, o czem ob. Oldenberg *Die Religion des Veda* (1894) str. 311 lub co do Rzymian i Greków Sittl *Die Gebärden* (1891) str. 317—318. Por. też rozdział następny.

dróżnicy europejscy umieją to przekonanie wyzyskiwać doskonale dla celów obrotu handlowego, chociaż jest im oczywiście obcym podkład ideowy, na tle którego to przekonanie wyrasta.

Z natury pierwotnych związków społecznych, z ich ekonomicznej solidarności i łączności wynika dalej, że na tych stopniach rozwoju nie spotykamy się, o ile o obrót zewnętrzny chodzi, z umowami, dotyczącymi wyłącznie dwóch obcych sobie jednostek, ale że każda umowa ogarnia zarazem ogół uczestników pewnej takiej grupy. Tam gdzie zamiana pojmowana jest przede wszystkim jako zbratanie, spokrewnia ona obcego z całą grupą; tam gdzie staje się ona celem sama dla siebie, spotykamy się z faktem, iż w zawieraniu jej ogół grupy bierze czynny udział. Występuje to zwłaszcza tam, gdzie pojęcie wartości zamiennej zaczyna się ustalać i gdzie dar — obok związanego z nim znaczenia prawnego — ma równocześnie znaczenie odpłaty ekonomicznej. Widzimy w takich razach, iż sąd o wartości zamiennej pewnego przedmiotu zależy od orzeczenia wszystkich członków pewnej grupy, i że żaden z jej uczestników nie odważa się zawrzeć umowy na własną rękę bez porozumienia się z drugimi ¹⁾. Narady i rozpatrywanie się trwają zazwyczaj niesłychanie długo, dzięki charakterystycznemu dla człowieka pierwotnego brakowi woli i nieumiejętności szybkiej decyzji. Ponieważ zamiana ma być wyrazem przyjacielskiego usposobienia wytworzonego zbrataniem, przeto wykluczona jest na tym stopniu dążność do pokrzywdzenia, ludy pierwotne przenoszą bowiem na obcego pojęcia natury etycznej wyrobione w stosunkach uczestników grupy między sobą ²⁾. Zamiana nie jest ważną, póki obie strony nie orzekną i nie stwierdzą w uroczysty, widoczny sposób, iż są z dokonanej zamiany w zupełności zadowolone ³⁾. Nawet wręczenie daru czy odpłaty, o ile takie stwierdzenie nie nastąpiło, nie pozbawia żadnej ze stron możliwości rozwiązania zamiany, jeśli ta okaże się w mniemaniu jednej z nich niekorzystną. Jestto jeden z tych punktów, na których Europejczykom najtrudniej porozumieć

¹⁾ „Jeżeliśmy im coś ofiarowali” — pisze Cook (Erste Reise I. str. 249) o mieszkańcach wyspy Huaheim — „nie chciał żaden z nich nabyć tego na własną odpowiedzialność, ale zbierał przedtem opinie swoich towarzyszy, przez co wiele czasu szło na marne”.

²⁾ Tem się tłumaczy zadziwiająca nieraz Europejczyków uczciwość w obrocie z dzikimi ludami, ob. np. Letourneau Commerce str. 32 lub Schneider Naturvölker II. 297, 299. Łamiący umowę zbratania bywa zabity przez własnych krewnych (ob. np. fakta w Andréego Ethnogr. Parallelen 1878, str. 177—8).

³⁾ Istnieją zazwyczaj pewne formułki służące do głośnego, niewątpliwego stwierdzenia tego zadowolenia, ob. np. Sartorius (l. c.) str. 55.

się z ludźmi pierwotnymi i który daje powód do ustawicznych sporów przy obrocie zamiennym ¹⁾).

U większości ludów pierwotnych nie mamy już do czynienia z luźnymi agregatami jednostek, ale owszem spotykamy prawie despoticznie rządzone grupy społeczne z naczelnikami obieranymi co pewien czas przez ogół lub przynajmniej przez najwybitniejszych członków ²⁾. Stosunki z grupami w ten sposób zorganizowanymi są o tyle też łatwiejsze, iż w imieniu grupy zawiera umowę jej naczelnik, czyniąc to bądź to na własną rękę, bądź też porozumiewając się z otoczeniem. Prawo zawierania umów zbratania czy zamiany w imieniu całej grupy uchodzi nieraz za jeden z atrybutów władzy naczelnika: miewają oni tego rodzaju monopol, któremu poddać się muszą wszyscy obcy pragnący zawiązać stosunek z kimkolwiek z grupy. O wyborze na naczelnika rozstrzyga nawet u niektórych ludów między innymi zręczność i talent w tym kierunku okazane, jak to mamy np. dla ludów południowo-amerykańskich stwierdzone, pomimo iż stoją one na stosunkowo bardzo niskim stopniu uspołecznienia ³⁾. Monopol umowny naczelnika grupy należy do pojęć niesłychanie rozpowszechnionych, a jego objawy szczątkowe spotykamy jeszcze i na wyższych szczeblach kultury prawnej ⁴⁾. W stosunkach pierwotnych jest on jednym z ułatwień zawiązywania stosunków, jako rękojmią łatwiejszego uzyskiwania zgody przy zawarciu umowy, która inaczej przy niestałości usposobień i gustów człowieka pierwotnego z trudnością tylko dałaby się osiągnąć. Należy też zaznaczyć, że u niektórych ludów monopol naczelnika ogranicza się do zawiązywania stosunku pokrewieństwa z człowiekiem obcym i do samego kierownictwa czynnością zamiany, ale poza tem dopuszczalne jest, aby jako podmiot zamiany występował następnie którykolwiek z uczestników grupy: w takim razie przysługuje jednak naczelnikowi rozstrzyganie w sporach mogących wyniknąć i do niego należy przymusić stronę, aby umowy dotrzymała, nie cofając raz wyrażonego zadowolenia ⁵⁾.

¹⁾ Ob. odnośne przykłady w artykule Kulischera (Conr. Jahrb. I. c.) str. 317 i 313.

²⁾ Ob. Vierkandt Die politischen Verhältnisse der Naturvölker w Zeit. für Socialwiss. IV. B. (1901) str. 500 i d.

³⁾ Schmidt Über das Recht der tropischen Naturvölker (Zeit. f. vgl. R. W. XII) str. 289.

⁴⁾ Odnośne przykłady nie rozdzielone wedle stopni kultury zestawiano już wielokrotnie. Ob. np. Post Grundriss I. 402; Kulischer w Conr. Jahrb. (I. c.) str. 324; Spencer Justice, str. 150—1; Letourneau Commerce str. 318; etc.

⁵⁾ W charakterze egzekutora długów występuje naczelnik bardzo często ob. Kohler Rechtsv. Studien str. 237—8, lub Martius Von dem Rechtszustande unter den

Tego rodzaju prymitywne stosunki umowne, o jakich dotąd była mowa, zawiązują się zazwyczaj czysto przypadkowo i doraźnie tj. tylko w razie przybycia obcego w obręb pewnej grupy pierwotnej. Nawet handel prowadzony przez Europejczyków z ludami pierwotnymi ma cechy doraźności: każdy Europejczyk nowo przybywający musi na nowo zawiązywać stosunek zbratania, a więc na nowo ustanawiać ów specjalny, ad hoc stwarzany węzeł, który umożliwi nie tylko dobrą wiarę w obrocie zamiennym ale w ogóle zbliżenie się i porozumienie kontrahentów, zastępując ten ogólny porządek prawny, na którego podstawie rozwijają się stosunki umowne w obrębie ściślejszych grup społecznych ¹⁾).

Tego rodzaju doraźnym, przypadkowym stosunkom umownym przeciwstawić należy inne formy obrotu ściśle z tamtymi się łączące, i z tamtych wyrastające, ale posiadające większą trwałość i umożliwiające dlatego daleko lepiej peryodyczne odnawianie węzłów umownych między członkami obcych sobie organizacyi. Pierwsza z tego rodzaju form i jak się zdaje w porządku rozwojowym najpierwotniejsza polega na tem. iż członkowie dwóch grup wyruszają ze swoich siedzib i w pewnym umówionym lub stale przyjętym punkcie zbliżają się do siebie. Zbliżenie to ma charakter przyjacielski, co zostaje z góry zaznaczone zapomocą odpowiednich czynności, jak odrzucenie na bok broni, wydanie powitalnego okrzyku, wyrecytowanie formułek uspokajających możliwą obawę i podejrzliwość drugiej strony. Następnie zapomocą zwykłych, powyżej omówionych czynności następuje zbratanie dwóch naczelników względnie innych także członków grup, poczem obie strony przystępują do wymieniania przedmiotów, którymi każda z nich rozporządza, a których druga w tym rodzaju lub w tej ilości nie posiada. Z chwilą ukończenia wzajemnej wymiany, co oczywiście trwa bardzo długo i nieraz na parę dni się rozciąga, następuje rozdział obu grup: każda z nich chwyta za broń i rozchodzi się w porządku i spokoju ²⁾. I tutaj zazwyczaj odgrywają naczeln-

Ureinwohnern Brasiliens (1832), str. 42. W dalszym rozwoju wyrasta to nawet często do odpowiedzialności naczelnika grupy za zobowiązania jego poddanych, np. Post Afr. Jurispr. I. 129.

¹⁾ Stammler Wirtsch. u. Recht, str. 113—5 zaznacza bardzo trafnie choć tylko ogólnikowo tę potrzebę stwarzania *ad hoc* osobnych norm prawnych przy stosunkach obrotu pierwotnego — i rozwija tę myśl w innym kierunku.

²⁾ Opisy takich obrzędów towarzyszących każdemu zetknięciu się dwóch grup pierwotnych, ob. Krause Tlinkit-Indianer (1885) str. 187, 243; Waitz-Gerland Anthropologie V. 173; Lubbock Entstehung (1875) str. 381; Spencer Descr. Soc. III. 23; Martius Ureinwohner Brasiliens str. 44; Hellwald Naturg. I. 463; Köhne Markt, Kaufm. und Handelsrecht (w Zeitsch. für vgl. R. W. XI.) str. 200—2; Ratzel Völ-

nicy rolę kierowników, zaprzyjaźniając się ze sobą, decydując o dokonaniu wymiany i pilnując tego porządku prawnego, którego ich zbratanie stało się podstawą.

Wyższym stopniem tego rodzaju z góry obmyślanego i przewidzianego obrotu jest obrót targowy, o jakim na tym stopniu kultury jeszcze niema mowy, ale który polega na podobnej zasadzie: na granicy dwóch obcych grup, w punkcie neutralnym, schodzą się periodycznie w stale oznaczonych dniach członkowie wrogich sobie zresztą organizacyi i w spokoju i przyjaźni zawiązują między sobą stosunki wymienne. Porządek prawny, który na targu obowiązuje, jest niczem innym, jak tylko porządkiem, który niegdyś trzeba było zapomocą stale i na nowo powtarzanych czynności prawnych w tejsze miejscowości ustanawiać, a który następnie wskutek długotrwałego schodzenia się na tem samym miejscu i o tejsze porze został stale z tem miejscem i porą związanym.

Powstanie targów wymaga jednakowoż wyższego stopnia kultury ekonomicznej i trwalszego osiedlenia w pewnej miejscowości, aniżeli to u ludów pierwotnych spotykamy ¹⁾. Jeżeli jednakowoż pewien lud znający organizację targową styka się stale z ludem pierwotnym i przyzwyczajają go do korzyści płynących ze stałej, obmyślanej z pewnym planem wymiany, to spotykamy się z innym, analogicznym do targów zjawiskiem, a mianowicie z handlem na odległość czyli z handlem niemy. Jestto zjawisko potwierdzające w zupełności poprzednie twierdzenie, iż obrót umowny grupy pierwotnej polega na przeniesieniu pojęć dobrej wiary i uczciwości, wyrobionych w obrębie grupy na stosunki z ludźmi poza grupą stojącymi zawiązywane. Przy handlu niemy kontrahenci albo się nie widzą, albo stoją od siebie w takiej odległości, iż o porozumieniu, ale także i o szkodliwym względem siebie działaniu, nie może być mowy ²⁾. Istnieją pewne stale, obu stronom znane punkta, w których strona ofiarowująca to-

kerk. ³ I. 571. II. 157 i passim; Domeyko Araukonia i jej mieszkańcy (Wilno 1860) str. 133 etc. Z tego rodzaju opisami odnoszącymi się bądź to do ludów pierwotnych, bądź też do nader im jeszcze bliższych, można zestawić obrzędy używane w analogicznych wypadkach przez ludy średniowieczne zachodniej Europy, zebrane przez K. Lehmana (Kauffriede und Friedensschild w Germ. Abhandlungen... K. Maurer 1893, str. 54—60), a będące objawami szczątkowymi z czasów nierównie dawniejszych i pierwotniejszych.

¹⁾ Że wykształcenie urzędzeń targowych przypada na wyższy stopień cywilizacyi, wynika z faktów zgromadzonych u Sartoriusa *Die Entstehung des Tauschhandels* (Zeit. für Wirt. Gesch. 1895. IV) s. 23 i 57; Büchera *Wirtschaft l. c. passim*; Koehnego w *Zeit. f. vgl. R. W.* XI. (l. c.) etc. etc.

²⁾ Tego rodzaju fakt ob. np. Sartorius w *Zeit. f. Wirt. Gesch.* IV. str. 54.

war składa go za swoim przybyciem do siedziby grupy pierwotnej, poczem oddała się, aby umożliwić obejrzenie towaru przez stronę przeciwną. Jeśli tej ostatniej towar wydaje się dość pożądanym, składa obok niego pewną ilość przedmiotów, które ofiarowuje w zamian i znowu się oddała. Jeśli obecnie strona pierwsza owe przedmioty zabierze a swój towar pozostawi, to zamiana przyszła do skutku bez potrzeby osobistego stykania się stron. — osobiste zetknięcie się przy wrogiem usposobieniu grup pierwotnych wobec ludzi obcych jest zawsze niebezpieczne! — i bez potrzeby zawiązywania stosunku zbratania ¹⁾. W ten sposób zawiązują bardzo często ludy o wyższej kulturze stałe stosunki umowne z pewną grupą pierwotną, narzucając jej w odpowiednim przekształceniu swoje urządzenia targowe: punkt neutralny, na którym obie strony składają towar, to surrogat targu, na którym członkowie obcych sobie organizacyi schodzą się w spokoju i na którym panuje zupełna neutralność. Nie jest to forma obrotu umownego, któryby organicznie wykształcił się sam z siebie u któregokolwiek z ludów pierwotnych. Wszędzie gdzie się z nim spotykamy, widzimy lud pierwotny wchodzący w stosunki z ludem o nierównie wyższej kulturze. Tem się tłumaczy oderwanie tej formy obrotu od właściwego ludom pierwotnym poglądu, iż stosunek prawny może być zawiązany tylko między ludźmi połączonymi ze sobą węzłem przynależności do tej samej grupy ściślejszej, choćby ta przynależność była sztucznie stworzoną. Jestto zaś ten pogląd, który nie tylko stanowi podstawę ich prawa umownego, ale który zarazem staje się punktem wyjścia dla dalszego rozwoju pojęć i urządzeń prawnych u ludów wyższej kultury, a upada i zanika bez śladu, to jest bez donioślejszych objawów szczytkowych, dopiero na bardzo stosunkowo wysokich szczeblach cywilizacyi.

III.

Powyżej przedstawione prawo umowne ludów pierwotnych jest odroślą wątłą, ubogą, streszczającą się w zdaniu: pomagaj swemu najbliższemu jak sobie samemu, a obcego traktuj jak wroga, o ile z tobą się nie spokrewni, o ile nie zawrze z tobą umowy zbratania. W obrębie grupy ściślejszej, w której wszyscy mają równe potrzeby

¹⁾ Opiera się to na faktach odnoszących się do handlu niemego, które między innymi zestawiają: Sartorius *Die Entstehung des Tauschhandels in Polynesien* (Zeit. f. Wirt. Gesch. 1895. IV) str. 49; Kulischer (l. c.) str. 322; Post *Grundriss* II. 629

i w której wszyscy rozporządzają jednakowymi środkami do zaspokojenia tych potrzeb, niema pola do zróżniczkowania się prawa umownego. W stosunkach na zewnątrz rzadkich, krótkotrwałych, ograniczających się do zamiany przedmiotów, wystarcza umowa zbratania, której jakąkolwiek treść prawną i ekonomiczną podsunąć łatwo.

Dopiero z chwilą powstania większych od grupy pierwotnej organizacyi społecznych, organizacyi nie tak jednolitych jak ona, owszem złożonych z elementów nieraz bardzo różnorodnych, które mimo to pozostają ze sobą w ciągłych i trwałych stosunkach natury politycznej, gospodarczej, religijnej zaczyna się i prawo umowne rozwijać, specjalizować, różniczkować. Dawny imperatyw prawny, na którym się ono opierało — nawet i w tych razach, kiedy chodziło o umowę z obcym: dochowaj bratu twemu dobrej wiary pod grozą reakcyi ze strony wszystkich z tobą zbratanych, pod grozą wyłączenia cię z solidarności i łączności wiążącej całą grupę, — ten imperatyw dawny, traci coraz więcej na znaczeniu, staje się fikcją, i musi być przez nowy, pełen żywotniejszej siły zastąpiony. Prawo umowne, jego podstawy i treść jego norm szczegółowych, zostaje też przekształcone, zostaje oparte na nowych ideach ogólniejszej natury, które śledzić i których oddziaływanie na jego rozwój wykazać — będzie właśnie zadaniem następującego badania.

Oczywiście znając ogólny tok rozwoju urządzeń i pojęć prawnych, można z góry być przekonany, że to przekształcenie nie będzie się dokonywało w sposób radykalny, że owszem będzie się nawiązywać do istniejących, choćby niesłuchanie wątych ale głęboko w przekonaniach społecznych zakorzenionych pojęć i urządzeń, podsuwając im nową treść, nowe znaczenie, ale szanując i zatrzymując ich zewnętrzne formy, o ile one tylko okażą się dość elastycznymi i dość zdolnymi, aby przystosować się do ogólnego rozwoju.

Powstanie obszerniejszych i bardziej zróżniczkowanych organizacyi społecznych bywa wywołane nie wszędzie jednakowemi przyczynami. Czasem, może nawet najczęściej, ale nie zawsze, przedstawia nam się ten obszerniejszy związek, którego przeznaczeniem jest wchłonąć w siebie odrębne życie społeczne grup drobniejszych, jako rezultat rozrodzenia jednej i tej samej grupy pierwotnej. Ale nawet i w takim razie zjednoczenie rzadko tylko bywa dobrowolne, wywo-

i Afr. Jur. II. 181; Béranger *Superstitions et survivances* (1896) II. 489—516; Sarasin *Weddas* (1893) str. 555; André *Geogr. des Welthandels* I. 23; etc. Klasycznym dla handlu niemego pozostanie na sawsze opis Horodota (IV. 196), z którego wynika, że nauczycielami handlu niemego dla ludów libijskich byli Kartagińczycy.

lane wspólnymi potrzebami natury pokojowej czy wojennej. Częściej bywa tym impulsem do zjednoczenia przemoc i podbój ¹⁾ ze strony pewnej grupy względem kilku innych, otaczających ją, a więc zbliżonych do niej cywilizacyą. Pomimo to występują szybko na pierwszy plan wspólne interesy polityczne, religijne i ekonomiczne, grupa wyodrębnia się na zewnątrz jako solidarna jednostka, póki znowu nie nastąpi zjednoczenie z jakąś sąsiednią organizacyą jej podobną i nie rozpocznie się nowy proces asymilacyjny w obrębie tego nowego związku.

Proces asymilacyjny polega na tem, iż niesłychanie powoli, niewidocznie prawie dla niewprawnego w badania rozwoju społecznego oka, ginie znaczenie grup drobniejszych, wchłoniętych przez organizacyę obszerniejszą, a rośnie znaczenie związku obszerniejszego. Związek obszerniejszy nie posiada zrazu żadnej bezpośredniej ingerencji na zachowanie się i działanie jednostki; jej samodzielność a także jej odpowiedzialność ograniczona jest zawsze solidarnością grupy ściślejszej, do której z urodzenia lub z przypadku należy. Dopiero z biegiem czasu jednostka wyswabada się z pod tej solidarności, wstępuje w coraz to częstszy i bardziej bezpośredni związek z organizacyą obszerniejszą; ta też organizacya występuje jako czynnik regulujący i nadzorujący coraz więcej jej działania, aż wreszcie znaczenie grup ściślejszych ginie i społeczeństwo składa się odtąd bezpośrednio z atomów społecznych, jakim jest jednostka ludzka. Odtąd to grupuje się ono na podstawie podziału pracy, a wspólność interesów materialnych, jaka je łączy, to ów „organiczny skład“ Durkheim'a. Aż do czasu jego osiągnięcia mamy przed sobą przejściowy, barbarzyński peryod rozwoju.

Na miejsce podupadającego podziału na grupy występuje w społeczeństwach barbarzyńskich podział bardziej horyzontalny, na pewne klasy majątkowo, politycznie, zawodowo ze sobą związane. Zjawiają się różnice w sposobie życia, w obyczajach, w potrzebach, w środkach służących do ich zaspokajania. Potrzeba wymiany usług staje się coraz większą, wymiana ta następuje zaś między jednostką a jednostką, a nie między jednostką a grupą.

Na tem tle rozwija się prawo umowne społeczeństw barbarzyńskich, adaptując do swoich potrzeb i stosunków pojęcia wytworzone w czasach odmiennych, kiedy jeszcze każda grupa ściślejsza była odrębną całością, ogarniającą całą sferę życia jednostki.

¹⁾ Ob. o tem między innymi Grosse Die Formen (1896) str. 130, który obszerniej tę kwestyę rozbiera.

Jest rzeczą widoczną, iż równoległe z rozkładem grupy pierwotnej i osłabieniem jej znaczenia, musi się odbywać upadek znaczenia takich imperatywów prawnych, które wytworzywszy się w obrębie grupy, wynikały li tylko z jej ustroju. Zachodzi przeto równocześnie konieczność, aby na ich miejsce wytwarzać imperatywy analogicznej treści, ale oparte na odmiennych podstawach, czerpiące swoje uzasadnienie i swoją sankcję w stosunkach nowo się tworzących.

Proces tworzenia się tych imperatywów nie jest tak prosty i łatwy do odtworzenia, jak to przez długie czasy sądzono, wychodząc z założenia, iż człowiek jako istota obdarzona popędem towarzyskim, przynosi ze sobą na świat pewien zasób wrodzonych pojęć moralnych, między którymi nakaz „pacta sunt servanda“ należał do najdonioślejszych. W rzeczywistości bowiem możemy stwierdzić, iż tego rodzaju „wrodzone“ pojęcia moralne, jak te, których sformułowanie zajmuje nawet jeszcze w socjologii Comte'a wybitne miejsce ¹⁾, ograniczają się u człowieka pierwotnego jedynie do szczupłego zakresu stosunków z najbliższym mu kołem osób ²⁾; przeniesienie ich na ogół bliźnich jest zaś rzeczą dłuższego rozwoju. Badanie stosunków ludów barbarzyńskich pozwala nam poznać powstawanie tego rodzaju nowych nakazów etyki i prawa.

Imperatyw dotrzymywania umów jest dzisiaj związany z organizacją państwową. Państwo stoi na straży, aby żaden z obywateli tego rodzaju nakazu nie przekraczał, ono wykształca obszerne, skomplikowane normy prawne, będące bliższym rozwinięciem i subtelniejszym wycieniowaniem tego ogólnego nakazu, ono też w razie przekroczenia którejkolwiek z nich ujmuje się za kontrahentem pokrzywdzonym i zmusza sprzeciwiającego się tym normom do zadosyć uczynienia. Jestto jedną z funkcji dzisiejszego, nowoczesnego państwa, podobnie jak jest nią ochrona innych nakazów prawnych, które razem składają się na pojęcie „porządku prawnego“.

Byłoby jednakże zasadniczym błędem, popełnianym mimoto bardzo często przez historyków dawniejszych szkół, przenieść pojęcia o państwie nowoczesnym na same początki jego istnienia i przypisywać mu ten sam protekcyjny stosunek względem „porządku pra-

¹⁾ Cours de philosophie positive (wyd. Littrégo) 1869. IV. s. 342 i nast.

²⁾ Że i w tym zakresie nakazy takie są rezultatem rozwoju, a nie są koniecznie wynikiem „towarzyskiej“ natury człowieka, jest rzeczą prawdopodobną, ale jak i kiedy rozwój ten się odbył, wysledzić dzisiaj na podstawie danych dostarczonych przez historję i etnografię, nie jest rzeczą możliwą. Z faktów cytowanych w poprzednim rozdziale wynika, iż u człowieka pierwotnego, tak jak go znamy z historji lub etnografii, rozwój w tym zakresie jest i był już faktem dokonanym.

wnego⁴. jaki je dzisiaj charakteryzuje. Przeciwnie, zadania jego są wówczas szczupłe, a sfera, w obrębie której jednostka może się dowolnie poruszać, nie wchodząc w kolizję względem państwa, jest niesłychanie obszerną.

Do zadań, jakim odpowiedzieć i rozwiązać ma ta grupa obszerniejsza, która wchłania powoli w siebie związki ściślejsze, należy zazwyczaj od samych początków jej egzystencji obrona na zewnątrz, reakcja karna w razie kilku najcięższych, narażających byt tej organizacji przestępstw, załatwianie spraw odnoszących się do wspólnego kultu, podział wspólnie zajętego terytorium między ściślejsze grupy, na które się cały związek rozpada. Nawet bowiem u ludów, u których organizacja obszerniejsza jest dopiero w stadium konsolidacji i pod względem rozwojowym przedstawia typ bardzo niewyroblony, świeży, spotykamy się zazwyczaj z poglądem, iż to są zadania należące do organizacji państwowej. Reszta dzisiejszej działalności państwa należy do zakresu zadań elementów składowych.

One to — te ściślejsze grupy — mają przestrzegać, aby zakres życia i działalności, w którym porusza się jednostka, nie był przez innych naruszany, one to mają w razie naruszenia wymusić ewentualną satysfakcję, one także są odpowiedzialne za każde tego rodzaju działanie swoich uczestników. Państwo pomocy jednostce pokrzywdzonej nie użyje.

Wobec tego jednostka, która pragnie wejść w stosunek z jakąś jednostką drugą, ma tylko o tyle gwarancję, iż interesa jej nie będą naruszone, o ile obawa przed ewentualną reakcją ze strony jej własnej grupy zdoła powstrzymać na wodzy egoistyczne popędy strony drugiej.

Na prymitywnych stopniach rozwoju panują wprawdzie stosunki podobne, ale ścisła solidarność członków pewnego związku, i wspólna ich obawa przed zemstą pokrzywdzonego — a także powaga naczelnika, o ile taki istnieje, są w wysokim stopniu rękojmią, iż pokrzywdzenie nie nastąpi.

Tutaj rękojmia taka traci z każdym stopniem wchłaniania grupy ściślejszej przez obszerniejszą na znaczeniu. Jednostka stale dąży do tego, aby pozyskać ekonomiczną samodzielność, aby wyswobodzić się z pod gospodarczej supremacji całej grupy, a przejście do pasterstwa lub rolnictwa, jakiego w epoce barbarzyńskiej bywamy świadkami, ułatwia tę emancypację jednostek.

Abym uniknąć niepewności i chwiejności w stosunkach prawnych nowo powstających czy to przez jednostronne działania czy też wskutek porozumienia się jednostek, należy też wyszukać tego rodzaju

autorytet, któryby dominował ponad ogółem uczestników obszerniejszego związku to jest taki, któryby w razie utrwalenia owego stosunku z jego pomocą był wystarczającą rękojmią, iż nikt nie odważy się lekkomyślnie na jego naruszenie.

Autorytetem takim są dla ludów na tym stopniu rozwoju pewne wspólne wszystkim członkom wierzenia religijne, pewien wspólny „poгляд na świat“, przekonanie — jednakowe u wszystkich — o istnieniu pewnych sił wyższych, po za światem realnym istniejących ale na ten świat bezustannie mogących oddziaływać, którym jednostka co do swej potęgi i mocy jest w każdym względzie podporządkowana.

Tego rodzaju przekonanie, — zanim się nawet rozwinie z czasem w szereg bóstw wspólnych całemu danemu związkowi, uszeregowanych w pewien system mitologiczny, i obdarzonych pewnymi specjalnymi właściwościami, — jest już niesłychanie potężnym czynnikiem uspołeczniającym, staje się bowiem tym wspólnym gruntem, na którym rozwój pojęć moralnych i prawnych się dokonywa.

Człowiek na niskich stadiach rozwoju żyje pod ciągłą grozą i obawą tych sił wyższych od siebie, mniejsza o to, w jaki sposób je sobie przedstawia, czy jako fetysze, czy jako duchy zmarłych, lub antropomorficznie pojęte elementa i zjawiska natury. Nowszy kierunek mitologii zrezygnował w znacznej części z uszeregowania powyższych form, które przybierać może popęd religijny człowieka, w pewien stały szablon ewolucyjny, ale stwierdził, iż ludów niereligijnych nie ma, i że pod każdą formą kryje się jedno i to samo uczucie, niesłychanie głębokie i wpływowe, wywołujące najsilniejsze bodaj emocje psychiczne, do jakich zdolny jest człowiek niecywilizowany ¹⁾.

Siły te wyższe nie od razu mają charakter uniwersalny, jaki otrzymują dopiero po wyrobieniu się systemu mitologicznego (do czego jednak nie wszystkie ludy barbarzyńskie doszły). Zrazu każda grupa ściślejsza, nieraz nawet każda jednostka wykształca sobie własne bóstwo, własnego fetysza, lub posiada właściwy tylko sobie kult zmarłych; pod względem doniosłości społecznej jest to jednak rzeczą obojętną, wobec przekonania, że bóstwo cudze oddziaływać może równie silnie jak własne na pomyślność lub niepomyślność losów pewnej jednostki.

Jako charakterystyczną cechę tych wierzeń. — należy podnieść dwie okoliczności. Pierwszą jest przeświadczenie, że bóstwo — aczkol-

¹⁾ Że uczucia religijne są na niskich stopniach kultury najsilniejszymi bodźcami emocjonalnymi, podnosi bardzo trafnie Wundt Grundr. der Psychol. ² str. 359 i Ethik ² str. 110. Analizę ich potrzeby podają Roscoff Religionswesen, str. 129–156 oraz Brinton Religions of primitives peoples (1897) str. 15 i d.

wiek od człowieka wyższe i możniejsze — jest jednakowoż od niego zawisłe. Wspólne jest to przeświadczenie zarówno fetyszyzmowi jak religii opartej o kult przodków, lub o ubóstwianie sił natury. Istnieją pewne czynności, pewne uroczyste słowne formułki, za pomocą których człowiek może oddziaływać w tym lub innym kierunku na zachowanie się sił wyższych, zmusić je do postępowania przyjaznego względem siebie lub nakłonić do zachowania się wrogiego względem swojego nieprzyjaciela. Zwłaszcza na stopniu kultury barbarzyńskiej pojawiają się — w różnych punktach kuli ziemskiej bądź to samorodnie, bądź też za pomocą recepcyi od sąsiadów wyżej stojących ¹⁾ — pewne kunszta, formułki, formy mistycznych działań, co do których panuje przekonanie, iż zapewniają wpływ względem sił wyższych.

Takiem działaniem samorodnie się wszędzie zjawiającem a łączącym się na pewnym stadyum kultury z pojęciem o odpłatności wszelkich darów, jest ofiara ²⁾. Fetysz czy duch pojmowany jest materialistycznie, ma analogiczne do ludzi potrzeby i skłonności, ich zaspokojenie — w razie przyjęcia przezeń złożonej mu w tym celu ofiary — zmusza go do żadanego zadosyć uczynienia. Jeszcze bodaj silniejszy wpływ przypisują ludy barbarzyńskie formułce słownej ³⁾, w której motywem głównym bywa wzywianie fetysza czy ducha po jego właściwem nazwisku, a której znajomość, trzymana zwykle przez wtajemniczonych w sekrecie, zapewnia niewątpliwe panowanie nad jego mocą. Formułki te urastają z czasem do obszernych obrzędów, wymagających specjalnych długoletnich przygotowań od tych, którzy im się oddają (szamanizm).

¹⁾ Takiem ogniskiem, z którego rozchodzą się na cały świat starożytny wierzenia odnoszące się do zaklinań, czarów, magii — jest Babilon i Asyrya, jak to wynika z nowszych wydawnictw reprodukujących tamtejsze „księgi czarów“ (np. Tallquist *Die assyrische Beschwörungsserie*, Lipsk, 1895, 2 tomy, zawierające tłumaczenie i tekst oryginalny, klinowy). Historią odnośnych wierzeń zajmuje się zwłaszcza epokowe dzieło J. G. Frazera *The golden bough*. ² (1900), 3 tomy.

²⁾ Dawniej wywodzono wprost z tego pojęcia genezę ofiary jako takiej. Dzisiaj jednak nie brak innych prób wyjaśnienia jej najdawniejszego znaczenia, jak np. R. Smitha (*Lectures on the religion of the Semites* ³ 1894, rozdział VIII. *passim*), który pojmuje pierwotną ofiarę jako spokrewnienie wskutek wspólności jada i napoju. Jeszcze nieco inaczej tłumaczą znaczenie ofiary Hubert i Mauss w *L'année sociologique* II (1894) str. 135. — Pomijając jednak samą genezę pojęcia ofiary, co do której byłbym skłonny przyjąć z pewną modyfikacją (por. wyżej str. 260) teorię Smitha, należy stwierdzić, iż w epoce barbarzyńskiej ofiara przybiera niewątpliwie formę kontraktu do *ut dea*.

³⁾ Ob. np. o tem U-ener Götternamen (1896) str. 335, Grimm *Mythologie* ⁴ (1854) str. 1173, Happel *Der Eid* (1873) str. 5, Lasaulx *Studien* str. 148, Brinton l. c. str. 89.

Na tejże podstawie rozwija się szybko pojęcie błogosławieństwa i klątwy, nieznanych ludom najniższym ale nader rozpowszechnionych wśród ludów barbarzyńskich, dalej pojęcie sądu bożego i przysięgi.

Klątwa jest formułą, za pomocą której zmusza się bóstwo do wyrządzenia pewnego zazwyczaj wyraźnie oznaczonego uszczerbku (sprowadzenia śmierci, choroby, zniszczenia majątku etc.), osobie przeciwko której jest skierowana¹⁾. Może nią być nawet sam podmiot dopełniający klątwy, a ta jej forma jest w życiu prawnym ludów barbarzyńskich nadzwyczaj rozpowszechniona. W blizkiem z klątwą pokrewieństwie zostaje sąd boży, który nie jest niczem innym — w pierwszym studyum swego rozwoju — jak tylko warunkową własną klątwą strony, połączoną z poddaniem się pewnemu niebezpieczeństwu, z którego bóstwo nie ma jej ewentualnie wyratować (n. p. picie trucizny, topienie, chwycenie gorącego żelaza). I przysięga wyrasta na tle klątwy: jestto pierwotnie warunkowa klątwa własna, pozbawiona jednak oznaczenia rodzaju i rozmiarów szkody²⁾.

Wezwanie o pomoc, zwłaszcza jeżeli wychodzi ze strony blisko bóstw stojącej (naczelnicy związku, kapłani), może być wreszcie skuteczne bez ofiar i bez formułek — przez sam pewien symboliczny akt, co oczywiście zjawia się dopiero w epoce bujniejszego rozwoju symbolów prawnych, któremu poziom umysłowy ludów barbarzyńskich wogóle sprzyja.

Druga cecha charakterystyczna wyobrażeń religijnych ludów barbarzyńskich, wyobrażeń rozważanych pod względem swej społecznej doniosłości, polega na tem, iż zrazu są one zupełnie niezłączone z pojęciami etycznymi. Bogowie pierwotni są a-etyczni³⁾ podobnie jak za-

¹⁾ Istnieje kilka dobrych prac poświęconych znaczeniu klątwy w prawie ludów klasycznych lub w obyczaju prawnym ludów współczesnych, n. p. Lasaulx'a w *Studien des classischen Alterthums* 1854 (od str. 159—177: *Der Fluch bei Griechen und Römern*), Ziebartha: *Der Fluch im griechischen Rechte* (*Hermes* XXX. 1895. str. 57—70); Weinholda dwie rozprawy o klątwach germ. w *Sitzungsb. der preuss. Akad.* 1895 (str. 667—703) i w *Abhandlungen* tejże z r. 1896. Szkoda, że klątwa w życiu prawnem (nie tylko w religijnem) narodów orientalnych nie ma dotychczas osobnej monografii. To co pisze Leist Gr. ital. *RG.* str. 751 o różnicach między semicką a aryjską „*Fluchlehre*“, może być tylko dowodem, jak dalece ten zasłużony badacz nie ma żadnego zmysłu dla metody porównawczej w badaniu kultury.

²⁾ Rozwinięcie i bliższe umotywowanie tego związku między klątwą, sądem bożym przysięgą — jest zasługą J. Kohlera (w licznych jego pracach — n. p. *Über die Ordalien der Naturvölker* w *Zeits. f. vgl. R. W.* V. 368 lub w *Grünh. Zeit.* XIX. str. 600).

³⁾ Na to jest od czasów „*Moralności*“ Spencera prawie ogólna zgoda. Obacz z nowszych pisarzy badających tę kwestyę: Roscoff *Religionswesen* str. 175, *Sée Die Entstehung des Gewissens* (1885) str. 133, Vierkandt *Naturvölker* (1896) str. 144, Oldenberg *Die Religion des Veda* (1894) str. 284—285 etc.

leźni od nich a równocześnie panujący nad nimi ludzie. Ich władzy, ich przewagi można użyć równie łatwo dla szkodenia drugiemu, jak dla bronienia się od krzywd ze strony drugich¹⁾. Negr afrykański wierzy tak samo w możność i potrzebę czarnoksięstwa, jak niespokrewniony z nim czerwonoskóry Indyanin. U wszystkich ludów barbarzyńskich spotykamy się z dokonywaniem się dopiero powoli rozszczerpianiem czarnoksięstwa na dozwolone i niedozwolone. Pierwsze są to czary dokonane przez osobę autoryzowaną do tego (naczelnicy, kapłani)²⁾, lub nawet przez osobę prywatną ale bądź to bez wyraźnego skierowania ich przeciw pewnej, z góry oznaczonej osobie, bądź też skierowane przeciw takiej osobie, ale warunkowo i za jej dozwoleństwem. Wszystko inne staje się czarnoksięstwem, czarną magią w ścisłym tego słowa znaczeniu, i zaczyna wywoływać przeciwko sobie silną reakcyę ze strony społeczeństwa. Oddawanie się takim praktykom czarnoksięskim, i to zwłaszcza tajne, dla własnych celów, zaczyna uchodzić za rzecz równie karygodną — ze strony całego związku, jak wszelki zamach na podstawy jego egzystencji³⁾. Zjawiają się prześladowania czarowników i czaro-

¹⁾ Człowiek natury mści się swoich krzywd nie tylko za pomocą własnej pomocy i gwałtu, ale także wzywając przeciw krzywdzicielowi pomocy bóstw, złych duchów, fetyśów. Przykłady takich sposobów reakcyi przeciw doznanej krzywdzie obacz n. p. Bastian *Die Rechtsverhältnisse bei den versch. Völkern* (1872) str. 246, Schneider *Religion der afrik. Naturvölker* (1891) str. 178—181, 237 etc. U ludów klasycznych używanie klątwy przeciw krzywdzicielowi było również ogromnie rozpowszechnione: pewna osoba pokrzywdzona przez złodzieja, oszczercę, oszusta „poświęca“ go bogu, zakopując tabliczkę z odpowiednim przekleństwem w domu krzywdziciela, lub składając tę tabliczkę w świątyni boga. Całe mnóstwo takich tabliczek podaje *Corpus inscriptionum graecarum* (n. p. Nr. 2826, 916, 3442) lub nawet *Corpus inscriptionum latinorum* II. 462, VII. 140 etc. Obacz o tem bliżej Reinach *Traité d'épigraphie* (1885) str. 151, 433; lub Stengel-Oehmischen *Die griech. Sakralalterthümer* (1890) str. 59 i d. Analogiczne klątwy indyjskie ob. Oldenberg *Die Religion*, str. 14 i 27. Że i w dzisiejszym naszym lub niemieckim obyczaju istnieją uderzające analogie zawiązujące nawet nieraz swoją zewnętrzną formę wpływom klasycznym lub orientalnym, dowodzić nie potrzeba. Obacz n. p. Wuttke *Volksaberglaube*² str. 154 lub Wisła V. (1891) str. 327 w zestawieniu z Grimma *Mythol.*³ str. 1043.

²⁾ Zastrzeżenie prawa klątwy dla klasy kapłanów — na pewnym stopniu rozwoju społecznego — spotykamy bardzo często. Zjawiskiem pośredniczącym jest wyrobienie się poglądu, że klątwa z ust kapłana, pokutnika etc. jest skuteczniejsza jak z ust innych (n. p. Hillebrandt *Ritualliteratur, Vedische Opfer und Zauber*, 1897 str. 177). W Assyryi istnieją osobni „magistri regiae tabulae incantationum“ (Oppert Mémoires str. 83).

³⁾ Reakcyja karna przeciwko czarnoksięstwu, tak silnie objawiająca się w średniowiecznych społeczeństwach, zjawia się już na bardzo odległych od nas stopniach cywilizacyi. Obacz n. p. Schneider *Naturvölker* I. 223, 228, 231, 255 etc. Obszerniej omawia także tę kwestyę Steinmetz *Studien* I. 356, 370, 381. II. 328, 335. Początkowo czarownik jest karany w tych razach, w których postępowaniem swoim sprowadził

wnic, szerzące się zwłaszcza w epoce barbarzyńskiej, ale przeciągające się nieraz w czasy cywilizacji; każde nieszczęście, zwłaszcza niespodziewane, epidemia, klęska wojenna, pomór bydła, wybuch pożaru — bywają przypisywane działaniom czarnoksięskim. A należy do władzy (naczelnika, kapłana), aby ich sprawcę wykryć i ukarać. Czary niedozwolone należą u wszystkich ludów do tych przestępstw, co do których zasada publiczności wyrabia się już bardzo wcześnie, aczkolwiek praktykowanie czarów dozwolonych, albo urzędzeń na ich tle powstałych, uchodzi równocześnie za rzecz zupełnie prawidłową i dla porządku społecznego nie niebezpieczną.

Zanim jednakowoż do tego przyjdzie, zanim w społeczeństwach upadnie wiara w możliwość i potrzebę przyzywania sił wyższych za pomocą czaru, klątwy, przysięgi do czynnego wkraczania w sprawę ludzkie, istnieje epoka dla rozwoju prawa bardzo doniosła, w której ludzie na każdym kroku korzystają z pomocy bóstw swoich, poddając pod ich opiekę swoje prawa, wzywając ich zemsty na krzywdzicielu, stanowiąc w ich imię pewne zakazy i nakazy, któreby inaczej nie były szanowane. Jestto epoka, w której państwo wobec stosunków łączących jednostki z rzeczami lub między sobą, zachowuje się biernie i kiedy do ich utrwalenia są one zmuszone przyzywać autorytetu sakralnego.

Epokę, w której porządek prawny oparty jest w pierwszej linii na tego rodzaju autorytecie, możemy nazwać epoką „miru religijnego“¹⁾, przeciwstawiając jej taki porządek prawny, w którym władza

publiczną klęskę (n. p. zachorowanie naczelnika, ob. taki przypadek w Krausego *Tlinkit Indianer* str. 292). Z czasem pojęcie czarów staje się obszerniejszem. Prawo nacyna ściąga wszelkie klątwy, incantamenta, detestacye, a najdawniejszym bodaj przykładem u ludów aryjskich jest zakaz XII tablic.

¹⁾ Istnieją w literaturze historyczno-prawnej odnoszącej się do ludów grecko-italickich dwie próby zrekonstruowania owej fazy. Obie próby nie mogą zadowolić badacza obeznanego z ewolucją prawną innych społeczeństw. Pierwszą z tych prób jest praca Danza: *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr* (Jena 1867), którego wyniki służą za podstawę podręcznikowi historii prawa rzym. tegoż autora (*Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts*² 1871, 2 t.). Praca Danza składa się z 5 rozpraw, poświęconych całościom instytucjom prawa rzym. w epoce „czystego państwa rodowego“ (tak nazywa Danz — nie wątpliwie wobec dzisiejszego stanu nauki błędnie — państwo rzymskie przed reformą serwiańską). Początek opieki sakralnej wywodzi on ze stosunków i pojęć właściwych tej epoce i uważa ją za rzecz genetycznie zupełnie równorzędną względem opieki państwowej: przeciwieństwo między niemi wydaje mu się raczej rzeczą formalną aniżeli istotną. Dlatego też sarys powolnego podupadania opieki sakralnej w epoce republikańskiej Rzymu, — podany na str. 222 i d. (*Die Umwandlung des sacralen Schutzes*) — pozbawiony jest należytego uzasadnienia, tak że przyczyn tego faktu nie poznajemy. Z innych historyków prawa rzym. nie zajął się przez czas dłuższy nikt więcej tą kwe-

państwowa otacza bezpośrednią opieką stosunki prawne i czuwa, aby ich nie naruszano. Jak długo mir religijny panuje w społeczeństwie (albo przynajmniej jak długo przeważa, bo zazwyczaj mamy do czynienia ze zjawiskami mieszanymi), tak długo opieka ze strony państwa (biorąc państwo w znaczeniu ogółu wchodzącego w skład barbarzyńskiej organizacyi społecznej) udzielana porządkowi prawnemu jest tylko pośrednią; gdyby jej wcale nie było, nie moglibyśmy mówić o porządku prawnym. Opieka ta, choć pośrednia i daleka, jednak istnieje, a polega na pojęciu, iż przekroczenie wszelkiego nakazu i zakazu umonionego sakralnie sprowadza za sobą zaniepokojenie, obrazę bóstwa, co miewa już na najniższych stopniach doniosłe konsekwencye karnopubliczne. Gniew bóstwa jest niebezpieczny nie tylko dla samego sprawcy, ale także dla tych wszystkich, którzy się z nim stykają, pozostając z nim we wspólności, tolerując przez to i godząc się niejako na jego postępowanie. Jestto przeniesienie pojęcia o odwecie, wyrobionego w stosunkach między ludźmi, na bogów. Do najbliższych, do całego otoczenia, do ogółu wreszcie, jeżeli chcą uchronić się od odpowiedzialności wobec bóstwa, należy nie tylko nie tolerować człowieka niemilego bóstwu, ale także przyłożyć rękę do jego zgładzenia, wraz z wszystkim co do niego należy, wraz z dobytkiem i rodziną (cum familia pecuniaque). W społeczeństwach barbarzyńskich spotykamy się bardzo często z tego rodzaju odruchową, elementarną, nie opartą na żadnym wyroku reakcją społeczeństwa przeciwko ludziom, co do których zachodzi pewność lub

stają bardziej wyczerpująco; to co spotykamy w dziełach Iheringa (n. p. Geist 1^o str. 265—291) lub Bückinga Pandecten I. 1853 § 46 i następ., Demeliusa (Rechtsfiction str. 39), Brochera (Recueil publié par la faculté de droit, Lausanne, 1896), Huschkego (Multa und Sacramentum) etc. ogranicza się bądź do luźnych uwag, bądź też dotyczy epok późniejszych.

Dopiero prace Leista (zwłaszcza Graeco-italische Rechtsgeschichte 1884) poruszyły tę kwestyę na nowo, znowu bez echa. Leist dotknął potroszę prawa germańskiego, perskiego, indyjskiego, głównie jednak grecko-italskiego (str. 216), tłumacząc swoje pojęcie „miru religijnego“ (Götterfriede), jego znaczenie, objawy, przyczyny. Wywodzi go z psychicznych właściwości odznaczających ludy aryjskie wobec wszystkich innych — zgodnie z ogólnem założeniem tego niepospolitego, choć wbrew całemu dzisiejszemu kierunkowi filozoficznemu idącego dzieła. Postęp od Danza polega na tem, iż przyjmuje egzystencyę epoki, gdzie „mir religijny“ panował wyłącznie, a prawo tylko się na nim opierało. Nieuwzględnienie materiałów porównawczych, płynących w tym czasie (r. 1884) już bardzo obficie, pomściło się, wywołując potrzebę przyjęcia jakiejś fikcyjnej, nie istniejącej nigdy, specyficznie aryjskiej psychologii.

Dla ludów germańskich i słowiańskich nie podjęto nawet podobnych prób, co tłumaczy się ubóstwem wiadomości o tej fazie ich życia społecznego, stojącem w związku z szybkim zwycięstwem chrystyanizmu i recepcją urzędzeń państwowych rzymskich względnie frankońskich.

nawet podejrzenie, iż ściągnęli na siebie gniew bóstwa ¹⁾. Obawa przed tego rodzaju reakcją stanowi pośrednią wprawdzie, ale niesłychanie groźną i skuteczną sankcję prawną dla czynności umocnionych w sposób sakralny.

Spółeczeństwa greckie, rzymskie, germańskie, występując na widownię dziejową, nie przedstawiają nam bynajmniej typu początkowego społeczeństw barbarzyńskich, typu charakteryzującego się niemocą państwa a samodzielnością grup ściślejszych, co za sobą prowadzi konieczność powstania pojęcia „miru religijnego“. Te początki leżą już w znacznej części po za niemi, w mroku dziejów. Państwo rozszerza coraz więcej swoje funkcyje i występuje jako coraz to donioślejszy czynnik w utrzymaniu porządku prawnego. Istnieją już tylko szczątki, nieraz wprawdzie bardzo obfite i wymowne, świadczące, że i one kiedyś przebywały tę fazę, w której porządek prawny opierał się na stwarzaniu specjalnej opieki prawnej dla każdego nowo powstającego stosunku z osobna, i w której po tę opiekę udawało się społeczeństwo nie do państwa, ale do czynnika budzącego u wszystkich jego członków większą grozę i powagę, a więc skuteczniejszego w swej opiece — do sił wyższych, do bogów.

Z tych jednakowoż szczątek, z tych objawów nie zawsze już dla nas zrozumiałych i nie łączących się z sobą w konsekwentną całość, byłoby rzeczą niepodobną odbudować ową zamierzchłą fazę, gdybyśmy nie mogli posługiwać się metodą porównawczą, dostarczającą nam faktów z zakresu życia społecznego innych ludów lepiej nam w tej fazie znanych. Fakta te rzucają światło na wiele zupełnie niezrozumiałych w innym razie pojęć prawnych, które wytworzone w epoce „miru religijnego“ przetrwały ją, powoli dopiero ustępując nowym wyobrażeniom.

Wziąwszy najpierw stosunek własności i jego ochronę w prawie narodów barbarzyńskich, nie ulega wątpliwości, iż jako najpierwotniejszą jej formę należy wskazać ochronę za pomocą pewnych czynności natury czysto sakralnej. Czynności takie noszą rozmaite nazwy, zależnie od prowincyi kulturalnej, w znaczeniu jakie etnologia (Bastian, Frobenius) temu terminowi nadaje, w obrębie której dany lud zamieszkuje. Dla całego szeregu ludów mikronezyjskich i polinezyjskich przyjęła się w nauce nazwa „tabu“, oznaczająca zarówno

¹⁾ Dość powołać się pod tym względem na pojęcia Żydów, co do których fazę „miru religijnego“ znamy bardzo dokładnie, lub na pojęcia Rzymian, gdzie każdy przekraczający zakazy i nakazy sakralnie umocnione mógł być bezkarnie, bez wyroku sądowego zabity, a majątek i rodzina ulegały również zagładzie. O czem bliżej Herzog *Die lex sacrata und das sacramentum* (Jahrb. für class. Phil. XXII. 1876) str. 141.

samą czynność prewencyjną, mającą na celu uniemożliwić naruszenie własności na danym przedmiocie, jak i ów przedmiot ¹⁾). Należy jednakowoż zastrzedz, iż „tabu“, chociaż pierwotnie oznacza „rzecz objętą w posiadanie“, „rzecz naznaczoną“ ²⁾), ma także znaczenie obszerniejsze, oznacza bowiem niekiedy nakazy i zakazy sakralne także i innej treści. „Tabu“ na pewnym przedmiocie ustanowić może każdy, opatrząc go pewnym znakiem lub symbolem, który oznacza, że odtąd na straży tego przedmiotu stoi pewna siła wyższa, która pomści naruszenie praw własności. „Znaki tabu, pisze jeden z podróżników są powszechnie znane, każdy je może poznać. Tak np. jeśli ktoś drzewo owocowe chce zabezpieczyć przed złodziejami, wycina z liścia palmy kokosowej kształt rekina i wiesza go na drzewie. Oznacza to, iż równocześnie została wyrzeczona kłątwa: kto ukradnie owoce z drzewa, zginie od rekina, gdy tylko się wyprawi na połów ryb“ ³⁾). U niektórych plemion polinezyjskich prawo nakładania tabu spoczywa już wyłącznie w rękach naczelników i kapłanów, im tylko wolno opatrywać przedmioty kłatwą i jej znakami, ludzie prywatni muszą się z tem do nich o pomoc zwracać. U Malajów tabu nosi nazwy inne: matakau, sasi etc. ⁴⁾), istota jego jednak jest ta sama. Ustanowienie jego bywa połączone ze złożeniem ofiary i z zatknięciem świętej lancy na znak ochrony przez bóstwo. Malajczycy wierzą, że z gruntem, domem, drzewem opatrzonym takim znakiem został związany raz na zawsze duch zaklęty ofiarą, że on tam przemieszkiwa i że broni tych przedmiotów od przywłaszczyciela. Innej opieki przedmiot w ten sposób broniony nie potrzebuje ⁵⁾): nieraz w razie nawet przypadkowego naru-

¹⁾ Literatura odnosząca się do tej kwestyi jest ogromna. — Wskazać jednak należy przedewszystkiem dwie nowsze monografie: Marillier *Tabu mélanésien* 1896 i artykuł Frazera w *Encycl. britannica* (s. v. Taboo). Nadto odpowiednie ustępy w pracach Achelisa (*Myth. von Hawaii* 1895, str. 55 i d.), Steinmetza (l. c.) II. 392, Darguna *Urspr. des Eig.* s. 24, Roscoffa (*Das Religionswesen der rohesten Naturvölker*, str. 164), Lipperta (*Priesterthum* I. 184, 232), Kohlera (*Recht, Glaube und Sitte in Grünhuts Zeitschr.* XIX. 593 oraz w *Zeits. f. vgl. R. W.* XIV. 372, 385) itp., — omawiające pojęcia „tabu“ w stosunku do własności. Materiał etnograficzny najobficiej podaje odpowiedni tom Waitza-Gerlanda (VI) i Ellis *Polynesian researches*, 4 t.

²⁾ Lippert (l. c.) str. 184.

³⁾ Müller *Reise der Novara* III, 44 (cyt. Roscoff).

⁴⁾ np. Kohler (l. c.) na podstawie licznych prac anakomitęgo obserwatora życia tych ludów, badacza holenderskiego Riedela.

⁵⁾ Inny, pokrewny, sposób umacniania swej własności polega na tem, iż zabija się człowieka i grzebie się jego kości na granicach pewnej posiadłości, specjalnie w tym celu (nieraz wymusza się od niego odpowiednią obietnicę) aby duch jego po śmierci bronił właściciela przed naruszającymi. Przykłady ob. Kohler w *Grünh. Zeit.* XIX. s. 594 i Steinmetz (l. c.) I. 313.

szczenia, obawa przed zemstą ducha jest tak silna, iż wyobrażenia zabija mimowolnego przestępcę. Te same pojęcia spotykamy w obrębie kultury murzyńskiej. „Každy Murzyn, opowiada nam znakomity znawca tej kultury, ma możność i zwyczaj oddawania swojego mienia pod opiekę bożków.... A ktoby się odważył naruszyć własność tak bronioną, odpokutowałby wedle powszechnego przekonania bardzo ciężko swoją zuchwałość. Spadłaby na niego gwałtowna choroba, albo powolne charłactwo. albo inna ciężka klęska. Złodziej, który w pewien czas po kradzieży popadnie w chorobę, wierzy święcie, iż go schwycił jakiś rozgniewany fetysz-duch, i że nie wyzdrowieje bez zwrócenia rzeczy skradzionej“¹⁾. Gdzieindziej czytamy o złodzieju, który dowiedziawszy się po niewczasie, iż rzecz ukradziona była powierzona w opiekę fetyszowi, zwraca ją nie czekając na jego zemstę²⁾. Podobne wiadomości mamy również o ludach należących do zakresu kultury amerykańskiej: i tutaj zawieszenie pewnych znaków natury fetyszowej daje dostateczną pewność, że prawo własności zawieszającego nie będzie przez nikogo naruszone³⁾.

Tego to rodzaju fakta o ludach, które dziś jeszcze nie mają należycie wykształconych instytucji państwowych, muszą korzystać z wyobrażeń i działań natury religijnej, aby nadawać skuteczność swoim czynnościom prawnym, tłumaczą nam dopiero genezę wielu zwyczajów i pojęć prawnych, o których doszła nas wiadomość z przeszłości ludów później wysoko cywilizowanych. Można z wielkiem prawdopodobieństwem przypuścić, że wynalezione ostatnimi czasy na terytoryum assyryjsko-babilońskiej cywilizacji znaki bazaltowe, pokryte wizerunkami bogów i inskrypcjami, których treścią są klątwy na naruszających prawa właściciela tego gruntu, wypłynęły z podobnego źródła jak tabu dzisiejszych Malajów lub Polinezyjczyków⁴⁾. Podobnie co do starożytnego Egiptu, już z czasów XXII dynastji dochowały się do naszych czasów podobne znaki (stele)⁵⁾, chroniące przed naruszeniem prawa własności. Znamy również

¹⁾ Schneider *Die Religion der afrik. Naturvölker* (1891) str. 183.

²⁾ l. c. str. 229—330. Rozprawa Kohlera: *Über das Negerrecht in Kamerun* (Zeit. f. vgl. R. W. 1895), oparta na urzędowych materiałach, zebranych przez niemiecki oddział kolonialny min. zagr., przynosi również analogiczne wiadomości.

³⁾ np. Martius *Von dem Rechtszustande* (1832) str. 34, 37.

⁴⁾ Oppert-Ménant *Documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée*, Paris 1877, str. 117, 122 i *passim* (gdzie podano treść napisów, umieszczonych na tego rodzaju znakach i reprodukcje zamieszczonych na nich wizerunków).

⁵⁾ Bliżej o tem Revillout *Notice de papyrus archaïques*. Paris, 1896, str. 219, 222 i *passim*. Wygłaszanie formułki zakazującej należało w Egipcie od najdawniejszych znanych nam czasów do kapłana.

tego rodzaju pomniki prawne z Grecyi ¹⁾, gdzie dochowały się wprawdzie z epoki stosunkowo późniejszej (z V i IV wieku), ale za to w znaczniejszej liczbie. Wiemy, iż ustawiano na gruntach kamienie z napisami zakazującymi naruszania granic, alienacyi gruntu, odbierania go prawnemu właścicielowi etc. Najdawniejsze z tych zakazów opatrzone są zarazem zagrożeniem kar względem tych, którzyby je przekroczyli. Tego rodzaju pomniki ustawiano przedewszystkiem na gruntach będących własnością świątyń lub miast, ale nie brak i napisów odnoszących się do gruntów prywatnych. Znak graniczny rzymski „terminus“ stoi oczywiście w blizkiem pokrewieństwie z tego rodzaju ochroną sakralną prawa własności, spotykaną w Babilonie, Assyrii, Egipcie lub Grecyi ²⁾. Że to jest ochrona natury religijnej, najlepszy dowód w tej okoliczności, iż znak graniczny, ustawiony przez właściciela na gruncie, jest bóstwem „sui generis“, — jego naruszenie jest przestępstwem sakralnem, co już bardzo wczesnie stwierdzają ustawodawstwa narodów oryentalnych i klasycznych ³⁾. O ludach celtyckich, germańskich i słowiańskich nie mamy wiadomości z epoki tak pod względem ewolucyjnym starożytnej, jak ta, z której pochodzą nasze wiadomości o sakralnej ochronie własności u narodów klasycznych. Ale i w ich obyczaju spotykamy pewne objawy, które można z pewnem prawdopodobieństwem interpretować jako pozostałości, jako objawy szczątkowe tego rodzaju obrony, która kiedyś musiała i w ich pojęciach i urządzeniach odgrywać rolę dużo znaczniejszą. Tu należą np. przepisy „Dawnych Praw“ walijskich o ochronie przez wbicie krzyża na gruncie, co wywołuje ten skutek, iż za naruszenie tak umocnionej własności płaci się znaczne kary pieniężne ⁴⁾. Podobnym środkiem, często

¹⁾ por. Recueil des inscriptions juridiques (Dareste, Reinach, Haussaulier) I. 1895 str. 129, 199, 243 i passim; Guiraud La propriété foncière, 1893, str. 62, 186—7 (na podstawie Inscr. graecae antiquissimae 346, 381); Reinach Épigraphie Grecque (1885) str. 157, 421 etc.; Staelzel w Zeit. f. Rg. II (1867) str. 96—104; Hermann K. F. De terminis 1846; Thalheim Rechtsalterthümer (1895) str. 58 itp.

