

ROZDZIAŁ III

PRÓBY PRAWNEGO UZASADNIENIA BANKOWOŚCI OPARTEJ NA REZERWIE CZĄSTKOWEJ

Rozdział ten zawiera krytyczną analizę różnych teoretycznych prób prawnego uzasadnienia bankowości opartej na rezerwie cząstkowej. Rozważymy argumenty zmierzające do prawnego ugruntowania takiej umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego, w której depozytariusz może we własnym interesie wykorzystywać pieniądze z depozytów na żądanie. W świetle doktryny prawnej przedstawionej w rozdziale drugim oraz analizy ekonomicznej, jaką przeprowadzimy w dalszych rozdziałach, dokonamy krytyki dwóch głównych linii obrony takiej koncepcji.

1. Wprowadzenie

Doktryny prawne zmierzające do uzasadnienia bankowości opartej na rezerwie cząstkowej były formułowane *ex post facto*. Nie opierały się na wcześniejszych zasadach prawnych, które dały początek pewnym czynnościom prawnym. Przeciwnie, jak wyjaśniliśmy w poprzednim rozdziale, praktyki bankowe od dawna naruszały podstawowe, uniwersalne zasady prawne, co działo się w reakcji na szczególne okoliczności (ludzka chciwość, nieodpowiednie regulacje, potrzeby finansowe rządów, systematyczna interwencja władz i zamęt pojęciowy wywołany przez *depositum confesatum*, produkt kanonicznego zakazu pobierania odsetek), które sprzyjały takiemu postępowaniu. Zrozumiałe jest też, że brak podstaw prawnych tak szeroko upowszechnionej praktyki wkrótce zachęcił bankierów i teoretyków do poszukiwania odpowiedniego uzasadnienia prawnego. Co więcej, potrzebę ową wzmacniało to, że niemal zawsze rząd lub władze publiczne stawały się ostatecznie głównymi beneficjentami oszukańczych praktyk bankowych. Nie dziwi więc, że władze publiczne dzięki swej tradycyjnej symbiozie z intelektualistami skłaniały ją do poszukiwania podstaw prawnych uzasadniających praktyki, na które zezwalały i którym sprzyjały¹.

Znalezienie odpowiednich podstaw prawnych miało zasadnicze znaczenie dla przetrwania całej sieci żywotnych interesów, jaką wytwarza banko-

¹ Zob. Bertrand de Jouvenel, *The European Intellectuals and Capitalism*, w: Friedrich A. Hayek (red.), *Capitalism and the Historians*, Chicago University Press, Chicago 1954.

wość oparta na rezerwie częstkowej. Dla każdej wykształconej osoby było jasne, że praktyki te powinny się opierać na czymś solidniejszym niż tylko stan *de facto*. Nie wystarczy uświadomić sobie i stwierdzić, jak to czyni Shepard B. Clough, że

[Złotnicy] pożyczali w istocie nawet pieniądze oddane im na bezpieczne przechowanie, opierając się na teorii i doświadczeniu, że muszą mieć do dyspozycji tylko tyle, by zaspokoić oczekiwane bieżące żądania deponentów. Praktyka ta najpóźniej w XVII wieku doprowadziła ich do wydawania „promes zapłaty”, czyli „not złotników”, które – jak nowożytny banknoty – krążyły od osoby do osoby. Te „promesy zapłaty”, które mogły być realizowane z depozytów klientów, zaczęły ostatecznie przekraczać kwotę zdeponowanego pieniądza. Kiedy to nastąpiło, kredyt był w istocie tworzony przez emisję papieru – *bardzo wielkie odkrycie*².

Niezależnie jednak od tego, za jak „wielkie” uważa się „odkrycie”, że da się robić oszukańczy użytek z pieniędzy deponentów, czyli wydawać kwity depozytowe na sumę większą niż rzeczywiście zdeponowana, jasne jest, iż owe działania mają te same cechy, jakimi się odznaczają inne przestępcze akty sprzeniewierzenia, które zawsze były przedmiotem doktrynalnej analizy znawców prawa karnego. Podobieństwo obu tych rodzajów działań jest więc tak oczywiste, że teoretycy nie mogli pozostać bierni wobec takiej nieprawidłowości prawnej widocznej w gospodarce.

Nic więc dziwnego, że nie szczędzono wysiłków, by uzasadnić to, co wydaje się zupełnie niemożliwe do uzasadnienia: a mianowicie tego, iż z punktu widzenia ogólnych zasad prawa uprawnione jest sprzeniewierzenie środków zdeponowanych w celu bezpiecznego przechowywania oraz wydawanie kwitów depozytowych na więcej pieniędzy, niż rzeczywiście znajduje się w depozycie. Zainteresowane strony (przede wszystkim bankierzy i rządy) uznały jednak za tak ważne znalezienie odpowiedniego uzasadnienia teoretycznego, które by wykraczało poza łatwe rozwiązanie polegające na zwykłym zadeklarowaniu legalności zepsutej, przestępczej praktyki (co zresztą ostatecznie następowało – z wykorzystaniem wszystkich doktrynalnych fasad i interpretacji), że wielu jurystów wciąż podejmuje próby prawnego usankcjonowania tego powszechnego procederu.

Doktrynalne próby uzasadnienia depozytu nieprawidłowego opartego na rezerwie częstkowej można podzielić na dwie szeroko pojęte kategorie. Pierwszą stanowią doktryny zmierzające do rozwiązania problemu przez zrównanie umowy depozytu nieprawidłowego z umową pożyczki. Teorie te przeanalizujemy szczegółowo i pokażemy, że z prawnego punktu widzenia nie jest możliwe zrównanie tych dwóch umów. Opowiadający się za dru-

² Shepard B. Clough, *The Economic Development of Western Civilization*, McGraw-Hill, New York 1959, s. 109, wyróżnienie kursywą moje.

gą, nowszą grupą doktryn zaczynają od przyznania, że pomiędzy pożyczką a umową depozytu nieprawidłowego zachodzą fundamentalne różnice. Owi teoretycy usiłują skonstruować nową prawną koncepcję „dostępności” i utrzymują, że pojęcie to należy ujmować „swobodnie”, co oznacza, że od bankierów powinno się jedynie wymagać „rozwąznego” dokonywania inwestycji oraz stałego przestrzegania przepisów i prawa bankowego. Szczegółowa analiza tej drugiej grupy teorii pokaże, iż ostatecznie oznaczają one powrót do nieudanych prób pierwszej grupy, tj. do uzasadnienia depozytu nieprawidłowego opartego na rezerwie częściowej przez zrównanie umowy depozytu z umową pożyczki. Doktryny drugiej grupy popadają więc w te same błędy i sprzeczności prawne, jakie dostrzeżemy w teoriach grupy pierwszej. W następnym rozdziale wyjaśnimy ponadto, dlaczego doktrynalna istota nowej interpretacji dostępności (oparta na „prawie wielkich liczb”) jest niedopuszczalna z punktu widzenia teorii ekonomii.

W konkluzji należy więc stwierdzić, że dotychczasowe próby prawnego uzasadnienia bankowości opartej na rezerwie częściowej w odniesieniu do depozytów na żądanie okazały się nieudane. Tłumaczy to niejednoznaczność stale obecną w doktrynach tego rodzaju umowy bankowej, rozpaczliwe wysiłki zmierzające do uniknięcia jasności i przejrzystości w jej traktowaniu oraz ogólny brak odpowiedzialności (ponieważ bankowość oparta na rezerwie częściowej nie mogłaby z gospodarczego punktu widzenia przetrwać o własnych siłach), wyjaśnia też zasadniczą sprawę: wzmocnienie jej za pomocą banku centralnego, który wydaje regulacje i zapewnia stałą płynność niezbędną do uchronienia całego systemu od załamania. W rozdziale ósmym omówimy bankowość opartą na banku centralnym i za pomocą teoretycznej analizy pokażemy, że nacjonalizacja pieniądza oraz regulowanie przez bank centralny systemu bankowego i rządzących nim praw były niezdolne do utrzymania stabilnego systemu finansowego, który chroniłby gospodarkę przed cyklami koniunkturalnymi i zapobiegał kryzysom bankowym. Możemy więc orzec, że system bankowości opartej na rezerwie częściowej również zawiodł, chociaż jest wspierany i chroniony przez bank centralny.

Na zakończenie rozdziału zbadamy kilka nowych rodzajów umów finansowych, a wśród nich bardzo podobne do tych, jakimi bankierzy posługują się w związku z depozytami bankowymi. Zastanowimy się w szczególności nad różnymi operacjami finansowymi obejmującymi „umowę odkupu”. Pokażemy, że oznaczają one obchodzenie prawa: jeśli bowiem płatność ustalonej wcześniej ceny jest zagwarantowana bez względu na cenę na rynku wtórnym w chwili realizacji umowy, to taka operacja ukrywa zwykłą umowę depozytową. Przyjrzymy się na koniec głębokiej, zasadniczej różnicy pomiędzy operacjami finansowymi związanymi z bankowością a tymi, które przeprowadza się w dziedzinie ubezpieczeń na życie. Ubezpieczenie na życie stanowi bowiem udoskonaloną formę rzeczywistych oszczędności, kiedy to dobra obecne wymienia się na dobra przyszłe. Jest to wymiana o cechach szczególnie atrakcyjnych, pod żadnym względem nie obejmuje

jednak zawłaszczenia depozytów na żądanie, ekspansji kredytu ani wydawania kwitów bez pokrycia. Omówimy także destrukcyjny wpływ, jaki wywiera na działalność ubezpieczeniową coraz częstsza praktyka (najwyraźniejsza w legislacji rządowej) maskowania i zaciemniania tradycyjnych prawnych i technicznych rozgraniczeń pomiędzy oboma typami instytucji (bankowością i ubezpieczeniami).

2. Dlaczego nie można zrównać depozytu nieprawidłowego z pożyczką, czyli kontraktem *mutuum*

Źródła zamętu

Próby prawnego zrównania umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego z umową pożyczki, czyli *mutuum* są szczególnie atrakcyjne dla tych, którzy najczęściej korzystają z praktyk bankowych (bankierów i władz). W rozdziale pierwszym, zawierającym wyjaśnienie prawnej natury obu instytucji, wskazaliśmy, że pożyczka oznacza przeniesienie nie tylko własności pożyczanej rzeczy, ale również pełnej jej dostępności, toteż pożyczkobiorca może robić z tej rzeczy pełny użytek, inwestując ją, wydając itd. Zważywszy na to, że w ostatecznym rachunku to właśnie czyni bankier, przywłaszczając sobie fundusze z depozytów na żądanie, to idealnym dla niego rozwiązaniem prawnym jest oczywiście zrównanie umowy depozytu nieprawidłowego z umową pożyczki. Co więcej, dla wzmocnienia argumentacji na rzecz zrównania tych dwóch umów stale wykorzystywano pewien wyświechtany pretekst prawny. Nieścisty i powierzchowny, przedstawia się następująco: ponieważ umowa depozytu nieprawidłowego dotyczy depozytu dóbr zamiennych, z których samej istoty płynie nieuchronne przeniesienie własności konkretnych zdeponowanych rzeczy (ponieważ są one nieodróżnialne), to depozyt i pożyczka są *w naturalny sposób tym samym*, gdyż obie instytucje pociągają za sobą przeniesienie własności.

W rozdziale pierwszym zobaczyliśmy, że taka linia rozumowania jest błędna, powierzchowna i niezrozumiała. Nawet jeśli w obu przypadkach zostaje przeniesiona własność, to obie umowy wciąż różnią się *radykałnie* z uwagi na dostępność przedmiotu (będącą istotną cechą tych umów). O ile bowiem w umowie pożyczki wraz z własnością przenosi się pełną dostępność rzeczy, o tyle sama istota umowy depozytu nieprawidłowego wymaga, aby *dominował cel w postaci bezpiecznego przechowywania czy ochrony*. Skoro tak, to w teorii moglibyśmy wprawdzie uznać, że własność zostaje przeniesiona, jednak w praktyce przeniesienie to jest bez znaczenia, ponieważ bezpieczne przechowywanie czy ochrona dóbr zamiennych wymaga stałej dostępności *tantundem* dla deponenta. Nawet gdyby w przypadku obu instytucji dochodziło do przeniesienia własności w tym samym

sensie, to i tak wciąż zachodziłaby pomiędzy nimi istotna różnica prawna: przeciwstawne ujęcie dostępności.

Może zaskakiwać, że juryści, którzy zdecydowali się na zrównanie umowy depozytu z kontraktem *mutuum*, czyli pożyczki, przeoczyli tak oczywistą różnicę. Skojarzenie obu kontraktów jest tak wymuszone, a argumenty są tak słabe, że jest rzeczą zdumiewającą, iż pewna grupa teoretyków starała się ich bronić. Ich wysiłki mają jednak historyczne, teoretyczne wyjaśnienie: było nią *depositum confessatum*, sztuczka prawna, która pojawiła się w średniowieczu wskutek prób uniknięcia kanonicznego zakazu pobierania odsetek. Choć pokazaliśmy już, że bezpośredni związek tego zakazu z rozwojem bankowości opartej na rezerwie częściowej był nikły, to jednak *depositum confessatum* stanowiło bardzo silne ogniwo ich pośredniego powiązania. Jak wiemy z poprzednich rozdziałów, już w prawie rzymskim istniała zasada, że jeśli depozytariusz pogwałcił istotę umowy depozytowej opartej na bezpiecznym przechowywaniu, przywłaszczył sobie depozyty i nie mógł niezwłocznie zwrócić ich na żądanie deponenta, to był zobowiązany zapłacić odsetki. Potem, niezależnie od innych możliwych do przewidzenia działań z zakresu prawa cywilnego lub karnego (*actio depositi* oraz *actio furti*), zgodnie z logiką wnoszono przeciw niemu dodatkowy pozew o odsetki za zwłokę w wypłacie oraz utratę przez deponenta dostępności funduszy aż do chwili, gdy zostały mu zwrócone³. Łatwo więc zrozumieć, że nadawanie pożyczce pozorów depozytu było w średniowieczu bardzo wygodne, bo sprawiło, iż wypłata odsetek stawała się legalna, uprawniona i akceptowana społecznie. Z tego też powodu bankierzy zaczęli systematycznie angażować się w operacje, których strony otwarcie deklarowały, że nie zawierają umowy pożyczki, lecz umowę depozytu. Jak jednak mówi łacińskie powiedzenie, *excusatio non petita, accusatio manifesta* (nieproszone usprawiedliwienie jest równoznaczne z samooskarżeniem). I rzeczywiście, w przypadku prawdziwego depozytu nie była konieczna żadna wyraźna deklaracja, toteż kiedy ją składano, ujawniała tylko próbę ukrycia umowy pożyczki, czyli *mutuum*. Celem nadawania pożyczce pozorów depozytu było uniknięcie ścisłych kanonicznych zakazów udzielania oprocentowanych pożyczek oraz umożliwienie wielu zwykłych transakcji kredytowych bardzo potrzebnych z punktu widzenia zarówno ekonomicznego, jak i społecznego.

Depositum confessatum zatarło bardzo wyraźne granice prawne pomiędzy umową depozytu nieprawidłowego a umową pożyczki, czyli *mutuum*. Bez względu na to, jakie stanowisko przyjmował dany uczoney w sprawie kanonicznego zakazu lichwy, *depositum confessatum* niemal nieuchronnie prowadziło do „naturalnego” utożsamienia umów depozytowych z umo-

³ Wiemy już, że skoro nieprawidłowy depozyt pieniężny stanowi umowę depozytu, stosuje się do niego *actio depositi directa*. Koncepcję tę, pozostawiającą deponentowi rozstrzygnięcie, kiedy depozyt ma być mu zwrócony, opracowali juryści rzymscy. Dostępność jest tu tak istotna, że roszczenie deponenta uznaje się za równoważne własności zdeponowanych pieniędzy (ponieważ *tantundem* depozytu jest mu dostępne w całości i bezzwłocznie).

wami *mutuum*. Teoretykowi, który chciał odkryć i zdemaskować wszystkie naruszenia tego kanonicznego zakazu oraz każdy przypadek ukrywania odsetek, wszystko, co przypominało „depozyt”, z pewnością od samego początku wydawało się podejrzane, a rozwiązaniem z tego punktu widzenia najoczywistszym i najprostszym było automatyczne zrównanie depozytów z pożyczkami i potępienie wypłaty odsetek w każdej sytuacji, bez względu na prawną formę operacji. Paradoksalnie zaś bardziej „liberalni” moralisci nie ograniczali się do obrony prawnego istnienia depozytów i w konsekwencji uprawnienia odsetek wypłacanych w przypadku opóźnionej spłaty; posuwali się dalej, wskazując, że depozyty takie są koniec końców pożyczkami, a więc bankier może używać pieniędzy i je inwestować. Owi uczeni starali się nie tylko uzasadnić wypłatę odsetek, ale również usprawiedliwić instytucję dopuszczającą takie same akty inwestycji, czyli wymianę dóbr teraźniejszych na dobra przyszłe, jakie tradycyjnie umożliwiała umowa pożyczki. Co więcej, wymiana tego rodzaju była właściwie niezbędna w przemyśle i handlu. Przez całe średniowiecze stanowisko takie zajmowała większość jurystów komentujących teksty prawne. Jak widzieliśmy w poprzednim rozdziale, opinię tę podzielało również kilku członków szkoły salamanckiej, tak jak Luis de Molina traktujących umowę nieprawidłowego depozytu pieniężnego jako „bezterminową pożyczkę”, w której na bankiera przenosi się zarówno własność pieniędzy (z czym, jak widzieliśmy, można się zgodzić w przypadku depozytu dóbr zamiennych), jak i pełną dostępność (co, jak wiemy, jest niemożliwe i sprzeczne z samą istotą depozytu)⁴.

