

Tomasz Giaro
Uniwersytet Warszawski

PETRAŻYCKI JAKO PREKURSOR *LAW & ECONOMICS**

1. PETRAŻYCKI W NAUCE WSPÓŁCZESNEJ

Nazwisko Leona Petrażyckiego łączy się na ogół z jego psychologiczną teorią prawa i państwa. Zgodnie z nią „założeniem każdego systemu politycznego jest wspólne pojęcie narodu na temat tego, co słuszne i obyczajne”¹. Treść takiego twierdzenia stała się dziś zagadkowa, a jego wartość logiczna wątpliwa. W każdym razie większości teoretyków prawa psychologiczna teoria Petrażyckiego wydaje się po prostu przestarzała. W popularnych publikacjach przeglądowych, powiedzmy w *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, wydanym przez Dennisa Pattersona po raz drugi w 2010 r., nie znajdziemy o psychologicznej teorii prawa – ani petrażyckańskiej, ani jakiegokolwiek innej – absolutnie nic².

Psychologiczna teoria prawa Petrażyckiego wiąże się jednak ściśle z drugim – i bardziej witalnym – spośród jego głównych osiągnięć: nauką polityki prawa. Została ona opracowana na podstawie analizy rzymskiego prawa prywatnego, które w czasach młodości Petrażyckiego, a więc pod koniec XIX stulecia, przechodziło w Niemczech jako jednym z ostatnich krajów europejskich proces kodyfikacji. Naukę polityki prawa uznaje się rzeczywiście w stosunku do wspomnianej teorii za dyscyplinę techniczną lub pomocniczą. Sądzili tak zwłaszcza bezpośredni słuchacz Petrażyckiego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Petersburgu, Nicholas Timasheff (1886–1970), a następnie Maria Borucka-Arctowa (1921–)³ i Aleksander Peczenik (1937–2005).

* Wykaz skrótów: L. Petrażycki, *Die Lehre vom Einkommen vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts*, Berlin, tom I (1893), tom II (1895); tenże, *Die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten vom Standpunkt des positiven Rechts und der Gesetzgebung*, Berlin 1892; tenże, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968 (zbiór artykułów rosyjskich z lat 1896–1897).

¹ W. S. Woytinsky, *Stormy Passage. A Personal History through Two Russian Revolutions*, New York 1961, s. 495.

² D. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, New York 2010.

³ N. S. Timasheff, *Introduction*, (w:) L. Petrażycki, *Law and Morality*, Cambridge MA 1955; M. Borucka-Arctowa, *Die gesellschaftliche Wirkung des Rechts*, Berlin 1975, s. 27.

W szczególności Peczenik stwierdził wyraźnie, że „Petrażycki uważał swoją teorię wyłącznie za wprowadzenie do nauki polityki prawa, która byłaby zastosowaniem praktycznym psychologicznej teorii prawa w tym samym sensie jak medycyna jest praktycznym zastosowaniem biologii. Znając psychologiczną naturę prawa, prawodawca może przewidzieć ludzkie reakcje na daną ustawę lub praktykę prawną. W ten sposób będzie zdolny stworzyć normy zarówno skuteczne, jak i postępowe w sensie prowadzenia ludzkości w kierunku czynnej miłości bliźniego”⁴.

Według tej rekonstrukcji pierwszym chronologicznie odkryciem Petrażyckiego byłyby zatem psychologiczna teoria prawa, a dopiero drugim – empiryczna nauka polityki prawa. Tak twierdził zresztą już sam Petrażycki w pracy *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa natury*, opublikowanej po rosyjsku w 1913 r., a w tłumaczeniu polskim – w 1925 r.⁵ Psychologiczna teoria prawa Petrażyckiego inspirowała się zapewne dziełem niewiele wcześniejszego Mikołaja Korkunowa (1853–1904)⁶, który był bezpośrednim poprzednikiem Petrażyckiego na petersburskiej katedrze encyklopedii prawa. Zresztą niewielka jest odległość od spostrzeżenia, że prawo spełnia funkcję wychowawczą, do wniosku, że jest ono zjawiskiem psychicznym. Należy przy tym zaznaczyć, że psychologiczna teoria prawa Petrażyckiego nie stanowiła jeszcze w pełni rozwiniętej teorii, lecz raczej jedynie coś w rodzaju jej „przecucia”⁷.

Notabene Petrażycki zwykł przedstawiać rozwój swoich myśli z pewną linearną przesadą, twierdząc np. że pierwszy tom *Einkommen*, który ukazał się w 1893 r., zawierał jedynie rozwinięcie jego wcześniejszych poglądów, zarysowanych w nieco wcześniejszej pracy *Fruchtverteilung* z 1892 r.⁸ Z punktu widzenia teoretyczno-metodologicznego psychologiczna teoria Petrażyckiego mogła rzeczywiście stanowić wcześniej odkrytą podstawę dla jego polityki prawa. Niemniej jednak na pytanie, co praktycznie było rdzeniem tej ostatniej nauki, udzielić można tylko jednej odpowiedzi: ekonomiczna analiza prawa – oczywiście w dość osobistej wersji autorskiej Petrażyckiego. W jego wczesnych pracach, opublikowanych w języku niemieckim podczas pobytu studyjnego w Berlinie w latach 1891–1896, wszystkie trzy dyscypliny łączą się ze sobą nawzajem w sposób niemal nierozzerwalny.

⁴ A. Peczenik, *Leon Petrażycki and the Post-Realistic Jurisprudence*, (w:) J. Gorecki (red.), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki*, Urbana 1975, s. 85.

⁵ L. Petrażycki, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa natury*, Warszawa 1925, s. 14–15.

⁶ A. Walicki, *Zarys myśli rosyjskiej*, Kraków 2005, s. 583–84; J. Stanek, *Teoria Nikołaja Korkunowa. Pierwsza próba psychologicznego ujęcia prawa*, (w:) J. Stelmach i in. (red.), *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, Warszawa 2015, s. 233–251.

⁷ H. W. Babb, *Petrazhitskii: Science of legal policy and theory of law*, „Boston University Law Review” 1937, t. 17, s. 797–798.

⁸ K. B. Baum, *Leon Petrażycki und seine Schüler*, Berlin 1967, s. 15, z cytatem *Einkommen*, t. I, s. 344.

Mimo to żadne ze standardowych ujęć historii *law & economics*, które zawdzięczamy tak znanym autorom, jak Ejan Mackaay (*History of Law and Economics*, w: *Encyclopedia of Law & Economics*, t. I, Cheltenham 2000), Francesco Parisi (*Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, „Cardozo Electronic Law Bulletin” 2005, t. 11) czy Martin Gelter i Kristoffel Grechenig (w: *History of Law and Economics*, Bonn 2014), nie wymienia nazwiska Petrażyckiego. Nawet drugie wydanie *Elgar Companion to Law & Economics* nie zalicza Petrażyckiego do panteonu „klasyków” dyscypliny, mimo że figurują w nim myśliciele niekoniecznie tam oczekiwani, tacy jak Platon, niemiecki filozof prawa natury Christian Wolff, oraz Marks i Engels⁹.

Dopiero w 2009 r. ukazał się artykuł włoskiego socjologa prawa Edoardo Fittipaldiego o przyjętej przez Petrażyckiego interpretacji pewnego szczególnego zagadnienia ekonomicznej analizy prawa, a mianowicie nabycia pożytków rzeczy macierzystej przez jej posiadacza w dobrej wierze, który dokonał ich zużycia. Tę konsekwencję prawną wyraża średniowieczna zasada *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*¹⁰. W tym samym roku 2009 opublikowano trzy artykuły mojego autorstwa, jeden w języku polskim i dwa w języku rosyjskim, które nie tylko potwierdzają dla Petrażyckiego tytuł wynalazcy nauki polityki prawa, lecz również przyznają mu istotne zasługi na polu jego analizy ekonomicznej¹¹.