²⁾ por. Rudorff Die Schriften der römischen Feldmesser II. 236—237. Pierwszy Ihering, bardzo niewątpliwie trafnie — zestawia „terminusa“ rzymskiego z kłótawami przeciw naruszającym prawa właściciela gruntu w starożytnej Chaldei (Vorgeschichte der Indoeuropäer, 1894 str. 262—3).

³⁾ Ustawodawstwo zastało już pod tym względem pojęcia wyrobione, mogło co najwyżej determinować kary, ale nie podobna przypuścić, aby ono było źródłem odnośnych pojęć. Analogie żydowskie, greckie, etruskie, rzymskie i germańskie co do przepisów odnoszących się do szanowania granic zestawiają Lasaulx Studien des klassischen Alterthums, str. 130; Grimm R. Alt. ⁸ II. str. 75.

⁴⁾ Owen Ancient laws... of Wales (1841) 517, 525 i 753 (r. 2—40) oraz Seebohm The tribal system (1898) str. 211.

spotykanym w dawnym obyczaju germańskim, jest zatknięcie wiechy (wifa)¹⁾ lub krzyża na gruncie²⁾, na znak, iż grunt ten zostaje wzięty w wyłączne posiadanie pewnej osoby, i że naruszenie tego posiadania w jakikolwiek sposób będzie przestępstwem³⁾. Znane są także ludom germańskim uroczyste pochody urządzone wzdłuż granic posiadłości przez jej właściciela połączone często z miotaniem przekleństw na naruszających; prawda, że miotanie klątwy jest w takich razach (czasy chrześcijańskie) atrybucją asystującego obrzędowi duchownego⁴⁾.

Powyżej przedstawione sakralne działania używane do obrony stosunku własności, a spotykane u różnych ludów bądź to w pełni życia i funkcyonowania, bądź to tylko jako objawy szczątkowe, zanikające powoli pod wpływem coraz to silniejszej ochrony, jaką państwo stosunkowi własności zapewnia, spadające więc do roli zwyczajów prawnych, tolerowanych zaledwie przez prawo przedmiotowe w danym społeczeństwie obowiązujące, nie są jedyną pozostałością po tej epoce, kiedy „mir religijny“ posiadał większe znaczenie, aniżeli mir państwowy. I co do całego szeregu innych czynności prawnych spotykamy u ludów barbarzyńskich analogiczne zwyczaje nadawania im skuteczności zapomocą sakralnego obwarowania, którego dopełnianie ustępuje dopiero zwolna pod wpływem rosnącej powagi państwa. Ograniczyć się tu musimy do wskazania kilku najważniejszych z nich, najcharakterystyczniejszych dla owej barbarzyńskiej formy organizacji społecznej. Tu należy zwyczaj, iż umierający zapomocą uroczyscie wyrzeczonej klątwy zastrzega sobie spokojny pobyt w miejscu pogrzebienia swoich kości, co według ówczesnych wierzeń jest warunkiem dla spokoju jego ducha na drugim świecie. Na tem tle rozwija się z czasem zwyczaj opatrywania grobowców odpowiednimi napisami, zwyczaj rozpowszechniony w całym świecie orientalnym i klasycznym, którego

¹⁾ O czem bliżej Grimm R. Alt. ³ I. str. 269, Amira Grundr. ² s. 75, Kemble Die Sachsen I. 436.

²⁾ Wolf Beitrag zur Rechtsymbolik (1865) str. 33, Amira Vollstreck. str. 241.

³⁾ O karach za takie przestępstwa por. Grimm Grenzalterthümer (Kl. Schriften II) str. 59.

⁴⁾ Przykłady takich obchodów u ludów zach. europ. zestawia Grimm Kl. Schriften II. 61—3, oraz Maurer Einleitung zur Gesch. der Mark... Verfassung ² 1896, str. 159, 224. Dla ludów słowiańskich nie brak również wiadomości o tego rodzaju obchodach i klątwach. Prawdopodobnie upowszechnienie ich, w tej przynajmniej formie, należy przypisać (podobnie jak upowszechnienie sądów bożych, pokory itp. instytucji prawno-religijnych), wpływowi Kościoła, który już od bardzo wczesnych czasów, bo od w. V, broni swoich posiadłości zapomocą zagrożenia klątwą każdemu naruszającemu. Ob. Tamassia Le alienazioni (1885) str. 260 i Löning Vertragsbruch str. 558.

ślady odnajdujemy jeszcze w społeczeństwach średniowiecznych ¹⁾. W bliskim związku z nim zostaje pogląd, iż umierający może rozporządzić pewną częścią względnie całością swego majątku, a skuteczność prawną temu rozporządzeniu zapewnić zapomocą klątwy rzuconej na pogwałcicieli ostatniej jego woli. U wielu narodów barbarzyńskich spotykamy tego rodzaju rozporządzenia jeszcze w pełnym użyciu, w prawach narodów wyżej posuniętych w rozwoju cywilizacyjnym widzimy tylko przeżytki tego rodzaju umacniania ²⁾.

¹⁾ Ochrona grobów zapomocą zagrożenia klątwą lub jej surogatami (multa) doczekała się w ostatnich latach licznych opracowań, dotyczących jej powstania, rozszerzenia, pewnych lokalnych różnic etc. Obacz zwłaszcza prace: Husehke Multa (1874) s. 319 i d., Hirschfeld w Königab. Studien (1877), Merkel Über die sogenannten Sepulcralmulten (1892), Mitteis Reichsrecht (1891) str. 101 i 409, Pranzataro Il diritto di sepolcro (1895) str. 83 i d., Mommsen Strafrecht (1899) str. 812 i 822, (nie mówiąc już o dawniejszej literaturze nie opartej na nowych a tak obfitych wykopaliskach). Całej tej literaturze, o ile ona dochodzi początków i genezy zagrożeń grobowcowych, można zarzucić zbyt ciasne postawienie kwestyi tj. pominięcie lub niedostateczne uwzględnienie innych analogicznych zjawisk, a odnosi się to nawet do najwszechstronniejszego pod tym względem Merkla, który zbyt lekko zbywa klątwy przy ustawach, wyzwoleniach etc. (str. 20 id.). Dlatego też dochodzi do rezultatów ujemnych (str. 55): „wyjaśnić pochodzenie i znaczenie kar grobowcowych jest rzeczą niełatwą“. Ostatecznie skłania się do przypuszczenia, iż są one tryumfem samowoli jednostek (ein Triumph der Privatautonomie), dla którego trudno by znaleźć inne przykłady w historii prawa, zwłaszcza rzymskiego. Co do klątw grobowych w społeczeństwach germańskich, to Grimm (Deutsche Mythol. ³ str. 1177) cytuje runiczny napis nagrobkowy tego rodzaju bez podania swojego źródła, ale wogóle klątwy grobowcowe średniowieczne są mało rozpowszechnione i wyglądają na proste naśladowanie napisów starożytnych, tak że niema podstawy do przypuszczenia, iż powstały samorodnie.

²⁾ Rozporządzenia ostatniej woli znane są nawet nisko stojącym ludom natury. Ob. np. do ludów australskich: Schneider Naturvölker II. 90 (nawet co do gruntów), lub dla pasterskiego ludu Herero: Schneider Religion (1891) str. 142. Co do innych ludów afryk. ob. Post Afr. Jurisp. II. str. 18 i d. Kohler (Recht, Glaube und Sitte w Grünh. Zeit. XIX str. 591) wywodzi słusznie, iż najdawniejsze „prawo testowania jest oparte na religijnych ideach“, ale historycznie tego nie uzasadnia. Pogląd, iż nieposłuszeństwo względem ostatniej woli obraża, niepokoi, wywołuje zemstę zmarłego, mógł się tylko na tej podstawie wyrobić, iż umierający chcąc zapewnić swemu rozporządzeniu poszanowanie, groził zemstą na wypadek naruszenia. Powyżej cytowany opis rozporządzeń ostatniej woli u ludu Herero zawiera potwierdzenie tego przypuszczenia. Co do ludów orientalnych starożytności i co do Greków, to dochowały się liczne testamenty, nawet z epok późniejszych ich rozwoju, w ten sposób umocnione, co pozwala przypuszczać, iż niegdyś była ta forma w powszechnym użyciu, a klątwa dopiero zapewniała testamentowi skuteczność. (Ob. np. Thalheim Rechtsalter. str. 71, Lasaulx Studien str. 176, Beauchet Histoire du droit privé III. 1897 str. 665; Revillout La propriété en droit égyptien, 1897 str. 16, 192, 195, 491, Oppert-Ménant (l. c.) str. 299, Kohler w Zeit. f. vgl. R. W. III 216 etc.). W wiekach średnich zjawiają się podobne klątwy testamentowe na Wschodzie i Zachodzie (np. Marini Pa-

Dalszą ważną instytucją zostającą w związku z opisanymi poglądami jest proces czarnoksięski, który wyprzedza niewątpliwie proces oparty o prawo świeckie, państwowe. Zapomocą klątwy zmusza się podejrzanego do wdania się w proces ¹⁾; zapomocą rozwiniętych na tle klątwy środków dowodowych przeprowadza się dowód jego winy, wreszcie kara, którą się na niego nakłada, może być albo karą natury sakralnej, albo przynajmniej jednym z jej surogatów, do powstania których w społeczeństwie barbarzyńskim doprowadza prawo karne bardzo szybko zapomocą różniczkowania kar sakralnych ²⁾.

Wogóle jest bowiem rzeczą charakterystyczną, iż władza państwowa, w miarę jak wznaga się na sile, nie występuje wrogo względem urzędów sakralnych, ale posługuje się nimi, zastosowuje je do swoich celów. Jeżeli węzeł polityczny łączący jednostkę ze związkiem społecznym wydaje się za słaby, jeżeli podporządkowanie jej organom związku zaczyna uchodzić za nieznaczące i za niedostateczne, to władza państwowa chwyta się środków dostarczonych jej przez wierzenia religijne i z ich pomocą podpira, potęguje swoje uprawnienia zwierz-

piri dipl. str. 153 z r. 533, Form. Marc. II. 17 etc.). Prawu rzymskiemu, rzecz dziwna, są te klątwy nieznane. Legatum per damnationem lub multy, na końcu testamentów oznaczane, mogłyby nasuwać myśl, iż są to objawy szczątkowe z epoki, kiedy umierającemu przyznawano prawo zagrozić gwałcicielom jego woli najsurowszemi karami (jakie w sobie zamyka klątwa). Nauka panująca tłumaczy to jednak inaczej np. Pernice *Labes* III. 1 (1892) str. 44 i 79 upatrujący w multach testamentowych naśladowanie zagrożeń praw publicznych. Tylko zapytać można, jaką to drogą mogło się wyrobić przekonanie, iż ku obronie legis privatae, jaką jest testament, wolno jednostce ustanawiać autonomicznie kary pieniężne na naruszających, tak jakby to była lex publica? Tego Pernice nie objaśnił.

¹⁾ Strona nie znająca sprawy zwraca się do biegłego w formułkach czarnoksięskich kapłana z prośbą o wykrycie; ten zapomocą magicznych czynności wskazuje sprawcę (diwinacya), a sprawca musi się uniewinniać sądem bożym. Przykłady tego rodzaju procesu spotykamy bardzo często; zestawil je w obfitości np. Post w *Grundriss* (1895) II. str. 454—502, uznając słusznie i przekonująco proces czarnoksięski (der zauberpriesterliche Process) za wcześniejszy od świeckiego, który dopiero z niego się rozwija.

²⁾ Kwestyę początku prawa karnego publicznego w związku z wierzeniami religijnymi rozbiera praca M. Maussa w *Revue de l'histoire des religions* XXXV (1897) pt. „La religion et les origines du droit pénal“. Autor, w przeciwstawieniu do Steinmetza, w którego dziele (zresztą tak wybitnem) uderza prawie zupełne pominięcie momenta religijnego, upatruje w momencie sakralnym wyłączny początek reakcyi publiczno-karnej (por. strona 46 odbitki). Podobną myśl wypowiedział już dawniej Durkheim (Division du travail str. 97 i d.) ale Mauss uzasadnia ją pierwszy w sposób indukcyjny. Jestto myśl, jak sądzę, zbyt skrajnie sformułowana. Kara oparta na zasadzie prawnopublicznej znaną już jest i w obrębie tych grup ściślejszych (horda pierwotna), których organizacyi nieuwzględnienie zarzucałem wogóle powyżej Durk-

chnicze nad jednostką¹⁾ Jeżeli świadomość społeczna wzmagą się na tyle, iż pojawia się przekonanie o potrzebie kształcenia prawa w drodze ustawowej, to ustawy nowo powstające, narzucane przez organa władzy reszcie społeczeństwa, zostają opatrzone sakralną sankcją, która zmusza jednostkę do ich przestrzegania²⁾. Inaczej władza świecka nie mogłaby opanowywać i ograniczać indywidualistycznych popędów członków społeczeństwa i wkraczać coraz to głębiej w tę sferę życia jednostki, w obręb której panowała dotychczas zupełna swoboda.

heimowi (str. 254). Pod tym względem zgodnie z rzeczywistością formułuje swe zdanie Makarewicz (zwłaszcza w referacie na III zjeździe, Pamiętnik 1900): faza (jak ją nazywa) teokratyczna w historii przestępstwa jest fazą drugą, wyprzedza ją faza pierwsza, gdzie pojęcie przestępstwa publicznego jest już znane, ale gdzie ono posiada inną postać i treść. W myśl wyżej podanych w tekście wywodów (dotyczących kwestyi, kiedy i dlaczego religia bywa węzłem społecznym donioślejszym od politycznego) ograniczam znacznie, w porównaniu do Maussa, wpływ momentu sakralnego w prawie karnem.

¹⁾ Tego rodzaju opieranie autorytetu władzy na podstawie sakralnej i wyprowadzanie z tejże imperatywu, nakazującego jednostce posłuszeństwo i spokój, może przybrać rozmaite formy. Najczęstszą jest, iż monarcha lub urzędnik obejmując władzę zmusza lud do zaprzysiężenia mu wierności i posłuszeństwa (frankońskie juramentum fidelitatis, do czego są analogie w rozwoju bardzo wielu państw barbarzyńskich, klasycznych i orientalnych, ob. np. co do Rzymu Herzog w *Jahrbücher für class. Philologie* XXII. 1876 str. 139—150 passim). Inna forma polega na tem, iż ogłasza się mir religijny, pod grozą klątwy i zemsty ze strony bogów, dla umożliwienia pewnych specjalnych działań np. wykonywania sądownictwa, lub wymiany na targu. Gajenie sądów germańskich w epoce Tacyty ma taki właśnie sakralny charakter (o czem Burchard *Die Hegung der deutschen Gerichte* 1893, str. 7 i 14). Inną wreszcie formą jest zaprzysięganie przez władzę, dokonywane ad hoc, dla zapewnienia posłuszeństwa przy pewnych doraźnych, szczególnie niebezpiecznych przedsięwzięciach, czego najcharakterystyczniejszym przykładem jest rzymskie sacramentum militare (np. Leist *Gr. it. Rechtsg.* str. 728—9, lub Herzog l. c. str. 142, 145, gdzie zestawione są odpowiednie teksty).

²⁾ Badając ustawy ludów barbarzyńskich całego świata, można niewątpliwie wykazać, iż powszechnie panuje 1) albo obyczaj opatrywania ich przez władzę klątwami lub przynajmniej takimi zagrożeniami karnymi, które można wytłumaczyć jedynie jako surrogaty klątwy, 2) albo też obyczaj aprzysięgania całego ludu (lub tych co uchodzą za reprezentantów ludu) na posłuszeństwo ustawie. Nieprzestrzeganie ustawy uchodzi wskutek tego za złamanie obwarowania sakralnego, które ustawa otrzymała, a nieposłuszny sprowadza na siebie skutki klątwy (sacer esto, Friedloslegung). Obwarowywanie ustaw klątwą jest znane ludom orientalnemu, Grekom, Rzymianom (leges sacratae); — podobnie zaprzysięganie ustaw, które odgrywa zwłaszcza wybitną rolę w historii ustawodawstwa w państwach średniowiecznych zachodniej Europy (np. gairethinx przy Edykcji Rothara, zaprzysięganie kapitularzy, pokojów ziemskich, ustaw miejskich). Rzecz ta nieopracowana dotychczas wymaga osobnego rozwinięcia.

Bogowie w pojęciu człowieka natury nie są bynajmniej, jak powyżej podniesiono, tymi stróżami etyki, za jakich je przywykły uważać religie narodów stojących na wyższym szczeblu rozwoju. Życie pośmiertne, dobra lub zła dola na drugim świecie, nie stoi zrazu w żadnym związku ze sprawowaniem się na świecie naszym ¹⁾. Jeżeli bogowie z czasem na opiekunów etycznych zasad urastają, to dzięki zwyczajom i poglądom, nakazującym w społeczeństwach barbarzyńskich szukać przez długie czasy ich pomocy, ile razy chodzi o pomśzczenie się na krzywdzicielu, o utrwalenie stosunku prawnego stworzonego przez pewne działanie jednostronne lub dwustronne jednostek, o nadanie mocy obowiązującej zarządzeniom i ustawom władzy. Duchy, siły wyższe, bóstwa, których przez długie wieki wzywano, aby pilnowały nienaruszania własności, szanowania ostatek woli zmarłego, posłuszeństwa władzy, stają się reprezentantami pewnych idei etycznych i prawnych. W społeczeństwie zaczyna sobie torować drogę przekonanie o ogólnym obowiązku szanowania pewnych stosunków prawnych, o obowiązku, który wypływał początkowo z ustanawianiu dla każdego z nich indywidualnie wziętego osobnej sankcyi sakralnej. Tworzą się na tle tych indywidualnych przypadków normy prawne i etyczne ogólnej treści, obowiązujące jednostkę nawet bez specjalnego imperatywu sakralnego ²⁾.

¹⁾ Obacz o tem Marillier *La survivence de l'âme et l'idée de justice chez les peuples non civilisés* (1894) str. 26 i 43, i polemikę Steinmetza w *Archiv für Anthrop.* 1897 str. 577—608. Przemawiają za tem pojęciem zresztą i inne względy, np. że bóstwa w razie złożenia im ofiary wspomagają rabusiów i złodziei w ich czynach, ob. przykłady w Steinmetza *Studien* I. 232.

²⁾ Zakres norm prawnych bywa oczywiście zrazu bardzo szczupły, ogranicza się początkowo do najważniejszych nakazów i zakazów w sprawie pewnych przestępstw, będących wedle pierwotnych pojęć zamachem przeciw ogółowi. — Powoli zjawia się pogląd, że ponieważ bogowie opiekują się porządkiem prawnym, przeto każde przestępstwo jest zarazem ich obrazą, a każda kara powinna być ekspiacją wobec bóstwa. (Pojęcie to należy oczywiście odróżnić od znacznie wcześniej powstającego poglądu, że tylko naruszenia zakazów i nakazów sakralnych są przestępstwami natury publicznej). Na tle takiego pojęcia powstaje zwyczaj wyklinania skazanego na śmierć przestępcy i poświęcania go bóstwu (Przykłady ob. Steinmetz *Studien* II. 159, co do Grecyi i Rzymu ob. Lasaulx l. c. str. 170—172, Ihering *Geist* ⁵ I. 277, z którym niesłusznie polemizuje Danz *Schutz* str. 50, bo badania porównawcze zupełnie jego zapatrywania stwierdzają. Co do Germanów przynosi odpowiednie wiadomości zwłaszcza Tacyt, ob. Brunner *R. G.* I. 172—3). Ekakracja i *Friedloslegung* ze wszystkimi ich surrogatami (jak to słusznie rozwija Brunner w *Forschungen* 1895) stają się podstawą do wykształcenia wszelkich kar publicznych. W związku z tem pozostaje też zwyczaj wyklinania nieprzyjaciela kraju, zanim się przystąpi do zniszczenia jego siedzib, znany nie tylko u Żydów (Balaam) i w Rzymie (*carmina evocationis*, ob. Lasaulx l. c. str. 173), ale także u ludów egzotycznych (np. Schneider *Religionen der Afrik.* *Naturvölker* 1891 str. 47 i d.).

Zarysowuje się zwolna system prawa (zwyczajowego lub ustawowego) najpierw przeważnie karnego, potem coraz to gęściej przepłatanego normami innej treści, którego to systemu początek bywa odnoszony do woli bóstw, do objawienia z góry, do ustanowienia przez jakiegoś mędrca, bohatera, półboga ¹⁾. Tkwi w tem niejasne może, ale w gruncie słuszne pojęcie o sposobie, w jaki ogólne normy prawne wykształcały się zapomocą przyzywania bóstw do opieki nad każdym nowo powstającym stosunkiem prawnym z osobna ²⁾. I dopiero w miarę, jak władza państwowa zaczyna występować do konkurencyi z czynnikami natury religijnej, to jest w miarę jak się rozszerza zakres jej zadań w kierunku coraz to ściślejszego czuwania nad przestrzeganiem porządku prawnego, możemy obserwować zjawisko, iż na miejsce autorytetu sakralnego, nadającego dotychczas moc pewnym stosunkom prawnym, wstępuje osobisty autorytet organów władzy, przypozywanych przez jednostki w tym celu, aby zapewnić świecką opiekę i pomoc władzy w razie ewentualnego naruszenia stosunku.

Powyższe wywody miały na celu zarysować to ogólne tło, na którym rozwija się prawo umowne w społeczeństwach będących agregatem luźnych, drobniejszych grup rodowych, nie uznających nad sobą, z wyjątkiem kilku przypadków, żadnej władzy państwowej w naszym pojęciu tego słowa. A jak już zaznaczono powyżej, w społeczeństwach tych, w miarę słabnięcia gospodarczej jednolitości grup ściślejszych, w miarę wyswabdzania się jednostki z pod unifikacyjnych tendencji, jakie górują na pierwszych stadyach rozwoju, występuje coraz to silniej potrzeba ciągłego, stałego, nie narażonego na chwiejność i niepewność dotrzymania obrotu umownego. Przedstawienie form prawa umownego odpowiadającego tym stosunkom będzie rzeczą następujących rozdziałów pracy.

¹⁾ Charakterystyczny system prawny, składający się z takich zakazów uświęconych wolą fetysza opisuje np. Seidel: *System der Fetischverbote in Togo* (Globus 1898 t. 73, str. 340 i 355). Inne fakta, dotyczące pojmovania systemu prawnego jako systemu wypływającego z woli bogów, zestawiano nieraz, np. Spencer w swojej *Socyologii* (III. 614—9), który je jednakowoż zbyt racjonalistycznie tłumaczy. Jak zwykle w kwestyach powstawania obyczajów i prawa, tak i tu trudno się zgodzić z poglądem Iheringa (*Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts...* 1894 str. 23) co do roli, jaką w tworzeniu się nowych norm prawnych odgrywają ustawodawcy na pierwotnych stopniach kultury. Ihering staje tu, jak się zdaje zupełnie przypadkowo, na stanowisku bardzo podobnem do stanowiska Tarde'a.

²⁾ Pernice w swoim artykule o początku „porządku prawnego“ (*Grünh. Zeit. VII. 1880 str. 476*) dochodai, na całkiem innej drodze, do podobnego rezultatu: „Die Rechtsordnung ist Sancion und Determination des als Sitte bereits geübten“.

IV.

Prawo umowne w epoce barbarzyńskiej.

Cechą kultury społecznej w epoce barbarzyńskiej, jest jak to podano powyżej (rozdział II), wyrabianie się organizacyi politycznej wspólnej dla całego szeregu grup ściślejszych, dalej przejście do pasterstwa i rolnictwa, wreszcie powolne wytwarzanie się systemów mitologicznych w miejsce materialistycznie pojmowanego fetyszyzmu i kultu zmarłych, właściwych ludom pierwotnym. Pod wpływem tych trzech nowych zjawisk z zakresu bytu społecznego, rozwija się całe prawo ludów barbarzyńskich, a wraz z niem zajmujący nas tutaj bliżej dział, prawo umowne. Wszystkie te trzy czynniki: polityczny, gospodarczy i religijny, można odszukać badając jego rozwój, jako momenta, od których w zależności pozostają formy, treść i skutki umów w tym peryodzie życia społeczeństw.

Trzy są znamiona, które prawu umownemu tej epoki nadają charakter zupełnie odrębny, od tego, jaki ono dotychczas posiadało, i te trzy znamiona należy po kolei rozpatrywać.

Pierwszem z nich jest zróżniczkowanie się jedyne, jaki pierwotnie istnieje, kontraktu zbratania: najprzód na dwie ogólniejsze kategorie a następnie na cały szereg umów specjalnych; drugim jest upadek poglądu o zawieraniu kontraktów między grupami a wyrobienie się pojęcia o możności zobowiązania się li tylko przez jednostkę; trzeciem wreszcie oparcie imperatywu dotrzymania raz przyjętego na siebie zobowiązania na pewnym umyślnie do zawarcia umowy przypozwanym autorytecie (zrazu sakralnym, potem państwowym).

Każdy z tych trzech punktów wymaga nieco obszerniejszego omówienia.

Najprzód co się tyczy zróżniczkowania umów, to o ile prawo umowne u ludów pierwotnych jest szczupłe i jednostajne, o tyle znowu o ludach barbarzyńskich, w myśl tego, co w poprzednim rozdziale (str. 271) zaznaczono, mamy wiadomości odmienne. Znają one umowy różnej treści i formy, odpowiednio do większego skomplikowania stosunków gospodarczych. Obok kupna i zamiany, zjawiają się: pożyczka, najem, darowizna, spółka, zlecenie, depozyt, rękojmia, zastaw, umowy losowe; — każda monografia poświęcona prawu ludów tej epoki dostarcza na to obfitych dowodów ¹⁾. Typy umów, właściwe naszej cywilizacyi prawnej na-

¹⁾ Ob. Post Grundriss der ethno. Jurisprudenz (1895) II. str. 628—688 lub Friedrichs Universales Obligationenrecht (1896) str. 85—190. Nadto liczne specjalne monografie Kohlera.

wet obrót za gotówkę, na zastaw lub na kredyt ¹⁾ zostają już w prze-
ważnej części wykształcone na tym stopniu ewolucyi. Zapytajmy się
o bliższe koleje tego rozwoju.

Pierwszym jego objawem jest rozszczepienie się pojęcia umowy
na dwa odrębne typy, odpowiadające dzisiejszemu zasadniczemu po-
działowi umów na jedno- i dwustronne. Rozszczepienie to znajduje
sвій wyraz w poglądzie, iż wszelka umowa, w której jedna strona
jest wyłącznie zobowiązana, a druga wyłącznie uprawniona, prowadzi
do groźnej w swych skutkach zawisłości osoby dłużnika od wierzy-
ciela, podczas gdy tam, gdzie każda ze stron jest zarazem dłużnikiem
i wierzycielem, zawisłość jest wzajemna, a więc i położenie każdej ze
stron zobowiązanych jest korzystniejsze ²⁾. Odpowiednio do tego przy
umowach jednostronnych stosunek obu stron przedstawia się na tym
stopniu cywilizacyi jako poddanie dłużnika pod moc wierzyciela, przy
umowach dwustronnych jako ich zaprzyjaźnienie się. Dla stworzenia
zarówno stosunku poddania się jak i zaprzyjaźnienia, wyrabiają się
odrębne formy, będące odroślami dawnych form zbratania się, a poja-
wiający się w postaci bądź to całkiem identycznej bądź to podobnej
u wszystkich ludów, o ile przeszły w ten okres społecznego rozwoju.
Jak to już bowiem powyżej (str. 260) podniesiono, na dnie obrzędu
zbratania leży właściwe ludom pierwotnym przeświadczenie, iż pewne
czynności, z obu stron dokonane, sprowadzają wzajemną zawisłość
osób: dokonanie ich jednostronne może być też zupełnie logicznie zu-
żytkowane w celu stworzenia węzła zawisłości dłużnika od wierzy-
ciela. Formy zbratania nadają się więc w zupełności do tego, aby być
podstawą zarówno dla zawiązania stosunku zawisłości (umowy jedno-
stronne), jak przyjaźni (umowy dwustronne).

¹⁾ Większość historyków prawa niem. wychodzi z całkiem błędnego założenia,
że kredyt i wogóle umowy oparte na zaufaniu zjawiają się bardzo późno, np. Heusler
II. 230 lub Franken l. c. str. 213. Obserwacja prawa umownego ludów barbarzyń-
skich przynosi wprost przeciwne dowody: potrzeba kredytu jest znaczna, długi by-
wają zaciągane bardzo lekkomyślnie a zaufanie osobie dłużnika, iż dotrzyma umowy,
jest zjawiskiem częstym. Wierzyciel zaspakaja się odpowiedniemi, w uroczystej formie
złożonem, oświadczeniem dłużnika, a nie żąda gwarancyi realnej (zastawu). Przykłady
ob. w Zeit. f. vgl. R. W. XIV. 370, 376; Rehme Das Recht der Amaxosa (Zeit. f.
vgl. R. W. X) str. 46 i 52; Henrici Das Volksrecht der Ephener (Zeit. f. vgl. R.
W. XI) str. 144; Martin Handel und Kreditwesen der Moskitoin Indianer w Globus LXV
str. 101. etc.

²⁾ Przekonanie, iż dłużnik przy umowach jednostronnych jest zawisłym osobi-
ście od wierzyciela, objawia się w poglądzie, spotykanym u niektórych ludów barba-
rzyńskich, iż samo zaciągnięcie długu przynosi ujmę wolnemu człowiekowi, np.
u Persów Spiegel Eranische Alterthumskunde III. 687 i Herodot I. 138.

Co się tyczy drugiego momentu, który przy ogólnej charakterystyce prawa umownego na tym stopniu rozwoju podnieść należy, tj. co do upadku pojęcia o zawieraniu umów między grupą a grupą, to jestto oczywiście konsekwencya rosnącej samodzielności ekonomicznej i politycznej jednostek. Nie co do wszystkich umów pojęcie to z równą szybkością upada¹⁾. Tam gdzie umowa dotyka bardzo wyraźnie interesów całej grupy ściślejszej, tam pojęcie to okazuje przez długie wieki ogromną żywotność. Jeżeli np. celem umowy jest wprowadzenie do grupy nowego członka, jak to ma miejsce np. przy umowie ślubnej lub adopcyjnej, to oczywiście obrzędy towarzyszące takiej umowie będą na sobie przez długie wieki nosiły ślady zawierania jej między grupą a grupą²⁾. Jeżeli celem umowy będzie dalej stworzenie pokoju i przymierza między dwiema grupami ściślejszemi, które mimo istnienia wspólnej władzy państwowej ponad nimi, przez długie wieki są jeszcze organizacją pomagającą jednostce do dochodzenia jej pretensyi w drodze własnej pomocy, to w takich razach zawieranie umowy między grupą a grupą utrzymuje się i w tych jeszcze czasach, kiedy co do umów dotykających wyłącznie interesów jednostki przemogła już zasada indywidualizmu umownego³⁾.

A wreszcie co się tyczy trzeciego z podanych powyżej znamion, to i ono także zostaje niewątpliwie w związku z upadaniem społecznego znaczenia grup ściślejszych.

Łączność ekonomiczna i polityczna charakteryzująca ustrój grupy ściślejszej jest u ludów pierwotnych jedyną rękojmią dla kontrahenta obcego, iż umowa będzie uszanowaną i dotrzymaną. Z faktów podanych powyżej (w rozdziale drugim) wynika, iż wypadki naruszenia obowiązków wynikających ze zbratania są rzadkie, i że na straży ich dotrzymania stoi egzekucya ze strony całej grupy, względnie ze strony jej naczelnika. Gdyby zaś to zawiodło, pozostaje kontrahentowi pokrzywdzonemu już tylko droga odwetu, droga gwałtu fizycznego.

¹⁾ I nie u wszystkich ludów z równą szybkością. Prawo celtyckie odznacza się np. ogromnym konserwatyzmem pod tym względem. Por. Anc. laws (l. c.) II. 219.

²⁾ Co do adopcji ob. np. Kohler w Zeit. f. vgl. R. W. VI str. 190; — co do zbratania dwóch rodów przy zawieraniu ślubu, te obrzędy ślubne wszystkich ludów świata, zaczynając od aryjskich, dostarczają dowodów niezliczonych. Wspólna uczta, obdarzanie się wzajemne wszystkich krewnych pana młodego i panny młodej i t. p. zwyczaje będące częścią obrzędu ślubnego wskazują, iż ślub jest umową między dwiema grupami, a nie między dwiema jednostkami jak u nas. Ob. np. co do ludów germańskich Weinhold Frauen II. 337 (vingäf-Verwandtengabe).

³⁾ Takie znaczenie mają np. uczty pokojowe (Versöhnungsfeste), kończące wojny prywatne między dwiema grupami i sprowadzające między nimi przyjaźń. Ob. szerniej zestawia odnośne fakta np. Steinmetz (l. c.) I. str. 455.

a więc chwycenie się środków leżących poza prawem. Gwałt ten może być skierowany przeciwko każdemu z członków danej grupy ściślejszej ¹⁾, a jak uczy obserwacja stosunków istniejących u ludów pierwotnych, jest to dość silną groźbą, aby w większości wypadków skłonić do prawnego załatwienia sporu między dwoma obcymi sobie kontrahentami. I na stopniu kultury barbarzyńskiej, to znaczy i wtedy, kiedy ponad szeregiem grup ściślejszych zaczęła już wyrastać pewna wspólna organizacja społeczna, stosunki zrazu nie przedstawiają się pod tym względem inaczej. Nieuszanowanie umowy, niewypełnianie obowiązków płynących z kontraktu przez któregośkolwiek z kontrahentów prowadzi albo do tego, iż cała jego grupa ściślejsza z nim się nie solidaryzuje ²⁾, i wtedy grozi mu wyłączenie z grupy, co w danych warunkach społecznych równa się śmierci (*exsacratio*, *Friedloslegung*), albo w razie solidaryzowania się grupy z jego postępkami, prowadzi do wojny między temi dwiema grupami ściślejszemi, do których należą kontrahenci ³⁾.

Im bardziej znaczenie grupy ściślejszej podupada, im mniejszą wagę przedstawia dla jednostki fakt przynależności do niej, tem słabszą oczywiście rękojmią dotrzymania kontraktu staje się dla kontrahenta owa ufność, iż obawa przed gwałtem fizycznym z jednej strony a obawa wyłączenia z grupy z drugiej strony zapewnią umowie dostateczną powagę i ewentualną egzekucję. Innemi słowy: upadek znaczenia grupy ściślejszej, jaki w powolny sposób odbywa się w społeczeństwach barbarzyńskich, odbiera umowie zbratania ten moment przymusu, który na stopniach pierwotnych zapewnia jej opiekę pra-

¹⁾ Zazwyczaj w takich razach kontrahent pokrzywdzony chwytą któregośkolwiek z członków grupy ściślejszej krzywdziciela, i przez zatrzymanie go w niewoli, przez zabicie go, przez ograbienie stara się zaspokoić swoje uczucie pokrzywdzenia, względnie wymusić zaspokojenie. Ob. fakta odnoszące się do tego zebrane np. przez Posta Afr. Jur. II. 140—145. W prawie średniowiecznym longobardzkim utrzymała się bardzo długo odpowiedzialność innych członków grupy ściślejszej za długi jednego z nich, i prawo wierzyciela do ścigania *alterum pro altero*, ob. Brunner Rg. II. 448.

²⁾ Obawa takiej zemsty względem całej grupy ściślejszej działa nieraz tak silnie, iż naczelnik jej płaci tego rodzaju długi jej członków, byle tylko całej grupy na zemstę pokrzywdzonego nie narazić, (a sam obraca dłużnika w swojego niewolnika). Ob. np. przykłady Post Afr. Jurispr. I. 129, Kohler Rechtsv. Stud. str. 287—8, etc.

³⁾ Przykłady takich krwawych wojen (*Blutfehde*) między dwiema grupami s powodu złamania kontraktu, obacz Post Afr. Jurispr. II. 375 lub Steinmets (I. c.) I. 319—321, który obszerniej charakteryzuje owo żywe poczucie każdej krzywdy majątkowej, które, jak wszystkie impulsa u człowieka na niskich stopniach kultury, prowadzi do silnych i gwałtownych reakcyi (I. c. str. 410).

wną, a wskutek tego nadaje jej wogóle charakter stosunku prawnego (a nie tylko faktycznego).

Zupełnie to samo dotyczy umów zawieranych przez członków jednej i tej samej organizacji ściślejszej: na pierwotnych stopniach cywilizacji społecznej, jak to powyżej podnosiliśmy, istnieje stały obowiązek wymiany usług ¹⁾, którego naruszenie odbiera jednostce ochronę prawną, jaką jej organizacja zapewnia. Na stopniu kultury barbarzyńskiej obowiązek ten traci coraz więcej na znaczeniu: jego miejsce zastępują doraźne umowy z treścią zapewniającą wymianę wzajemnych usług w pewnym konkretnym przypadku. Niedotrzymanie takiej umowy grozi egzekucją zbiorową względnie wyłączeniem z grupy, ale gdy ta presja (przez upadek znaczenia grupy) traci swą skuteczność, pozostaje kontrahentowi pokrzywdzonemu tylko droga gwałtu fizycznego.

Tego rodzaju rozwój społeczny doprowadza więc do stosunków, w których kontrahent pokrzywdzony zmuszony jest szukać zadosyćuczynienia w drodze walki bądź to z całą grupą ściślejszą drugiego kontrahenta, bądź też tylko z nim samym; reszta zaś społeczeństwa (tj. inne związki ściślejsze, należące do tej samej organizacji obszerniejszej) przypatrują się tego rodzaju walce obojętnie, nie mieszając się do niej ani bezpośrednio, ani za pośrednictwem pewnych organów społecznych. Wojna prowadzona między dwiema stronami ma ten sam charakter, co wojna będąca wynikiem każdej innej krzywdy: morderstwa, kradzieży, łupiestwa. We wszystkich tych wypadkach związek społeczny pozostawia ich uregulowanie autonomicznej działalności stron.

Zachodzi pytanie, czy tego rodzaju stosunek, któremu prawo przedmiotowe w pewnym społeczeństwie istniejące ochrony prawnej nie daje, może być podciągnięty pod pojęcie umowy w naszym tego słowa znaczeniu? Jeżeli staniemy na stanowisku właściwym naszej epoce rozwoju, iż umowa jest jedną z czynności prawnych, to oczywiście tego rodzaju czynność, której dany porządek społeczny ochrony nie zapewnia, umową w naszym pojęciu nazwany być nie może ²⁾.

Niedotrzymanie tego rodzaju przez prawo przedmiotowe niebronionej umowy sprowadza niewątpliwie między stronami częstokroć

¹⁾ Ob. str. 256, a nadto odnośne fakta (opisane przez Kohlera na podstawie bardzo dokładnych odpowiedzi na opracowane i rozesłane przez niego kwestyonaryusze do różnych gruntownych znawców stosunków ludów natury) w Zeit. f. vgl. R. W. XIV. 310, 368, 439.

²⁾ Na to zastrzeżenie „w naszym pojęciu“ zwracam uwagę, ponieważ mimo to w dalszym ciągu terminu „umowa“ używam i o takich czynnościach, przez prawo nie bronionych (umowa w szerszym pojęciu), zgodnie z nomenklaturą innych pisarzy, aby uniknąć terminologicznego zamętu.

stan pokrzywdzenia, ale obowiązek jego wyrównania jest po stronie łamiącego umowę zależnym wyłącznie od jego dobrej woli, czyli nie jest to stosunek obligatoryjny. Nie można go również podciągać pod pojęcie obligacyi *ex delicto*, bo tych prawo tej epoki nie zna. Wprawdzie pewna część autorów badających prawo ludów wyżej cywilizowanych, dotykając mimochodem dawniejszych, zamierzchłych stadyów kultury prawnej, zdaje się stać na innym stanowisku, uznając tego rodzaju obligacye za rozwojowo najstarsze¹⁾, jest to jednakowoż stanowisko z rzeczywistością niezgodne. Byłoby ono słuszne, gdyby się dało udowodnić, że na tem pierwotnem stadyum uspołecznienia, o którym jest w tej chwili mowa, pomoc własna ze strony pokrzywdzonego przez złamanie umowy, lub przez inną krzywdę materialną, jest drogą legalną a nie gwałtem: to znaczy, iż opór względem niej jest niedozwolony albo przynajmniej karany²⁾. Tymczasem faktycznie tak nie jest: dopóki pomoc własna opiera się na samym fakcie pokrzywdzenia materialnego i innego ugruntowania nie posiada, tak długo nie jest uważana na tych stadyach rozwoju za czynność prawną, ale za obojętny zresztą społeczeństwu gwałt fizyczny, podobnie jak gwałtem jest rozbój lub morderstwo, których społeczeństwo nie ściga i nie karci³⁾.

To też jeśli między dwiema stronami ma, na tym stopniu kultury społecznej, przyjść do skutku umowa w naszym pojęciu tego słowa, i co więcej nawet: jeśli wogóle ma powstać między niemi jakikolwiek węzeł obligatoryjny, to prawo tej epoki wymaga, aby odno-

¹⁾ Taką przesłankę, zresztą zupełnie błędnie, przyjmuje np. Hartmann w swej (po za tem niezwykłej bystrości) rozprawie *Grundprinzipien der Praxis des engl. amerik. Vertragsrechtes* w *Archiv für civil. Praxis*, 77 B. (1891) str. 191.

²⁾ Że *obligationes ex delicto* są najstarsze, sądzi np. Heusler II, 230 lub Esmein *Un contrat dans l'Olympe* str. 6. Iuni (ob. wyżej rozbiór dotychczasowych teorii, na str. 23⁴⁾) uważają wbrew historii, choćby prawa rzymskiego, obligacye z umów *re* zawartych za równie dawne. Jeśli obligacyą nazwiemy stosunek prawny tj. przez prawo pewnej epoki chroniony, to w takim razie, jak z wywodów dalszych wynika, w epoce barbarzyńskiej istnieją tylko węzły obligatoryjne wynikające z umów w odpowiedni sposób utwierdzonych. Umowy *re* (ani tem mniej umowy *solo consensu* zawarte!), ani nawet fakt pokrzywdzenia przez *delictum*, nie rodzą obowiązku do prestacyi, uznanego i bronionego przez prawo przedmiotowe.

³⁾ Ślady takiego pojmowania wojen prywatnych między dwiema grupami przechowały się nawet w prawach ludów aryjskich (w chwili ich występowania na widownię dziejową), ale tylko ślady; organizacja państwową dąży już u nich wtedy do ograniczania morderczej i szkodliwej pomocy własnej, autoryzując ją tylko w niektórych co najwyżej wypadkach (o czem niżej). U dzisiejszych ludów afrykańskich lub północno-ameryk. lub innych barbarzyńskich idea pomocy własnej rozkwita do dziś dnia bez żadnego ograniczenia, ob. np. *Post Grundriss der ethn. Jurispr.* I. 226, II. 246, gdzie zebrano obfity materiał dowodowy.

sne ich czynności zostały dokonane w ten sposób, który dopiero skuteczność prawną i egzekutywę natury prawnopublicznej zapewnić im jest w stanie. Takim zaś sposobem jest na tym stopniu kultury nadanie umowie sankcyi sakralnej, która jedynie tylko może im zapewnić moc egzekucyjną.

Twierdzenie to wymaga bliższego rozwinięcia i uzasadnienia, a także pewnego ograniczenia.

Nie ulega mianowicie wątpliwości, (poświadcza nam to obserwacya którejkolwiek kultury barbarzyńskiej), iż pomimo braku odpowiedniej ochrony prawnej strony niejednokrotnie mogą czuć względem siebie dostateczne zaufanie ¹⁾, albo też uważać umowę za błahą i doraźną, tak iż wiążą się ze sobą węzłami przez prawo wcale lub niedostatecznie chronionymi. Na tem polega, iż o wielu ludach pierwotnych lub barbarzyńskich opowiadają nam badacze europejscy, iż znają one „rozwiązalność“ umów. Kontrahent ma np. każdej chwili prawo re-traktu, może domagać się powrócenia mu jego prestacyi, chociaż przedtem zgodził się był i dopełnił wymiany przedmiotu będącego jego własnością na inny, cudzy ²⁾. Oczywiście stosunek taki, którego dotrzymanie oparte jest tylko na dobrej woli i który może być wskutek tego każdej chwili unieważniony, stosunkiem obligatoryjnym nie jest, mimo to spotyka go się dość często, wystarcza on bowiem zupełnie jako prosta i łatwa forma obrotu, zwłaszcza wtedy, gdy wymiana usług jest aktem doraźnym, wyczerpującym się i kończącym z samą chwilą zamiany, tak że niebezpieczeństwa odwołania lub nieuznania obowiązków z niej płynących być nie może.

¹⁾ Wogóle jednak należy zaznaczyć, iż ludom barbarzyńskim brak pojęcia bona fides w obrocie między jednostkami. Co do społeczeństw, których rozwój jest nam bliżej znany, możemy stwierdzić, iż pojęcie to zjawia się stosunkowo bardzo późno. Brak go np. najdawniejszemu prawu rzymskiemu, które bonam fidem zna pierwotnie tylko, o ile chodzi o stosunki w obrębie pewnych drobniejszych organizacyi, ale nie o ile chodzi o stosunki jednostek wogóle. Dopiero powoli i późno bona fides staje się podstawą prawa rzymskiego. Bliżej tej kwestyi dotycząj Danz Schutz str. 116. Pernice Labeo I. (1873) str. 408—416, a zwłaszcza Cuz Les institutions juridiques, L'ancien droit (1891) str. 388, 579, 592 etc. — Socyologowie dawniejsi, np. Spencer w Zasadach etyki (§ 53) zbyt łatwo przyjmowali, iż w każdym, nawet barbarzyńskim, społeczeństwie wyrabia się potępienie wiarołomstwa wskutek świadomości, iż wskutek niego cierpią integracya i differencyacya społeczna. Wzgląd tak abstrakcyjny i odległy nie wystarcza. Człowiek na niskim stadyum kultury nie ma zrozumienia skutków bardzo odległych i pośrednich, jakie pewien jego czyn wywołuje. To też wyrobienie się pojęcia bona fides w pewnem społeczeństwie trwa bardzo długo.

²⁾ np. Post Afr. Jur. II. 179, Friedrichs Univ. Obligationenrecht str. 7—8, Rehme w Zeit. f. vgl. R. W. X. s. 45—46 (Amaxosa), Kohler w Zeit. f. vgl. R. W.

Natomiast we wszystkich innych wypadkach, jest na tym stopniu kultury objawem nieprzezorności gospodarczej narażać się na to, iż strona przeciwna oświadczenia swej woli w razie, gdy jej to będzie dogadzać, nie dotrzyma i zawartą umowę albo odwoła, albo obowiązków na siebie przyjętych nie spełni.

Zachodzi też w takich razach potrzeba, aby to oświadczenie woli poddać pod opiekę tak silnego autorytetu, iżby cofnięcie jego było odtąd niemożliwe, to znaczy, iżby w razie jego cofnięcia lub niepoddania się jego skutkom pokrzywdzony miał gwarancję, iż cały związek społeczny zechce mu do urzeczywistnienia jego pretensyi dopomóc.

Taką gwarancję uzyskuje się nie przez wymianę oświadczeń woli, ani nawet przez wymianę prestacyi, ale jedynie przez poddanie stworzonego umową stosunku pod opiekę autorytetu religijnego, wskutek czego naruszenie tego stosunku staje się przestępstwem *sui generis*, obrażającym bóstwa i wymagającym zadosyćuczynienia ze strony całego społeczeństwa. Gdyby społeczeństwo względem takiej obrazę zachowało się obojętnie i nie dopomogło do uzyskania satysfakcyi, naraziłoby się, jak to zaznaczono w rozdziale poprzedzającym (str. 279), na zemstę ze strony bóstwa.

Umowa, o ile się ten termin bierze w ściślejszem tj. w naszym pojęciu tego słowa, składa się więc na tym stopniu uspołecznienia z dwóch odrębnych czynności. Pierwsza z nich polega bądź to na wyraźnem, bądź też na domniemanem (np. samo przyjęcie prestacyi) oświadczeniu woli obu stron, dotyczącem wymiany obustronnych prestacyi. Ta część umowy sprowadza co najwyżej moralny obowiązek dłużnika do dopełnienia czy to prestacyi, czy to do poddania się innym konsekwencyom umowy. Prawo przedmiotowe jednak obowiązkowi tego jeszcze nie sankcyonuje i nie daje wierzycielowi środków do przymusowego uzyskania jego pretensyi. Sankcya ta i przymus zostaje dopiero specjalnie ustanowiona, przez poddanie każdego stosunku umownego z osobna pod opiekę autorytetu religijnego.

Pierwsza z tych czynności jest więc faktem gospodarczym, wymianą usług i prestacyi lub oświadczeniem o wymianie; druga nadaje tej wymianie charakter prawny, wiąże z nią cały szereg obowiązków przez umowę lub przez prawo zwyczajowe zwykle z tego rodzaju faktem łączonych, przedewszystkiem obowiązek do dopełnienia

XII. 405 lub III. 2. 47. 52 (na którego hipotezę o znaczeniu rescysyi na niskich stopniach kultury prawnej zgodzić się nie mogę).

i nieodwoływania tego, co było treścią oświadczeń woli¹⁾. Jeżeli już pierwsza część umowy definiuje i określa obowiązki dłużnika i uprawnienia wierzyciela, to druga dopiero stwarza przymus i odpowiedzialność za ich niedotrzymanie.

Każda z tych części ma więc inne przeznaczenie: pierwsza określa kwestyę prestacyi, druga kwestyę odpowiedzialności. Jak zaś długo strony nie ustanowią tej odpowiedzialności jedno- lub obustronnej za niedotrzymanie umowy, — tak długo istniejący obowiązek do pewnej prestacyi względem wierzyciela, nie jest obowiązkiem prawnym, chronionym przez prawo przedmiotowe.

Dochodząc do tego rezultatu, zblizamy się pod pewnym względem do rezultatów analizy pojęcia obligacyi, dokonanej dla prawa starorzymskiego przez Brinza, dla prawa średniowiecznego przez Siegla, Amirę, Puntscharta i innych (por. str. 240 i d.). Ale jest to tylko zbliznienie. Różnica polega na tem, iż rozróznienie nasze, osiągnięte na razie na drodze historycznej konstrukcyi, odnosi się do zakresu znacznie szerszego, obejmuje bowiem tylko pojęcie umowy, a nie pojęcie obligacyi²⁾. Rozróznienie nasze stwierdza, że obligacya wynikająca z umowy potrzebuje do swojego powstania w epoce barbarzyńskiej osobnego ustanowienia ad hoc (przy każdej umowie z osobna), inaczej o prawnej odpowiedzialności dłużnika nie może być

¹⁾ Stawiając kwestyę w ten sposób, uważamy za zupełnie zbyteczne wdawać się tem samem w spór przez długie lata historyków zajmujący (ob. rozdział I), jakie formy umów: re, forma czy consensu — są najstarsze? Jest to pytanie nie mające dla najniższych stadyów kultury, żadnej (wedle naszego poglądu) wagi. Zarówno dla rozszczenia wynikającego z dokonania prestacyi, jak i z jakiegokolwiek innej czynności, potrzeba osobno i specjalnie ustanawiać ochronę prawną. Nie w tym więc punkcie i nie w tej kwestyi tkwi punkt zaczepienia ewolucyi prawa umownego.

²⁾ Już jednak i Amira (w Grundriss² str. 137) podaje następującą definicyę umowy (Vertrag): Abrede wodurch ein Satisfactionsobject haftbar gemacht oder wodurch eine Schuld gefestigt wird. Część druga tej definicyi, o ile chodzi o epokę powyżej omawianą (Amira ma na oku stosunki średniowieczne), jest zbędną, a dla epoki barbarzyńskiej przyjmujemy jako wystarczającą definicyę, iż umowa jest to ogół czynności, zapomocą których strony ustanawiają między sobą zarówno stosunek dłużniczy, jak i ochronę prawną dla tego stosunku (zapomocą stworzenia odpowiedzialności dłużnika).

Również i Danz Gesch. II. 7, trafnie zaznaczał (nieznając jeszcze zresztą teorii Brinza), że „alle Formen der ältesten Rechtsgeschäfte bestehen 1) aus der Erklärung des Willens und 2) aus der Sanction desselben d. h. des Mittels den Willen zum rechtlich geschützten zu machen“. Każda umowa w pierwotnem prawie rzymskiem potrzebowała według niego sankcyi tj. pozwolenia na pomoc własną wierzyciela (das Gewährlassen der Selbsthülfe, str. 7—8). Jego pojęcie „sankcyi“ zblizna się więc do określonego powyżej pojęcia „ustanowienia odpowiedzialności“.

mowy. W epoce tej zaś, jak już ogólnikowo zaznaczyliśmy, a co pozostaje poniżej obszerniej rozwinąć, ustanawianie tej odpowiedzialności opiera się na podstawie sakralnej. Tu już jednakowoż wypada zaznaczyć, że jestto tylko stadyum początkowe rozwoju. Dalszy rozwój zaś polega na tem, aby 1) najprzód zamiast autorytetu sakralnego wprowadzić zwolna autorytet państwowy, 2) aby potem odpowiedzialność dłużnika nie wynikała z czynności ad hoc przedsiębranej, ale miała swoje ugruntowanie w przepisach prawa przedmiotowego i była przez nie związana raz na zawsze bądź to z dopełnieniem prestacyi (kontrakty realne), bądź z pewną formalnością, bądź też z oświadczeniami woli (solo consensu). Innemi słowami: odpowiedzialność dłużnika zaczyna się łączyć w jednolitą całość z pewnemi czynnościami czysto faktycznemi: kto wskutek nich staje się dłużnikiem, ten tem samem wobec prawa ponosi odpowiedzialność, choćby jej osobno nie ustanowił.

Ustanowienie odpowiedzialności jest, jak wyżej zaznaczyliśmy, w tem stadyum epoki barbarzyńskiej wynikiem poddania danego stosunku umownego pod opiekę bóstw zapomocą ofiary, klątwy, przysięgi.

I pod tym względem stosunki panujące w społeczeństwach zachodnio aryjskich w chwili, gdy Rzymianie, Grecy, Germanowie lub Słowianie wstępują na widownię dziejową, przedstawiają nam obraz ewolucyi względnie dość już daleko posuniętej. Chcąc zrozumieć podstawy i początki tej ewolucyi, trzeba sięgnąć do społeczeństw dużo niżej stojących, a lepiej nam znanych.

Nie brak nam bowiem i dzisiaj ludów barbarzyńskich, o których dowiadujemy się, że umowy niezabezpieczone złożeniem ofiary, klątwą, przysięgą, nie mają mocy obligatoryjnej, mogą być każdej chwili unieważnione, a wierzyciel nie posiada w takich razach uznanego i chronionego przez społeczeństwo prawa egzekucyi na dłużniku. Wiadomości o tych społeczeństwach, w połączeniu z pewnymi objawami szczytkowymi spotykanymi u społeczeństw aryjskich, mogą się dopiero złożyć na obraz prawa umownego w tej epoce rozwoju.

Nadanie umowie ochrony sakralnej bywa nawiązane zrazu do zwyczajów panujących na niższym, pierwotnym stopniu rozwoju. Ochrona sakralna dotyczy najprzód nie samego kontraktu, jaki między stronami do skutku przychodzi, ale tego zaprzyjaźnienia (o ile o umowy dwustronne chodzi) lub tego poddania się, które na tle dawnego zbratania wyrasta. U ludów na początkowych stadyach kultury barbarzyńskiej znajdujących się spotykamy się też wszędzie ze zwyczajem, że obie strony kontraktujące po wymianie prestacyi czy oświadczeń woli, dopełniają obrzędu ustanowienia odpowiedzialności przez wspólne jedzenie w połączeniu ze składaniem ofiary bogom, przez picie krwi w połączeniu

z klątwą na niedotrzymujących umowy, przez wręczenie wierzycielowi pewnego przedmiotu (część ubrania, włosów, broni etc.) na znak zawisłości dłużnika, — przyczem dłużnik miota na siebie klątwę na wypadek zerwania umowy¹⁾. Szczególniej rozpowszechnionym dla umów dwustronnych staje się zwyczaj wspólnego ucztowania obu kontrahentów, przyczem część spożywanego jedzenia składa się w ofierze bóstwu na znak, iż przypozywa się je do umowy w charakterze obrońcy stworzonego nią stosunku²⁾. Stosunek przyjaźni lub jednostronnej zawisłości w ten sposób umocniony sprawia, iż obie strony mają dostateczną gwarancję, iż obowiązki z umowy wynikające nie będą przez żadną z nich naruszone.

Obok tych form, stykających się jeszcze bardzo blisko ze zbrataniem właściwem ludom pierwotnym, zaczynają się zjawiać jednak

¹⁾ Jednym z bardzo charakterystycznych opisów takiego zbratania umocnionego przez jedną ze stron poddaniem się śmierci (klątwą) na wypadek niedotrzymania wiary, — jest np. opis kontraktu z przewodnikiem karawany (Kissongo), zawartego przez głośnego w połowie XIX w. podróżnika Wład. Magyara (Roisen in Süd Africa, I. B. 1859, str. 31—32). Podajemy poniżej opis ten, z opuszczeniem szczegółów mniej charakterystycznych, w zastępstwie innych przykładów: 1) Podróżnik zapytuje najpierw Kissonga, czy chce mu służyć wiernie, i stawia mu to pytanie trzy razy, uroczyście, w obecności krewnych. Kissongo ma odpowiedzieć również trzykrotnie potwierdzająco. 2) Poczem jego krewni doręczają podróżnikowi patron karabinowy pomazany krwią Kissonga, oświadczając, iż wolno mu go będzie zabić w razie wiarolomstwa. 3) Kissongo wypowiada klątwę pozwalającą zabicia go. 4) Podróżnik i Kissongo i jego krewni piją wspólnie wódkę, poczem podróżny powinien rozdać podarki z broni.

²⁾ Utwierdzenie umów ucztą o charakterze sakralnym jest bardzo często opisywanem zjawiskiem na tym stopniu kultury. Szczególnie obfituje w odnośne przykłady Genezis, np. opisany w rozdz. 31 układ pomiędzy Labanem a Jakóbem co do granic, wśród których mogą się nadal poruszać ze swojemi trzodami; Laban odzywa się do Jakóba: „niech odtąd sędzi między nami bóg ojców naszych: bóg Abrahamów i Nachorów“, a Jakób „ofiarowawszy ofiary na górze, wezwał braciej swej, aby jedli razem chleb“. Podobnie zresztą Izaak umacnia swoje przymierze z Abimelechem przez wspólną ucztę, z przysięgą wzajemnej wierności (Ks. I. Gen. 26, 30), a i później częściej: np. Ks. II. Król. 3, 20 albo Joz. 9, 14 etc. (Obszerniej omawia te ucztę sakralną Nowack w Lehrbuch der hebr. Archäologie I. 1894 str. 359). Podobne wiadomości posiadamy w ogromnej liczbie także i co do innych ludów; wskazują tu tylko charakterystyczniejsze fakta zestawione między innymi u Haberlanda w Zeit. f. Völkerpsychologie XVIII. 387, Steinmetza (l. c.) I. 455, Tylora Cywilizacya I. 380; Spencera Descr. soc. III. 28. Zwyczaj zawierania umów w połączeniu z ucztą sakralną (Cultgelage) przechował się bardzo stosunkowo długo u Skandynawów, czego przykłady podaje Amira Obl. II 383, 332—3, 362—3, 162 etc. I w obyczaju ludowym niemieckim, średniowiecznym i dzisiejszym, nie brak objawów szczątkowych świadczących o znacznem niegdyś rozpowszechnieniu tej formy utwierdzania umów, np. litkup, przy którym do dziś dnia kontrahenci obowiązani są zlać ostatnie krople napoju na ziemię (ob. dalsze rozdziały).

szybko formy inne, nieco prostsze: zamiast stawiać zbratanie lub podanie się pod ochronę sakralną, dopełniają obaj kontrahenci wprost i bezpośrednio pewnych czynności sakralnych. np. ofiary, klątwy, przysięgi i w ten sposób ustanawiają odpowiedzialność jednej lub obu stron. Wszystkie te sposoby są u ludów na tym stopniu kultury bardzo rozpowszechnione.