Co więcej, jak już widzieliśmy, irlandzki bankier i ekonomista Richard Cantillon wobec cywilnych i karnych procesów prowadzonych przeciw niemu w związku ze sprzeniewierzeniem papierów wartościowych zdeponowanych u niego jako dobra zamienne na fali spekulacji, do której doprowadził we Francji system Johna Lawa, starał się bronić za pomocą jedyne go rozwiniętego już wcześniej uzasadnienia doktrynalnego przemawiającego na jego korzyść; wskazywał mianowicie, że skoro umowa dotyczyła depozytu „nieprawidłowego” (tzn. papiery wartościowe były rozumiane jako dobra zamienne), to dochodziło do pełnego przeniesienia zarówno własności, jak i dostępności. Mógł więc w uprawniony sposób przywłaszczyć sobie akcje, sprzedać je i wykorzystać do spekulacji na rynku, nie popełniając żadnego przestępstwa ani nie szkodząc swoim deponentom⁵.

⁴ Zob. Luis de Molina, *Tratado sobre los cambios*, red. i wstęp Francisco Gómez Camacho, Dysputa 408, 1022 d., s. 138. Jak widzieliśmy, punkt widzenia Luisa de Moliny podziela Juan de Lugo oraz, w znacznie mniejszym stopniu, Domingo de Soto. Wszyscy pozostali członkowie szkoły salamanckiej, zwłaszcza dr Saravia de la Calle, jako mądrzy juryści wierni rzymskiej tradycji, byli przeciwni bankowości opartej na rezerwie cząstkowej pomimo presji, jakiej byli poddani, oraz praktyk, jakich byli świadkami.

⁵ Zob. F. A. Hayek, *Richard Cantillon (1680–1734)*, w: *Collected Works of F. A. Hayek*, t. 3 (*The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*), s. 159. Zob. też znany artykuł: Henry Higgs, *Richard Cantillon*,

Ta sama prawna linia argumentacji, jaką posłużył się w swojej obronie Richard Cantillon, została rozwinięta przez uczonych w odniesieniu do nieprawidłowego depozytu pieniężnego (nie rozważali oni nieprawidłowego depozytu papierów wartościowych). Jeśli jednak uznaje się za właściwe z prawnego punktu widzenia i uzasadnione zrównanie umowy depozytu pieniężnego z umową *mutuum*, to *mutatis mutandis* tak samo z pewnością można zrobić w przypadku wszystkich innych depozytów dóbr zamiennych, w szczególności zaś papierów wartościowych jako przedmiotów nieodróżnialnych od siebie. Musimy zatem podkreślić, że wszelka możliwa analiza doktrynalna skierowana przeciw legalności pełnego przeniesienia własności oraz *dostępności* w umowie nieprawidłowego depozytu papierów wartościowych stanowi ostatecznie przekonujący argument przeciwko wykorzystaniu rezerwy cząstkowej w związku z nieprawidłowym depozytem pieniężnym. Z faktu tego zdawał sobie sprawę wielki hiszpański merkantylista Joaquín Garrigues. Stwierdza on:

Rozumowanie to jak dotąd prowadzi nas do uznania, że kiedy klient powierza swe akcje bankowi, ma zamiar zawrzeć umowę depozytu bankowego; zaraz jednak po sformułowaniu tego twierdzenia przychodzi nam na myśl inna umowa o podobnym celu finansowych. Umowa ta również obejmuje powierzenie bankowi dobra zamiennego (pieniędzy) oraz zapewniane przez bank usługi kasowe. Obrońcy rachunku bieżącego powiedzą, że jest to inna, swoista umowa, której w dokumentach bankowych nie nazywa się ani pożyczką, ani depozytem, a która przynosi te same skutki prawne co rachunek bieżący papierów wartościowych: mianowicie przeniesienie własności na bank i zwrot *tantundem* przez bank⁶.

Pomimo wymuszonej i nieprzekonującej próby Garriguesa wykazania, że te dwa depozyty są różne, to oczywiste, iż obie umowy nieprawidłowych depozytów dóbr zamiennych (pieniędzy i papierów wartościowych) są w istocie identyczne, a zatem jeśli przyjmujemy przeniesienie pełnej dostępności dóbr w jednym przypadku (depozyt pieniężny), to musimy przystać na nią również w drugim. W konsekwencji też nie można negować legalności jednej umowy (depozytu papierów wartościowych), nie negując

„The Economic Journal” 1 (czerwiec 1891), s. 276–84, a także: Murphy, *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*.

⁶ Zob. na ten temat *Dictamen de Joaquín Garrigues*, s. 194 i nast., w: *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, s. 159–209. Wiele przedstawionych w tej godnej uwagi książce argumentów przeciw tezie, że w nieprawidłowym depozycie papierów wartościowych jako dóbr zamiennych dochodzi do pełnego przeniesienia wartości, ma również bezpośrednie zastosowanie w krytyce analogicznej teorii formułowanej w odniesieniu do nieprawidłowego depozytu pieniądza jako dobra zamiennego. Argumenty te będziemy uwzględniali w odpowiednich miejscach naszych analiz.

legalności drugiej (depozytu pieniężnego)⁷. Możemy więc skonkludować, że argumenty prawne, jakie wykorzystał Cantillon w swojej obronie, pochodziły z teorii umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego, a jeśli uznamy je za przekonujące, to usprawiedliwiają one również jego oczywisty szwindel na szkodę klientów oraz mnóstwo nadużyć i oszustw, do których w związku z nieprawidłowymi depozytami papierów wartościowych doszło później w innych krajach, zwłaszcza w Hiszpanii. Bankierzy katalońscy popełniali takie oszustwa jeszcze długo w XX wieku, hiszpańscy uczeni zaś trafnie i jednomyślnie rozpoznali nieuczciwy, przestępczy charakter ich postępowania⁸.

Błędna doktryna prawa zwyczajowego

Doktryna zrównująca umowę nieprawidłowego depozytu pieniężnego z umową pożyczki, czyli *mutuum* zdominowała również anglosaskie prawo zwyczajowe, które rozwijało się jako prawo precedensowe. Pod koniec XVIII wieku i w pierwszej połowie XIX wieku różni deponenti, którzy uznali, że nie zdołają uzyskać od bankierów zwrotu depozytów, wytaczali im sprawy sądowe o sprzeniewierzenie i oszukańczą realizację zobowiązania do bezpiecznego przechowywania. Niestety, oparte na precedensach brytyjskie orzecznictwo uległo jednak presji wywieranej przez bankierów, zwyczaje bankowe, a nawet rząd; orzekano zatem, że umowa nieprawidłowego depozytu pieniężnego nie różni się od umowy pożyczki, a tym samym bankierzy wykorzystujący we własnym interesie pieniądze deponentów nie dopuszczają się sprzeniewierzenia⁹. Spośród wszystkich tych

⁷ Stanowisko przeciwne byłoby niedopuszczalną sprzecznością logiczną; błąd ten popełnia jednak Florencio Oscáriz Marco. Utrzymuje on, że depozyt towarów masowych nie jest depozytem nieprawidłowym, „ponieważ nie występuje prawo użytkowania ich, a nawet brania wedle uznania, lecz tylko prawo ich mieszania”, podczas gdy w przypadku depozytu innych dóbr zamiennych (pieniędzy) w niepojęty sposób uznaje przeniesienie prawa użytkowania i dostępności, przeniesienie przekształcające depozyty w „pożyczki”. Oprócz błędu pojęciowego Oscáriz popełnia błąd terminologiczny: na decyzję hiszpańskiego Sądu Najwyższego w sprawie depozytu oliwy złożonego przez handlarzy oliwą (postanowienie Sądu Najwyższego z 2 czerwca 1948 r.) powołuje się w analizie „swoistego przypadku” depozytu towarów masowych. W rzeczywistości jednak depozyt towarów masowych jest najlepszym, jaki tylko można sobie wyobrazić, modelowym przykładem depozytu dóbr zamiennych, czyli depozytu nieprawidłowego; zob. Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, s. 110–112.

⁸ Zob. *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*.

⁹ Tego rodzaju orzecznictwo pozostaje w sprzeczności z tendencją zainicjowaną stwierdzeniem sądu, że amerykańscy depozytariusze zboża w latach 60. XIX w. działali oszukańczo, przywłaszczając sobie częściowo depozyty zbożowe, nad którymi mieli sprawować pieczę, oraz spekulując nimi na rynku chicagowskim. W związku z tym zaskakującym wydarzeniem Rothbard zastanawia się: „Dlaczego prawo dotyczące maga-

orzeczeń sądowych warto rozważyć wydaną w 1848 roku przez sędziego Lorda Cottenhama decyzję w sprawie Foleya przeciwko Hillowi i innym. Sędzia dochodzi tu do błędnego wniosku, że

pieniądze powierzone pieczy bankiera są pod każdym względem pieniędzmi bankiera, który może robić z nimi to, co zechce. Wykorzystując je, wcale nie jest winien naruszenia zaufania. Nie jest odpowiedzialny wobec swego mocodawcy, gdy naraża je na ryzyko, angażując się w przygodne spekulacje; nie ma obowiązku przechowywać ich lub zajmować się nimi tak, jak własnością mocodawcy, lecz jest oczywiście odpowiedzialny za kwotę, ponieważ zgodził się w umowie, że po przyjęciu pieniędzy spłaci mocodawcy na życzenie sumę równoważną tej, jaka została mu wręczona¹⁰.

Zważywszy na tego rodzaju orzecznictwo, nie można się dziwić, że Richard Cantillon zbiegł z Francji do Anglii, gdzie praktyki finansowe były o wiele swobodniejsze oraz, jak widzieliśmy, orzecznictwo sądów ostatecznie opowiedziało się za linią argumentacji, jaką przyjął w swej obronie. W Europie kontynentalnej natomiast wciąż silnie oddziaływała rzymska tradycja prawna. Juryści rzymscy idealnie określili charakter nieprawidłowego depozytu pieniężnego, opierając się na obowiązku bezpiecznego przechowywania oraz bezprawności zawłaszczania sobie przez banki zdeponowanych funduszy. Obawy Richarda Cantillona są więc zrozumiałe. Kiedy uciekał on z kontynentalnej Europy, Bank Amsterdamski, nadal ciesząc się prestiżem, opierał swoją działalność na stuprocentowej stopie rezerw¹¹. Również koncepcja depozytu nieprawidłowego zaczęła powracać

zynowania zboża, gdzie sytuacja – złożenie w depozyt dóbr zamiennych – jest dokładnie taka sama (...) podążyło w całkiem przeciwnym kierunku? (...) Czy nie chodzi aby o to, że nacisk wywierany przez bankierów był bardziej skuteczny niż nacisk handlarzy zbożem?”. Zob. Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, Ludwig von Mises Institute, Auburn (Alabama) 1994, s. 43. Ta sama prawidłowa doktryna prawna była widoczna w decyzjach sądu hiszpańskiego w sprawie deponowania oliwy w wyłaczarniach; zob. postanowienie hiszpańskiego Sądu Najwyższego z 2 czerwca 1948 r.

¹⁰ Zob. przypis na s. 73 książki: E. T. Powell, *Evolution of Money Markets*, Cass, London 1966, oraz uwagi Marka Skousena w sprawie tej decyzji w jego książce *The Economics of a Pure Gold Standard*, Ludwig von Mises Institute, Auburn (Alabama) 1977, s. 22–24. Precedensami poprzedzającymi decyzję Lorda Cottenhama były orzeczenia Sir Williama Granta z 1811 r. w sprawie Carr przeciwko Carr oraz – wydane pięć lat później – w sprawie Devaynes przeciwko Noble. Zob. J. Milnes Holden, *The Law and Practice of Banking*, t. 1 (*Banker and Customer*), Pitman Publishing, London 1970, s. 31–32, 52–55.

¹¹ Zdumiewające jest to, że w swoim *Essai* Cantillon nie wspomina o tym dobrze znanym w owym czasie fakcie, podając jako pretekst, że „nie ma na ten temat dokładnych świadectw (...) o kwotach gotówki, które oni zwykle chowają w swoich piwnicach”, (Cantillon, *Ogólne rozważania nad naturalnymi prawami handlu*, s. 224). Należy wspomnieć, że praca ta była napisana przede wszystkim dla wzmocnienia argumentów obrony w sprawie sądowej wytoczonej przeciw Cantillonowi przez jego deponentów.

do klasycznych źródeł prawnych (które zakazywały bankowości opartej na rezerwie częściowej). Stało się już jasne, że wszystkie systemy bankowe oparte na rezerwie częściowej zawiodły (o czym świadczą systematyczne upadłości europejskich banków późnego średniowiecza, banków w Sewilli i Włoszech w XVI i XVII wieku oraz systemu Lawa w osiemnastowiecznej Francji), a sędziowie regularnie wydawali orzeczenia na niekorzyść bankierów przywłaszczających sobie zdeponowane fundusze (jak wiemy, we Francji i Hiszpanii decyzje takie zapadały jeszcze długo w XX wieku).

Musimy podkreślić, że przynajmniej pod względem interesującej nas instytucji depozytu nieprawidłowego anglosaski system *common law* nie zapewniał tak dobrej ochrony praw własności i ładu społecznego jak system prawny Europy kontynentalnej. Nie uważamy, że system kontynentalny w swej najnowszej wersji, Kelsena i pozytywistycznej, ma przewagę nad systemem *common law*, aczkolwiek ten drugi często ustępował prawu rzymskiemu, przez które rozumiemy tutaj ewolucyjny, uświęcony wielowiekowym stosowaniem system oparty na logicznej, egzegetycznej i doktrynalnej analizie prowadzonej przez jurystów klasycznej szkoły rzymskiej. Innymi słowy, w anglosaskim systemie *common law* wcześniejsze postanowienia sądów zbyt silnie wpływają na późniejsze orzeczenia, a sędziowie często zbyt koncentrują się na szczegółach konkretnego przypadku i jego zewnętrznych znamionach niż na beznamiennej, logicznej i egzegetycznej analizie, którą należałoby przeprowadzić na podstawie fundamentalnych zasad prawnych. Krótko mówiąc, anglosaski system prawny nadmiernie uzależnia się od precedensów sądowych, podczas gdy system kontynentalny, oparty na prawie rzymskim, polega na orzecznictwie sądów, zdrowej doktrynie i teorii prawnej.

Doktryna hiszpańskich kodeksów prawa cywilnego i prawa handlowego

Umowę nieprawidłowego depozytu pieniężnego starała się zrównać z umową pożyczki również pewna grupa teoretyków hiszpańskich. Przywołując kilka artykułów hiszpańskiego kodeksu cywilnego i kodeksu handlowego, twierdzili oni, że w hiszpańskiej legislacji depozytu nieprawidłowego nie uznaje się za odrębne pojęcie, toteż jest on po prostu zwykłą pożyczką, czyli kontraktem *mutuum*. Pomimo to jednak hiszpańskie prawo stanowione również nie zapewnia związku pomiędzy umową depozytu nieprawidłowego a umową pożyczki. Przeciwnie, powiązanie takie jest dość wątpliwe i niepewne, toteż większość współczesnych teoretyków hiszpańskich doszła do wniosku zgodnego z klasyczną interpretacją, że nawet z punktu widzenia aktualnego hiszpańskiego prawa stanowionego umowa pożyczki to jedno, a umowa depozytu nieprawidłowego to coś całkiem innego.

Aby usprawiedliwić zrównanie tych dwóch rodzajów umów, teoretycy powoływali się często na artykuł 1768 hiszpańskiego kodeksu cywilnego. Stwierdza on, że:

kiedy depozytariusz ma zgodę na użytkowanie zdeponowanej rzeczy, umowa przestaje być depozytem i staje się pożyczką lub użyczeniem. Zgody nie domniemywa się, lecz musi być ona wykazana.

Gdybyśmy mieli rozumieć *użytkowanie* w najogólniejszym i najswobodniejszym sensie, to ponieważ każda umowa depozytu nieprawidłowego pociąga za sobą przeniesienie własności poszczególnych zdeponowanych rzeczy, a tym samym jakiegoś rodzaju „użytkowanie” dóbr zamiennych, zgodnie z tym artykułem umowa taka zawsze *ipso facto* stawałaby się pożyczką, czyli *mutuum*. Choć później zbadamy różne przypadki, co do których można uznać, iż dochodzi do „przeniesienia użytkowania”, obecnie wystarczy pamiętać, że, jak widzieliśmy w rozdziale pierwszym, ogólne przeniesienie własności i użytkowanie to jedno, natomiast stała i pełna dostępność *tantundem* dla deponenta to coś całkiem innego. W tym jednak zakresie, w jakim artykuł 1768 zmierza jedynie do rozróżnienia sytuacji, w których *tantundem* jest lub nie jest utrzymywane w stanie ciągłej dostępności dla deponenta, w ramach hiszpańskiego prawa stanowionego całkowicie możliwe jest uznanie istnienia umowy depozytu nieprawidłowego jako radykalnie różnej od umowy pożyczki. Wydaje się wręcz, że artykuł 1770 tego samego kodeksu cywilnego sugeruje tę drugą interpretację. Stanowi on mianowicie, że

zdeponowane dobro powinno być zwrócone wraz ze wszystkimi dochodami z niego i pożytkami. Gdy depozyt obejmuje pieniądze, do depozytariusza stosują się postanowienia artykułu 1724 dotyczące przedstawiciela.