2. PETRAŻYCKI I JEMU WSPÓLCZEŚNI

Podobnie jak wcześniejszy zaledwie o kilka lat prawnik austriacki Victor Mataja (1857–1934), autor poczytnej monografii o odpowiedzialności odszkodowawczej, również Petrażycki (1867–1931) jest oczywiście jedynie dosyć odległym prekursorem, a nie rzeczywistym ojcem-założycielem dyscypliny *law & economics*. Należy przy tym pamiętać, że pojęcie prekursora takiej czy innej dziedziny nauki jest nieco ambiwalentne, w związku z czym może być – i faktycznie bywa – sporne. Prekursor to ktoś, kto wprawdzie wstąpił już na określoną drogę, którą obecnie podąża, lecz jeszcze nie dotarł do celu. Dzieła tego dokonają ostatecznie badacze późniejsi.

⁹ J. G. Backhaus (red.), *Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham 2005, s. 474–749.

¹⁰ E. Fittipaldi, *Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*, „Societas/Communitas” 2009, t. 7, s. 15–36.

¹¹ T. Giaro, *Leon Petrażycki i ekonomiczna analiza prawa*, (w:) H. Izdebski (red.), *Nauka i nauczanie prawa*, Warszawa 2009, s. 211–39; tenże, *Leon Petrażycki i ekonomicznej analiz prawa*, „Naučnye trudy Moskovskoj Akademii Ekonomiki i Prava” 2009, nr 24, s. 454–486; tenże, *Leon Petrażycki – Osnovopoloznik ekonomičeskogo analiza prawa*, „Ekonomika Predprinimatel'stvo Okružajuščaja Sreda” 2009, t. 38.2, s. 71–79.

Nowoczesny paradygmat *law & economics* powstał dopiero w latach 60. XX stulecia dzięki pionierskim artykułom takich uczonych anglojęzycznych jak Ronald Coase (1910–2013) i Guido Calabresi (1932–)¹². Niemniej jednak jest niewątpliwe, że w ostatniej ćwierci XIX stulecia korelacja między prawem, zwłaszcza prawem prywatnym, i ekonomią polityczną stała się wśród europejskich prawników, a szczególnie wśród cywilistów, nader popularna, co musiało wywrzeć wpływ również na Petrażyckiego. Prawników i ekonomistów owej generacji określa się obecnie jako „pierwszą falę *law & economics*”¹³.

Już jako student Uniwersytetu imienia Św. Włodzimierza (dziś Tarasa Szewczenki) w Kijowie Petrażycki uczęszczał na wykłady cywilisty Piotra Cytowicza (1843–1913). Uczony ten, prawdopodobnie z pochodzenia Polak, należał do niewielu profesorów tamtejszego Wydziału Prawa cenionych przez Petrażyckiego. W 1866 r. Cytowicz przetłumaczył na rosyjski niemiecką pracę Heinricha Dankwardta „Studia ekonomiczno-cywilistyczne” (*Nationalökonomisch-civilistische Studien*, Leipzig–Heidelberg 1862); co więcej, w pierwszym tomie jego „Kursu rosyjskiego prawa cywilnego” (*Kurs russkogo graždanskogo prava*), wydanego w 1878 r., Cytowicz określił się jako zwolennik ekonomicznego podejścia do badań prawa¹⁴.

Podążając tym śladem, również sam Petrażycki przetłumaczył na rosyjski – i to już podczas swoich kijowskich studiów prawniczych – popularny podręcznik niemiecki do nauki „dzisiejszego prawa rzymskiego” (*Pandektenrecht*), napisany przez należącego wówczas do wąskiej czołówki pandektystów Juliusza Barona (1834–1898). Oparte na piątym wydaniu niemieckim tłumaczenie zostało opublikowane w postaci czterech zeszytów już w latach 1888–1889, a następnie było w Rosji wielokrotnie wznawiane. Jako zwolennik reformistycznego ruchu „socjalizmu z katedry” (*Kathedersozialismus*) Baron należał do pandektystów najbardziej otwartych na zagadnienia ekonomiczne.

Niemniej jednak Baron zwykł rozwiązywać problemy ekonomiczne cywilistyki w sposób typowy dla pandektystów końca XIX stulecia, a mianowicie przy zachowaniu tradycji ścisłego rozdziału prawa prywatnego od publicznego. W toku reform własnościowych nie należało zatem jego zdaniem modyfikować treści prawa własności, to bowiem zawsze pozostać winno – jak w Rzymie starożytnym – prawem ekskluzywnym i absolutnym, chronionym przeciw wszystkim za pomocą skargi rzeczowej. Modyfikacji podlegać powinny tylko i wyłącz-

¹² R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, t. 3, s. 1–44; G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, „Yale Law Journal” 1961, t. 70, s. 499–553.

¹³ J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, L. Visscher, *Law and Economics in Poland – the Past and Present at a Glance*, „Polish Yearbook of Law and Economics” 2010, t. 1, s. 4–5.

¹⁴ M. Zieliński, *Der Transfer juristischen Gedankenguts innerhalb Europas*, Hamburg 2007, s. 120, 135.

nie przedmioty własności¹⁵. Właściwym rozwiązaniem było zatem poszerzenie domeny własności państwowej, a nie przeprowadzona „od wewnątrz” socjalizacja własności prywatnej¹⁶.

Pomijając tłumaczenie Barona, w swoim późniejszym życiu uczonego Petrażycki cytował niewiele. Na przykład w drugim tomie *Einkommen* podbudowuje on rozróżnienie między kapitałem stałym i obrotowym wyłącznie za pomocą jedyne cytatu z „Zasad ekonomii politycznej” (*Principles of Political Economy*) pióra niezaprzeczanego klasyka tej dyscypliny, Johna Stuarta Milla (1806–1873). Niewiele lepiej przedstawiała się w tymże tomie jakość i objętość aparatu naukowego w odniesieniu do zagadnienia dochodu przedsiębiorstwa, udokumentowanego jedynie za pomocą dwóch prac: Juliusa Pierstorffa, „Nauka o dochodzie przedsiębiorstwa” (*Die Lehre vom Unternehmergewinn*, Berlin 1875) i Victora Mataja, „Dochód przedsiębiorstwa” (*Der Unternehmergewinn*, Osnabrück 1884)¹⁷.

Są to rzeczywiście cytaty dość skąpe, a ich potraktowanie przez autora bynajmniej nie świadczy o odbyciu przez niego jakkolwiek pogłębionych studiów ekonomii politycznej. Co więcej, w kontekście sporów ekonomicznych o pojęcie dochodu, referowanych przez Petrażyckiego w pierwszym tomie *Einkommen*, nie wymienia on w ogóle żadnych nazwisk autorów i tytułów ich dzieł¹⁸, a tom zamyka bez cytowania jakiegokolwiek ekonomisty. Petrażycki pozostawia również bez żadnych referencji bibliograficznych swoje twierdzenie, że stara ekonomia polityczna kapitalizmu manchesterskiego jednostronnie wyolbrzymiała znaczenie czynności prawnych w obrocie prawnym i w życiu ekonomicznym¹⁹.

Warto jednak zauważyć, że ani zamiarem Petrażyckiego, ani zasługą przeprowadzonych przez niego studiów nie było pogłębienie jakichkolwiek szczegółowych zagadnień *stricto* ekonomicznych, czy nawet zagadnień z pogranicza prawa i ekonomii, zaliczanych obecnie do dziedziny *law & economics*. Zasługą jego było raczej odwrócenie tradycyjnego stosunku między obiema dyscyplinami. Podczas gdy nie tylko Dankwardt, lecz również Baron i inni ówczesni prawnicy niemieccy przyjmowali konwencjonalnie swego rodzaju prymat prawa prywatnego nad ekonomią, w przeciwieństwie do nich Petrażycki poddawał skuteczność prawa ocenie ferowanej z punktu widzenia gospodarczego²⁰. Z tej perspektywy przewagę zyskiwała jednoznacznie ekonomia.

¹⁵ J. Baron, *Jurisprudenz und Nationalökonomie*, „Kritische Vierteljahresschrift” 1887, t. 19, s. 393; tenże, *Das römische Vermögensrecht*, „Conrads Jahrbücher” 1889, t. 53, s. 241.

¹⁶ T. Giaro, *Aufstieg und Niedergang des sozialistischen Zivilrechts*, (w:) G. Bender, U. Falk (red.), *Enteignung*, Frankfurt am Main 1999, s. 246.

