



Spis treści

ARTYKUŁY

Leszek Bosek

- 3 **Konstytucyjna zasada prawdy**

Tomasz Zygmunt

- 20 **Intuicja ekspercka w domenie prawniczej**

Piotr Kardas

- 43 **Przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo a brak zagrożenia dla dobra prawnego jako źródło prawniczego paradoksu**

Maksymilian Weber-Sitarski

- 63 **Komentarz do niemieckiego precedensu orzeczniczego aprobującego możliwość dziedziczenia dostępu do konta na serwisie społecznościowym**

Paweł Wrzaszcz

- 83 **Wpływ ogłoszenia upadłości konsumenckiej na toczące się postępowanie sądowe – stan prawny po nowelizacji**

Maciej Kaliński

- 95 **Odpowiedzialność za podwładnego w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego**

ARTYKUŁ RECENZyjNY

Grzegorz Blicharz

- 115 **Esej Juliana a związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

- 1) **artykuły** – na tekst główny powinno się składać maksymalnie 70 000 znaków ze spacjami;
- 2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż na rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji; recenzje lub artykuły recenzyjne powinny mieć do 40 000 znaków ze spacjami;
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury; głosy powinny mieć do 30 000 znaków ze spacjami.

Zgłoszenia należy składać za pośrednictwem platformy:
https://journals.law.uj.edu.pl/index.php/forum_prawnicze/about/submissions

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

Czasopismo jest wydawane na licencji Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).



W latach 2019–2020 czasopismo wydawane jest w ramach programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.



FORUM PRAWNICZE

Numer 3 (71) | 2022
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gotebia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczącą: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius, Universität zu Köln
prof. Gerard Bradley, University of Notre Dame, USA
prof. Bartosz Brożek, Uniwersytet Jagielloński
prof. Gergel Deli, Széchenyi István Egyetem, Győr
prof. Federico Fernández de Buján, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid
prof. Tomasz Giaro, Uniwersytet Warszawski
prof. Philip Hellewege, Universität Augsburg
prof. Sang Yong Kim, 연세대학교 (Yonsei Daehakgyo)
prof. Hanna Knysiak-Sudyka, Uniwersytet Jagielloński
prof. Małgorzata Korzycka, Uniwersytet Warszawski
dr hab. Michał Królikowski, prof. UW, Uniwersytet Warszawski
prof. Francesco Paolo Patti, Università Bocconi, Milano
prof. Diarmuid Phelan, Trinity College Dublin
prof. Marko Petrak, Sveučilište u Zagrebu
prof. Jerzy Pisułiński, Uniwersytet Jagielloński
prof. Ewa Rott-Pietrzyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach
doc. Pavel Salak, Masarykova Univerzita, Brno
dr hab. Adam Szafranski, Uniwersytet Warszawski
prof. Bogdan Szlachta, Uniwersytet Jagielloński
prof. Marek Szydło, Uniwersytet Wrocławski
prof. Christopher Wolfe, University of Dallas
prof. Danil Tuzov, Санкт-Петербургский Государственный Университет (Sankt-Peterburgskij Gosudarstvennyj Universitet)
prof. Paweł Wiliński, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Lihong Zhang, 華東政法大學 (Huadong Zhengfa Daxue)
prof. Mingzhe Zhu, 中國政法大學 (Zhongguo Zhengfa Daxue)

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Sekretarze redakcji:

Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Patrik Walczak – Uniwersytet Jagielloński

Redaktorzy tematyczni:

prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia prawa i prace interdyscyplinarne we współpracy z naukami o życiu i naukami ścisłymi – Uniwersytet Jagielloński
dr hab. Monika Niedźwiedz – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr hab. Marta Soniewicka – teoria i filozofia prawa, teksty interdyscyplinarne z zakresu nauk humanistycznych i społecznych – Uniwersytet Jagielloński
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Magdalena Białek
Skład: Janusz Świnarski
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright for the title © Uniwersytet Jagielloński.
Copyright for individual papers © authors under the Creative Commons license (CC-BY-NC-ND 4.0).

Konstytucyjna zasada prawdy



Leszek Bosek

Profesor nauk prawnych, sędzia Sądu Najwyższego, pracuje w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

✉ bosek@wpia.uw.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-3850-0038>

The Constitutional Principle of Truth

The preamble to the 1997 Constitution of the Republic of Poland defines truth as the first of the fundamental constitutional values, indicating the universal foundations for this Constitution. Truth, good, justice and beauty define the absolutely protected normative concept of man and his dignity. The principle of truth is an independent norm of the constitutional law. The principle of truth should determine the interpretation and application of the constitutional provisions defining the right to a fair trial, so that a fair hearing of the case is possible in every situation. The principle of truth may be regarded as a principle of a civil trial, but its significance goes far beyond the issue of determining the actual basis for a decision in civil proceedings. The principle of truth contributes to the criteria of knowing good. They are also shaped by constitutional principles, rights and freedoms such as freedom of speech and freedom of research.

Słowa kluczowe: zasada prawdy, zasada suwerenności, preambuła Konstytucji RP, zasady postępowania cywilnego, wolność słowa, wolność badań naukowych

Key words: principle of truth, principle of independence, preamble to the 1997 Constitution, principles of civil procedure, freedom of speech, freedom of research

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(71\).2022.1064](https://doi.org/10.32082/fp.3(71).2022.1064)

1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem opracowania jest niezmiennie aktualne¹ i wciąż sporne² zagadnienie prawne doty-

czące tego, czy polski porządek prawny ustanawia samodzielną normę prawną nakazującą organom władzy publicznej uwzględniać prawdę, czy też wskazana we wstępie do Konstytucji RP oraz licznych przepisach prawa kategoria prawdy pojmowana być winna raczej jako wartość pozbawiona samodzielnego znaczenia norma-

1 Tekst jest uzupełnioną i zaktualizowaną wersją artykułu przyjętego do druku w „Forum Prawniczym” w 2021 r.

2 T. Ereciński, K. Weitz, *Prawda i równość stron w postępowaniu cywilnym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* (w:) T. Ereciński, K. Weitz (red.), *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego*, Materiały Ogólnopol-

skiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego, Serock k. Warszawy 24–26 września 2009 r., Warszawa 2010, s. 29.

tywnego. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia może mieć istotne znaczenie dla prawidłowej wykładni i stosowania norm gwarantujących sprawiedliwy proces, jak i dla innych podstawowych uregulowań prawnych.