Innymi słowy, wydaje się, że kodeks cywilny sam w sobie dopuszcza typ depozytu pieniężnego niestanowiący pożyczki. Jak trafnie wskazują José Luis Albácar i Jaime Santoz Briz,

Wobec takiej rozbieżności – możemy ją nazwać nawet antynomią – pomiędzy sprzecznymi zapisami prawnymi [„klasycznymi” i „nowoczesnymi”], powinniśmy zauważyć, że bardziej obecnie rozpowszechniona wydaje się idea, w myśl której pożyczka i depozyt nieprawidłowy różnią się od siebie, i to tak dalece, że niektórzy uważają, iż mamy w tych przypadkach do czynienia z pewnym rodzajem depozytu, koncepcją nietypową i złożoną: depozytem nieprawidłowym¹².

¹² José Luis Albácar López, Jaime Santoz Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid 1991, t. 6, s. 1770. Kodeks cywilny Nawarry w paragrafie 554 pod koniec artykułu 12 również wzmiankuje depozyt nieprawidłowy: „Kiedy w przypadku depozytu dóbr zamiennych depozytariuszowi wyraźnie lub milcząco przyznaje się prawo użytkowania tych dóbr, mają mieć zastosowanie zapisy przyjęte dla pożyczki pieniężnej w paragrafach 532, 534 i 535”. Jak widzimy, jest tu niemal dosłownie powtórzona treść artykułu 1768 hiszpańskiego kodeksu cywilnego.

Ujęcie nieprawidłowego depozytu pieniężnego w hiszpańskim kodeksie handlowym również może się wydawać wewnątrznie sprzeczne i poddawać się obu interpretacjom. Artykuł 309 postanawia mianowicie, że

kiedy depozytariusz za zgodą deponenta używa zdeponowanych dóbr bądź to na własny użytek lub w swojej działalności gospodarczej, bądź też w operacjach zleconych mu przez deponenta, prawa i obowiązki deponenta i depozytariusza powinny ustępować przepisom i postanowieniom mającym zastosowanie do kredytu handlowego, komisu lub umowy realizowanej zamiast depozytu.

Wydaje się więc, że istnieją pewne analogie pomiędzy artykułem 309 hiszpańskiego kodeksu handlowego a artykułem 1768 kodeksu cywilnego. Artykuł 307 kodeksu handlowego normujący depozyty gotówkowe stwierdza jednak, że

kiedy depozyty gotówkowe składa się w nieoznaczonym pieniądzu lub w otwartym, niezapieczonej pakiecie, depozytariusz ma być odpowiedzialny za ich przechowanie i bezpieczeństwo zgodnie z warunkami określonymi w paragrafie 2 artykułu 306.

Artykuł 306, paragraf 2 brzmi zaś następująco:

w związku z bezpiecznym przechowywaniem depozytów depozytariusz ma być odpowiedzialny za wszelkie szkody odniesione przez zdeponowane dobra wynikające ze złej woli lub zaniedbania, a także z natury tych dóbr lub ich defektów, jeśli w takich przypadkach zaniedba podjęcia niezbędnych środków w celu uniknięcia lub naprawy szkody, *powiadamiając deponenta, gdy tylko szkoda stanie się oczywista* (wyróżnienie kursywą – autor).

Rozważywszy więc ostatni paragraf artykułu 307 wraz z drugim paragrafem artykułu 306, możemy stwierdzić, że hiszpański kodeks handlowy sam w sobie w pełni uwzględnia koncepcję umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego i nakłada na depozytariusza w stosunku do deponenta bardzo wyraźny obowiązek bezpiecznego przechowywania, a nawet wymaga od niego, aby w razie pojawienia się jakiegokolwiek szkody w zdeponowanych zamiennych pieniądzach niezwłocznie zawiadomiał deponenta. Przy tym jednak artykuł 310 kodeksu handlowego przyznaje bankierom ustawowy przywilej legalizujący przywłaszczanie sobie zdeponowanych u nich środków. Artykuł ten stwierdza, że

niezależnie od zapisów zawartych w poprzednich artykułach depozyty składane w bankach, magazynach publicznych, towarzystwach kredytowych lub w jakichkolwiek przedsiębiorstwach innego rodzaju

mają podlegać przede wszystkim statutom tej firmy, następnie postanowieniom niniejszego kodeksu, a wreszcie regułom prawa zwyczajowego mającym zastosowanie do wszystkich depozytów.

Charakter tego „ohydnego” przywileju, jakim cieszą się banki i inne podobne stowarzyszenia, jest oczywisty. Nawet z punktu widzenia hiszpańskiego prawa stanowionego można by twierdzić, że zgodnie z artykułem 306 kodeksu handlowego (cytowanym wyżej) każda osoba, która nie jest bankierem ani nie wykonuje podobnego zawodu, lecz używa pieniędzy powierzonych jej w depozyt nieprawidłowy, naruszałaby obowiązek bezpiecznego przechowywania, a tym samym popełniałaby przestępstwo sprzeniewierzenia. Nie dotyczy to natomiast bankierów, jeśli statut ich firmy wskazuje, że mogą korzystać z funduszy deponentów i przywłaszczać je sobie dla własnych działań gospodarczych. Regulaminy i umowy bankowe wcale jednak nie są łatwo zrozumiałe. Przeciwnie, dokumenty tego rodzaju są zwykle niejednoznaczne i mylące¹³, co wyjaśnia decyzje sądów

¹³ Co ciekawe, banki hiszpańskie, określając ogólne warunki różnego rodzaju umów w sprawie rachunków bieżących, unikają słowa „depozyt” z obawy przed prawnymi reperkusjami takiej umowy (zwłaszcza oskarżeń o sprzeniewierzenie). Unikają również słów „pożyczka” i „kredyt”, gdyż nazywanie nieprawidłowych depozytów pieniężnych „pożyczkami” dawałoby im wprawdzie zabezpieczenie od strony prawnej, lecz z biznesowego punktu widzenia oczywiście o wiele trudniej byłoby im pozyskiwać depozyty klientów, gdyby ci zdawali sobie sprawę, że otwierając rachunek bieżący, w istocie nie składają depozytu, lecz udzielają pożyczki bankowi. Bankierzy wolą podtrzymywać aktualny stan niejednoznaczności i zamętu, ponieważ obecna niejasność umów przynosi im korzyści, skoro cieszą się przywilejem działania na podstawie rezerwy cząstkowej i wsparciem banku centralnego w razie kryzysu płynności. Bankierów zdradzają jednak niekiedy ich własne prawne klasyfikacje działalności. Na przykład szósty ogólny warunek ustanowiony przez Banco Bilbao-Vizcaya dla dyskontowania strat brzmi następująco: „Bez względu na rachunki i operacje cedenta, zarówno w gotówce, papierach wartościowych, zabezpieczeniach czy gwarancjach, jak i innych odpowiadających im rodzajach dokumentów, a także niezależnie od sposobu ich wyszczególniania (...) bank jest uprawniony do kompensowania ich pożyczkami, jakie postanawia zaciągnąć z dowolnego tytułu, co obejmuje także dowolnego rodzaju depozyt (...) warunek ten ma zastosowanie nawet do operacji i pożyczek cedenta na rzecz banku wcześniejszych od aktualnej transakcji”. Co więcej, o ile Banco Bilbao-Vizcaya klasyfikował depozyty na żądanie w postaci tak zwanych „książeczek oszczędnościowych” jako „uzasadnione roszczenie reprezentujące prawo posiadacza do żądania i otrzymania pełnej lub częściowej spłaty salda na jego korzyść”, o tyle Banco Hispano-Americano posuwał się jeszcze dalej, ustalając, że książeczka oszczędnościowa „stanowi imienny i nieprzenoszalny dokument stanowiący dowód własności posiadacza”. Jak widzimy, w tym drugim przypadku bank, nie zdając sobie z tego sprawy, przypisuje umowie depozytu status własności; nawiasem mówiąc, klasyfikacja ta znacznie bardziej zbliża się do rzeczywistej prawnej istoty tej instytucji (zważywszy na ciągłą dostępność dla deponenta) niż do istoty zwykłego roszczenia z tytułu pożyczki zdeponowanej kwoty; zob. w tej sprawie Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 368–379, przyp. 31, 36. Garrigues zauważa, że prywatni bankierzy w odniesieniu do umów depozytu pieniężnego nie posługują się bezpośrednio tą nazwą, lecz zazwyczaj nazywają depozyty na żądanie rachunkami

stwierdzających, że hiszpańskie prawo stanowione wymaga od bankierów, aby w sposób ciągły zapewniali deponentom dostępność pełnej kwoty depozytów (*tantundem*), a zatem utrzymywali stuprocentową stopę rezerw. Orzeczenia takie (na przykład decyzja hiszpańskiego Sądu Najwyższego z 21 czerwca 1928 roku oraz inne, przywołane w rozdziale pierwszym) opierały się na precedensowych interpretacjach hiszpańskiego prawa stanowionego i zapadały jeszcze długo w XX wieku.

Musimy na koniec wspomnieć o artykułach 7 i 8 regulaminu Banku Hiszpanii dotyczących depozytów. Pierwsze dwa paragrafy artykułu 7 postanawiają, że „uprawnione biura mogą przyjmować depozyty w lokalnej walucie lub w notach samego banku”. Artykuł 8 stwierdza, że „bank jako depozytariusz jest odpowiedzialny za zwrócenie w lokalnej walucie tej samej kwoty, jaka została zdeponowana w gotówce”. Treść artykułu 10, który odnosi się do rachunków bieżących, jest mniej więcej taka sama:

bank może otwierać i prowadzić rachunki bieżące w gotówce lub papierach wartościowych dla osób fizycznych lub prawnych oraz prawidłowo reprezentowanych korporacji lub organizacji, których wnioski zostały poufnie przeanalizowane przez bank i przyjęte. Na zwykłych rachunkach gotówkowych można deponować, co następuje: banknoty i monety stanowiące prawne środki płatnicze, czek i inne dokumenty związane z innymi rachunkami bieżącymi (...) dla każdego rodzaju rachunku bieżącego bank wyda książeczkę czekową potrzebną posiadaczowi rachunku i na podstawie prawidłowo potwierdzonych czeków będzie wypłacał kwoty i wydawał papiery wartościowe, obciążając odpowiednie salda. W przypadku rachunków bieżących gotówkowych dopuszczalne są również czek i na okaziciela, na zlecenie, imienne i zakreślone.

Jak widzimy, przytoczone artykuły regulaminu Banku Hiszpanii, a w ogólności regulaminy wszystkich innych banków normują funkcjonowanie rachunków nieprawidłowych depozytów pieniężnych i rachunków bieżących jedynie z punktu widzenia deponentów oraz zawsze utrzymują niejednoznaczność i zamęt w sprawie tego, czy pieniądze takie są stale

bieżącymi, co można stwierdzić, studiując potwierdzenia wpłat i ogólne warunki prowadzenia rachunku, a także wyciągi z rachunków bankowych, zawiadomienia o stanie rachunku itd. Co więcej, ta niechęć do mówienia o „depozytach pieniężnych” jest widoczna nawet w bilansach banków, które nigdy nawet nie wzmiankują takiej pozycji, a nieprawidłowe depozyty pieniężne wprowadzają jako „rachunki bieżące” w odpowiedniej kolumnie pasywów po stronie „Ma”. A więc z formalno-prawnego punktu widzenia bankierzy za zgodą władz finansowych celowo zmierzają do ukrycia prawdziwego charakteru prawnego swych działań, zwłaszcza przed stronami trzecimi i klientami. Skutki tego zamętu wywołanego przez banki analizuje się w: Jörg Guido Hülsmann, *Has Fractional-Reserve Really Passed the Market Test*, „The Independent Review” 7, nr 3, zima 2003, s. 399–422.

bezpiecznie przechowywane i udostępniane przez bank oraz czy bank jest wyraźnie uprawniony przez deponenta do przywłaszczenia sobie środków i zainwestowania ich we własnych transakcjach gospodarczych. Aby dostrzec prawdziwe pierwotne znaczenie hiszpańskiego ustawodawstwa handlowego w tej kwestii, musimy sięgnąć po artykuł 180 kodeksu handlowego. Stanowi on mianowicie, że „banki będą utrzymywały w skarbcach gotówkę odpowiadającą przynajmniej czwartej części sumy depozytów i rachunków bieżących w gotówce oraz weksli w obiegu”. Wskaźnik ten, tradycyjnie stosowany przez hiszpański bank centralny jako instrument polityki pieniężnej i obniżony do aktualnych 2 procent, stanowi kulminację ustawowego uprzywilejowania branży bankowej. Bankowość jest jedyną instytucją wyraźnie uprawnioną przez hiszpańskie prawo stanowione do naruszania obowiązku bezpiecznego przechowywania związanego z umową nieprawidłowego depozytu pieniężnego, a tym samym otrzymującą zezwolenie na przywłaszczenie sobie pieniędzy deponentów w celu ich wykorzystania w inwestycjach i własnych działaniach gospodarczych. Choć wymóg rezerwy sam w sobie *chroni bankierów przed uznaniem za przestępców w świetle prawa stanowionego obowiązującego w Hiszpanii*, żadną miarą nie wyrównuje braku prawnego uzasadnienia umowy depozytu bankowego w jej obecnej formie ani też, co logiczne, szkodliwych dla społeczeństwa skutków ekonomicznych pogwałcenia tradycyjnych zasad praw własności dotyczących nieprawidłowego depozytu pieniężnego. Skutki te (zniekształcenie struktury produkcji, powtarzające się kolejno etapy boomu gospodarczego i recesji, rozpowszechnione błędne inwestycje, wielkie bezrobocie i utrwalanie uprzywilejowanego systemu finansowego niezdolnego do zapewnienia płynności rozwoju gospodarczego) przeanalizujemy w dalszych rozdziałach.

Krytyka prób zrównania umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego z pożyczką czyli umową *mutuum*

Nawet jeśli doktrynalne skojarzenie depozytów nieprawidłowych i umów pożyczki pieniężnej, czyli *mutuum* stanowi doskonałe narzędzie usprawiedliwiania bankowości opartej na rezerwie cząstkowej, jest ono tak niefortunne, że najwyżej cenieni specjaliści od prawa handlowego nie zdołali go zaakceptować. Joaquín Garrigues, choć, jak się wydaje, chce bez zastrzeżeń bronić doktryny tego skojarzenia, zdaje sobie ostatecznie sprawę, że nie da się ono uzasadnić, oraz konkluduje, iż wbrew argumentom, jakie można by przywoływać na gruncie prawa stanowionego (cytowane wyżej artykuły 1768 hiszpańskiego kodeksu cywilnego i 309 hiszpańskiego kodeksu handlowego) w celu uzasadnienia związku pomiędzy pożyczką, czyli kontraktem *mutuum* a umową depozytu nieprawidłowego

wciąż pozostają *pewne czynniki* skłaniające do tego, by nadal uznać tę umowę za depozyt, a nie pożyczkę (na przykład swobodny dostęp deponenta, fakt, że to deponent inicjuje kontrakt, ograniczone odsetki itd.)¹⁴.

Może dziwić, że Joaquín Garrigues nie objaśnia tych czynników, wspominając o nich tylko mimochodem. Zamiast tego od razu stara się skonstruować teorię opartą na reinterpretacji koncepcji dostępności, co przeanalizujemy w następnym podrozdziale. Zważywszy jednak na to, co powiedzieliśmy w rozdziale pierwszym, bardzo interesujące byłoby ustalenie, co Garrigues mógłby i powinien powiedzieć w sprawie argumentów skierowanych przeciw zrównywaniu tych dwóch umów. Sprawą tą zajmiemy się teraz bliżej¹⁵.

Odmienne przyczyny i cele obu umów

Najważniejszy i rozstrzygający argument na rzecz rozróżniania pomiędzy umową depozytu nieprawidłowego a umową pożyczki, czyli *mutuum* wiąże się z istotną różnicą pomiędzy ich *przyczynami* lub *celami*. Pojęcia

¹⁴ Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 363; podkreślenie dodane.