¹⁷ *Einkommen*, t. II, s. 275 (Mill), 410 (Pierstorff, Mataja).

¹⁸ *Einkommen*, t. I, s. 35–36.

¹⁹ *Einkommen*, t. II, s. 460.

²⁰ T. Giaro, *Leon Petrażycki i ekonomiczna analiza prawa*, (w:) H. Izdebski (red.), *Nauka...*, s. 222.

W ostatecznym efekcie podejście metodologiczne Petrażyckiego, wyrażone zarysowane już w 1893 r. w aneksie do pierwszego tomu *Einkommen*²¹, jest z jednej strony zupełnie odwrotne do metody przeważającej wśród prawników europejskich XIX stulecia, a z drugiej – całkiem zgodne z obecną metodą *law & economics*. Pierwszeństwo przypisuje się bowiem – tak u Petrażyckiego, jak i w dzisiejszej ekonomicznej analizie prawa – nauce ekonomii politycznej. W konsekwencji skuteczność gospodarcza stanowi główne kryterium oceny rozmaitych rozwiązań prawnych. Już w jednej ze swoich prac berlińskich Petrażycki określił nawet naukę polityki prawa jako dyscyplinę nie prawną, lecz ekonomiczną²².

System ekonomiczny, leżący u podstaw konstrukcji Petrażyckiego, to zdecentralizowana gospodarka kapitalistyczna. Przeprowadza ona podział produktu narodowego za pomocą takich tradycyjnych instytucji prywatnoprawnych, jak własność prywatna i – szerzej – kapitał prywatny, swoboda umów oraz prawo spadkowe²³. Według Petrażyckiego centralnym problemem naukowej polityki prawa jest sprawiedliwy podział (*gerechte Verteilung*) dóbr ekonomicznych²⁴, a więc zadanie, które w ogólnych zarysach można uznać za poprzednika efektywnej alokacji zasobów jako centralnego problemu dzisiejszej ekonomicznej analizy prawa²⁵.

W cytowanej już pracy rosyjskiej z 1913 r. *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa natury* Petrażycki szczyci się nawet wynalezieniem rozróżnienia między systemami gospodarczymi typu scentralizowanego i zdecentralizowanego, co mieliby od niego zapożyczyć bez wskazania źródła tacy autorzy niemieccy, jak Rudolf Stammler (1856–1938), Heinrich Dietzel (1857–1935) i Georg Jellinek (1851–1911)²⁶. Pretensja ta nie jest jednak w całości uzasadniona, gdyż wspomniane rozróżnienie znane było już nieco wcześniej głośnemu prawnikowi austriackiemu Antonowi Mengerowi (1841–1906), który określał oba systemy z zastosowaniem nieco odmiennej terminologii jako system prawa socjalistycznego z jednej i system prywatnoprawny z drugiej strony²⁷.

Książka Mengera o stosunku prawa cywilnego do ludowych klas niemających (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*), pisana

²¹ *Einkommen*, t. I, s. 327–344.

²² *Einkommen*, t. II, s. 565; Wstęp, s. 107.

²³ *Einkommen*, t. II, s. 487.

²⁴ *Einkommen*, t. I, s. 322; t. II, s. 475.

²⁵ R. T. Stroiński, *Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa*, (w:) M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników*, Warszawa 2005, s. 473–517; K. Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, Berlin 2003, s. 71–72; H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 2005, s. 158–159; D. D. Friedman, *Ukryty ład*, Warszawa 2008, s. 306–307.

²⁶ L. Petrażycki, *O ideale społecznym...*, s. 125–127; por. także *Einkommen*, t. II, s. 464, 571; Wstęp, s. 52, 101–102.

²⁷ A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Tübingen 1890, s. 2–4.

z pozycji skrajnie krytycznych w stosunku do pierwszego projektu niemieckiego kodeksu cywilnego BGB, ukazała się bowiem już w styczniu 1890 r. Osiągnęła ona zresztą natychmiast taki rozgłos, że w sierpniu tegoż roku wydrukowano drugi i trzeci tysiąc jej egzemplarzy. Publikacja Mengera wyprzedziła więc o całe trzy lata pierwszy tom *Einkommen* Petrażyckiego, zachwalany przez naszego autora jako historyczny moment przejścia od nieświadomej do świadomej metody prawotwórstwa²⁸.

3. PREFERENCJA DLA POJĘĆ I UJĘĆ EKONOMICZNYCH

Jakie są cechy wspólne *Civilpolitik* Petrażyckiego i współczesnej *law & economics*? Ich najogólniejsze podobieństwo polega na dążeniu do unaukowania nauk prawnych, co w ich przypadku wymaga zawsze przyjęcia jakiejś teorii za teorię podstawową²⁹. Za taką uznał Petrażycki naukę ekonomii politycznej, gdyż była ona wówczas – i zapewne pozostaje nią nadal – jedyną dziedziną wiedzy, badającą domenę prawa prywatnego za pomocą metod empirycznych. Jest symptomatyczne, że w artykule napisanym bezpośrednio po swoim powrocie do Rosji Petrażycki mocno podkreślał, że ani Jhering (1818–1892), ani Sohm (1841–1917), obaj członkowie elity prawniczej ówczesnych Niemiec, nie znali dostatecznie nauki ekonomii³⁰.

Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że Petrażycki zatytułował swoje najważniejsze, dwutomowe dzieło niemieckie *Die Lehre vom Einkommen*, a więc „Nauka o dochodzie”, i że jako jego ciąg dalszy planował napisać i wydać – co niestety nigdy nie nastąpiło – drugą monografię: *Die Lehre vom Kapital*, co znaczy „Nauka o kapitale”³¹. Zaczął od dzieła o dochodzie, gdyż jego zdaniem bez ogólnego pojęcia dochodu, a w szczególności bez pojęcia dochodu pochodzącego od kapitału, nie można ani intelektualnie opanować, ani odpowiednio uregulować prawnie licznych obszarów cywilistyki, takich jak pożyczka i inne transakcje kredytowe oraz odsetki³². Dochód i kapitał to oczywiście pojęcia nie technicznoprawne, lecz z gruntu ekonomiczne.

W tym kontekście Petrażycki krytykował wywodzącą się w prostej linii z prawa rzymskiego cywilistyczną dogmatykę prawniczą jako dyscyplinę nie-

²⁸ *Einkommen*, t. I, s. 343; t. II, s. 438, 491.

²⁹ T. Ulen, *A Nobel Prize in Legal Science*, „University of Illinois Law Review” 2002, t. 4, s. 875–920.

³⁰ *Wstęp*, s. 411–412.

³¹ *Einkommen*, t. I, s. 293, przypis 1; T. Giaro, *Die Lehre vom Einkommen*, (w:) S. Dauchy i in. (red.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Paris 2016, s. 417.

³² *Einkommen*, t. II, s. 458; *Wstęp*, s. 380.

zdolną do wyboru i zastosowania właściwej aparatury pojęciowej. Przykładowo zamiast sięgnąć do prostych i jasnych pojęć nauki ekonomii politycznej niemiecka doktryna prawa cywilnego tradycyjnie ubierała ekonomiczne pojęcie dochodu w błazeńską czapkę „owoców” (*Früchte*), rozumianych w historycznym sensie rzymskich *fructus* jako produkty organiczne rzeczy macierzystej³³. Zmuszało to cywilistów niemieckojęzycznych do wdawania się w zawile a bezpłodne dyskusje na tematy biologiczne, które dla prawoznawstwa pozostawały bez żadnego znaczenia.

Przyjąwszy dosłowne, organiczno-naturalistyczne pojęcie owoców, cywilistyka tradycyjna musiała w drodze analogii ukuć na potrzeby praktyki ich szersze pojęcie, obejmujące także minerały jako owoce gruntu, i w końcu pożytki pieniężne, określane jako owoce „cywilne”, takie jak renty i odsetki; konsekwentnie musiała ona rozróżniać między owocami we właściwym sensie węższym i niewłaściwym sensie szerszym³⁴. W kontekście krytyki przepisów, które w ostatecznej wersji niemieckiego kodeksu BGB stały się jego § 99–100, Petrażycki nazywa wspomniane czapki błazeńskie „karykaturami ustawodawczymi”³⁵, uzyskując poparcie jednego z pierwszych komentatorów BGB, znanego cywilisty niemieckiego Ludwiga Kuhlenbecka (1857–1920)³⁶.