Ofiara bywa zazwyczaj spleciona z uroczystem samo-wyklęciem kontrahenta na wypadek niedotrzymania umowy, ale spotykamy także wypadki, w których wyklęcie jest tylko domniemane, jako samo wynikające z faktu ofiary¹⁾. Gdzieindziej znowu używaną bywa w tym celu sama tylko klątwa, bez ofiary, o której panuje przekonanie, iż jest najgroźniejszym, automatycznie, ze ślełą koniecznością działają-

¹⁾ Utwierdzenie umów ofiarą składaną wspólnie przez obu kontrahentów bóstwu ob. Lafitau *Moeurs des sauvages americaines* (1724) II. 318; Klemm *Ordal und Eid in Hinterindien* (w *Zeits. f. vgl. R. W.* XIII) s. 130—131 (początek kontrahenci piją krew ofiary zmieszaną z wódką), i 134; André Paralellen (1878) str. 46—48 i d.; Paulitschke (l. c.) *Geistige Cultur* str. 137; *Post Afr. Jur.* II. 184; *Spencer Descr. Soc.* III. 28; etc. Interesującym jest fakt, iż w najdawniejszym prawie chińskim przechowały się bardzo obszerne przepisy nakazujące w pewnych szczególnie doniosłych wypadkach utwierdzać umowę w ten sposób, pomimo że zresztą prawo chińskie od bardzo dawna stoi już na gruncie państwowym. Kodeks Tszon-Kongu (z XII w.) przetłumaczony bardzo starannie przez uczonego francuskiego Biota (*Le Tchou-li*, 3 tomy, 1851) zawiera pod tym względem obszerne przepisy, np. II. 247—8. Ob. także Plath *Die Religion der alten Chinesen* (*Abhand. der bayr. Akad. Philos. philog.* Cl. IX, 3) str. 844 i d. Składanie ofiar dla umocnienia umów zna i prawo indyjskie (bliżej omawia Leist w *Jus gentium* str. 460). Dotychczas jest też ono praktykowane u ludów kaukaskich, ob. Kowalewski (*Coutume* (1893) str. 120. Najciekawsze jednak niewątpliwie są odnośne pozostałości w prawie greckim i rzymskim. Dla Grecji najważniejszym — ale nie jedynym — świadectwem, jest ustęp z Teofrasta, opowiadający o zwyczaju panującym w mieście trackiem Ainos, iż każde kupno gruntu musi być utwierdzone ofiarą na ołtarzu Apollina. Najlepsze wydanie tego fragmentu Teofrasta, ob. Thalheim *Rechtsalterthümer*, str. 250; omawiają go zaś bliżej i zestawiają inne przykłady greckie dotyczące umacniania umów ofiarą na rzecz bogów: Beauchet *Histoire du droit privé de la rep. athen.* III. 326, Hofman *Beiträge zur Geschichte des griech. Rechts* 1870 str. 83 i d., Fustel de Coulanges *Nouvelles recherches* str. 138; Caillemar *Le contrat de vente* w *Revue de legis.* 1870 str. 659; etc. Co do Rzymu wreszcie, to mamy wiadomości (Dion. I. 40) o prastarym zwyczaju utwierdzania umów zapomocą składania ofiary (libacyi) na ołtarzu Herkulesa, a communis opinio zgodnie z tą wiadomością uznaje, iż w najdawniejszych czasach przy każdej sponsio miała miejsce libacya (skąd i nazwa sponsio pochodzi), o czem bliżej Schulin *Lehrbuch der Gesch.* (1889) str. 334, Huschke *Multa* str. 438 i *Nexum* s. 101—2, *Cuius Institutiones* str. 393, *Danz Schutz* str. 113—4 i *Gesch.* II. 41 etc. Charakterystyczny przykład umocnienia umowy (przed pojedynkiem) ofiarą, podaje Livius I. c. 22, do czego analogia jest opis Eurypidea (*Fenicyanki*, wiersz 1845) Przy przymierzach międzynarodowych, przy których oddawanie stosunku umownego pod opiekę bóstwa musiało się dużo dłużej przechować, (ze względu

cym przeciwko wiarołomcy środkiem ¹⁾. Kłątwa wylicza zazwyczaj dokładnie wszystkie następstwa, które mu zagrażają, i które on sam na swą głowę i na swą rodzinę przyzywa. Ale mamy także przykłady, gdzie kłątwa bywa ogólnikowa, lub gdzie wogóle złych następstw się nie wylicza, pozostawiając niejako bóstwu wybór, jaką klęską zechee dotknąć wiarołomcę. Bardzo też często zamiast dokładnego ich omawiania, symbolizuje się je zapomocą odpowiedniego gestu. Ludy barbarzyńskie skłonne są do zastępowania słów gestami, malującymi ich

że podobnie jak niegdyś w stosunkach prywatnych brak tu było innej władzy zwierzchniej), spotykamy składanie ofiar zarówno w Grecyi, jak w Rzymie, jeszcze w epoce historycznej, np. Xenoph. Anab. II. 2, 9, Iliada III. 265—304, lub słynny opis Liwiusza IX c. 5.

¹⁾ Utwierdzenie umów kłątwą u Singalezów, ob. Kohler Rechtsv. Studien str. 287; u ludów afryk. Zeits. für Ethnologie 1878 (X. 386), Post Afr. Jur. II. 127 i d. albo Kohler über das Negerrecht (na podstawie urzędowych materyałów niem.) w Zeit. f. vgl. R. W. XI. 447; tenże w Zeit. f. vgl. R. W. XV. 49 etc.; u Buginesów, Kohler w Zeit. f. Handelsrecht XXXV str. 6—7 etc. Co się tyczy ludów orientalnych świata starożytnego, to przykładów takich, w których umowa polega na wymianie kłąt, skierowanych przeciwko sobie samemu na wypadek niedotrzymania umowy — dostarcza zwłaszcza Biblia w bardzo obfitej mierze. (Zestawia je Ewald Die Alterthümer des Volkes Israel ³ 1866 str. 27—8). Przy umowach jednostronnych formułkę samo-kłątwy wypowiada oczywiście tylko jedna ze stron. Dla innych ludów orientalnych mamy liczne przykłady opatrywania umów kłátwami w którymkolwiek zbiorze dokumentów prawnych, np. Oppert-Ménant Doc. juridiques (passim), Kohler-Peiser Aus dem babylonischen Rechtsleben 1890—1894, Die assyr. bab. Rechtsurkunden w Zeit. f. vgl. R. W. III. 201—208, Meissner Beiträge zum altbab. Privatrecht 1893 etc. Obwarowanie umów kłátwą znane jest i dawnemu prawu indyjskiemu (Hillebrandt Ritualliteratur str. 171, Leist Jus str. 461), i prawu egipskiemu (Revillout Les Obligations, en droit égyptien 1866, str. 37—8, Aerman Aegypten II. 708—706 etc.). W Grecyi spotykamy się już tylko z umacnianiem kłátwami umów prawnopublicznych, np. Ziebart Der Fluch (l. c.) str. 64, lub Recueil des insc. I. 151. W Rzymie spotykamy się u początku rozwoju z sacramentum, którego ostatnim szczątkiem jest sacramentum militare. Sacramentum jest obok sponsio drugą najstarszą formą umów w Rzymie a Schulin (l. c.) definiuje ją jak następuje: przyrzeczenie zaopatrzone klauzulą, mocą której przyrzekający na wypadek złamania słowa uznaje się za wykluczonego ze społeczeństwa (homo sacer), ze spokoju zapewnionego ludzkim i boskim prawem, za podległego zemście bogów i zemście ze strony wierzącego. Podobnie rozumieją sacramentum inni badacze pierwotnego, przedpaństwowego, prawa rzymskiego np. Danz Schutz str. 13, Huschke Multa str. 353, Cuq Instit. str. 389 i d. Znaczenie sacramentum później upada w miarę upowszechniania się lżejszych form obrotu umownego, mniej dla dłużnika niebezpiecznych (sponsio, stipulatio), ale jako objaw szczątkowy utrzymuje się ono długo w niektórych wyjątkowych wypadkach (foedus, sacramentum militare). W życiu prawnym średnich wieków spotykamy utwierdzenie umów kłátwą lub jej surrogatami, zwłaszcza początkowo, bardzo często, o czem w dalszym ciągu. Że ten zwyczaj nie przyszedł bynajmniej do ludów germańskich z zewnątrz, ale był im znany jeszcze w czasach ich kulturalnego odosobnienia, świadczą

myśl daleko wierniej i plastyczniej, aniżeli nie dosyć im posłuszne słowo ¹⁾. Takiemi gestami i czynnościami symbolicznemi. zastępującemi właściwą kłatwę, bywa np. zabicie zwierzęcia podczas umowy, na znak że tak zginie wiarołomca. Albo złamanie laski na dwoje, rzucenie kamienia do wody, rozbicie garnka, podeptanie nogami jakiegoś przedmiotu do stron kontraktujących należącego. rzucenie o ziemię broni lub części ubrania. Symbolistyka używana przy kłatwach bywa ogromnie urozmaicona a przemawia do wyobraźni człowieka na tym stopniu kultury stojącego z daleko większą siłą, aniżeli bezbarwne i suche wyrazy. Częstokroć spotykamy się nawet z samym gestem, który zastępuje w zupełności prawne skutki kłatwy; jego znaczenie jest niezrozumiałem, jeśli się nie pamięta, że gest ten wyrósł na tle pewnego pojęcia natury sakralnej ²⁾.

Są to formy kłatwy złagodzone, prowadzące do wyrobienia się przysięgi, używanej przez ludy na tym stopniu kultury daleko chętniej ³⁾ w obrocie umownym, i dlatego najbardziej rozpowszechnionej, zwłaszcza o ile chodzi o umowy o mniejszej doniosłości ⁴⁾.

o tem te urywkowe wiadomości, jakie posiadamy o zawieraniu umów przez Germanów przed recepcją odnośnych rzymskich pojęć, tj. przed epoką spisania *Leges barbarorum*, np. o zwyczaju zawierania przez nich przymierzy przez miotanie kłatw na niedotrzymujących (przykłady zestawia Schröder Rg. ³ str. 24, 37).

¹⁾ Tę stronę psychologii człowieka na niektórych stadyach kultury wyświetlił znakomicie zwłaszcza Tylor w swoich pracach (np. *Forschungen über die Urgeschichte*, str. 17—70: *Geberdensprache*). Dla Germanów opracowywał to z zamiłowaniem Grimm, a wiele pięknych i trafnych uwag poświęcił temu Heusler w swych *Instytucyach* (np. tom I str. 65: *Denkweise und Sprache im Rechte*).

²⁾ Stąd to pochodzi, że dotychczasowi badacze zupełnie błędnie te gesta i ich prawne znaczenie tłumaczą, o czem obszerniej jeszcze w dalszym ciągu.

³⁾ O czem dla prawa rzymskiego obszerniej *Danz Gesch.* ² II. 38.

⁴⁾ Bardzo ciekawie rozwinęła się przysięga umowna w prawie staroegipskiem. Doprowadziła ona mianowicie do wytworzenia t. zw. *sturiozis*: nazwa pochodzi od słowa *sthôri-spondere*. W epoce archaicznej przy każdym kontrakcie, w epoce późniejszej przy umowach, których przedmiotem były grunta, składają strony kontraktujące przed najwyższem w danej miejscowości bóstwem (np. dla Teb przed Ammonem) przysięgę, że umowy dotrzymają. Revillout, zasłużony i ruchliwy, ale nie zawsze dostatecznie ścisły badacz prawa egipskiego, porusza kilkakrotnie rozwój tej *sturiozis* w swoich dziełach, np. *Études sur divers points* (1880) str. 50 (sądzi, że niegdyś *sturiozis* była połączona z kłatwami na łąmających) i 126, lub *Notice de papyrus archaïques* (1886) str. 423 i 440. Odnalezienie aktów słynnego procesu Hermiasa, w którym brak *sturiozis* jest przyczyną obalenia umowy, dało pochoch do nowych badań w tym kierunku. I *Dareste* (*Procès d'Hermias*, 1883, str. 7 i 14), i *Mitteis* (*Reichsrecht uad Volksrecht*, str. 49) i *Krall* (*Demotische und assyr. Contracte* 1881 str. 6—11) godzą się, iż *sturiozis* była sakralną formą utwierdzenia umowy. Uderzające są analogie greckie i rzymskie do *sturiozis* (por. wyżej przy omawianiu ofiary). Co do dawnej Grecji ob.

Bogowie, których opiece umowę powierzono, występują jako ręczyciele jej dotrzymania i nienaruszania. Jej złamanie jest bowiem w pierwszym rzędzie ich obrazą. Nie ulega wątpliwości, że im niżej pewien lud w rozwoju umysłowym stoi, tem silniej wierzy w bezwzględna moc, jaką ofiara przy umowie złożona lub jaką wyrzeczenie kłatwy i przysięgi posiada. Działają one na bogów przymuszająco, bóstwo musi zabić lub dotknąć klęską krzywoprzysięgającego ¹⁾. Jestto zaś już pewnym postępowaniem, jeśli na miejsce takiej wiary występuje pogląd, iż ludzie otaczający wiarolomnego powinni bóstwu w tem dopomóc, jeśli nie chcą się na jego gniew narazić. W tym celu do samego rytuału kłatwy lub przysięgi wprowadza się pewien zwrot lub pewną czynność. symbolizującą poddanie się wiarolomnego zemście.

np. fakta zestawione w pracach: Lasaulx *Der Eid bei den Griechen* (Studien 1854 str. 190), Ziebarth *De iurejurando in iure graeco*, 1892 str. 47 i d., Beauchet *Hist. IV. 57*, Thalheim *Rechtsalt.* str. 85. — Co do Rzymian, to ich sponsio w epoce historycznej nie jest już ofiarą, ale przysięgą („ein durch juramentum unter Weglassung der sacratio bestätigter Vertrag“ Schulin, str. 334), sprawiającą, iż w razie jej złamania ma wierzyciel prawo do samopomocy, (a później, kiedy sponsio zamienia się już w zwykłą formułę, do legis actio per manus injectionem albo sacramento). W każdym razie przysięgę spotyka się jeszcze i w późniejszych czasach bardzo często jako środek utwierdzenia umów w Rzymie, np. w dokumentach pompejańskich (*Zeit. der Sav. Stift. IX. R. A. str. 96*), u Catona (*De re rust. 148, 2*) lub u Plauta (*Rud. act. V. sc. 2, v. 46 sq.*). A zwłaszcza w czasach gdy napływ barbarzyńców wprowadził, odświeżył i umocnił w całym cesarstwie wiele pojęć właściwych kulturze niższej, zastosowanie przysięgi w prawie umownem na nowo się bardzo silnie zakorzeniło. W formułach wizygockich występuje interpositio sacramenti jako cecha wystawianych przez Rzymian cautiones, por. o tem Brunner *Forschungen*, str. 556. Znaczenie i częstotliwość przysięgi jako środka umacniania umów w życiu średniowiecznym, nie potrzebuje dłuższego omawiania. ob. np. fakta zestawione w *Siegla Handschlag und Eid*, str. 21—22.

Dla ludów celtyckich wysokie znaczenie przysięgi, jako środka utwierdzenia umów, poświadczają pomniki prawa walijskiego z w. X, które jako jedną z trzech form umów tj. obok rękojmi i zastawu uznają formę zwaną briduw polegającą na przyzwaniu Boga jako ręczyciela do umowy. Ob. *Leges Wallicae Hoeliboni* (ed. Wottona) 1730 str. 113, 114. 558.

¹⁾ Dlatego to te środki sakralne zastępują najzupełniej nasz świecki, racjonalistycznie pojęty rygor prawny. Schneider (*Die Religion* str. 19) silnie i słusznie podkreśla, iż u ludów afrykańskich umocnienie umowy przysięgą najzupełniej wystarcza, aby nie dopuścić do jej złamania: „Ein Sacrileg zu begehen ist der Neger unfähig. Um keinen Preis in der Welt, würde er einen Eid, oder sein Wort brechen, bei dem er die Gottheit, die Geister oder seine Fetische angerufen hat“. Podobnie tłumaczy znaczenie przysięgi na tych stopniach kultury inny znakomity etnograf, Bastian (*Der Mensch in der Geschichte*, 1860 II str. 300): „Ein jeder wenn er einen Eid schwur, verpfändete sein Haupt den Göttern; der Meineidige war verflucht, verbannt und ungestraft könnte getödtet werden“.

którą na nim w imieniu bogów ma wierzyciel lub ktoś inny z otaczających go wykonać ¹⁾.

Znaczna część ludów barbarzyńskich stoi już na tem stanowisku, iż nawet bez wyraźnego poddania się jego zemście w formułce klątwy lub przysięgi, kontrahent pokrzywdzony przez stronę wiarołomną ma prawo w zastępstwie bóstwa przystąpić do zrealizowania tych groźnych dla osoby i majątku dłużnika następstw, które obraza wyrządzona bóstwu za sobą pociąga ²⁾. Akcja jego, jaką wdraża przeciwko łamiącemu umowę, nie jest już uważana za gwałt fizyczny, ale za autoryzowaną przez prawo drogę własnej pomocy ³⁾. Nie wolno mu w tem przeszkodzić, wspierając lub ukrywając przeciwnika, pod groźą ściągnięcia na siebie gniewu bóstwa ⁴⁾. Owszem najbliższe otoczenie łamiącego umocniony sakralnie kontrakt, ma obowiązek dopomóc wierzycielowi dochodzącemu swoich praw: tj. ma przyłożyć rękę do zabicia winnego, do zgładzenia jego rodziny i zniszczenia majątku. Inaczej i ono podpada gniewowi bogów ⁵⁾. Innemi słowami: strona łamiąca

¹⁾ Np. w ten sposób tłumaczy się opisywany wielokrotnie w Biblii rytuał przysięgania sługi, pełnomocnika, podwładnego przez położenie przezeń ręki na biodro. Ewald (Alterthümer ³ str. 26), Riehm (Bibl. Handwörterbuch ² 1893, 1) i inni komentatorowie biblijni tłumaczą symbolizm tej przysięgi następująco: wedle pojęć izraelskich okolica biodra jest uświęcona, w niej bowiem ma mieć siedzibę przysałe potomstwo (np. Gen. 46, 26). Położenie ręki na biodro oznacza, iż zobowiązany poddaje się na wypadek niedotrzymania wiary zemście swojego pana i jego potomstwa.

²⁾ Egzekucya eksakracji, w jaką łamiący nakaz sakralnie umocniony popada, należy znowu u niektórych ludów barbarzyńskich do tajnych związków, o czem ob. Mauss (l. c.) str. 46.

³⁾ Położenie dłużnika, który nie dotrzymał zobowiązania stworzonego przysięgą, stara się dla najdawniejszych czasów, o ile o Rzym chodzi, odtworzyć Danz Schutz, np. na str. 72—76: „Von der völligen Schutzlosigkeit des exsacratus gegen deren strengste Ausübung nur das Gewissen des Gläubigers den Schuldner zu schützen vermag, geht der negative Schutz des promissorischen Eides aus. Die ganze Existenz des Schuldners... ist der Gewalt des Gläubigers verfallen“. Podobnie zapatruje się Huschke Multa str. 373—374, broniąc zdania, że naruszenie umowy chronionej przysięgą sprowadza exsacratio, nawet gdyby przysięga nie zawierała formułki deprekacyjnej (klątwa).

⁴⁾ U niektórych ludów niższych spotykamy w miejsce takiej egzekucyi przyznane wierzycielowi prawo do zabicia dłużnika zapomocą czarów, np. Zeit. f. vgl. R. W. XIV. 376 („das ist gleich mit Totesurteil und hilft in den meisten Fällen“).

⁵⁾ Tak np. u Rzymian w epoce historycznej brak już pojęcia, aby bogowie mścili się sami za zadaną im obrazę, — lecz pozwalają za to pomścić to bezkarnie samowolnie każdemu z ludu. Bliżej omawia to ze względu na złamanie przysięgi, Danz Der sakr. Schutz str. 47 i d. oraz Gesch. ² II 32. U żadnego zaś z ludów na niższych stadyach kultury barbarzyńskiej państwo jako takie nie karze samo krzywoprzysięstwa (Meineid) i wiarołomstwa (Eidbruch), np. co do Germanów słusznie to udowadnia Wilda Strafrecht str. 980 i d. (Co do innych ludów ob. np. Post Bausteine

umowę umocnioną sakralnie podpada wedle najdawniejszego sposobu rozumowania ludów barbarzyńskich *exsakracji* (*Friedloslegung*), a *exsakrację* wolno każdemu, w pierwszej zaś linii pokrzywdzonemu tj. wierzycielowi na swoją rękę wykonać ¹⁾.

W ten sposób fakt utwierdzenia umowy w sposób sakralny stwarza podstawę prawną do wywarcia presji na wolę kontrahenta, ażeby obowiązków swych dotrzymał. Jeśli takiej podstawy prawnej nie stworzono, to walka wydana stronie przeciwnej może mieć na celu tylko przymuszenie go, aby taką podstawę stworzył, tj. aby obowiązek do wynagrodzenia pewnej szkody, do zwrotu pewnej rzeczy, do zapłaty pewnej sumy stwierdził w sposób sakralny. Mimo powstania

I. 310—311). Karanie przez państwo zjawia się dużo później, ale już samo dozwole nie pomocy własnej wierzyciela, nakaz udziału ze strony otoczenia *exsakrowanego*. *sakaz* sprzeciwiania jej się siłą, są dowodem iż państwo otacza tę zemstę prywatną swą opieką, i że się z nią solidaryzuje.

¹⁾ Należy stwierdzić, że już doktryna dzisiejsza (np. Brunner), o ile o prawa germańskie chodzi, widziała się zmuszoną przyjąć hipotezę, iż dłużnik niedotrzymujący umowy stawał się tem samem „*friedlos*“, popadał w „*Acht*“. Faktu tego jednakowoż nie tłumaczyły i nie mogły wytłumaczyć te badania, dla których punktem spornym było, która z dzisiejszych form kontraktów (*realna*, *formalistyczna*, *konsensualna*) jest najstarszą. W każdym razie już źródła średniowieczne, dotyczące odpowiedzialności dłużnika i niesłychanie daleko idących praw wierzyciela, zmusiły do postawienia hipotezy o pierwotnej „*Friedlosigkeit*“ dłużnika. Kilkakrotnie stwierdza to np. Brunner: *Die auffallenden Härten des germ. Schuldrechtes erklären sich im letzten Grunde als Abspaltungen der Friedlosigkeit* (*Forschungen*, str. 481 i 466). Zwłaszcza zaś co do źródeł skandynawskich, nie podobnaby zrozumieć wielu srogich i twardych względem dłużnika niewypłatnego postanowień, gdyby się nie przypuściło, iż są one złagodzeniem wyjęcia z pod pokoju publicznego (*Friedloslegung*, *Acht*), które mu pierwotnie groziło. Amira stwierdza to wielokroć w swoim dziele, poświęconem średniowiecznemu prawu obligatoryjnemu szwedzkiemu i norweskiemu. Np. na str. 83 tomu I: *anfänglich in allen, später noch in vielen Schuldsachen konnte kein rechtliches Zwangsverfahren, sondern nur die Acht dem Gläubiger zu seiner Befriedigung verhelfen. In diesen Fällen wird der Haftende, der sich beharrlich anfordern lässt, ohne zu erfüllen oder sich zu reinigen, reif zur Acht*. Podobnie tom I s. 144—150 i tom II str. 114, 128, 142, 173—8.

Na podstawie bardzo obfitego materiału porównawczego, między innymi na podstawie rzymskiego „*in partes secanto*“, (które nie jest figurą retoryczną, ani wyrażeniem symbolicznem, ale zupełnie realnem zagrożeniem rozsikania niewypłacalnego dłużnika), dochodzi i Kohler w swojej monografii o odpowiedzialności dłużnika w prawach najdawniejszych do rezultatu, że u wszystkich ludów aryjskich wierzyciel miał początkowo prawo do zabicia dłużnika, oraz do zniszczenia rodziny i majątku jego (*Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1883 *passim*). Dopiero z biegiem czasu obyczaj łagodzi to prawo wierzyciela, wprowadzając możność okaleczenia dłużnika, poddania go chłóście, zabrania go w niewolę etc. — i na tym stopniu rozwoju stoją ludy aryjskie w swej epoce historycznej.

sądów i zamienienia walki fizycznej na walkę pokojową (proces) między stronami. — rzecz się ma i nadal nie inaczej. Celem procesu jest zmusić przeciwnika do uznania, stwierdzenia pewnego obowiązku, i dopiero to uznanie staje się podstawą do dalszych kroków, zdążających do wywarcia presyi, aby je wypełnił. Dla społeczeństw germańskich możemy ten stan rzeczy z całą dokładnością stwierdzić w epoce frankońskiej. Proces epoki frankońskiej zmierza w takich razach do wydobywania od strony skazanej uroczystego stwierdzenia jej obowiązku (*fidem facere*), a nie do skazania jej na pewną prestacyę lub na pewną sumę. Dopiero uzyskanie *fides facta* daje wierzycielowi podstawę do prowadzenia egzekucyi przeciwko dłużnikowi, i to egzekucyi na własną rękę zapomocą najazdu, któremu opierać się nie wolno ¹⁾.

Prawo do pomocy własnej, które wierzycielowi przysługuje, jest prawem, to znaczy jest środkiem uznanym przez prawo przedmiotowe danego społeczeństwa, i dlatego należy je ściśle odróżnić od gwałtu fizycznego, którego zmuszony jest użyć w razie niedotrzymania takiego obowiązku, przy którym nie ustanowiono zapomocą czynności sakralnych odpowiedzialności jego kontrahenta. Zajazd, zniszczenie mienia lub życia dłużnika i najbliższych mu osób. nie jest jednak egzekucją wierzyciela w naszym znaczeniu tego słowa; chodzi tu bowiem o zadosyćuczynienie za pewien czyn karny, a nie o wynagrodzenie materialnej krzywdy wyrządzonej wierzycielowi. Jestto więc tylko środek presyi na wolę dłużnika, aby umowy nie naruszał, a raczej, ażeby nie dopuszczał się obrazy bóstwa ²⁾. Dopiero dalszy rozwój

¹⁾ Ob. np. Brunner Rg. I. 184. Myśl tę bardzo obszernie i trafnie rozwija w swoim dziele poświęconem egzekucyi w procesie średniowiecznym Horten (*Die Personalexecution*, np. I. 1, str. 25 i 42). Wyrażenie *fides facta*, tłumaczone przez źródła najdawniejsze wyrazem frankońskim *agramire*, oznaczało najprawdopodobniej pierwotnie przysięgę. Tak tłumaczy np. znaczenie słowa *agramire* Jobbé-Duval (*Etude sur la revendication des meubles*, 1880), str. 32 i d. Odpowiada to jak najściślej greckiemu technicznemu terminowi πίστιν ποιῆν (*Recueil* I. 506), które oznacza również pierwotnie (jak to słusznie oddaje tłumaczenie Dareste'a): zapewnić pod wiarą przysięgi; podobnie łaciński termin *fidem facere* jest jak wiadomo sakralnie zabarwiony. Zarówno Horten (np. w *Grünh. Zeit.* XXIV. 137) jak i Puntchart (*Schuldvertrag und Treugelöbniß* 1896) tłumaczą też słusznie *fides facta* przez *Treugelöbniß*, ślubowanie wiary. Formułka *fides facta*, o ile można wnosić z analogii brzmienia w *Lex Sal.* 50, 3, obejmowała poddanie życia i majątku dłużnika pod egzekucyę na wypadek, gdyby się okazało, iż ten złamał wiarę lub złożył fałszywe oświadczenie: „ego super me et fortuna mea pono“.

²⁾ Jak dalece chodzi tu tylko o czyn karygodny, o obrazę bóstwa, a nie o szkodę wyrządzoną wierzycielowi, tego ilustracją najlepszą bywa pogląd, iż samo usiłowanie naruszenia stosunku umownego jest już wiarołomstwem i sprowadza gniew bóstwa. Herodot w V i VI księdze (rozd. 92 i 86) zawiera bardzo charakterystyczne

prawa umownego zdąża do tego, aby odpowiedzialność dłużnika zmniejszyć, aby ograniczyć ją bądź to do jego życia, bądź to do jego wolności, bądź to do jego majątku. Dążenie do takiego ograniczenia znajduje wyraz w powstaniu nowych form dla ustanawiania odpowiedzialności umownej: na miejsce klątwy grożącej dłużnikowi ewentualną „ira deorum“ i idącą z nią w parze eksakracją, zjawia się zagrożenie pewnymi ściśle określonymi następstwami jak niewola, okaleczenie, chłosta, zabór majątku etc. Na miejsce form czysto sakralnych ustanawiania odpowiedzialności wstępują ich surogaty, symbolizujące bądź to ogólnikowo zgubę dłużnika bądź też specjalnie jedno z tych groźnych dla jego osoby następstw, o które się strony umówiły. Na miejsce samowolnej egzekucyi wierzyciela zaczynają społeczeństwa dążyć do tego, aby tę egzekucję poddać pewnej kontroli lub zapewnić w niej udział czynnikom bezstronnym, przypozywanym w tym celu odrazu przy zawieraniu umowy.

Na tem to właśnie przejściowem stadyum ewolucyi zastajemy prawa ludów aryjskich, greckie, rzymskie, germańskie przedewszystkiem w epoce, kiedy te ludy wstępują na widownię dziejową. Odtąd nie mamy już do czynienia z konstrukcją historyczną opartą na metodzie porównawczej lub na wnioskowaniu wstecznem tłumaczącem pewne mniej zrozumiałe zjawiska danej epoki hipotezami odnoszącemi się do przeszłości. Stajemy odtąd na gruncie stworzonym przez wiadomości mniej lub więcej współczesne badanym przez nas zjawiskom.

V.

Urządzenia prawne pewnego społeczeństwa nie przedstawiają się nigdy jako zamknięta całość, oparta na jednolitej zasadzie, konsekwentnie w szczegółach przeprowadzonej. Dzisiejsza nauka historyczna okazuje wprawdzie niejednokrotnie skłonność do upraszczania badanych przez siebie stosunków, do konstruowania pewnych jednolitych

opowiadanie dla takiego poglądu o skutkach złamania zaprzysiężonej wiary: Depozytariusz mimo złożonej przysięgi, chce skarb oddany mu zagarnąć, zapytuje więc o skutki takiego czynu wyrocznię; ale wyrocznia ostrzega go: „zyskowniej może na razie dla ciebie przysięgę przemoc i skarby złupić, ale potomek krzywoprzysięzcy ginie marnie, nawet dom bogowie niweczą“.... W tym razie sam zamiar złamania wiary został rzeczywiście przez Bogów ukarany. Zagrożenie eksakracją za samo usiłowanie zmienienia zaprzysiężonej między dwoma społecznościami związkami umowy, ob. *Recueil des inscr.* I. 151. Podobnie klauzule karne późniejszych dokumentów (np. średniowiecznych) grożą karami za sam fakt usiłowanego naruszenia umowy: *si quis contra hanc cartam aliquid attemptare praesumpserit etc.*

typów, i ma to nawet poniekąd swoje uzasadnienie. Nie trzeba jednak zapominać, iż taki schemat lub typ, skonstruowany sztucznie przez uczzonego, ma tylko znaczenie niejako dydaktyczne: zaletą jego jest to, iż odtwarza pewien hipotetyczny stan społeczny, któryby mógł się wytworzyć w razie konsekwentnego i jednolitego przeprowadzenia pewnych zasad prawnych, których znaczenie pragnie badacz wykryć i wyjaśnić. Czytając opis urządzeń politycznych państwa frankońskiego, zawarty w któremkolwiek ze znakomitszych dzieł przedmiotowi temu poświęconych (np. Instytucje Violleta), możnaby mieć wrażenie, iż urządzenia te oparte są na zasadach rządu patryarchalno-monarchicznego, i że istniała jakaś chwila rozwoju, w której zasady te zwyciężyły na całej linii, a cały porządek prawny na tych zasadach się oparł. Biorąc natomiast jakiegokolwiek źródło historyczne do ręki — kartularz, kapitularz czy którąkolwiek *Lex barbarorum*, i analizując zawarte tam wiadomości, otrzymuje się wrażenie odmienne. Pewna ilość otrzymanych wiadomości potwierdzi nam niewątpliwie, iż w społeczeństwie istnieje tendencja do oparcia porządku politycznego na zasadzie monarchiczno-patryarchalnej, ale równocześnie pewna ilość innych wiadomości okaże, iż obok tej zasady wywiera swój wpływ na ukształtowanie pojęć i przepisów prawnych jakaś inna nowa tendencja, np. tendencja feodalno-stanowa. Inne wreszcie pojęcia i przepisy okażą się jako skamieniałe przeżytki, jako pozostałości jakichś dawniejszych zasad, nie będących w zgodzie z zasadą naczelną, przeważającą w życiu społecznym, a nie mniej jeszcze swój wpływ utrzymujących. Inaczej mówiąc, analiza rzeczywistości nie odpowiada całkowicie konstrukcyi dostarczonej przez uczzonego: w miejsce stałego schematu skończonego i konsekwentnego otrzymamy szereg sprzecznych ze sobą tendencji¹⁾, o których w wielu wypadkach można wprawdzie z łatwością orzec, która jest najsilniejsza i która o stanie społecznym w danej chwili decyduje, ale o których w wielu innych wypadkach wydać podobnego sądu trudno.

¹⁾ Wiele sporów naukowych nowszych czasów, wiele błędnych tez (np. komunizm pierwotny Laveleya) musiałyby upaść, względnie zaś musiałyby się okazać abstrakcyami niektórych stron rzeczywistego życia, gdybyśmy do nich zastosowali powyżej zaznaczone myśli. Nikt nie zaprzeczy np., iż u ludów łowieckich wyższego rzędu (w pojęciu Grossego) istnieją pewne tendencje komunistyczne. Błędem idących za Laveleyem konstrukcyi jest to, iż uogólniają tę tendencję do znaczenia konsekwentnie przeprowadzonej zasady. Podobnie jest z drugą naczelną kwestją sporną między badaczami początków prawa, z organizacją macierzystą rodu. Tam gdzie należałoby mówić o pewnych gdzieś silniej, gdzieś tylko bardzo nieznacznie występujących tendencjach rozwoju, szuka przeważną część badaczy (i nie znajdując) konsekwentnie zorganizowanych typów rodziny czy rodu.

Uwagi te mają posłużyć jako uzasadnienie dalszego przedstawienia rozwoju prawa umownego w epoce barbarzyńskiej. Przedstawiony dotychczas jego obraz jest obrazem służącym do lepszego uwydatnienia pewnych zasad i tendencji ogólnych, przeważających u każdego narodu w pewnej fazie jego rozwoju. Ale w tej czystości i konsekwencji nie przedstawia się nigdy prawo umowne w pewnym, zamkniętym czasem i ziemią, społeczeństwie: obok dążności do oparcia prawa na podstawach sakralnych występują równocześnie, choć zrazu z mniejszą siłą, inne tendencje rozwoju, łagodzące i ograniczające konsekwencje powyższej naczelnej zasady. W skutek tego trzeba zwrócić obecnie uwagę, jakie to nowe, na innych tendencjach oparte, myśli i pojęcia występują z niemi do rywalizacji, i ograniczają ich zastosowanie wprowadzając w prawo przedmiotowe danej chwili z jednej strony pewną niejednorodność, z drugiej strony zaś ferment dalszego postępu. Odpowiedzi na to pytanie dostarczy zaś rozbiór powolnego zanikania pojęć prawnych dotychczas przedstawionych.

Jak zaznaczyliśmy już powyżej (str. 307), osłabienie i podupadanie nakreślonego dotychczas prawa umownego da się ująć w trzy pozostające w związku ze sobą kierunki. Pierwszym z nich jest osłabienie odpowiedzialności dłużnika. Zrazu jest ona nieograniczona, pokrywa się z pojęciem „wyjęcia z pod prawa“, złamanie umowy odpowiednio utwierdzonej grozi dłużnikowi śmiercią i zaborem majątku. Odpowiedzialność tak pojmowana utrudnia zawieranie częstych i łatwo podejmowanych stosunków umownych. Warunkiem powstawania podziału pracy i dyferencyacji społecznej jest ograniczanie powolne tych srogich skutków przyjęcia na siebie obowiązków umownych tj. łagodzenie odpowiedzialności dłużnika. Ograniczanie to staje się zaś nie tylko potrzebnem ale i możliwem, w skutek rosnącej na tem polu ingerencji państwa, które staje na straży pewności obrotu, w skutek czego coraz to mniejszy nacisk na wolę dłużnika wystarcza do zapewnienia wierzycielowi, iż poszkodowanym nie zostanie.

Kierunkiem drugim rozwoju jest sekularyzacja form obrotu umownego, oswabdzającego się coraz więcej, w miarę jak słabnie społeczne znaczenie węzła religijnego a rośnie znaczenie węzła politycznego, od momentów sakralnych. Powstają w skutek tego nowe formy obrotu, wyrosłe na tle poprzednich, ale posiadające inną treść, bo łączące się z ograniczonymi skutkami eksakracji, to znaczy splatające się, podobnie jak są same surogatami form sakralnych, z pewnymi mniej pełnymi, szczytkowymi objawami pierwotnej odpowiedzialności dłużnika.

Kierunek trzeci rozwoju dąży do ograniczenia samowoli jednostki

uprawnionej z umowy. do poddania jej działań (dla dłużnika nieprzejaznych) kontroli ogółu, kontroli pewnych czynników bezstronnych, a w ostatecznej konsekwencji kontroli państwa. Jestto znowu wynik rosnącej jego powagi i znaczenia, w przeciwieństwie do podupadającego znaczenia grup ściślejszych, które są jego składowymi elementami.

W ten sposób ujęty rozwój przedstawia się jako rezultat coraz to silniejszego wpływu innej tendencji i zasady, aniżeli ta. na której było oparte prawo umowne w epoce miru religijnego, to jest tendencji państwowej. Pozostaje bliżej wpływ tej tendencji przedstawić zarówno w jej działaniu ujemnem (rozkład pojęć i form dawniejszych), jak i dodatniem (stworzenie pojęć i form nowych).

Zacznijmy od pierwszego zjawiska tj. od powstawania coraz to bardziej ograniczonej odpowiedzialności dłużnika.

Odpowiedzialność ta jest związana w stosunkach poprzednio przedstawionych z dokonaniem pewnych czynności sakralnych, a rozciąga się do zniszczenia osoby i mienia jednostki łamiącej umowę. Wierzyciel dokonywa tego w imieniu bóstw obrażonych, których gniew i zemstę wezwał na swoją głowę dłużnik w chwili wypowiedzania klątwy, lub składania ofiary i przysięgi. Te dwie ostatnie czynności są bowiem również połączone z domniemanem lub wyraźnem zaklęciem zemsty bóstwa. Formułka klątwy zawiera zazwyczaj jak najdokładniejsze wyliczenie możliwych nieszczęść, jakie mają spaść na wiarołomcę. Wiara w moc słowa jest tak silna. iż niewyliczenie tych następstw uchodzi jako złagodzenie odpowiedzialności, jako powód mniejszej skuteczności czynności sakralnej. Tkwi w tem wierzeniu punkt oparcia dla dalszego rozwoju. zdążającego w kierunku osłabiania następstw eksakracyi. Dłużnik. za porozumieniem z wierzycielem. może ułożyć sobie formułkę, ustanawiającą jego odpowiedzialność. w ten sposób, iż bóstwo na jej podstawie będzie mogło dopuścić tylko pewnych z góry oznaczonych nieszczęść, względnie (tam gdzie wypełnienie zemsty za obrazę bóstw należy już wyłącznie do wierzyciela) wierzyciel będzie ograniczony tylko do pewnych aktów samowoli względem wiarołomnego dłużnika.

W ten sposób zostaje jego odpowiedzialność złagodzona tylko do pewnych. choćby bardzo srogich następstw. Następstwem złamania wiary ma być np. śmierć dłużnika. ale tylko jego, majątek zaś i jego rodzina mają pozostać nietknięte. Formułka ustanowienia odpowiedzialności będzie nadawać wierzycielowi w takim razie prawo zabicia dłużnika. gdyby jego wierzitelność nie została pomimo tak silnego nacisku zaspokojoną. U kilku odrośli wielkiej rasy aryjskiej spotykamy

w początku ich dziejów istniejący zwyczaj, iż w ważniejszych umowach bywa wierzycielowi tego rodzaju prawo przez dłużnika nadawane, a analogie innych ludów barbarzyńskich pozwalają interpretować to prawo dosłownie, a nie jako figurę retoryczną ¹⁾.

Ale jestto najcięższy z możliwych surogatów eksakracji, obok którego powstają równocześnie inne, używane tam, gdzie chodzi o umowy bądź to mniejszej wagi, bądź też o umowy dwustronne. Pozyceya obu stron kontraktujących jest bowiem w tym razie równorzędna, a więc i groza odpowiedzialności nie bywa tak srogą. Tego rodzaju surogatami bywa ograniczanie następstw klątwy do okaleczenia lub ochłostania dłużnika na wypadek niedotrzymania wiary, albo do wyrządzenia mu innej krzywdy cielesnej ²⁾.

Rozpowszechnionym zwyczajem jest przeniesienie skutków odpowiedzialności na rodzinę dłużnika, na jego żonę i dzieci, które dłużnik poddaje zemście wierzyciela ³⁾. Najdonioślejsze jednak bodaj znaczenie dla dalszego rozwoju ma ograniczanie odpowiedzialności do trzech dóbr dłużnika, do jego czci, wolności i do jego majątku.

Każde z tych trzech dóbr ma dla niego inną doniosłość, i dlatego w jednym i tem samym społeczeństwie spotykamy się najczęściej ze zwyczajem, iż równorzędnie występuje obok siebie zwyczaj zobowiązania się bądź to pod ujmą dla czci, dla wolności lub mienia. Zależy to od ważności umowy, jaki z tych trzech rodzajów presyi strony obiorą; wyrabiają się pewne formułki i pewne czynności symbolizujące wybór jednego z tych trzech środków przy ustanawianiu odpowiedzialności; użycie formułki i symbolu rozstrzyga o ewentualnem położeniu dłużnika.

Najmniej może groźnym środkiem i dlatego najczęściej tam obie-

¹⁾ np. umowne poddawanie życia wierzycielowi u Germanów i u Hunnów ob. Kohler Shakesp. str. 30 i 285 (vitam suam potestati foeneratoris addicere), Schuster Spiel (1878) str. 12, Amira Oblig. II. 172—5 (das Tödtungsrecht als Ausfluss der Selbstvergeisselung). Zawarcie umowy z klauzulą śmierci (sub pena colli) jest nawet jeszcze w zach. Europie średnich wieków rzeczą częstą. Przykłady ob. np. Lönning Vertragsbuch str. 501—2. Ze źródeł polskich ob. np. Akta grodzkie i ziem. tom XI. nr. 136 (r. 1424) lub XIV nr. 898, 1219 i 2541. Oczywiście, że w czasach późniejszych wykonanie śmierci, o ile rzeczywiście następuje, jest rzeczą władzy, ale częściej dłużnik może je odkupić zapłatą wergeldu (o czem dalej).

²⁾ Zobowiązania pod karą mutilacji należą stosunkowo do częstych w średnich wiekach, przykłady ob. np. Kohler Shakesp. (passim), Schuster Spiel str. 186 (amputacja ręki i wybite oczu z r. 1299), Amira Obligationenrecht II. 176 (na podstawie Eddy i dokumentów skandynawskich) etc.

³⁾ Sponsio sub captivacione uxoris et liberorum jest również rzeczą w średnich wiekach częstą, ob. np. co do Polski Akta gr. i z. XIV nr. 3444.

rany, gdzie umowa jest stosunkowo aktem małej doniosłości ekonomicznej, jest przyznane wierzycielowi prawo odebrania czci dłużnikowi. Często bywa ono używane jako środek pomocniczy: dłużnik poddaje się pewnym sroższym karom, ale obok tego pozwala się wierzycielowi zelżyć, a przez to poddaje się społecznym następstwom niesławy ¹⁾.

Zaprzeczenie się w niewolę ²⁾ na wypadek złamania umowy w odpowiedni sposób utwierdzonej, tj. obwarowanej odnośnej treści odpowiedzialnością dłużnika, posiada dla wierzyciela dużo korzystniejsze znaczenie, aniżeli inne ograniczenia exsakracji, a nawet poniekąd aniżeli sama exsakracja. Niedotrzymanie umowy naraża bowiem wierzyciela na pewne straty natury materialnej; dłużnik nieoddający pożyczki, kupiec nieplacący ceny za towar, depozytariusz sprzeniewierzający depozyt wywołują wprawdzie u wierzyciela bardzo silną reakcję jego namiętności, domagającą się zadosyćuczynienia jego gwałtownemu i ślepemu (na tych stopniach rozwoju) popędowi do zemsty, niemniej poczucie pokrzywdzenia materialnego jest tu daleko silniejsze, aniżeli przy innych krzywdach, jakie jednostce wyrządzić można, np. zabija-

¹⁾ Tu należy np. średniowieczny obyczaj *schelmenschelten* (ob. np. Sichel *Bestrafung des Vertragsbruches* str. 29 i d.), znany i u nas w Polsce np. Akta gr. XI. nr. 2058 (zapiska halicka z r. 1448) albo nr. 2055 (zap. grodzka sanocka z r. 2055); znany również w Czechach (Brandt *Glossarium* str. 120).

²⁾ Umowne ustanawianie niewoli (w razie niedotrzymania umowy) spotyka się u Germanów od najdawniejszych czasów. W tym znaczeniu podziwia Tacyt umową *fides* germańską: *victus quamvis robustior adligari se patitur*. Nie brak także z epoki frankońskiej innych na to dowodów, wielokrotnie zestawianych np. w pracach Kohlera, Amiry, Puntscharta itd. Najbardziej jednak może znanym i bardzo charakterystycznym przykładem zawierania umów z ustanowieniem odpowiedzialności obejmującej niewolę wiarołomnego dłużnika, jest *nexum* rzymskie. Punkt ciężkości całej tej umowy polegał na oświadczeniu dłużnika, iż daje w zastaw swoją wolność, oświadczeniu składanem prawdopodobnie (formułki jego nie znamy) w sposób uroczysty i formalistyczny (*ut lingua nuncupassit, ita jus esto*), a które było własnym potępieniem (*damnatio*) dłużnika. Inne części tej czynności prawnej mają znaczenie podrzędne, o ile chodzi o wyłomaczenie służących wierzycielowi praw (ale jest to kwestja sporna). Zauważyć jednak należy, iż od czasu odkrycia prawa gortyńskiego (1885), przynoszącego niespodziewanie tak daleko idące analogie do rzymskiego *nexum* (ob. o tem bliżej np. Beauchet l. c. IV. 459) i od czasu innych odkryć w zakresie prawa greckiego (ob. *Recueil des inscr.* I. str. 487), literatura romanistyczna dawniejsza jest stanowczo przestarzała (Huschke, Danz, Brinz, Niebuhr, Voigt etc.). Prace poświęcone zaś temu przedmiotowi w ostatnich latach (Kohler, Horten) wyszły od nieromanistów i są nadto szkiecowe, nie usuwające swojej krytyką dawniejszych poglądów. Zastrzegam się, iż jest mi nieprzystępną praca Gusakowa *Delikti i dogowory*, Moskwa 1896 (traktująca o *nexum* na str. 186--220), której Dareste poświęcił krótką ale przychylną recenzję w *Nouv. Revue* 1897 r. O ile z cytowanych w pracy Gusakowa źródeł i literatury można sądzić, Gusakow prawa greckiego nie uwzględnił.

jąc jej kogoś z bliskich lub uwłaczając jej cześć. Połączenie odpowiedzialności za wiarołomstwo z zapewnieniem wynagrodzenia, choćby tylko do pewnego stopnia, krzywdy materialnej, okazuje się też rzeczą bardzo praktyczną i częstą. Zamiast wiarołomcę zabijać, pozbawia go się wolności, tj. obraca go się w przymusowego pracownika, którego praca ma wynagrodzić straty poniesione przez wierzyciela. Ograniczenie następstw samokłątwy do niewoli jest na tych stopniach rozwoju prawie normalnym wypadkiem, typową formą odpowiedzialności dłużnika ¹⁾. Jest ono związane z prawem zaboru majątku ²⁾, o ile go dłużnik na własność osobistą posiada i tem większą daje dlatego wierzycielowi gwarancję odszkodowania jego straty.

Drugą bardzo częstą, a również na tle złagodzeń eksakracji wyrosłą formą odpowiedzialności dłużnika, jest ograniczenie jej do samego majątku. Moment satysfakcji materialnej występuje tu z jeszcze większą siłą ³⁾, ale zauważyć należy, że początkowo odpowiedzialność majątkowa ma podobnie jak odpowiedzialność osobista przedewszystkiem cel karny, tj. z jednej strony cel wywarcia presyi i przymusu na wolę dłużnika (odstraszenie), a z drugiej strony cel ekspiacji i kary za wiarołomstwo. Różni się więc ona zasadniczo od pojęcia dzisiejszej odpowiedzialności majątkowej za złamanie umowy, odpowiedzialności ograniczonej do wynagrodzenia szkody poniesionej. Że tak jest, dowodzą obie formy, w jakich tę odpowiedzialność majątkową w społeczeństwach barbarzyńskich spotykamy, obie formy stykające się jeszcze bardzo blisko z pojęciem eksakracji.

Pierwsza z tych form polega na tem, iż dłużnik traci swój majątek (w całości lub częściowo) na rzecz wierzyciela i tylko dzięki

¹⁾ Przykładów dostarcza obficie zwłaszcza dzieło Kohlera Shakespeare (1884) *passim*.

²⁾ Klauzule tego rodzaju poddające wyraźnie osobę i mienie dłużnika (αὐτὸν καὶ τὰ γρῦματα) pod moc wierzyciela, są nader częste zwłaszcza w dokumentach greckich. Obacz przykłady u Beaucheta (l. c.) IV. 458 oraz Recueil des inscript. I str. 209 l. 154 i *passim*.

³⁾ Przy wyrobieniu odpowiedzialności majątkowej grają jednak także znaczną rolę względy natury etycznej. Jak wielki np. wpływ posiada średniowieczne ustawodawstwo kościelne w przeniesieniu odpowiedzialności z osoby dłużnika na jego majątek, wynika z odnośnych uchwał koncyliów VI i dalszych wieków np. concilium incerti loci. (post a. 614) (ed. Maassen w Mon. Germ. str. 195): De ingenuos, qui se pro culpa aliqua vindederint vel oppigueraverint, placuit, ut, quandoquidem praecium, quantum pro ipsis datum est, invenire potuerit, absque dilatione ad statum suae conditionis reddito praecium referuntur nec amplius, quam pro eis datum est, requiratur, et interea, si vir ex ipsis uxorem ingenuam habuerit aut mulier ingenua habuerit maritum, filii, qui ex ipsis nati fuerint, in ingenuetate permaneant.

temu oswobadza się od jego zemsty; druga, iż majątek jego zostaje użyty na prześląganie obrażonego przezeń autorytetu.

ad 1) Co się tyczy pierwszej formy, to łączy się ona z początku najczęściej z omówionem powyżej poddaniem się dłużnika w niewolę wierzycielowi. Ale rychło się od niej odszczepia. Dłużnik przyjmuje na siebie pewne zobowiązanie z tem, że w razie niedotrzymania wierzyciel może zająć cały jego majątek na swoją własność ¹⁾, ale za to osoba jego będzie wolną. Albo też: przy zobowiązaniu stosunkowo drobnej wagi, dłużnik orzeka sam przeciw sobie, iż gdyby je złamał, to będzie musiał zapłacić wierzycielowi jakąś sumę niesłychanie wysoką, przewyższającą sto, tysiąc lub więcej razy wartość prestacyi lub usługi. W tego rodzaju odpowiedzialności majątkowej tkwi wyraźnie znamię karne: dyferencyacya pojęć kary i odszkodowania cywilnego jeszcze nie nastąpiła. Odszkodowanie jest zarazem karą, redemcyą z *exsacracyi* ²⁾. Jeżeli kara materyalna oznaczona przez strony na wy-

¹⁾ Oddawanie wierzycielowi całego majątku na wypadek niezapłacenia długu w prawie egipskiem ob. Revillout Obligations str. 221. Być może, iż na tej drodze dałoby się skonstruować powstanie pojęcia hipoteki dla prawa greckiego. Zgodnie przynajmniej z powyżej rozwiniętym poglądem wywodzi Szanto w Wiener Studien IX. 286 (Hypothek und Scheinkauf) genezę greckiej hipoteki z niewoli za długi: wierzyciel ma zrazu ewentualne prawo do zaboru osoby, a zwolna dopiero zostaje ono (w prawie greckiem) ograniczone do zaboru nieruchomego majątku. Natomiast Darreste wywodzi w Nouvelle Revue I (1877) str. 171 hipotekę z *ὠνὴ ἐπὶ λῦσα*, co Szanto trafnie zwalcza. Dodać należy, iż ustanowienie hipoteki (w prawie attyckiem) nadaje wierzycielowi prawo samowładnego zaboru przedmiotu, podobnie jak klauzula egzekucyi na osobie, obacz dowody: Goldschmidt w Sav. Zeit. (R. A.) X. 362. Analogicznym objawem do tej odpowiedzialności dłużnika na majątku nieruchomym jest fakt, iż w napisach nagrobnych greckich bywa często zagrożoną dla naruszcycieli grobu strata całego majątku (zamiast *exsacracyi*). np. Reinach Epigr. str. 162 i 163.

Rozwój od niewoli do zastawu całego mienia dla prawa niemieckiego stara się nakreślić kilku rysami Puntchart l. c. str. 180 i 490. Nie sądzimy jednak, aby pierwsze przyjęte przezeń stadyum odpowiedzialności dłużnika odpowiadało rzeczywistości. Miało ono wedle Puntcharta polegać na tem, iż dłużnik był w zastawie tj. w rzeczywistej niewoli u wierzyciela (*Geisselschaft*) od chwili powstania długu. Rozpatrzenie się w materyale porównawczym nie uprawnia do takiej konstrukcyi, która również ze względów na cel ustanawianej odpowiedzialności (na wypadek wiarołomstwa!) nie wydaje nam się możliwą. Podobnie jak Puntchart, sędzi Amira Recht str. 164, a po części (o ile chodzi o prawo rzymskie) podobnie interpretują Brins i Niebuhr znaczenie *nexum* rzymskiego, sądząc, iż niewola dłużnika datuje nie od *manus injectio*, ale od chwili *negotium per aes et libram*.

²⁾ Tego rodzaju wykup od następstw *exsacracyi* jest w prawie karnem wszystkich ludów zjawiskiem często obserwowanem. Tak np. w późniejszych rzymakach *leges agrariae* na miejace *exsacracyi* (za naruszenie granic) wstępuje okup pieniężny, ob. Rudorff Röm. Rg. I. § 6. Na tem też polegają te niesłychanej wysokości kary pieniężne, jakie apotykamy (w miejsce dawnych *anatematów*) w niektórych innych

padek wiarołomstwa zostaje w pewnym przybliżonym stosunku do długu, to nieraz zdarzyć się może, iż dłużnik woli wybrać zapłatę kary, aniżeli dotrzymanie zobowiązania¹⁾, stwierdzić jednakowoż należy, że normalnym zjawiskiem na dawniejszych (ewolucyjnie) stopniach rozwoju bywa niestosunkowa wielkość kary, której spłata jest niemożliwa, chyba przez utratę całego mienia, i że dlatego umów tak sformułowanych nie możemy podciągać pod pojęcie umów odwołalnych. Podobnie jest w tych przypadkach, w których kara za złamanie nie jest już tak nieproporcjonalnie wielką, ale jak to z rozwojem stosunków i ze zwiększeniem obrotu samo z siebie nastaje, wchodzi w pewną proporcję do wartości prestacyi, choćby ją nawet miała znacznie przewyższać²⁾. Na tem stanowisku zastajemy odpowie-

ustawach rzymskich i italskich, a które omawia np. Bruns *Eine Inschrift von Lucera* (Kleine Schriften II. 305 i d.), gdzie cytowane są rozporządzenia pod karą 50.000 HS. (ściągnięcie ich ma nastąpić przez *popularis manus injectio pro iudicato*); albo niektóre napisy grobowe rzymskie (po 1.200.000 HS. i tak pod.). Merkel *Sepulcralmulden* (str. 51) jest uderzony tą wysokością, nie wie, jak ją wytłumaczyć, ale stawia słuszną hipotezę: *Man könnte sie sich so erklären wollen, dass sie ursprünglich als Abfindungssummen zu denken wären für ein Delikt, das eigentlich den Tod nach sich ziehen sollte*. Przyznaje też, iż za tem jego przypuszczeniem przemawia tekst napisów z Concordyi (z IV w.): *inferat... auri libras 8 juxta et poena capitis*, albo: *si quis contrerivit, capitis periculum patiatur*. Podobnie przy późniejszych inskrypcjach grobowych greckich, zamiast klątwy (forma dawniejsza) widzimy nakaz kary pieniężnej za naruszenie (przykłady ob. np. Reinach l. c. str. 429), a fundatorowie grobu mają prawo oznaczać wysokość tego rodzaju kary na każdego naruszającego.

I w prawie karnem średniowiecznem spotyka się często zagrożenie przez *Friedloslegung*, łączone z alternatą wykupu, np. w prawie longobardzkim: *Animae suae incurrat periculum aut componat solidos 900* (Roth. 5, 249, 279 etc) albo: *aut componat widrigild* (Roth. 36 etc.). Kara jest tu wykupem od śmierci, która winnego właściwie powinna spotkać.

I w eksakracji żydowskiej (*cherem*), będącej skutkiem klątwy, następuje podobny rozwój od zagłady winnego do wygnania i konfiskaty majątku, ob. np. Księgi (trzecie) *Ezdraszowe* 8, 27.

¹⁾ Niektóre umowy babilońsko-assyryjskie zastrzegają nieraz nawet wyrażenie możności wybrania dla dłużnika jednej z dwóch alternatyw, dotrzymania umowy lub zapłaty kary. Ob. np. umowa u *Opperta-Ménanta* na str. 238 lub 167. Uważam takie klauzule dopuszczające penitencyi za zjawisko pochodne, późniejsze. Inaczej *Kohler*, np. w *Zeit. f. vgl. R. W.* III. 161—3 lub w *Juristischer Excurs zu Peiser's Babyli. Verträge* (1890) str. 7, który wypowiedział (bez bliższego udowodnienia) hipotezę, że mamy tu do czynienia ze zjawiskiem pierwotnem.