¹⁵ Dziwne, że nasz czołowy specjalista od prawa handlowego pośpiesznie przystępuje do próby usprawiedliwienia bankowości opartej na rezerwie cząstkowej, utrzymując zarazem koncepcję depozytu nieprawidłowego za pomocą sztuczki polegającej na zmianie definicji dostępności, przy czym nie pozostawia sobie czasu na przebadanie czynników, za których sprawą zrównanie umowy depozytu nieprawidłowego z umową pożyczki jest niemożliwe. Wygląda to tak, jakby Garrigues zdawał sobie ostatecznie sprawę, że taka zmiana definicji *implicite* pociąga za sobą zrównanie umów depozytu i pożyczki – przynajmniej z punktu widzenia bankiera (odbiorcy). Z tego więc powodu nie leży w jego interesie przedstawianie szczegółowej argumentacji przeciw zrównaniu depozytów z pożyczkami, ponieważ obróciłoby się to na szkodę doktryny, której później broni. Postawa taka jest całkiem zrozumiała w przypadku słynnego uczonego, którego głównymi klientami byli bankowcy i banki całego kraju, a który z tego powodu zastanowiłby się dwa razy, zanim by naraził na szwank swój prestiż i pozycję akademicką, kwestionując legitymację instytucji tak wpływowej jak bankowość oparta na rezerwie cząstkowej, zakorzenionej w praktyce i wspieranej przez rząd. Na dodatek wtedy, kiedy Garrigues rozwijał swoje teorie, mógł się opierać jedynie na teorii ekonomii, która, sparaliżowana przez doktryny Keynesowskie (zob. przypis 20), uzasadniała każdy system ekspansji kredytowej, nawet najbardziej doraźny, na podstawie błędnego założenia, że przyniesie on korzyść „aktywności gospodarczej”. W owych latach doktrynalnej nędzy ekonomii jedyną metodą obrony procesów interakcji społecznej przed praktykami bankowymi mogło być ściśle przestrzeganie podstawowych zasad rządzących depozytem nieprawidłowym, które uzyskało niestety bardzo słabe wsparcie teoretyków głównego nurtu i zostało szybko zarzucone. Pomimo wszystkich tych niekorzystnych okoliczności prace Garriguesa i innych badaczy koncentrujących się na tym zagadnieniu pozostawiają to samo nieodparte wrażenie: oto w celu usprawiedliwienia tego, czego usprawiedliwić się nie da, teoretycy mocno naginali prawne rozumowanie i tak lawirowali, aby móc przedstawić jako legalną działalność wynikającą z gorszego, bezprawnego przywileju przyznanego przez rząd.

te odnoszą się do fundamentalnego prawnego motywu (pokrewnego tak zwanej *przyczynie*¹⁶ umowy), ściśle związanego ze swoistym subiektywnym powodem¹⁷ skłaniającym strony do zawarcia takiej czy innej umowy. *Istnieje zatem doskonała symbioza pomiędzy koncepcją subiektywistyczną, na której opiera się współczesna teoria ekonomii*¹⁸, a prawnym punktem widzenia, uwzględniającym przede wszystkim różne subiektywne cele stron zawierających umowę tego czy innego rodzaju.

W rozdziale pierwszym badaliśmy zasadnicze, nieusuwalne różnice pomiędzy umową nieprawidłowego depozytu pieniężnego a pożyczką pieniężną, czyli kontraktem *mutuum*. Wszystkie te różnice prowadzą ostatecznie do odmiennych przyczyn lub celów obu umów. Z jednej strony, umowa pożyczki zawsze zakłada wymianę dóbr dzisiejszych, do których pożyczkodawca traci dostęp, na dobra przyszłe, które pożyczkobiorca musi zwrócić wraz z dodatkową kwotą w postaci odsetek tytułem zapłaty za nieuniknioną utratę dostępności dóbr dzisiejszych z chwilą przeniesienia ich z pożyczkodawcy na pożyczkobiorcę. Z drugiej zaś, w przypadku nieprawidłowego depozytu pieniężnego, cel i przyczyna umowy są radykalnie różne. Nie dochodzi tu do wymiany dóbr dzisiejszych na dobra przyszłe, a deponent nie ma najmniejszego zamiaru utracić bezpośredniej dostępności zdeponowanych dóbr. A więc zasadniczym elementem umowy depozytu nieprawidłowego nie jest, jak w przypadku umowy pożyczki, przeniesienie dostępności, lecz ochrona i bezpieczne przechowywanie *tantundem*, które stanowią prawną przyczynę lub główny cel skłaniający deponenta do zawarcia umowy. Z tego też powodu nie przyjmuje się żadnego terminu, a środki zostają zdeponowane „na żądanie”; znaczy to, że mogą być wycofane w każdej chwili. Gdyby deponent zdawał sobie sprawę, że umowa, jaką zamierza podpisać, jest umową pożyczki, za pomocą której udzieli pożyczki bankowi, a zatem że nie będzie już miał dostępu do pieniędzy, z pewnością nie zawarłby tej umowy tak, jakby chodziło o depozyt, i najprawdopodobniej zdecydował-

¹⁶ Zob. np. prawne ujęcie przyczyny umów w: Jean Dabin, *La teoría de la causa*.

¹⁷ Jak twierdzi Antonio Gullón, „zrównanie depozytu nieprawidłowego z pożyczką jest wciąż wybiegiem niezgodnym z rzeczywistą wolą stron. A więc na przykład deponent pieniędzy nie zamierza udzielić depozytariuszowi pożyczki. Podobnie jak w przypadku depozytu prawidłowego, chce bezpiecznego przechowania dobra i stałej jego dostępności. Tak się składa, że cel ten osiąga łatwiej za pomocą depozytu nieprawidłowego niż prawidłowego, ponieważ w tym drugim przypadku ryzykuje utratę depozytu w wyniku jakiegos nieuniknionego zdarzenia, a jej koszty ponosiłby on sam, a nie depozytariusz. Tymczasem w przypadku depozytu nieprawidłowego depozytariusz jest mu winien pewien rodzaj dobra, który jako taki nigdy nie przepada”. Cytowane za: José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, wyd. 3, José María Bosch, Barcelona 1995, t. 2, s. 270 (wyróżnienie kursywą moje).

¹⁸ Według austriackiej szkoły ekonomii, której twórcą był Carl Menger, ta subiektywistyczna koncepcja stanowi podstawę logiki działania i na niej opiera się wszelka teoria ekonomii. Zob. w tej sprawie mój artykuł *Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía*, w: Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, s. 17–55.

by się zatrzymać swoje pieniądze. Nie ma więc absolutnie żadnych wątpliwości, że przyczyna czy prawny cel są w przypadku obu umów radykalnie odmienne i że, zważywszy na tę zasadniczą różnicę, próba ich zmieszania przypomina próbę połączenia oleju z wodą.

Teoretycy próbujący zrównać umowę depozytu nieprawidłowego z umową pożyczki nie zdają sobie sprawy, że ich stanowisko doktrynalne lekceważy rzeczywiste przyczyny czy cele skłaniające umawiające się strony do zawarcia umowy. Bez względu też na to, ile wypowiedzą mniej lub bardziej pustych twierdzeń w sprawie równoważności obu umów, nieuchronnie natrafiają na ten sam prawny mur: radykalną, zasadniczą różnicę pomiędzy prawnymi *przyczynami* obu umów. Nie mogą więc posunąć się dalej, niż stwierdzić, iż każda strona umowy bankowego depozytu pieniężnego *myśli*, że zawiera „inną” umowę. Innymi słowy, *deponenci wręczają pieniądze tak, jakby zakładali depozyt, bankierzy zaś przyjmują je tak, jakby zaciągali pożyczkę*. Ale jakąż to umowa ma dwie zasadniczo odmienne przyczyny prawne? Lub ujmując to inaczej: jak to możliwe, aby obie strony jednej umowy równocześnie zamierzały zachować dla siebie dostępność tej samej kwoty?¹⁹ W istocie bowiem deponenci, przekazując pieniądze, wyraźnie chcą utrzymać pełną dostępność przekazanego dobra (depozytu pieniężnego „na żądanie”)²⁰, podczas gdy banki, przyjmując depozyty, nie mają na celu nieprzerwanego utrzymywania w posiadaniu stu procent *tantundem*, lecz zamierzają wykorzystać większość depozytu na własne pożyczki i inwestycje. Ta „podwójna dostępność” nie mogła ująć uwagi Garriguesa, który, co logiczne, uznaje ją za bardzo niepokojącą i mylącą od strony prawnej²¹. W istocie rzeczy jego zdaniem najbardziej uderzają-

¹⁹ Francisco Belda, idąc za przykładem Luisa de Moliny i Juana de Lugo, uważa, iż rozwiązuje tę sprzeczność płytkim, powierzchownym twierdzeniem, że „każda z dwóch stron ma pełne prawo postrzegać daną operację z tego punktu widzenia, który najbardziej odpowiada jej interesom”. Belda nie uświadamia sobie jednak, że skoro zachodzi istotna różnica i sprzeczność pomiędzy przyczynami skłaniającymi strony do zawarcia umowy, problem jest całkiem inny: nie chodzi o to, iż każda strona rozumie umowę w sposób dla siebie najkorzystniejszy, lecz o to, iż osiągnięcie celu jednej strony (zainwestowanie środków przez bankiera) uniemożliwia osiągnięcie celu drugiej strony (ochrona depozytu, bezpieczne przechowywanie i stała dostępność pieniędzy). Zob. Belda S.J., *Ética de la creación des créditos según la doctrina de Molina, Lesio y Lugo*, s. 64–87. Zob. też Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, s. 48, przyp. 83.

²⁰ Fakt, że deponenci niekiedy otrzymują odsetki, żadną miarą nie odbiega od istotnego celu depozytu (bezpieczne przechowywanie pieniędzy). Ponieważ odsetki są atrakcyjne, niczego niepodważając deponent chętnie skorzysta z takiej oferty, jeśli tylko ufa bankierowi. W przypadku prawdziwego depozytu zawarłby jednak umowę nawet wtedy, gdyby wcale nie miał dostać odsetek i musiał wnieść opłatę za przechowanie. Zasadniczy charakter tej umowy nie zmienia się w wyniku nietypowej wypłaty odsetek deponentowi i wskazuje tylko, że bankierzy robią niedopuszczalny użytek z powierzonych im pieniędzy.

²¹ Co ciekawe, jedynym teoretycznym źródłem przywoływanym przez Garriguesa w jego książce *Contratos bancarios* jest praca Keynesa *Treatise on Money*, którą wyraźnie wspomina przynajmniej dwukrotnie w głównym tekście (s. 357, 358) i dwukrotnie

cą cechą bankowych depozytów pieniężnych w ich obecnej wersji (która nie wymaga stuprocentowej rezerwy) jest właśnie podwójna dostępność: zdeponowane dobra są *równocześnie* dostępne dla banku oraz dla klienta. Garrigues dodaje, że

właśnie ta *podwójna dostępność* jest przyczyną, dla której trudno sformułować prawny opis tej umowy, ponieważ dostępność dla depozytanta, kluczowa cecha depozytów, *słabo harmonizuje* z dostępnością dla banku²².

Zamiast mówić, że trudno jest sformułować prawny opis takiej umowy, trafniej byłoby stwierdzić, że opis taki jest *prawnie niemożliwy* ze względu na radykalną różnicę pomiędzy przyczynami czy celami obu rodzajów transakcji prawnych. Nie chodzi więc o to, że jeden przypadek dostępności „słabo harmonizuje” z drugim, lecz że oba na fundamentalnym poziomie wzajemnie się wykluczają²³. Wątpliwości Garriguesa są jeszcze bardziej oczywiste, kiedy w przypisie²⁴ przywołuje on orzeczenia sądu paryskiego przedstawione przeze mnie w rozdziale pierwszym. Te postanowienia sądu podtrzymują ściśle zobowiązanie do bezpiecznego przechowywania oraz wymóg utrzymywania przez banki stuprocentowej stopy rezerw, co Garrigues nazywa „zaskakującymi stwierdzeniami”. Tymczasem zaskakujące jest to, że Garrigues nie dostrzega, iż *jego własna analiza* nieuchronnie prowadzi do wniosku, że obie omawiane umowy są różne i że z tego powodu nie jest możliwe jakiegokolwiek zrównanie umowy depozytu nieprawidłowego

w przypisach (s. 352, przyp. 1 oraz s. 357, przyp. 11). Przy tego rodzaju podstawie teoretycznej trudno się dziwić zamętowi widocznemu w całym dokonany przez Garriguesa omówieniu depozytu nieprawidłowego. Wydaje się, jakby niezwykle instynkt prawny autora prowadził go we właściwym kierunku, natomiast czytane przez niego ekonomiczne traktaty na temat bankowości wiodły go na manowce.

²² Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 367 (wyróżnienie kursywą dodane przeze mnie). Jest rzeczą zaskakującą, że Garrigues nie uświadomił sobie, iż podwójna dostępność w kategoriach ekonomicznych oznacza, że „możliwe staje się tworzenie fikcyjnej podaży towaru, to jest skłanianie ludzi do przekonania, że istnieje podaż, która nie istnieje” (zob. William Stanley Jevons, *Money and Mechanism of Exchange*, D. Appleton, New York 1875, oraz Kegan Paul, London 1905, s. 210). Przekonywanie ogółu o istnieniu fikcyjnego zapasu dóbr zamiennych jest rozstrzygającym dowodem na bezprawność wszelkich depozytów nieprawidłowych (dóbr zamiennych) dopuszczających częściową stopę rezerw (każda stopa poniżej 100 procent).

²³ Garrigues, wykazując się swym charakterystycznym darem ekspresji, stwierdza w konkluzji, że w umowie tej „bankier liczy na pieniądze, jakby były jego, a klient liczy na pieniądze, chociaż nie są jego”. Rozwiązanie tego pozornego paradoksu jest bardzo proste, gdyż wprawdzie klient przestał posiadać pieniądze, lecz zachował prawo do tego, aby wymagać od bankiera stałej ochrony i bezpiecznego przechowywania *tantundem*, a więc utrzymywania stuprocentowej stopy rezerw zgodnie z zasadniczą, ontologiczną istotą prawną umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego, którą przedstawiliśmy w rozdziale I. Zob. Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 368.

²⁴ *Ibid.*, s. 367–368, przyp. 31.

wego z umową pożyczki. Po lekturze rozważań Garriguesa na temat umów bankowego depozytu pieniężnego trudno oprzeć się wrażeniu, że autor nie ma zbyt „czystego sumienia” w związku z przeprowadzeniem tak wymuszonej analizy prawnej zmierzającej do usprawiedliwienia tego, czego usprawiedliwić się nie da: rzekomego istnienia umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego, która w sposób uprawniony oraz zgodnie z zasadami prawnymi i logiką pozwala bankierowi na swobodne użytkowanie zdeponowanych dóbr – innymi słowy, do usprawiedliwienia bankowości opartej na rezerwie częściowej.

Pojęcie porozumienia milczącego lub dorozumianego

Niemożliwy do przyjęcia jest również argument, że artykuł 1768 hiszpańskiego kodeksu cywilnego sugeruje, iż istnieją umowy depozytu nieprawidłowego typu „porozumienia milczącego lub dorozumianego”, w których deponenci upoważniają bankierów do użytkowania zdeponowanych pieniędzy. Tego kierunku rozumowania nie można przyjąć przede wszystkim dlatego, że artykuł 1768 mówi o zgodzie na „użytkowanie zdeponowanej rzeczy”, a wiemy, że tym, co sprawia, że umowa depozytu pieniężnego staje się umową depozytu nieprawidłowego, nie jest prawo użytkowania rzeczy. Uprawnienie to jest nieodłączne od każdego depozytu dóbr zamiennych, których sama natura wyklucza możliwość ich indywidualnego traktowania. Dochodzi tu w pewnym sensie do przeniesienia własności, które z kolei pociąga za sobą upoważnienie depozytariusza do użytkowania dóbr. Niemniej widzieliśmy już, że takie przeniesienie własności i prawo użytkowania zdeponowanych dóbr należy rozumieć w *sensie ogólnym*. Skoro nie jest możliwe śledzenie losów poszczególnych zdeponowanych jednostek, to możemy z pewnością uznać, że zachodzi tu przeniesienie własności i prawa do użytkowania konkretnych zdeponowanych przedmiotów. Jest ono jednak, co logiczne, całkowicie zgodne z wymogiem utrzymywania ciągłej stuprocentowej rezerwy, czyli ochrony i bezpiecznego przechowywania *tantundem* stale dostępnego dla deponenta. Jest to zasadnicze zobowiązanie bankiera oraz podstawa umowy depozytu z uwagi na jej istotny cel. Innymi słowy, tym, co określa charakterystyczną, zasadniczą istotę umowy depozytu nieprawidłowego, nie jest przeniesienie prawa do użytkowania dóbr, lecz płynąca z natury zdeponowanych przedmiotów ich zamiennosc oraz cel umowy. Przeniesienie prawa do użytkowania zdeponowanych dóbr może zachodzić niezależnie od depozytu nieprawidłowego i tak właśnie dzieje się na przykład w umowie *mutuum*, czyli pożyczki. Jak wiemy, jej prawna przyczyna i cel są radykalnie odmienne (pociąga ona za sobą nie tylko przeniesienie własności i prawa użytkowania dóbr, ale także przeniesienie ich dostępności z równoczesną utratą jej przez pożyczkodawcę). Dlatego też, zgodnie z tym, co utrzymuje Pasquale Coppa-Zuccari, twierdzenie, że rzekome upoważnienie (wyróżne lub milczące) udzielone przez

deponenta przekształca umowę depozytu nieprawidłowego w pożyczkę, czyli *mutuum*, jest zarazem zbędne i nieściśle. Jest zbędne w tym sensie, że każda umowa depozytu nieprawidłowego już ze swej natury oznacza przeniesienie własności i prawa użytkowania dóbr (co, jak nakazuje logika, jest zgodne z fundamentalnym obowiązkiem utrzymywania w rezerwie stu procent *tantundem*). Jest nieściśle, bowiem choć zostaje przeniesione prawo użytkowania zdeponowanych dóbr, żadną miarą nie zmienia to pierwotnego celu umowy, którym jest właśnie ochrona i bezpieczne przechowywanie *tantundem*²⁵. Co się zaś tyczy rzekomego upoważnienia (wyraźnego lub milczącego) do użytkowania zdeponowanych dóbr, to z punktu widzenia logiki zachodzą trzy możliwości. Rozważmy je kolejno.