Podobnie przebiegała polemika petrażycka przeciw tradycyjnej teorii realnego bytu osoby prawnej jako organizmu. Mimo że teoria ta forsowana była przez słynnego germanistę Ottona von Gierke (1841–1921), Petrażycki wyśmiewa ją bezlitośnie³⁷. Jego zdaniem osoba prawna, stanowiąca przecież tylko „stację w procesie ruchu i podziału dóbr” czy „myślowy skład i magazyn, gdzie mogą zatrzymywać się rozdzielane za pomocą prawa cywilnego dobra w drodze do fizycznych spożywców”, jest organizmem z papieru³⁸. Prawnik, roztrząsający takie problemy w duchu „organicznym”, tzn. na podstawie analogii między organizacjami społecznymi a roślinami, przypomina ekscentrycznego ekonomistę, który poświęcałby swój czas badaniu barw, wzorów i innych cech zewnętrznych banknotów zamiast analizować ich funkcję gospodarczą środków płatniczych³⁹.

Petrażycki podsumował swoją krytykę w następujący sposób: „Aby regulować prawidłowo i skutecznie prywatno-gospodarczą wytwórczość, wymianę i podział dóbr, jest rzeczą absolutnie nieważną, czy nawóz stanowi organiczną czy też nieorganiczną wydzielinę zwierzęcia, albo czy roślina jest organicznym tworem ziemi, czy też innych roślin. Aby prawidłowo regulować podział dóbr,

³³ *Wstęp*, s. 269.

³⁴ *Einkommen*, t. I, s. 9–10.

³⁵ *Wstęp*, s. 378, 380; *Einkommen*, t. I, s. 3–35; t. II, s. 456, 459.

³⁶ L. Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum BGB*, t. II, Berlin 1899, s. 558.

³⁷ T. Giaro, *Krótką historia istoty osoby prawnej*, (w:) *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 68.

³⁸ *Wstęp*, s. 372–374, 420–422; *Einkommen*, t. II, s. 462–463, 575–578.

³⁹ *Einkommen*, t. I, s. 7.

ważne są zjawiska ekonomiczne i społeczne oraz właściwości rzeczy. Tylko ze względu na te zjawiska i właściwości prawo cywilne może przypisać jakieś dobro gospodarcze takiemu a nie innemu podmiotowi ... Krowa jest zawsze organicznym tworem swoich rodziców, lecz może ona podlegać prawu dochodów lub prawu kapitału zależnie od stosunku do niej podmiotu gospodarczego⁴⁰.

Następne pokrewieństwo między petrażyckańską nauką polityki prawa a jego współczesną analizą ekonomiczną polega na tym, że obie dyscypliny nie pojmują zjawisk prawnych, a zwłaszcza obowiązujących nakazów, zakazów i przyzwoleń, jako zagwarantowanych bezpośrednio przymusem państwowym imperatywów, lecz raczej tylko jako bodźce oddziałujące pośrednio na psychikę adresata norm⁴¹. Według formuły popularnej wśród adeptów *law & economics* sankcje prawne są więc traktowane na podobieństwo cen, które adresat normy jest gotów zapłacić za jej przekroczenie; dopiero wtedy, gdy adresat uzna cenę nieposłuszeństwa za zbyt wygórowaną, wybierze on zachowanie legalistyczne⁴².

W ten sposób Petrażycki dążył do zmiany panującego w Europie kontynentalnej od stuleci tradycyjnego podejścia do prawa, które określał trafnie jako podejście dogmatyczno-sądowe. Petrażycki krytykował je przede wszystkim jako całkowicie nieodpowiednie dla rozpatrywania kwestii legislacyjnych, zwanych w terminologii łacińskiej kwestiami o prawie przyszłym (*de lege ferenda*). W tym zakresie prawnik musi się bowiem wykazać zupełnie innym typem racjonalności niż przedstawiciel dogmatyki prawniczej lub sędzieja. Jak metaforycznie tłumaczył Petrażycki, skoro na ugaszenie szalejącego pożaru jest już za późno, należy się skupić na opracowaniu i wprowadzeniu do praktyki skutecznego systemu ochrony przeciwpożarowej⁴³.

Współczesna *law & economics* określa to poprawne podejście jako styl rozumowania prognostyczny (*ex ante*), a nie diagnostyczny (*ex post*)⁴⁴. Przedstawiciel akademickiej dogmatyki prawniczej lub sędzieja ma przecież do czynienia albo z pewnym typem stanu faktycznego, albo nawet – co ma miejsce w przypadku sędziego – z jednym jedynym konkretnym stanem faktycznym. Tymczasem od ustawodawcy lub dowolnego rodzaju prawodawcy oczekujemy takiego rozwiązania, które zachowa ważność również na przyszłość. Petrażycki porównuje przesmiewczo ustawodawcę, zakładającego naiwnie, że mimo nowej regulacji prawnej

⁴⁰ *Wstęp*, s. 376–377.

⁴¹ *Wstęp*, s. 93–95; por. T. Giaro, *La 'Civiltà politica' di Petrażycki*, Index 1995, nr 23, s. 108; U. Mattei, L. Antonioli, A. Rossato, *Comparative Law and Economics*, (w:) B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, t. I, Cheltenham 2000, s. 514.

⁴² M. Golecki, *Economics of Law as a Jurisprudential Theory*, „German Working Papers in Law and Economics” 2002, t. 13, s. 3; L. A. Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (2006) 5, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis> (dostęp: 20.05.2018 r.).

⁴³ *Einkommen*, t. I, s. 330.

⁴⁴ D. D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, s. 74–83; W. Farnsworth, *The Legal Analyst*, Chicago–London 2007, s. 3–12.

poddane jej stany faktyczne pozostaną w społeczeństwie bez zmian, do osoby, która wierzy, że uda się jej odwrócić na tyle szybko, by zobaczyć własne plecy⁴⁵.

Ta wrażliwość, a może nawet nadwrażliwość, systemu prawnego na wszelkie interwencje pochodzące z zewnątrz, a tym samym i na wszelkie próby reformy, widoczna jest zwłaszcza w stosunku między wierzycielem i dłużnikiem. Im lepszą ochronę zapewnimy jednemu z nich, tym gorsza stanie się sytuacja drugiego⁴⁶. Postawienie plusa w dowolnym miejscu systemu prawnego wytwarza z konieczności minus w innym miejscu. Rachunek musi być bowiem zatem zawsze uregulowany, co potwierdza słynny tytuł jednej z prac laureata nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii, Milтона Friedmana (1912–2006), wykluczający istnienie darmowych obiadów (*There's No Such Thing as a Free Lunch*, Open Court 1975)⁴⁷.

W pracy ustawodawców niemieckich, ekspertów w dziedzinie dogmatyki prawa pandektowego, którym zawdzięczamy kodeks cywilny BGB, punkt wyjścia stanowiło zawsze prawo rzymskie jako prawo obowiązujące XIX-wiecznej Rzeszy Niemieckiej. Pod wrażeniem ogromnej roli tego historycznego inputu pandektyści interpretowali po mistrzowsku szczegółowe przepisy i analizowali zastosowane w kodeksie konstrukcje prawne, ignorując przy tym jednak ich skutki społeczne⁴⁸. Według kolejnej krytycznej metafory Petrażyckiego pandektyści zbudowali w ten sposób maszynę produkcyjną, nie bacząc zupełnie na rodzaj jej przyszłych produktów⁴⁹. Natomiast dla Petrażyckiego głównym przedmiotem zainteresowania był rzeczywisty output, czyli konsekwencje społeczno-ekonomiczne proponowanej regulacji prawnej.