²⁾ W prawie babilońskim kara za wiarołomstwo wynosi czasem sumę 12 razy większą niż wartość prestacyi (tak interpretuje ją *Dareste*, inni np. *Peiser* nieco inaczej). Najczęściej spotyka się jednak karę 150%, o czem bliżej *Krall* *Demot. und assyr. Kontrakte*, str. 14. Również i w prawie greckim (za wpływem babilońskiego?) kary umowne okazują tendencję do przybrania pewnych stałych rozmiarów, propor-

działność majątkową u ludów wschodnio i zachodnio-europejskich w początku wieków średnich. Strony zawierając umowę ustanawiają zazwyczaj ¹⁾ karę majątkową za wiarołomstwo; zabraniają stosunku umową stworzonego jednostronnie naruszać ²⁾, ale przewidują, iż w razie naruszenia przez jednego z kontrahentów lub nawet przez osoby trzecie, poszkodowany musi się zadowolnić nie niewolą wiarołomcy, nie ukaraniem go na ciele lub innymi odroślami eksakracji, ale wyłącznie ściągnięciem z niego pewnej wysokiej kary pieniężnej ³⁾. Tego rodzaju dalekie odbiegnięcie od skutków wyjęcia z pod prawa jest właściwe raczej ludom kultury jak barbarzyńskim; świat średniowieczny wscho-

cyonalnych do długu np. kara podwójna (duplum) i $\xi\mu\acute{o}\lambda\iota\omicron\nu$ (= 150% wartości prestaty). O czym bliżej Beauchet l. c. IV str. 431 i d. oraz *Mitteils Reichs. und Volksh.* str. 510—514, oraz w *Hermes* XXX (1895) str. 592. Rzymianie przejmują od Greków tylko duplum, wzmianka o *sescuplum* (= $\xi\mu\acute{o}\lambda\iota\omicron\nu$) znajduje się tylko w dwóch miejscach. Z prawa rzymskiego wreszcie przechodzi poena dupli do dokumentów epoki frankońskiej, o czym obacz kontrowersję między Löningiem (*Vortragsbr.*) i Jobbé Duval'em *tuÉde sur la revend.* str. 67 i d.

Że i procent za zwłokę ma pierwotnie charakter kary za wiarołomstwo, a dopiero później nabiera charakteru odszkodowania, to wynika z jednej strony z dokumentów babilońskich, gdzie z procentem po raz pierwszy się spotykamy i gdzie on wynosi 25% na miesiąc (ob. *Oppert-Ménant* l. c. str. 194); z drugiej strony wskazuje na to wysokość i sposób oznaczania procentu w prawach ludów natury, obacz np. bardzo interesujący opis *Martina Handel und Kreditwesen der Moskito Indianer* w *Globus* LXV, str. 100. Pewne zaczątki procentu (stopniowe karanie dłużnika w miarę przedłużania się jego zwłoki) spotykamy już w dawnym prawie celtyckim, o czym bliżej ob. *Arbois de Jubainville Résumé d'un cours de droit irlandais*, zeszyt II str. 2. Historia procentu u innych ludów aryjskich nawiązuje widocznie do pojęć wyrobionych już w świecie semickim.

¹⁾ Obok form umownych ograniczających odpowiedzialność do kar majątkowych, spotykamy bowiem umowy utwierdzone ustanowieniem niewoli, mutilacji, nawet śmierci dłużnika.

²⁾ I ta kara umowna nie ma bynajmniej znaczenia wyłącznie odszkodowania, ale jest przede wszystkim karą, co słusznie pierwszy rozwinął dla prawa rzymskiego *Wendt* w *Jahrb. f. Dogmatik* XXII str. 305 i n. U ludów średniowiecznych karna natura tego rodzaju klauzuli umownej występuje z jeszcze większą wyrazistością; same strony najczęściej podnoszą, iż chodzi tu o zadośćuczynienie za złamanie wiary, np. umowa z r. 832 u Löninga l. c. str. 639.

³⁾ Że umowa jest mimo to nierozwiązalna, konstatują wyraźnie teksty, np. *si quis hanc commutationem calumpniare voluerit, von valeat vindicare quod repetit, sed inferat auri libram etc.* (*Form. Marc. passim*). Nie da się jednak zaprzeczyć, iż w późniejszych czasach (od w. XII) występuje gdzieś indziej usiłowanie takiej konstrukcji prawnej, na mocy której stronie przysługuje alternatywa dotrzymania umowy lub zapłacenia kary. Interesujący spór, czy strona ma prawo do tego (nierozstrzygnięty) podają francuskie *Olim* (wydał *Beugnot*, tom I. 1839) pod r. 1270 (str. 35—36): Zostaje to w związku z wyrobioną w tym czasie zasadą rescyssy umownej, o której w dalszym ciągu.

dniej i zachodniej Europy stanął na tem stanowisku tylko dzięki wpływowi prawa rzymskiego, raczej ogólniej powiedziawszy praw ludów starożytnych ¹⁾. Przyjmując dokument i wyrobione dla umów pisemnych formy, przyjął zarazem i upowszechnił u siebie zawieranie umów opatrzonych tego rodzaju klauzulami karnymi, ograniczającemi odpowiedzialność dłużnika do pewnych stosunkowo skromnych skutków majątkowych ²⁾. Ale klauzul tych nie przejęło prawo epoki fran-

¹⁾ Najnowsze odkrycia w zakresie prawa grecko-egipskiego pozwalają przypuszczać, że na rozwój praw średniowiecznych wywiera przedewszystkiem pod tym względem wpływ praktyka rzymska nawiązująca do formuł i zwyczajów notaryuszy (agoranomoi) wschodnich części państwa. Oto np. tekst klauzuli karnej jednego z dokumentów grecko-egipskich, ogłoszonego przez Wessely'ego w Wiener Studien IX. s. 273 (z w. V po Chr.: a przypominającego dużo więcej klauzule germańskie, aniżeli dokumenta rzymskie. „Die Parteien erklären“. brzmi tekst w przekładzie Wessely'ego, „bei dem Eide zu Gott... und dem Heile der siegreichen, immer währenden Krone, dass sie bei dem was sie beschlossen, verharren, dies in voller Rechtskräftigkeit erhalten und durch nichts wankend machen werden. Wenn aber einer der beiden Theile... oder dessen Erben... etwas von dem was vereinbart wurde, übertreten, so sollen sie von diesem Versuche nicht nur keinerlei Nutzen haben, sondern auch die Gefahr des Meineides auf sich ziehen, ebenso die übrigen Strafen, welche auf diejenigen gesetzt sind, die beschworene Rechtsverträge brechen: Sie sollen als Busse für den Vertragsbruch an den vertragstreuen Theil vier Unzen Gold zahlen, ebenso alle Auslagen, Verköstigungen, Strafgeder, begleichen, die ungebührlicherweise dem angegriffenen Theile durch den Angreifer erwachsen... Als Pfand für den Vertrag und für die Busse... setzten sie all' ihre Habe ein“. Ernest Springer ogłosił w r. 1885 w Zeitschrift für ägyptische Sprache (zeszyt IV. str. 132 i d.) rozprawę pt. „Die Sicherungsklauseln der koptischen Rechtsurkunden“, w której zestawia słuszenie (str. 136) prawo rzymskie rozwijające się w państwach germańskich (Consultatio, Exceptiones Petri etc.) z dokumentami koptyjskimi, wykazując ogromną styczność. Znakomite dzieło Brunnera Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde (1880) domagałoby się już zasadniczego uzupełnienia przez nawiązanie historii prawa średniowiecznego do prowincjonalnego prawa rzymskiego Wschodu, do czego tak ogromnych materiałów dostarczają zwłaszcza oba najnowsze wydawnictwa tekstów: z berlińskiego (1895—97) i brytyjskiego (1893—1898) muzeum. W dzisiejszym stanie opracowań można związek raczej zaznaczyć, jak oznaczyć. W szczególności należy podnieść, iż kary przeciw trzecim (nieznane prawu rzymskiemu a w bardzo tylko małej mierze greckiemu) spotyka się na Wschodzie aż do początku wieków średnich (ob. np. dokument koptyjski w Zeit. für Ägypt. Sprache 1884 str. 140), zaś od początku wieków średnich zaczynają one grać ogromną rolę w dokumentach germańskich (najstarsze znane przykłady w Spangenberg's Juris romani tabulae 1822 lub Mariniego Papiri diplom. 1805).

²⁾ Zawieranie umów pod karą umowną (πόστυμον) posiada także ogromne znaczenie w prawie bizantyjskiem 7—12 wieku. Niektórzy cesarze idą w swych rozporządzeniach tak daleko, iż uznają każdy układ zawarty bez oznaczenia πόστυμον jako pactum nudum (o czem bliżej Zachariä von Lingenthal Geschichte des griech. röm. Rechtes 1877 str. 280 i 285 i d.). Z prawa bizantyjskiego musiał przejść, jak sądzę,

kościowej w sposób mechaniczny, lecz starało się je podciągnąć pod pojęcie surogatów eksakracji¹⁾, co wskutek długiego rozwoju, jaki one w prawach ludów starożytnych przeżyły (Wschód, Egipt, Grecya, Rzym) nie było już w prawie rzymskiem momentem tak wyraźnym, jak tego niższy poziom kultury ludów średniowiecznych wymagał.

Przetworzenie klauzul karnych w duchu zbliżenia ich do surogatów eksakracji polega na tem, iż zabraniają one naruszenia stosunku stworzonego umową (pod grozą ściągnięcia z naruszającego pewnej kary majątkowej) nie tylko stronom kontraktującym, ale także każdemu trzeciemu. Wysokość tej kary płatnej na rzecz kontrahenta pokrzywdzonego lub zarazem na rzecz organów władzy zostaje autonomicznie oznaczoną przez strony w chwili zawierania umowy i zapisaną w wystawionym przez nie dokumencie. Jako chwilę dojścia umowy do skutku uważa się wręczenie dokumentu wierzycielowi przez dłużnika (względnie wymianę dokumentów), dokumentu kończącego się klauzulą w brzmieniu zazwyczaj następującem:

Et si quis ego ipse aut aliquis de heredibus meis vel qualibet extranea persona qui contra hanc vindicione. quem ego bona voluntate fieri rogavi, agere conaverit inter tibi et fisco soledus tantus vo-

przepis podobnej treści do statutu winońskiego (art. 14 i 75), w którym kara umowna (zagovor, zarok) uznana jest również za *essentiale negotii*. Interpretacja tych dwóch artykułów może być jednak sporna. Najnowszy komentator statutu winońskiego, J. Preux (w *Nouv. Revue* 1896 str. 583, 603, 604, 716. 729) tłumaczy je (wbrew Jagiówi) inaczej. Zdaniem mojem kluczem do ich zrozumienia może być tylko nieuwzględnione przez Preuxa prawo bizantyjskie, a to podaje naturalny, jasny sposób ich tłumaczenia. W prawie polskiem należą tu zobowiązania pod zakładem, często niestosunkowo ogromnej wysokości np. Akta ziemskie (sanockie) XI. nr. 1375 (z r. 1441): *Et si haec omnia... non dederint ad tempus supradictum, extunc se subiciant in duobus millibus marcis vadii vallati, zakładu założonego*. Ustanawiania tak wysokich (potrójnych i poczwórnych) kar umownych zakazuje na Mazowszu statut z r. 1412 (*Jus Pol.* str. 430). Podobnie jest w prawie czeskiem np. *Emler Pozustatky desk zemských* I. nr. 19, 65, 75 itd. (w. XIV). Byłoby rzeczą do zbadania, czy na praktykę prawną w Polsce nie wywarła pewnego wpływu praktyka bizantyjska (za pośrednictwem Węgier?), bo przedstawia ona znaczne różnice od Zachodu.

¹⁾ W niektórych dokumentach średniowiecznych suma oznaczona jako kara nazwana jest wyraźnie wykupem od klątwy, np. *Salvioli Annali Bolognesi* tom I. 2. str. 115 (z r. 1066); *Meichelbeck* I. str. 53—5 (r. 755: *solvat ut mos est suum vergelt*); *Beyer Urk. B. der mittlern Territ.* I. 187 z w. X: *Si quis vero contra hujus concamii cartulam e contrario venire voluerit et eam destruere temptaverit, talionem suam id est guttregildum legibus componat*. (*Guttregild* oznacza tu również *wergeld* a więc równowartość życia). Często klauzule karne wyrażają się w ten sposób: *imprimis iram dei incurrat et insuper penam persolvat, albo: ante conspectum dei reddet rationem vel in hoc saeculo componat C libros de auro cocto* (*Lacomblet Urk. Buch* I nr. 48 z r. 834).

bis conponat et quod repetit nihil valeat vindicare et haec vindicio atque voluntas mea perenni tempore firma permaneat. (Form. Andeg. nr. 9).

Albo w formie skróconej:

Si quis vero venditionem istam contradixerit auri libram conponat et inantea omni tempore venditio ista firma permaneat, cum stipulatione subnixa. (Chartes de l'abbaye de Cluny I. nr. 750).

Tego rodzaju klauzule karne, rozpowszechnione wszędzie jak daleko wpływ prawa frankońskiego sięgał, są zjawiskiem aż do w. XI tak częstym¹⁾, a zarazem tak zagadkowym, iż nie dziw, że wywołały w czasach ostatnich ogromną literaturę. Zagadkowość ich, o której wyjaśnienie chodzi, polega na ich absolutnem brzmieniu, na ich mocy i ważności nawet przeciw trzecim osobom naruszającym. Tak dalece idąca autonomia stron nie godzi się zresztą z przewodnieniami myślami i zasadami porządku prawnego, właściwego państwu frankońskiemu, a tem więcej z naszego dzisiejszego punktu widzenia trudno jest objaśnić, jakim sposobem prywatne dyspozycye stron mogą nałożyć pewne kary na osoby trzecie, od nich nie zależne, o ileby te osoby naruszały stworzony umową stosunek. Że tego rodzaju nakazy mają moc prawną, najlepszy dowód bądź to w dokumentach poświadczających nam ściągnięcie względnie odpuszczenie takich kar przez wierzyciela, bądź też w przepisach niektórych późniejszych zbiorów prawa szczepowego, uznających ich ważność i ściągalsność. Niektórzy z autorów próbujących objaśnić powstanie i rozpowszechnienie się takich absolutnych klauzul karnych, usiłowali odnieść ich moc do przepisów prawa ustawowego, ale próbę uznano powszechnie za nieudaną²⁾ wobec tego, że te przepisy ustaw, na jakie możnaby wskazać, są najpierw znacznie późniejsze od pojawienia się klauzul w dokumentach, a powtórne iż formuły nieraz przekraczają wysokość kar wspomnianą w ustawach (mających zresztą bardzo tylko ograniczony terytoryalnie zakres) i wogóle wykazują zupełną swobodę i ustawodawczą (niejako

¹⁾ Interesujące przykłady pisemnych umów zawieranych na Litwie (między chłopami) jeszcze z r. 1879 a zawierających klauzule karne nawet i przeciw trzecim osobom (kara 300 rubli) podaje Witort w Ludzie IV. str. 29 i d. Sądy gminne uznawały (wbrew prawu pisanemu oczywiście) ważność takich zagrożeń.

²⁾ Obszerniej obacz polemikę u Sjögrena Conventionalstrafe str. 118—9 i u Merkla Sep. Multen, str. 33. Konkluzya, do której dochodzi Löning (str. 589—590), iż autonomiczne oznaczenie kar należy wyłomaczyć przez „luki w ówczesnem ustawodawstwie“ (Lücken und Mängel in den Volksrechten), jest może krytyką ówczesnego prawa, ale nie jest historycznem objaśnieniem powstania tego rodzaju pojęć prawnych.

niezależność stron kontraktujących w sformułowaniu zagrożeń. Widocznie odnośne przepisy ustaw są natury deklaratoryjnej. Zupełnie zawiodły też próby wyjaśnienia genezy tych klauzul karnych z prawa rzymskiego ¹⁾, na które się jako na swój fundament niekiedy powołują (lex Arcadia, stipulatio Aquiliana, lex Aquilia). Jak już bowiem wykazał Löning ²⁾, mamy tu do czynienia z szeregiem, częstych w wiekach średnich, nieporozumień i błędów częściowo w interpretacji, częściowo nawet gramatycznych, wskutek czego autorowie formułek powoływali się na prawo rzymskie, pomimo iż ono takich zagrożeń przeciw trzecim nie znało i nie uzasadniało. Nie ulega więc wątpliwości, iż mamy w nich do czynienia z oryginalnym wytworem praw germańskich, nawiązanym tylko zewnętrznie i czysto mechanicznie do „stipulatio duplae“ późnego stylu dokumentowego rzymskiego ³⁾.

Nie może też wystarczyć inna próba wytłumaczenia ich genezy, chociaż jest dużo głębsza i oparta na lepszej znajomości rozwoju dawnego prawa, aniżeli obie poprzedzające, — mianowicie Kohlera, który tej kwestyi kilkakrotnie przy różnych sposobnościach dotykał ⁴⁾. Kohler wyjaśnia słusznie, że genezy pojęcia prawnego zostającego w takiej sprzeczności z naszym porządkiem prawnym należy szukać w innym porządku prawnym, „w czasach młodości prawa“, jak mówi, „gdą strony pomagają porządkowi prawnemu przez to, iż mogą zapomocą rozporządzeń karnych popierać cele tego porządku“. Podobnie tłumaczy też i Sjögren ⁵⁾ istnienie tych nakazów karnych, upatrując w nich środek, zapomocą którego wolno stronom w pewnych epokach otaczać opieką słabsze, mniej rozwinięte wytwory prawa przedmiotowego (co zastosowane przezeń do epoki frankońskiej jest zresztą zupełnie błędem, bo zagrożenia karne tej treści bywają tam używane i dla takich czynności, których niema powodu uznawać za słabsze i świeższe od wszelkich innych czynności prawnych).

¹⁾ np. Biedenweg (w r. 1856), obacz Sjögren, Über die römische Conventionalstrafe und die fränkischen Strafklauseln (1898), str. 113—4.

²⁾ Vertragsbruch str. 534 i d.

³⁾ Ob. zwłaszcza odnośne wywody u Sjögrena (l. c.) str. 106—108. W tem też należy szukać dowodu, że w państwie longobardzkim, gdzie tradycje prawa rzymskiego były tak silne, nakazów karnych przeciw trzecim prawie się nie spotyka, zaś u innych szczepów mniej zromanizowanych są one tak częstem zjawiskiem. Mówimy „prawie“ wbrew Löningowi, który ich egzystencyi całkiem zaprzecza (str. 540), a to na podstawie Cod. dipl. Cavens. nr. 797, oraz dok. z r. 1055 (Kohler Beiträge II, str. 24).

⁴⁾ Zwłaszcza w Zeit. f. vgl. R. W. V. str. 380 a po krótko i w Beiträge zur germ. Privatr. II. str. 24. Zbliża się do niego Brünneck w Siciliens mittelalt. Stadt rechte (druga część) str. 161.

⁵⁾ l. c. str. 19 i d.

Tłumaczenie to Kohlera jest niewątpliwie w zasadzie słuszne, ale nie wystarczające naszym zdaniem. Zagrożeń karnych w epoce „młodości“ prawa (w tej formie, jak one w w. VI się zjawiają u Franków) nie znajdujemy, a zresztą jest w tem jego ujęciu kwestyi luka: nie wyjaśnia ono, jakie skutki występowały, jeśli ktoś trzeci nie chciał się poddać zawartemu w umowie, a autonomicznie tylko przez dwie strony ustanowionemu zagrożeniu? względnie, na jakiej podstawie mogło go zmuszać prawo obiektywne, choćby „młode“, do zapłacenia kary? Oba te momenta tłumaczy podany powyżej wywód, dopatrujący związku genetycznego między klątwą a nakazem karnym. Jest on ostatnią, najdalszą jej odroślą; prawo stron do ustanawiania takich nakazów jest surrogatem prawa do opatrywania stosunków przez nie wytworzonych opieką bóstw, stanowiącego podstawę „miru religijnego“; obowiązek szanowania takich nakazów wypływa z obowiązku nieobrażania bóstw wezwanych dla utrwalenia skutków pewnej czynności. Że te klauzule karne spotykane między w. VI a XII są odroślami klątwy i że wyrosły na tle pojęć czysto germańskich, dowodzi także i fakt, że najczęściej łączą się one w dokumentach (zwłaszcza wystawianych przez kościół lub monarchę) z zagrożeniem klątwy kościelnej na naruszających. Ta klątwa ma formę i znaczenie czysto chrześcijańskie. Kościół szybko wytępiea u ludów germańskich, jakieśmy to powyżej omawiali, używanie klątwy poza klątwą kościelną i zabrania klątw prywatnych, chociaż w obyczaju ludowym przechowuje się jeszcze wiara w ich skuteczność bardzo długo. Znaczenie dołączonej do dokumentu klątwy kościelnej, będącej tylko zarejestrowaniem o dopełnieniu ¹⁾ odnośnej czynności (w sposób oczywiście warunkowy) przeciw wiarodomej i ewentualnym naruszytelom, ma oczywiście znaczenie presyi moralnej, co nie przeszkadza, że jest presyą (w tych czasach) ogromnie silną. W dalszym rozwoju kościół zadawałnia się zagrożeniem klątwy: nie jest ona wykonywaną z góry, ale w razie naruszenia może kościół (jeśli to uzna za odpowiednie) dokonać jej względem osoby naruszającej ²⁾. W tej to zwłaszcza formie rozchodzi się ta forma umocnienia czynności zdziałanej po całej Europie wraz z innemi pojęciami pierwotnego stadyum cywilizacyi, nawiązanemi przez kościół do ducha chrześcijaństwa i ujętemi w konsekwentny system, jak sądy

¹⁾ Klątwy dopełnia kapłan, a czasem monarcha, ale zdarzają się przypadki, że i jedna ze stron (osoba świecka). Ob. np. Brunner Zur Rg. der röm. und germ. Urkunde str. 157 i 158.

²⁾ Że klauzulę ekskomunikacyjną za niedotrzymanie umowy trzeba brać na serio, wynika z faktów nagromadzonych u Kohlera Shakesp. str. 51, 61 lub Sickla Bestrafung des Vertragsbruches str. 47.

boże, pokuta i pokora lub czary. Używanie klątw wzmacnia się nawet (w dokumentach odnoszących się do majątku kościelnego) od w. X bardzo wyraźnie ¹⁾, w miarę jak równoległe ustanawianie odpowiedzialności materialnej dłużnika wychodzi ze zwyczaju.

ad 2) Moment karny występuje jeszcze silniej w drugim — bardzo jednak często z poprzednim sposobem organicznie połączonym — sposobie ustanawiania odpowiedzialności majątkowej za złamanie umowy. Kara spadająca na dłużnika ma pierwotnie cechę nie tylko zemsty wierzyciela, ale przede wszystkim expiacji względem bóstwa. Zło, które go dotknęło, ma uspokoić ów autorytet wyższy, który otaczał swą opieką stosunek umowny. Różniczkowanie się eksakracji w prawie umownem na pewne coraz to dalej odbiegające od siebie objawy, doprowadza przeto do wytworzenia kar takich, które tę jej stronę mają przede wszystkim w sobie streścić i zamknąć. W umowach zawieranych w społeczeństwach zostających na tym stopniu rozwoju widzimy też bardzo często, iż strony obok pewnych kar mających na oku zaspokojenie wierzyciela, ustanawiają zarazem kary na rzecz obrażonego autorytetu celem jego przeblagania ²⁾. Pojęcie, iż od gniewu bóstwa można się okupić, wyrabia się najpierw wszędzie w kulcie religijnym ³⁾ — i zapewne nie jest bez wpływu na powstanie poprzednio umówionej formy odpowiedzialności dłużnika (okupienie zemsty wierzyciela). Przede wszystkim jednak zostaje zużytkowane dla rozwoju prawnego, jako kary expiacyjne na rzecz obrażonego występkiem autorytetu (zrazu religijnego, potem i świeckiego ⁴⁾, który powoli wchodzi wszędzie na jego miejsce).

Oba te rodzaje kar bywają często równocześnie ustanawiane, a zapłata jednej nie uwalnia od zapłaty drugiej. Tak np. część majątku wiarołomnego dłużnika lub trzeciej osoby naruszającej stosunek przez strony stworzony ma przypaść bóstwu, pewnej jego świątyni, jego kapłanom, jego zastępcom na ziemi, a część poszkodowanemu. Ustanawianie kar na rzecz władzy reprezentującej bóstwo jest i dla

¹⁾ Formułki klątw z dokumentów średniowiecznych tego czasu zestawione są w Höfers Zeitschr. für Archivkunde I. str. 335 i d.

²⁾ Kary pieniężne za naruszenie umowy ustanawiane na rzecz bogów w Babilonii i Asyrii omawia np. Krall Demot. und assyr. Verträge str. 17. — Takie same spotykamy w Grecji, o czem szerzej np. Mitteis Reichsr. und Volksr. str. 523—536, albo Reinach Épigrafiographie str 14 i d. (układ z r. 500—497 przed Chr.).

³⁾ Tak np. w rytuale religijnym greckim istnieje od najdawniejszych czasów możliwość uwolnienia się od skutków klątwy i od zemsty bogów za pomocą ofiary expiacyjnej — np. Reinach Épigr. str. 152, oraz Stengel-Oehmischen Sacralalterthümer (1890) str. 88. Podobnie jest u innych ludów barbarzyńskich.

⁴⁾ Multy na rzecz fiskusa, o których w dalszym ciągu więcej.

tego korzystne, że budzi interes władzy w ściganiu wiarołomcy i zapewnia przez to pewną gwarancję wierzycielowi, że władza ta dopomoże mu do ukarania przestępcy. Władza ta posiada zaś i powagę wyższą i środki znaczniejsze, aby swoich uprawnień dochodzić. Pokrewną, najbardziej zbliżoną formą jest wreszcie pozostawienie arbitralnemu orzeczeniu władzy, do jakiej wysokości zechce wiarołomcę ukarać, co również niekiedy się spotyka ¹⁾.

Staraliśmy się dotychczas wskazać te typowe odgałęzienia eksakracji dłużnika, które spotykamy w prawach niemal wszystkich ludów zwłaszcza aryjskich, w chwili wstępowania ich na widownię dziejową ²⁾. Odgałęzienia te (śmierć, mutylacja, niewola, strata ma-

¹⁾ Prawo rzymskie nie zna kar umownych skierowanych przeciw trzecim, ale zna kary na rzecz trzecich (tj. na rzecz władzy), dla których Mitteis (Reichsr. und Volkr. str. 323—4) używa terminu „Contractsmulten“ dla odróżnienia ich od „Conventionalstrafen“. Skąd się one w prawie rzymskim wzięły, Mitteis dokładniej wyjaśnić nie umie, rozebrawszy krytycznie (z negatywnym rezultatem) dotychczasowe hipotezy (str. 535—6). Przypuszcza, że najprawdopodobniej są wytworem poklasycznego prawa ludowego (Vulgarrecht) — ale sam uznaje, że ta hipoteza ma wiele słabych stron. Rzecz wymaga więc dalszego dochodzenia, w każdym razie wątpić jednak należy, czy bez hipotezy o recepcji tych kar z innych prowincji będzie można ich zjawienie się w prawie rzymskiem wyjaśnić. — Z prawa rzymskiego przedostają się te kary do dokumentów średniowiecznych.

²⁾ Co się tyczy złągodań kłątwy, to podnieść należy, że niesłuchanie ciekawy ale dotychczas nie wyjaśniony dostatecznie jest pod tym względem system prawa umownego Avesty (Vendidad, IV. Fagard). Komentarz Spiegla — najlepszy jaki dotychczas istnieje — jest z jednej strony przestarzały (1864—68), z drugiej pomija materiały porównawczy (mamy tu na myśli oczywiście tylko części prawne Vendidad) np. prawo indyjskie — i dlatego nie usuwa prawie żadnych trudności, które odnośnie ustępy świętych ksiąg perskich następują. Dzieło Geigera (Ostiranische Kultur im Alterthum 1882) jest, co się tyczy prawa, pobieżne; wywody zaś w dziełach Leista (któremu pierwszemu należy się zasługa — dotychczas nie oceniona — zwrócenia uwagi romanistów i germanistów na prawo perskie) są czynione przy sposobności badań prowadzonych w innych kierunkach i nie mogą mieć donioślejszego znaczenia dla interpretacji Vendidad.

Najlepszym stosunkowo pozostaje więc jeszcze krótki rys Dareste'a: L'ancien droit des Perses (Études 1889 str. 101—118), ale i to jest tylko szkic, pogadanka — a nie krytyczne opracowanie przedmiotu. Wobec braku prac specjalnych użytkowanie materiału zawartego w Vendidad dla rozwoju prawa umownego jest bardzo trudne, zwłaszcza, że wyrzżenia tekstów są niezwykle ciemne i odbijające (na pozór zapewne) od wszystkiego, co wiemy o innych prawach aryjskich. Pewnem jest tylko to, iż w prawie irańskiem istniały pewne sposoby umocnienia o charakterze religijnym, iż istniały specjalne bóstwa czuwające nad kontraktami (Mithra), że można było ograniczyć odpowiedzialność do pewnych kar rozkasyfikowanych przez prawo, którym to karom odpowiadały pewne czynności umacniające. Kary były bądź to na zdrowiu (chłosta? — ale Spiegel str. 111 wykląda inaczej), bądź to na majątku, bądź na zbawieniu pozagrobowym. — Ograniczamy się do wskazania tych (jak sądzimy)

jątku, kary pieniężne. ekskomunika, niesława) mają z eksakracją jedną i tę samą wspólną podstawę, tj. oddają dolę wiarolomnego dłużnika w ręce wierzyciela, któremu pozwalają w pewien — mniej dla dłużnika srogi, specjalnie przy zawieraniu umowy określony — sposób uspokoić poczucie doznanej krzywdy a po części zrealizować materialną szkodę. Dłużnik dostaje się w moc wierzyciela: wolno go najechać, zabrać jego mienie, pozbawić jego osobę wolności, poddać go pewnym karom osobistym i pieniężnym — jakim i jak długotrwałym zależy od warunków umowy. W każdym razie to, co w innym razie byłoby krzywdą, przestępstwem, co wywołałoby wojnę dwóch grup (krewnych najechanego i najeźdźcy), staje się w skutek zawarcia umowy tj. w skutek dobrowolnego odnośnego oświadczenia dłużnika legalnym, przez prawo autoryzowanym środkiem pomocy i egzekucyi zobowiązania. Zagrożenie nią przy umowie jest najsilniejszym środkiem nacisku na wolę dłużnika, aby zobowiązania dotrzymał. Możliwość nieporozumienia i sporu między stronami o wykład warunków umowy, możliwość samowoli i nadużyć ze strony wierzyciela jest oczywiście nieuniknioną i dlatego człowiek wolny, namiętnie niezależność miłujący, bardzo tylko niechętnie na swoją głowę taką groźbę przyjmuje. Utrudnia to na tych stopniach rozwoju zawieranie umów i prowadzi już wczas do usiłowań mających na celu ograniczenie samowoli wierzyciela, które w jednym z dalszych rozdziałów przedstawimy. Tu już tylko zaznaczyć należy, iż polegają one na tem, aby wprowadzić zawieranie umów przy świadkach lub odebrać egzekucję z rąk wierzyciela a oddać ją osobom trzecim, bezstronnym, do umowy przypozywanym, tj. ręcycielom, arbitrom, organom władzy, sądowi.

W ten sposób wyrabia się na tym stopniu rozwoju pogląd, że istotną treścią ustanawiania odpowiedzialności złagodzonej jest poddanie się dłużnika pod moc wierzyciela, a wszystko inne jest tylko modyfikacją, umownem złagodzeniem lub obostrzeniem doli dłużnika, którą ma mu w razie wiarolomstwa narzucić wierzyciel. W razach ważniejszych wierzyciel będzie dążył do tego, aby przy umowie ustanowić warunki sroższe (śmierć, okaleczenie, konfiskatę majątku); w razach lżejszych tj. przy umowach normalnych, codziennych, mniej

złagodzeń klątwy i jej następstw w prawie perskiem. Bliżej dla naszego przedstawienia nie zużytkowaliśmy go, natrafiając na zbyt wielkie trudności w zrozumieniu i interpretacji, które — w dzisiejszym przynajmniej stanie opracowań przekładów Avesty — bez znajomości oryginału wątpić należy, czy się uda komu usunąć. Prawo dawne indyjskie (zwłaszcza Vishnu, księga V. 127, 128, 169, 178 etc.), o ile reguluje karygodność umów, zdaje się nie być zbliżonem do staroirańskiego (por. Kohler Indisches Obligationenrecht w. Zeit. f. vgl. RW. III. str. 161—201).

ważnych, zadowolni się wierzyciel przyznaniem mu prawem złupienia dłużnika, fantowania go, zaboru przedmiotów wyrównywających lub przewyższających nieco wysokość jego pretensyi (w czem będzie się kryć kara za złamanie umowy). Dopiero gdyby dłużnik opierał się siłą tego rodzaju prawu wierzyciela dobrowolnie ustanowionemu, następują skutki ostrzejsze; opór dłużnika sprowadza po stronie wierzyciela, iż i on nie jest nadal umową związany i może postąpić z nim bezwzględnie, może wydać na zniszczenie dłużnika i jego rodzinę i majątek. Reszta społeczeństwa nie tylko mu w tem nie przeszkodzi, ale owszem zobowiązana jest nieść pomoc, bo prawo obiektywne (zwyczajowe czy ustawowe) uważa tę własną pomoc wierzyciela za jedną ze składowych części panującego w danym społeczeństwie porządku.

Tak się przedstawiają typowe odrośle exsokracyi. spotykane u wszystkich prawie ludów znajdujących się na przejściu od ustroju opartego na mirze religijnym do ustroju, którego kamieniem węgielnym jest autorytet władzy państwowej. Omówione dotychczas ograniczone skutki wyjęcia z pod opieki prawa sprowadza na swoją głowę sam dłużnik, ustanawiając wspólnie z wierzycielem — w chwili zawarcia umowy, — odnośną modyfikację exsokracyi na wypadek wiarołomstwa, to znaczy, poddając się niewoli, mutylacji, konfiskacji majątku, karom pieniężnym etc. Należy jednak podnieść, iż w każdym społeczeństwie istnieje dążność, aby te *ad hoc* stypulowane kary przemienić w kary legalne, tj. aby wyrobić pojęcie, iż wiarołomstwo jest czynnością karaną przez prawo obiektywne. Pojęcie to jednak występuje dopiero na wysokim stopniu rozwoju, a może się objawić na zewnątrz w dwojaki sposób. Po pierwsze możemy się spotkać z poglądem, że związek społeczny jako taki nie wchodzi w stosunek istniejący między dłużnikiem a wierzycielem tak długo, jak długo obie strony stosują się ściśle do warunków umówionych, jakimikolwiek by one były. Z chwilą jednak, gdy dłużnik nie chce lub nie może tym warunkom się poddać, to związek społeczny ma prawo ukarać dłużnika wykonaniem na nim exsokracyi. Jestto innemi słowy to stanowisko, które jest wypływem złożenia przysięgi, klątwy czy ofiary — związek społeczny wchodzi jako ostateczny czynnik, powołany do wyegzekwowania ich skutków. Jeżeli np. dłużnik stawi opór wierzycielowi zabierającemu jego majątek albo jego osobę w niewolę, to społeczeństwo zagraża za tego rodzaju opór wyjęciem z pod prawa. Podobnie w razach, gdyby strony ustanowiły między sobą lżejszą treść odpowiedzialności, a wiarołomny dłużnik nie był w możności zastosowania się do umowy (nie posiadał np. odpowiedniego majątku, aby zapłacić ustanowione kary) — to prawo obiektywne nadaje wie-

rzycielowi nieograniczoną władzę nad dłużnikiem, prawo życia i śmierci¹⁾, odebrania wolności lub czci, sprzedania go, okaleczenia lub wyrządzenia jakiegokolwiek innej krzywdy.

Cały szereg systemów prawnych ludów na pół jeszcze barbarzyńskich należałoby omówić, aby dokładniej ten stosunek prawa obiektywnego do następstw wiarołomstwa określić. Niektóre z tych systemów nadają wierzytelom względem dłużników opornych lub niewypłacalnych prawa bardzo srogie i daleko idące²⁾. Takie jednak surowe przepisy są tylko właściwe społeczeństwom i prawom na dość niskim stopniu rozwoju, które nie mogą się utrzymać przy ogólnym postępie idei humanitarnych³⁾ i łagodniejszych obyczajów. Eksakracja, jako ostateczny rygor egzekucyjny, ustępuje wtedy miejsca innym przy-

¹⁾ W prawie skandynawskiem — np. Gulath. 71 — przysnane jest wierzytelowi tego rodzaju prawo, o czem bliżej Kohler Shakesp. str. 30 i d., oraz Amira Oblig. II. 158, 161—2. Nie potrzeba przypominać analogii rzymskiej 12 tablic: *partis secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto...* Zauważyć jednak należy co do prawa rzymskiego, iż mylnie ograniczają niektórzy z badacscy ten rygor tylko do skazania sądowego (o czem ob. Huschke Nexum str. 58 i d) — istniało ono także niegdyś jako skutek *nexi*, przemawiają za tem mianowicie ogólnie prawne analogie. W epoce historycznej *nexum* sprowadza już tylko niewolę.

Podobny przypadek mamy w 58 tytule *Legis Salicae*, który reguluje położenie prawne winnego skazanego na zapłatę *wergeldu* a nie mogącego go uiścić. Dłużnika takiego — jeśli nikt z krewnych nie chce za niego zapłacić — może wierzytel zabić: *si eum in compositione nullus ad fidem tulerunt h. e. ut redimant, de quod non persolvit, tunc de sua vita conponat.* — Artykuł ten odnosi się do długu *ex delicto* (*homicidium*), i dlatego mogłoby być kwestyą sporną, czy przysnane tu wierzytelowi prawo można rozciągać na wierzytela *ex contractu*. Jeśli się jednak stanie na całkiem słusznem mem zdaniem stanowisku, iż prawo wierzytela — nawet przy *obligationes ex delicto* — gruntowało się w tym czasie na sądowej lub pozasądowej *fides facta* (ich prawną równoznaczność przyjęć należy za *Sohmem, Heuslerem, Siegelm i i.*), to tem samem odnośne wątpliwości będą usunięte. Nie jest to wprawdzie doktryna panująca. Ostatni z historyków egzekucyj procesowej, *Horten*, dochodzi jednak słusznie, jak sądzę, do wyniku, iż skazany w sądzie za przestępstwo musi złożyć *fidem factam* na zapłatę kary i ta *fides facta* (dobrowolne ustanowienie odpowiedzialności) staje się podstawą jego zobowiązania. Gdyby złożyć jej nie chciał, służy do tego „*Friedloslegung*”, aby złamać jego opór i poddać jego wolę nakazowi sądu. Ob. *Horten Personalexecution* II. 1. str. 90—95 i d.

²⁾ Władza wierzytela rozciąga się często nawet na trupa niewypłacalnego dłużnika, którego pogrzebowi wolno mu przeszkodzić, i który wolno mu złupić — ob. przykłady np. *Wolf Beitrag zur Rechtssymbolik* (1865) str. 35 (dla praw średniowiecznych), lub *Mitteis Reichsr. und Volk-recht* (dla ludów starożytnych).

³⁾ Wpływ kościoła na złagodzenie odpowiedzialności dłużników omawia trafnie już *Troplong Contrainte par corps* (*passim.*). Wielkie zasługi położyło w tym kierunku ustawodawstwo świeckie od czasów Ludwika Świętego. Bliżej przedstawia ten proces ciągłego polepszania się doli dłużników w prawie średniowiecznem francuskim

chylniejszym dla dłużnika pojęciom. Uprawnienia wierzyciela do pomniejszenia swej krzywdy bywają przez prawo zwyczajowe lub ustawowe stale i krok za krokiem ograniczane. Nieposłusznego czy niewypłacalnego dłużnika czeka co najwyżej niewola, a i tej bywają różne odcienia. Może być ona dożywotnia albo też obrachowana na odrobienie długu własną pracą dłużnika, poczem gaśnie¹⁾. Ustawy ludów barbarzyńskich zaczynają na tę kwestyę zwracać baczną uwagę, a pierwsze świadome celu reformy socyalne mają zwykle na oku ulżenie warstwom zadłużonym, składającym się z jednostek popadających kolejno w niewolę u jednostek tworzących warstwy kapitalistyczne. Seisachteja ateńska nie jest objawem odosobnionym²⁾, ale zjawiskiem typowym i stale się powtarzającym na pewnych stadyach kulturalnego rozwoju. Następnie zjawiają się w prawie usiłowania coraz to dalej idącego wypierania niewoli jako ostatecznego następstwa wiarolomstwa umownego. Nie niewola u wierzyciela, ale wzrost wierzytelności, wygnanie³⁾, pozbawienie czci⁴⁾, więzienie w publicznej kaźni mogą być

Viollet Établissement de St. Louis I. 51 i 226. Stamtąd rozpowszechnia się ten ruch w kierunku łagodzenia niewoli dłużnika po całej zach. Europie. Jestto rozwój, do którego wiele wiadomości podaje praca Kohlera, ale który w szczegółach nie jest jeszcze opracowany tak, jak na to zasługuje.

¹⁾ Wyrobienie się w pr. skand. łagodniejszej formy niewoli dłużnika (Schuldhaft) zamiast ostrzejszej (Schuld knechtshaft) omawia bliżej Amira Obl. I. 127 i 151. W pierwszej osoba staje się na zawsze niewolną, w drugiej odługuje swój dług. Podobny rozwój u Wizygotów, ob. np. Horten (l. c.) I. 1 str. 225 i II. 1 str. 155. (Nie sądzimy, aby podane tam przyczyny ciągłego łagodnienia niewoli były trafne: Horten używa racjonalistycznej teleologii à la Ihering tam, gdzie działają wielkie, nieniewiadomione jednostkom siły i motywy społeczne). Znanym powszechnie jest podobny rozwój niewoli dłużnika w prawie rzymskiem np. (Lex Poetelia i Julia) i greckiem (ob. o tem Beauchet l. c. IV. 450—460). Również i prawo indyjskie doszło już w swoim rozwoju do znacznego złagodzenia niewoli dłużnika, ob. Jolly Recht und Sitte (1896) str. 147.

²⁾ Co do prawa egipskiego (reformy Bokchorisa) ob. np. Wesely Studien über das Verhältn. des griech. zum Ägypt. Recht, str. 9.

³⁾ O karze wygnania na niewypłatnego dłużnika w prawach m. ejskich (i innych) średniowiecznych ob. Sichel Bestrafung des Vetrag, str. 19 i Kohler Shakesp. str. 47. 62.

⁴⁾ W Grecyi już rychło (ob. Beauchet l. c. IV. 459 i d.) miejsce niewoli za długi zajmuje atimia (np. w Beocyi) O infamii spotykającej w Rzymie dłużników niewypłatnych (kwestya wątpliwa) ob. Gajus II. 151; co do wieków średnich obszernie rozbiera tę kwestyę Budde Über Rechtlosigkeit (1842) str. 99—138. stając słusznie na stanowisku, że niesława następuje ipso facto (eines richterlichen Urteils bedarf es nicht, um diese Wirkung hervorzubringen). Zwraca on uwagę, iż klauzule czasem idą dalej, grożą bowiem, jako ostatecznym rygiorem, wyjęciem z pod prawa (np. w Guden. I. 565: erimus erlos und rechtlos), ale tłumaczy to oględnie, jako dozwolenie prywatnej egzekucyi tj. jako pozbawienie się opieki prawa. Pod tym wzglę-

następstwem oporu lub niewypłatności dłużnika ¹⁾). Jest to stadyum rozwoju, które dla ludów średniowiecznych przypada dopiero na wiek XIII do XVI. a nawet częściowo przeciąga się aż do wieku XIX, i które wystarczy tylko zaznaczyć.

Prawo pewnego społeczeństwa może zająć jednak wobec wiarołomstwa jeszcze inne stanowisko. Może mianowicie uznać jako karygodny nie tylko fakt oporu dłużnika lub fakt niemożności zastosowania się do umówionych warunków złagodzonej odpowiedzialności, ale sam fakt złamania umowy. Umowę utwierdza się przez pewne czynności, będące surogatami czynności sakralnych w fazie miru religijnego używanych. Surogaty te nie przypominają już wcale albo przynajmniej bardzo niewiele swoich prototypów, ale mimo to przechowuje się poczucie, iż niedotrzymanie umowy jest wykroczeniem przeciwko pewnemu jej utwierdzeniu, które można zbliżyć do pojęcia krzywopryśięstwa. Obok karygodności za opór lub za niemożność poddania się ograniczonej odpowiedzialności (np. niewypłatność) zjawia się idea innej karygodności: karygodności za sam fakt niedotrzymania ślubowania wiary ²⁾). Dłużnik wiarołomny i niewypłatny naraża się na dwo-

dom jestem innego zdania: zawieranie umów pod karą „Reichsacht“ jest jeszcze częstą rzeczą nawet w XVI w. (por. np. Brunner Forschungen str. 467); wraz z Brunnerem należy tu przyjąć rzeczywiste wyjęcie z pod prawa. Że niesława względnie „Rechtlosigkeit“ zastrzeżona w klauzulach, występuje dopiero jako rygor ostateczny tj. gdyby dłużnik nie poddał się lub nie mógł spełnić umówionej przy zawieraniu kontraktu kary. dowodzi słusznie Puntschart l. c. str. 484—5. Inaczej ma się rzecz z niesławą, którą niektóre prawa grożą za sam fakt wiarołomstwa.

¹⁾ Częstokroć rozwój odbył się w ten sposób, iż państwo uznaje odpowiedzialność na osobie tylko dla pewnych kategorii długów, np. dla długów handlowych lub względem państwa, jak w Atenach ob. Beauchet (l. c.) IV. 452—4.

²⁾ Należy jednak zaznaczyć, co zresztą wynika samo z siebie z dotychczasowych wywodów, iż karane jest tylko wiarołomstwo tj. naruszenie umów utwierdzonych (choćby surogatami sakralnych czynności, jak np. wadiacya lub podanie ręki). Karygodności złamania zwykłego przyrzeczenia i umowy nawet jeszcze prawo średniowieczne nie zna i o tyle tylko należy przyznać słuszność rezultatom Löninga (Vertragsbruch, str. 512 i d.), który stwierdza, iż niema dowodu, aby ówczesne prawo niemieckie „an die Verletzung des Vertrags als solchen, oder an die Verletzung einer beliebigen vertraglichen Rechtspflicht oben wegen dieses ihren Rechtsgrunds eine Strafe oder eine sonstige spezielle Rechtsfolge knüpfte“. Podobne zastrzeżenie jak i co do Löninga, stosuje się także do otrzymanych przez Iheringa dla prawa rzymskiego (najstarszego) rezultatów (Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867 str. 13 i d.). Ihering zbyt ogólnie swoje twierdzenie (mamy ciągle na myśli prawo najstarsze), sądząc, że „das alte Recht ignorirt das Schuldmoment“ i na tem opierając stanowisko dawnego prawa wobec złamania kontraktu. I dla prawa rzymskiego (najstarszego) można stwierdzić zasadę, iż podstawę karygodności tworzy nie naruszenie interesu kontrahenta, ale fakt wiarołomstwa, a więc moment przestępstwa i winy.

jaka karę ze strony związku społecznego, do którego należy: jedną za niedotrzymanie utwierdzonego (np. przysięgą lub jej surogatami) przyrzeczenia, drugą za niewypłatność. Wytwarza się wskutek tego w społeczeństwach wyżej rozwiniętych bardzo skomplikowany system kar umownych, z których jedne są stypulowane przez strony, inne zaś są karami legalnemi. Z tych znowu jedne są karą za opór egzekucyi, inne za niewypłatność lub wogóle za niemożność dotrzymania prestacyi i poddania się karze umówionej, inne wreszcie są karami za sam fakt złamania utwierdzenia umowy ¹⁾. Bliższa analiza tego rodzaju komplikacyi mogłaby być dokonana tylko na tle pewnego pozytywnego prawa w pewnym okresie jego rozwoju i dlatego sądzimy, iż wykracza poza ramy naszej pracy, mającej dać obraz ogólnych kolei rozwoju prawa umownego, o ile chodzi o dwie pierwsze epoki (pierwotną i barbarzyńską) bytu społecznego.

¹⁾ Tak np. w Anglii już ustawy Aelfreda (z końca IX w.) znają ustawową karę za złamanie utwierdzonego kontraktu (*fides, ad and wed. infractura wadii*). Nakładają na to karę więzienia, a gdyby wiarołomca nie chciał się jej poddać, *forbanntio* i *excommunicatio*. Z tekstu odnośnych przepisów wynika, iż powstały one pod wpływem kościoła. Niechęć poddania się umówionej w kontrakcie odpowiedzialności karze bowiem także surowo kościół (wypędzeniem z kościoła) ob. np. *Collectio can. irland.* z r. 700 ks. XXXIV roz. 8 (*Wasserschleben Irische Kanonensamml.* 2 1885). Podobnie także prawo celtyckie łączy z samym faktem złamania wiary infamię (*Ancient laws of Ireland. I. Senchus Mor.* str. 59). „Verbal contract”, o jakim tu mówi tekst tego pomnika prawnego nie tłumaczmy bynajmniej tak jak Dareste (*Études* str. 365) jako kontrakt konsensualny. Z zestawiania tego wyrażenia z resztą przepisów o prawie umownem irlandzkim i walijskim wynika chyba ponad wątpliwość, iż chodzi tu o kontrakt utwierdzony oświadczeniem słownem tj. przysięgą (*briduw*, porównaj wyżej str. 304). Kontrakt konsensualny, w naszym znaczeniu tego terminu, zjawia się dopiero bardzo późno, wykształciło go zaledwie pod koniec swego rozwoju prawo greckie (ale i to w bardzo ograniczonym zakresie), zaczęło go rozwijać prawo rzymskie w ostatniej epoce swego istnienia, zjawił się w Europie nowożytnej dopiero w w. XVI, nie zna go żadne z praw barbarzyńskich. Tłumaczenie Dareste'a jest też niezgodne z ogólnym tokiem rozwoju, a także z innymi przepisami prawa celtyckiego.

Co do karygodności samego niedotrzymania utwierdzonej umowy w państwach zachodnio europejskich średnich wieków, to ogromny materiał dowodowy przynoszą zwłaszcza prace Lüninga (*Vertragsbruch* 1876), Sickla (*Die Bestrafung des Vertragsbruches* 1877) lub Siegla (*Handschlag und Eid* 1894, str. 76 i d.). Wystarczy dla przykładu powołać się na francuskie średniowieczne *amendes*, których wielkość stosuje się do stanu społecznego dłużnika (np. *Beaumanoir* XXV. 4. *Coutume de Montp.* art. 16 itd.). Zamiast kar pieniężnych spotykamy również często kary na osobie: nieślawę, ekskomunikę, wygnanie etc., np. w pokoju ziemskim frankfurckim z r. 1234 (*Lehmann Rechtsquellen.* str. 102): *si quis fide data promiserit et non servaverit, continuo proscribatur, nec a proscrizione absolvitur nisi dupliciter persolvat quod promiserat et pro quo fidem dederat*. Niezapłacenie długu, ustanowionego przez *fides data*, pociąga tu za sobą proskrypcję (*Acht*), ale wolno ją okupić zapłatą *poena dupli*.

Analogicznym zaś objawem ewolucyi prawa umownego, biegnącym równolegle do powyżej zaznaczonego ograniczania umownych i legalnych następstw wiarołomstwa, jest wprowadzenie zaskarżalności umów przed sądem (w miejsce samowładnej zemsty wierzyciela) jako jedynej drogi dochodzenia uprawnień z umowy. Wydanie dłużnika pod moc i samowolę wierzyciela utrzymać się nie może, od chwili gdy władza państwowa rozszerza swe zadania na utrzymanie porządku i bezpieczeństwa wewnątrz związku społecznego. Musi ono zniknąć na rzecz ingerencji państwa: seiganie dłużnika może mieć miejsce tylko na podstawie wyroku sądowego i tylko zapomocą organów publicznych. Jest to ta tendencya rozwoju, która zaczyna już występować coraz to silniej w epoce frankońskiej¹⁾ i ogranicza konsekwencye, płynące z dawnego pojmowania odpowiedzialności dłużnika. Prawa ludów starożytnych wzniosły się były również swego czasu na to postępowe stanowisko: poddanie się dłużnika pod moc wierzyciela i dopuszczenie samowolnej, pozasądowej egzekucyi spotyka się zarówno w prawie greckiem jak rzymskiem, w ostatnich fazach ich rozwoju, tylko w formie pewnych objawów szczątkowych²⁾. Dlatego też wpływ prawa rzymskiego na prawa średniowieczne działa w kierunku coraz to silniejszego kształcenia egzekucyi publicznej i w kierunku nadania właściwym światu germańskiemu formom ustanawiania odpowiedzialności umownej znaczenia warunku zaskarżalności umowy przed sądem.

¹⁾ Np. dokument z r. 884 (Codex Cav. I. str. 127), *si non compleverimus.... obligavi me vobis, ut ubicunque me invenieritis, vos vel niso vestro sine culmniae licentia me abeatis priudere et districtum manibus ante iudice portatis, quatenus ut ipso vobis percompleamus. We Włoszech władza zyskuje wpływ najwcześniej, prowincye północne państwa frankońskiego zdążają wolniej za ich rozwojem (tak pod tym względem, jak i pod innymi).*

²⁾ Takim objawem szczątkowym jest np. możność zawarcia umowy z klauzulą egzekucyjną *κατάπερ ἐκ δίχης*, znaną prawu greckiemu, późno egipskiemu i rzymskiemu. Ob. *Mitteis Reichsrecht* str. 420 i d., *Recueil des inscr.* tom I. (zesz. 2) str. IX, *Bauchet* l. c. IV. str. 69 i d. oraz 444, *Goldschmidt* w *Sav. Zeit.* (R. A.) X. 360 i *Wessely Studien über das Verhältnisse des griechischen zum ägyptischen Recht* str. 44 i d., gdzie kwestye sporne związane z interpretacją tych klauzul są bliżej omówione. Przejęcie i znaczenie ich w prawie średniowiecznem ob. *Val de Lièvre Launegild und Vadia* (1877) str. 208. Zauważyć należy, iż *executionem paratam* (bez procesu) nadaje wierzycielowi klauzula stypulacyjna już w dokumentach rzymsko-germańskich w. VI (Ob. *Horten* l. c. II. I str. 177), ale stanowi ona tylko jeden ze sposobów jej ustanowienia, nadaje ją bowiem także każła forma wadiacyi (o czem w dalszym ciągu). Znaczenie jej jest więc inne w systemie prawa umownego frankońskiego jak greckiego lub rzymskiego.

VI.

Przedstawiony dotychczas rozwój odpowiedzialności dłużnika jest tylko jedną stroną ewolucji prawa umownego, streszczającej się w coraz to większem uwalnianiu jego przepisów od momentów sakralnych a natomiast w przekształcaniu ich na prawo świeckie, oparte o autorytet państwowy. Podobnie jak zguba wiarołomnego dłużnika (exsakkrycy) przetwarza się z czasem na odpowiedzialność majątkową, podobnie i równocześnie zostają przerobione formy służące do ustanawiania tejże odpowiedzialności. Czynności religijne jak kłątwa, ofiara, przysięga zostają albo usunięte, albo przynajmniej co do swej formy tak znacznie zmodyfikowane, iż nie wywołują już zagłady osoby, rodziny i majątku dłużnika (jak dotąd), — ale iż można związać z niemi następstwa łagodniejsze: niewolę i złupienie majątku. Chwilą zawarcia umowy staje się chwila dopełnienia tego rodzaju formy, symbolizującej poddanie osoby i mienia dłużnika pod moc wierzyciela, a w ten sposób wykształca się jako jedyny typ umowy znany społeczeństwu, umowa formalistyczna (Wette, vadiatio), której ważność związana jest ściśle z dopełnieniem pewnej formuły, pewnego symbolicznego gestu.

Doktryna dotychczasowa fałszywie tłumaczy znaczenie formy w historii prawa umownego. Ostatecznie i na tych stopniach rozwoju forma jest tylko jednym ze sposobów wyrażenia swojej woli. Podział na kontrakt konsensualne i formalne przeciwstawia jedno drugiemu, nadając formie jakieś znaczenie konstytutywne, którego ona nigdy nie posiada. Właściwie i ona miewa tylko znaczenie deklaratoryjne. Podczas gdy my deklarację woli składamy zazwyczaj zapomocą dowolnych słów lub gestów (skinienie głową, ręką), to na dawniejszych stopniach rozwoju wyrażano ją zapomocą pewnych symbolicznych czynności, których różnaitość i istotne znaczenie będzie właśnie przedmiotem dalszego rozbioru.

Toteż różnica między kontraktami konsensualnymi w dzisiejszem tego słowa znaczeniu a umowami dawniejszemi nie tkwi bynajmniej w momencie woli, w momencie, który był i wówczas jedynem źródłem i podstawą zobowiązania z umowy. Różnica ta polega wyłącznie na treści, jaką strony swej deklaracji woli muszą nadać, jeśli chcą stworzyć ważną tj. prawnie wymuszalną umowę. Deklaracja musiała się bowiem zrazu odnosić nie tylko do przyjęcia prestacyi lub usługi, ale także do stworzenia opieki prawnej, do utwierdzenia umowy. Prawo dawne otaczało opieką stosunek umowny dopiero od chwili, gdy

dłużnik poddał się wyraźnie i uroczyście następstwu złamania wiary. Aż do tej chwili stosunek między stronami było to *pactum nudum*, którego wypełnienia nie można było wymusić ani pomocą własną (legalną), ani jak później procesem sądowym. Innemi słowy: forma przy umowach z epoki barbarzyńskiej odnosi się do stworzenia opieki prawnej, jestto środek dobrowolnego poddania się dłużnika pomocy własnej wierzyciela lub wyrażenie swej zgody na zaskarżalność stosunku. Można to uważać za objaw dużo większej niezawisłości, jaką jednostka wobec związku państwowego posiada. Na niższych stadiach rozwoju indywidualizm jest w tym kierunku dużo silniejszy niż u nas, związek społeczny i porządek prawny jest czemś raczej konwencyonalnem jak oktrojowanem jednostce; jak długo jednostka pewnej zwyczajem określonej sfery swoich indywidualnych praw sama dobrowolnie nie ograniczy, pozwalając się przeciwnikowi złupić lub przynajmniej zapozwać przed sąd¹⁾ i poddając się wskutek tego z góry wyrokowi, jaki tam zapadnie, tak długo nikt nie ma prawa w tę jej sferę wkroczać, nawet organa związku państwowego.

Dopiero z wyższym rozwojem autorytetu państwowego ustaje potrzeba tego dobrowolnego poddania się, a ono samo przy zawieraniu umów odpada. Jeśli to poddawanie się nazwiemy utwierdzeniem umowy, to przeciwieństwo między umowami dawnymi i dzisiejszemi nie polega na konsensie i formie, ale na utwierdzaniu lub nieutwierdzaniu umów. Utwierdzenie jest deklaracją świadczącą o konsensie jednostki. Że temu wyrażeniu woli towarzyszą pewne czynności symboliczne, oznaczające zgubę wiarołomcy, jego śmierć, niewolę lub tp., jestto dowód innego stadium, aniżeli nasze, rozwoju psychicznego; ale błędem byłoby przypisywać tym czynnościom inne znaczenie, aniżeli naszym słowom: są one tak samo wyrażeniem zgody, jak nasze słowo „tak“ lub jak nasze skinięcie głową. Praktycznie może mieć także forma znaczenie lepszego sprecyzowania woli, łatwiejszego jej dowodu, wykluczenia nieporozumień, i faktycznie nieraz prawo pewnych narodów tego rodzaju pożytki z nią łączy. Na razie pozostaje jednak udowodnić, iż to co nazywamy momentem formalnym przy zawieraniu umów należy odnieść do ustanawiania odpowiedzialności, i że błędnemi są teorye, jak np. teorya dziś w nauce panująca, tłumaczące znacze-

¹⁾ Zasada taka jest wypowiedziana wyraźnie w niektórych prawach szczepowych germańskich odnośnie do egzekucyi procesowej, np. między innemi w prawie longobardzkim, gdzie jeszcze w wieku VIII ciążenie dłużnika może się odbyć tylko z jego pozwoleniem. Nawet na podstawie wyroku sądowego nie wolno go ciążyć, o ile nie poddał się *per vadium*. I pozasadowa *vadiatio* wystarcza do stworzenia odnośnego prawa wierzyciela (Liutpr. 15). Obacz obszerniej Horten I. 2. str. 71.

nie formy w prawie średniowiecznym niemieckim. jako symboliczną prestacyę, jako surogat t. zw. umowy realnej ¹⁾).