Po pierwsze, możemy założyć, że olbrzymia większość deponentów *nie jest świadoma*, iż deponując pieniądze w banku, jednocześnie upoważnia bankiera do wykorzystywania ich we własnych operacjach gospodarczych i dla własnego zysku. Jest rzeczą pewną, że na ogół deponenti składający depozyt na żądanie mają w dobrej wierze poczucie, iż rzeczywiście zawierają właśnie umowę depozytu nieprawidłowego, której zasadniczym celem jest przeniesienie na bankiera zadania ochrony i bezpiecznego przechowywania ich pieniędzy. Bankier zaś każdorazowo przyjmuje pieniądze tak, jakby była to pożyczka, czyli *mutuum*; uważa mianowicie, że zostaje na niego przeniesiona pełna dostępność dóbr i że z tego powodu jest upoważniony do wykorzystywania ich we własnych operacjach gospodarczych. Oczywiście więc, że przyczyna czy cel zawarcia umowy są dla każdej strony odmienne: jedna zawiera umowę w przekonaniu, że jest to depozyt, i przekazuje swoje pieniądze na podstawie tego założenia, druga zaś przyjmuje pieniądze, jakby chodziło o pożyczkę, czyli *mutuum*, i z tą myślą je inwestuje. Mamy tu zatem wyraźny przypadek *error in negotio*, czyli błędu dotyczącego natury transakcji, który sprawia, że jest ona całkowicie nieważna²⁶. Konkluzja ta może się wydawać skrajna lub przesadna, trudno jednak dojść do innego wniosku, jeśli oprze się analizę na argumentach prawnych i zasadach nieodłącznie związanych z badanymi przez nas umowami²⁷.

Po drugie, załóżmy teraz, że klienci banku (pewna grupa albo nawet – by wzmocnić argumentację – wszyscy), zawierając umowę depozytu, są świadomi, że bank zainwestuje (udzieli pożyczek itd.) znaczną część zdeponowanych przez nich pieniędzy i w pełni to akceptują. Nawet wtedy

²⁵ Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, s. 132.

²⁶ Zob. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, s. 107–108. Autor podaje tam następujący przykład idealnie odpowiadający przypadkowi, którym się zajmujemy: „Jeśli jedna osoba powierza drugiej jakąś rzecz w depozycie, a osoba przyjmująca tę rzecz uważa, że zawiera transakcję *mutuum*, czyli pożyczki, to nie występuje ani depozyt, ani *mutuum*”.

²⁷ Jest ponadto oczywiste, że zgody na użytkowanie rzeczy (uprawnienia do jej użytkowania) nie można domniemywać, lecz że w każdym przypadku musi być udokumentowana. Wydaje się nieprawdopodobne, aby w przypadku większości umów depozytu na żądanie zawieranych przez osoby fizyczne taki dokument był możliwy.

taka wiedza i hipotetyczne upoważnienie w żaden sposób nie podważają istotnej przyczyny czy celu, jakie skłaniały klientów do zawarcia umowy, gdyż ich zamiarem jest nadal powierzenie pieniędzy bankierowi w celu bezpiecznego przechowania, a więc zawarcie umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego. W tym przypadku umowa, którą deponenci – jak się im wydaje – finalizują, jest *niemożliwa* z technicznego i prawnego punktu widzenia. Jeśli pozwalają bankierowi używać ich pieniędzy, to pieniądze te przestają być dostępne dla nich, a właśnie ta dostępność jest zasadniczą przyczyną czy celem umowy. Co więcej, w rozdziale piątym zobaczymy, z punktu widzenia teorii ekonomii, że w systemie bankowości opartej na rezerwie częściowej masowe podpisywanie umów oraz „prawo wielkich liczb” *nie mogą* gwarantować zaspokojenia żądań wszystkich klientów domagających się pełnej wypłaty depozytów. Zaniechajmy na razie szczegółowego rozpatrywania naszej tezy, ograniczając się do uwagi, że opiera się ona na stwierdzeniu faktu, iż aktualny system bankowy generuje pożyczki pozbawione pokrycia w realnych oszczędnościach. Pożyczki te z kolei zachęcają do lekkomyślnego inwestowania zasobów i prowadzą do powstania nierozsądnie ulokowanych aktywów gospodarczych, które jako bezwartościowe lub mało wartościowe nie mogą zrównoważyć odpowiednich kont depozytowych w bilansach banków. W konsekwencji banki coraz częściej ogłaszają upadłość, ponieważ nie są w stanie wypełnić swoich zobowiązań (bez zewnętrznego wsparcia banku centralnego).

Jeżeli na użytek naszego rozumowania założymy, że prawo wielkich liczb daje się zastosować w bankowości, to okaże się też, że w sytuacji rezerwy częściowej umowa depozytu wyraźnie staje się umową *losową*²⁸. W przypadku takiej umowy realizacja przez bank jego usługi jest w każdym przypadku zdarzeniem niepewnym, zależnym od konkretnych okoliczności. Ta niepewność umowy bierze się właśnie z możliwości, że deponenci pewnej części depozytów przekraczających łącznie stopę rezerw spróbują wycofać swoje pieniądze i oczywiście nie będą mogli tego zrobić. Pierwsi, którzy się zgłoszą, odzyskają pieniądze, jednak tym, którzy zgłoszą się po osiągnięciu pewnego punktu, już się to nie uda. Z pewnością nawet deponenci w tym naszym drugim scenariuszu nie zamierzają zawrzeć umowy losowej narażonej na opisane właśnie ryzyko. Najbardziej logicznym w tym przypadku wnioskiem jest więc uznanie, że albo umowa nie istnieje, ponieważ niemożliwe jest osiągnięcie jej celu (bez stuprocentowej stopy rezerw nie da się zagwarantować, że bankier zawsze zdoła się wywiązać ze swych zobowiązań), albo też rzekome upoważnienie udzielane bankowi przez deponentów jest nieprawomocne, ponieważ zasadniczym

²⁸ W sprawie umów losowych zob. Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, t. 1 (*La obligación y el contrato en general*), s. 350–352. Trzeba podkreślić, że gdyby prawo wielkich liczb było spełnione (co jest w istocie niemożliwe) i wtedy umowa nieprawidłowego depozytu pieniężnego z rezerwą częściową prawa wielkich liczb miałaby charakter losowy, to fakt ma znaczenie jedynie wtórne w stosunku do innych argumentów, jakie podnieśliśmy przeciw takiej umowie.

celem umowy pozostaje bezpieczne przechowanie dóbr, nieuchronnie i koniecznie wymagające przechowywania stu procent *tantundem*²⁹.

Pomiędzy prawomocną umową depozytu nieprawidłowego, którego celem jest ochrona czy bezpieczne przechowywanie zdeponowanych dóbr, a upoważnieniem depozytariuszy do wykorzystywania dla własnych zysków otrzymywanych przez nich pieniędzy zachodzi naturalna niezgodność. Depozytariusze (bankierzy) przyjmują środki, które zgadzają się zwrócić niezwłocznie na żądanie posiadaczy rachunków bieżących, kiedy jednak już otrzymają te pieniądze, inwestują je, udzielają pożyczek i przeprowadzają operacje gospodarcze, w których zostają one zablokowane, co w różnych sytuacjach w praktyce wyklucza ich natychmiastowy zwrot. Rzekome upoważnienie bankierów, zarówno wyraźne, jak i milczące, do użytkowania pieniędzy z depozytów nie ma wielkiego znaczenia, jeśli istotny cel umowy, czyli bezpieczne przechowanie pieniędzy, pozostaje zachowany. W takim przypadku rzekome upoważnienie byłoby nieistotne z uwagi na swą niezgodność z celem umowy, a jako takie byłoby *pozbawione mocy prawnej podobnie jak każda umowa, w której jedna ze stron upoważnia drugą do oszukiwania jej lub przyjmuje na piśmie oszustwo na własną szkodę*. Jak niezwykle trafnie wskazuje wielki hiszpański znawca prawa cywilnego Felipe Clemente de Diego, umowa depozytu nieprawidłowego, która pozwala depozytariuszowi utrzymywać częściową stopę rezerw, a tym samym użytkować we własnym interesie część zdeponowanych środków, jest prawną aberracją, ponieważ na fundamentalnym poziomie pozostaje sprzeczna z uniwersalnymi zasadami prawnymi. Felipe Clemente de Diego nie ma żadnych wątpliwości, że taka umowa

ma tę wadę, że prowadzi nas do odkrycia *monstrum*, któremu z samej jego natury brakuje prawnej zdolności do życia, podobnie jak istotom ludzkim z fatalnymi zniekształceniami (*monstrua prodigia*), którym prawo rzymskie nie przyznawało zdolności prawnej. Artykuł 30 hiszpańskiego kodeksu cywilnego wyraża bardziej umiarkowaną wersję tej samej koncepcji: „Dla skutków cywilnych, uważa się za *urodzony* tylko płód, który ma *postać ludzką*...”. Każdy byt bowiem ma swoją własną naturę, a gdy nie stwierdza się jej w samym danym bycie, lecz wywodzi się ją z innych bardziej lub mniej do niego podobnych, prawdziwa natura tego bytu zdaje się ulatywać i znikać, przestaje go otaczać, redukując go do potwornej hybrydy na granicy niebytu³⁰.

²⁹ Reakcja większości obywateli argentyńskich na kryzys bankowy z 2001 r. i spowodowane nim zamrożenie wszystkich depozytów na żądanie (tak zwane *corralito*) to doskonały empiryczny przykład ujawniający rzeczywisty cel bankowych umów depozytowych, jakim jest bezpieczne przechowywanie, oraz wskazujący na to, że system bankowości opartej na rezerwie częściowej jest niemożliwy (bez kredytodawcy ostatecznej instancji).

³⁰ *Dictamen del señor de Diego (Felipe Clemente)*, w: *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*,

Trudno byłoby dokładniej i zwięźlej wyrazić fundamentalną niezgodność oraz nierozwiązywalną sprzeczność logiczną pomiędzy umową nieprawidłowego depozytu pieniężnego a umową pożyczki. Clemente de Diego w konkluzji krytykuje

próby przekształcenia tego radykalnego przeciwieństwa (umowy depozytu nieprawidłowego i umowy pożyczki) w jedną całość stanowiącą nową umowę, która nie byłaby ani jednym, ani drugim, lecz byłaby oboma jednocześnie; jest to niemożliwe, gdyż ich warunki wzajemnie się wykluczają.

Umowa taka jest po prostu ontologicznie niemożliwa.

W konkluzji naszych uwag w sprawie drugiej możliwości musimy dodać, że omawiana sprzeczność jest tak oczywista, iż bankierzy w swych umowach, ogólnych warunkach umów i formularzach zawsze unikają dokładnego określenia charakteru umowy oraz charakteru podejmowanego przez siebie zobowiązania do bezpiecznego przechowywania, a także stwierdzenia, czy zostają przez deponenta upoważnieni, czy nie, do inwestowania zdeponowanych środków dla własnego zysku. Wszystko wyraża się tam w sposób niejasny i mylący, toteż nie byłoby bezzasadne twierdzenie, iż nie można tu mówić o pełnej i absolutnej zgodzie deponentów, gdyż dwuznaczne, skomplikowane i niezrozumiałe umowy niewątpliwie zwodzą klientów, którzy są przekonani, że w dobrej wierze zawierają prawdziwą umowę depozytu. Gdy sens i skuteczność przekazania jakiegoś dobra zależą od procedury lub dokumentu towarzyszącego tej czynności, to jest oczywiście ważne, aby procedura czy umowa były właściwie zdefiniowane i odpowiednio nazwane, aby ich warunki były dobrze uregulowane prawem, a obie strony miały świadomość prawnych konsekwencji tych warunków. Szczegóły takie nie są wyraźnie wyjaśnione ani do końca wyliczone przez bankierów, co wymownie wskazuje na dwuznaczność ich postępowania, toteż w przypadku pojawienia się niekorzystnych skutków prawnych ich ciężar powinien spadać na barki bankiera, a nie jego kontrahenta, który w dobrej wierze zawiera umowę w przekonaniu, że jej zasadniczą przyczyną lub celem jest zwykła ochrona czy bezpieczne przechowywanie zdeponowanych pieniędzy.

s. 370–371. To prawda, że Felipe Clemente de Diego wypowiada tę uwagę w odpowiedzi na argumentację bankierów chcących bronić prawomocności umowy nieprawidłowego depozytu papierów wartościowych z częściową stopą rezerw, w której depozytariusz miałby mieć zgodę na swobodne użytkowanie zdeponowanych dóbr jak w przypadku nieprawidłowego depozytu pieniężnego. Jak już jednak wspomnieliśmy, argumenty za i przeciw w odniesieniu do obu instytucji są identyczne, gdyż obie te umowy dotyczą nieprawidłowego depozytu dóbr zamiennych, a ich istota prawna, przyczyny, cele i warunki są takie same. Na wewnętrznie sprzeczną naturę umowy bankowego depozytu pieniężnego, który w formie „zalegalizowanej” przez rządy nie jest ani depozytem, ani pożyczką, wskazuje również Pasquale Coppa-Zuccari: *La natura giuridica del deposito bancario*, „Archivio giuridico »Filippo Serafini«”, nr 9, Modena 1902, s. 441–472.

Po trzecie wreszcie, możemy założyć, że jeśli deponenci naprawdę tego pragną, mogliby zmienić swój pierwotny zamiar złożenia nieprawidłowego depozytu pieniężnego i zamiast tego zawrzeć umowę *mutuum*, czyli pożyczki, w której zgadzaliby się na utratę dostępności dobra oraz przeniesienie jej w ustalonym czasie na bankiera w zamian za odsetki. Byłaby to rzeczywista *nowacja* umowy, przekształcająca ją z depozytu nieprawidłowego w pożyczkę. Nowacja ta podlegałaby ogólnym regulacjom prawnym obowiązującym w przypadku tego typu modyfikacji umowy. Jest to możliwość prawna całkowicie uprawniona, lecz rzadko stosowana w praktyce. Na dodatek zaś gdy w bankowości stosuje się nowacje, to paradoksalnie zmierzają one zazwyczaj w przeciwnym kierunku. Innymi słowy, umowa inicjowana bez wątplenia jako *mutuum*, czyli pożyczka, choć jest nazywana depozytem „terminowym”, ponieważ wiąże się z rzeczywistym przeniesieniem dostępności dobra w ustalonym okresie na bankiera, przy wielu okazjach staje się wskutek odpowiedniej nowacji depozytem nieprawidłowym. Dzieje się to wtedy, gdy bankierzy, chcąc utrzymać środki lub przyciągnąć dodatkowe, oferują posiadaczowi depozytu „terminowego” (publicznie lub prywatnie, ustnie lub pisemnie) możliwość wycofania pieniędzy w dowolnym czasie z minimalną karą finansową lub zgoła bez niej. W tym zakresie, w jakim subiektywnym i podstawowym celem posiadaczy rachunków składających takie „terminowe” depozyty (które są oczywiście pożyczkami) jest bezpieczne przechowanie pieniędzy, mamy wyraźnie do czynienia z depozytem nieprawidłowym niezależnie od tego, jaką zewnętrzną postać nadaje się takiej umowie. Jeśli natomiast podstawową przyczyną bądź celem umowy jest wymiana dóbr dzisiejszych na dobra przyszłe powiększone o odsetki, to jest to rzeczywisty „depozyt” terminowy. Z prawnego punktu widzenia jest to bez wątplenia *mutuum*, czyli pożyczka, którą w drodze wyraźnego porozumienia stron można później zmienić na nieprawidłowy depozyt pieniężny lub nim zastąpić³¹.

Krótko mówiąc, niezależnie od tego, jak spojrzymy na to zagadnienie, umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego nie da się zrównać z umową *mutuum*, czyli pożyczki. Są one zasadniczo nieporównywalne, a istnienie depozytu na żądanie w bankowości opartej na rezerwie częściowej, choć stanowi „monstrum” i „aberrację prawną”, można jedynie wytłumaczyć tym, że było ono najpierw tolerowane, a potem świadomie legalizowane przez

³¹ Nie popieramy poglądu, że „depozyty” terminowe nie są z prawnego punktu widzenia pożyczkami, czyli kontraktami *mutuum*, ponieważ ich charakter zarówno ekonomiczny, jak i prawny odzwierciedla wszystkie zasadnicze wymagania stawiane pożyczce czy *mutuum*, co analizowaliśmy w rozdziale I. Wśród uczonych starających się uzasadnić teorię, że „depozyty” terminowe nie są pożyczkami, wyróżnia się José Luis García-Pita y Lastres; zob. jego praca *Los depósitos bancarios de dinero y su documentación*, zwłaszcza s. 91 i następane. Przedstawione przez autora argumenty w tej sprawie nie przekonują nas.

ludzi dysponujących władzą polityczną³². Pomimo to jednak fakt, że taka „potworna” (jak to określa Clemente de Diego) instytucja prawna odgrywa określoną rolę w relacjach międzyludzkich, nieuchronnie przynosi szkodliwe konsekwencje gospodarcze i społeczne. W dalszych rozdziałach wyjaśnimy, dlaczego bankowość oparta na rezerwie cząstkowej jest odpowiedzialna za powtarzające się kryzysy i recesje dławiące gospodarke, co stanie się dodatkowym argumentem przeciw uprawnieniu umowy depozytu bankowego nawet wtedy, gdy strony działają w doskonałym porozumieniu. Co więcej, wyjaśnia się w ten sposób niemożność nieprzerwanego zagwarantowania spłaty takich depozytów bez stworzenia rządowej superstruktury zwanej bankiem centralnym. Odkąd instytucja ta ustaliła monopol na emisję pieniądza papierowego i ogłosiła go prawnym środkiem płatniczym, jej zadaniem stało się zapewnianie kreacji płynnych aktywów niezbędnych do zaspokojenia banków prywatnych we wszystkich przypadkach nagłego zapotrzebowania na środki. W rozdziale ósmym przeanalizujemy wynikłe stąd pojawienie się scentralizowanej polityki pieniężnej, która jak wszystkie próby koordynacji społecznej za pomocą środków przymusu (socjalizm i interwencjonizm) i z tych samych co one przyczyn jest ostatecznie skazana na niepowodzenie. Banki centralne i polityka pieniężna rządów są w istocie głównymi winowajcami chronicznej inflacji w różnym stopniu dotyczącej gospodarek zachodnich, a także powtarzających się, następujących po sobie faz sztucznego boomu i recesji gospodarczej, które wywołują tak wiele wstrząsów społecznych. Najpierw jednak wróćmy do naszej analizy prawnej.