4. PODSTAWY EKONOMICZNE POLITYKI PRAWA

Petrażycki cenił więc dogmatykę prawa rzymskiego nie z powodu jej wartości historycznej punktu startowego zachodniej tradycji prawnej, a więc z powodu jej roli dziejowego symbolu. Dla Petrażyckiego prawo rzymskie było raczej kryształizacją wielowiekowego doświadczenia, które jego zdaniem dostarczało nauce polityki prawa najlepszych materiałów kontrolnych⁵⁰. Podczas gdy w trakcie dyskusji kodyfikacyjnych nad przyszłym BGB historycy prawa – tak większość romanistów, jak i większość germanistów – usiłowali zachować z dziedzic-

⁴⁵ *Einkommen*, t. II, s. 496–497, 615; *Wstęp*, s. 240, 277.

⁴⁶ *Einkommen*, t. II, s. 506.

⁴⁷ T. Giaro, *La 'Civilpolitik' di Petrażycki...*, s. 121; U. Pagano, *No Institution is a Free Lunch*, „International Review of Economy” 2012, t. 59, s. 189–200.

⁴⁸ *Einkommen*, t. I, s. 341; t. II, s. 452–453.

⁴⁹ *Einkommen*, t. II, s. 458.

⁵⁰ *Einkommen*, t. II, s. 582, 584, 605.

two przeszłości ile tylko było możliwe, Petrażycki rozważał przede wszystkim gospodarcze i etyczne skutki decyzji legislacyjnych. Podkreślał on, że w czasach prawoznawstwa naukowego specjalny instynkt prawniczy, którym starożytni Rzymianie mieli się odznaczać z urodzenia, definitywnie zanikł⁵¹.

Co więcej, Petrażycki dostrzegał w prawie rzymskim jako prawie obowiązującym XIX-wiecznej Drugiej Rzeszy Niemieckiej liczne anachronizmy społeczno-gospodarcze, które oddzielały od jego trwałych osiągnięć. Domagał się on prawotwórstwa świadomego, przy czym kwestionował jednak bezwzględną wyższość kodyfikacji nad prawem zwyczajowym; wprost przeciwnie, uznawał większość współczesnych mu kodeksów cywilnych za nic więcej niż kiepskie kopie prawa rzymskiego⁵². Rzymskie prawo zwyczajowe wyprzedzało bowiem kodyfikacje dokładnie w ten sam naturalny sposób, w jaki gospodarka rynkowa wyprzedza gospodarkę planową i – jak mawiał Friedrich Hayek (1899–1992) – prawo sędziowskie wyprzedza legislację⁵³.

W jednej ze swoich publikacji niemieckich, a mianowicie w pierwszym tomie dzieła o „Dochodzie” (*Einkommen*), Petrażycki nazwał dogmatykę cywilistyczną dyscypliną siostrzaną w stosunku do polityki prawa, lecz podkreślił przy tym wyraźnie, że zasięg pierwszej z nich jest jednak znacznie ograniczony, bo wyłącznie narodowy, podczas gdy dopiero druga stanowi uniwersalną naukę całej cywilizowanej, oświeconej ludzkości⁵⁴. Co więcej, w kilku artykułach napisanych w języku rosyjskim bezpośrednio po powrocie z Niemiec do Rosji, które ukazały się w latach 1896–1897, Petrażycki stał się jeszcze bardziej krytyczny w odniesieniu do „krótkowzroczności” dogmatyki prawniczej i do „wąskości” pojęcia prawa w znaczeniu prawniczym.

Dogmatyka prawnicza zwykła bowiem badać problemy prawne – w ślad za Jheringiem (1818–1892) jako twórcą „jursprudenji interesów” (*Interessenjurisprudenz*) – z ograniczonej perspektywy interesu prywatnego, np. wierzyciela lub dłużnika, podczas gdy ekonomia polityczna, a wraz z nią polityka prawa, przyjmuje z zasady szerszy punkt widzenia całego systemu gospodarki⁵⁵. Kilka lat wcześniej niż Petrażycki, bo już w roku 1888, pozycję tego typu zajął w sposób nader wyraźny Austriak Victor Mataja (1857–1934) w swojej monografii o odpowiedzialności odszkodowawczej widzianej z perspektywy ekonomii politycznej (*Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*)⁵⁶. Podczas gdy Mataja optował jednak za odpowiedzialnością obiektywną, Petra-

⁵¹ *Einkommen*, t. I, s. 153, 247.

⁵² *Einkommen*, t. II, s. 251 (anachronizmy), 603 (kopie).

⁵³ F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, Volume I: Rules and Order*, London–New York 1973, s. 122–123.

⁵⁴ *Einkommen*, t. I, s. 343 (siostra); *Wstęp*, s. 149 (dogmatyka a polityka).

⁵⁵ *Wstęp*, s. 95, 287, 293–294, 393; *Fruchtverteilung*, s. 243.

⁵⁶ I. Englard, *Victor Mataja's Liability for Damages*, „International Review of Law and Economics” 1990, t. 10, s. 173–191; V. Winkler, *Ökonomische Analyse des Rechts – vor hundert Jahren!*, „German Working Papers in Law and Economics” 2003, t. 16, s. 1–20; M. Gelter, K. Gre-

życki przeciwnie – popierał zasadę winy, gdyż tylko ta pozwala na sterowanie zachowaniem ludzkim za pomocą prawa.

W wyniku nierzadkiego, ba wręcz tradycyjnego wśród prawników pomieszania perspektyw i pojęć, z jednej strony interesu poszczególnych podmiotów prywatnych, a z drugiej interesu gospodarki narodowej jako całości, dogmatyka prawnicza skłania się do lekceważenia okoliczności, że nawet kompromis między stronami sporu – skądinąd sympatyczny na płaszczyźnie towarzyskiej – może okazać się szkodliwy z nadrzędnego punktu widzenia systemu ekonomicznego⁵⁷. Nawet interesy grupowe tak obszernych zbiorów osób, jak np. inwestorzy, akcjonariusze, producenci lub konsumenci, pozostają – co podkreśla w zgodzie z ideami Petrażyckiego dzisiejsza ekonomiczna analiza prawa – interesami partykularnymi, których nie należy kwalifikować jako interesu społecznego⁵⁸.

W swoich pracach niemieckich Petrażycki podkreślał więc mocno wyższość perspektywy ogólnogospodarczej i ogólnospołecznej nad indywidualną czy nawet grupową. Chciał on przekształcić ową wyższość, która przez prawników rzymskich była jedynie wyczuwana, w zasadę świadomej polityki prawa⁵⁹. Dlatego Petrażycki krytykuje egoizm własnościowy goniącego za dobrobytem materialnym *homo oeconomicus* oraz ideał wolności czysto negatywnej, gwarantowanej przez własność prywatną⁶⁰. Absolutyzacja praw majątkowych przez zrównanie ich z samoistnymi wartościami życia i wolności podkopałaby zresztą fundamenty drogiego Petrażyckiemu liberalizmu, pozbawiając go niezbędnego minimum etycznego⁶¹.

Wyraźna niechęć Petrażyckiego do częstych sporów sądowych, a zwłaszcza do rozszerzenia zakresu prywatno-prawnej odpowiedzialności odszkodowawczej, to następna cecha wspólna petrażycjańskiej polityki prawa i współczesnej *law & economics*. Wszczynianie procesów i zaostrzenie odpowiedzialności cywilnej powodują bowiem zawsze dodatkowy koszt, który obciąża nie tylko pokonaną stronę sporu (jeśli według tzw. reguły europejskiej pokrywa ona wszystkie koszty)⁶², lecz także – w postaci marnotrawstwa energii społecznej, kosztów postępowania i zakłóceń produkcji – całą gospodarkę narodową⁶³. Jest to zatem ów koszt społeczny (*social cost*), przekraczający krąg osób bezpośrednio zaangażowanych

chenig, *The Transatlantic Divergence in Legal Thought*, „Hastings International and Comparative Law Review” 2008, t. 31, s. 335–340.

⁵⁷ *Wstęp*, s. 405–406; *Einkommen*, t. II, s. 409.

⁵⁸ R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, Boston 2008, s. 10.

⁵⁹ *Fruchtverteilung*, s. 243; *Einkommen*, t. II, s. 558; por. T. Giaro, *La ‘Civilpolitik’ di Petrażycki...*, s. 106–108.