Forma, jak zaznaczyliśmy powyżej, rozwija się na tle czynności sakralnych służących do poddawania umowy pod opiekę autorytetu religijnego, a jako takie poznaliśmy czynności sakralne bądź to wyodrębnione, bądź też splecione w jedną całość z przeżytkiem jeszcze pierwotniejszych czasów, ze zbrataniem stron kontraktujących. Kłątwa, ofiara, przysięga bezpośrednio lub pośrednio (jako obwarowanie zbratania), oto są najdawniejsze sposoby utwierdzenia stosunku umownego. Rozbiór pierwotnego znaczenia najczęściej używanych czynności symbolicznych znanych prawom narodów barbarzyńskich powinien nas doprowadzić do rezultatu, iż one wszystkie dadzą się wytłumaczyć lub uzasadnić bądź to jako odgałęzienia czynności sakralnych, bądź też jako symbole poddania się lub zbratania związane niegdyś z obwarowaniem religijnem. Oczywiście twierdzenie to odnosi się do ich genezy, i nie przesądza znaczenia, jakiego one nabierają w prawie późniejszym tj. w prawie opartem o autorytet państwowy lub przynajmniej zbliżającym się już do tego stadium.

W badaniu następującem trzymamy się głównie form umownych spotykanych u średniowiecznych ludów zachodnio-europejskich, których prawo rozwija się na podstawie germańskiej, uwzględniamy jednak, zgodnie z zaznaczoną w rozdziale pierwszym metodą, formy umów u wszystkich ludów barbarzyńskich świata, o ile one wyszły już poza omówione powyżej stadium kłatwy, ofiary i przysięgi; z pomiędzy nich uwzględniamy w pierwszej linii inne ludy aryjskie jako ludom germańskim najbliższe.

Zaczynamy od form, które są czynnościami wyrosłemi na tle kłatwy, a więc czynności z pomiędzy sakralnych najogólniejszej. Kłątwa, jak już wyżej podnosiliśmy, jest właściwie formułką słowną, ale niepozbawioną zazwyczaj gestów, które mają zastępować dokładne określanie zguby grożącej wiarołomcy ²⁾. Oderwanie się gestu od for-

¹⁾ Heusler, który wogóle w wielu punktach porzuca teorię rozwoju umów Sohna (choć zasadniczo ją uznaje), zauważa słusznie, iż „die Wette in Volksrechten ist noch immer Executionsform“ (II. 240). Na podobnem stanowisku staje Horten zarówno w swoim dziele jak i w recenzji dzieła Puntecharta w Grünh. Zeit. XXIV. str. 137 (Treugelöbnisse = willentliche Übernahme der beschränkten Achtfolgen).

²⁾ Podobnym obrzędem utwierdzającym umowę bywa rozbijanie garnka (w Afryce), lub rwanie trawy i rzucanie jej w powietrze na znak zguby („wie der Wind von der Erde das Gras fortreisit“) w Indyach ob. Hillebrand Ritualliteratur (Vedische Opfer und Zauber) 1897 str. 170. Tu należy także uroczyście zabijanie zwierzęcia przy umowach obwarowywanych kławami. Tak się też tłumaczy opowieść Saxa Gramin. o utwier-

mulki prowadzi do wyrobienia nowych form ustanawiania odpowiedzialności, które utrzymują się dużo dłużej, aniżeli świadomość ich istotnego, pierwotnego znaczenia, i symbolizują już nie zgubę, śmierć, wyjęcie z pod prawa, ale jakieś inne mniej groźne następstwo, które strony specjalnie przy zawieraniu umowy na wypadek jej złamania bliżej określają. ewentualnie które zwyczajowo lub ustawowo łączy się w danym społeczeństwie z wiarołomstwem.

Gest symbolizuje zgubę, zniszczenie. Rozmaitość może tu więc być ogromna. Ale wspólne jest gestom tego rodzaju, iż polegają na zniszczeniu, złamaniu, rozbiciu pewnego przedmiotu, na znak, iż na taką zgubę naraża się wiarołomca.

O wszystkich ludach barbarzyńskich czytamy, iż przy kłątwie i przysiędze używają tego rodzaju czynności, łączonych z formułką słowną, bądź też od niej oderwanych.

Najpowszechniejszym zwyczajem bywa jednak przy zawarciu umowy łamanie pewnego przedmiotu. U całego szeregu ludów afrykańskich umowa jest dopiero wtedy ważna, tj. wierzyciel może dopiero wtedy chwycić się własnej pomocy względem dłużnika wiarołomnego, kiedy nastąpiło między nimi złamanie kawałka słomy¹⁾. Gdzieindziej używanem jest łamanie kawałka drewnianka lub metalu, od tej chwili uchodzi dopiero umowa za „świętą“. Dlaczego właśnie słoma jest takim powszechnie używanym i u wielu ludów, zresztą obcych

dzaniu nmów przez Słowian (bałtyckich) przez rzut kamienia do wody, obacz Kotliarskiej *Drzewności juridyceskawa byta* (1874) str. 162; podobnie u Greków pograżano przy przysięgach żelazo w morzu na znak zguby wiarołomcy, ob. Lasaulx *Studien* str. 189. Inne przykłady przysięgi promissoryjnej połączonej z rzutem kamienia ob. Grimm. *Ra.* 4 II. 548. Oczywiście należy tu przedewszystkiem słynna formuła kłątwy rzymackiej: *si scienā fallo, tunc me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem* (Gellius *Noctes att.* I. 21). Rzucanie kamienia przy utwierdzaniu umów było szczególnie rozpowszechnione w krajach cywilizacji mahometańskiej. pomimo zakazu Mahometa, który zakazał tego jako zwyczaju pogańskiego, (o czem obszerniej Berg *De contractu do ut des jure mahommedano* 1868 str. 40 i 102, który jednakowoż zupełnie nie umie wyjaśnić znaczenia zwyczaju i zakazu). Jabłonowski w *Ateneum* 1879 IV str. 383 opisuje używaną do dziś dnia w Albanii tego rodzaju samokłatwę połączoną z rzutem kamienia.

¹⁾ Np. w krajach nad rzeką Kongo umowa jest dopiero wtedy ważna, jeżeli strony rozdarły liść lub złamały słomę. Nawet gdyby dopełniły prestacyi, wolno umowę odwołać, jeżeli rozdarcie nie nastąpiło (obacz Bastian *Deutsche Erforschungsreise* II. 47). Zupełnie ten sam zwyczaj istnieje w innych okolicach Afryki, z tą różnicą, że często łamią strony kawałek drzewa lub metalu (fakta obacz *Friedrichs Univers. Obligationenr.* str. 14 i *Post Afr. Jurisp.* II. 179). Łamanie gałęzi na dwoje przy przysiędze z kłatwą u ludów kaukaskich, obacz *Dingelstedt Le régime patriarcal et le droit coutumier des Kirghis* (1891) str. 85.

sobie, znanym symbolem ustanawiania odpowiedzialności dłużnika, może być dla zbadania rozwoju prawnego kwestyą obojętną.

Pytanie to wkracza już bowiem w dziedzinę psychoetnologiczną, w dziedzinę badań nad sposobem kojarzenia się pojęć na pewnych szczeblach kultury. Zaznaczyć jednak wypada, że słoma jest wogóle uważana za symbol niewoli i nieszczęścia ¹⁾. O ustanawianiu odpowiedzialności umownej u ludów zachodniej i południowej Europy zapomocą tego symbolu mamy również pewne wskazówki. Być bowiem może, iż do tego właśnie zwyczaju należy odnieść etymologię rzymskiego terminu *stipulatio* ²⁾. Stipula jak wiadomo oznacza źdźbło, a mamy co do Rzymian podobnie jak i co do innych ludów starożytnych poświadczone, iż symbol poddania się zapomocą wręczenia słomy nie był im obcy ³⁾. Izidor hispański, pisarz VII w., opierający się jednak na wielu zatraconych już tradycjach dawniejszych, przynosi nam wiadomość, że u Rzymian w ich epoce barbarzyńskiej (*veteres*) istniał zwyczaj łamania słomy przy zawarciu umowy. i że stąd to pochodzi

¹⁾ Dowody, że wręczenie słomy jest symbolem niewoli i obfite przykłady z Indyi, Persyi, Chin, Europy, podaje Liebknecht Zur Volkskunde (1879) str. 382 i d. Jego tłumaczenie, iż słoma symbolizuje bydło czyli najdawniejszy przedmiot własności, nie może wytrzymać krytyki. Podobnie tłumaczy to zresztą Wliałocki: Vom Zigeunervolke (1890) str. 169. W Indyach (dawnych i dzisiejszych) dłużnik oddający się w niewolę kładzie sobie źdźbło słomy na głowie, ob. Kohler w Zeit. f. vgl. R. W. VI. str. 199—200. U Słowian bałtyckich siadał na wiązce słomy, z której go szrucano, ob. bullę Grzegorza IX z r. 1239 w Haselbacha Codex Pom. dipl. I. (1862) str. 591. I w innych rzaszach słoma bywa używana dla symbolizowania zguby wiary. Przysięgę Osetów ze źdźbłem słomy w ręku („que le serment que je fais en prenant le blé à témoin retombe sur moi si je suis coupable“) opisuje Kowalewski Cout. contemp. (1893) str. 436. Podobnie w Indyach przysięgający bierze źdźbło słomy do ręki (Jolly Recht und Sitte str. 144).

²⁾ Początkami, tak odległymi, *stipulacyi* nie zajmuje się żaden z autorów, badających specjalnie jej rozwój w późniejszym prawie rzymskiem, — ani Karsten (Die Stipulation 1878), ani Gneist (Die form. Verträge 1895) ani inni. Schulin, którego dzieło, dzięki metodzie porównawczej, ma dla samych początków prawa rzymskiego znaczną doniosłość, zajmuje wobec nazwy i istoty pierwotnej *stipulacyi* stanowisko następujące (l. c. str. 335 i d.): sądzi on mianowicie wraz z Paulem, iż nazwa pochodzi od *stipulum-firmum* (a więc od pewnego pojęcia abstrakcyjnego, co uważamy za zupełnie niemożliwe wobec konkretnego i plastycznego sposobu myślenia i nazywania u ludów tego stopnia). Niemniej przyznaje jej początkowo charakter sakralny: Diese stipulatio hat sich offenersichtlich aus den älteren unter dem Schutz der Religion gestellten Verträgen entwickelt, indem von den Formen dieser Verträge alles ausser dem Kern abgestreift wurde und also nur die Frage des Gläubigers und die kongruente Antwort des Schuldners übrig blieb.

³⁾ Wiadomości o używaniu wręczenia słomy jako symbolu poddania się u ludów starożytnych zestawia Grimm R. Alt. ⁴ I. str. 156.

nazwa stipulatio: „veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant“¹⁾. Zwyczaju tego prawo rzymskie późniejsze nie zna, widocznie istniał on w epoce dawniejszej, następnie uległ zatraceniu a forma stypulacji przemieniła się w zupełności; ale zwyczaj sam mógł przechować się o wiele dłużej w formie obyczaju ludowego, podobnie jak nasz współczesny obyczaj ludowy przechował mnóstwo szczątków dawnych pojęć. Ta najdawniejsza forma stypulacji, której istotną częścią było łamanie słomy, wyłoniła się prawdopodobnie z jeszcze obszerniejszej niegdyś umowy sakralnej polegającej na samokłątwie, której uzmysłowieniem miał być tylko obrzęd łamania²⁾. Wobec tak szczupłych i hipotetycznych wiadomości o stypulacji pierwotnej nie można oczywiście odpowiedzieć na pytanie, jakie następstwa dla dłużnika łączyły się z nią w epoce dawniejszej, tj. zanim spadła do rzędu obyczajów ludowych, w epoce w każdym razie wcześniejszej, aniżeli pierwsze nasze dokładniejsze wiadomości o prawie rzymskiem.

W życiu prawnem narodów germańskich obrzędu łamania pewnych przedmiotów (słomy, noża, laski etc.) przy zawieraniu umów nie spotyka się; o ile istnieje w obrocie majątkowym średniowiecznym

¹⁾ Bruns Fontes (1893) str. 407—8. Savigny Gesch. des röm. R. im M. A. (tom II³ str. 242—3) odrzuca wiarygodność Izydora i sądzi (za Varronem, de LL. 4, 36 i Festusem v. Stipem), iż stipulatio pochodzi od stips a stipula = mały pieniążek. Jestto tłumaczenie prawdopodobniejsze, niż stipulum = firmum (Paulus), ale skądże wziął w takim razie swoją wiadomość Izydor? Savigny sądził błędnie, iż oparł ją na znanym mu obyczaju germańskim, bo właśnie takiego obyczaju (łamania słomy przy umowach) u Germanów, jak to wynika z niżej cytowanej rozprawy Moellera, nie było. A możliwość takiego zawierania umów u dawnych Rzymian (i zarazem możliwość, że Izydor czerpał z jakiegoś nieznanego nam źródła lub z obserwacji zwyczajów ludowych) wynika z obcych analogii, wyżej zacytowanych. Z pisarzy nowszych Cuq zdaje się słusznie twierdzić: Le mot stipulation designe tout acte, qui a pour objet de rendre ferme une promesse et plus particulièrement celui qui consiste à rompre une paille (l. c. L'ancien droit, str. 392). Najobszerniej broni tego zdania Huschke w dwóch miejscach tj. w Verfassung des Serv. Tullius str. 133 i w Nexum (1846) str. 99—104, ale za każdym razem zajmuje nieco inne stanowisko wobec wiadomości Izydora. Istotnego znaczenia obrzędu łamania słomy Huschke nie zrozumiał. Twierdzi on (Nexum s. 100), że stipula symbolizowała jedynie zboże, w którym wedle niego miano w najdawniejszych czasach zaciągać długi i że stąd pochodzi jej używanie przy zawieraniu umów (Getreidebünden, die man formell bei dem Geschäft durch eine Aehre darstellte). Pomijając już, że ta próba wyjaśnienia używania żdźbła słomy nie odpowiada faktom gospodarczym, nie tłumaczy ona również, dlaczego istotną częścią obrzędu jest łamanie (nie oddawanie kontrahentowi!) słomy.

²⁾ Zarówno Schulin (ob. wyżej) jak i Huschke (l. c. str. 101) przyjmują słusznie, jak się zdaje, iż najdawniejsza stypulacja jest czynnością sakralną (mit Anrufung der Götter); jej sekularyzacja dokonywa się jednak przed wstąpieniem prawa rzymskiego w okres historyczny.

to ma on nieco inne znaczenie: rozbratu, renuncyacyi z prawa własności¹⁾. Natomiast spotykamy w prawie umownem zupełnie analogiczny, bo również niewątpliwie na tle klątwy wyrosły, obrzęd rzucania pewnych przedmiotów na ziemię w chwili zawierania umowy, na znak zguby grożącej wiarołomcy. Zazwyczaj rzucono łaskę (festuca)²⁾, ale spotykamy się także często z rzutem broni, źdźbła słomy, gałęzi, kamienia, pieniążka, pasa, dokumentu. nawet włosa ludzkiego, lub nitki

¹⁾ Nie można jednak zaprzeczyć, iż w zakresie prawa karnego spotykamy łamanie łaski nad głową skazańców na znak wyjęcia z pod prawa, a może ogólniej: na znak zguby, śmierci. Najnowsza praca zajmująca się tym przedmiotem (Moeller, *Die Rechtssitte des Stabbrechens* w *Sav. Zeit.* XXI. 1900 str. 27—115) objaśnia genezę tego zwyczaju. jako „Bruch der Rechtsgemeinschaft“. Wątpimy, czy to objaśnienie jest trafne i sądzimy, że Moeller pobiłdział, starając się objaśnić wszystkie zebrane przez siebie fakta jedną zasadą. Nie da się zaprzeczyć, iż w pewnych przypadkach łamanie łaski oznacza zerwanie wspólności np. inwestytura, wystąpienie z rodu np, *Lex. sal. tit. 60.* podobnie w wyrażeniu francuskim: *rompre la paille avec quelqu'un*; jest ono tu wzięte jako mimiczny wyraz abstrakcyjnej idei. Ale każdy symbol może być zużytkowany dla kilku odrębnych lub zbliżonych idei, jak tego dowodzi na każdym kroku dzieło Grimma lub inne nowsze prace etnograficzne, i nie błędniejszego jak za pomocą dyalektyki (obcej człowiekowi pierwotnemu) wyjaśniać jego symbolistykę w sposób monistyczny, wprowadzać tam dzisiejszą systematyczność i jałowość fantazyi, gdzie przeważa jej bujność i brak pedanteryi. Dzieło Grimma jest pod tym względem wzorowo oględne i sumienne. — Łamanie słomy na znak grożącej zguby u Indów ob. też *Hillebrandt Ritualliteratur* str. 175.

²⁾ *Proicere festucam, exfestucatio* na znak zobowiązania się jest symbolem ogromnie częstym; przykłady zestawiano wielokrotnie np. *Wodon La forme et la garantie* str. 125—7, lub *Grimm R. A.*⁴ I. str. 169. Najciekawszym jest dokładny opis *exfestukacyi* w *Lex Romana Curiensis*, która podciąga tę formę zobowiązania się pod rzymską nazwę *stypulacyi*. Być jednak może, iż chodzi tu nie o rzut festuki, ale o rzut słomy (*levet ipsum festucum de terra*). Przy przenoszeniu własności miewa rzucenie festuki nieraz inne znaczenie (porównaj poprzednią uwagę o łamaniu łaski) tj. zerwania wężła rzeczowego z danym przedmiotem. I u Rzymian znany był w takich rzaszach zwyczaj rzucania łaski, np. przy wyzwoleniu, co opisuje bliżej *Plutarch* (ob. *Grimm R. A.*⁴ I. 178). W zestawieniu zwłaszcza z rolą festuki przy *windykacyi* (*Gajus* 1, 19 i 4, 16) można twierdzić, iż festuca jest tu symbolem własności, władzy, a jej rzucenie oznacza pozbycie. Co do rzucania broni, — to ob. np. *Scriptores rerum meroving.* II. 267 (*Lib. hist. Franc. c. 17*): *Kłodwik zobowiązuje się wystawić kościół... project in directum a se bipennem suam quod est francisca et dixit... fiat ecclesia.* Zwyczaj rzucania dokumentu o ziemię zaraz po spisaniu umowy spotykamy w *Recyi*, przykłady ob. *Brunner Zur Rechtsg. der Urk.* str. 304 i d. Ale i w *kartularzach frankońskich* spotykamy nazwę *carta guerpitoria* (l. c. str. 215). Rzucanie włosa z brody ob. np. *Nouv. Revue hist.* 1878 str. 318 (w. 13). Rzucanie rękawiczki na znak zobowiązania się ob. *Grimm R. Alt.*⁴ I. 209 i d. Podobnie przy nakładaniu kary wyjęcia z pod pokoju publicznego (*bannus*, — a więc również odrośl *exsakracyi*) rzuca się rękawiczkę na ziemię:.... *sol ufwerfen der hentachuwe einen und sol sprechen: ich beneme Heinzen oder Kunzen sin lantrecht* (*ibidem*).

z odzienia, słowem czegokolwiek co było pod ręką. Że rzut symbolizuje tutaj zgubę, podobnie jak poprzednio rozbicie przedmiotu, wrzucenie do wody, złamanie go, to wynika również z opisów, w jaki sposób tego „rzucenia“ dokonywano: *instipulaverunt et in terra jactantes jactaverunt et calcaverunt* (Cartulaire S. Victor de Marseille, nr. 290 z r. 967, ob. Thévenin Textes relatifs str. 202)¹⁾. Deptanie jest zwykłym w etnologii symbolem zguby i zniszczenia. Dotychczasowa nauka, o ile próbowała objaśnić znaczenie tego rzucania pewnych przedmiotów przy zawieraniu umów, to czyniła to zupełnie błędnie, kładąc główną wagę nie na rzucanie ale na znaczenie przedmiotu, sądząc np., iż rzucenie festuki czyli laski miało zastępować rzucenie włóczni a więc broni i oznaczać, że strona zrzeka się dochodzenia sprawy (załatwionej umową) w sposób nieprzyjazny, zbrojny²⁾.

Podobnie i co do innych środków zawierania umów epoki średniowiecznej, podciągniętych przez teorię Sohma-Frankena pod pojęcie surogatów prestacyi, przeprowadzić można dowód, iż analizowane genetycznie przedstawiają się jako odrosłe czynności utwierdzających,

Co się tyczy wreszcie rzucania żdźbła słomy na ziemię na znak zobowiązania, to jest ono, zwłaszcza w późniejszych czasach, niesłychanie rozpowszechnione. Ob. fakta zestawione w Stobbego Reurecht I. 15, Grimma R. A. 4 I. 168, 177, Löninga Vertragsbruch str. 8, 21, 268 etc. Zwykle łączono tę czynność ze spisaniem dokumentu. O ile formułki dokumentów „*cum stipulatione subnixa*“, „*cum stipulatione interposita*“ zostają w związku z rzucaniem słomy (jak to tłumaczy np. Grimm R. A. lub Zoepfl Alter. II. 350) jest dziś mimo negatywnych rezultatów Brunnera, rzeczą niewyjaśnioną. W każdym razie należy przyjąć dla czasów późniejszych znaczenie odmienne (podpisy stron i świadków), ale to nie przesądza początku i pierwotnego znaczenia tej nazwy. Ciekawe światło rzucają na to np. wyrażenia dokumentów stosunkowo dość późnych: *quo firmior sit donatio, calamum in manu tenentes signavimus* (Heusler Inst. II. 75); albo: *cum stipula spoondi* (często w dok. włoskich jeszcze i z IX w. np. Horten l. c. II. 1, str. 181); albo: *donatio culmo subnixa* (Trad. fuld. 101 z r. 791).

¹⁾ Rzucanie laski czy słomy przy wyrzuceniu klątwy na znak zguby spotyka się w etnografii często, np. Bastian *Der Mensch in der Geschichte* (1860) II. str. 300: „Um jemand zu verfluchen selbst auf grosse Entfernungen hin, gebrauchen die Dayakhs einen Zauberstab, den sie unter Aussprechung von Verwünschungen nach der Gegend seiner Wohnung hinbewegen“. Podobnie w folklorze naszym: przeklinający rzuca słomę i spluwa, aby ktoś drugi szczerł jak ta słoma i ślina (Zbiór wiadom. do Antrop. XIV. s. 196). Porównaj też wyżej o rzucaniu rękawicy (na znak „*bannus*“).

²⁾ Że festuka ma być surogatem włóczni, przyjmują błędnie Thévenin Contributions (1880), Kohler Beit. I. 37, Wodon La forme (1893) str. 127—134. Schröder Rechtsesch. (passim), a nawet i Brunner w swojej R. G. zdaje się podzielać to zdanie. Ale jak wytłumaczyć w takim razie rzucanie tylu innych przedmiotów przy zawieraniu umów, jak wytłumaczyć zupełną obojętność dla ważności umowy, jaki przedmiot rzucono? Dlaczego o rzucaniu broni czytamy w źródłach stosunkowo tak

zabarwionych niegdyś sakralnie ¹⁾ a mających na celu stworzenie odpowiedzialności dłużnika na jego osobie lub majątku. Podobnie jak rzucanie słomy da się odnieść do klątwy, podobnie zostaje w bliskim z nią związku genetycznym znany średniowiecznemu prawu saskiemu sposób zobowiązywania się zapomocą gestu zginania palców przy zawieraniu umowy. — Gest ten, jak pierwszy Amira (Recht ² str. 147) słusznie objaśnił, pierwotnie symbolizuje zgubę ³⁾. Najdawniejszy jego opis i wyjaśnienie przynoszą Annales Laurissenses pod r. 777 (Mon. Germ. Script. I. 158), tłumacząc, iż wedle rozumienia współczesnych oznacza on stratę wolności i majątku: „secundum morem illorum (= Saxonum) omnem ingenuitatem et alodem manibus dulgtum fecerunt“ ³⁾. Obok tych niewątpliwych surogatów klątwy wymienić zaś należy czynności utwierdzające, wyrosłe na podstawie dwóch innych czynności sakralnych, tj. przysięgi i ofiary.

Co się tyczy przysięgi, to używanie jej dla stworzenia odpowie-

rzadko, a normalnem zjawiskiem jest *jactatio festucae, exfestucatio*, tj. rzucanie laski (lub innego przedmiotu, zwłaszcza o ile jest ściśle z osobą rzucającego związany, tj. o ile może tylko symbolizować jego osobę, jak np. część jego ubrania, włos jego, dokument przezeń wystawiony). Heusler (Institut. I. 78) był na dobrej drodze, której jednakowoż nie wyzyskał i nie uzasadnił należycie, rozbierając znaczenie rzucania festuki: „darauf war ursprünglich eine Verwünschungs oder Fluchformel eingeschnitten, oder auch blos ein Zeichen hierfür, wo dann das Wegwerfen der festuca von dem Aussprechen der Formel begleitet war“. Mogk w swojej Mitologii (Grundriss Paula str. 241—3) cytuje rzeczywiste przykłady rycia formułek czarnoksiężskich (runami) na laskach, (o czem niżej), mimo to brak uzasadnienia dla hipotezy Heuslera.

¹⁾ Do późnych czasów (w. XVI) przechowuje się pojęcie, iż wyrażenia *geloben* i *schwören* są identyczne, a przynajmniej pokrewne. Źródła wyrażają się: *geloben an eydes stat*, albo: *treugeloben und schwören, oder schwören* itp. (Przykłady ob. m. i. u Punscharta l. c. str. 313—318). Jestto dowód, iż pojęcie ślubowania wiary aż do w. XVI uważa społeczeństwo za coś stycznego z przysięgą.

²⁾ Tylor *Forschungen*, str. 48 i d. omawia bliżej tę ogromną rolę, jaką znaki dawane palcami odgrywają na niższych stopniach cywilizacyi, zastępując zupełnie naszą mowę. Dodać należy, iż w szczególności u wielu ludów afrykańskich autoklątwie towarzyszy zupełnie podobny gest, jak saskie „*curvatis digitis*“, o czem obacz Rehme w *Zeit. f. vgl. R. W.* X. 61.

³⁾ Do podobnego wniosku prowadzą inne teksty, zestawiane wielokrotnie; najbardziej wyczerpująco w Punscharta l. c. 358 i 495, oraz Grimm *R. A.* ⁴ I, str. 196. Brunner nie mogąc wytłomaczyć zawierania umowy przez zginanie palców ze stanowiska teoryi, uważającej kontrakta realne za najstarsze, zmuszony jest do uznania tej formy za bardzo późną (Sippe und *Wergeld*, str. 10). Przeciwnie Schröder *Rg.* ³ str. 59 przyjmuje, iż jestto forma prastara i ma niewątpliwie słuszność. Zauważyć należy, iż błędem jest uważać ten sposób zobowiązywania się za wyłącznie saską właściwość, natrafia się go bowiem i na terytoryach innych szczepów np. *Osenbrüggen Österr. Pantaidingen* str. 14.

działności kontrahenta przez cały czas wieków średnich, jest faktem powszechnie znanym. Źródła tej epoki zrównywają znaczenie przysięgi z innymi sposobami ustanowienia odpowiedzialności: wierzytel z umowy obwarowanej przysięgą ma tę samą władzę nad dłużnikiem, jak z kontraktu umocnionego zapomocą rzucenia festuki, zgięcia palców etc. ¹⁾. Niektóre źródła średniowieczne idą nawet dalej i uznają, iż kontrakt zresztą nieważny nabiera mocy prawnej przez przysięgę ²⁾, co jest dowodem, jak dalece nawet jeszcze w pojęciu średnich wieków akt natury sakralnej ma charakter konstytucyjny tj. może stwarzać nowe normy prawne. Dopiero w w. XV następuje silny zwrot w ustawodawstwie przeciwko używaniu przysięgi do ochrony umów i przeciwko przyznaniu jej tego samego waloru prawnego, co świeckim formom stwarzania tejże ochrony ³⁾. Te zaś formy świeckie, które wówczas uzyskują uznanie prawa przedmiotowego a które nie są bez morfologicznego związku z przysięgą, oparte są na innej zasadzie prawnej. Przysięga jest bowiem wezwaniem bóstwa do obrony, późniejsze zaś formy wypierające ją w w. XV, polegają na zastąpieniu czynnika sakralnego przez czynnik państwowy, na przypozwananiu organów władzy świeckiej do obrony stworzonego umową stosunku.

Dalsza forma średniowiecznego stwarzania odpowiedzialności dłużnika wyrasta na tle pojęcia ofiary. Mam tu na myśli średniowieczny *denarius Dei* ⁴⁾, składany przez jedną lub obie strony przy zawieraniu

¹⁾ Ob. np. dokument z r. 564 i jego interpretację u Hortena l. c. II. 1. str. 177 (*sponsionis interpositio*). W spisach prawa zwyczajowego, np. w *Lex Rib.* 33, 1 występuje przysięga jako środek utwierdzenia umowy zupełnie równorzędny do innych środków, podobnie w Grzegorzcu Turon. często np. *Hist. V. 3*. Już ten sam fakt tak wczesnej równorzędności prawnej przysięgi i innych środków zawierania umów, przemawia przeciw tłumaczeniu Frankena, jakoby i to był późno powstały surogat prestacji.

²⁾ O czem bliżej *Esmein Le serment prom.* str. 37, lub *Franken l. c.* str. 52 (na podstawie *Des Fontaines*) lub str. 67.

³⁾ O zwrocie w ustawodawstwie świeckiem przeciwko utwierdzaniu umów przysięgą ob. *Esmein Serment* str. 53. Ciągłemu używaniu przysięgi do utwierdzania umów jest jednak i kościół niechętny, ob. np. *Wasserschleben Irische Kanonensammlung* (1885) str. 124. Tem się tłumaczy zastępowanie przysięgi w obrocie umownym surogatami innych czynności sakralnych, nie noszących tak wyraźnej cechy religijnej. — I w starożytności objawia się w pewnej epoce niechęć używania przysięgi w obrocie umownym i tendencja do zastąpienia jej świeckimi surogatami, np. Plato podnosi potrzebę tego; ob. *Lasaulx l. c.* str. 200—202. Podobna niechęć i podobne jej skutki u Żydów ob. *Ewald l. c.* str. 23.

⁴⁾ Obacz zestawienie odnośnych tekstów francuskich u *Esmeina Études* str. 24 i *Schäffnera Geschichte der Rechtsverf.* III. str. 252; niemieckich u *Stobbeo Recht* I. 18 i II. 24 oraz u *Sohma Eheschliessung* (passim) i *Siegla Das Versprechen*

umowy na ołtarzu ¹⁾, bądź na rzecz kościoła, bądź nawet (jak w późniejszych czasach) dawany jako jałmużna biednym. Zjawia się on w źródłach dopiero w czasach stosunkowo rńwszych, bo pierwsze wiadomości o utwierdzaniu umów w ten sposób mamy dopiero z wieku dwunastego. Źródła ówczesne nadają mu znaczenie prawne, mocą którego od tej chwili umowa jest nierozwiązalna ²⁾. Geneza jego jest tłumaczona w trojaki sposób: jedni pisarze uważają go jako opłatę składaną na rzecz kościoła, aby zobowiązać za to duchownego do świadectwa o zawarciu umowy, co jest jednak zupełnie niepoparte źródłami ³⁾. Inni uważają go za część prestacyi ⁴⁾, a więc za zadatek, inni wreszcie nie za część ale za surogat prestacyi ⁵⁾; i temu przypii-

(passim). W prawie półnogerm. zjawia się denarius dei dopiero z końcem w. XIII (Amira Oblig. I. 293: denarius dei in evidentiā emptiōnis) i zostaje przyjęty prawdopodobnie z Niemiec.

¹⁾ Złożenie „denara bożego“ na ołtarzu ob. np. u Jobbé-Duvala l. c. str. 134 („nummum unum super altare S. Quentini... ut haec omnia magis rata sint“).

²⁾ Np. w przyw. Edwarda I. dla kupców niem.: quod quilibet contractus per ipsos mercatores cum quibuscunqne personis... firmus sit et stabilis, ita quod neuter mercatorum ab illo contractu possit discedere vel resilire, postquam denarius dei... datus fuerit... (Hans. Urkundenb. II. nr. 31 z r. 1303). Inne tego rodzaju postanowienia ob. u Stobbego i Siegla. Źródła późniejsze, np. Syst. Schöffēnrecht V. c. 1, stają przeważnie na stanowisku, iż aż do chwili utwierdzenia prz. z „Gottespfennig“ wolno się stronom zrzucić z umowy, ale tylko za odprzysiężeniem, a więc utrudniają jednostronną rescysyę.

³⁾ np. Franken (l. c.) str. 61—2 omawiając początek denara bożego sądzi, iż jestto środek do zapewnienia sobie świadectwa ze strony kościoła. Zwyczaj ten mieli wedle jego przypuszczenia wymyślić i rozpowszechnić biskupi połd. francuscy. Ale wszstkie teksty ujmują inaczej znaczenie tego utwierdzenia, przypisując mu nie doniosłość dowodową, lecz zdolność nadawania perfekeyi prawnej danej czynności.

⁴⁾ Za prestacyę częściową uważa go np. Wodon La forme str. 190. Ale jak wytłumaczyć w takim razie, iż nie wlicza się go weale do ceny?

⁵⁾ Jestto mniemanie, które przyjmują jako premisę swojej teoryi o rozwoju kontraktów zarówno Sohm jak i jego zwolennicy. Obacz np. Sohm Verlobung und Trauung str. 28, Esmein Études str. 24 lub Thévenin Contributions str. 70. Przeciwnko temu mniemaniu przemawiają teksty jak najwyraźniej np. „Wenn auch der Kauff vollenzogen ist, so wird derselbe mit dem Gottespfennig bestätiget“ (prawo m. Porchim w Westfalen Monum. inedita I. str. 2051) i częścię. Ale i inne momenta przemawiają przeciw temu. Niektóre źródła (ob. zestawienie u Stobbego Reurecht I. str. 24) wspominają o tem, iż obie strony powinny go składać na wspólkę na rzecz kościoła, co wskazywałoby, iż nie jest to surogat niedopełnionej z jednej strony prestacyi, ale surogat jakiejś czynności, która niegdyś musiała być obustronnie dopełnianą. Dalej denarius Dei może być także dany przez osobę trzecią (np. Coutumes d'Avignon, wydał Maulde, artykuł 121 str. 194), co również przemawia przeciw tłumaczeniu go jako surogatu prestacyi. Wreszcie należy podnieść przeciwnko Sohmowi i innym, iż bywa on dawany i w takich umowach, gdzie nie może wyobrażać przedmiotu umowy np. przy ślubie (Stobbe Reurecht I. 18 z w. XIV).

sują nadawane mu w źródłach znaczenie, iż odtąd kontrakt jest nieodwołalny. Ale oba te zapatrywania nie dadzą się utrzymać wobec faktu, iż denarius Dei bywa składany i po dokonaniu wzajemnych prestacyi, a nawet że składanie takie jest np. przy kupnie objawem normalnym. Pewne światło na jego genezę może też rzucić fakt, iż kiedy w czasach następujących rozwój prawa zdąży do wyparcia wszystkich środków niepaństwowych służących do utwierdzenia umów, to denarius Dei przeradza się na t. zw. Friedeschilling, tj. na opłatę składaną przez strony sędziemu za otoczenie stosunku umową stworzonego opieką prawa. Strony, chcące umowę utwierdzić, udają się przed sąd i tam ją zawierają, sędzia ogłasza ją zaś za nierozwiązalną i zaskarżalną, a w zamian za to otrzymuje opłatę¹⁾. Jestto jak sądzę wyraźna wskazówka, co musiało niegdyś oznaczać złożenie pewnego daru na ołtarzu przez obie strony, względnie oddanie tego daru na rzecz ubogich.

Rozważając te zaś dane dochodzę do następującego wniosku: denarius Dei jest późną odrosłą ofiary oddawanej niegdyś bóstwu jako odpłata za ochronę stosunku umownego. Prawdopodobnie mamy tu do czynienia z formą ustanawiania ochrony prawnej²⁾, którą wpływy rzymskie na razie przygłuszyły, ale która musiała wegetować wśród ludu aż do w. XII jako obyczaj ludowy, i która odżyła w tym czasie najpierw w południowej Francji, aby stamtąd rozejść się między w. XII a XVI po całej południowej i zachodniej, a nawet północnej i wschodniej Europie³⁾. Odpowiednio do zmienionych już wówczas podstaw prawa umownego, prawo ówczesne nie nadało jej tego zna-

¹⁾ Źródła nazywają to „solidus pacis”, „Friedeschilling”, „festepfennig”. (Ob. np. prawo m. Lubeki z w. XIV w Pauli Lüb. Zustände III. Urk. nr. 31). Friedepax — jest to oczywiście mir państwowy, który na każdym kroku zastępuje u ludów kultury właściwy ludom barbarzyńskim mir religijny. Porównaj także wywody w dalszym ciągu.

²⁾ Sposób ten utwierdzania można zestawić z faktem, iż według niektórych ustaw partykularnych (np. brunszwickiej) przy niektórych czynnościach prawnych, nawet i w czasach stosunkowo późnych, (wiek XVI), strony musiały składać pewien datek na celo pobożne np. przy przenoszeniu własności na nieruchomościach albo przy testamentach (ob. cyt. u Stobbe Privatrecht III. B. § 174 s. 146).

³⁾ Do dziś dnia w Kieleckiem (i w innych stronach Polski) sprzedający na wsi po odebraniu ceny kupna (a nie zamiast niej! rzuca kilka groszy „na szczęście” po za nogi bydłęcia, poczem kupujący zbiera je i daje dziadowi „aby się bydło lepiej chowało” X. Siarkowski Prawne zwyczaje ludowe, w Wiśle II. 779). Jestto zwyczaj wprowadzony u nas zapewne dopiero z kolonizacją niemiecką, podobnie jak z Zachodu przyszedł do Serbii, obacz np. Bogisić Sbornik narod. prav. str. 465, gdzie opisano podobne zwyczaje, a gdzie sama nazwa (likowo od loihkauf) każe przypuszczać początek zachodni. Jeden z pisarzy arabskich (Ibn Fodlan) opisując jednak

czenia jakie ta czynność posiadała, i jakie niegdyś miały inne formy ustanawiania ochrony (tj. nie związały jej z poddaniem osoby i majątku dłużnika wiarołomnego pod moc wierzyciela), ale przypisały jej to znaczenie prawne, które wówczas normalnie jest związane z formą używaną przy umowach (tj. nierozwiązalność i zaskarżalność umowy).

Podobne są koleje rozwoju innej formy umocnienia, wyrosłej na tle ofiary, a raczej na tle zbratania kontrahentów umocnionego uczta połączonej z ofiarami na cześć bogów. Uczta takich nie spotykamy oczywiście w spisach prawnych epoki frankońskiej, ale nie brak śladów, iż Germanowie znali je w epoce pogańskiej: źródła skandynawskie zachowały nam dokładne o tem wiadomości, a nawet po części Tacyt wspomina o ich odbywaniu w jednym z ustępów Germanii ¹⁾. Niemniej i w źródłach frankońskich znaną jest wspólna uczta jako utwierdzenie wytworzonego zapomocą pewnej czynności prawnej stosunku ²⁾. Ale odnośne wzmianki źródeł są skąpe, romanizacya bowiem prawa

stosunki handlowe z Rusią, wspomina o zwyczaju zabijania ofiary po dokonaniem kupnie i o rozdawaniu mięsa biednym, co by znowu pozwalało sądzić, iż podobny zwyczaj był u Słowian rodzimym. Podobną ofiarę połączonej z rozdaniem mięsa biednym po zawartej umowie spotykamy do dziś w Afryce (Paulitschke l. c. *Materielle Cultur* str. 259).

¹⁾ Germ. c. XXII, gdzie jest mowa o ucztach, podczas których załatwia się u Germanów czynności prawne: *De reconciliandis in vicem inimicis et iungendis affinitatibus et asciscendis principibus, de pace denique ac bello plerumque in conviviis consultant*. Znaczenie tego ustępu, podobnie jak wielu innych ustępów Tacyty, występuje dopiero, jeśli go zestawimy z obyczajami średniowiecznymi a zwłaszcza skandynawskimi, czyli jak w tym razie z uroczystemi, sakralnym podkładem mającemi uczciami gild, parafii etc. Przy takich ucztach dokonywa się różnych czynności prawnych a za każdą zlewa się puhar na cześć bóstw (Bragi's Becher). Obacz o tych ucztach np. Grimm *Poesie im Rechte w Zeit. für gesch. R. W. II. 1816 str. 78*, lub Weinhold *Altnordisches Leben 1856 str. 457*. W Anglii średniowiecznej spotykamy się ze zwyczajem umacniania czynności przez wypicie wina u stóp ołtarza: *„Cornu quo bibere consuevit vino replevit et coram altari Deo et beato Petro omnes terras et redditus flexis genibus propinavit“*. (Przykłady obacz u Du Cange'a sub voce *Cornu* lub *Champeaux Essai sur la vestitura 1899 str. 198*), co również da się wytlumaczyć jako surrogat dawnej pogańskiej libacyi. Dodać należy, iż Grimm w rozprawie *„Über Schenken und Geben“* (Kleine Schr. II. 173—210) wywodzi, iż słowa aryjskie oznaczające pojęcie dać, darować (np. *schenken, προσκίβειν*) zostają w kilku językach w bardzo bliskim pokrewieństwie z pojęciami: wylewać ofiarę, przypijać, spełniać puhar. Prowadzi go to do wniosku, że w czasach prastarych przeniesieniu własności towarzyszyła zazwyczaj libacya obu stron. Ten dowód filologiczny schodzi się z wynikami niniejszej pracy.

²⁾ Znane są np. prawa frankońskie uczty dla umocnienia przeniesienia własności. Opisaną jest taka uczta w *Lex Sal. XLVI. „in casa illius qui fortuna donavit, ... mansisset et hospites ... collegisset et in beodum pultis manducassent...“* Spotykamy także uczty dla umocnienia przyjaźni w Grzegorzcu Turon. *passim* np. *ks.*

jest na razie zbyt silna; potrzeba dopiero długiego czasu, aby zarodki pojęć czysto germańskich otrząsły się z pod pokostu rzymskiego i rozwinęły się bujniej i samodzielniej.

To też dopiero od w. X zaczyna się rozpowszechniać w społeczeństwie szerzej zwyczaj utrwalania czynności prawnych, a zwłaszcza umów, zapomocą uczt: w spisach prawa zwyczajowego spotykamy wielokrotnie obszerne przepisy, regulujące sposób ich odbywania i określające ich znaczenie prawne ¹⁾. Z pomiędzy nich podnieść należy występujący poraz pierwszy we Francyi IX—X wieku zwyczaj odbywania uczt dla utwierdzenia zawartej przez strony umowy, czyli odbywania t. zw. litkupu ²⁾ (*mercipotus, biberagium*). Z Francyi rozchodzi się on niebawem po całą zachodnią a nawet północną i wschodnią Europie ³⁾. i staje się jedną z najczęściej używanych form

VII 33 albo V. 18 (*manducantes simul et bibentes, dignissime se muneribus honorantes*). Podobnie Adam Brem. III. 17: *sicut mos est inter barbaros ad confirmandum pactum federis opulentum convivium habetur vicissim per octo dies*. Podobne uczyt umacniające spotyka się często w źródłach skandynawskich, np. znana prawu norweskiemu ucztą po wyzwoleniu, aby wykluczyć odwołalność ze strony pana, jest zapewne formą prastarą (*Amira Oblig. II. 676*). W prawie późniejszym (*Gulath. § 61*) podobny skutek prawny (wykluczenie odwołalności) osiąga się zapomocą wyzwolenia za pośrednictwem monarchy, w czem uwidocznia się znowu przeciwieństwo między ochroną prawną na tle miru religijnego a państwowego.

¹⁾ Uczty jako umocnienie czynności prawnych (przyjęcie do gminy, wykupienie się winnego skazanego w sądzie napowrót w opiekę prawa, zagajenie sądu, dopełnienie pewnej czynności sądowej, nabycie własności etc. etc. etc.) są znane w szerokim zakresie prawa epoki feudalnej. Obfite dane do tego podaje zwłaszcza rozprawka Maurera *Über das gerichtliche Weinen und Beweinen in Gelehrte Anzeigen Akademie bawarskiej 1846 nr. 150, 153, 154*. Dalej Zoepfl *Alterthümer I. 159—161*. Gierke *Humor str. 71*, tenże *Rechtsgesch. der Genossenschaft (passim)* i Grimm R. A. (*passim*). Uczty te mają wszędzie na celu otoczenie danego stosunku wytworzonego przez czynność stron opieką prawa, mierną niedopuszczającą naruszenia. Źródła anglosaskie oznaczają to może najwyraźniej (*„pax quae dabitur im Bierhause“, „de pace danda in potatione“*; ob. Schmidt *Gesetze der Angelsachsen str. 213, 478 i d.*). Porównać z tem należy libację grecką przy ogłaszaniu miru religijnego w Grecyi, ob. np. Leist *Gr. ital. Rechts G. str. 466*. — Cały szereg podobnych zwyczajów francuskich zestawia i omawia Esmein *Le vin d'appointement w Nouv. Revue hist. XI (1887) str. 61 i d.*

²⁾ Nazwa litkup pochodzi od lit = *obstwein*. Wackernagel w *Kl. Schriften I. (1872) str. 86—106* rozbiegając historię tego wyrazu twierdzi, iż wyraz „lit“ ginie z końcem wieku XII w języku niemieckim, z czego wniosek, iż wyraz „litkup“ (i pojęcie litkupu) musiały się wytworzyć i rozpowszechnić przedtem. Obok litkupu spotykamy również często nazwę *Weinkauf*.

³⁾ Najdawniejsze wzmianki o litkupie podają kartularze francuskie z IX i X wieku np. *Cartulaire de Redon nr. 192 z r. 840, nr. 53 z r. 846, nr. 37 z r. 860 etc., Cart. Yonne tom I. str. 153 (z r. 992) itd.* W w. XI i XII wzmianki o litkupie

umocnienia umów. Oczywiście moment sakralny, który niegdyś stanowił podstawę znaczenia litkupu zanika prawie do szczętu¹⁾. Źródła XIII i XIV wieku nadają litkupowi podobny cel prawny, jaki widzieliśmy przy „denarius Dei”, tj. ugruntowanie nieodwołalności

w dokumentach francuskich są rzeczą częstą. W Niemczech pierwsze wiadomości pochodzą z wieku XII, np. Beyer Niederrh. Urkundb. I. nr. 609 (r. 1158) a zwłaszcza liczne przykłady w świeżo ogłoszonych przez Hoenigera Köllner Schreinsurkunden (1881—1893) z początku w. XII. W wieku XIII litkup rozpowszechnia się już po całych Niemczech, przechodzi do krajów skolonizowanych i do Polski (najdawniejsza znana mi wzmianka jest w Kodeksie małopolskim III. 359 z r. 1385 i dotyczy umowy przed sądem niem. miechowskim zawartej). Równocześnie rozpowszechnia się litkup na południu Europy (z Włoch?); najdawniejsza tego rodzaju wzmianka w dokumencie kroackim z r. 1090 u Račkigo Documenta historiae croaticae (1877) str. 153. W statucie winodolskim znany jest litkup (likuf. napojnica, np. w art. XLV) jako niezbędna formalność dla ważności niektórych umów.

U nas i na Rusi utrzymał się obyczaj litkupu dotychczas między ludem. Dokument małopolski z r. 1385 (Kod. mał. III. 359), owa pierwsza znana mi w Polsce wzmianka o litkupie, zawiera wiadomość o błogosławieniu litkupu przez uczestników poczęstunku (qui benedicebant mercipotum). W Niemczech tylko w jednym miejscu (cytowanym u Grimma R. A.⁴ I. str. 264) spotkałem wzmiankę o błogosławieniu wina pitego jako litkup przez kapłana. Wobec tego wątpię, aby przez owo „benedictio mercipotus” można rozumieć co innego, jak spotykane u chłopów do dziś dnia składanie życzeń nowonabywcy, aby mu się nadal powodziło, aby mu się bydlę chowało etc. (por. niżej cytst u Kaindla).

Rzeczą trudną do wytłomaczenia jest zanotowana w kilku polskich dokumentach XIII i XIV w. wzmianka o picciu wody przez pozbywającego ziemię na znak pozbycia (np. Urkundens. Oels nr. 18 z r. 1208, Kod. małop. II. str. 33 z r. 1224, Ulanowski Dok. kuj. i maz. str. 344 z r. 1386). Dokument śląski jest dowodem iż wodę (aqua abrenuntiationis) można było (jako objaw szczególnej łaski księcia) zastąpić wypiciem miodu. Picie wody przy pozbyciu w połączeniu z przysięgą, lub dokonywanie libacyi z wody znane są różnym prawom (np. indyjskiemu), ale tu trudno coś podobnego przyjąć, niema do tego żadnych danych. Wypicie miodu (contra se in testimonium) w dok. z r. 1208 możnaby zestawieć ze spotykanym, zwłaszcza w Anglii zwyczajem „cornu tradere” o czem wyżej. W dokumentach ani czeskich, ani innych słowiańskich wzmianki o aqua abrenuntiationis nie udało mi się spotkać.

¹⁾ Na związek litkupu z uctami sakralnymi (libacya na cześć bogów) wskazuje mianowicie zwyczaj, iż dotychczas gdzieś przy litkupie zlewa się resztkę napoju w szklance lub kieliszku pozostałego na ziemię. Tak jest np. jeszcze i dzisiaj we Francyi, ob. Béranger Feraud Superstitions et survivances tom I str. 501. Podobnie w naszym obyczaju ludowym, np. Wuttke Volksaberglaube² str. 407 (na podstawie Töppena), a także i w ruskim obyczaju chłopskim np. Kaindl Die volksth. Rechtsanschauungen der Rutenen (w Globus Bd. 66, str. 275): „Dabei (przy mohoryczu) pflegt man das erste Gläschen Branntwein in die Luft zu schleudern, und wenn der Verkaufsgegenstand etwa ein Pferd war, sagt der Verkäufer: Möge das Pferd mit dir so fliegen, wie dieser Branntwein durch die Luft”. Picie wspólne kontrahentów przy zawieraniu umowy zbratania zachowało więcej cech sakralnych. Mam tu mianowicie na myśli rozpowszechnione w całym świecie zachodnio-europejskim picie „Jo-

i zaskarżalności umowy ¹⁾. Zaskarżalność umowy jest zaś tą późniejszą, nie znaną prawu barbarzyńskiemu postacią odpowiedzialności dłużnika, która zastępuje poddanie się pod moc wierzyciela na wypadek złamania wiary. Jest więc usprawiedliwionem przypuszczenie, że niegdyś z litkupem związane były skutki tego właśnie rodzaju; oczywiście to określenie „niegdyś“ odnosi się do czasów przed romanizacją prywatnego prawa narodów germańskich, jaka ma miejsce wskutek zetknięcia się z kulturą rzymską, to znaczy do epoki zamkniętej wędrówką ludów. Inne wywody nowszych autorów, dotyczące genezy litkupu uważam za najzupełniej błędne. Po części niema powodu ich zbijać, jako zupełnie naiwne ²⁾. Co się zaś tyczy hipotezy Sohma ³⁾, iż litkup jest przepiciem zadatku (surogatu prestacyi), to najprzód jest ona znowu sprzeczna z faktem, iż strony piją zazwyczaj litkup po wymianie prestacyi, po „realnem“, używając jego terminologii, spełnieniu umowy. Również i inne względy przemawiają przeciwko wyprowadzaniu litkupu z zadatku w myśl wywodów panującej dziś doktryny ⁴⁾. Nawet pomimo tego, iż litkup przybiera często formę drobnego daru w pieniądzech, dawanego przez jedną ze stron drugiemu

hannis minne“ (obacz o tem szerzej Weinhold Frauen II. 382—4). Co do Słowian zebrał odnośne szczegóły Zibrť Listy z českich dejin kulturnich. 1891 oraz Ciszewski Künstl. Verwand. str. 43—53 i d. (który to uważa za „pozostałość heteryzmu“).

¹⁾ Przepisy praw średniowiecznych czyniące zależnemi od dopełnienia litkupu nierozwiązalność i zaskarżalność umowy ob. zestawione np. u Stobbeo Reurecht I. str. 23 i d., II 5—10.

²⁾ Np. tłumaczenia antykwaryusza XVII i XVIII wieku, z upodobaniem pisujących dysertacje „de jure vinicipii“ (Dorsner 1741), „de nummis bibalibus“ (Widť 1677), „de jure mercipotus“ (Ulrich Phil. Frid. 1769) etc. Z tych trzech znanych mi rozpraw najlepszą jest ostatnia, nagromadzająca mnóstwo materiału faktycznego na dwudziestu kilku stronach druku. Ciekawe wiadomości o litkupie w Niemczech XVIII w. podaje dziwaczna rozprawa Fabiana Groschufa: Abhandlung von den Fingern (Leipzig 1756) na str. 207 i d.

³⁾ Sohm Eheschl. str. 31—2. Podobnie sądzą Franken, Brunner i inni. Również Heusler II. 255 uważa litkup za przepicie zadatku i za obyczaj wytworzony dopiero późno, przeciw czemu przemawiają fakta zgromadzone przezemnie w poprzednich uwagach a wykazujące, iż utwierdzenie czynności picciem i jedzeniem kontrahentów można uważać za rzecz prastarą. Nieco bliższe prawdy jest tłumaczenie Philippsa w Vermischte Schriften, tom I. w rozprawce poświęconej litkupowi (str. 151—162), który zestawia picie wina przy litkupie z picciem krwi przez strony przy zbrataniu (wpadając zresztą w dość naciągane a mylne przypuszczenia, dla czego zbratanie stron kontraktujących było niegdyś potrzebne).

⁴⁾ Tak np. litkupu do ceny się nie wlicza, co stwierdzają niejednokrotnie źródła, np. Loisel Institutions coutum. III. 4, XIX.

kontrahentowi ¹⁾. Tak się przedstawia geneza tej formy utwierdzenia, która upada dopiero z recepcją prawa rzymskiego ²⁾, ale tylko jako forma prawna a nie obyczajowa. Nie można jednak zaprzeczyć, rozwiniemy to w dalszym ciągu, iż w epoce największego swego rozkwitu litkup miewa jeszcze inne znaczenie obok powyżej podanego. Jest on bowiem wspólną ucztą kontrahentów, ale zarazem i świadków (litkupnicy polskich źródeł, litkaufsleute). Udział świadków w litkupie staje się w późniejszym rozwoju prawa momentem pierwszej wagi, a jego znaczenie wysuwa się na plan pierwszy. Jestto moment, który zwłaszcza źródła XIV i dalszych wieków mają na uwadze mówiąc o litkupie i z nim wiążąc znaczenie perfekcyi umowy.

Wszystkie dotychczas omówione, a w życiu średniowiecznym spotykane formy ustanawiania odpowiedzialności, utrzymują się, pomimo że ich właściwe znaczenie popada szybko w zapomnienie, a strony posługujące się nimi nie umieją już sobie wytłomaczyć, dlaczego prawo lub zwyczaj wymaga do zaskarżalności umowy lub do osiągnięcia władzy nad dłużnikiem takiego a nie innego gestu, takiej a nie innej czynności. Obok nich zjawiają się jednak i upowszechniają jeszcze szerzej inne formy, daleko widoczniej związane z treścią i celem, dla którego pewne działanie przedsięwzięto i dlatego dużo żywiej do wyobraźni, do uczucia, do intelektu stron działających przemawiające. Są to mianowicie te formy, przy których moment sakralny

¹⁾ Jestto bowiem oczywiście forma pochodna. Używanie takiego „litkupu suchego“ (napiwek, trinkgeld) ma miejsce zwłaszcza przy umowach, przy których kontrahenci nie uchodzą za sobie równych. Polega on na tem, iż strona możniejsza wręcza drugiej pieniądze, a ta przepija go sama. W tem znaczeniu wspomina o litkupie poraz pierwszy, o ile mi przynajmniej wiadomo, prawo miasta Passawy z r. 1225 (Gengler Stadtrechte des M. A. str. 34f): *Quicumque rem aliquam emerit et in ipsa arram que leichauf dicitur, tradiderit venditori, nec emptor postmodum nec venditor hujus emptionis potest revocare contractum*. Dar jest tutaj (jak przy naszym dzisiejszym „napiwku“) surogatem trunku. Powstanie „trinkgeldu“ usiłował wytłomaczyć w zwykły sobie racjonalistyczny sposób Ihering w *Zweck im Recht*, a zwłaszcza w znanej swej rozprawce w której zwalczał ten zwyczaj. Nie uważam za potrzebne polemizować z jego poglądem, bo sam Ihering nie dał mu indukcyjnego podkładu.

²⁾ Zwyczaj litkupu znoszą dopiero ustawy XVI wieku, np. *Stadtordnung des Grafen Georg II von Vertheim* (Schröder Oberrh. Stadtrechte I. str. 42 z r. 1509): *Es ist von alter Gewonheit breuchlich herkomen, das man heiraten, auch andere freuntliche thaidung und rachtungen, darzu kauff, wechsel, und schier alle handlungen bei dem wein und mit wein trincken, als mit einer gewissen Urkhunt, bestettigt daraus dann volgt, das leichtfortige personen, so zu der faulheit geneigt, wan sie ire narung verdrincken, ander leut zu berauben weg suchen... Dieveil nun drunckenheit ein Anfang aller laster, so wollen wir, dass hinfuro solicher missbrauch abgestellt und vermitten werde....*

już zanikł bez żadnego śladu, ale w których przebija się za to całkiem wyraziście myśl, iż forma wyraża poddanie się dłużnika pod moc wierzyciela. Dobrowolne nadanie wierzycielowi prawa ścigania, więzienia, kaleczenia, zaboru majątku, względem własnej osoby na wypadek wiarołomstwa, jest w epoce barbarzyńskiej treścią ustanowienia odpowiedzialności, to też te formy jej ustanowienia, które to właśnie symbolizują i wyrażają, nie dziw, iż rozpowszechniają się najszerszej. Po kolei należy obecnie te właśnie formy zestawić, ich właściwą treść objaśnić, i skutki prawne z niemi w tej epoce związane wskazać. Formy te dadzą się zaś sprowadzić do dwóch analogicznych postaci. Albo w chwili zawierania umowy dokonany zostaje warunkowo symboliczny akt objęcia władzy nad dłużnikiem, na podstawie którego to aktu wolno później w razie potrzeby wierzycielowi ścigać i więzić i grabić majątek dłużnika; albo też dłużnik poddaje się wierzycielowi zapomocą wręczenia mu pewnego przedmiotu, uchodzącego za jego symbol i reprezentację (wręczenie znaku osobistego), co zostaje w związku z przedstawionem obszerniej powyżej (str. 258) pojmowaniem indywidualności u ludów na niższych stopniach cywilizacji.

Zacznijmy od pierwszej formy ustanawiania odpowiedzialności, o ile się ona przechowała jeszcze w prawach średniowiecznych.

Najprostszym, najrealistyczniejszym symbolem ustanowienia niewoli jest u wszystkich ludów związanie niewolnika przez jego pana. Symbol ten zużytkowany został przez wiele ludów barbarzyńskich: zobowiązanie zostaje rzeczywiście uzmysłowione przez obwiązanie, przez *obligatio* strony będącej dłużnikiem ¹⁾. Często łączy się ten obrzęd z pewnymi czynnościami natury sakralnej, ofiarą, przysięgą, gdzie indziej jednak odszczepia się od tych ostatnich i utrzymuje się samoistnie w życiu prawnym. Czy tego rodzaju obrzęd istniał i u ludów aryjskich w epoce, kiedy tworzyła się ich terminologia dla oddania pewnych pojęć abstrakcyjnych (jakim jest pojęcie zobowiązania), rozstrzygać trudno ²⁾, nie

¹⁾ np. u niektórych ludów australskich i malajskich. Często spotykamy ten zwyczaj przy ślubie: dziewczynie na znak poddania pod władzę męża wiąże się sznur, rzemień, bransoletę dookoła ręki, np. w Bombaju (Kohler w Zeit. f. vgl. R. W. X. 107). U ludów średniowiecznych spotykamy się ze zwyczajem, iż dłużnik musi nosić łańcuch lub rzemień na ręce lub nodze, dopokąd nie zapłaci, co symbolizuje jego niewolę. Obacz np. przykłady u Wolfa Ein Beitrag zur Rechtsymbolik aus spanischen Quellen 1865 str. 38 - 40.