3. Niezadowalające rozwiązanie: przedefiniowanie pojęcia dostępności

Przekonanie większości kompetentnych teoretyków, że niemożliwe jest pogodzenie ze sobą dwóch umów tak nieporównywalnych jak nieprawidłowy depozyt pieniężny i pożyczka, a także fakt, że większość umów, na których opiera się dzisiejsza bankowość, stanowią depozyty na żądanie (umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego), skłaniały uczonych do podejmowania prób sformułowania alternatywnych konstrukcji prawnych mających zharmonizować umowę depozytu nieprawidłowego z bankowością „tradycyjną”, a więc opartą na rezerwie cząstkowej. Niektórzy z nich starali się rozwiązać tę sprzeczność za pomocą „redefiniowania” pojęcia dostępności. Dla zwolenników tej linii rozumowania dostępności nie trzeba mianowicie rozumieć w ścisłym sensie (jako stuprocento-

³² Znaczy to, że bankowość oparta na rezerwie cząstkowej pozostaje w sprzeczności z tradycyjnymi zasadami prawnymi i jest zdolna do przetrwania jedynie w wyniku interwencji opartej na przymusie, do której sprowadza się upoważnienie czy ustawowy przywilej rządowy, a więc coś, z czego nie mogą korzystać inne podmioty gospodarcze, gdzie wyraźnie się stwierdza, że utrzymywanie przez bankierów cząstkowej stopy rezerw jest legalne (artykuł 180 hiszpańskiego kodeksu cywilnego).

wej stopy rezerw, czyli stałego utrzymywania *tantundem* dostępnego dla deponenta), lecz można ją interpretować „swobodnie”: na przykład jako „ogólną” wypłacalność banku pozwalającą mu pokrywać swoje zobowiązania, „rozważne” inwestowanie, unikanie bardzo ryzykownych spekulacji i związanych z nimi strat, utrzymywanie odpowiednich współczynników płynności i inwestycji, krótko mówiąc, jako przestrzeganie całości rygorystycznych praw bankowości, co wraz z hipotetycznym działaniem „prawa wielkich liczb” w dziedzinie zakładania kont depozytowych i wycofywania depozytów na żądanie mogłoby ostatecznie zagwarantować, że bank będzie zdolny zwracać depozyty na każde żądanie deponenta.

W pojęciu Garriguesa zobowiązanie do utrzymywania depozytów dostępnych dla deponentów „staje się obowiązkiem starannej pracy, rozważnego i sensownego wykorzystywania depozytów, aby bank był zawsze zdolny zwrócić je na żądanie”³³. Garrigues, idąc za przykładem Lalumii, dodaje, że depozytariusz nie jest „zobowiązany do utrzymywania *tantundem*, ale tylko do jego mądrego inwestowania i utrzymywania w stanie płynności, aby w razie potrzeby zawsze mógł je zwrócić”³⁴. Bank musiałby jedynie utrzymywać w skarbcach dość pieniędzy, by zaspokoić „prawdopodobne” żądania swych klientów. Garrigues konkluduje więc, że

w przypadku depozytów bankowych element ochrony jest zastąpiony technicznym elementem obliczania prawdopodobieństwa wycofania depozytu. Rachunek ten opiera się z kolei na fakcie, że depozyty bankowe składa się w wielkiej skali³⁵.

Garrigues, co dość znaczące, sam przyznaje, że doktryna ta wiąże się z „nieuniknionym zastąpieniem tradycyjnego pojęcia ochrony koncepcją

³³ Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 375.

³⁴ *Ibid.*, s. 365.

³⁵ *Ibid.*, s. 367. García-Pita y Lastres broni tej samej teorii w swej pracy *Los depósitos bancarios de dinero y su documentación*, gdzie stwierdza, że „w tych warunkach, zamiast rozumieć przez »dostępność« zwykłe prawo do domagania się niezwłocznej wypłaty, powinniśmy rozpatrywać ją jako kombinację zachowań oraz działań gospodarczych i finansowych zmierzających do umożliwienia spłaty” (s. 990). Rozważania te kontynuuje w tym samym duchu w pracy *Depósitos bancarios y protección del depositante*, s. 119–226. Taki sam pogląd prezentuje Eduardo María Valpuesta Gastaminza, który twierdzi, że „bank nie ma żadnego obowiązku przechowywania zdeponowanych dóbr; ochrona staje się natomiast odpowiedzialnością za rozważne zarządzanie zasobami zarówno klientów, jak i banku, oraz utrzymywanie ich dostępności, co zapewniają również uprawnione regulacje rządowe (ustalające wymogi co do rezerw, limity na podejmowanie ryzyka itd.)” (s. 122–123). Zob. *Depósitos bancarios de dinero: libretas de ahorro*, w: Enrique de la Torre Saavedra, Rafael García Villaverde, Rafael Bonardell Lenzano (red.), *Contratos bancarios*, Editorial Civitas, Madrid 1992. Tę samą doktrynę poparła we Włoszech Angela Principe w swojej książce *La responsabilità della banca nei contratti di custodia*, Editorial Giuffrè, Milan 1983.

ad hoc, której wiarygodność jest wysoce wątpliwa”³⁶. Garrigues ma słuszość, uznając tę dokonaną przez teoretyków zmianę pojęcia dostępności za „wymuszoną” (nawet jeśli ostatecznie ją akceptuje). Teoria, wedle której w przypadku umowy depozytu nieprawidłowego obowiązek bezpiecznego przechowywania polega jedynie na „rozważnym” używaniu zasobów, umożliwiającym bankowi utrzymanie wypłacalności niezbędnej do spłaty długów, jest w istocie nie do obrony. Rozważne używanie zasobów jest war-
te zalecenia we wszystkich ludzkich działaniach; na przykład w odniesieniu do *wszelkich umów pożyczki* (a więc nie depozytu), które określają, że pewne zasoby mają być używane, a następnie zwracane w ustalonym terminie. Ściślej, jest godne zalecenia, jeśli ma się do czynienia z wolą przestrzegania tego obowiązku (do którego sprowadza się samo znaczenie *wypłacalności*)³⁷. Jak jednak wiemy, cel umowy depozytu nieprawidłowego jest inny niż cel umowy pożyczki i wymaga też czegoś wyraźnie innego: nieprzerwanej ochrony, czyli bezpiecznego przechowywania dóbr. Jeśli zatem deponenti próbują wycofać swe depozyty, a bank nie potrafi ich spłacić, nawet wtedy gdy zachowuje ogólną płynność i będzie mógł zapłacić, gdy tylko zamieni swe inwestycje w gotówkę, to dochodzi do oczywistego naruszenia zasadniczego obowiązku z tytułu umowy depozytu. Bierze się to stąd, że niektóre strony umów (deponenti), zawarłszy umowy w przekonaniu, że ich zasadniczym celem jest ochrona i bezpieczne przechowywanie dóbr oraz zapewnianie stałej ich dostępności, są zmuszone do przyjęcia roli radykalnie odmiennej: *przymusowych pożyczkodawców*. Jako tacy klienci tracą bezpośrednią dostępność swoich dóbr i muszą czekać dłuższy czas, aż bank w jakiś sposób przekształci swe aktywa w gotówkę i będzie mógł zapłacić.

Chociaż pojęcia wypłacalności i rozważnego używania zasobów nie są wystarczające, aby zmodyfikować zasadnicze znaczenie dostępności w przypadku umowy depozytu nieprawidłowego, można by przynajmniej pomyśleć, że problem ten da się rozwiązać za pomocą wyliczenia prawdopodobieństwa i „prawa wielkich liczb”, o czym wspomina Garrigues. Jak jednak już to wykazaliśmy, nawet jeśli byłoby możliwe obliczanie statystycznego prawdopodobieństwa w tej dziedzinie (a tak z pewnością nie jest, co pokażemy w dalszych rozdziałach), sama umowa w każdym razie przestawałaby być depozytem, a stawała się umową losową, w której możliwość natychmiastowego odbioru zdeponowanych dóbr zależałaby od większego lub mniejszego prawdopodobieństwa, że pewna liczba deponentów nie zwróci się jednocześnie do tego samego banku, by wycofać depozyty.

³⁶ Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 365.

³⁷ Co więcej, zazwyczaj przytaczane kryterium „rozważni” nie ma w tym przypadku zastosowania: bank nierozważny może spekulować z powodzeniem i utrzymywać wypłacalność. Podobnie bardzo „rozważny” bankier może poważnie ucierpieć na kryzysie zaufania, który nieuchronnie następuje po sztucznym boomie wygenerowanym przez sam system bankowości oparty na rezerwie cząstkowej. Rozwaga jest więc mało przydatna, gdy dochodzi do naruszenia jedyne-
go warunku zdolnego zagwarantować stałe wywiązywanie się banku z jego zobowiązań (wymogu stuprocentowej stopy rezerw).

W rozdziale piątym wykazemy, że *obiektywne obliczanie* prawdopodobieństw nie ma odniesienia do ludzkich działań w ogólności, w szczególności zaś do działań związanych z depozytem nieprawidłowym. Jest to spowodowane tym, że sama instytucja depozytu nieprawidłowego bez zobowiązania do bezpiecznego przechowywania (tj. z rezerwą cząstkową), umowa prawnie paradoksalna, wyzwała procesy gospodarcze prowadzące banki do udzielania na wielką skalę nierozsądnych pożyczek i inwestowania depozytów, które przywłaszczają sobie lub kreuują. Pożyczki te i inwestycje są ostatecznie finansowane ekspansją kredytową, która nie została poprzedzona wzrostem realnych oszczędności. Nieuchronnym wynikiem takich działań są kryzysy ekonomiczne, którym towarzyszy ograniczenie wypłacalności banków i zmniejszenie się zaufania deponentów, co z kolei prowadzi do masowego wycofywania depozytów. Każdy aktuariusz wie, że jeśli konsekwencje jakiegoś zdarzenia nie są całkowicie niezależne od samego istnienia polisy ubezpieczeniowej, to z technicznego punktu widzenia nie kwalifikują się do ubezpieczenia ze względu na pokusę nadużycia. W dalszych rozdziałach pokażemy, że system bankowości opartej na rezerwie cząstkowej (tj. na nieprawidłowym depozycie pieniężnym, dla którego nie utrzymuje się w rezerwie stu procent *tantundem* stale dostępnego dla deponenta) ze swej istoty, nieuchronnie i wciąż na nowo prowadzi do recesji ekonomicznych regularnie wymuszających masowe likwidowanie projektów inwestycyjnych, zwracanie pożyczek i wycofywanie depozytów. System bankowości oparty na depozycie nieprawidłowym z rezerwą cząstkową, instytucji nazwanej przez Clemente de Diego „aberracją” i „prawnym monstrum”, niezmiennie i nieodwołalnie (stwierdzenie to jest jednym z głównych elementów wkładu analizy ekonomicznej do tej dziedziny prawa) prowadzi bankierów do tego, że tracą płynność i nie mogą wypełnić zobowiązania zwrotu depozytów na żądanie, jeśli nawet utrzymują odpowiednio wysoką stopę rezerw. Dlatego właśnie znaczna większość prywatnych banków, które nie w pełni przestrzegały zobowiązania do bezpiecznego przechowywania depozytów, ostatecznie upadała. Ten stan rzeczy trwał do czasu, kiedy bankierzy zażądali utworzenia banku centralnego³⁸, a żądanie to zostało spełnione. Bank centralny miał być kredytodawcą ostatniej instancji, stale zapewniającym bankierom całkowitą płynność niezbędną im w powracających fazach kryzysu, wywoływanych przez niestabilność samego systemu rezerwy cząstkowej.

³⁸ Rothbard, *The Case Against the Fed*, s. 90–106. Oto jak Rothbard wyjaśnia czołową rolę, jaką prywatni bankierzy, zwłaszcza J. P. Morgan, odegrali w utworzeniu amerykańskiej Rezerwy Federalnej: „Słabość J. P. Morgana do banku centralnego umacniała pamięć o tym, że bank, którego młodszym współnikiem był jego ojciec Junius – londyńska firma George Peabody and Company – w czasie paniki w 1857 r. został ocalony przed bankrutem dzięki doraźnemu kredytowi udzielonemu mu przez Bank Anglii. Kiedy Peabody przeszedł na emeryturę, starszy Morgan przejął firmę, której nazwę zmieniono na J. S. Morgan and Company” (s. 93, przyp. 22).

Redefiniowanie pojęcia dostępności jest więc drogą donikąd. Po pierwsze, banki nadal przyjmują depozyty, jakby były pożyczkami i inwestują je we własne operacje gospodarcze, deponenci zaś wciąż składają depozyty, oczekując, że ich pieniądze będą chronione i bezpiecznie przechowywane, a zarazem w pełni dostępne. Innymi słowy, wymuszone próby redefiniowania pojęcia dostępności nie osłabiły sprzeczności w obszarze logiki prawnej. Po drugie, ze ścisłego punktu widzenia prawa prywatnego i zgodnie z zasadami teorii ekonomii ogólna wytyczna „rozważnego” używania zasobów oraz „obliczanie prawdopodobieństw” nie tylko nie zapewniają jeszcze, że w systemie rezerwy częściowej bank zawsze zdoła spełnić wszystkie żądania wypłaty, ale na dodatek niezawodnie inicjują proces, który – przynajmniej co określoną liczbę lat – prowadzi nieuchronnie do utraty zaufania do banków oraz nagłego masowego wycofywania depozytów. *Rozstrzygającego dowodu na to wszystko dostarcza fakt, że bankowość oparta na rezerwie częściowej (tj. bez ścisłego obowiązku bezpiecznego przechowywania depozytów) nie zdołałaby przetrwać bez utworzonego przez rząd banku centralnego, który narzucając regulacje w sprawie prawnego środka płatniczego oraz wymuszając akceptację pieniądza papierowego, mógł wytwarzać znikąd płynność potrzebną bankom w sytuacjach krytycznych.* Tylko instytucja zgodna z ogólnymi zasadami prawnymi może przetrwać na rynku, nie korzystając z przywilejów i wsparcia rządu, lecz wyłącznie dzięki temu, że obywatele z własnej woli korzystają z jej usług świadczonych zgodnie z ogólnymi i abstrakcyjnymi regułami prawa cywilnego.

Dostępność definiowano także jako respektowanie przez prywatne banki struktury rządowej legislacji bankowej w zamian za wsparcie przez bank centralny będącym kredytodawcą ostatniej instancji. Wymaganie to jednak również jest sztuczne i przenosi zagadnienie niemożności prawnego zdefiniowania umowy depozytu bankowego z rezerwą częściową z dziedziny prawa prywatnego (gdzie obu tych elementów nie da się uzgodnić) do dziedziny prawa publicznego, czyli prawa administracyjnego i czystego woluntaryzmu *pozwalającego władzom legalizować każdą instytucję bez względu na to, jak kuriozalna wydaje się z prawnego punktu widzenia.* Jest szczególnym paradoksem to, że cały ten system finansowy został zbudowany jako zależny od nadzoru państwa (które zawsze było pierwsze do korzystania z zysków osiągniętych przez banki niewywiązujące się z płynącego z umowy depozytu pieniężnego zobowiązania do bezpiecznego przechowywania), a także to, że, jak trafnie wskazuje F. A. Hayek,

Historia zarządzania pieniądzem przez rządy była (...) pełna niekończących się oszustw i kłamstw. Pod tym względem rządy okazały się znacznie bardziej niemoralne, niż mogłaby być jakakolwiek agencja dostarczająca pieniądze w warunkach konkurencji³⁹.

³⁹ Hayek, *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*, tłum. Miłowit i Tomasz Kunińscy, Kraków 2004, s. 159.