⁶⁰ P. Frick, *Lev Petrażyckij und das Eigentum. Beobachtungen zum Frühwerk*, „Rechtstheorie” 2004, t. 35, s. 531–533.

⁶¹ *Einkommen*, t. II, s. 541; por. Frick, *Lev Petrażyckij und das Eigentum...*, s. 534.

⁶² W. Weigel, *Economics of the Law*, London–New York 2008, s. 94.

⁶³ T. Giaro, *La ‘Civilpolitik’ di Petrażycki...*, s. 121–122.

w sprawę, z którego Coase uczynił jedno z centralnych pojęć ekonomicznej analizy prawa⁶⁴.

Według Petrażyckiego dobrze przemyślane i sformułowane prawo stwarza niewiele okazji do procesów. Nie należy też – mimo powszechności tego błędu – ograniczać pojęcia praktyki do wydarzeń, które rozgrywają się w sądzie, gdyż sędziowie nie są praktykami prawa jako takiego, lecz tylko praktykami ochrony prawnej lub wymiaru sprawiedliwości⁶⁵. Do sądów trafiają przecież przede wszystkim sprawy unormowane przez ustawodawcę błędnie, a przynajmniej niedbale. Dlatego sędziowie i pozostały personel wymiaru sprawiedliwości oraz akademiccy badacze dogmatyki prawa zajmują się prawie wyłącznie jego patologiami, którym niesłusznie nadają nobilitujące miano praktyki. Tymczasem politycy prawa winni zapobiegać przyszłym pożarom, a nie interweniować dopiero w charakterze straży pożarnej po ich wybuchu. Innymi słowy, działalność polityków prawa nie jest natury terapeutycznej, lecz higienicznej⁶⁶.

W przeciwieństwie do zaangażowanej społecznie niemieckojęzycznej „jurysprudencji socjalnej” (*soziale Jurisprudenz*), której sztandarowymi postaciami byli pod koniec XIX stulecia Austriacy Menger i Ofner, ideałem petrażycjańskiej nauki polityki prawa jest nie prawo mniej lub bardziej socjalne, lecz prawo racjonalne. I tu napotykaamy następne pokrewieństwo między polityką prawa Petrażyckiego a jego obecną analizą ekonomiczną. Dokładnie tak jak ta ostatnia Petrażycki odrzucał mianowicie projekty redystrybucji dóbr za pomocą środków prawa prywatnego⁶⁷, które uznawał za niezdolne do osiągnięcia „celów społecznych”, realizowania „tendencji socjalnych” czy wręcz rozwiązania „kwestii socjalnej”. Ponadto Petrażycki krytykuje wąskie pojęcie prawa majątkowego jako „porządku podziału dóbr”, gdyż ignoruje ono „wyższe regiony ducha”⁶⁸.

Niemniej jednak w licznych kontekstach prawno-dogmatycznych niemieckiego prawa zobowiązań Petrażycki zbliżał się znacznie do pozycji menegerowskiego ruchu ochrony strony słabszej czy – według terminologii obecnej – ochrony konsumenta. Domagał się on mianowicie dochowania formy szczególnej dla czynności prawnych ponadprzeciętnie ryzykownych dla dłużnika, takich jak zwłaszcza udzielenie poręczenia (*Bürgschaft*) czy pełnomocnictwa (*Vollmachtserteilung*) lub wreszcie przyrzeczenie wierzycielowi odsetek (*Zinsenvertrag*)⁶⁹. Drugi projekt niemieckiego kodeksu BGB wzorował się w tym zakresie bez dobrych racji na przedkodyfikacyjnym europejskim prawie powszechnym

⁶⁴ Por. wyżej przypis 12.

⁶⁵ *Einkommen*, t. II, s. 612–614, 619.

⁶⁶ *Wstęp*, s. 292–294.

⁶⁷ R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics...*, s. 9–11.

⁶⁸ *Einkommen*, t. II, s. 474–475.

⁶⁹ *Einkommen*, t. II, s. 444–446.

(*ius commune*), które w dążeniu do ideału swobody umów sprowadziło rzymską stypulację do roli całkowicie odformalizowanej transakcji niskiej rangi⁷⁰.

Podobnie jak *law & economics* również polityka prawa Petrażyckiego propaguje szerokie zastosowanie narzędzi matematycznych i statystycznych. Petrażycki chciał opierać rozstrzygnięcia ustawodawcze nie na intuicyjnych impresjach na temat słuszności (*Billigkeit*), lecz na prowadzonej metodycznie i systematycznie urzędowej statystyce cywilnej (*Civilstatistik*)⁷¹. Dziś byłaby ona o wiele skuteczniejsza dzięki elektronicznej obróbce danych. Tymczasem musimy się na razie zadowolić przestrogą Petrażyckiego, że ignorowanie statystyki cywilnej będzie drogą⁷². Statystyka ta dostarcza bowiem niezbędnej wiedzy empirycznej o tym, jak wiele powodztw, na jakich podstawach i o jakie sumy wytoczono; następnie, czy zostały one przez sąd uwzględnione czy odrzucone; kto był powodem, a kto pozwanym; jakie czynności prawne i przepisy sprawiły sędziom największą trudność; ile wynosiła wartość przedmiotu sporu, opłaty sądowe i zasądzone odszkodowania.

5. ANALIZA EKONOMICZNA A SPRAWIEDLIWOŚĆ

Zdaniem Petrażyckiego polityka prawa cywilnego (*Civilpolitik*) wypełnia – poza „bezpośrednią” funkcją ekonomiczną jako specyficzną funkcją oddziaływania motywacyjnego norm na adresata – ogólną funkcję etyczną. Jest to zwana również „ostateczną” funkcją edukacyjną lub wychowawczą promowania kultury moralnej, która stanowi część składową ogólnej polityki prawa⁷³. „Prawo rozumne jest szkołą moralności, instytucją wychowawczą narodu i całej ludzkości”, orzeka sentencjonalnie Petrażycki, uwypuklając pozytywny wpływ na moralność takich zwłaszcza instytucji rzymskiego prawa prywatnego, jak ochrona posesoryjna, zwrot nakładów koniecznych, dokonanych na cudzą rzecz przez jej posiadacza, uwzględnienie na korzyść dłużnika również zwłoki wierzyciela (*mora creditoris*) i zróżnicowane unormowanie kwestii pożytków⁷⁴.

Po osiągnięciu punktu przecięcia ekonomii z etyką drogi obu dyscyplin zwykły się rozchodzić, gdyż ekonomiści łącznie ze specjalistami *law & economics* chętnie inspirowali się jednostronnie leibnizowskim wezwaniem „a więc liczymy!” (*calculemus!*). Jednakże w ślad za takimi myślicielami, jak Amartya Senn (*On Ethics and Economics*, Oxford–New York 1987), Walter J. Schultz (*The*

⁷⁰ *Einkommen*, t. II, s. 449.

⁷¹ *Einkommen*, t. II, s. 619–622; *Wstęp*, s. 144.

⁷² *Einkommen*, t. II, s. 478.

⁷³ *Wstęp*, s. 102–105, 220–221, 414, 423.

⁷⁴ *Wstęp*, s. 29 (cytat); *Einkommen*, t. II, s. 478–480 (wpływ moralizujący).

Moral Conditions of Economic Efficiency, Cambridge 2001) i inni, jesteśmy dziś bardziej skłonni uznać, że większość problemów gospodarczych jest zarazem problemami etycznymi i na odwrót⁷⁵. Warto podkreślić, że Petrażycki antycypował już w 1893 r. klasyczne pytanie Ronalda Dworkina (1931–2013): „Dlaczego efektywność?”⁷⁶. Zdaniem Petrażyckiego w przeciwieństwie do starszych szkół ekonomii – myśli on zapewne o przysłowiowej szkole manchesterskiej – nie powinniśmy bowiem wciąż maksymalizować produkcji, lecz raczej zadbać o jej sprawiedliwą dystrybucję⁷⁷.