²⁾ Ihering Vorgeschichte der Indoeuropäer (1894) str. 78—86 tłumaczy inaczej nazwę *obligatio* sądząc, iż odnosi się ona do wiązania niewypłatnego dłużnika „am Schuldpfahl” (sposób presyi, analogia do *in partes secanto*, którą konstruuje dla czasów aryjskich). Rozstrzygnąć, które przypuszczenie trafniejsze, trudno; danych pozytywnych niema. Wskazać tylko należy, iż najważniejszy argument Iheringa co do istnie-

mamy na to dostatecznych danych w obyczaju żadnego z ludów należących do tej rasy, wykluczonem to jednak nie jest zwłaszcza co do Rzymian („*Verbindlichkeit*“ i „zobowiązanie“ będą zapewne terminami zapożyczonymi od Rzymian drogą dosłownego tłumaczenia). Ważniejszą jednakowoż w prawie umownem rolę, aniżeli ten i inne sposoby symbolicznego ustanawiania ewentualnej niewoli dłużnika, posiada ogromnie znany, prawdopodobnie przez ludy semickie wykształcony i rozwinięty, a przez aryjską cywilizację ze Wschodu przyjęty symbol złożenia swojej prawej ręki w dłoń wierzyciela.

Symbol ten bywa używany w dwojaki sposób: albo przy kontraktach dwustronnych jako znak dwustronnego zobowiązania się przez wzajemne połączenie prawych rąk, albo przy umowach jednostronnych, jako znak poddania przez oddanie swej ręki drugiemu ¹⁾.

Ręka jest prawie u wszystkich ludów oznaką władzy, własności, panowania, jako siedziba siły i narzędzie zdobywania sobie władzy ²⁾. Jest to myśl tak prosta i naturalna, że zaliczyć ją można do zasobu pojęć właściwych wszystkim ludom świata. Poraz pierwszy w pośród tak odległej od nas cywilizacji Wschodu, na kilka tysięcy lat przed naszą erą, spotykamy to pojęcie zużytkowane dla celów prawnych, oddanie ręki drugiemu w sposób uroczysty, manifestacyjny jest oznaką nadania mu nad sobą władzy ³⁾, podobnie jak położenie swej prawicy

nia „słupa dłużniczego“ odpada, skoro Hitzig w *Sav. Zeit.* (Röm. Abth.) XVIII. str. 177 wykazał świeżo, iż ów tekst Solona, na który się Ihering powołuje (str. 79), odnosi się do *ἔφοι* attyckich.

¹⁾ Źródła dawniejsze niejednokrotnie stwierdzają, iż „palmata“ nie jest zwykłym podaniem ręki, ale złożeniem swojej ręki w dłoń drugiego: *dedit manum in manum alterius* (np. *Cart. de Vendome* I. 306).

²⁾ Szerzej o tem zwłaszcza Sittl *Die Gebärden* (1890) oraz Grimm R. A. (*passim*).

³⁾ Oddanie swej ręki drugiemu zjawia się mianowicie poraz pierwszy w Babilonie jako symbol poddania się, hołdownictwa. Obacz opis Maspera w *Journal des savants* 1898 str. 612 (na podstawie najnowszych odkryć): „*La coutume et la loi voulaient que le souverain de Babylon ne fût vraiment roi qu'après avoir reçu l'investiture solennelle du dieu national Bel-Mardouk: il se rendait au temple pendant les fêtes du jour de l'an et là il saisissait la main de Bel, c'est-à-dire qu'il prenait entre ses mains la main, que l'image du dieu lui tendait et qu'il recitait sur elle quelque antique formule d'hommage. Il fallait que le roi eût saisi les mains de Bel pour être considéré comme légitime par ses sujets*“. W późniejszym rozwoju narodów semickich utwierdzenie umów przez podanie ręki gra ogromną rolę. O używaniu podania ręki jako symbolu poddania się a zarazem jako środka umocnienia umowy u Żydów, ob. Riehm *Bibl. Handwörterbuch* ² I t. (voce *Hand*) gdzie zestawiono odnośne teksty. U Arabów średniowiecznych hołd składano również jak na Zachodzie przez podanie ręki, o czem bliżej Goldziher *Über Geberden und Zeichensprache bei*

na pewnej rzeczy lub osobie jest objęciem tego przedmiotu na własność, otoczeniem swoją władzą, swoją osoby opieką¹⁾. Co do ludów aryjskich, to spotykamy u każdego z nich od najdawniejszych czasów podanie ręki w powyższem znaczeniu. Być może, że zapożyczyły one tę symbolistykę od ludów Wschodu, podobnie jak tyle innych symbolów i pojęć prawnych. chociaż oczywiście nie jest rzeczą wykluczoną, że i samodzielnie do podobnej konstrukcyi mogły dojść. W każdym razie w najdawniejszych epokach rozwoju prawa Persów. Indów, Greków, Rzymian, Celtów, Germanów i Słowian²⁾, mamy już związane z podaniem rąk (względnie ręki) zupełnie identyczne wszędzie przeświadczenie, iż w ten sposób symbolizuje się istniejący między dwiema stronami węzeł zależności. Symbolizuje się, ale nie stwarza. Podanie ręki jest bowiem obojętnym tylko dla prawa gestem i nie ma pierwotnie znaczenia konstytutywnego, podobnie jak go na przykład nie ma samo wypowiedzenie odpowiedniej formułki lub inne oświadczenie woli. Znaczenie jego polega tylko na tem, iż równocześnie z uczynieniem tego rodzaju gestu jednostki dokonywają utwierdzenia swoich oświadczeń woli zapomocą odwołania się do bóstwa. Towarzyszy więc takiemu gestowi przysięga lub klątwa, i ona to nadaje mu skuteczność prawną, podobnie jak nie samo złamanie słomy lub festuki, albo nie samo spożycie wspólne jadła, ale sakralny podkład tych czynności decyduje o ich prawnem znaczeniu. Tego rodzaju stan rzeczy spoty-

den Arabern w *Zeit. für Völkerpsychologie* XVI. str. 380—1. Podanie ręki utwierdzało u nich wszelkie umowy. Oznaczało ono, jak stwierdza ten znakomity znawca kultury staroarabskiej: „Versprechen in bindender, unwiderrufflicher Weise“.

¹⁾ Jak to ma miejsce np. przy anefangu germańskim, przy obrzędach adopcyjnych (ob. np. Ciszewski *Künstl. Verwand.* str. 107) etc.

²⁾ Dość wskazać fakt, iż u wszystkich tych ludów uroczyść ładu od najdawniejszych czasów mieści w sobie obrzęd tego rodzaju. Schwycenie ręki dzieciny przez męża przy ładzie ma zaś właśnie na celu nabycie władzy nad nią, o czem ob. *Leist Jus gentium* s. 150, oraz *Jus civile* I. 159. Wywody *Leist* (l. c. I. str. 57 i 447 i d.) jakoby podanie ręki przy umowach było zastępstwem dawania zastawu „zur Bindung der fides“, i że na tem polega jego geneza, uważam oczywiście za mylne. O umacnianiu umów przez podanie ręki u wszystkich ludów starożytności obacz oprócz cytatów w dalszym ciągu *Reyscher Beiträge zur Kunde des deutsh. Rechtes* (1833) str. 44, *Leist Jus civile* I. (passim, np. str. 57), oraz tenże w *Gr. ital. Rg.* str. 475—7. Osobliwy, a prawdopodobnie bardzo dawny (ewolucyjnie) sposób umacniania umów (przymierzy) przez kombinacyę splecenia rąk i zbratanie się przez picie krwi, opisują *Valer. Max.* 9, 11 oraz *Tacyt Annales* XII. 47, mówiąc o królach Armenii: *Mos est regibus quotiens in societatem coëtant implicare dextras pollicesque inter se vincire nodoque praestringere. Mox ubi sanguis artus extremos suffuderit, levi ictu cruorem eliciunt atque in vicem lambunt. Id foedus arcanum habetur, quasi mutuo cruore sacratum.*

kamy jeszcze w początkach kultury prawnej wielu narodów aryjskich, np. kultury greckiej, rzymskiej i celtyckiej, gdzie podanie rąk przy umowach ma bardzo wybitny charakter religijny przez bardzo długie czasy ¹⁾ i gdzie dopiero późno zaczyna występować jako czynność zupełnie świecka, która mimoto przez długą praktykę tak głęboko jest zakorzeniona w społeczeństwie i tak ściśle łączyła się zawsze z pewnymi skutkami prawnymi, iż prawo obiektywne zachowuje i nadal jej znaczenie prawne ²⁾.

Podobnie i u narodów zachodnio-europejskich (średniowiecznych), w początku ich rozwoju, musiał być moment sakralny bardzo wyraźnie złączony z utwierdzaniem umowy przez podawanie ręki. Każdemu takiemu podaniu towarzyszyła prawdopodobnie przysięga ³⁾, a wobec

¹⁾ W Grecyi podaniu ręki przy utwierdzaniu umów towarzyszyło wezwanie bóstw, ob. np. opis cytowany przez Sittla *Die Gebärden* s. 135 z *Stat. Theb.* 3, 699. Podanie ręki (χρῆσαι τὰν ἡέρα) miało też przez to tożsamo znaczenie prawne co ὄρκος, jak dowodzi Anthes *De empt. vend. quaest. epigraphicae* (1885) str. 33. Według znanej opowieści Liviusza o reformach Numpy Pompiliusza, Numa miał uczynić rękę „ołtarzem wiary“ (ara fidei), tj. nadać jej znaczenie religijne, a to co z podaniem ręki przyobiecano, miało uchodzić za zaprzysiężone (szerzej o tej reformie Numpy Danz *Schutz* str. 135 i 139). Podanie ręki uchodziło więc i w Rzymie w epoce dawniejszej za utwierdzenie quasi sakralne. — U Ossetów do dziś dnia podanie ręki nosi charakter umocnienia sakralnego: „... La poignée de main est connue en Ossétie sous le nom de *khoutsaiouikoch*, ce qui signifie „la main de Dieu“. En tendant la main le contractant dit: Je te donne ma main de Dieu. La poignée de main donnée, la transaction est regardée comme obligatoire“ (Kowalewski l. c. str. 114). Podobny pogląd a nawet i nazwa podobna, spotyka się dla podania ręki w prawie celtyckiem. Prawo walijskie (*Anc laws*, zwyczajnie *wenodockie* II. 8, 5) wyraźnie to stwierdza. Znaczenie podania ręki w prawie perskiem (*Vendidat* IV. 24) omawia szerzej *Spiegel* w *Zeit. der d. morg. Ges.* XXIX str. 566 i d. Ma ono i tam znaczenie religijne, na równi z powołaniem się na bóstwo. Podobnie w prawie indyjskiem (*Manu*).

²⁾ Zupełnie mylnym jest też pogląd pisarzy uważających podanie ręki (pal-mata, Handschlag) za wytwór późnego prawa, np. Esmein *Études* str. 99. Owszem, jest to prastary sposób utwierdzenia umowy, jeśli prastarem nazwiemy zjawiska wykształcone w epokach przedhistorycznych każdego z ludów aryjskich.

³⁾ W źródłach skandynawskich podanie ręki jest to zawsze akcesoryum uroczystej formułki słownej (*Amira Oblig.* II. 308). Podobnie na Zachodzie Europy, gdzie towarzyszy mu uroczyste zapewnienie wiary, o czem szerzej *Siegel Handschlag und Eid*, str. 13—15. To zapewnienie wiary miało zapewne niegdyś charakter przysięgi. Związanie podania ręki z równoczesnem wypowiedzeniem przysięgi (sacramentum fidelitatis) przyjmuje np. Brunner jeszcze dla kommandacji frankońskiej (*Rg.* II. str. 272: *Auf die Handreichung folgte das eidliche Treuversprechen*) na podstawie kapit. *theod.* z r. 805 c. 9. Ale i inne liczne teksty zdają się na to wskazywać (np. *Löning Vertragsbruch* str. 25). Przysięga odpada potem i pozostaje samo podanie ręki, które bywa uważane jako osłabiona przysięga. Tak pojmuje je przeważna część źródeł średniowiecznych, o czem obacz bliżej Esmein *Études* str. 102—3 lub *Siegel* l. c. (*passim*).

tego miało ono podwójną doniosłość. Było najprzód warunkowem poddaniem się dłużnika pod moc wierzyciela (na przypadek wiarołomstwa), a powtórnie niedotrzymanie tak dokonanego poddania (tj. niezuznanie władzy wierzyciela nad sobą w razie niedotrzymania zobowiązania) sprowadzało na przestępcę w myśl uwag poprzednio rozwiniętych wyjęcie z pod prawa. W epoce frankońskiej już tak nie jest. Zmiana następuje co do formy i co do skutków podania ręki przy zawieraniu umowy. Wobec coraz to silniej występującej dążności do sekularyzacji form umownych, moment sakralny powoli odpada, a samo podanie ręki zostaje przez zwyczaj prawny uznane za wystarczający sposób zobowiązania się. Znaczy to, że sprowadza ona na dłużnika wiarołomnego przymus poddania się pod moc wierzyciela, który ma prawo pretensyę wymusić w sposób zgodny z zasadami ówczesnego prawa, (egzekucya na majątku i osobie). Tego rodzaju stan rzeczy spotykamy u wszystkich narodów zachodnio-europejskich wieków średnich w epoce, następującej bezpośrednio po ich bliższem zetknięciu się z Rzymianami i po przejęciu przez nich wielu przewodnich zasad prawa rzymskiego, wskutek czego ich prawo schodzi w znacznej części z gruntu, na którym się opierało, a w pierwszej linii ulega bardzo silnemu wpływowi idei państwowej, zamiast przeważającej dotychczas idei miru religijnego.

Ze podanie ręki sprowadza w epoce frankońskiej w razie wiarołomstwa takie same skutki na dłużnika, jak każdy inny, uznany przez prawo ówczesne, sposób ustanowienia odpowiedzialności, na to zgadza się cała literatura historyczno-prawna. Dla praw skandynawskich, które stoją na tem stanowisku znacznie dłużej niż prawo frankońskie, udowodnił to Amira ¹⁾; dla prawa epoki frankońskiej przyjmują to mniej więcej wszyscy nowsi autorowie, w szczególności można pod tym względem powołać się na rezultaty Amiry, Siegla, Puntscharta i Hortena. Przybicie (Handsclag) uważają oni, a pod tym względem nie różnią się nawet z Sohmem, za równoznaczne z innymi sposobami dopełnienia *fides facta* ²⁾.

Z wiekiem XII znaczenie prawne tego środka umocnienia zmienia się odpowiednio do wprowadzonej w tym czasie do prawa umownego zasady interwencji państwowej w miejsce samopomocy wierzyciela. Podanie ręki ma w źródłach tego okresu znaczenie, iż umowa jest nierozwiązalna i zaskarżalna ³⁾, podobnie jak złożenie „denara bo-

¹⁾ Nordgerm. Obligationenr. I i II (passim, np. I. 313).

²⁾ np. Sohm Eheschl. str. 48: „der Handsclag, welcher das Versprechen.... zum Treugelöbniß (fides data) macht“.

³⁾ O ile nie zostaje to ograniczone prawem rescyssi (ob. niżej).

żęgo“, wypicie litkupu lub inne tego rodzaju sposoby utwierdzenia umowy, do których należy jeszcze przejść w dalszym ciągu. Dopiero z w. XVI, znowu pod wpływem prawa rzymskiego, rozpoczyna się reakcja w ustawodawstwach europejskich przeciwko używaniu zarówno tej jak i innych form utwierdzenia umów w ówczesnym obrocie: powstaje pojęcie samo przez się istniejącej opieki ze strony prawa dla każdego umownego zobowiązania się, dla każdego odnośnego oświadczenia woli (kontrakt konsensualny), a „przybicie“ spada do rzędu objawów szczątkowych, przechowanych jedynie w obyczaju ludowym i nie mających waloru prawnego¹⁾. I pod tym względem nauka dotychczasowa (od pojawienia się prac Sohma, Frankena, Esmeina etc. poświęcających mnóstwo trudu wyjaśnieniu roli, jaką odgrywa w źródłach tego czasu „Handschlag“ i „palmata“), doszła do zgodnych rezultatów, którym niema powodu odmawiać słuszności. Natomiast podnieść należy, iż błędem jest określenie genezy podania ręki w pracach poświęconych historii prawa umownego a stojących na gruncie teorii panującej. Zwłaszcza Franken i Esmein zupełnie błędnie tłumaczyli genezę tego znaczenia, jakie podanie ręki w prawie średniowiecznym posiada, uważając je za surogat względnie symbol zapłaty, prestacyi i stąd wywodząc jego znaczenie prawne: zamiast wręczać przedmiot prestacyi kładzie kontrahent swoją dłoń w dłoń drugiego²⁾ (ob. np. Esmein Études str. 26). Pod tym względem rzucił dopiero Amira słu-

¹⁾ Ustawa wormacka z r. 1521 (Siegel Handschlag und Eid, str. 93) stwierdza, iż jeszcze w w. XVI wszystkie umowy w życiu codziennem były umacniane podaniem ręki (o ile nie przysięgą), i że ruch przeciw temu dopiero się był rozpoczął. Ruch ten usunął z czasem „przybicie“ z zakresu prawa, niemniej wzajemne podanie ręki przez kontrahentów znane jest dotychczas w obyczaju ludowym niemieckim i naszym. Odbywa się ono w uroczysty, zwyczajem przepisany sposób, z różnemi ceremoniami, które prawdopodobnie są bardzo starożytne. Obacz np. opis u Kolberga Krakowskie cz. I. str. 110 i 188, lub Świątek w Materyałach II. 207. Używane do dziś dnia w Niemczech (np. przy zakładach) słowo „topp“ jest naśladowaniem dźwięku spowodowanego uderzeniem rąk. Jestto najdalsza odrośl ustanawiania odpowiedzialności dłużnika.

²⁾ Że „handschlag“ nie jest surogatem prestacyi, jak chcą Sohm-Franken, dowód i w tem, iż spotyka go się bardzo często jako umocnienie umowy, przy której strony prestacyi dopełniły. Terminologia źródeł (zwłaszcza wczesnych) jest też zupełnie słuszna, np. si conventio per dextras firmata fuerit (kapit. Kar. W. z r. 805, oraz Coll. Anseg. III. 9). Chodzi tu o utwierdzenie wzajemnych obowiązków, nie o wypłatę prestacyi, (choćby symboliczną jak chce np. Esmein). Doprowadzenie hipotezy tej do ostatecznych granic zmusza Ehrenberga w jego studyum o kommendacyi (1887) do uznania kontraktu lennego za „Tauschgeschäft“. Podanie ręki przez lennika i nadanie ze strony pana, to mają być dwie równocześnie zamieniane prestacye (str. 37—40 i 93—94): Die Handreichung ist eine Tradition der Hände und die Hände erscheinen als Symbol der Dienstfähigkeit).

szną myśl, iż mamy tu do czynienia z warunkowem poddaniem się w niewolę ¹⁾, ale niesłusznie objaśniał symbolistykę tego poddania, jakoby tu chodziło o „zastaw“ ciała ²⁾. (względnie jednej jego części tj. ręki). Dopiero Puntschart objaśnił pierwotne znaczenie tego symbolu w sposób mniej więcej zgodny ze sposobem powyżej podanym ³⁾. Wywody powyższe różnią się z nim tylko o tyle, iż i co do innych sposobów ustanawiania odpowiedzialności przyjmują poddanie się pod moc wierzyciela za ich główny cel w dawnej epoce rozwoju prawa germańskiego, i że dla nich wszystkich szukają jeszcze dalszego punktu zaczepienia w pojęciach religijno-prawnych.

Najważniejszym i najcharakterystyczniejszym dla prawa frankońskiego sposobem ustanawiania odpowiedzialności jest t. zw. w źródłach *wadiatio*. zawierana zapomocą oddania *vadium* (Wette) tj. zakładu ⁴⁾. Tę to formę ma przedewszystkiem na myśli Lex Salica i inne źródła do niej zbliżone, ilekroć mówi o „fides facta“, o ślubowaniu wiary (Treuersprechen). Istotę wadiacyi próbowano w nowszej nauce wyjaśnić kilkakrotnie, zawsze wychodząc z założenia ⁵⁾, iż podstawową formą kontraktu jest umowa zawarta przez obu, względnie jedno-stronne dopełnienie prestacyi (Realvertrag), i że *vadium* jest tej prestacyi symbolem lub surogatem ⁶⁾. W źródłach przedstawia się *vadia* zazwyczaj ⁷⁾ jako laska, festuca, baculus albo przynajmniej virga (ruoda, np. Du Cange Gloss. III. 891 —2), a jest pomimo całej dowodzenie Frankena lub Brunnera, rzeczą niezrozumiałą, jakim sposobem

¹⁾ l. c. I. s. 313.

²⁾ Już Huschke (Servius str. 603) uważał rzymskie „podanie ręki“ za Gefangenschaft der Hand. Podobnie Sittl Die Gebärden str. 135 zestawiając wiadomości co do rozpowszechnienia się jego w Grecyi i Rzymie, błędnie je tłumaczy. Podobnie Leist w Altarisches Jus civile I. (passim).

³⁾ I. Horten l. c. II. 1. str. 89 uznaje słusznie podanie ręki za symbol poddania się. U Puntscharta myśl ta jest rozwinięta szerzej (na str. 491 i d. jego dzieła).

⁴⁾ Jestto najczęstszy (ale nie jedyny) sposób dopełnienia fides facta. Glossa do art. 50 Leg. sal. tłumaczy „fides facta“ przez qui vadium alteri dat.

⁵⁾ Prócz Puntscharta, l. c. 505.

⁶⁾ Tak Sohm, Franken albo Brunner (np. Sippe und Wergeld, l. c. str. 10).

⁷⁾ Pojęcie, co to jest *vadia*, *vadium*, objaśniała dawniejsze nauka zazwyczaj mylnie. Dopiero w najnowszych czasach utarowało sobie drogę zapatrywanie, iż jestto jakikolwiek przedmiot oznaczający indywidualnie dłużnika, np. jego laska, pierścień, rękawiczka, nawet w dalszym rozwój udokument z jego pieczęcią. *Vadium* odpowiada w łacińskich źródłach terminowi *pignus* a w źródłach późniejszych czasów niemieckiemu terminowi *Haftzeichen*. W tym duchu obacz np. uwagi Hortena *Personalexec.* II. 1, str. 80 lub Val de Lièvre *Launegild und Vadia* (passim). Dawniejsi autorowie zbyt ciasno ograniczali znaczenie *vadii*, sądząc, iż pokrywa się z *festuca*, np. jeszcze Heusler II. 232, Sohm *Eheschl.* 35 etc.

mogli Germanowie wpaść na pomysł, iż laska (przedmiot przeznaczony raczej do obrony i do podpory lub pracy, np. przy pasterstwie) może stanowić symbol zapłaty. usługi, prestacyi ¹⁾. Nawet stając na stanowisku czysto etnograficznym, na podstawie psychoetnologicznej, jest rzeczą jasną, iż dla wytłumaczenia genezy i szerokiego rozpowszechnienia tej formy umów frankońskich, nie można zadowolić się dotychczasową teorią, ale trzeba szukać innego punktu wyjścia.

Laska jest przedmiotem posiadającym doniosłe znaczenie w życiu ludów barbarzyńskich, przedmiotem którego znaczenie dla nas nie daje żadnego wyobrażenia o przeszłości, przedmiotem należącym nie do zakresu zabawy i stroju, ale pracy i walki. Odpowiednio do tego jest też ona doniosłym symbolem prawnym. Ta sama logika, która nakazuje uważać rękę za symbol władzy, sprawia, iż u wszystkich niemal narodów świata uchodzi laska jako symbol panowania i opieki. Laska w ręku ojca rodziny jest symbolem jego władzy patryarchalnej: jej oddanie narzeczonemu przez ojca dziewczyny oznacza przekazanie władzy ojcowskiej nad nią w jego ręce ²⁾. W ręku sędziego jest laska symbolem władzy karcenia i wyrokowania ³⁾, jej powierzenie posłańcowi jest rodzajem delegacyi ze strony sędziego do spełniania pewnych czynności sądowych, wezwaniem stron, do których jest posłany, aby się do polecenia sędziego zastosowały ⁴⁾. W ręku monarchy zamienia się laska na berło ⁵⁾, symbol prawny znany wielu narodom aryjskim, którego oddanie przy śmierci monarchy oznacza prze-

¹⁾ Ten punkt jest zupełnie ciemny w dotychczasowej teorii, a nie trzeba dōdawać, iż zostaje w sprzeczności ze wszystkim, co o symbolistycę prawnej Germanów wiadomo.

²⁾ Oddawanie laski mężowi przy ślubie u ludów aryjskich ob. Winternitz *Das alt indische Hochzeitsrituell* (Denkschr. Akad. Wien, 1892, tom XL) str. 30—31. Ważną rolę gra oddanie laski przy obrzędzie ślubnym, opisanym w *Formul. longob.*

³⁾ Laska jako znak władzy sędziowskiej była już znana Germanom w epoce pogańskiej, jak przypuszcza Grimm R. A. ⁴ II, str. 371, gdzie zebrał mnóstwo materiału ze źródeł ogólnogermańskich do objaśnienia jej znaczenia oraz znaczenia berła. Podnieść jednak można wątpliwość, czy to jest symbol aryjski, czy też przejęty ze Wschodu. Laska sędziowska znana jest w podobnym znaczeniu np. w Egipcie od najdawniejszych czasów. Obacz np. Revillout *Les obligations en droit égyptien* (1886) str. 5. Jak twierdzi Schrader (*Reallexicon* 1901 v. *Zepter*): kultura indyjska i staroirrańska nie zna berła, a ludy wschodnio-aryjskie zapożyczyły je od Semitów.

⁴⁾ Laska sędziego okazana pozwanemu zmusza go do stawienia się przed sądem, np. w Hiszpanii (*Helferich Entst. des Westgothen Rechts*, str. 470—1). Podobnie i gdzieindziej np. *Amira Recht* ³ str. 138, lub *Brandt Gloss.* str. 283—4. Polska „wstecz” sądowa polega również na tej samej myśli.

⁵⁾ Początek berła z laski nie ulega wątpliwości. Ob. mianowicie odnośną rozprawę C. Zibrita w *Sprawozd. czeskiej Akademii* (1896).

lanie władzy na następcę¹⁾. Usener i inni nowsi mitologowie tłumaczą doskonale, jakim sposobem laska zamienia się niekiedy na bóstwo²⁾ (według terminologii Usenera, bóstwo chwilowe, Augenblicksgottheit), podobnie jak w pewnych warunkach powstaje kult broni, miecza zwłaszcza włóczni³⁾. Niektórzy etnografowie i historycy identyfikują znaczenie laski i włóczni⁴⁾, wywodząc, iż laska jest surogatem włóczni (festuca hastae loco), co dla początków rozwoju jest rzeczą absolutnie słuszną. Włócznia jest pierwotnie bowiem niczem innym, jak tylko kijem na końcu zaostrzonym i opalonym (hasta praecusta).

Jeżeli laska jest symbolem władzy, podobnie jak ręka, to nie może zadziwiać, iż jej uroczyste oddanie do rąk drugiego jest symbolem zrzeczenia się tej władzy w pewnym danym wypadku, np. przeniesienia prawa własności na rzecz drugiego⁵⁾. Jej oddanie drugiemu do rąk bywa zaś uważane przedewszystkiem za symbol poddania się⁶⁾, podobnie jak złożenie w jego dłoń swojej ręki⁷⁾ lub jak oddanie mu swojej broni, np. szpady (która ta symbolistyka dochowała się do najpóźniejszych czasów, bo do dziś dnia).

Laska może być przedmiotem do pewnego stopnia zindywidual-

¹⁾ Przykład takiego przelania władzy z r. 1046 ob. Amira Obl. II. 631. Na tem tle powstaje symbolistyczna inwestytura przez berło, mająca tak doniosłe znaczenie w symbolistyce wieków średnich, a odpowiadająca przeniesieniu własności przez wręczenie laski (festuca).

²⁾ Stąd możliwą jest przysięga na laskę sędziego, podobnie jak przysięga na dzide, na miecz. Przysięgający dotyka wtedy ręką tego przedmiotu. W prawie skandyn. przysięga taka odgrywa jeszcze większą rolę, jak na Zachodzie Europy, gdzie chrześcijaństwo dużo intensywniej zwalczało objawy szczerkowe wierzeń pogańskich. Obacz np. Amira Obl. I. 514. lub Siegel Handschlag (1894) str. 34. Zakaz tego rodzaju przysięgi przynosi bawarska ustawa Tassilona (Leges III. 465).

³⁾ Mitologowie dawniejsi tłumaczyli błędnie, co oznacza kult laski, np. Lippert Priesterthum I. 256 i 259, który sądzi, iż świętość laski pochodzi stąd, iż oznaczano niemi, gdzie są miejsca kultu. Kult berła i laski u Rzymian i Greków omawia bliżej Lasaulx Studien str. 181—2 i 215. Ze stanowiska etnologicznego rozbiiera tę kwestję André Parallelen (1878) str. 5 i d. np. laska Mojżesza. Ze stanowiska prawnego omawia znaczenie berła u ludów aryjskich Leist w Gr. ital. Rg. str. 724 i d.

⁴⁾ np. Schröder i Thévenin.

⁵⁾ Laska bywa więc jednym z symbolów służących do przeniesienia praw rzeczowych na nowonabywcę.

⁶⁾ Oddanie laski na znak poddania się ob. np. Grimm R. A.⁴ I. 184 lub Reyscher Beiträge (I. c.) str. 24. Tem się też tłumaczy, iż przy odbywaniu pokory spotykamy często zwyczaj odbywania jej z laską w rękę np. przykład z Węgier (w. XIV) u Ulanowskiego Pokuta str. 63.

⁷⁾ Całkiem przeto mylnie tłumaczy Horten (Langob. Schuldverpflichtung str. 192), iż oddanie laski przy umowie ma oznaczać zastaw ruchomego majątku (ein Stück als Symbol der ganzen Fahrhabe), i że na tem polega jego znaczenie.

lizowanym: nosi często na sobie „ciosno“: (Marke) posiadacza lub jego cyfry. Do dziś dnia dochowały się, oczywiście nieliczne, tego rodzaju „laski znaczone“ (festuca notata), a także w dokumentach epoki frankońskiej bywa o nich często mowa ¹⁾. Tem więcej przeto nadaje się laska do ustanawiania odpowiedzialności, do poddawania się w moc wierzyciela, że posiadanie jej jest zarazem jego legitymacją, jest dowodem, że ma on dobrowolnie i uroczyście odstąpił sobie prawo nad osobą i majątkiem dłużnika; podobnie jak takim dowodem może być wręczenie innego znaku osobistego równie zindywidualizowanego np. pierścienia, kapelusza, rękawiczki, broni, lub nawet dokumentu opatrzonego podpisem lub pieczęcią strony, a zawierającego zeznanie o prawach nadanych wierzycielowi ²⁾.

Nie ulega wątpliwości, że początkowo nie wręczenie laski, (które jest tylko gestem, rodzajem mimicznego oświadczenia woli), ale połączona z niem ściśle odnośna uroczysta przysięga dłużnika nadawała wierzycielowi prawo nad osobą i majątkiem jednostki, poddającej mu się ³⁾. Gest służył tylko do uzmysłowienia: czynność połączona z tego rodzaju gestem była jeszcze wyrazistsza i groźniejsza, aniżeli doko-

¹⁾ Znaczenie terminu „festuca notata“ nie jest w sposób przez wszystkich przyjęty wyjaśniono. Michelsen (Über die festuca notata 1856) oświadcza się za zdaniem przedstawionem w tekście, przeciwnie Homeyer (Hans und Hofmarken 1890 str. 223 i d.) przyjmuje, iż „festuca“ oznacza słomę, gdyż „notata“ powinno brzmieć „nodata“ zawężłona. Podobnie Grimm R. A. ¹ I. str. 168. Faktycznie w dokumentach włoskich, gdzie festuca notata najczęściej bywa wspomniana (np. Cart. longob.), spotykamy prawie wyłącznie pisownię nodata. Mimo to nie sądzę, aby interpretacja Homeyera była trafna. Weżlenie słomy nie miałyby żadnego celu i żadne ze źródeł o takim zwyczaju nie wspomina. Natomiast wyrzynanie imienia, ciosna, herbu właściciela na lasce spotyka się często (np. dok. włoski cytowany ib. na str. 486, Thudichum Gesch. des Privatrechtes 1894 str. 56, lub Schäffner Gesch. III. 312) i ma ono swoje jasne znaczenie. Przypuściwszy więc nawet do czego i francuski wyraz „fétu“ uprawnia) iż festuca mogłaby oznaczać słomę, wypada raczej oświadczyć się za interpretacją Michelsena. Popiera ją także starogermański obyczaj wyrzynania run i godeł przynoszących szczęście na laskach, o czem ob. Grimm Mythologie ³ str. 117½ lub Golther Handbuch der Myth. (1895) str. 642. Horten Personalexecution II. 1 str. 182 i Kostanecki Wert str. 11 próbowali zbliżyć festukę do laski karbowanej, (birka, Kerbholz (Kostanecki ma jednak na myśli tylko laskę używaną jako symbol przeniesienia własności), zdaje mi się, że bez dostatecznych podstaw indukcyjnych.

²⁾ Przy zobowiązaniach dwustronnych zamieniano festuki, np. dok. z r. 1173 (Pertile Storia IV. 447): baculum sibi mutuo porrigentes, podobnie jak zamieniano dokumenty lub inne znaki osobiste.

³⁾ Ob. poprzednie wywody o przybicciu. Przemawia też za tem, iż obok oddania laski najdawniejsi Germanie znali, jak można ze stosunków skandynawskich sądzić, rzut laski o ziemię (na kształt rzutu lub złamania słomy). Prawo norweskie zna bardzo długo taki „Stabwurf“ mający, jak dowodzą przykłady nagromadzone u Amiry

nana bez niego. Prawo rzymskie zna przymus dokonywania pewnych czynności prawnych a raczej wypowiedania pewnych oświadczeń woli z laską w rękę dla uwydatnienia ich znaczenia ¹⁾, podobnie prawa skandynawskie nakazują w wielu wypadkach trzymanie laski w rękę jako warunek znaczenia prawnego pewnego oświadczenia woli ²⁾. Prawdopodobnie będzie to ta sama myśl, która sprawia, iż niekiedy muszą strony składać swoje oświadczenia z ręką na pewnym przedmiocie przedstawiającym dla nich pierwszorzędne znaczenie, którego dotknięcie oznacza, iż w razie fałszywości ich słów godzą się ponieść karę przez jego stratę lub zgubę ³⁾. Jestto więc rodzaj samokłatwy. Wniknięcie w tego rodzaju pojęcia prawne ludów barbarzyńskich, zrozumienie ich sposobu myślenia i odczuwania, zrozumienie tego głębokiego i rzeczywistego znaczenia, jakie mają dla nich czynności będące już dla nas czemś bezbarwnem i figurycznym zaledwie, jest rzeczą niezbędną, jeśli przy tłumaczeniu ich symbolów i pojęć nie mamy popaść w płytki racjonalizm i nie zejść na bezdroża, na jakie dotychczasowa nauka historii prawa tylekroć razy wchodziła, aby się wreszcie przekonać, iż bez wyświetlenia pierwotnej psychologii nie odtworzy się pierwotnego prawa.

Wyjaśnienie genezy tej formy zawierania umów tłumaczy zarazem znaczenie prawne, jakie prawo epoki frankońskiej wiąże z zawarciem wadyacyi. Pod tym względem zwłaszcza badania Hortena nad historią egzekucyi uwidoczniły, iż prawnym celem wadyacyi było początkowo nadanie wierzycielowi *executio parata*, tj. możliwości zawładnięcia osobą i majątkiem dłużnika w razie jego wiarołomstwa bez wzywania pośrednictwa sądu ⁴⁾. Zarówno w prawie longobardzkim VII i VIII wieku, jak i kilku innych prawach ludowych jest jeszcze ta zasada wyraźnie wypowiedziana, a wystarczy zestawić najcharakterystyczniejsze pod tym względem teksty, aby ujrzeć w niej zasadę ogólną, wspólną wszystkim prawom szczepowym w początku

Obl. II. 286 i 319, czarodziejskie znaczenie. Wypowiadano przy tem formułkę kończącą się przekleństwem (tekst zachowała Egils Saga Skalla Grimssonar). Rzucanie festuki o ziemię omówiliśmy już poprzednio.

¹⁾ np. Gaj. 4. 16 i d. Wypowiadanie uroczystych formuł z laską w rękę spotyka się i w Grecyi (np. w Iliadzie zobowiązania Hektora wobec Dolona).

²⁾ O czem obszerniej Amira Oblig. I. 514 i passim. Znany jest też ten zwyczaj innym ludom np. arabskiemu.

³⁾ np. przysięga z ręką na głowie, na sercu, lub z ręką na swoim dziecku, na jakimś przedmiocie cennym, etc. Albo przysięga z trzymaniem w rękę przedmiotu symbolizującego zawód danej osoby, do czego niezmiernie charakterystyczny przykład ob. Franken Pfandrecht I. 316.

⁴⁾ Ob. np. Horten (l. c.) II. 1, str. 89 i passim.

ich rozwoju, a zarazem upodabniające je także do praw skandynawskich. gdzie uroczyste, w przepisanej formie dokonane poddanie się dłużnika pod moc wierzyciela sprowadza prawie aż do końca średnich wieków takie same skutki, jakie niektóre spisy prawne epoki frankońskiej łączą jeszcze ze stipulatio, fides facta, wadiatio.

Z dotychczasowego przedstawienia wynika, że wadyacya — jedna z form, jakie utwierdzenie umowy tj. *fides facta* w prawie frankońskim przybrać może¹⁾, — najczęściej przedstawia się jako oddanie laski (festuki) wierzycielowi przez dłużnika. Ale tylko najczęściej, nie zawsze. Obok oddania festuki spotykamy także wyjątkowo inne sposoby wadyacyi na tej samej podstawie wyrosłe. Polegają one na tem, iż zamiast laski oddaje się inny przedmiot, posiadający takie samo znaczenie prawne, a oddanie owego przedmiotu rodzi też same skutki, co oddanie festuki.

Takim to analogicznym sposobem poddania się jest w prawie ludów średniowiecznych oddanie rękawiczki. Rękawica jest również jednym z licznych symbolów panowania, władzy i opieki, jest ona bowiem uważana za wyobrażenie ręki²⁾. W obrocie prawnym bywa też ten symbol zużytkowany dwojako: najczęściej jako symbol odstąpienia panowania lub własności, tj. jako oznaka przelania swoich praw nad rzeczą na nowonabywcę³⁾. Ale obok tego trafiają się wypadki gdzie rękawiczka oznacza panowanie nad własną osobą tj. wypadki, w których ona jest symbolem wolności. Jej wręczenie wyraża wówczas, podobnie jak wręczenie festuki, poddanie się pod panowanie obcej osoby. Zaznaczyć jednak należy, iż wypadki zużytkowania jej przy zawieraniu umów są stosunkowo rzadkie⁴⁾. W późniejszych pofran-

¹⁾ Sohm Eheschl. str. 46 podaje zbyt ciasną definicyę *fides facta*, twierdząc, iż w epoce frank. pokrywa się to pojęcie z *wadiatio*: „fides facta ist ein durch Geben und Nehmen der wadia geschlossener Vertrag und die Form der wadia ist die rechtsothwendige Voraussetzung für die Verbindlichkeit des ohne Gegenleistung gegebenen Versprechens”. Jak wynika z poprzednich wywodów, doprowadzających do odmiennej konstrukcyi rozwoju prawa umownego, *fides facta* jest niezbędna i przy t. zw. umowach realnych (mit Gegenleistung); ale obok oddania wadii może ona polegać i na innych sposobach ustanowienia odpowiedzialności dłużnika.

²⁾ I' wielu ludów ma ona wielkie znaczenie przy odbywaniu czynności o naturze religijnej (np. u Rzymian, gdzie ofiar dopełnia się manu vestita, ręką zakrytą). Być może, iż wiąże się z tym poglądem także jej znaczenie w prawie. Niektórych czynności prawnych dopełnia się również manu vestita (ręką kosmatą).

³⁾ Przykłady przeniesienia własności lub władzy (np. prawa sądowego), ob. np. Grimm R. A.⁴ I. lub Heusler I. 73 i passim.

⁴⁾ Ale nie brak takich przykładów, np. Cartul. Redon (z r. 837, nr. 179 (promisit Joab censum perportare tribuens suam manicam dexteram in manu Rethuobri), albo Amira Oblig. II. 348 (zaręczyny)

końskich czasach widzimy, iż przy zawieraniu umów pojedynkowych oddanie rękawiczki jest rękojmą dotrzymania wyzwania¹⁾. Niestawienie się na placu boju nadaje posiadaczowi rękawicy (wyzwanemu) prawo do zelżenia przeciwnika, do pozbawienia go czci²⁾, co oczywiście przedstawia się z punktu widzenia ewolucyjnego jako złagodzenie prawa do bezkarnego zabicia. Prawa szczepowe mówiąc o ustanowieniu odpowiedzialności przez danie wadium nie mają jednak na myśli rękawicy lecz tylko festukę, co wskazuje na małe rozpowszechnienie tego symbolu w dawniejszym prawie umownem.

Podobnie jest z oddawaniem innych części ubrania i broni. Podobną rolę, jak u ludów germańskich rękawiczka, odgrywają gdzieś indziej inne części ubrania, np. u wielu ludów symbolem panowania jest trzewik³⁾. (w związku z tem zostaje wkładanie nogi na kark zwyciężonego, przystępowanie nogą na znak objęcia władzy nad daną osobą np. nad żoną przy ślubie, obdarzanie holdowników i poddanych trzewikami, itp.). Zzucie obuwia bywa uważane często za oznakę niewoli, poddania się i w tem znaczeniu spotyka się je czasem (choć bardzo rzadko) w obyczaju średniowiecznym przy zawieraniu umów i przy ustanawianiu odpowiedzialności umownej. Podobnie oddanie kapelusza symbolizuje niekiedy poddanie się⁴⁾. (ale częściej miewa znaczenie przeniesienia prawa rzeczowego np. własności nad przedmiotem)

¹⁾ Jako symbol wyzwania spotyka się wręczenie rękawiczki coraz częściej zwłaszcza od chwili wykształcenia obyczaju rycerskiego, przykłady ob. Esmein Études str. 96

²⁾ Tak jest jeszcze za czasów Szekspira, ob. np. Król Henryk V (a IV. sc. 6), gdzie kapitan Fluellen (wielki, jak wiadomo „znawca starych praw rycerstwa“) tak określa następstwa nieupomnienia się u wyzwanego o rękawicę, „Koniecznością jest, aby (wyzywający) dochował ślubu i przysięgi,.... inaczej będzie uchodził przed świętem za nikczemnego kpa i durnia, najgorszego jaki kiedykolwiek stąpił po ziemi, będzie podłcem i nikczemnikiem“ etc.

³⁾ Przeniesienie praw rzeczowych przez zdjęcie i wręczenie trzewika jest zjawiskiem bardzo częstym w wiekach średnich. Że zdjęcie trzewika oznacza tutaj pozbycie się władania rzeczą, na to zgoda powszechna. Przykłady ob. zwłaszcza księga Ruth 4. 7 oraz Grimm R. A.⁴ I. 209. Równie często użytym bywa ten symbol tam, gdzie chodzi o zrzeczenie się praw nad własną osobą, spotykamy więc np. posłanie trzewika na znak poddania się w niewolę (Grimm l. c.), zzucie obuwia na znak pozbawienia skazanego wolności, oddanie trzewika panny młodej jej mężowi przy ślubie, etc. Paweł Sartori ogłosił w Zeitschrift des Vereins für Volkskunde IV. 1894 doskonałą monografię pt. Der Schuh im Volksglauben, w której (na str. 173—180) zebrał mnóstwo materiału wyjaśniającego, dlaczego trzewik uchodzi za symbol władzy, własności i wolności, a jego pozbycie się za ich utratę.

⁴⁾ Kapelusz jako symbol władzy i własności, oraz jako symbol wolności (władza nad swoją osobą) ob. Grimm R. A.⁴ I. 204. Dłużnik niewypłatny zrzuca swój kapelusz z głowy przed wierzycielem, np. Kohler Shakesp. str. 48.

lub wreszcie oddanie płaszcza (również symbol opieki i władzy, np. otoczenie swoim płaszczem oznacza adopcję, protekcję).

Podobną rolę odgrywa wreszcie oddanie swojej broni, miecza, włóczni, lub noża noszonego przy boku. Są to również czynności symbolizujące poddanie (wręczenie szpady!), ale spotykane są przy umowach w średnich wiekach, stosunkowo niezwykle rzadko, wyjątkowo, zazwyczaj tylko wtedy, kiedy zobowiązujący się nie ma przy sobie innego zwykłego używanego symbolu tj. festuki. Dopiero w obyczaju rycerskim późniejszych czasów upowszechniają się te formy poddania się pod moc drugiego.

Pozostaje jeszcze do omówienia jeden z symbolów zawarcia umowy, znanych średniowiecznemu i naszemu obyczajowi: pierścień, który do pewnego stopnia jest intruzem, nie mieszczącym się w ramach średniowiecznego prawa umownego, a przeniesiony do niego został w sposób mechaniczny przez pośrednictwo kościoła¹⁾ ze stosunków świata starożytnego (zwłaszcza starożytnego Wschodu), w których jego użycie tłumaczyło się jasno i zgodnie z powyżej przedstawioną konstrukcją rozwoju prawa umownego.

Pierścień jest symbolem początku wschodniego; był to pierwotnie amulet, oznaczony znakiem osobistym, przynoszącym szczęście: ryto na nim imię osoby, która go nosiła, imię jej ojca, imię (i wyobrażenie) bóstwa opiekującego się tą osobą²⁾. Odpędzał on złe demony wedle magii chaldejskiej, która jego używanie wykształciła i rozpowszechniła. — a pozbawienie się go, oddanie go osobie drugiej było uważane za równoznaczne z pozbawieniem się spokoju i szczęścia. Oddanie pierścienia przy zobowiązaniu jest najsilniejszą presją na wolę dłu-

¹⁾ Przeniesieniu pierścienia jako znaku zaręczynowego do życia prawnego wieków średnich poświęcono w ostatnich czasach dwie monografie, mianowicie jedną Fr. Hofmanna w Sitzungsber. der phil. hist. Classe der k. Akad. in Wien 1870 str. 825—863 („Über den Verlobungs- und den Trauring“), drugą Brandileonego w Deut. Zeit. für Kirchenrecht, tom X (1899) s. 311—340: „Die sbrnarhatio cum annulo“.

²⁾ Znaczenie pierścienia jako pieczęci, — amuletu u ludów dawnego Wschodu ob. Lenormant Hist. anc. V. (1887) str. 210 i d. Wiele trafnych spostrzeżeń o tem mistycznym znaczeniu pierścienia zawiera Bachofena Das Mutterrecht² (1897) str. 50, 173, 394. Obacz także Globus XIII. 333. O znaczeniu pierścienia jako talizmanu w świecie klasycznym ob. Pauly Real Encyclopädie² IV. str. 1401. W związku z tem znaczeniem pierścienia zostaje, jak sądzę, zwyczaj opatrywania odciskiem swej pieczęci dokumentów, będących dowodem zawarcia umowy. Przykładanie pieczęci do dokumentu spotykamy w prawach oryentalnych od bardzo dawnych czasów; ob. Kohler und Peiser Aus dem babyl. Rechtsleben III. str. 36. oraz Strass-neier Die altbabyl. Verträge aus Warka (1882) str. 321. Pieczęcie noszą zawsze przedstawienie jakiejś sceny religijnej, zazwyczaj oddawania kultu bogowi opiekuńczemu danej jednostki.

znika, aby umowę wypełnił. Posiadanie pierścienia osoby drugiej było zarazem dla wierzyciela rodzajem legitymacyi przy dochodzeniu jego praw; z chwilą ich zaspokojenia wracał pierścień do dłużnika.

To właśnie znaczenie oddania pierścienia zdaje się przeważać w najstarszej bodaj, jaką posiadamy, wiadomości o użyciu jego jako znaku ustanawiania odpowiedzialności, w 38 rozdziale księgi Genezis, gdzie również po raz pierwszy spotykamy się z terminem *arrhabo*, *arrha* dla oznaczenia tego rodzaju „znaków utwierdzenia“¹⁾. Ze Wschodu (jak przypuszcza Ihering, przez pośrednictwo Fenicyan) przedostaje się oddawanie pierścienia przy zawieraniu umów do Grecyi, i tu już od najwcześniejszych czasów wręczenie pierścienia ma znaczenie ustanowienia odpowiedzialności umownej, utwierdzenia umowy²⁾; zaś od Greków (w południowych Włoszech³⁾ lub od Kartagińczyków przejęli go Rzymianie, u których pierścień (żelazny, *sine gemma*) ma również w czasach dawniejszych tego rodzaju znaczenie mistyczne co na Wchodzie, a oddanie jego przy umowie ma zrazu na celu nie ewentualne zabezpieczenie praw wierzyciela, ale presję na wolę dłużnika⁴⁾. Używanie pierścienia u Germanów w obrobie umownym rozpowszechnia się niewątpliwie pod wpływem rzymsko-kanonicznych pojęć⁵⁾. Jego zastosowanie jest ograniczone do umowy zaręczyn i zaślubin. Kościół

¹⁾ Pochodzenie semickie terminu *arrhabo* nie ulega wątpliwości. W powyższym ustępie Genezis spotyka się to słowo w formie *arabôn*, gdzie oznacza jakikolwiek znak osobisty dawany dla utwierdzenia umowy (v. XVIII „Rzekł Judas: Co chcesz, abym ci dał w zastawie? Odpowiedziała Tamar: Pierścień twój i manę i laskę, którą w rękę trzymasz“). Tłumaczenie Wujka „w zastawie“ jest oczywiście niedokładne. Wedle Nöbdekego (Schulin Gesch. str. 372) oraz wedle hr. Baudissina i innych filologów (Pauly Realenc.² II. 1228) pierwiastek słowa *arabon* wskazuje na najdawniejsze znaczenie: znak utwierdzenia, poręczenia.

²⁾ Porównaj fakta zestawione u Hofmanna l. c. str. 840 i d.

³⁾ Deloche *Le port des anneaux dans l'antiquité romaine*, Paris 1895, na str. 4 i nast. omawia bliżej to mistyczne znaczenie, jakie pierścień i w społeczeństwie rzymskiem posiada.

⁴⁾ Ob. Hofmann l. c. str. 848, oraz tegoż *Beiträge zur Gesch. des griech. und röm. Rechtes* (1870) str. 106. Obok tego nie brak przypadków gdzie pierścień ma znaczenie raczej dowodowe, legitymacyjne jak konstytucyjne. Zajmuje się tymi przypadkami bliżej Goldschmidt w swojej rozprawie: *Inhaber-Order- und Executor. Urkunden im class. Alterthum* (Sav. Zeit. R. A. X. 383).

⁵⁾ Że pierścień zaręczynowy (*annulus pronubus*) jest zwyczajem wyrobionym w świecie starożytnym i stąd przeszczepionym do prawa średniowiecznego, na to zgoda powszechna. ob. Grimm R. A. I.⁴ str. 244. Germanom obcy jest tego rodzaju pogląd mistyczny, jaki u ludów świata starożytnego (zwłaszcza wschodnich) złączony był ze znaczeniem i celem pierścienia. Mitteis (*Reichsrecht*, str. 268) udowadnia, iż Rzymianie sami nie znali *arrha sponsalitia* (jedyny ustęp Paula w D. de ritu nupt. 23. 2, 3^a uważa Mitteis za interpolację), ale że zwyczaj ten wyrobił się na Wacho-

w swoich rytuałach jeszcze za czasów rzymskich uświęca i rozpowszechnia wręczenie pierścienia przy zaręczynach i przy ślubie przez młodzieńca kobiecie, a dopiero później wykształca się obustronna wymiana pierścieni. Z powyższego przedstawienia wynika, jak błędnie są zapatrywania, iż pierścień ślubny jest surogatem ceny kupna dziewczyny, i że wiąże się z domniemanym, bo nie stwierdzonym świadectwami źródeł, zwyczajem, iż cena kupna za żonę miała być niedgdyś u ludów germańskich płacona w obręczach i naszyjnikach¹⁾.

Z powyższego przedstawienia wynika również, że odmawiamy pierścieniowi, przynajmniej o ile o ludy germańskie chodzi, znaczenia symbolu poddania się, a źródła nie poświadczają w istocie, aby jego wręczenie miało znaczenie równoznaczne z oddaniem festuki, i aby odgrywało wskutek tego w prawie umownem epoki frankońskiej (poza zaręczynami i zaślubinami) podobną rolę, jak w dawnem prawie oryentalnem lub greckiem i rzymskiem.

Dotknęliśmy dotychczas tych sposobów ustanawiania odpowiedzialności czyli utwierdzania umów, które wyrosły na tle religijnem, stanowiącem właściwość epoki barbarzyńskiej, objętej pracą niniejszą. Pominięte zaś zostały sposoby utwierdzania umów zjawiające się w późniejszym rozwoju (epoka kultury), nieraz obok powyżej przedstawionych, ale nawiązujące już do nowych potrzeb i punktów widzenia. Wspomnimy o niektórych z nich jeszcze w dalszym ciągu, przedstawiając sposoby, zapomocą których prawo świeckie, państwowe stara się walczyć z samowolnością egzekucyi. Owe później przeważające formy utwierdzania umów, a przynajmniej niektóre z nich, zawierają w sobie myśl prawną, iż egzekucya jest złożona do rąk osób trzecich, bezstronnych: gwarantów, ręcycieli, sąsiadów, arbitrów, urzędników. W tym to duchu i kierunku stara się prawo przetworzyć dawne, z epoki miru religijnego pochodzące sposoby ustanawiania odpowiedzialności. Zanim ich dotkniemy, należy jednak wskazać kilku słowami jeszcze inne sposoby umacniania, które również dopiero później

dzie i stamtąd dopiero, już za czasów chrześcijańskich, rozpowszechnił się po Zachodzie. O używaniu pierścienia we wschodnich prowincjach państwa rzymskiego ob. Syr. röm. Rechtsbuch (Brunn-Sachau) str. 25 i 61.

¹⁾ Tak zaś pojmuje początkowe znaczenie oddania pierścienia wielu historyków kultury, np. Cohn Die Symbolik im germ. Familienrecht (1891) str. 16 („eine Anzahlung auf den Kaufpreis“) lub Schrader Handelsgesch. (1886) str. 132, który to szerzej uzasadnia. Sohm Eheschl. str. 55 wyraża się oględniej: stwierdziwszy, iż „wręczenie pierścienia przy ślubie jest środkiem dokonania umowy, tłumaczy to: „Der Ring ist die Scheinleistung“, „ein Theil des Handgeldes“. Za „pozorną prestacę“ uważają pierścień także wszyscy inni zwolennicy konstrukcyi Sohma.

w epoce kultury, w pełni rozwoju występują, ale które spotykamy u wielu ludów barbarzyńskich w funkcji pierwotnej, jako sposoby udowodnienia, upamiętnienia dokonanej przez strony kontraktujące czynności prawnej. Takim zaś sposobem jest mianowicie oddanie wierzycielowi pewnego przedmiotu wyłącznie w tym celu, aby stanowił jego legitymację, a w szczególności spisanie dokumentu o zawarciu umowy. Jak to powyżej podnosiliśmy, to już oddanie laski, rękawicy, pierścienia, broni, itp., obok tego iż stanowi symbol ewentualnego poddania się pod moc wierzyciela, przedstawia dla niego tę korzystną stronę, iż jest zarazem dowodem, legitymacją jego praw. W tym samym celu otrzymuje on często od dłużnika przedmioty jeszcze lepiej się dla celów legitymacyjnych nadające, tak mianowicie oznaczone, iż o żadnych wątpliwościach nie może być wobec nich mowy¹⁾. Do dawania tego rodzaju „znaków odpowiedzialności“ (Haftzeichen) nawiązuje późniejszy rozwój, wykształcając przez dalsze różniczkowanie pojęcia zastawu ręcznego²⁾ i zadatku³⁾, których przeznaczeniem jest

¹⁾ np. moneta złamana na dwoje, tabliczka lub blaszka rozcięta zygzakowato etc. Taką też funkcję prawną mają np. symbole greckie, będące znakami, upamiętniającymi zawarcie umowy, rodzajem memoratoryów, których oddanie służy już wyłącznie tylko celom dowodowym i nie ma znaczenia konstytutywnego, obacz o nich np. Lipsius *Process*² str. 714 lub Hermann-Blümner *Lehrb. der Privatalterthümer* (1882) str. 494. Podobne „symbole“ rozpowszechnione są u bardzo wielu ludów, ob. np. André *Ethnogr. Parallelen* (1877) s. 190. Ihering przypisuje wynalazek takich znaczków dowodowych Fenicyanom i sądzi, że dopiero od nich przyjęli Grecy swoje symbole, a Rzymianie swoje *tesserae hospitalitatis* (*Gastfreundschaft*, str. 370—388).

²⁾ Pojęcie zastawu zjawia się wtedy, gdy znak osobisty posiada taką wartość, iż jego zabór jest dla wierzyciela ekwiwalentem straty, poniesionej przez niedotrzymanie zobowiązania. Dawanie znaku osobistego z tym celem prawnym jest późniejszym stadium rozwojowym, co przyjmują np. dla prawa rzymskiego Leonhard w *Pauly's Realenc.*² II. 1221 i Schulin *Gesch.* str. 424. Dla prawa średniowiecznego i Amira i Puntchart uznają pojęcie „*Sachhaftung*“ (tj. ograniczenie odpowiedzialności do rzeczy, do zastawu) jako formę późniejszą od „*Personalhaftung*“ (odpowiedzialność dłużnika, obejmująca i osobę jego i majątek). Jestto punkt, który na razie można tylko zaznaczyć, ale który wymaga (podobnie jak rozwój zadatku) bliższego monograficznego opracowania.

³⁾ Zadatek, w naszym pojęciu tego słowa, przedstawia się jako coś zupełnie odrębnego od znaku osobistego (*Haftzeichen*). Nie tak jest na nieco niższych stopniach kultury, które nie znają dawania zadatku w pieniądzach, ale wyłącznie w przedmiotach mających wartość, niezamiennych, i gdzie zadatek jest jeszcze czemś identycznym z zastawem. Przedstawienie tego rozwoju wykracza poza ramy „początków prawa umownego“, wypada tu jednak zaznaczyć, iż jestto dopiero rzecz do zrobienia; historia zadatku nie jest bowiem dotychczas nigdzie w całym swoim przebiegu odtworzona. Jestto jeden z tych szczegółów historii prawa, które najlepiej może ilustrują

utwierdzić zawartą umowę przez przeniesienie odpowiedzialności umownej z osoby dłużnika na rzecz daną mu jako dowód, znak odpowiedzialności ¹⁾.

tezę o nieprzerwanej łączności między rozwojem praw orientalnych, prawa egipskiego, greckiego, rzymskiego i średniowiecznego zachodniej i wschodniej Europy, tezę, której w ciągu niniejszego studjum kilkakrotnieśmy dotykali. Prace dawniejsze o historii zadatku nie uwzględniają tego rozszerzonego punktu widzenia. Monografia Jagomanna (Die Daraufgabe, vergleichende Rechtsstudie, 1873) mimo swego tytułu ma część historyczno-porównawczą (§ 3 Vorrömisches Recht) niesłychanie szczupłą i oschło traktowaną. Inne prace brały zazwyczaj za przedmiot prawo rzymskie w odosobnieniu (np. Muther Sequestration und Arrest 1856 Beil. II; Bechmann Kauf II str. 417), później rozszerzono zakres badania na prawo greckie (prace Hofmanna, Lipsiusa) i na prawo rzymskie prowincjonalne (Bruns, Mitteis, w ostatnich latach zaczęto zwłaszcza rozpatrywać historię zadatku w prawie grecko-egipskiem (np. Gradenwitz Einführung in die Papyruskunde, 1900 str. 82, 94, 104, Gilson Étude du droit s. 208—224) i w prawie narodów semickich (Ihering Gastfreundschaft str. 385, Schulin Geschichte des röm. Rechtes str. 370 i d). Brak monografii, któraby te rozprószone i niezwiązane jedną nicią historycznej ciągłości usiłowania łączyła w jedną całość, w całość, bez utworzenia której nie zrozumie się rzeczywistości. Drobną rozprawką Leonharda w Pauly Realenc. (1895) ² II. 1222 już dla samej swej krótkości nie czyni temu zadość, aczkolwiek zawiera trafne uwagi o łączności rozwoju praw ludów semickich i klasycznych pod tym względem. Badania nad historią zadatku w prawach zachodnio-europejskich średniowiecznych (Sohm, Franken) pomijają świat klasyczny i wychodzą z błędnego założenia, że zadatek (biorąc genetycznie) jestto surogat, względnie część prestacyi. Jestto tymczasem studjum dopiero bardzo późne, a prawa ludów barbarzyńskich, będące przedmiotem niniejszego studjum, zupełnie go nie znają. W Europie zach. pogląd taki rozszerza się dopiero z w. XII pod wpływem prawa rzymskiego.