Hayek ma na myśli to, że dzisiejsza struktura banków może się wydawać trwała pomimo swej prawnej niespójności, a to dzięki wsparciu, jakie uzyskuje aktualnie od państwa, oraz oficjalnej instytucji bankowości centralnej, która zapewnia bankom płynność pozwalającą im wydostawać się z kłopotów (w zamian za ich podporządkowanie się skomplikowanej sieci przepisów administracyjnych obejmujących nieskończone, tajemne i wydawane *ad hoc* dyrektywy i zalecenia). Niemniej naruszenie tradycyjnych zasad prawnych rządzących prawami własności nieuchronnie przynosi ujemne skutki społeczne. Na przykład zwrot depozytów może być w ten sposób „zagwarantowany”, przynajmniej teoretycznie (z uwagi na wsparcie banku centralnego jest to możliwe nawet wtedy, gdy stosuje się zasadę częściowej stopy rezerw). *Nie może być jednak zagwarantowane, że siła nabywczą jednostek pieniężnych nie zmieni się znacznie w stosunku do pierwotnego depozytu.* I rzeczywiście, od chwili utworzenia współczesnych systemów pieniężnych dotyka nas, co roku w nieco innym stopniu, poważna chroniczna inflacja znacznie zmniejszająca siłę nabywczą jednostek pieniężnych zwracanych deponentom. Musimy również uwzględnić skutki zaburzenia międzysektorowej i międzyokresowej koordynacji społecznej we współczesnych gospodarkach przez aktualny system finansowy oparty na częściowej rezerwie utrzymywanej przez banki prywatne oraz na polityce pieniężnej banku centralnego. Skutkami tymi są powtarzające się fazy kolejno sztucznego boomu i recesji związanej z wysoką stopą bezrobocia, które tak bardzo szkodzą harmonijnemu, stabilnemu rozwojowi naszych społeczeństw.

W dziedzinie bankowości i pieniądza znów obserwujemy, jak potwierdza się ważność doniosłej myśli Hayeka, że ilekroć złamie się jakąś tradycyjną regułę postępowania, kiedy rząd bądź to stosuje bezpośredni przymus, bądź przyznaje specjalne przywileje pewnym ludziom lub organizacjom, bądź też posługuje się jakąś kombinacją obu tych środków (jak to się dzieje w przypadku nieprawidłowego depozytu pieniężnego z rezerwą częściową), to wcześniej czy później przychodzą szkodliwe, niepożądane konsekwencje wyrządzające wielką szkodę spontanicznym procesom współpracy społecznej. Tradycyjną regułą postępowania łamaną w bankowości, jak to szczegółowo analizowaliśmy w tych trzech początkowych rozdziałach, jest ogólna zasada prawna, zgodnie z którą w przypadku umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego *ochrona i bezpieczne przechowywanie* (istotny element czy cel każdego depozytu) zawsze powinny się sprowadzać do wymogu stałej stuprocentowej rezerwy. A więc wszelkie wykorzystanie zdeponowanych pieniędzy, zwłaszcza w celu udzielania pożyczek, oznacza pogwałcenie tej zasady i akt sprzeniewierzenia. W całej historii bankierzy chętnie naruszali tę tradycyjną regułę postępowania, wykorzystując we własnym interesie pieniądze swoich deponentów, co pokazaliśmy na różnych przykładach w rozdziale drugim. Czynili to początkowo z poczuciem winy i w sekrecie, ponieważ wciąż mieli świadomość bezprawnego charakteru swych poczynań. Dopiero później, kiedy uzyskali rządowy *przywilej* osobistego wykorzystywania pieniędzy deponentów (na ogół w celu

udzielania pożyczek, początkowo często właśnie rządowi), dostali zgodę na naruszenie tej zasady otwarcie i w majestacie prawa. Forma prawna tego przywileju jest daleka od doskonałości i polega zwykle na administracyjnym przepisie uprawniającym wyłącznie banki do utrzymywania zmniejszonej stopy rezerw.

Oznacza to zapoczątkowanie tradycyjnej dziś relacji współdziałania i symbiozy rządów i banków. Relacja ta wyjaśnia serdeczne „zrozumienie” i ścisłą „współpracę”, które wciąż dziś zachodzą pomiędzy obiema instytucjami i niemal zawsze, z niewielkimi odmianami, były obecne we wszystkich krajach zachodnich. Banki i władze szybko uświadomiły sobie, że poświęcając tradycyjne zasady prawne rządzące depozytem, mogą uczestniczyć w niebywale zyskowej działalności finansowej, choć był do tego potrzebny kredytodawca ostatniej instancji, czyli bank centralny, zapewniający bankom płynność niezbędną w trudnych okresach, doświadczenie zaś pokazywało, że wcześniej czy później te trudne czasy zawsze powrócą. Szkodliwe konsekwencje społeczne tego *przywileju* przyznawanego wyłącznie bankierom zostały jednak w pełni zrozumiane dopiero wtedy, gdy teoria pieniądza i teoria kapitału poczyniły dostateczne postępy w dziedzinie ekonomii i zdołały wyjaśnić powtarzanie się cykli koniunkturalnych. Szkoła austriacka w szczególności nauczyła nas, że wewnętrznie sprzeczny (zarówno z prawnoumownego, jak i techniczno-ekonomicznego punktu widzenia) cel umowy obejmującej zasadniczo niezgodne elementy i zmierzającej do połączenia zalet pożyczki (zwłaszcza możliwości zarabiania odsetek na „depozytach”) z zaletami tradycyjnego nieprawidłowego depozytu pieniężnego (który z definicji musi dopuszczać wycofanie funduszy przez deponenta w dowolnym terminie) nieuchronnie i z konieczności wcześniej czy później wywołuje spontaniczne korekty. Przejawiają się one najpierw w zwiększeniu podaży pieniądza (przez kreowanie pożyczek nieodpowiadających rzeczywistości wzrostowi dobrowolnych oszczędności), inflacji i powszechnej złej alokacji rzadkich zasobów produkcyjnych społeczeństwa na poziomie mikroekonomicznym, ostatecznie zaś w recesji korygującej wywołanej przez ekspansję kredytową błędy struktury produkcji oraz w powszechnym bezrobociu. Następne rozdziały poświęcimy zbadaniu wszystkich tych zagadnień z punktu widzenia teorii ekonomii. Powinniśmy jednak najpierw uzupełnić nasze badania prawne analizą niektórych innych instytucji prawnych pokrewnych depozytowi bankowemu.

Podsumowaniem tego podrozdziału jest tabela przedstawiająca siedem możliwych sposobów prawnego zaklasyfikowania umowy depozytu bankowego z perspektywy wewnętrznej logiki tej instytucji (nie zaś, co oczywiste, z punktu widzenia prawa stanowionego, wiemy bowiem, że może ono nadać moc prawną każdemu pomysłowi).

Tabela 1
Siedem możliwych sposobów prawnego zaklasyfikowania umowy depozytu bankowego z rezerwą cząstkową

1. Jest to *podstęp* i *oszustwo*; popełnia się przestępstwo sprzeniewierzenia, więc umowa nie ma mocy prawnej (historycznie niemoralne źródło bankowości opartej na rezerwie cząstkowej).
2. Nie ma podstępu, lecz zachodzi *error in negotio*: umowa nie ma mocy prawnej.
3. Nie zachodzi *error in negotio*, lecz każda strona umowy ma własną przyczynę jej zawarcia: umowa nie ma mocy prawnej ze względu na zasadniczą niezgodność celów.
4. Nawet jeśli niezgodne cele uznaje się za możliwe do uzgodnienia, umowa nie ma mocy prawnej, gdyż niemożliwa jest jej realizacja (bez banku centralnego).
5. Argument pomocniczy: nawet gdyby obowiązywało „prawo wielkich liczb” (a tak nie jest), umowa pozostawałaby *umową losową* (nie byłaby ani umową depozytu, ani pożyczki).
6. Realizacja umowy zależy od uprawnienia przyznanego przez rząd (*przywileju*) i wsparcia *banku centralnego*, który nacjonalizuje pieniądź, narzuca regulacje w sprawie prawnego środka płatniczego oraz zapewnia bankom płynność.
7. W każdym przypadku umowa nie ma mocy prawnej, ponieważ wyrządza poważną *szkodę stronom trzecim* (wskutek kryzysów ekonomicznych pogłębianych przez bank centralny), która jest znacznie większa, niż szkoda spowodowana przez fałszerza pieniądza.

4. Nieprawidłowy depozyt pieniężny, transakcje z umową odkupu oraz umowy ubezpieczenia na życie

W trzech początkowych rozdziałach przeprowadziliśmy analizę prawnej natury umowy depozytu nieprawidłowego; może ona służyć, między innymi, jako wiarygodna wskazówka pozwalająca wyróżniać (spośród wielkiego bogactwa umów prawnych zawieranych w szybko zmieniającym się świecie) rzeczywiste umowy pożyczki, depozyty nieprawidłowe, w których przestrzega się obowiązku bezpiecznego przechowywania, oraz umowy wewnętrznie sprzeczne czy nawet z natury oszukańcze. Jest to wskazówka ważna, gdyż ludzka pomysłowość nie zna granic, gdy chodzi o próby oszukańczego obchodzenia tradycyjnych zasad prawnych dla własnej korzyści i na szkodę innych.

Co więcej, niebezpieczeństwo to jest szczególnie poważne, gdy zasady prawne nie są odpowiednio zdefiniowane ani chronione przez władze, zwłaszcza w takiej dziedzinie jak finanse, bardzo abstrakcyjnej i dla większości obywateli mało zrozumiałej.

Transakcje z umową odkupu

Jeśli zauważymy, że, jak w przypadku depozytu pieniężnego, klientom oferuje się bezpośredni dostęp do ich dóbr, by w ten sposób pozyskać ich środki,⁴⁰ a następnie inwestuje się je lub wykorzystuje w prywatnych transakcjach itd., powinniśmy się mieć na baczności bez względu na prawną postać transakcji. Na przykład w pewnego rodzaju *kontraktach z umową odkupu* jedna ze stron zobowiązuje się odkupić od drugiej na każde jej żądanie papier wartościowy, prawo lub walor finansowy po z góry ustalonej cenie, równej przynajmniej tej, jaką pierwotnie zapłacono za ten instrument. Intencją takich transakcji wbrew zasadom prawnym jest zamaskowanie zwykłej umowy nieprawidłowego depozytu pieniężnego, w której jedna strona zmierza do zasadniczego celu, jakim jest gwarancja stałej dostępności, druga natomiast dąży do już nam znanego, sprzecznego z tamtym celem polegającego na gromadzeniu zasobów pieniężnych, które mogłaby zainwestować w inne transakcje gospodarcze. Krótko mówiąc, są to często umowy nawet oszukańcze, w których profesjonalny „zbieracz” depozytów stara się przekonać swoich „klientów”, by przekazali mu własne dostępne aktywa chętnie i bez poważnych zobowiązań w zamian za fundamentalną obietnicę, że pieniądze te pozostaną dla nich dostępne i zostaną im zwrócone, gdy tylko tego zapragną (na podstawie „umowy odkupu”).

Podobny przypadek obserwujemy, kiedy, jak to się często dzieje w sposób bardziej lub mniej wyraźny, jakaś instytucja (na przykład bank) stara się systematycznie podtrzymywać czy „zachowywać” wartość rynkową swoich akcji, dokonując serii operacji finansowych, co ma pokazywać, że sprzedaż tych akcji po ustalonej cenie jest „gwarantowana”. Jeśli tak jest, i w tym zakresie, i o ile ogół w to wierzy, jesteśmy świadkami kolejnej transakcji ostatecznie konstruującej nieprawidłowy depozyt pieniężny, a opierającej się na inwestycjach w papiery wartościowe, akcje czy obligacje, których stała płynność na rynku jest dyskretnie „gwarantowana” przez jakąś wiarygodną instytucję⁴¹. Nic więc dziwnego, że wiele kryzysów bankowych

⁴⁰ Wiele „nieprawidłowym” transakcjom towarzyszy „gwarancja” stałej dostępności mająca przekonać klientów, że nie zachodzi potrzeba rezygnowania z dóbr ani poświęcenia, jakiego wymaga pożyczka. Praktyka ta sprawia, że przyciąganie środków jest o wiele łatwiejsze, zwłaszcza gdy klient jest naiwny i da się go skusić (jak w przypadku każdego fałszerstwa czy oszustwa) perspektywą uzyskania wielkich zysków bez żadnego poświęcenia ani ryzyka.

⁴¹ Doprowadziwszy tę linię rozumowania do skrajności, giełdę akcji można by uznać za organizatora zwykłych depozytów, o ile państwo gwarantowałoby stale płyn-

powstało raczej w wyniku masowej wyprzedaży akcji banków niż wskutek powszechnego wycofywania depozytów. Co do tych akcji zakładano, że stanowią bezpieczne schronienie dla pieniądza z niemal zagwarantowaną natychmiastową dostępnością. Kiedy wypłacalność jakiegoś banku staje się wątpliwa, w pierwszej kolejności dochodzi do masowej wyprzedaży jego akcji, co sprawia, że bank nie może wypełniać swego milczącego zobowiązania do utrzymywania ich wartości rynkowej. Takie masowe wyprzedaże przynajmniej w przeszłości wynikały stąd, że bezwarunkowa pomoc udzielana w trudnych czasach przez banki centralne bankom prywatnym nie doszła jeszcze do punktu, w którym zapewniano by *ciągłe* zabiegi o utrzymanie bieżących cen akcji. Wykazały to bez wątpienia ostatnie kryzysy bankowe w Hiszpanii i innych krajach, gdzie jedynymi „deponentami”, którzy stracili, byli sami akcjonariusze.

Jest jeszcze wiele innych przypadków „granicznych”. Na przykład niektóre firmy finansowe i holdingowe, aby zachęcić do subskrypcji swoich akcji, „zobowiązują się” do odkupienia ich po pierwotnej cenie na każde żądanie akcjonariusza. Ogólnie rzecz biorąc, powinniśmy się odnosić podejrzliwie do każdej transakcji z umową odkupu, w której cena odkupu jest ustalona, lecz *nie odpowiada bieżącej cenie instrumentu na odpowiednim rynku wtórnym*⁴². Do prawnika i ekonomisty należy przeprowadze-

ność niezbędną do utrzymania indeksów giełdowych na określonym poziomie. Zabiegając o swój dobry wizerunek, rządy i banki centralne w trakcie kryzysów giełdowych nalegały niekiedy na to, żeby podjąć takie działania.

⁴² Innym przykładem fikcyjnego depozytu jest czasowa cesja z umową odkupu na żądanie. Transakcja ta jest skonstruowana jako pożyczka udzielona bankowi przez klienta; na wypadek niewywiązania się depozytariusza z jego zobowiązań klientowi oferuje się zabezpieczenie w postaci papierów wartościowych, zwykle obligacji państwowych. Pożyczka jest oprocentowana na uzgodnionym poziomie do ustalonego terminu i przed jego upływem ma być spłacana na zwykłe żądanie „pożyczkodawcy”. Jeśli klient korzysta z możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy, wypłacaną mu kwotę nalicza się na podstawie odsetek od pierwotnej kwoty składanych do daty wykorzystania opcji. Z punktu widzenia klienta operacja ta jest identyczna z pożyczką zabezpieczoną na papierach wartościowych, połączoną z opcją amerykańską. Opcja jest umową przyznającą prawo (bez obowiązku) kupna lub sprzedaży pewnej ilości walorów w określonym terminie albo przed jego upływem. Opcje dzieli się na opcje kupna (*call*) i opcje sprzedaży (*put*). Jeśli przyznane w umowie prawo można wyegzekwować w dowolnym terminie przed wygaśnięciem, mówi się o opcji „amerykańskiej”; jeśli tylko w określonym dniu, opcja jest „europejska”. Nabywca prawa wynagradza drugą stronę, wypłacając jej premię z chwilą zawarcia umowy. Klient wykona opcję tylko wtedy, gdy odsetki płacone przez nowe depozyty terminowe z terminem zapadalności odpowiadającym zapadalności jego opcji będą przekraczały wynegocjowane przez niego oprocentowanie. Jeśli stopy procentowe spadają, nie wykona opcji, nawet jeśli potrzebna mu będzie płynność, ponieważ na ogół będzie mógł na pozostały okres zaciągnąć pożyczkę z niższą stopą procentową, przedstawiając obligacje jako zabezpieczenie. Niektóre instytucje oferują takie kontrakty wraz z usługami kasowymi typowymi dla rachunków bieżących, toteż klient może wystawiać czeki i płacić rachunki, bezpośrednio obciążając konto. Banki posługują się takimi kontraktami jako metodą spekulacji na papierach

nie analizy i rzeczowej oceny takiej transakcji ekonomiczno-finansowej oraz wyraźne rozstrzygnięcie, o jakiego rodzaju operację chodzi, jaki jest jej charakter i jakie ma ona skutki – w świetle zasad prawnych przebadanych w tych trzech początkowych rozdziałach oraz konsekwencji ekonomicznych, które obecnie rozważamy⁴³. Co więcej, analiza taka nabrałaby ogromnego znaczenia, gdyby pewnego dnia w przyszłości aktualny system finansowy oparty na monopolu publicznego banku centralnego miał być całkowicie sprywatyzowany i ustanowiono by system wolnej bankowości poddany ogólnym zasadom prawnym. W takim przypadku obecny gąszcz administracyjnych przepisów dotyczących bankowości zostałby zastąpiony paroma jasnymi, prostymi zasadami włączonymi do kodeksu cywilnego, handlowego i karnego. Zmierzałyby one przede wszystkim do zagwarantowania przestrzegania ścisłej zasady bezpiecznego przechowywania (wymóg stuprocentowej rezerwy) w odniesieniu nie tylko do umów nieprawidłowego depozytu pieniężnego, ale również do wszelkich innych transakcji ekonomiczno-finansowych, w przypadku których głównym celem jednej ze stron jest zapewnienie jej depozytowi ochrony i bezpiecznego przechowywania. W takiej (dziś hipotetycznej) sytuacji proponowana przez nas analiza ogromnie ułatwiłaby sędziom i prawnikom zrozumienie bogatej, niezmiernie złożonej różnorodności umów i transakcji stale pojawiających się w świecie ekonomiczno-finansowym oraz pomogłaby im ustalić, kiedy uznawać takie transakcje za pozbawione mocy prawnej czy nawet przestępcze wedle ogólnych zapisów prawa cywilnego i karnego⁴⁴.