Petrażycki dostrzegał konflikt między moralnością i ekonomią, jednak próbował rozwiązać go w podobnie prosty sposób, w jaki starożytni stoicy rozstrzygali konflikt między wartościami uczciwości (*honestum*) a korzyści własnej (*utile*). Rozróżnia on mianowicie korzyść prawdziwą, która musi być zawsze zgodna z uczciwością, od korzyści pozornej, która z uczciwością koliduje⁷⁸. Petrażycki próbuje więc identyfikować skuteczność ekonomiczną i cnotę moralną. W ten sposób łączy on w jedno pojęcie „czynną i rozumną” miłość, „miłość i rozsądek” (*Liebe und Vernunft*), „rozum i serce” i podobne pary wartości⁷⁹, a także utożsamia „ekonomiczny i moralny punkt widzenia”, wspominając często o pokrywaniu się racjonalności obu typów⁸⁰. Miłość to nie tylko „prawda rozumu praktycznego”, lecz również „najwyższa prawda rozumu teoretycznego”⁸¹.

Zapewne najbardziej zaskakująca w efekcie końcowym formuła petrażycjańska określa miłość „z drugiej strony” jako rozum, a rozum jako miłość⁸². Topos miłości w charakterze drogowskazu ustawodawcy dał niemieckim krytykom Petrażyckiego, zwłaszcza Sohmowi (1841–1917) – członkowi komisji do opracowania drugiego projektu BGB, słynnemu germaniście i kanoniście, a także autorowi podręcznika do prawa rzymskiego, który w 1923 r. ukaże się w siedemnastym wydaniu niemieckim, a poza tym zostanie przetłumaczony na angielski, włoski i polski – asumpt do drwin. Sohm ironizuje mianowicie, że Pan Petrażycki widocznie dotarł w pojedynkę nieskończenie dalej niż całe prawoznawstwo niemieckie⁸³. Jednakże autorzy współcześni wiążą np. zasadę tak nowoczesną, jak zasada proporcjonalności, właśnie z miłością⁸⁴.

⁷⁵ J. Wright, *The Ethics of Economic Rationalism*, Sydney 2003; J. Broome, *Ethics out of Economics*, Cambridge 2004.

⁷⁶ R. Dworkin, *Why efficiency?*, „Hofstra Law Review” 1980, t. 8, s. 563–590.

⁷⁷ *Einkommen*, t. I, s. 322; t. II, s. 475.

⁷⁸ T. Giaro, *Leon Petrażycki i ekonomiczna analiza prawa*, (w:) H. Izdebski (red.), *Nauka...*, s. 236–237.

⁷⁹ *Einkommen*, t. II, s. 543, 581, 604; *Wstęp*, s. 34–35, 65, 106, 185, 280.

⁸⁰ *Wstęp*, s. 248, 274–275, 282, 316, 378–379, 415.

⁸¹ *Wstęp*, s. 82 (rozum praktyczny), 44 (rozum teoretyczny).

⁸² *Wstęp*, s. 251, 260, 287, 292, 312, 429; *Einkommen*, t. II, s. 468 (formuła), 469, 477, 535.

⁸³ R. Sohm, *Über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, „Gruchots Beiträge” 1895, t. 39, s. 761.

⁸⁴ P. Hulsroj, *The Principle of Proportionality*, Dordrecht–Heidelberg 2013, s. 31–43.

Przykładowo w pierwszym tomie swojego dzieła o „Dochodzie” (*Einkommen*) Petrażycki stwierdza, że bezpośrednie kształtowanie ładu gospodarczego jedynie za pomocą samego poprawnie zbudowanego pojęcia pożytków odpowiada zarazem postulatowi słuszności (*Billigkeit*). Petrażycki podkreśla w tym kontekście, że czasowy posiadacz rzeczy cudzej na podstawie ważnego w obrocie tytułu prawnego, jakim jest np. użytkownik lub dzierżawca, może liczyć na to, że nabędzie uzyskany z cudzej własności przychód, mimo że jest on zarazem świadom, że własności kapitału nie nabędzie nigdy⁸⁵. Rozumowanie to stosuje się tym bardziej do posiadacza w złej wierze, który ani przywłaszczonego przez siebie kapitału, ani przychodu nie nabędzie z całą pewnością.

Przeciw radykalnym krytykom austriackim pierwszego projektu BGB, Mengerowi i Ehrlichowi, którzy proponowali usunięcie zeń rzekomo reakcyjnego romanistycznego standardu „dobrego ojca rodziny” (*bonus pater familias*), Petrażycki broni go jako ucieleśnienia cnót zarazem gospodarczych, jak i kulturowych⁸⁶. Podobnie jak z jednej strony prawo rozumne w sensie jego skuteczności gospodarczej doskonali zdaniem Petrażyckiego moralność obywateli⁸⁷, z drugiej strony normy irracjonalne gospodarczo okazują się zawsze szkodliwe również dla moralności: tak indywidualnej, jak i zbiorowej. Szkodzą one bowiem nie tylko poszczególnym podmiotom gospodarczym i gospodarce jako całości, lecz także – co ważniejsze na dłuższą metę – podkopują wiarę w prawo i jego autorytet, podważając w ten sposób samą jego ideę.

Do takich norm o wydzwisku tylko pozornie socjalnym, lecz w ostatecznym rachunku szkodliwych, zalicza Petrażycki doktrynerską regulację instytucji prawnej przeistoczenia (*specificatio*) opartą na tzw. teorii pracy. W jej myśl § 950 BGB przyznaje własność produktu wytworzonego z cudzego materiału w zasadzie bezpośredniemu producentowi⁸⁸. Petrażycki krytykuje ostro tę koncepcję, przevorsowaną w ostatniej fazie prac kodyfikacyjnych jako wzorcowo germańską przez Ottona von Gierkego. W imię względów niewczesnej sprawiedliwości wynagradza ona np. piekarza, który wytworzył ciasto z cudzej mąki, za trud włożony w samą produkcję chleba. Również współczesny niemiecki historyk prawa uznaje to przejście starogermańskiej zasady produkcji do nowoczesnej kodyfikacji cywilnej za „całkiem niepraktyczny hołd na rzecz politycznego romantyzmu”⁸⁹.

Z uwagi na prewencyjne i wychowawcze ujęcie polityki prawa przez Petrażyckiego preferuje on z reguły rozwiązania zgodne z funkcjami edukacyjnymi

⁸⁵ *Einkommen*, t. I, s. 136–138; tamże, s. 138–139, krytyka pierwszego projektu BGB.

⁸⁶ *Wstęp*, s. 51–52, 315–316, 334, 403.

⁸⁷ Por. wyżej przypis 67 o prawie jako „szkole moralności”.

⁸⁸ *Wstęp*, s. 19–20, 360–363.

⁸⁹ F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974, s. 23; tenże, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967, s. 481, przypis 32.

prawa cywilnego. Krytykuje on zwłaszcza cywilną odpowiedzialność odszkodowawczą typu obiektywnego (*Gefährdungshaftung*), którą podczas prac przygotowawczych do kodyfikacji BGB propagował m.in. wspomniany już Mataja w swojej monografii z 1888 r. Petrażycki popiera natomiast energicznie starą dobrą romanistyczną zasadę winy (*culpa*), gdyż dopiero ona realnie motywuje adresatów norm prawnych, a przecież ustawa pozbawiona wpływu na ich zachowanie jest z punktu widzenia polityki prawa bezcelowa. W związku z tym Petrażycki chwali drugi projekt BGB, który odrzucił w końcu propozycje szerszej reformy odpowiedzialności odszkodowawczej w duchu obiektywnej odpowiedzialności za skutek (*strict liability*)⁹⁰.

Podsumowując, między petrażycjańską nauką polityki prawa a współczesną *law & economics* istnieje sporo podobieństw, które już po ich pobieżnej analizie musimy uznać za uderzające. Refleksja na ten temat wydaje się warta kontynuacji i pogłębienia sama w sobie. Jest ona jednak istotna również z tego powodu, że skoro Petrażycki przed z górą stu laty był w stanie uprawiać ekonomiczną analizę prawa *avant la lettre*, dyscyplina ta nie musi być uznawana za wiedzę tajemną, niedostępną przeciętnemu prawnikowi, za jaką często uchodzi dzisiaj. Należy w końcu pamiętać, że *law & economics* wyparła obecnie w dużym stopniu z europejskich wydziałów prawa jego socjologię, przejmując przy tym jej funkcję dyscypliny empirycznej. Tymczasem minimalna przynajmniej obecność empirii wśród normatywnych nauk prawnych, jakimi są dogmatyki jego poszczególnych gałęzi, wydaje się absolutnie niezbędna.