¹⁾ Od dawania znaku osobistego wierzycielowi przy ustanawianiu odpowiedzialności, względnie od wymiany takich znaków osobistych (przy zobowiązaniach dwustronnych) należy odróżnić dawanie kontrahentowi przez wierzyciela pewnego drobnego подарunku jako odpłaty za ustanowienie odpowiedzialności („ut hoc ex meliori voluntate factum esset“ np. D'Achery Spicilegium, II, nr. 426) z czem się bardzo często spotykamy. Zwłaszcza tam, gdzie ustanowienie odpowiedzialności za złamanie umowy wychodzi głównie na korzyść wierzyciela (np. przy umowach pod tytułem darmym), jest dawanie takiego подарunku nader częstym objawem. Źródła dostarczają wyróżnych dowodów, iż jestto odpłata za confirmację danej czynności prawnej, za zrzeczenie się możliwości jej naruszenia, za ustanowienie odpowiedzialności na niedotrzymującego etc. W tym duchu motywują zazwyczaj dokumenta umowne wzmiankę o darze złożonym dłużnikowi. Dar taki nosi w źródłach nazwę „Festigungspfennig“ albo „munus placacionis“ (np. dok. u Amiry Obl. I. 310) lub benedictio (np. Val de Lièvre Launegild str. 5, 47, 285 etc.), ale najbardziej znaną jest nazwa launegild, właściwa prawu longobardzkiemu, które wykształca go jako formę niezbędną dla ważności darowizny (np. Liutpr. 43 i 73). Inne prawa (może z wyjątkiem skandynawskich, np. duńskiego, ob. Nouv. Revue histor. 1900 str. 153) nie nadają tak doniosłego znaczenia temu „munus placacionis“, ale spotyka się go, jako obyczaj prawny, prawie wszędzie. Znaczenie launegildu („Gabe für Verzichtleistung“) w tym duchu właśnie wyświecił najlepiej Heusler I. 81 i II. 255 i d.

Co się zaś wreszcie tyczy dokumentu, to zjawia się on wszędzie zrazu jako jeden ze środków dowodowych¹⁾ o zawarciu czynności prawnej a nie jako środek zawarcia. Osobliwą drogą szedł rozwój dokumentu u ludów średniowiecznych. Jest to rzeczą stwierdzoną dzięki

Często w społeczeństwie wykształca się mistycznie zabarwione wierszenie, iż darowizna bez odpłaty lub nawet wszelkie zobowiązanie się bez wynagrodzenia specjalnego (za ustanowienie odpowiedzialności kontrahenta) rodzi złe skutki: kontrahent żałuje tego, a „żałowanie“ takie sprowadza jakieś nieszczęście, jakąś przykróść lub stratę dla wierzyciela (np. przy kupnie: rzecz pozbyta źle się chowa). Ob. np. Federowski Lud I. 343. Przy umowach dwustronnych zwykły się też strony wzajemnie często obdarzać drobnymi podarunkami dla zapewnienia wzajemnej życzliwości tj. dla nie żałowania (*causa benedictionis*).

„Solidus unus“ w kapit. akwizgrańskim z r. 813 (cap. 16: nullus seniore mitterat postquam ab eo acceperat valentem solidum unum) uważam za tego rodzaju odpłatę za utwierdzenie umowy, której prawo frankońskie, w tym wypadku, nadaje znaczenie większe, aniżeli ma w innych umowach. Zazwyczaj daje senior za komendację dar w broni, koniach, stroju etc. Analogią do takiej odpłaty dłużnikowi poddającemu się pod władzę wierzyciela jest np. dar dawany adoptowanemu przy adopcji, albo zwyczaj dawania drobnego pieniążka żonie przez męża przy ślubie (jak w wiekach średnich lub w obyczaju ludowym).

W związku z tego rodzaju odpłatą znajduje się też istniejący w całej Europie obyczaj osobnego wynagradzania rodziny kontrahenta za zrzeczenie się jej ewentualnych praw do rzeczy przez niego pozbytej i za obietnicę nienaruszania szkodzącej przez niego czynności prawnej. (Porównaj fakta zebrane w monografii F. Künnerera Beiträge zur Lehre vom Schlüssel- oder Heerd-Gelde, Rostock 1833 oraz Jagemann Die Daraufgabe str. 17—20). — Do wywodów powyższych należy wreszcie dodać, iż odpłata za utwierdzenie nie jest zjawiskiem spotykanem wyłącznie tylko w świecie średniowiecznym. Także i w prawach starożytnych natrafiamy na ślady, iż znały one taką odpłatę. Z zakresu prawa rzymskiego możnaby tu wskazać dawanie unius sestercii quasi pretii loco w niektórych wypadkach mancytacji (ale to rzecz niepewna, bliżej motywuje tę hipotezę N. Tamassia w artykule II launegildo in Grecia w Archivio giuridico, 1890 XLIV str. 371—373). Liczniejsze i pewniejsze są ślady w prawie greckim (ob. Tamassia l. c. str. 376—380).

¹⁾ Potrzeba utrwalania okoliczności faktycznych dotyczących umowy występuje już na bardzo niskich stopniach rozwoju. Służą temu celowi różne zwyczaje, jak sypanie kupy kamieni na miejscu zawarcia umowy (Genesis I. 31, 45 albo najdawniejsze *ἄρα* greckie, ob. Hitzig w Sav. Zeit. R. A. XVIII. 177), wbicie kija (np. Paulitschke l. c. Geist. Cultur. str. 147), ustawianie słupów najprzód bez napisów, potem z napisem zawierającym wiadomość o umowie, rycie treści umowy na murach, na tablicach składanych w świątyniach, na kawałkach drzewa (Kerholz, znany u bardzo wielu ludów barbarzyńskich, np. w Sparcie według fragm. Dioskoridesa 4, ob. Guiraud La propriété 1893 str. 279). Spisanie umowy na glinie, tabliczce woskowanej, pergaminie etc., zjawia się oczywiście dopiero na wysokich stosunkowo szczeblach cywilizacji. Funkcją pierwotną dokumentu jest wszędzie cel dowodowy. Zapatrywanie, iż dokument może mieć znaczenie jako essentialne negotii, zjawia się w Grecji dopiero za czasów Dioklecjana (ob. o tem szerzej Mitteis Reichar. str. 514 i d. lub Beauchet IV. 56); zaś w Grecji dawniejszej i w Rzymie owoczesnym ma on jedy-

znakomitym badaniom zwłaszcza Brunnera ¹⁾, iż ludy germańskie przejąwszy dokument ze świata starożytnego, zużytkowują go jako jeden z symbolów osobistych. Jego wręczenie kontrahentowi ma zastąpić wręczenie wadii, festuki, czy jakiegokolwiek innego przedmiotu symbolizującego władzę nad daną osobą. Nie napisanie dokumentu, ale wręczenie go jest najważniejszym momentem prawnym przy zawieraniu umowy. Posiadanie dokumentu jest podobnie jak posiadanie cudzej laski lub rękawicy warunkiem osiągniętej nad tą osobą, która go wystawiła, władzy: można ją w razie wiadrołomstwa samowładnie grabić, zabrać jej majątek, a raczej w myśl tych kar, które dokument ustanawia (o czem wyżej), zabrać jej dobytek do wysokości suny oznaczonej jako kara za złamanie umowy. Jeszcze początkowo (w w. VI—VIII) z oddaniem dokumentu przy umowie łączy się gdzieś niezdy z zwyczaj oddawania równoczesnego innego znaku osobistego, laski, noża, pierścienia etc., tak że dokument ma wtedy tylko znaczenie dodatkowe, jest upamiętnieniem warunków odpowiedzialności, a ustanowieniem jej jest wręczenie owego właściwego znaku osobistego. W miarę rozpowszechnienia się pisma i w miarę poznawania korzyści jego, stosunek przesuwają się jednakże na korzyść dokumentu. Podobnie wiąże się niekiedy spisanie dokumentu z przysięgą i klątwą. Zrazu bywają one składane i nakładane osobno, a dokument jest protokołem o ich dokonaniu, w późniejszych czasach samo spisanie dokumentu zastępuje je w zupełności.

Tak to przedstawiają się w najogólniejszym zarysie odgałęzienia bezpośrednie i pośrednie powstałe w średnich wiekach na pniu sakralnego utwierdzenia umów. Formy ostateczne, późniejsze, zbyt daleko odbiegają nieraz od prostych i nieskomplikowanych form pierwotnych, ale sądzę, iż śledząc ich rozwój krok za krokiem można, jak przy każdej ewolucji, zestawić ogniwa pośrednie dość wyraziście i zdać sobie sprawę z tej nici przewodniej, która łączy bujne i fan-

nie tylko znaczenia środka dowodowego. Podobnie żadne inne z praw starożytnych nie zna dokumentu jako środka zawarcia umowy: spisanie dokumentu bywa wszędzie wyprzedzone składaniem przez strony przysięg lub dokonywaniem innych czynności mających na celu ustanowienie odpowiedzialności.

¹⁾ Jestto punkt, którego udowodnienie jest jedną z największych zasług tego znakomitego uczonego (ob. jego *Zur Rechtsg. der Urkunde* 1880, *Forschungen zur Gesch.* 1894 i liczne prace specjalne). Teorię Brunnera przyjęli (co najwyżej zmieniając w podrzędnych szczegółach) Sohm, Schröder, Heusler, Franken l. c. (np. str. 241 i d.) i Horten l. c. II. 1 str. 130 i 182. Dziś już nie ulega wątpliwości, iż dokument w świecie germańskim skonstruowano jako jeden ze znaków osobistych (*Haftzeichen, wadium*) i że odpowiednio do tego wyznaczono mu miejsce w systemie prawa umownego w epoce frankońskiej.

tastyczne średniowieczne symbole umowne w pewną logiczną, a nie dowolnie rozwiniętą całość. Symbolistyka prawa ludów średniowiecznych jest, jak wiadomo, dużo bujniejsza, niż np. u Rzymian, gdzie już wcześniej występuje w prawie z wielką siłą właściwy im pogląd racjonalistyczny na świat, a abstrakcyjna dedukcja wypiera plastykę i kazuistykę w ukształtowaniu prawa. Ale ta bujność i ta fantazyja nie jest dowolną igraszką wyobraźni, jest konsekwentnie pomyslanym i ukształtowanym systemem środków do wyrażania pewnych właściwych tym ludom pojęć i zasad¹⁾. Aby ten system pojąć, trzeba poznać jego podstawy, jego wieki trwający rozwój, trzeba wmyśleć się w czasy bardzo odległe, w duszę narodów do naszej niepodobną, w inny pogląd na świat i inne stany kolektywnej świadomości społeczeństw. A wtedy dopiero to, co wydaje się na pierwszy rzut oka nic nieznaczącą, dziecinną formalnością, staje się okruczem głębszych, naprzód świat popychających potrzeb i wysiłków.

VII.

Peryod kultury rozpoczyna się w życiu społeczeństw z chwilą zwycięstwa składu organicznego nad mechanicznym, a raczej z wystąpieniem całego szeregu zjawisk politycznych, gospodarczych i ideowych, dla których formuła „skład organiczny“ jest tylko najogólniejszą syntezą. Jednym zaś z tych zjawisk jest przemiana miru religijnego na mir państwowy, oparcie porządku prawnego w sposób bezpośredni na powadze władzy reprezentującej państwo.

Chwila ta jest zarazem jednym z najważniejszych przełomów, jakie przechodzić musiał rozwój każdej instytucji prawa, zanim się ona ukazała w formie dzisiejszej, wspólnej (w ogólnych zarysach) wszystkim współczesnym ludom cywilizowanym.

Wykształcenie porządku prawnego państwowego nie jest oczywiście aktem doraźnym, zależnym jedynie od pojawienia się jakiegoś opatrnościowego reformatora, proroka, ustawodawcy. Trwa ono wieki,

¹⁾ Rozprawka Zallingera: *Wesen und Ursprung des Formalismus* (1898) dochodzi w swoich wynikach do zupełnie błędnych rezultatów, bo zamiast wyjść od psychologii ludów natury, wychodzi z utylitarystycznych założeń, aby wytłomaczyć genezę formalizmu. Zallinger twierdzi, iż formalizm mógł tylko powstać w sądach państwowych, jako korelat do biernej roli sędziego, nie było go zaś (wedle jego dedukcji) w epoce sądów rodowych, bo tam sędzia miał kierownictwo z urzędu. Oczywiście z faktami takie przedstawienie się nie zgadza, co potwierdzi każde badanie prawa ludów pierwotnych. Jeszcze jeden dowód więcej, jak niebezpiecznym jest w historii prawa kreślenie stanu rzeczy apriorystyczne nie oparte na obserwacji.

składa się na nie, w każdej dziedzinie, mnóstwo ogniw i odcieni rozwojowych, a tempo tego kształcenia a nawet bliższe sposoby i szczegóły bywają dla każdego narodu odmienne. Nic błędniejszego, jak przyjmować drobiazgowy szablon w tej dziedzinie rozwoju ducha, jak nie uwzględniać skomplikowanych warunków świadomości społecznej, krzyżujących się wpływów historycznych, odmiennych danych psychicznych. Porównawcza metoda w prawie musi ograniczyć się do szukania rezultatów zasadniczych i sumarycznych, jeśli ma być metodą dostatecznie ścisłą i z faktami się liczącą.

W szczególności tempo rozwoju bywa w zasadzie tem bardziej przyspieszone, im później (chronologicznie) dane społeczeństwo występuje na widownię dziejową. Jednym bowiem z czynników najbardziej przyspieszających a nawet determinujących szczegóły rozwoju jest tradycya dziejowa. są te wzory, których społeczeństwu młodzieńczemu dostarczają otaczające go, choćby już nawet w stadium upadku znajdujące się społeczeństwa starsze. Kultura społeczna Oryentu i Egiptu wobec Grecyi i Rzymu, kultura Rzymu wobec państw średniowiecza, odegrała tę rolę przyspieszającego tempo motoru.

Zwycięstwo porządku prawnopañstwowego nad prawnoreligijnym napotyka też na tem mniejsze trudności, im większą doskonałością, siłą i zakorzenieniem odznacza się ten wzór, który ludom barbarzyńskim stoi na oczach, jako drogowskaz rozwoju.

W społeczeństwie rzymskiem, mającem przed sobą wzory tak doskonałe, jak organizacya państwowa grecka i wschodnia (a prawdopodobnie i etruska), wyrobienie zasady państwowości jest faktem, z jakim mamy już do czynienia w epoce tak odległej, a ogarniającym całe życie prawne tak szybko, iż badanie odnośnego procesu dziejowego napotyka tu na ogromne trudności. Znacznie lepiej jest z ludami średniowiecza, gdzie proces zwycięstwa porządku prawnopañstwowego postępuje wprawdzie również od czasu zetknięcia się z kulturą rzymską bardzo szybko, ale za to gdzie odbywa on się niejako przed naszymi oczami, bo w epoce oświeślonej ogromną ilością współczesnych źródeł.

W zakresie prawa umownego proces ten polega na wykształceniu dwóch zasad, obcych epoce barbarzyńskiej. Pierwszą z nich jest zasada, iż poddanie osoby i majątku dłużnika pod moc wierzyciela nie jest dopuszczalne bez autoryzacyi ze strony związku społecznego; drugą, iż społeczeństwo bierze pod swoją opiekę roszczenie wierzyciela nie tylko w razie odpowiedniego utwierdzenia umowy, ale i w tych razach, w których ono opiera się na doznanej przez niego materialnej krzywdzie. Pierwsza z tych zasad jest rozwinięciem pojawia-

jących się już w epoce barbarzyńskiej tendencji, aby samowładność egzekucyi i samowolę wierzyciela ograniczyć przez poddanie jej autoryzacji i kontroli osób trzecich, bezstronnych, arbitrów, gwarantów. organów władzy. Druga z tych zasad jest wprowadzeniem interwencji państwa w dziedzinę, w której dotąd panowała nieograniczenie pomoc własna: w epoce barbarzyńskiej krzywda wyrządzona jednostce a nie naruszająca bezpośrednio interesów całej grupy społecznej, wywołuje między krzywdzicielem a pokrzywdzonym (względnie między ich ścisłszymi grupami) walkę prywatną, o której wyniku rozstrzyga tylko przemoc. Z chwilą poddania jednostki ingerencji i opiece państwa, co jest cechą epoki kultury, każda pretensja oparta na pokrzywdzeniu materyalnem musi znaleźć poparcie ze strony państwa, każda krzywda musi zostać wyrównana pod groźbę reakcji społecznej przeciwko krzywdzicielowi. Jestto dopiero chwila, w której w zakresie prawa umownego może powstać pojęcie kontraktu realnego, wiążącego strony wskutek dokonania i przyjęcia prestacyi, nawet bez specjalnego utwierdzenia stosunku umownego.

Zadaniem niniejszego rozdziału jest przedstawić, jako trzeci punkt ewolucyi, dokonywającej się na podstawie prawa umownego epoki barbarzyńskiej, wytworzenie się pierwszej z tych dwóch zasad, tj. zasady nakazującej oparcie egzekucyi na autorytecie państwowym. W ten sposób uzupełnionymi zostaną dwa punkty ewolucyi dotychczas rozwinięte: 1) przetworzenie się odpowiedzialności dłużnika z osobistej na majątkową (rozwój od eksakracji do kar pieniężnych), oraz 2) przetworzenie się sakralnych sposobów utwierdzania umowy na ich świeckie, formalistyczne surogaty.

Egzekucya umowy w epoce barbarzyńskiej polega na tem, iż bogowie (a względnie jako ich zastępca kontrahent układ dotrzymujący) poddają wiarołomnego dłużnika, nie ozyniącego zadość przyjętemu na siebie zobowiązaniu, pewnej karze, będącej bądź to eksakracją, bądź też jej surogatem, odrośłą. Udując się po opiekę nad stosunkiem umownym do najwyższej władzy, jaką nad sobą uznają, do bóstw, — wierzą obie strony, iż bóstwa te mogą i chcą czynnie w stosunki ludzkie wkraczać, karać swoją obrazę lub pomagać stronie do jej ukarania dążącej. Obok dwóch stron jest już więc wprowadzony do umowy czynnik trzeci, nie interesowany właściwie bezpośrednio wymianą usług czy prestacyi, a przecież na straży umowy stojący, czuwający nad jej dotrzymaniem.

Przypozwanie do umowy tego metafizycznego czynnika trzeciego, gwarantującego stronom obustronne jej dotrzymanie jest jak wykazywaaliśmy, koniecznością na pewnych stadyach rozwoju, bez której

żadna umowa nie może zostać utwierdzoną, to znaczy nie może być prawnie wymuszalną. Udział bóstwa jest warunkiem ważności całej czynności prawnej, w jego to imieniu rozwija potem wierzyciel środki przymusowe przeciwko wiarołomcy, i to stanowi legitymację sprawiającą, iż te środki nie są aktami gwałtu i przemocy, ale składową częścią porządku prawnego panującego w danym społeczeństwie. Wierzyciel broniąc swoich roszczeń, działa w charakterze publicznym, jako reprezentant związku społecznego, narażonego na gniew istoty wyższej, obrażonej przez wiarołomstwo dłużnika i dążącego do ochrony przed tym gniewem. Leży w tem znamieniu prawnopublicznym, które jego działanie przeciwko dłużnikowi nosi, punkt zaczepienia dla dalszego rozwoju, polegającego na tem, aby ten moment publiczności co raz to więcej uwydatniać, aż wreszcie doprowadzi on do zmonopolizowania prawa egzekucyi w rękach specjalnego organu społecznego, jak to ma miejsce w naszym stadium ewolucyi.

Uwydatnimy tę myśl jeszcze lepiej, przedstawiając szereg ogniw pośrednich, które leżą zazwyczaj pomiędzy tymi dwoma. tak od siebie dalekimi punktami rozwoju. Pierwszym objawem uświadomienia w społeczeństwie tego charakteru publicznego, jakim działanie wierzyciela jest zabarwione, bywa rozpowszechniony u wielu ludów barbarzyńskich pogląd, iż ustanawianie odpowiedzialności dłużnika powinno się odbywać nie w skrytości, nie pomiędzy samemi stronami kontraktującymi, ale publicznie wobec całego ludu, lub przynajmniej bardzo znacznej liczby jego uczestników¹⁾. Wymaganie tak pojętej jawności umowy nie ma na celu jedynie łatwości dowodu, do tego wystarczyłoby już przyznanie jednego świadka, ale jest ono wyrazem przekonania, iż czynność ustanowienia umowy pod sankcją religijną, mogącą ewentualnie narazić interesa całej grupy, jest sprawą ogólną a władza jaką uzyskuje wierzyciel nad dłużnikiem, jest faktem, dla którego potrzeba autoryzacyi ogółu.

Pamiętać zaś należy, iż państwka epoki barbarzyńskiej są związkami drobnymi. składającymi się co najwyżej z kilku grup ściślejszych, zgromadzenia więc „całego“ ludu przy różnych sposobnościach (obrzędy religijne, narady, wspólne wyprawy) nie są niczem trudnem ani rzadkiem. Nie należy wreszcie zapominać, co podnosiliśmy wyżej w rozdziale IV, iż stosunki obrotu codziennego odbywają się bez usta-

¹⁾ Zwyczaj składania ofiar, przysięg, ustanawiania klątw etc., publicznie wobec większego zgromadzenia ludności, t. zn. oczywiście najbliższej grupy społecznej, do której kontraktujący należą, spotykamy często u ludów barbarzyńskich. Prawie wszystkie relacje współczesnych etnografów opisujących zawieranie umów, podnoszą ten moment. Ob. np. Paulitschke l. c. (Geistige Cultur) str. 137.

nawiania odpowiedzialności (pacta nuda), wskutek czego oczywiście nie potrzeba do ich załatwienia zgromadzania całego ludu.

W miarę rozrostu organizacji barbarzyńskiej powyższa forma publiczności uledeć musi jednak przemianie; staje się bowiem rzeczą coraz trudniejszą, a wreszcie prawie niemożliwą, zachować tak pojętą zasadę jawności. Przemiana polega na tem, iż prawo zadowalnia się przyzwaniem przez strony do umowy pewnej tylko ilości współuczestników z pomiędzy tej grupy społecznej, do której kontraktujący należą. Rola tych współuczestników (gwarantów) polega na tem, iż reprezentują oni ogół¹⁾; ich udział jest gwarancją prawności całego aktu. Oni to zapomocą odpowiednich działań wzywają bóstwo, aby pomściło wiarołomstwo, i w ten sposób nadają moc (auctoritas) obrzędowi²⁾. W razie sporu między stronami, oni występują jako organ rozstrzygający o uprawnieniu lub nieuprawnieniu wierzyciela. W razie niewątpliwego wiarołomstwa, ich to jest rzeczą dopomódz wierzycielowi do ukarania wiarołomcy, to znaczy do wymuszenia satysfakcyi ustanowionej w umowie wobec nich zawartej. Wreszcie zdarza się często, przykłady niżej

¹⁾ Uważam za zupełnie błędny wywód niektórych badaczy (np. Amira Recht² 133), jakoby początku rękojmi należało szukać w umacnianiu umowy przez danie zakładników. Zakładnik jest czemś analogicznem do zastawu: jestto presya na wolę dłużnika, aby dotrzymał umowy. Gwarant jest zaś od najdawniejszych czasów podmiotem dokonywającym egzekucyi, arbitrem między stronami, czynnikiem zapewniającym nienaruszalność i trwałość stosunkowi umownemu. Zakładników wywodzę ze zwyczaju ustanawiania ograniczonej odpowiedzialności za złamanie umowy; gwarantów z dążności do prawnego unormowania egzekucyi przeciw wiarołomcy. Jeszcze inaczej można to przeciwieństwo streścić mówiąc, iż zakładnik jest zastępcą dłużnika, gwarant zastępcą czynnika, do którego należy opieka nad umową, tj. bóstwa względnie związku społecznego. Tem samem uważam również za błędne twierdzenie Violleta Precisa² str. 589, jakoby początek głównej odpowiedzialności ręczycieli w prawie rzymskim i germańskim należało wywodzić z solidarnej odpowiedzialności grup pierwotnych (komunistycznie urządzonych). Bardziej zbliżoną do prawdy jest już hipoteza Hortena co do początku rękojmi w prawie burgundzkim z arbitrów ustanawianych w razie sporu (Personalexec. II. 1 str. 85).

²⁾ Jednym z najdawniejszych opisów zawarcia umowy za pośrednictwem trzeciego, umacniającego tę umowę przez zagrożenie zemstą bóstw, jest opis Herodota III. 8 odnoszący się do „zareczania wiary“ u starożytnych Arabów. Strony kontraktujące, opisuje Herodot, proszą pośrednika, aby je związał umową. Pośrednik staje między nimi, rani obu w wielki palec, krwią ich nacerpaną na wełnę, wyskubaną z ich odzienia, namazuje siedem w środku stojących głazów i wzywa boga Orotala i boginię Alilat (klątwa na łamiącego²⁾). Obok tego pośrednika głównego bierze jeszcze w umowie udział liczniejsze grono poręczycieli. — Opis ten Herodota można zestawić z kilku wzmiankami Starego Testamentu (Mojż. I. 23, Ruth 4 etc.) o zwyczaju przyzywania do umowy „starszych z ludu“ (zekenim). Starsi ci są reprezentantami całej ludności i autoryzują umowę (ob. Seesesmann Die Ältesten im alten Testament, 1895, str. 16, który uznaje ich za „Die Vertretung des Volkes“).

zestawione bliżej to objaśnia, że wogóle egzekucya przechodzi wyłącznie w ich ręce. Jak długo bowiem jej wykonanie należy do wierzyciela, tak długo istnieje dla dłużnika niebezpieczeństwo, iż ustanowione przez strony w umowie następstwa wiarołomstwa będą przekroczone lub nienależycie tłumaczone. Jako zjawisko prawne równoległe do wytwarzania się pojęcia złagodzonej odpowiedzialności dłużnika, występuje przeto u wszystkich ludów barbarzyńskich tendencya odbierania egzekucyi wierzycielowi, a powierzania jej owym osobom trzecim, z góry już w tym celu do umowy przypozwanym. Jestto poniekąd przeniesienie roli, jaką odgrywa bóstwo, na ludzi, którzy obejmują jego zastępstwo i biorą na siebie, w imieniu bóstwa, ochronę stosunku umową stworzonego. Występują oni zarazem jako reprezentanci interesu społecznego, polegającego na tem, aby na stronie wiarołomnej pomścić obrazę wyrządzoną bóstwu, i zrzucić w ten sposób z całej tej grupy obszerniejszej, do której ona należy, zarzut solidaryzowania się z jej czynem obrażającym siłę wyższą i powodującym jej gniew i ewentualną zemstę.

W stosunku zaś do stron są te osoby trzecie, ci gwaranci, pośrednikami, wykluczającymi coraz bardziej bezpośredni stosunek stron do siebie. Nie do dłużnika musi się zwracać wierzyciel z żądaniem zaspokojenia, ale do tych osób, które wzięły na siebie ochronę stosunku, które zobowiązały się nadać temu stosunkowi trwałość, nienaruszalność. One to w pierwszej linii, a nie dłużnik, są odtąd zobowiązanymi względem wierzyciela, one też tylko mają prawo zapomocą umówionych przy zawarciu kontraktu sposobów wyrzucić presję na wolę dłużnika, aby je od tej odpowiedzialności uwolnił, dotrzymując umowy.

Gwarantów tych należy zaś odróżnić od biernych świadków obrzędu umownego, jakich spotykamy bardzo często w prawach narodów wyżej już rozwiniętych. Z biegiem bowiem czasu mamy do czynienia z coraz to bardziej postępującem różniczkowaniem się pojęcia gwaranta, nadającego auctoritatem tj. moc prawną obrzędowi ustanawiania odpowiedzialności i zobowiązanego wobec stron do strzeżenia nienaruszalności umowy przez to utwierdzonej. Pojęcie to rozszczepia się na pojęcie organu stałego, rozsądającego spory i upoważniającego do egzekucyi i na pojęcie świadka, którego zadaniem jest bronić swojemi zeznaniami i działaniami dowodowemi przed sądem praw dochowującego wiary kontrahenta.

Oba te pojęcia są rozwinięciem obowiązków i funkeyi, jakie w prawach narodów barbarzyńskich ciężą na przypozywanych przez strony do współuczestniczenia w umowie pośrednikach, gwarantach.

W prawach narodów aryjskich, nawet od chwili rozwinięcia się zasady interwencyi państwowej, spotykamy mnóstwo wiadomości

o zawieraniu umów przy pomocy tego rodzaju pośredników, w ręce których zostaje złożone prawo egzekucyi. Jak wszystkich instytucyi prawnych, tak i tej życie jest dużo trwalsze, aniżeli właściwa potrzeba, która ją wykształciła i upowszechniła. Dzięki temu, możemy też badać jej funkcyonowanie nawet wtedy, gdy cały porządek prawny oparł się już na innych fundamentach, choć oczywiście jesto już tylko wegetacya, a sama instytucya przedstawia się jako przeżytek minionych czasów.

W prawach narodów świata klasycznego przeżytki zwyczaju przypozywania gwarantów, egzekutorów odpowiedzialnych wobec stron za nienaruszalność umowy, przechowały się dużo mniej licznie i wyraźniej, aniżeli w prawach narodów zachodnio-europejskich epoki średniowiecznej. Zrozumieć je też można tylko zapomocą zestawienia porównawczego z pojęciami ludów barbarzyńskich a po części z obfitszymi przeżytkami średniowiecznymi, a interpretując ich genezę trzeba pamiętać, że mamy do czynienia z porządkiem prawnym państwowym, który je już zaadaptował i odpowiednio do swoich przewodnich zasad przeistoczył. Niemniej zestawienie ich, pomimo ich bładości i znacznego przeistoczenia, może rzucić pewne światło na epokę barbarzyńską, nie znającą jeszcze zasady interwencji państwowej, a nawet po części na samo wytworzenie się tej zasady.

Stosunkowo liczne, ale za to późne i do interpretacyi genetycznej nie nastęrczające prawie żadnych punktów zaczepienia, dochowały się wiadomości o zawieraniu kontraktów za pośrednictwem i przy auktoryzacyi ze strony osób trzecich z zakresu prawa greckiego¹⁾. Już w najdawniejszych inskrypcyach spotykamy wzmianki o istnieniu zwyczaju, mocą którego względem wierzyciela występują jako ręczy-

¹⁾ W dawniejszem prawie grekiem istniał prawdopodobnie (równie jak gdzieindziej) warunek jawnego ustanawiania odpowiedzialności prawnej, tj. publicznego dokonywania ofiar, przysięg, klątw etc. Dokładniejsze wiadomości mamy o tem dopiero z epoki kultury, we fragmencie Teofrasta i w licznych inskrypcyach. Znane są już wtedy dwie formy publiczności: jedna przez dokonanie aktu przed władzami (o czem ob. niżej), druga przez przyzwanie sąsiadów (jak w Turii i gdzieindziej), którzy występują w charakterze gwarantów prawności aktu, pobierają za to drobne wynagrodzenie od stron i zobowiązani są ewentualnie bronić umowy, w razie gdyby ją chciano naruszyć. Z tych dwóch form nadawania umowie znamienia publicznego, ta druga jest zapewne rozwojowo starszą. Sąsiedzi są tu przedstawicielami pewnej grupy społecznej i na tem polega ich rola. Odnosny ustęp Teofrasta dochował się jednak w niezbyt wiernem brzmieniu, a jego interpretacya nasuwa wielkie trudności (ob. np. Caillemar w *Revue de legislation* 1870 str. 658, Hofmann *Beiträge zur Gesch.* 1870 str. 92, Beauchet l. c. III. 320 i d., Guiraud *La propriété en Grèce* str. 270, etc.). Rola tych „sąsiadów“ odpowiada zupełnie „fastars“ skandynawskim.

ciele t. zw. βεβαιωτήεις, których celem, jak sama nazwa wskazuje, jest utwierdzenie (bebajosis) umowy ¹⁾. Rozpowszechnienie tego zwyczaju zawierania umowy za pośrednictwem „umocnienieli“ po wszystkich krajach greckich w epoce najdawniejszej nie ulega już dziś wątpliwości, aczkolwiek wiadomości z tak ważnej dla rozwoju prawa krainy, jak z Attyki, są skąpe. Natomiast spornem jest wśród badaczy prawa greckiego, czy w epoce dawniejszej zawieranie umowy bez ich współudziału było rzeczywiście niedopuszczalne, tj. czy umowa bez nich zawarta nie uprawniała do zaskarżenia i do egzekucyi zobowiązania. Rozbierając wiadomości o ich współudziale przy zawieraniu umów, oświadcza się pewna część uczonych za odpowiedzią potakującą tj. za uznaniem obligatoryjności przypozywania „bebajoterów“ do zawierania umowy ²⁾. Przegląd wiadomości źródłowych nie uprawnia jak się zdaje do odpowiedzi stanowczej: i tutaj, jak często w najważniejszych szczegółach odnoszących się do epok zbyt odległych, wypada odpowiedzieć raczej: non liquet. Sporną jest również odpowiedź na pytanie, jaka odpowiedzialność ciążyła na osobach umacniających umowę. subsydyarna czy główna? Pod tym względem dzielą się również zdania, a nie wątpliwie większe prawdopodobieństwo przemawia za tem, iż w epoce, z której pochodzą najdawniejsze inskrypcye, odpowiedzialność ta była główną ³⁾. Ale nawet gdybyśmy przyjęli fakt przeciwny,

¹⁾ I w prawach ludów orientalnych spotykamy gwaranta przy kupnie (babiloński rasutanu), ale o jego znaczeniu i odpowiedzialności nie mamy dostatecznych wiadomości. Por. Revillout *La propriété en droit égyptien* (1897) str. 47 i *Les obligations* str. 12 i 159, który zestawia „rasutann“ z bebajoterem greckim.

²⁾ Istnieje bardzo ożywiona kontrowersya w historii prawa greckiego, czy bebajoterai greccy należeli w pewnym stadyum rozwoju do essentialia negotii przy umowie, a w szczególności przy kupnie, do którego odnoszą się prawie wszystkie inskrypcye. Między innymi, pomijając literaturę starszą, Mitteis *Reichs.* str. 503—510 oświadcza się za tą hipotezą, Beauchet *IV.* str. 146 przeciwko. *Daresté (Études)* str. 13 i *passim.* oraz w kilku innych swych pismach) idzie jeszcze dalej, zdaje się bowiem przyjmować, że udział bebajotera był koniecznością przy zawieraniu wszystkich kontraktów, „Dans le droit primitif... pour qu'il y eût contrat légalement formé et obligatoire, il ne suffisait pas de l'accord de deux volontés. Il fallait, en général, qu'un tiers intervînt et se portât caution. Le cautionnement, qui n'est plus pour nous qu'un contrat accessoire, était alors un élément essentiel du contrat principal. La caution y figurait pour obliger chacune des parties envers l'autre. C'est pour cette raison qu'elle était tenue comme le debiteur principal et même plus vigoureusement“. Podobnie formuluje swoje zdanie w tej kwestyi inny znakomity historyk, autor najlepszej monografii o historii poręczenia w prawie średniowiecznem, A. Esmein, rozbieając w osobnej rozprawie jeden z ustępów Homera, w którym odnajduje najdawniejszy ślad gwarancji (*Un contrat dans l'Olympe*, Rome 1888 str. 8).

³⁾ Wydawcy zbioru „*inskrpcyi prawnych*“ sądzą, zdaje się słusznie, iż odpowiedzialność bebajoterów jest główna (*Recueil I. s. 100 i passim*), przeciwnie przy-

to nie przesądza to oczywiście pytania, jaką ona była pierwotnie. Analogie prawne uczą bowiem, iż rozwój odpowiedzialności ręczyciela idzie właśnie w tym kierunku.

Nadaje to pewne prawdopodobieństwo hipotezie, iż niegdyś bebajoterowie byli wyłącznie zobowiązani wobec wierzyciela do obrony stosunku umownego i do dostarczenia mu odpowiedniej satysfakcyi w razie jego pogwałcenia. W epoce, do której należą inskrypcye należące do ich obowiązków dopomóż wierzycielowi do tego przez interwencję przed sądem ¹⁾, oczywiście nie jest to jednak droga znana prawu przedpaństwowemu, a jeśli bebajoterowie, jak należy przypuszczać, są pozostałością po czasach przedhistorycznych, to wówczas musiała do nich należeć egzekucya samowładna na dłużniku ²⁾.

O ile w Rzymie zawarcie umowy z poddaniem się dłużnika pod moc wierzyciela musiało być dokonane w sposób publiczny, legitymujący pomoc własną, jest dzisiaj niesłychanie trudno stwierdzić ze względu, iż i tutaj źródła są późne i nie dają należytego wyobrażenia o stanie prawa w przedpaństwowej epoce ³⁾. Można jednak powołać się na pewne wskazówki, pozwalające uzasadnić tego rodzaju hipotezę. Jest najprzód rzeczą ogólnie uznaną, że przy jednym z najbardziej ważnych sposobów ustanawiania odpowiedzialności (niewola), tj. przy *nexum*, musieli być przypozwani świadkowie reprezentujący związek społeczny, tak samo jak przy mancytacji. Znaczenie ich tłumaczy Ihering jako „legitymację do pomocy własnej“ wierzyciela ⁴⁾. Czy i jakie mieli

puszcza Guiraud La propr. str. 272--4 (na podstawie, iż formuły ich ustanawiania wymieniają nazwisko dłużnika na pierwszym miejscu). Podobnie Beauchet IV. 149. W każdym razie wiadomości nasze dotyczą dopiero czasów późnych.

¹⁾ Bebajoterowie w niektórych inskrypcjach (ob. np. Reinach *Épigraphie* str. 119) są wyraźnie zobowiązani do takiej obrony danej czynności prawnej, a gdyby tego nie dopełnili, płacą znaczne kary pieniężne ($1\frac{1}{2}$ razy wartość przedmiotu).

²⁾ Wedle wszelkiego prawdopodobieństwa Grecy *συμπραττορες*, (o których bliżej ob. Szanto w *Wiener Studien* IX. 289) i *συνεταροῦντες*, (np. *Recueil des inscr.* I. 95 z Tenos) nie są identyczni z bebajoterami (dowody ob. u Beaucheta l. c. IV. 140), ale oznaczają współwłaścicieli pownego gruntu (np. *jure propinquitatis*), którzy dlatego są przyzywani do jego pozbycia. Natomiast jako bebajotera możemy uznać wspomnianego kilkakrotnie (np. w liście św. Pawła do Galatów 3, 19) *μαρτυρ*, o którego znaczeniu ob. bliżej Mittels w *Hermes* 1895 str. 616 i d. Ręczycielami prawności aktu, zobowiązanymi ewentualnie do jego obrony, są też owi *μνήμες*; w Grecyi, którzy prowadzą gdzieś wykazy gruntowe (np. Dittenberger *Sylloge inscript.* 77), a więc są organami społecznymi.

³⁾ „*Coram populo agere*“ odgrywa w ogólności w prawie rzymskiem dawniejszem rolę bardzo ważnego momentu, szczegóły ob. u Danza *Schutz* str. 224.

⁴⁾ Ihering *Entwick.* str. 115 i d., który stara się udowodnić, iż nie są to bynajmniej świadkowie dowodowi. Wogóle jednak znaczenie, a nawet i liczba 5 świadków

obowiązki względem kontrahenta w epoce barbarzyńskiej, nie wiemy; w czasach późniejszych mieli obowiązek stawać w sądzie celem składania świadectwa w razie sporu ¹⁾. Nie wiemy również, czy udział „drugich auktorów“ spotykanych później przy mancytacji, należy już odnieść do epoki najdawniejszej, jest to jednak wysoce prawdopodobnem a prawie wszyscy badacze są im skłonni przyznać taką rolę, jak greckim bebajoterom ²⁾. Znaczyłoby to, iż w mancytacji biorą udział gwaranci, ręczący za jej prawność i odpowiedzialni przed obu stronami. Co do najdawniejszej sponsio i stipulatio, to nie dochowały się wskazówki nawet tak niepewne, pozwalające postawić hipotezę udziału gwarantów. Nawet sama możność ustanawiania ręczycieli głównych, odpowiedzialnych wobec wierzyciela swoim majątkiem za dotrzymanie umowy, (*vades, praedes*), przy sponsio i przy stipulatio czasów późniejszych jest zakwestyonowana w nauce o ile chodzi o umowy między prywatnymi ³⁾; w czasach historycznych spotykamy tylko ustanawianie

przy *negotia per aes et libram* bywają objaśniane rozmaicie. Doktryną panującą (sądząc, że słuszną) jest ta, która uważa ich za reprezentancyę 5 klas serwiańskich, a tem samem za reprezentantów społeczeństwa. Girard (*Manuel* ³ str. 275) odrzuca to tłumaczenie ze względu, iż uważa *negotia* za formy starsze od reformy serwiańskiej, ale nie jest to argument dostateczny, skoro sama cyfra jest oczywiście późniejszą, a dawną, prastarą, może być tylko myśl, iż świadkowie reprezentują lud. Zarzut Bruns (Die sieben Zeugen w Kl. Schr. I. str. 122 i d.: „Danach könnte man in Rom vor Servius keinen Esel kaufen können, ohne dass das ganze Volk mit seinen Priestern an dem Geschäfte Theil genommen hätte“) jest też niesłuszny, bo nikt nie wyobraża sobie, aby przy każdym *negotium per aes et libram* musiał się niegdyś cały lud zgromadzać, wystarczyła obecność pewnej grupy, tłumu, nieraz całkiem przypadkowo dobranego, i ta grupa reprezentowała całość, tak jak to bywa u wszystkich ludów barbarzyńskich. Wprowadzenie 5 świadków, odpowiadających 5 klasom, jest objawem tendencji do uporządkowania takich przypadkowych zgromadzeń.

¹⁾ Co do przymusu świadczenia ob. bliżej u Danza *Gesch.* ² II. 17.

²⁾ Analogii między rzymskimi „*secundi auctores*“ a *bebajoter* greckimi dopatrują np. Schulin *Gesch.* (1889) s. 360 i 386, Beauchet l. c. IV. 143, Bruns *Die Unterschriften in den röm. Rechtsurk.* (w. Kl. Schr. II. 41), lub Schulten w *Hernes* 1897 str. 283. Zwłaszcza dokumenty omawiane przez Schultena są niesłychanie charakterystyczne: „*fidejussor quem vulgo auctorem secundum vocant*“ ma za obowiązek „*venditionem fide sua et auctoritate esse jubere*“, a więc tę samą funkcję, co *bebajoter* grecki.

³⁾ Chociaż, co się tyczy *vades*, zdaje się na to wskazywać Varro *De LL.* 6, 74. Znacznie pewniejszym jest używanie nawet jeszcze w epoce historycznej przy umowach między prywatnymi gwarancy t. zw. *praedes* (*Gaj.* 1, 16, 94). *Praes* ręczył swoim całym majątkiem za dłużnika, a gdyby swej powinności nie spełnił, mógł wierzyciel sam sobie satysfakcyę wyegzekwować sprzedając majątek *praedis* („*venditio praedis*“, u *Cic. Phil.* 2, 31, 78). Żałować należy, że jedyna obszerniejsza monografia poświęcona tym kwestyom (Voigt *Über das Vadimonium* 1873) jest prawie niemożliwą do użytkowania z powodu zbyt fantastycznych konstrukcyi.

takich gwarantów tam, gdzie chodzi o zobowiązania względem państwa. Mimo to co do epoki przedpaństwowej, uważamy za rzecz nie wykluczona, wskazują na to analogie niżej zebrane, iż było zwyczajem tego rodzaju gwarantów przy każdej umowie w ten sposób zawieranej ustanawiać. Ale oczywiście nie wykluczając takiego przypuszczenia, nie możemy go uważać za wniosek uprawdopodobniony.

Co do ludów aryjskich średniowiecznych wiadomości są, jak zaznaczyliśmy, znacznie obfitsze i pozwalają na ten punkt rozwoju rzucić jaśniejsze światło. Zwłaszcza co do Celtów ¹⁾ i Germanów możemy stwierdzić, iż w odleglejszych epokach ich bytu było rzeczą przez prawo zwyczajowe nakazaną zawieranie umów za pośrednictwem gwarantów, oraz że przypozwanie gwaranta przenosiło wykonywanie egzekucyi na dłużnika z rąk wierzyciela do rąk gwaranta.

Z praw zaś ludów germańskich prawa skandynawskie, jak pod innym, tak i pod tym względem zachowały nam najwięcej śladów rozpowszechnienia gwarancyi umownej, a dopiero dokładniejsze ich zbadanie zwróciło uwagę uczonych na zupełnie pokrewne zjawiska w prawach narodów zachodnio-europejskich. W źródłach skandynawskich spotykamy dwie kategorie gwarantów. Pierwsza z nich, jak to udowadnia Amira w swoim znakomitem dziele o obligacyach w Szwecyi i Norwegii (a co odnosi się również do Danii), nosi wybitny charakter prawnopubliczny, jest reprezentacją sądu, wiecu, gminy ²⁾,

¹⁾ Ręczyciel w prawie walijskiem (amodwr, amotwyr) stanowi element konieczny przy każdej umowie, o ile ta umowa nie została utwierdzona przysięgą (briduw); jeżeli w umowie nie uczestniczył gwarant, to dłużnik może się odprzysiądz i wierzyciel swe prawa traci (Anc. laws of Wales I. 134—136). Ręczyciel ma wyegzekwować dług a w razie sporu jego zeznanie przed sądem rozstrzyga o warunkach umowy. Gdyby nie mógł lub nie umiał dostarczyć wierzycielowi satysfakcyi, to musi uiścić się za dłużnika z zobowiązania, ale za to ma prawo złupić go, gdziekolwiek go spotka. Zobowiązanie gwaranta powstaje przez połączenie trzech rąk: dłużnika, wierzyciela i ręczyciela w chwili zawierania umowy. — Cartulaire de Redon (wyd. Courson 1863) jeden z najbardziej interesujących kartularzy francuskich, zawierający dokumenta świadczące o bezustannem mieszanu się elementów prawnych celtyckich, germańskich i romańskich, przynosi dowody, iż i u Bretonów ładu stałego jeszcze w w. IX i X istnieją te same formy zawierania umów a w szczególności to samo rozróżnienie dwóch typów umownych (briduw = umowa umocniona sakralnie i ammod = umocniona przez przypozwanie gwarantów), jak u Celtów walijskich w tymże czasie.

²⁾ Ob. np. Oblig. I. 276 i passim. Lehmann w osobnej rozprawce jaką poświęcił zwyczajowi umacniania umów przez „Fastars“ (Festiger) w dawnej Szwecyi (Die altschw. Festiger in Abhandlungen zur germ. Rg. 1888 str. 97—174), odrzuca wprawdzie twierdzenie (Amiry), jakoby ci „umacniacze“ byli początkowo reprezentantami wiecu czy sądu, ale przyznaje, iż udział ich w umowie nadaje tejże piętno prawnopubliczne, legitymuje kroki prawne przeciwko naruszającym. Sam wywodzi tę in-

i nosi nazwę „umacniaczy“, „fastars“, a w źródłach pisanych po łacinie nazwę „firmarii“ lub „adfirmatores“. Istnieje cały szereg umów, przy których przypozwanie adfirmatorów należy do essentialia negotii, to znaczy, które bez ich udziału ¹⁾ zawarte — są wedle źródeł XII—XV wieku nieważne. Obowiązkiem ich jest czuwać nad tem, aby żadna ze stron umowy nie złamała, a w razie złamania do nich należy użyć przed sądom satysfakcyę dla strony umowę dotrzymującej, ewentualnie przeprowadzić egzekucyę. W razie gdyby gwarant obowiązków swych nie dopełnił, strona poszkodowana ma prawo przeprowadzić egzekucyę na jego majątku, a nadto płaci on za to karę na rzecz władzy. W szczegółach zachodzą pomiędzy poszczególnymi prawami północno-germańskimi znaczne różnice co do ich postanowień o obligatoryjności, o sposobie ustanawiania, o odpowiedzialności gwarantów przy umowie, podane jednak powyżej znamiona można uważać jako cechy wspólne, spotykane we wszystkich prawach skandynawskich.

„Fastars“ wymagani są tylko przy niektórych umowach, pod względem ich oznaczenia zachodzą lokalne różnice. O ile prawo nie wymaga ich obecności, istnieje zwyczaj przypozywania jednego przynajmniej ręcyciela, t. zw. vin'a, którego zadania i prawa są w głównych rysach identyczne, ale który może być dowolnie przez strony dobrany i dlatego zatracił ten charakter prawno-publiczny, który odznacza instytucyę „fastars“ ²⁾. Sądzymy jednak, iż nie może to przeszkodzić zaliczeniu „vin'a“ do objawów szczątkowych pozostałych

stytucyę ze wspólności rodowej i sąsiedzkiej (str. 168 „Die faest dürfte ihren Ursprung in der Hinzuziehung der einspruchsberechtigten Verwandten und Nachbarn haben“). Ale przypuszczenie to, gdyby nawet przyjąć za udowodnione, iż taka wspólność co do nieruchomości w czasach pierwotnych istniała, nie tłumaczy dlaczego umacnianie takie jest formalnością niezbędną nie tylko przy umowach o nieruchomości, ale i o ruchomości (np. str. 131), co do których nawet najgorętsi zwolennicy tej teorii nie przyjmują wspólności. Sam Lehmann uznaje „fastars“ za odmianę „vin'a“ (str. 165) a tem samem upada jego hipoteza. Znakomity znawca prawa skandynawskiego, K. Maurer, uważa ją również za błędną w swej krytyce rozprawy Lehmana (Krit. Viertelj. XII. N. F. str. 206), przywołując przeciw niej cały szereg innych okoliczności. Analogie zachodnio-europejskie i anglosaskie do instytucji „fastars“ ob. niżej.

¹⁾ Z pomiędzy tych „fastars“ jeden występuje zazwyczaj jako kierownik całej czynności, wypowiadający formułkę twierdzenia: firmarii pronuncia verunt contractum esse legitimum factum (Amira Obl. I. 269 i d.). Ich utwierdzenie ma ten skutek, iż umowa jest nienaruszalna.

²⁾ Amira Obl. I. 349 i 701 udowadnia słusznie, iż vin nie jest maklerem w dzisiejszem tego słowa pojęciu, ale gwarantem prawności umowy, zobowiązanym do jej bronienia i odpowiedzialnym za nieobronienie. Ze względu na analogie niemieckie należy przyjąć, iż „vin“ jest formą pierwotniejszą gwarancyi, i że nominowanie przez władzę osobnych gwarantów dla umów ważniejszych jest zjawiskiem późniejszym.

w prawie XII—XV wieku po poglądach charakteryzujących epokę barbarzyńską.

Podobnie ma się rzecz w prawie anglosaskiem. I tutaj spotykamy się z podobną jak u ludów skandynawskich dwoistością instytucji gwarancyi. Obok wykształcenia instytucji gwarantów reprezentujących bardzo wyraźnie ideę auktoryzacji praw wierzyciela przez związek społeczny, o której pierwszą dokładniejszą wzmiankę czytamy już w ustawach X stulecia ¹⁾, spotykamy zwyczaj zawierania umów mniej ważnych przez pośrednictwo gwaranta dowolnie przez strony dobieranego, zwanego w źródłach od najdawniejszych czasów „borh“, „plegius“. Odpowiedzialność i zadania jego są te same, co „vin'a“ skandynawskiego ²⁾.

Badanie Sohma, Brunnera, Val de Lievre'a, Heuslera, Frankena, Hortena i innych stwierdziły dla epoki frankońskiej, iż spotykani w źródłach tej epoki „mediatores“, „fidejussores“, „wadiatores“ przypominają jak najdokładniej analogiczne zjawiska skandynawskie i anglosaskie. W zasadzie jest rzeczą niedopuszczalną w epoce frankońskiej dopełnienie wadyacji bez udziału trzeciego, występującego jako pośrednik między stronami ³⁾. „Wadium“, czyli w myśl poprzednich wywodów zazwyczaj festukę, wręcza dłużnik wierzycielowi, a ten musi ją oddać do rąk mediatora, gwaranta ⁴⁾. Mediator ręczy względem wierzyciela, iż dłużnik dotrzymanie umowy, w razie przeciwnym wierzyciel ma prawo fantować pośrednika, pośrednik zaś dopiero ma prawo użyć środków przymusowych przeciwko wiarołomnemu dłużnikowi (np. niewola!), aby go skłonić do dotrzymania umowy ⁵⁾. Używanie ręczycieli-

¹⁾ Ob. mianowicie Supplementum legum Eadgari § 3—6 (Schmid Gesetze der Angelsachsen, str. 196). Ci urzędowi gwaranci są przez władzę z góry zaprzysięgani.

²⁾ Ob. bliżej Schmid l. c. (s. v. borh), oraz Pollock-Maitland The hist. of english law II. (1895) str. 1883.

³⁾ Dowód, iż udział gwarantów jest koniecznym elementem każdej wadyacji w epoce frankońskiej, przeprowadzają Val de Lièvre Launegild str. 165 i d., Brunner Rechtsg. II. 365—9, Sohm Eheschl. s. 39, Esmein Études str. 80 i d., Wodon La forme str. 118, Horten II. 1 str. 50 etc. Z ważniejszych ustępów źródeł potwierdzających to zapatrywanie można przytoczyć, zwłaszcza Lex Burg. Gundob. c. XIX, oraz Rothar. 366 i Liutpr. 36, 37 etc.

⁴⁾ Tylko wedle prawa burg. dłużnik wręcza wadium wprost gwarantowi, ob. Lex Gund. Burg. XIX

⁵⁾ Prawo wierzyciela do fantowania gwaranta, o ile ten nie zmusi wiarołomnego dłużnika do satysfakcji, ob. np. Cod. Cav. I. 117 (z r. 882) i częściiej. Gwarant ma obowiązek dłużnikowi egzekwować, ewentualnie uwięzić go i oddać wierzycielowi (ob. np. Helfferich Entst des West. Rechts, str. 333). To też ręczyciel uwalnia się od swojej odpowiedzialności, wydając osobę dłużnika wierzycielowi, ob. np. w Lex Gund. Burg. XIX. 7. W literaturze odnoszącej się do rozwoju odpowiedzialności gwaranta

pośredników i przy innych wypadkach *fides facta* tj. po za wadiacją jest również stwierdzone dla epoki frankońskiej. Jak zaś dalece prawo ówczesne podkreśla moment obligatoryjności przypozywania gwarantów do umowy, może być dowodem wyjaśniona dopiero świeżo przez Sohna i Brunnera instytucya „własnej rękojmi“ (*Selbstbürgschaft*), dopuszczona w niektórych prawach szczepowych jako wyjątek od powyższej zasady, tj. jako sposób zobowiązania się dłużnika w razach, w których nie może dostarczyć mediatora. Aby uratować zasadę, iż mediator jest koniecznością prawną, pozwala mianowicie prawo w tych razach, aby dłużnik sam siebie ustanowił gwarantem umowy¹⁾. Dość należy, iż pojęcie autogwarancyi dłużnika nie jest obce i wielu innym prawom²⁾, a zjawia się w epokach, kiedy w społeczeństwie odpada już potrzeba auktoryzacyi umowy przez trzecich ze względu, iż prawo umowne zostało oparte na interwencyi państwowej, mimo to zaś

udowadnia zwłaszcza Heusler II. 250—253 bardzo trafnie, iż pierwotną funkcją gwaranta jest obowiązek wystarania się o „satisfakcyę dla kontrahenta poszkodowanego, a jego odpowiedzialność majątkowa na przypadek niezapłaty jest funkcją pochodną, wykształconą dopiero przez prawo w drugiej połowie wieków średnich. Ale nawet i w prawie tej epoki (XII—XV w.) dochował się przy jednym z kontraktów, przy grze, niesłychanie charakterystyczny pogląd, iż kontrakt jest nioważny bez przyzwania trzeciego, w ręce którego składa się przedmiot gry i do którego należy egzekucya umowy (Pfantner). Upoważniony on jest do pomocy własnej przeciw przegrującemu, może złupić jego mienie i uwięzić osobę. Ob. o tem Schuster Das Spiel (1878) str. 58 i d., oraz Stobbe Reur. II. 19—20. Jestto niewątpliwie przeżytek stosunków dawniejszych, w których udział gwaranta przy umowach i jego znaczenie dla egzekucyi były podobnymi do tych, o których jest mowa w tekście.

¹⁾ Najbardziej znanym ustępem odnoszącym się do tej autogwarancyi dłużnika jest w prawie frankońskim c. 6. Ed. Chilp.: „ipse in senextra manu festucam tenent et dextera manu auferat“. Wyjaśniają ten ustęp, i wogóle znaczenie autogwarancyi: Sohn Eheschl. 41, Heusler II. 242, Brunner Forsch. str. 592, Horten I. c. I. 1, str. 106—7. II. 1, str. 122—5, 162, 184, 210—212.

²⁾ Autogwarancya (*Selbstbürgschaft*) dłużnika jest także upowszechnionem zjawiskiem w prawie grecko-egipskiem, gdzie dłużnik przyjmuje rolę bebajotera (ob. bliżej Mitteis Reichsrecht str. 505, który tłumaczy, jakim sposobem grecka bebajosis ręczyciela zamienia się w Egipcie na auto = bebajosis kontrahenta. Tłomaczenie jego jednak nasuwa pewne wątpliwości wobec tego, iż autogwarancya dłużnika znana jest i właściwemu prawu greckiemu, ob. np. Recueil des inscrip. I. 100). Mitteis str. 98—9 i 505 przypuszcza istnienie takiego zwyczaju również i w prawie rzymskiem (np. w *Lex Puteolana*: C. Blossius idem praes). Być też może, iż „auctor et spontaneus fidejussor“ w dokumentach z Rawenny (Marini nr. 122) oznacza autogwarancyę kontrahenta.

Zakaz autogwarancyi spotykamy wreszcie w prawie celtyckiem (*Leges Walliae Wottona*, lib. II. 34, str. 104): *debitorem pro fidejussore accipere non expedit, debitoris enim et fidejussoris stipulationes sunt diversae, nec creditor actio competitis nisi ad unam istarum stipulationum exigendam*. Widocznie i tutaj rozpowszechnił się był, analogiczny do zachodnio-europejskiego, zwyczaj samorękojmi dłużnika.

społeczeństwo nie umie jeszcze zerwać z dawnymi formami obrotu umownego.

W epoce frankońskiej, jak wynika z odnośnych tekstów, celem ustanowienia rękojmi przy umowie oraz najbardziej uwydatnionym przez źródła powodem przypozywania gwarantów, jest uniemożliwienie nadużyć przy egzekucyi, tj. powierzenie tej funkcyi osobom trzecim, bezstronnym. Tylko gwarant ma prawo do jej przeprowadzenia ¹⁾, z jego śmiercią gaśnie obowiązek dłużnika do ścierpienia, aby ktokolwiek w ten sposób ograniczał tę sferę jego działalności, w obręb której nawet państwo przez długie barbarzyńskie wieki nie wkracza ²⁾. Koniecznym następstwem takiego pojmowania rzeczy jest główna odpowiedzialność rękojemcy wobec wierzyciela, którą źródła najdawniejsze z całą stanowczością wielokrotnie zaznaczają ³⁾.