Tak czy inaczej, powinniśmy unikać samolubnie defetystycznej postawy powszechnej w sektorze finansowym. Opiera się ona na przekonaniu, że ludzka pomysłowość jest zdolna wynajdywać coraz to bardziej wyrafinowane środki oszukańczego obchodzenia uniwersalnych zasad prawnych, toteż w praktyce nigdy nie będzie się ich przestrzegać ani bronić. Powin-

wartościowych: transakcje są finansowane przez klientów, a banki zatrzymują zyski. Jesteśmy wdzięczni profesorowi Rubenowi Manso za pewne szczegółowe informacje na temat tego rodzaju operacji.

⁴³ Inne interesujące pytanie dotyczy tego, jak ustalić w praktyce, kiedy umowy „depozytów” terminowych (pożyczek) zawarte na bardzo krótki czas stają się prawdziwymi depozytami. Choć ogólna zasada jest jasna (decydująca musi być subiektywna intencja stron, a z chwilą upływu umownego terminu wszystkie pożyczki stają się depozytami wymagającymi stuprocentowej rezerwy aż do wycofania środków), ze względów praktycznych trzeba często ustalić jakiś termin (miesiąc? tydzień? dzień?) i uznać, że pożyczki udzielane bankowi na okres krótszy od tego terminu to w istocie depozyty. Co do tak zwanych wtórnych środków wymiany, różnych od pieniądza, lecz bardzo łatwo dających się zamienić na pieniądz i zapewniających premię przy zakupie na rynku, zob. Mises, *Ludzkie działanie*, s. 393–396.

⁴⁴ W proponowanym przez nas modelu (który rozważymy bardziej szczegółowo w ostatnim rozdziale) kontrola sprawowana nad sferą finansową przez bank centralny i jego urzędników zostałaby zastąpiona kontrolą sędziów, którzy odzyskaliby pełną władzę i pierwszoplanową rolę w stosowaniu ogólnych zasad prawnych również w dziedzinie finansów.

niśmy unikać takiego defetystycznego nastawienia, ponieważ mnożenie się pomysłów sposobów naruszania tych zasad wynika właśnie stąd, że władze publiczne zawsze definiowały te zasady i broniły ich w sposób niesłuchanie myślący, niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, wskutek czego nie istnieje powszechna świadomość ważności ich przestrzegania. Wręcz przeciwnie. Dominujące wartości i idee z upływem czasu uległy takiej degradacji, że umowę depozytu nieprawidłowego z rezerwą częściową uznaje się obecnie za uprawioną. Gdyby znów rozumiano ogólne zasady prawne i ich przestrzegano, niewłaściwe zachowania stałyby się znacznie rzadsze (zwłaszcza gdyby władze publiczne rzeczywiście zatroszczyły się o przestrzeganie odpowiednich praw własności i ich obronę). Jak wiadomo, ludzka pomysłowość stale poszukuje nowych sposobów łamania prawa i oszukiwania innych, co w najmniejszym nawet stopniu nie umniejsza fundamentalnego znaczenia zbioru jasnych zasad, do których powinni się stosować obywatele i którymi powinny się kierować władze realizujące swój obowiązek określania i obrony praw własności.

Przypadek umów ubezpieczenia na życie

Ubezpieczenia na życie są typową tradycyjną instytucją prawną, bardzo ściśle określoną pod względem istoty i treści prawnej oraz dobrze osadzoną w praktykach aktuarialnych, ekonomicznych i finansowych. Pomimo to jednak podjęto ostatnio próby wykorzystania jej do przeprowadzania transakcji bardzo podobnych do nieprawidłowego depozytu pieniężnego z rezerwą częściową. Są one bardzo szkodliwe dla rozwoju i tradycyjnej wypłacalności branży ubezpieczeń na życie i wiążą się z oszukiwaniem rzekomych „ubezpieczonych-deponentów”.

Trzeba przede wszystkim zrozumieć, że umowa ubezpieczenia na życie nie ma nic wspólnego z umową depozytu nieprawidłowego. Ubezpieczenie na życie jest umową *losową*, w której jedna ze stron, posiadacz polisy czy ubezpieczony, zgadza się wносить *składkę*, czyli zapłacić cenę operacji, w zamian za co druga strona, firma ubezpieczeniowa, zgadza się dokonać jakichś wypłat w przypadku jego śmierci lub dożycia do końca *okresu* ustalonego w umowie. Tak więc *składki wnoszone przez ubezpieczonego całkowicie przestają mu być dostępne*, a dostępność jest w pełni przeniesiona na ubezpieczającego⁴⁵. Wszelkie umowy ubezpieczenia na życie wiążą się zatem z wymianą dóbr

⁴⁵ Ponieważ polisy ubezpieczenia na życie oznaczają konieczność zdyscyplinowanego oszczędzania w toku wielu lat, są znacznie trudniejsze do sprzedania niż inne produkty finansowe sprzedawane z gwarancją stałego dostępu klienta do jego pieniędzy (depozyty). Z tego też powodu sprzedaje się je za pośrednictwem kosztownej sieci agentów ubezpieczeniowych, podczas gdy depozyty bankowe ludzie zakładają sami i nie trzeba ich ponaglać, by udali się w tym celu do banku. Firmy ubezpieczeniowe zachęcają do dobrowolnych, długookresowych oszczędności i je podsycają, natomiast banki wytwarzają pożyczki i depozyty z niczego i od nikogo nie wymagają wcześniejszego poświęcenia w postaci oszczędzania.

dzisiejszych i pewnych na przyszłe i niepewne (ponieważ ich wypłata zależy od zdarzenia niepewnego, śmierci lub przeżycia ubezpieczonego). Umowa ubezpieczenia na życie jest więc równoważna transakcji oszczędnościowej (w której rezygnuje się z własności i dostępności dóbr dzisiejszych w zamian za własność i dostępność dóbr przyszłych), ale jest to forma *udoskonalonego oszczędzania*, ponieważ umożliwia uzyskanie znacznej kwoty, poczynszy od wejścia umowy w życie, jeśli nastąpi określone przewidywane, choć niepewne zdarzenie (na przykład śmierć posiadacza polisy). W przypadku każdej innej tradycyjnej metody oszczędzania (operacji typu *mutuum*, czyli pożyczki) trzeba byłoby wielu lat oszczędzania, by zgromadzić kapitał wypłacany przez firmę ubezpieczeniową z chwilą śmierci ubezpieczonego. Innymi słowy, umowy ubezpieczeń na życie, obliczanie prawdopodobieństw oparte na statystykach umieralności i przeżywalności oraz zasada wzajemności, czyli podziału strat pomiędzy wszystkich ubezpieczonych w danej instytucji, *umożliwiają od pierwszej chwili uzyskanie w razie zajścia przewidywanego zdarzenia znacznej sumy pieniędzy, którą z zastosowaniem innych metod dałoby się zgromadzić dopiero z upływem wielu lat.*

Co więcej, ubezpieczenie na życie jest długoterminową umową obejmującą złożone składniki finansowe i aktuarialne, która wymaga rozważnego inwestowania znacznych zasobów. Dostępność tych zasobów przenosi się na firmę ubezpieczeń wzajemnych czy ubezpieczeń na życie, która musi gromadzić i inwestować obliczane matematycznie rezerwy niezbędne w celu uregulowania przyszłych płatności, do jakich jest zobowiązana. Są to kwoty „matematyczne”, ponieważ wynikają z prawdopodobieństwa śmierci lub przeżycia obliczanego na podstawie statystyk umieralności, które w większości krajów zachodnich charakteryzują się wysoką wiarygodnością i małą zmiennością. Ilość pieniędzy niezbędnych do wypłacenia wszystkich gwarantowanych świadczeń można obliczyć z założonym dowolnie małym prawdopodobieństwem upadłości ubezpieczyciela. Radykalne różnice, jakie z ekonomiczno-finansowego punktu widzenia zachodzą pomiędzy ubezpieczeniem na życie a umową depozytu nieprawidłowego, przeanalizujemy później. W przeciwieństwie do ubezpieczenia na życie umowa depozytu nieprawidłowego nie dopuszcza obliczania prawdopodobieństwa, ponieważ sama instytucja bankowości opartej na rezerwie cząstkowej nie jest całkowicie niezależna od powtarzających się zjawisk masowego wycofywania depozytów.

Dodatkowa trudność bierze się stąd, że niektóre rodzaje ubezpieczeń na życie obejmują prawo do *rezygnacji z polisy*. Oznacza to, że posiadacz polisy może wypowiedzieć umowę, uzyskując w gotówce matematyczną wartość likwidacyjną polisy. Niektórzy teoretycy bronili stanowiska, że polisy ubezpieczeniowe obejmujące taką „wartość wykupu” są bardzo podobne do umów nieprawidłowego depozytu pieniężnego z rezerwą cząstkową⁴⁶. Gdy

⁴⁶ Murray N. Rothbard, *Austrian Definitions of the Supply of Money*, w: Louis M. Spadaro (red.), *New Directions in Austrian Economics*, Sheed Andrews and McMeel, Kansas City 1978, s. 143–156, zwł. s. 150–151. Stanowisko Rothbarda jest jednak całkowicie

się występuje przeciw temu pogładowi, trzeba wskazać, że to, czy w danym przypadku występuje zamaskowany depozyt nieprawidłowy, zależy ostatecznie od rzeczywistego motywu, celu lub subiektywnej przyczyny, jakie skłaniają strony do zawarcia umowy. Jeśli, jak to jest zazwyczaj w przypadku *tradycyjnej* polisy ubezpieczeń na życie, klient zamierza trzymać polisę aż do ustalonego terminu i nie jest świadom, że może w każdej chwili odzyskać swoje środki, to transakcja taka oczywiście nie jest depozytem nieprawidłowym, lecz tradycyjną umową ubezpieczenia na życie. Zawiera się ją ze świadomością, że rezygnacja z polisy jest ostatnią deską ratunku, rozwiązaniem, które zastosuje się jedynie w sytuacjach palącej potrzeby, gdy rodzina okaże się zupełnie niezdolna do kontynuowania wpłat na polisę, co jest niezbędne dla spokoju ducha wszystkich jej członków⁴⁷.

Musimy jednak stwierdzić, że banki i inne instytucje finansowe ostatnio dążą na ogół do zamazania tych podstawowych, tradycyjnych rozróżnień oraz zatarcia granic pomiędzy umowami ubezpieczenia na życie i depozytu bankowego⁴⁸.

Na rynku zaczęły się pojawiać operacje będące w istocie depozytami pieniężnymi, lecz występujące w postaci polis ubezpieczenia na życie. Głównym argumentem przedstawianym klientom przez sprzedawców było to, że zawierając takie transakcje, nie będą musieli angażować się w długoter-

uzasadnione w odniesieniu do wszystkich nowych operacji „ubezpieczeń na życie” pomyślanych jako zakamuflowane umowy depozytowe.

⁴⁷ Co więcej, rezygnacja z polisy ubezpieczeniowej tradycyjnie pociąga za sobą poważną karę finansową dla jej posiadacza. Kara ta wynika z konieczności amortyzowania przez firmę ubezpieczeniową w pierwszym roku obowiązywania umowy poważnych kosztów pozyskania klienta. Tendencja do obniżania tych kar jest wyraźną wskazówką, że operacja przestaje być tradycyjną polisą ubezpieczenia na życie, a staje się zamaskowanym depozytem bankowym.

⁴⁸ Jak zobaczymy pod koniec rozdz. VII, w latach 1921–1938 John Maynard Keynes, ówczesny prezes National Mutual Life Assurance Company, czołowej brytyjskiej firmy w branży ubezpieczeń na życie, odegrał główną rolę w psuciu tradycyjnych zasad rządzących ubezpieczeniami na życie. Podczas swej prezesury nie tylko sprzyjał „aktywnej” polityce inwestycyjnej silnie ukierunkowanej na papiery wartościowe o zmiennym oprocentowaniu (odchodząc od tradycji inwestowania w obligacje), ale również bronił nieortodoksyjnych kryteriów wyceny aktywów (wedle wartości rynkowej), a nawet dzielenia zysków pomiędzy posiadaczy polis za pomocą premii finansowanych z niezrealizowanych „zysków” giełdowych. Wszystkie te typowo Keynesowskie zamachy na tradycyjne zasady ubezpieczeniowe sprawiły, że jego firma znalazła się w beznadziejnych tarapatkach, kiedy w 1929 r. załamanie na giełdzie zapoczątkowało „wielki kryzys”. Skutek był taki, że koledzy Keynesa z rady nadzorczej zaczęli kwestionować jego strategię i decyzje. Nieporozumienia pomiędzy nimi narastały, co skończyło się jego rezygnacją w 1938 r., ponieważ, jak ujmuje to sam Keynes, nie uważał wówczas, iż „leży w jego mocy naprawianie błędów kierownictwa, i nie chciał dalej przyjmować odpowiedzialności za nie”. Zob. John Maynard Keynes, *The Collected Writings*, Macmillan, London 1983, t. 12, s. 47, 114–154. Zob. też Nicholas Davenport, *Keynes in the City*, w: Milo Keynes (red.), *Essays on John Maynard Keynes*, Cambridge University Press, Cambridge 1975, s. 224–225. Zob. też przyp. 108 w rozdz. VII.

minową operację oszczędnościową wymagającą regularnych płatności, ponieważ środki przekazywane firmie ubezpieczeniowej będą mogli odzyskać w dowolnym czasie bez żadnej kary i jakichkolwiek kosztów (a nawet z odsetkami). Jednym z powodów skłaniających firmy do przedstawiania takich operacji jako polis ubezpieczenia na życie jest chęć skonsumowania zwyczajowych korzyści podatkowych, jakie każdy niemal rząd w krajach rozwiniętych zapewnia firmom ubezpieczeniowym w uznaniu za ich korzystne oddziaływanie na społeczeństwo i sprzyjanie na wszystkich jego poziomach *dobrowolnym* oszczędnościom i dalekowzroczności obywateli, a tym samym trwałemu, nieinflacyjnemu wzrostowi gospodarczemu oraz rozwojowi kraju. Masowo więc zawierano umowy fikcyjnych „ubezpieczeń na życie”, choć w istocie nie były one niczym innym, jak tylko zakamuflowanymi umowami depozytów, które ludzie zawierali chętnie w przekonaniu, że mogą bez żadnej kary odzyskać swoje pieniądze w każdej chwili, gdy tylko będą ich potrzebowali lub po prostu zechcą je powierzyć innej instytucji finansowej. Doprowadziło to do wielu nieporozumień. Na przykład w oficjalnych statystykach do składek ubezpieczeń na życie włączano liczby dotyczące depozytów bankowych (a więc operacji zupełnie niezwiązanych z ubezpieczeniami), w wyniku zaś tego zamieszania na rynku tradycyjne polisy ubezpieczeń przestały się cieszyć zaufaniem, a ich definicja się zatarła⁴⁹.

Na szczęście jednak normalność zostaje odtworzona i zarówno tradycyjni ubezpieczyciele prywatni, jak i władze publiczne zaczynają dostrzegać, że ubezpieczeniom na życie nic nie szkodzi bardziej niż zacieranie różnic pomiędzy polisami a depozytami bankowymi. Zamęt ten był szkodliwy dla wszystkich: tradycyjnych ubezpieczycieli, którzy stracili wiele przysługujących im korzyści podatkowych i doświadczali coraz silniejszej interwencji i kontroli banku centralnego oraz władz pieniężnych; klientów, którzy zawierali umowy ubezpieczenia na życie, myśląc, że składają depozyty bankowe (i na odwrót); banków, które przy licznych okazjach przyciągały środki w istocie deponowane (choć w postaci ubezpieczeń na życie) i próbowały inwestować je w długich okresach, co zagrażało ich wypłacalności; wreszcie instytucji nadzorczych władz publicznych, które stopniowo traciły kontrolę nad ubezpieczeniami na życie wskutek zatarcia samej ich definicji i przejęcia znacznej części tego obszaru przez inną instytucję (bank centralny). Banki są instytucją całkowicie odrębnego rodzaju, której podstawa finansowe i prawne, jak widzimy, pozostawiają wiele do życzenia.

⁴⁹ Krótko mówiąc, pozorny boom sprzedaży ubezpieczeń na życie był złudzeniem, ponieważ podawane liczby odpowiadały w istocie operacjom radykalnie odmiennym, mianowicie depozytom z rezerwą cząstkową. Liczby te zupełnie przestają olśniewać, jeśli zamiast porównywać je ze sprzedażą tradycyjnych ubezpieczeń na życie (o wiele skromniejszą, ponieważ wymagają one wyrzeczenia, długotrwałego zaangażowania w oszczędzanie oraz dalekowzroczności), porównamy je z całkowitą wielkością depozytów bankowych danego kraju, stwierdzając, że są równoważne tylko niewielkiemu ich odsetkowi. Jeśli w statystykach sektorowych uwzględnimy tylko sprzedaż prawdziwych ubezpieczeń na życie, sytuacja znów przedstawia się we właściwej perspektywie i pierzcha miraż, który wszyscy (zwłaszcza rząd) starali się dostrzec.