BIBLIOGRAFIA

- Babb H. W., *Petrazhitskii: Science of legal policy and theory of law*, „Boston University Law Review” 1937, t. 17
- Backhaus J. G. (red.), *Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham 2005
- Baron J., *Jurisprudenz und Nationalökonomie*, „Kritische Vierteljahresschrift” 1887, t. 19
- Baron J., *Das römische Vermögensrecht und die sociale Aufgabe*, „Conrads Jahrbücher” 1889, t. 53
- Baron J., *Pandekten*, Leipzig 1893
- Baum K. B., *Leon Petrażycki und seine Schüler*, Berlin 1967
- Beldowski J., Metelska-Szaniawska K., Visscher L., *Law and Economics in Poland – the Past and Present at a Glance*, „Polish Yearbook of Law and Economics” 2010, t. 1
- Borucka-Arctowa M., *Die gesellschaftliche Wirkung des Rechts*, Berlin 1975
- Broome J., *Ethics out of Economics*, Cambridge 2004
- Calabresi G., *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, „Yale Law Journal” 1961, t. 70

⁹⁰ *Wstęp*, s. 317–318, 323.

- Coase R. H., *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, t. 3
- Cooter R., Ulen T., *Law and Economics*, Boston 2008
- Cytowicz P., *Kurs ruskogo graždanskogo prava*, Kiev 1878
- Dankwardt H., *Nationalökonomisch-civilistische Studien*, Leipzig–Heidelberg 1862
- Dworkin R., *Why Efficiency?*, „Hofstra Law Review” 1980, t. 8
- Eidenmüller H., *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 2005
- Englard I., *Victor Mataja’s Liability for Damages*, „International Review of Law and Economics” 1990, t. 10
- Farnsworth W., *The Legal Analyst*, Chicago–London 2007
- Fittipaldi E., *Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*, „Societas/Communitas” 2009, t. 7
- Frick P., *Lev Petražickij und das Eigentum. Beobachtungen zum Frühwerk*, „Rechtstheorie” 2004, t. 35
- Friedman D. D., *Law’s Order*, Princeton 2000
- Friedman D. D., *Ukryty ład*, Warszawa 2008
- Gelter M., Grechenig K., *History of Law and Economics*, Bonn 2014
- Gelter M., Grechenig K., *The Transatlantic Divergence in Legal Thought*, „Hastings International and Comparative Law Review” 2008, t. 31
- Giario T., *Aufstieg und Niedergang des sozialistischen Zivilrechts*, (w:) G. Bender, U. Falk (red.), *Enteignung*, Frankfurt am Main 1999
- Giario T., *Krótká historia istoty osoby prawnej*, (w:) *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012
- Giario T., *Die Lehre vom Einkommen*, (w:) S. Dauchy i in. (red.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Paris 2016
- Giario T., *La ‘Civilpolitik’ di Petrażycki o dell’amore nel sistema decentralizzato*, „Index” 1995, nr 23
- Giario T., *Leon Petrażycki i ekonomiczna analiza prawa*, (w:) H. Izdebski (red.), *Nauka i nauczanie prawa*, Warszawa 2009
- Giario T., *Leon Petražickij i èkonomičeskij analiz prava*, „Naučnye trudy Moskovskoj Akademii Èkonomiki i Prava” 2009, nr 24
- Giario T., *Leon Petražickij – Osnovopoložnik èkonomičeskogo analiza prava*, „Èkonomika Predprinimatel’stvo Okružajuščaja Sreda” 2009, t. 38.2
- Golecki M., *Economics of Law as a Jurisprudential Theory*, „German Working Papers in Law and Economics” 2002, t. 13
- Hayek F., *Law, Legislation and Liberty, Volume I: Rules and Order*, London–New York 1973
- Hulsroj P., *The Principle of Proportionality*, Dordrecht–Heidelberg 2013
- Kornhauser L. A., *The Economic Analysis of Law*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis> (dostęp: 20.05.2018 r.)
- Kuhlenbeck L., *Von den Pandekten zum BGB*, t. II, Berlin 1899
- Mackaay E., *History of Law and Economics*, (w:) *Encyclopedia of Law and Economics*, t. I, Cheltenham 2000
- Mataja V., *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig 1888
- Mataja V., *Der Unternehmergewinn*, Osnabrück 1884

- Mathis K., *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, Berlin 2003
- Mattei U., Antonioli L., Rossato A., *Comparative Law and Economics*, (w:) B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, t. I, Cheltenham 2000
- Menger A., *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Tübingen 1890
- Mill J. S., *Principles of Political Economy*, London 1848
- Pagano U., *No Institution is a Free Lunch*, „International Review of Economy” 2012, t. 59
- Parisi F., *Scuole e metodologie nell’analisi economica del diritto*, „Cardozo Electronic Law Bulletin” 2005, t. 11, <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2005/Parisi1.pdf> (dostęp: 20.05.2018 r.)
- Patterson D. (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, New York 2010
- Peczenik A., *Leon Petrazycki and the Post-Realistic Jurisprudence*, (w:) J. Gorecki (red.), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki*, Urbana 1975
- Petrażycki L., *Die Lehre vom Einkommen vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts*, Berlin 1893 (t. I), 1895 (t. II)
- Petrażycki L., *Die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten vom Standpunkt des positiven Rechts und der Gesetzgebung*, Berlin 1892
- Petrażycki L., *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa natury*, Warszawa 1925
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968
- Pierstorff J., *Die Lehre vom Unternehmergewinn*, Berlin 1875
- Sohm R., *Über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, „Gruchots Beiträge” 1895, t. 39
- Stanek J., *Teoria Nikolaja Korkunova. Pierwsza próba psychologicznego ujęcia prawa*, (w:) J. Stelmach i in. (red.), *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, Warszawa 2015
- Stroiński R. T., *Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa*, (w:) M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników*, Warszawa 2005
- Timasheff N. S., *Introduction*, (w:) L. Petrazycki, *Law and Morality*, Cambridge MA 1955
- Ulen T., *A Nobel Prize in Legal Science*, „University of Illinois Law Review” 2002, t. 4
- Walicki A., *Zarys myśli rosyjskiej*, Kraków 2005
- Weigel W., *Economics of the Law*, London–New York 2008
- Wieacker F., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974
- Wieacker F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967
- Winkler V., *Ökonomische Analyse des Rechts – vor hundert Jahren!*, „German Working Papers in Law and Economics” 2003, t. 16
- Woytinsky W. S., *Stormy Passage. A Personal History through Two Russian Revolutions*, New York 1961
- Wright J., *The Ethics of Economic Rationalism*, Sydney 2003
- Zieliński M., *Der Transfer juristischen Gedankenguts innerhalb Europas*, Hamburg 2007

PETRAŻYCKI AS FORERUNNER OF LAW AND ECONOMICS

Summary

At the end of the 19th century the first wave of the movement *law & economics* has taken place in Europe. One of its protagonists was Leon Petrażycki (Leo von Petrażycki, 1867–1931), a Polish jurist who studied in Russia and in Germany. His book “Die Lehre vom Einkommen” whose title can be best translated as “The Doctrine of Income” was published in Berlin in 1893 (1st volume) and 1895 (2nd volume). The doctrine of Petrażycki, who insisted on using economic instead of technical-legal concepts, reveals astonishing resemblances to the modern movement of *law & economics*, inaugurated in 1960-ties in the USA.

KEYWORDS

Leon Petrażycki, „Die Lehre vom Einkommen”, legal dogmatics based on economic concepts, *law & economics*

SŁOWA KLUCZOWE

Leon Petrażycki, „Die Lehre vom Einkommen”, dogmatyka prawnicza oparta na ekonomii, ekonomiczna analiza prawa