W razie sporu pomiędzy kontrahentami jest też rzeczą prawdopodobną, iż pośrednicy występowali byli niegdyś jako naturalni rozjemcy, arbitrowie, orzekający, po czyjej stronie jest słuszność i czy złamanie wiary rzeczywiście nastąpiło. Oczywiście mogło to mieć miejsce tylko tak długo, jak długo państwo nie wytworzyło specjalnych organów władzy do rozstrzygania wszelkich sporów między stronami tj. aż do czasu oparcia porządku prawnego na podstawie autorytetu państwowego. Odtąd funkcję rozsądzania sporów między stronami mogą pośrednicy otrzymać tylko w drodze specjalnego zastrzeżenia przy zawieraniu umowy ⁴⁾. Natomiast na pierwszy plan wysuwa się coraz więcej inna ich funkcya a mianowicie obowiązek zwalczania strony wiarołomnej przed sądem, dostarczenia świadectwa potwierdzającego

¹⁾ Stąd też dokumenty nazywają często gwarantów „obrońcami“ umowy np. Thevenin Textes, str. 237 (r. 1090). Procesy wytaczane gwarantom o „defectus garantie“ (jeśli nie chcą lub nie umieją stosunku umownego bronić) są nawet w czasach późniejszych częste, np. Les Olim II. str. 284 (z r. 1288).

Dodać jednak należy, iż w prawie salickim występuje już od chwili jego spisania tendencya do ograniczenia pomocy własnej przy egzekucyi dłużnika i do przypozywania urzędnika (hrabiego) do tej czynności. W prawach innych szczepów egzekucya jest zrazu rzeczą gwaranta (np. w prawie burgundzkim i longobardzkim). W dalszym jednak rozwoju, jak to już wyżej (str. 331) podniesiono, prawo północno-włoskie rozwija najenergiczniej zasadę ingerencji państwowej, wyprzedając prawa krajów pozaalpejskich. Obacz. wywody dalsze.

²⁾ Extravag. do Lex Sal. B. nr. 6 (w wyd. Geffckena 1898 str. 94): „postquam autem debitor vuadium dederit, liber erit si fidejussor moritur“.

³⁾ O odpowiedzialności głównej ręczyciela w dawniejszem prawie (frankońskiej epoki), obacz studjum Esmeina Études str. 85 i d., albo Heuslera Institut. II. 232 241 („der Bürge war der Ersatz des Schuldners für den Gläubiger“), 251.

⁴⁾ Tego rodzaju obowiązek zaznaczają dokumenta umowne, nawet późniejsze, bardzo często, np. Lacomblet Niederrh. Urk. II. 461 (z r. 1258): fidejussores.... pro-

roszczenia pokrzywdzonego kontrahenta, wywalczenie mu zadosyćuczynienia. Źródła późniejsze tj. z XII—XV wieku ten ich obowiązek uwydatniają przedewszystkiem. W spisach prawnych tego czasu i w pomnikach praktyki spotykamy pojęcie pośrednika umownego w tym właśnie kierunku wykształcone. Jednym ze zjawisk życia prawnego, niesłychanie charakterystycznym dla tej ewolucyi pojęcia pośrednictwa jest przekształcenie w tym duchu znaczenia wielu form umownych, np. przybicia (*Handsclag*) i litkupu. „Przybicie“ odbywa się w ten sposób, iż splecione ze sobą ręce stron kontraktujących przecina pośrednik, którego obowiązkiem jest w razie wiarygodności którejkolwiek ze stron zwalczyć jej twierdzenia przed sądem i doprowadzić do zadosyćuczynienia stronie pokrzywdzonej. Litkup przemienia się na wspólne jedzenie lub picie stron, w którym bierze udział pewna liczba osób trzecich ¹⁾, występujących jako ręczyciele prawności umowy, poświadczających dobrą wiarę obu stron i zobowiązanych do bronienia węzła umownego ²⁾ w razie, gdyby jedna ze stron lub kto trzeci usiłował ten węzeł naruszyć ³⁾.

miserunt, omnem quaestionem sive calumpniam... prout juris et consuetudinis est fidejussorum... se totaliter amoturos. Im słabszą była władza państwowa, tem większe znaczenie miał tego rodzaju obowiązek gwarantów.

¹⁾ Ten zwyczaj ugaszczania gwarantów bywa zupełnie mylnie, racjonalistycznie zazwyczaj w nauce tłumaczony. np. *Amira Recht* ² s. 166 („um ihnen die Aufmerksamkeit zu schärfen“).

²⁾ Litkupnicy mają prawny obowiązek do zwalczania w sądzie kontrahenta wiarygodnego (dowody u *Stobbe* *Reurecht* II. 5 i 8). a świadectwo ich jest zrazu zrównane co do siły dowodowej z świadectwem sądu (ib. II. 10). Dopiero praktyka magdeburska wykształca, nie bez natrafienia na opór, przeciwną zasadę (ib. II. 11—12), sprzeczną z wszystkimi dawniejszemi źródłami.

Często miewają oni także charakter arbitrów, rozstrzygających swoim orzeczeniem spór stron o wykonanie umowy np. *Tomaschek Der Oberhof Iglau* (1886) str. 157, oraz *Stobbe Reur.* II. 10—13. W w. XVI litkupnicy zaczynają się zamieniać w nałogowych pośredników, a w społeczeństwie powstaje silny prąd przeciwko ich używaniu. Ob. np. polemikę *Rabelais'ego* (cyt. *Esmein Études*), oraz *Stobbe Reur.* II. 13.

³⁾ Uczestnicy litkupu (*mercipotarii*) bywają najczęściej dobierani z pośrodku gminy, do której kontrahenci należą. Niekiedy bierze w nim udział nawet cała gmina, (ob. np. w *Archives de Poitou* II. 41 z r. 1051: *vinum comparavimus et facto in commune (gmina) quod vulgo dicitur beuragio, discessimus. Hujus rei tot sunt testes quod Aureae Vallis habitatores*); albo przynajmniej kilku jej przedstawicieli (liczne przykłady zwłaszcza w księgach miejskich wieku XII, ob. zacytowane w dalszym ciągu dwa ustępy z ksiąg m. Kolonii wydanych przez *Hoenigera*). Nieraz bierze udział w litkupie sołtys, jako reprezentant władzy sądowej w gminie, a prawo zwyczajowe (później i spisane) uważa przyzwanie tych „obywateli“ i sędziego przy niektórych umowach (np. kupno gruntu) za obligatoryjne. Inaczej stosunek umową wytworzony

Cały szereg przepisów owoczesnych stwierdza istnienie tej tendencji w prawie, aby uniemożliwić zawieranie umów bez przypozwania tego rodzaju pośredników-ręczycieli, których współdział jest warunkiem otoczenia umowy opieką prawa.

Obowiązek tego rodzaju nie bywa oczywiście zazwyczaj obowiązkiem bezinteresownym: osoba trzecia wedle ówczesnych poglądów ma prawo do drobnej odpłaty, nagradzającej jej przyjęcie na siebie odpowiedzialności płynącej z rękojmemstwa. Jako taka odpłata uchodzi przy litkupie udział w jedzeniu i picciu, przy innych zaś sposobach ślubowania wiary spotykamy się często ze zwyczajem wynagradzania gwarantów drobnym datkiem w naturaliach lub nawet pieniądzech. Przez przyjęcie datku zostaje majątkowo zrównoważony obowiązek rękojemcy do bronięcia stosunku wytworzonego umową, względnie do dostarczenia satysfakcyi kontrahentowi pokrzywdzonemu wiarołomstwem, obowiązek utwierdzony przezeń w sposób identyczny, jak obowiązek każdego dłużnika ¹⁾.

Jeszcze lepiej jak gdzieindziej, możemy obserwować w krajach zachodnio-europejskich wytworzenie się obok gwarancyi przez osoby prywatne, instytucyi gwarancyi z charakterem wybitnie prawnopublicznym. I w dawniejszych czasach jest dla stron rzeczą szczególniej

nie jest otoczony należyty „mirem“ (pax). Udział obywateli i sędziego jest odpłatny (np. ustawa Lubeki z r. 1188: „pro pace confirmanda lucrum provenit medium civibus, medium iudici“, w Keutgena Urk. str. 184). Takie stanowisko prawa jestto punkt graniczny między utwierdzeniem przez órodek sakralny, a raczej przez jego surogat, a pomiędzy utwierdzeniem przez władzę jako organ stojący na straży miru państwowego. Tego rodzaju przypozywanie członków gminy do zawierania umów jest najdokładniejszą analogią do zwyczaju opisanego nam co do niektórych praw greckich przez Teofrasta (o czem wyżej) Uważamy oczywiście za rzecz zupełnie mylną tłumaczyć obligatoryjność przypozywania sąsiadów przeżytkami z epoki komunizmu, jak to czyni większość uczonych niemieckich i francuskich, np. Viollet w Établ. de S. Louis I. 106 (La vente fut un acte public auquel prirent part avec le vendeur proprement dit les autres membres de la tribu intéressés dans l'opération et cette forme subsista longtemps... alors qu'elle n'avait plus de raison d'être).

¹⁾ I poręczenie bywa zawarte, podobnie jak każda umowa przez jedną z form „fides facta“. Najczęściej przez danie ręki wierzycielowi przez gwaranta (tak już w Biblii!). Przy zobowiązaniach dwustronnych poręczyciel ujmuje obu kontrahentów za ręce w chwili ich złączenia, lub przecina ich ręce, ob. przykłady Lehmann Abhandlungen (1888) str. 135 (co do „festiger“ skandynawskich) i Siegel Handschlag str. 16 i 72. Jak wynika z ostatniej cytaty, wyrabia się pogląd, iż przecięcie rąk przez trzeciego jest warunkiem ważności palmaty. (Polska nazwa „poręczenie“. „rękojmia“ maluje doskonale formę zobowiązania się gwaranta).

Nie brak też dowodów, iż częstym jest zwyczaj zaprzysięgania swojego obowiązku przez gwaranta, ob. np. Brunner Entst. der Schwurg. str. 167. Powyżej już podnieśliśmy zobowiązanie się gwarantów przez udział w ugoszczeniu lub przez przyjęcie odpłaty (denarius pacis).

korzystną, jeśli zawierając umowę dopełnią tego pod gwarancją osób potężnych, dzierżących władzę, których narażenie sobie jest dużo niebezpieczniejsze dla wiarołomcy, aniżeli ludzi zwykłych, równych mu potęgą. W tem tkwić musi zapewne pierwsza podnieta do obierania monarchów lub ich zastępców jako gwarantów umowy, zwłaszcza jeśli umowa posiada specjalną doniosłość z powodu swojego przedmiotu lub z powodu rodzaju odpowiedzialności, jakiej się strony poddają na przypadek wiarołomstwa ¹⁾. Z chwilą przejścia od miru religijnego do państwowego, wykształca się wogóle zapatrywanie, iż tylko władza państwowa może skutecznie nakładać wyjęcie z pod spokoju publicznego tj. *exsacracyę* ²⁾, a także i najbardziej do niej swoją treścią zbliżone jej surogaty. Jeśli więc strony chcą jeden z takich surogatów nałożyć na wiarołomcę, muszą udać się do reprezentantów władzy i od nich otrzymać autoryzację stosunku umownego pod tak surową grozą ³⁾. W epoce feudalnej widzimy wogóle coraz to silniejsze przekonanie,

¹⁾ Już w samych początkach epoki frankońskiej spotykamy się ze zwyczajem, iż strony zawarły umowę, zamiast ją umacniać same (zwłaszcza o ile chodzi o umowę ważniejszą), ogłaszają się do monarchy z prośbą o otoczenie stosunku stworzonego umową pokojem, *mirem*, np. *Lex Rib.* 60, 3. Od wieku IX zaczynają się strony coraz częściej zwracać do monarchy lub do jego urzędników z prośbą o takie umocnienie (*firmatio*) *mirem* państwowym, (który zastąpił w zupełności dawny mir religijny). Np. formuła alem. u *Zeumera Form.* str. 362, nr. 80 (z w. IX). lub *Cartul. longob.* (form. 25). Naruszenie, a nawet chęć naruszenia stosunku tak umocnionego, czy to przez kontrahenta (wiarołomstwo), czy to przez trzecich, pociąga za sobą karę *bannus*, lub pewne jej modyfikacye.

²⁾ *Bannus* królów frankońskich jest pojęciem, które się rozwija na tle czysto germańskiem. Monarcha występuje jako reprezentant społeczeństwa, i dlatego posiada prawo wykluczać pewne jednostki od udziału w pokoju społecznym, *extra sermone regis ponere*. Albo też wolno mu oznaczać okup, jaki musi być zapłacony za przywrócenie do udziału w tym pokoju i okup ten (*bannus*) stanowi właściwą karę za pewne przestępstwa, których istotną konsekwencyą powinno być wykluczenie ze spokoju. „*Bannus*“ więc zostaje w ścisłym związku z *exsacracyą* (*Friedloslegung*), a *bannus* królewski jest zjawiskiem prawnem zastępującem dawniejszy *bannus* sakralny. Z historyków prawa niem. uwydatnia to zwłaszcza słusznie *Schröder Rg* ³ str. 108—113, (którego etymologia słowa *bannus* od *bandva* na str. 42 wydaje mi się zupełnie mylna).

³⁾ Np. prawo m. *Medebach* (z w. XIV) u *Genglera Stadtr.* 287: „*Item nemo poterit se obligare sub poena juris sui quod dicitur Landrecht, ita quod illa obligatio vim habeat; nisi fiat coram iudice habente auctoritatem iudicandi ad mortem et ad corporis demembrationem*“. Zakaz tego rodzaju utwierdzeń, oparty na powadze prawa rzymskiego i bardzo charakterystycznie motywowany, przynosi księga berneńska (wydał *Rössler*, str. 278—280) w art. 610. Zakazy nakładania kar (pieniężnych) na trzecich przynoszą statuta miejskie z XIII i d. wieków, ob. np. *Brünneck Stadtr.* *rechte* (cz. II.) str. 156: *De immoderata impositione poenarum* (jeśli wykład *Brünnecka* na str. 161 części I. jest słuszny).

iż nawet łagodniejsze odrośle eksakracji, np. kary pieniężne jako okup, o ile mają być zagrożone przeciw trzecim, muszą być nałożone przez władzę, a nakładanie ich w sposób autonomiczny przez strony kontraktujące (jak to jest jeszcze w początkach epoki frankońskiej rzeczczą zwykłą) nie jest więcej dopuszczalne.

Najważniejszym jednak pomiędzy temi zjawiskami. świadczącymi o coraz to bardziej potężniejszej władzy państwowej, jest wykształcenie poglądu, iż urzędownie, przez sąd lub przez inny specjalny organ ¹⁾ reprezentujący władzę, dokonana autoryzacja stosunku umownego jest szczególnie korzystna, bo niedopuszczająca wątpliwości i nadająca wierzytelności executionem paratam ²⁾; w przeciwstawieniu zaś do tego, iż

¹⁾ Przykłady, iż władza ustanawia osobnych urzędowych (zaprzysiężonych) ręczyeli i czyni zależną perfekcję (dla ważniejszych umów) od tego, aby przed nimi umowa była zawarta, są i dla Zachodu Europy częste, zwłaszcza zaś rozwija się ta instytucja szeroko w miastach. Rady miejskie wyznaczają t zw. denominati, jurati, censuarii communes, przed którymi umowa zawarta posiada tę samą wagę co sądowa (przykłady ob. np. Stobbe Reurecht II. 10, albo Vertragsrecht 18, lub Goldschmidt w Zeit. für Handelsrecht XXVIII str. 118, oraz Laband Die Lehre von den Maklern w Zeit. für d. Recht XX. str. 15). Podobnie jest we Francji i we Włoszech, (ob. Goldschmidt Univ. Gesch. d. Hand. I. 251—2), gdzie na tej podstawie wykształca się nowożytnie prawo meklerskie, które następnie przechodzi do Niemiec.

²⁾ Strony stają przed sędzią, zobowiązują się za jego pośrednictwem (np. on przecina ich ręce, on odbiera wadium, rękawiczkę, łaskę od dłużnika, jemu się płaci denarius pacis etc.), a za to on wygłasza uroczystą formułkę, zabraniającą zarówno kontrahentom, jak i trzecim, naruszania stosunku. Brzmienie takiej formułki podaje np. Brunner Forschungen str. 745. Nazywa się takie postępowanie: banno et pace stabilire. Zamiast bannu świeckiego, używają strony czasem klątwy kościelnej, zgłaszając się o potwierdzenie umowy (zwłaszcza gdy jedna ze stron należy do stanu duchownego) do biskupa, tak iż on umacnia „banno episcopali“ umowę (np. Urk. des Landes ob der Enn. II. s. 120 z r. 1089, lub s. 126 z r. 1106 etc.).

Sędzia, czy biskup, czy monarcha, wstępują tu po części na miejsce dawnych gwarantów którzy nawet i w tej epoce pełnią tę samą funkcję, o ile chodzi o umowy mniej ważne. Obowiązek sędziego jest identyczny z obowiązkiem gwaranta, ręczy on drugiej stronie za dotrzymanie umowy przez dłużnika zobowiązanego i ma tego dłużnika, w razie wiarołomstwa, przymusić do wierności, np. prawo m. Altenburg (Gaupp Stadtrechte I. 211 z r. 1256): „Quicumque coram sculteto et majori parte consilii aliquid sponderit, et postmodum inficiari voluerit, per eosdem convinci poterit de promisso, seu etiam debita magna fuerint sive pauca“. Czynność sędziów jest odpłatna (Friedeschilling, Friedewein), np. Köllner Schreinsurkunden I. 35 pod r. 1140: „Heriman et Riehmüt a manu Cunice sororis domini Vogil aream emerunt, quam capitali conventu prefecti urbis et omnium civium banno et quod vulgo dicitur pace potestati sue nullo calumpniantie subdiderunt; et ob hanc causam in testimonium amam vini civibus tradiderunt. Hec omnia domino Ottone magistratu dominante sunt diffinita“. Albo pod r. 1142: „Emptores confirmaverunt (emptionem) coram civibus et coram Henrico concive data pro testimonio ama vini ipsi civibus. ... Cam hoc eis sic confirmatum fuisset, venerunt fratres in liberum placitum liberi

umocnienie dokonane przez osoby prywatne nie nadaje jeszcze wierzycielowi (w regule) praw nad dłużnikiem¹⁾, tak iż chcąc nabyć to prawo, musi się wierzyciel zgłosić po nie do sądu, a osiąga je dopiero po przeprowadzeniu dochodzenia, na mocy wyroku²⁾. Jestto więc za-

comitis et ipse comes fecit eis bannum et pacem super hanc eorum proprietatem sine aliqua contradictione". W obu przytoczonych przykładach uwidocznia się ścisły genetyczny związek między umocnieniem przez litkup (ama vini), a nową formą utwierdzenia. Ustawy miejskie XIII—XV wieku zawierają liczne przepisy, jaką odpłatą ma pobierać sędzia za umacnianie umów przed nim zawieranych, np. prawo Frankfurtu z r. 1297 (Gengler Stadtrechte str. 116): „Qui vadium facit coram sculteto, quod vare wette dicitur, solvet sculteto quartale optimi vini et non plus". W Polsce opłata taka zowie się pamiętne, np. Akta Gr. XIV str. 123 (w. XV): „Super quo mercipotum biberunt et memoriale alias pamyethne seu schepeschelyng solvit Laszar (emptor)". Inne liczne przykłady, ob. nagromadzone u Sickla Zur Geschichte des Bannes, 1886 str. 27—33. — Znaczenie tej formy utwierdzenia czynności prawnych, o ile chodzi o przenoszenie własności, wyświelił najlepiej Heusler II. 81—87, stwierdzając, wbrew innym interpretacyom, iż chodzi tu o „volle Festigkeit" stosunku stworzonego przez strony. Przedstawienie nasze idzie jednak dalej aniżeli Heusler, uznaje bowiem wszelkie zawarcie czynności prawnych przed sądem (a nie tylko akt przeniesienia własności) za sposób nadania tej czynności całkowitej mocy prawnej. Dotychczas tłomaczono sądowe zawieranie umów potrzebami dowodu (nie perfekcyi) dla czynności prawnej, np. Schröder Rg.² s. 718. Dodać należy, iż sądowe zawieranie umów w zachodniej Europie wieków średnich ma uderzające analogie w świecie starożytnym wschodnim i klasycznym. Ob. np. Oppert-Ménant (l. c.) str. 67, 142—144, gdzie sędzia występuje w charakterze gwaranta, stwierdzającego, iż nie dopuści do naruszenia umowy. Podobnie jest w Egipcie. W Grecyi mamy obfite wiadomości (zwłaszcza u Teofrasta) o zawieraniu kontraktów przed urzędami miejskimi, ob. Hofman Fr. Beiträge str. 80—81, Beauchet IV. 66 i Mittels Reichs. str. 95. Zestawić z tem należy zawieranie umów przed gesta municipalia w Rzymie (np. dokumenty rawennackie Spangenberg). Niestety, geneza i znaczenie zawierania umów przed sądami i urzędami w świecie starożytnym dotychczas nie są gruntownie przez nikogo opracowane, i dlatego przeprowadzenie dokładniejszej analogii między rozwojem starożytnym a nowożytnym w dzisiejszym stanie nauki nie jest możliwe. Rozprawa Dareste'a La transcription des ventes en droit hellénique 1884 (stron 24) nie czyni zadość podniesionemu w poprzedszającym zdaniu brakowi.

¹⁾ Zastrzeżenie „w regule" jest potrzebne, ponieważ nawet i wtedy, kiedy już pojęcie zaskarżalności zwyciężyło w zasadzie pojęcie poddania się pod moc wierzyciela, i wtedy prawo uznaje ważność klauzul prywatnych, mocą których dłużnik wyjątkowo a wyraźnie zobowiązuje się, iż w razie niedopełnienia, wierzyciel może go arestować i do dopełnienia prestacyi przymuszać. Klauzule takie spotykamy jeszcze bardzo długo w życiu średniowiecznem, porównaj np. Löning Vertragsbruch str. 231 (Privatexekution und Konventionalexekution). Niesłychanie blizkiej analogii dostarcza rozwój prawa greckiego, gdzie klauzula egzekucyjna zamieszczona w dokumencie nadaje wierzycielowi prawo arestowania, mimo istniejącej już zasady interwencji państwowej (ob. np. Recueil des inscr. I. 297—300 i 443—450).

²⁾ Wyrok wydany przez władzę zawiera nakaz, aby dłużnik przez sądową „fides facta" zobowiązał się względem wierzyciela. Gdyby dłużnik nie chciał „fides

sada, iż tylko władza ma prawo otoczyć stosunek umowny opieką prawa „mirem (pax)”, tj. nadać mu autorytet, upoważniający do wymuszenia obowiązku w razie wiarołomstwa. Innemi słowy: jestto zastąpienie zasady, iż wierzyciel uzyskuje przez umowę moc nad osobą i majątkiem dłużnika, przez zasadę, iż tę moc może mu nadać tylko organ państwowy, i to albo z góry (o ile jest przyzwany jako ręczyciel i opiekun już do zawarcia umowy) albo dodatkowo (po dokonaniem wiarołomstwa), o ile ustanowienie odpowiedzialności i fakt złamania wiary zostaną w drodze procesu skonstatowane. Zaskarżalność umowy przed organami państwa staje się odtąd tym skutkiem prawnym, jaki prawo wiąże z uznaniami przez siebie formami prywatnego ślubowania wiary przez dłużnika.

W epoce frankońskiej ślubowanie wiary prywatne i sądowe spotyka się jeszcze obok siebie równolegle. W niektórych prawach nie ma nawet jeszcze różnicy pomiędzy skutkami prawnymi jednego i drugiego¹⁾. Pomiędzy wiekiem XII a XV zwycięża jednak stanowczo

facta“ dopełnić, staje się nieposłusznym wobec organów państwowych i przeciwko niemu mogą być odtąd zastosowane środki najsurowsze (Friedlosigkeit, Acht). Jeśli zaś „fides facta“ słoży, to ona to staje się podstawą jego zobowiązania i podstawą odnośnego prawa wierzyciela, które można odtąd wymusić egzekucją.

¹⁾ Np. w prawie saskim i longobardzkim, gdzie umowa nawet pozasądowa, byleby zawarta przed świadkami i z ręczycielem, upoważnia do samowładnej egzekucji ręczyciela względnie wierzyciela. Ob. zwłaszcza Liutpr. 15: *Quicumque homo sub regni nostri ditione cuiusque amodo wadia dederit et fideiussore posuerit presentia duorum vel trium testium, quorum fides amittitur, in omnibus complere debeat. Et si distolerit et pigneratus fuerit in his rebus in quibus legitimum est pignerandi, nulla calomnia qui pigneraverit patiatur. Nam qui sine hac manifestationem pignerare presumpserit, iovemus ut dublum pignum restituat. Si vero inter creditorem et debitorem et fideiussorem orta fuerit intentio qualiter in anteriore edicto legitur et a gloriose memorie rotharene rege instituere, per sacramentum determinentur. Nam si in presentia duorum vel trium testium stipulatio ipsa facta fuerit, eorum testimonium, ut sacramentum inter dantes et accipientes menime proveniat, credatur... Et si hominis inter non fuerent quando wadiatur, quicumque quasi fideiussorem pigneraverit, conponat sicut supra legitur.* — Inne prawa szczepowe, o ile dopuszczają przy umowach pozasądowych egzekucji prywatnej, stawiają, pod wpływem prawa rzymskiego, warunek, aby egzekutor uzyskał na nią pozwolenie sędziego, (np. *Lex Sal. tit. 50* (gdzie, jak wyżej podniosłem, uznaje „fides facta“ za akt pozasądowy), albo *Lex Visig. V. 6, 1*. Kryje się pod tym początek zasady zaskarżalności. Ostatni cytat (*Lex Visig.*) jest dlatego charakterystyczny, że przynosi zupełny zakaz istniejącej widocznie do tego czasu egzekucji prywatnej, dokonywanej za przyswoleniem sądu (ustawa *Rekkewinta*). — W dalszym przebiegu rozwoju (w. IX—XII) prawa południowo-europejskie (zwłaszcza miejskie) przodują innym systemom prawnym w ciągłym rozszerzaniu zasady egzekucji urzędowej i służą za wzór prawom północno-francuskim i niemieckim. (Pomimo, że *Lex Salica* wyprzedziła była pod względem tej zasady edykt *Rotara* i *Liutpranda*).

na Zachodzie Europy zasada druga, postępowsza¹⁾, a znajduje ona swoje uzupełnienie w przepisach prawa (zwłaszcza miejskiego), iż prywatne ślubowanie wiary stwarza niezupełny węzeł obligatoryjny, z którego można się z łatwością uwolnić, np. składając kontrahentowi drobną kwotę, tytułem okupu za rescysję. Jus poenitendi za odpłatą staje się jedną z niesłychanie charakterystycznych a dla naszego sposobu patrzenia zupełnie niezrozumiałych cech średniowiecznego prawa umownego. Oczywiście powstanie tego prawa i jego znaczenie wystarczy tu tylko zaznaczyć w sposób sumaryczny²⁾, wybiega ono bowiem poza granice niniejszej pracy, obejmującej początki prawa umownego a dotyczącej epoki średniowiecznej (aż do w. XVI) tylko o tyle o ile chodzi o rzucenie światła na rozwój okresu barbarzyńskiego³⁾.

¹⁾ Mówiąc „stanowczo“ stwierdzamy tem samem, iż już przed w. XII zasada ta jest częściowo w niektórych źródłach prawnych (np. Lex Salica, obacz przypisek poprzedni) urzeczywistniona. I tu, jak w całym rozwoju prawnym, ścisła granica chronologiczna jest niemożliwą do ustalenia, ale przesuwana się zależnie od tego, jaki rodzaj źródeł prawnych mamy przed oczyma.

²⁾ Średniowieczne jus poenitendi wywołało kilka wybitnych prac (Siegel, Stobbe Esmein, Franken), dzięki którym można sobie zdać już dzisiaj sprawę z niezrozumiałych dawniejszej nauce postanowień praw XIII—XV wieku. Jestto, jak sądzę, zjawisko zostające w związku z podnapieniem miru religijnego i przemianami się umocnień sakralnych na surogaty, których pochodzenie jest już społeczeństwu niezrozumiałe. Wyrabia się przekonanie, iż surogaty te nie mają równej mocy, jak umocnienia na tle miru państwowego, a niektóre prawa pozwalają z kontraktów tak umocnionych 1) albo zrzucić się za drobną odpłatą, 2) albo za odprysiężeniem jednej strony kontraktującej, iż umowa jest dla niej zbyt uciążliwą. 3) albo nawet zrzucić się bezpłatnie i bez przysięgi, ale tylko w pewnym krótkim terminie po daniu vadium, po wypiciu litkupn, po przybiciu etc. Przykłady ob. u pisarzy wyżej cytowanych. Zaskarżalność więc umów takich jest ograniczona możliwością wykonania prawa rescysyi przy zachowaniu powyższych warunków. Ale nawet gdyby kontrahent umowy niedotrzymujący warunków tych nie zachował, jest on o tyle w położeniu pomyślniejszem, iż ma w takich razach privilegium probandi (przez własną przysięgę), że umowa wogóle nie istniała. Natomiast co do umów zawartych sądownie, dowód taki (z własnej przysięgi) dopuszczalnym nie jest. Tak np. należy rozumieć słynny artykuł VII pierwszej księgi Zwierc. sask. („Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden und svat he dut, dat sal he stede halden. Wil he is aver versaken dar na, he untvort it inne mit sinem ede, svat he vor gerichte nit gelent ne hevet. Svat he aver vor gerichte dut, des vertüget en de sakeweldige mit tven mannen und de richter sal de dridde sin“). Artykuł ten był przez historyków dawniejszych, którzy upatrywali w nim stwierdzenie zasady konsensualnej, zupełnie błędnie interpretowany, a nawet jeszcze i Sohm fałszywie zrozumiał jego znaczenie. Analogię do powyższego przepisu (z którym identycznych spotykamy bardzo wiele w prawach średniowiecznych zachodnio-europejskich) ob. także w Anc. laws of Wales I. 134—6.

³⁾ Wypada tu oczywiście zaznaczyć, iż omawiając w rozdz. VI (np. str. 353) znaczenie kilku form utwierdzania umów w epoce między w. XII a XV i określając ich skutki, jako „zaskarżalność i nierozwiązalność“ — z umysłu, dla niezaciemniania

Doszliśmy bowiem do kresu objętego tytułem tematu, ale nie do kresu rozwoju, owszem stanęliśmy dopiero u progu cywilizacji, u samego początku epoki kultury, opierającej prawo na autorytecie państwowym, poddającej jednostkę nadzorowi i kierownictwu tego najobszerniejszego związku politycznego, którego ona jest jednym ze składowych atomów. Epoka kultury w dziedzinie prawa umownego charakteryzuje się, jak zaznaczyliśmy już powyżej, dwiema nieznanymi dotąd zasadami, które polegają na identycznej zasadniczej idei. Ideą tą jest przekonanie, iż do zadań państwa należy zagwarantowanie każdej jednostce, iż żadne z jej dóbr nie będzie bezkarnie naruszone, ale za to, iż w razie naruszenia jednostka może tylko za pośrednictwem państwa krzywdy swej dochodzić. Prowadzi to w konsekwencji swojej do wykształcenia pojęcia kontraktu realnego ¹⁾ i do wpro-

sprawy, pominęliśmy fakt, iż zarówno ta zaskarżalność jak i nierozwiązalność przedstawiają się w niektórych (zwłaszcza miejskich a i to późniejszych) źródłach jako pojęcie względne, ograniczone możliwością dokonania rescysyi w pewnych warunkach przez jedną ze stron. Dla objaśnienia genezy tych form nie ma bowiem ten fakt wedle powyższej interpretacji żadnego znaczenia.

¹⁾ Pojęcie zobowiązania z umowy realnej wykształca się przez zróżniczkowanie z obszerniejszego pojęcia zobowiązania *ex delicto* dopiero w ciągu epoki średniowiecznej, o ile chodzi o społeczeństwa zachodnio-europejskie. Zupełnie błędem jest przypuszczenie Sohma (oraz Esmeina, Frankena etc.), jakoby ono już istniało przed epoką frankońską, to znaczy jakoby dawne prawo germańskie broniło nienaruszalności umowy zawartej przez jednostronną prestację (*Vorleistung*), i uznawało pretensję strony drugiej do żądania odpłaty (*Gegenleistung*). Jeszcze nawet prawa szczepowe (*leges barbarorum*) stanowiska tego nie zajmują, z wyjątkiem może pożyczki. Bliższe uzasadnienie tego twierdzenia, niezgodnego z twierdzeniami niektórych bardzo poważnych badaczy, przekracza granice naszej pracy („Początki prawa umownego“); ale wskazać możemy na dwóch autorów, broniących tego samego (albo bardzo zbliżonego) zdania i podobnie interpretujących prawa szczepowe pod tym względem tj. na Heuslera *Inst. II. 246* i dalsze, oraz na trzecie wydanie *Rechtsgeschichte Schrödera*, który pisze (str. 294): „Die Annahme, das Princip der Baarverträge sei durch die Anerkennung der Realverträge bereits durchbrochen gewesen, indem der Empfänger der Vorleistung auch ohne Wettvertrag die Verpflichtung zur Gegenleistung gehabt habe, findet in den Quellen noch keine Unterstützung. Selbst die einseitige Rückerstattungspflicht bei Leihe, Pfand, und Hinterlegung wurde kaum schon als eine obligatorische Pflicht verstanden; die verweigerte Rückgabe galt hier und in verwandten Fällen als eine strafbare Vermögensvorenthaltung“. Rozwój umowy realnej w prawie średniowiecznym czeka jeszcze na osobną monografię, a zauważyć należy, że w prawie rzymskim rozwój ten śledzić można dużo wyraźniej, i że dla tego prawa został on już bliżej kilkakrotnie opracowany (zwłaszcza *Ubbelohde Zur Gesch. der ben. Realcontracte*). I pod tym zaś względem można stwierdzić, iż rozwój prawa umownego wieków średnich wykazuje podobny schemat, jak w państwie rzymskiem, a *premissa Sohma*, jakobyśmy mieli tu do czynienia z jakąś odrębnością, nieznaną prawu rzymskiemu, jest zupełnie nieuzasadniona indukcyjnie (por. str. 395).

wadzenia egzekucyi z upoważnienia państwowego w miejsce egzekucyi prywatnej przy umowach utwierdzonych ustanowieniem odpowiedzialności. Zasada kontraktu realnego jest wyrazem gwarancyi ze strony państwa, iż ono broni jednostki przed każdym pokrzywdzeniem; zasada egzekucyi publicznej jest wyrazem postulatu społecznego, aby usunąć pomoc własną z życia prawnego. Od chwili jej wytworzenia musi strona pokrzywdzona czy to przez wiarołomstwo (jak przy umowach formalistycznych tj. utwierdzonych), czy też przez niesłuszne z bogacenie się jej kosztem strony drugiej, (jak przy umowach realnych), udawać się do organów państwowych z żądaniem o pomoc przy dochodzeniu satysfakcyi. Przy umowach przed władzą utwierdzonych polega ta pomoc na przeprowadzeniu egzekucyi; przy umowach prywatnie utwierdzonych i przy umowach realnych na przeprowadzeniu dochodzenia przed sądem, dochodzenia, którego celem jest zmusić krzywdziciela do zobowiązania się (zapomocą ślubowania wiary złożonego przed władzą), iż w pewnym określonym czasie dostarczy stronie pokrzywdzonej satysfakcyi. Ślubowanie to tworzy nadal prawną podstawę do ewentualnego postępowania przeciwko niemu.

Zarysowana w tych słowach, w sposób jak najzwięźlejszy i summaryczny ewolucya prawa umownego, jakiej jesteśmy świadkami w początkach epoki kultury, polega więc na wykształceniu przekonania, iż o pociągnięciu dłużnika do odpowiedzialności rozstrzygają organa państwowe, dochodzące w każdym poszczególnym przypadku, czy jest czy niema prawnej podstawy do nałożenia na niego następstw, jakie prawo nakazuje łączyć ze złamaniem wiary. Do ustanowienia takiej odpowiedzialności wolno go jednak także zmusić w razach, w których przeciwnik wykaże fakt pokrzywdzenia. O ile w epoce barbarzyńskiej podstawą egzekucyi na dłużniku jest poddanie się jego dobrowolnie pod moc wierzyciela, o tyle w epoce kultury rozstrzyga o niej orzeczenie władzy, iż podstawa taka istnieje (zawarcie umowy przed władzą), lub że przynajmniej powinna być stworzoną (wyrok nakazujący złożenie sądowej fides facta dla utwierdzenia obowiązku). Możliwość wywołania takiego orzeczenia władzy staje się znamiem ważnej umowy. Umowa jest wtedy ważną, kiedy odpowiada określonym przez prawo warunkom zaskarżalności.

Jestto przełom, jaki się w zachodniej Europie dokonywa dopiero między w. XII a XV, a który zaznaczaliśmy powyżej kilkakrotnie, rozbierając skutki, jakie prawo tego czasu wiąże ze znanymi mu formami umownymi. Wiek XVI, epoka recepcyi, idzie w tym kierunku jeszcze dalej, po części bowiem jako uzupełnienie, po części zaś w miejsce dwóch typów ważnej tj. zaskarżalnej umowy (formalnej

i realnej), wytwarza typ trzeci, umowy konsensualnej, przychodzącej do skutku przez zgodne obustronne oświadczenia woli ¹⁾. W ten sposób zostaje uczyniony jeden krok dalej od tego stadium ewolucji. na którym zatrzymało się prawo rzymskie, a zarazem zostaje stworzona podstawa dla nowożytnego, potrzebom pieniężnego i kredytowego gospodarstwa odpowiadającego prawa umownego. Ożywione jest ono innymi myślami, odpowiada innym ideałom etycznym, aniżeli prawo epoki pierwotnej lub barbarzyńskiej, rozwinięte jest pod względem technicznym bez porównania doskonalej aniżeli tamte, ale łączy się z nimi więcej niż jedną nicią, która należycie uchwycona i śledzona musi doprowadzić badacza w głąb pierwotnych i barbarzyńskich stosunków, tysiącami lat oddzielonych od naszej tak skomplikowanej kultury prawnej.

Zadanie to nie leży jednak w zakresie pracy niniejszej. Trzymaliśmy się jako kresu najdalszego granic prawa średniowiecznego zachodniej Europy (wiek XVI) wykazując, iż w prawie epoki frankońskiej i feudalnej pełno przeżytków epok starożytniejszych, i że dopiero wniknięcie w te zamierzchłe epoki może być podstawą do nale-

¹⁾ Rozwój zasady konsensualnej należy również do kwestyi dotychczas należyćie nie opracowanych. Z praw starożytnych wykształca ją najpierw prawo greckie, (a raczej tylko ateńskie, o czem bliżej Beauchet w III tomie swego wielokrotnie powyżej cytowanego dzieła), a po części w znanem ograniczeniu prawo rzymskie. W wiekach średnich kościół od samego początku stawia zasadę: *pacta sunt servanda* i stara się ją w zakresie swego sądownictwa przeprowadzić. Jak zwykle, tak i tutaj odbywa się to zapomocą błędnych interpretacji pewnych dawniejszych postanowień, które tłumaczy się nie w duchu ich historycznego znaczenia ale w duchu nowych potrzeb. Wyrażenie I konceylium kartag. (Bruns *Canones*. pars II. 1839 str. 116): *pax servetur, pacta custodiantur*, tłumaczy już *summa ad c. 1. e 3. X. de pactis* (1, 35): „*Pacta quantuncumque nuda servanda sint. Ex conc. africano a. 348*“. Praktyka sądów kościelnych (np. w Anglii, gdzie „*curia christianitatis*“ ma specjalnie w tych razach wielkie znaczenie, ob. Phillips *Engl. Rechtsg.* II. 240), karze ostro złamanie każdego oświadczenia woli i upowszechnia przekonanie, iż to polega na odwiecznych postanowieniach synodów i papieży. Podobnie działa od w. XIII teoria kanonistów oparta głównie na św. Augustynie, a wykształcona przez św. Tomasza z Akwinu (bliżej o tem Seuffert *Zur Gesch. der oblig. Verträge* 1881 str. 45—52). Za kanonistami idzie dopiero teoria włoskich prawników (Seuffert l. c.); a niebawem w samym końcu wieków średnich zaczyna ona przechodzić do źródeł prawa świeckiego (dla Francji i Anglii ob. Esméin *Etudes* str. 37 i d., Franken Franz. *Pfandrecht* I. str. 51 i d., oraz Glasson *Hist. du droit d'Angleterre* I s. 238, dla Niemiec ob. Seuffert l. c. str. 88 i d.). Ostatecznie wykształca, w dzisiejszej rozciągłości, zasadę konsensualną teoria w. XVII—XVIII. Obacz o tem bliżej pracę Seufferta oraz znakomity przegląd nowszych teorii w rozprawie Fr. Hofmanna *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag* (1874) str. 53 i d.

żytego objaśnienia wielu średniowiecznych przepisów i zwyczajów prawnych. Całokształtu średniowiecznego prawa umownego, nawet w głównych zarysach, nie mogło to oczywiście dostarczyć; pomineliśmy bowiem z umysłu całą tę stronę zjawisk, którą zaliczamy do wytworów epoki kultury, dość wskazać na wykształcenie zasady egzekucyi państwowej, lub zaskarżalności umowy realnej i konsensualnej, dotknięte przez nas tylko w kilku wyrazach, jako leżące poza granicami epoki barbarzyńskiej.

Pomineliśmy tę stronę zjawisk tak ciekawą i dla praktyki życia dzisiejszego niewątpliwie dużo donioślejszą z umysłu, ograniczając się do czasów dalekich, do pojęć barbarzyńskich lub pierwotnych, do poglądów przeważnie zanikłych lub tylko w obyczaju ludowym jako dziwaczne przeżytki kulturalne dzisiaj wegetujących. I sądzymy, że właśnie dla tego ograniczenia łatwiej nam było, o co staraliśmy się usilnie w całym ciągu pracy niniejszej, uwydatnić, iż są pewne rysy w rozwoju wspólne, pewne pojęcia prawne wszędzie znane, pewne potrzeby jednakże przez społeczeństwa odczuwane i zaspakajane. Te to wieczne potrzeby i środki są zaś właśnie tą stroną zjawisk, której poznanie wprowadza chyba najgłębiej w istotę prawa. Nie to, co jest modyfikacją lokalną lub chwilową, ale to, co jest właściwe człowiekowi jako takiemu, co się spotyka u wszystkich ludów jakiegokolwiek rasy, religii, mowy, stanie się podstawą tego „prawa natury“, o jakiego wykryciu marzył Althusius i Grocyusz, Monteskiusz i Rousseau, a do którego bliższego poznania wiedzie droga nie przez badanie niespołecznego i abstrakcyjnego człowieka, ale przez wgłębienie się w istotę świadomości kolektywnej to znaczy w niejednolitą i skomplikowaną duszę ludzką, tak jak się ona przedstawiała od początku do dzisiejszego dnia rozwoju. Nie w celu, ale w metodzie tkwił błąd owych myślicieli, dążących słusznie do poznania „czystej treści człowieka“, o ile się ona przebija w jego urządzeniach społecznych.

Nie w metodzie, którą tak znakomicie wyrobiła, ale w celu tkwił błąd szkoły historycznej, zamykającej się przeważnie w rozwiązaniach zbyt ciasnych, w rezultatach wagi techniczno-prawnej.

Nie pochlebiamy sobie, aby praca nasza mogła być zadowalniająca krytycznego czytelnika syntezą celu jednych z metodą drugich. Nasuwały nam się przy tem trudności tak znaczne, iż o ich przewycięzeniu nie mogło być mowy. Ale w każdym razie przekonanie o potrzebie dążenia nauki, aby taką syntezę osiągnęła i przekonanie, iż wszelka w tym kierunku podjęta próba najprędzej wiedzie do lepszego poznania rzeczywistości, było tą ogólniejszą my-

śła, jaka przewodniczyła badaniom podjętym nad tematem niniejszej pracy ¹⁾).

¹⁾ Już po wydrukowaniu pracy niniejszej ukazała się w czasopiśmie Savigny'ego (R. A. tom XXII na str. 96—125) rozprawa L. Mitteis'a pt.: „Über das Nexum“. Pisząc na str. 313 o potrzebie opracowania tego tak zaniedbanego w ostatnich czasach przez romanistów tematu, podniosłem, iż według mego zapatrywania na tę zagadkową z różnych względów formę umowy, istota jej polega na „oświadczeniu dłużnika, iż daje w zastaw swoją wolność... a inne części tej czynności prawnej mają znaczenie podrzędne“. Wobec wielkiej powagi Mitteis'a na polu historii prawa rzymskiego i wobec wsorowej ścisłości jego metody połączonej z rozległością widnokreśgu, jest dla mojej interpretacji tej umowy pożądanym argumentem stwierdzić, że doszedł on co do tego punktu do identycznych rezultatów. Streszcza on je sam w następujący sposób: „Das Nexum ist lediglich eine Selbstverpfändung des Schuldners für das ihm gegebene Darlehn“ (str. 104). Natomiast nie sądzi Mitteis, aby słusznem było zapatrywanie (bronione głównie przez Huschkego), jakoby nexum (w czasach historycznych) polegało na nadaniu wierzycielowi pozasądowej, samowładnej egzekucji na osobie dłużnika. Czy i o ile taka egzekucya była możliwą w czasach przedhistorycznych, tego pytania Mitteis nie dotyka. Dalej zaznaczyć należy, iż w jednym punkcie różni się Mitteis od zapatrywania w tekście wyrażonego: uznaje on bowiem, iż zaprzecanie się w niewole miało miejsce nie przy zawarciu umowy pożyczki, ale po upływie terminu zwrotu, o ile dłużnik był niewypłatny. Za niewypłatność groziła mu śmierć, negotium per aes et libram było złagodzeniem tego następstwa (str. 110). W ten sposób nexum, tak jak je interpretuje Mitteis, wchodziłoby raczej w zakres tych odgałęzień exsacracji, o których mówię na str. 328. Ten punkt rozprawy nie jest jednak przez Mitteis'a oparty na źródłach (które pod tym względem nie dostarczają żadnych bardziej stanowczych podstaw), ale tylko na przypuszczeniu, iż inny porządek prawny byłby niemożliwy. Sądzę, że wyniki powyższej rozprawy okazują, iż rzeczywistość nie potwierdza tego przypuszczenia.

Wreszcie podnoszę, iż Mitteis zrywa stanowczo z panującym dotąd w nauce zdaniem (przeciw któremu zwraca się również niniejsza rozprawa, por. str. 239 i d.), jakoby prawo obligatoryjne rzymskie rozwijało się w sposób zupełnie odrębny, aniżeli średniowieczne i twierdzi „das überhaupt das römische Obligationenrecht in weiterem Umfang an das deutsche anklingt, als man gewöhnlich annimmt“. Obiecuję to zaś bliżej udowodnić w swojej „Historji prawa prywatnego rzymskiego“, nad którą pracuję dla znanego zbioru Bindinga.

Również już po wydrukowaniu pracy niniejszej ukazała się obszerna rozprawa L. Wengera *Rechtshistorische Papyrusstudien* (Graz. 1902, str. XV i 173), w której między innymi rozbiiera autor w sposób bystry i zajmujący wiadomości zawarte w dokumentach papirusowych do historii rzymskiego vindex i vadimonium. Żałuję, że tej pracy pisząc rozdział ostatni zużytkować nie mogłem; a zwłaszcza zestawienie rzymskiego vindex z anglosaskim plegius (o czem Wenger wspomina na str. 57) ze względu na wspólną im funkcję nadzorowania dłużnika w pewnych wypadkach, byłoby dla poparcia moich zapatrywań na genezę gwarancyi średniowiecznej rzeczą interesującą.

PRZEGLĄD TREŚCI.

ROZDZIAŁ I. Stan kwestyi w dzisiejszej nauce. Poglądy Grocyusza na znaczenie zasady konsensualnej w prawie umownem (229) i ich wpływ na badania szkoły historycznej nad rozwojem prawa umownego (230). Wpływ doktryny o duchu narodów (231). Teorya Stobbego (231). Konstrukcja Sohma (233) i jej uzupełnienie, zwłaszcza przez Frankena (235). Związek tej konstrukcji z intelektualizmem Comte'a i z teorią materyalizmu dziejowego (236). Błędne jej premisy co do psychologii człowieka na niższych stadyach (238). Dopuszczalność metody porównawczej dla badań nad niższymi stadyami rozwoju (239). Badania Siegla, Amiry, Puntscharta i Hortena (241) nad umowami średniowiecznymi. Rozróżnienie odpowiedzialności i ślubobowowania wiary (243). Różnice między tymi pisarzami (244—7). Brak genetycznego objaśnienia tych pojęć (248). Zadanie niniejszej pracy (249).

ROZDZIAŁ II. Stosunki umowne u ludów pierwotnych. Podział ludów na pierwotne, barbarzyńskie i cywilizowane (250). Podstawy tej klasyfikacji (251). Określenie ludu pierwotnego (252). Skład mechaniczny i organiczny w społeczeństwach pierwotnych (253) i odpowiadający mu podział na grupy ściślejsze i obszerniejsze (254). Stosunki prawne w obrębie grup ściślejszych (255). Ograniczenia indywidualizmu gospodarczego jednostki (256). Obrót umowny pomiędzy grupami (257). Wymiana usług i prestacji jest podporządkowana pod pojęcie zbratania (257). Sposoby stwarzania węzła pokrewieństwa (259). Skutki prawne stworzenia takiego węzła (262). Oderwanie się zamiany od zbratania (263). Wymóg równowartości i odpłatności (264). Umowy zawierane są między grupą a grupą (265). Rola naczelnika grupy (266). Trwałe formy obrotu umownego między grupami (267). Wykształcenie targów (268). Handel niemy (269).

ROZDZIAŁ III. Przejście do organizacji barbarzyńskiej. Połączenie się grup ściślejszych w związek obszerniejszy (269). Bezpośrednie przyczyny zjednoczenia (270). Natura procesu asymilacyjnego (271). Emancypacja jednostki i chwila wytworzenia się składu organicznego czyli przejście do stanu kultury (271). Upadek dawnych imperatywów prawnych w społeczeństwach barbarzyńskich i tworzenie się nowych (272). Szczupłe zadania państwa (273). Brak pojęcia autorytetu państwowego w stosunkach między jednostkami (273). Istnienie i znaczenie autorytetu religijnego (274). Stosunek jednostki do sił wyższych (275). Kłątwa, przysięga i ofiara jako środki stworzenia tego stosunku (276). A-etyczny charakter sił wyższych (277). Pojęcie i zakazy cesarów (278). Utrwalenie działań ludzkich przy pomocy autorytu religijnego (278). Mir religijny i mir państwowy (279). Badania Leista i Danza. Niektóre pojęcia prawne z epoki miru religijnego (280). Tabu (281). Sakralna obrona własności u ludów starożytności (283) i średniowiecznych. Obrona grobów (284) i rozporządzeń ostatniej woli przez kłatwę (285). Proces czarnoksięski (286) i sakralne prawo karne. Sankcja sakralna dla władzy monarszej i dla aktów ustawodawczych (287). Bogowie jako opiekunowie porządku prawnego (288).

ROZDZIAŁ IV. Prawo umowne w epoce barbarzyńskiej. Przemiana w zakresie prawa umownego (290). Zróżniczkowanie się treści umów (290). Umowy polegające na zaprzyjaźnieniu się stron i na poddaniu się dłużnika. Przemiana umów pomiędzy grupami na umowy pomiędzy jednostkami (292). Przemiana dotycząca imperatywu dotrzymywania umów a mianowicie oparcie go na autorytecie religijnym (292). Egzekucya tego imperatywu u ludów pierwotnych (przez wyłączenie z grupy)

i upadek jej znaczenia u ludów barbarzyńskich (293). Walka dwóch stron w razie pokrzywdzenia u ludów barbarzyńskich (294) i charakter prywatny tej drogi własnej pomocy (295). Umowy oparte na dobrej wierze są wymuszalne tylko w drodze prywatnej własnej pomocy (296). Rozwiązalność takich umów (296). Nierozwiązalność i wymuszalność umów oddanych pod opiekę autorytetu religijnego (297). Definicja umowy utwierdzonej i teoria Amiry-Puntscharta (298). Sposoby sakralnego utwierdzenia: ofiara, klątwa, przysięga (299). Nawiazanie tych sposobów do form zbratania, np. do uczy kontrahentów (300). Przykłady utwierdzenia przez ofiarę (301). Przez klątwę (302). Przez przysięgę (304). Zemsta Bogów za wiarołomstwo (305). Egzekucja tej zemsty za pośrednictwem wierzyciela (305) i pomoc całej (obszerniejszej) grupy społecznej, do której wiarołomca należy. Eksakracja jako najdawniejszy skutek wiarołomstwa (306). Wiarołomstwo ma miejsce w razie każdego usiłowania naruszenia umowy (307). Pojęcie pomocy własnej legalnej w przeciwstawieniu do pomocy własnej ściśle prywatnej, istniejącej przy umowach nieutwierdzonych (307). Trzy kierunki dalszej ewolucji (308).

ROZDZIAŁ V. Dążność do łagodzenia odpowiedzialności wiarołomnego dłużnika. Schematyzowanie typów rozwojowych w nowszej socjologii zamiast kreślenia tendencji rozwojowych istniejących w rzeczywistości (309). Nowe tendencje rozwoju w zakresie prawa umownego (310), mianowicie wzrost autorytetu państwowego i jego skutki (311). Ograniczanie odpowiedzialności dłużnika w chwili zawierania umowy (311). Śmierć, okaleczenie, chłosta, odpowiedzialność rodziny jako skutki wiarołomstwa (312). Ograniczenie skutków wiarołomstwa do czci i do wolności dłużnika (313). Ograniczanie ich do majątku dłużnika (314). Odpowiedzialność majątkowa jest zrazu odroślą eksakracji (315). Utrata majątku jako kara i powstanie pojęcia generalnej hipoteki (315). Kary majątkowe stałe i proporcjonalne (316). Karna natura średniowiecznych klauzul umacniających (317), ich przejście z praw starożytnych (318) i ich przetworzenie w duchu surogatów eksakracji (319). Skąd powstała autonomia stron w nakładaniu ich na osoby trzecie (320). Dotychczasowe próby wyłomaczenia tego faktu (321). Ich łączność z umocnieniem przez klątwę kościelną (322). Kary majątkowe na rzecz autorytetu religijnego, względnie świeckiego, czyli muldy (323). Wierzyciel jako egzekutor tych skutków wiarołomstwa a umowa jako poddanie się pod jego moc (325). Eksakracja jako ostateczny skutek wiarołomstwa wstępujący w razie oporu dłużnika (326). Dążność do przemiany kar stypulowanych na legalne (326). Kary legalne (cięższe) mają miejsce w razie niechęci lub niemożności dotrzymania umowy, kary stypulowane (lżejsze) w razie jej naruszenia (326). Ograniczanie praw wierzyciela przez prawo obiektywne i reformy socjalno-humanitarne (328). Kary legalne za samo naruszenie umowy (329). Wzrost ingerencji państwa na dochodzenie odpowiedzialności z umowy (331).

ROZDZIAŁ VI. Geneza i znaczenie kontraktu formalistycznego. Znaczenie formy w rozwoju prawa umownego (332). Forma jako środek do stworzenia opieki prawnej nad czynnością (333) i do ustanowienia odpowiedzialności stron działających. 1) Ewolucja form wyrosłych na tle klątwy (334). Symbolizowanie zguby przy klątwie (335). Znaczenie łamania pewnych przedmiotów, np. źdźbła słomy (336). Pierwotna forma stypulacji (337). Znaczenie rzucania pewnych przedmiotów, np. laski (338). Utwierdzenie przez zginanie palców (340). 2) Utwierdzenie umów przez przysięgę w wiekach średnich (341) i zwrot przeciwko temu. 3) Formy utwierdzenia wyrosłe na tle ofiary. Denarius Dei (342). Jego domniemalne pierwotne znaczenie i jego przemiana na denarius pacis składany sądowi (343). Geneza litkupu. Uczy sakralne jako środek utwierdzenia czynności prawnych u dawnych Germanów (344).

Uczty prawne w prawie frankońskim i feodalnym (345). Pojawienie się i rozpowszechnienie litkupu w XII w. (346). Libacya przy litkupie (346). Znaczenie prawne litkupu pierwotne i późniejsze (347). 4) Formy utwierdzenia wyrażające poddanie się pod moc wierzyciela (348). Przepuszczalne znaczenie terminu obligatio (349). Geneza umocnienia przez podanie ręki (350). Związek „palmaty“ z momentem sakralnym (352). Znaczenie prawne podania ręki (354). 5) Wadiacya jako forma utwierdzenia przez poddanie się i sposoby jej dokonania (355). Oddanie laski (festuca). Znaczenie laski jako symbolu prawnego (357). Festuca notata (358). Znaczenie prawne tej formy utwierdzenia (359). Inne formy wadyacyi. Oddanie rękawiczki (360), trzewika, kapelusza, broni (362). 6) Oddanie pierścienia (362). Jego pierwotne znaczenie u ludów wschodnich (363) i klasycznych. Przeniesienie tej formy do prawa średniowiecznego. 7) Wykształcenie utwierdzenia przez zastaw ruchomy (365) i przez zadatek (366). 8) Odpłata za umocnienie i launegild (366). 9) Znaki dowodowe (367) i utwierdzenie przez dokument (368). Uwagi ogólne o związku symbolistyki prawnej z psychologią ludów barbarzyńskich (369).

ROZDZIAŁ VII. WYROBIENIE SIĘ AUTORYTETU PAŃSTWOWEGO JAKO PODSTAWY PRAWA UMOWNEGO. Początek okresu kultury (369). Zwycięstwo porządku prawnopaństwowego (370). Nowe zasady będące jej konsekwencjami w zakresie prawa umownego (371). Oparcie egzekucyi na autorytecie państwowym jako cecha prawa umownego ludów kultury (371). O ile egzekucya wierzyciela już w epoce barbarzyńskiej jest aktem prawnopublicznym (372). Jawność przy ustanowieniu odpowiedzialności (373). Udział ludu i przymus przypozywania jego reprezentantów (373). Geneza gwarantów wyjaśnia się z momentu publiczności, a nie z instytucyi zakładników (373). Gwarantci reprezentują interes społeczny (374). Ich czynna rola w przeciwieństwie do biernej roli późniejszych świadków (374). Ślady przymusu zawierania umów za pośrednictwem gwarantów w prawach ludów aryjskich (375). Bebahjeteres w dawnej Grecyi (376). Dawne prawo rzymskie (378) i celtyckie (379). Gwarancya w prawach skandynawskich (380) i w prawie anglosaskim (381). Udział ręcycieli przy zawieraniu umów w prawie frankońskim (381). Znaczenie autogwarancyi (382). Obowiązki i prawa gwarantów w wiekach średnich (383). Przekształcenie litkupu i przybicia na środek przypozwania gwarantów do umowy (384). Odpłata za utwierdzenie przez gwarantów (385). Przyzywanie gwarantów z charakterem państwowym (385). Pojęcie i znaczenie bannus przy umowach (386). Pojęcie, iż tylko władza ma prawo zagrozić surogatami kar zbliżonymi do eksakracji (386). Ustanawianie przez władzę gwarantów z urzędu (387). Gwarancya sądu i jej prawne znaczenie (388). Gwarancya sądu nadaje wierzycielowi prawo do executio parata, a prywatne ślubowanie wiary sprowadza jedynie „zaskarżalność“ stosunku umownego (389). Rozwinięcie prawa do rescysyi (Reurecht) przy umowach utwierdzonych prywatnie (390).

Wyrobiecie się pojęcia kontraktu realnego obok pojęcia umowy formalistycznej tj. utwierdzonej (391). Zaskarżalność umów realnych i formalistycznych i przymus sądowego utwierdzenia obowiązku w takich razach (392). Utwierdzenie sądowe jest podstawą egzekucyi. Wyrobiecie się pojęcia kontraktu konsensualnego (393) i wpływ kościoła. Uwagi o potrzebie badania wspólnych momentów w rozwoju prawnym społeczeństw (394).

Ważniejsze błędy druku.

Na str. 276 (wiersz 3 od dołu): *Sée* zamiast *Rée*.

Na str. 288 (wiersz 3 od dołu): *Grimm R. Alt.³* zamiast *Grimm R. Alt.⁴*.

Na str. 301 (wiersz 21 od góry): *Tschen Kongu* zamiast *Tschen Konga*.

Na str. 302 (wiersz 29 od góry): data *1866* zamiast *1886* i *Aerman* zamiast *A. Erman*.

Na str. 336 (wiersz 13 od dołu): data *1895* zamiast *1845*.