Opracowanie podzielono na dziesięć części. Punktem wyjścia jest omówienie charakteru prawnego preambuły Konstytucji RP. Na tym tle zostanie omówiona treść i cel akapitu preambuły określającego bezpośrednio kategorię prawdy. Uwzględniona w tym zakresie zostanie treść kompromisu zawartego w Komisji

2. Charakter prawny preambuły Konstytucji RP

Polska tradycja konstytucyjna traktuje preambułę – wstęp do konstytucji – jako typowy element struktury ustawy zasadniczej⁴. Preambuła otwierała tekst Konstytucji z 3 maja 1791 r., Konstytucji RP z 17 marca 1921 r., konstytucji PRL z 22 lipca 1952 r. oraz Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.⁵

Wspólna wszystkim wstępom do konstytucji jest ich funkcja polegająca przede wszystkim na uroczystym



Wspólna wszystkim wstępom do konstytucji jest ich funkcja polegająca przede wszystkim na uroczystym proklamowaniu najistotniejszych w świetle historii, teraźniejszości i przyszłości zasad i ocen służących integracji obecnych oraz przyszłych pokoleń wokół pewnego systemu wartości.

Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. W dalszej kolejności kategoria prawdy zostanie egzemplifikacyjnie omówiona na tle norm konstytucyjnych, przez które najpełniej – w świetle orzecznictwa – się ona realizuje.

Ograniczone ramy tekstu wykluczają systematyczną i wyczerpującą rekonstrukcję wszystkich kontekstów normatywnych, zasad, wolności i praw konstytucyjnych, przez pryzmat których widać zagadnienie prawdy. Ustalenia interpretacyjne dotyczące przedmiotu i celu poszczególnych zasad, wolności i praw człowieka i obywatela poczyniono w odrębnych opracowaniach³.

proklamowaniu najistotniejszych w świetle historii, teraźniejszości i przyszłości zasad i ocen służących integracji obecnych i przyszłych pokoleń wokół pewnego systemu wartości⁶, legitymizującego ustanawiany przez podmiot suwerenny system rządów i służący zaakcentowaniu roli, jaką w tym systemie ma spełniać konstytucja. Obowiązująca Konstytucja RP identyfikuje w preambule swoją rolę jako „prawa podstawowe[go] dla państwa” – „niewzruszoną postawę Rzeczypospolitej Polskiej”, ustanowioną „w trosce o byt i przyszłość naszej Ojczyzny po odzyskaniu w 1989 roku możliwości suwerennego i demokratycznego stanowienia o Jej losie”.

3 Por. choćby L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I i II, Warszawa 2016; M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I i 2, Warszawa 2016; L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz dla sędziów i pełnomocników procesowych*, wyd. 2, Warszawa 2014.

4 L. Garlicki, M. Derlatka (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, L. Garlicki, M. Zubik, (red.) Warszawa 2016, s. 23.

5 Teksty konstytucji wraz z poprawkami zebrano w T. Mołdawa (red.) *Konstytucje polskie 1918–1998*, Warszawa 1999.

6 L. Garlicki, M. Derlatka (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, s. 19.

We współczesnym prawie konstytucyjnym zdecydowanie przeważa tendencja przypisywania preambule normatywnego znaczenia⁷. Zdecydowanie toruje sobie drogę pogląd o normatywnym charakterze każdej regulacji konstytucyjnej, w tym preambuły Konstytucji RP. Nie jest więc dopuszczalne sprowadzenie sensu

rzeczy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali”, dbać o zachowanie przyrodzonej godności człowieka oraz podstawowych wolności i praw człowieka i obywatela, respektować zasady „suwerennego i demokratycznego stanowienia Narodu Polskiego o losie Ojczyzny”, a także zasady pomocni-



We współczesnym prawie konstytucyjnym zdecydowanie przeważa tendencja przypisywania preambule normatywnego znaczenia.

uregulowań konstytucyjnych do wyrażenia prostych deklaracji, opisu czy ogólnych postulatów⁸.

Brmienie i cel większości obowiązujących uregulowań preambuły Konstytucji RP wskazuje jednoznacznie na ich normatywny charakter. Preambuła wprost określa choćby podstawowe normy przedmiotowego prawa konstytucyjnego nakazujące „wszystkim, któ-

życi, rzetelności i sprawności instytucji publicznych, których normatywny charakter nie budzi wątpliwości także w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁹.

Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie niejednokrotnie odwoływał się do postanowień preambuły kontrolując zgodność przepisów prawa z jej postanowieniami, w szczególności do wynikających z preambuły zasad konstytucyjnych: suwerenności Narodu Polskiego, współdziałania władz i dialogu społecznego, pomocniczości oraz rzetelności i sprawności działania instytucji publicznych¹⁰.

7 B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2012, s. 96; K. Complik (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, J. Boć (red.), Wrocław 1998 r., s. 12; D. Górecki, *Preambuła do konstytucji – potrzebna czy zbędna?* (w:) D. Górecki (red.), *Aktualne problemy polskiego i litewskiego prawa konstytucyjnego*, Łódź 2015 r., s. 44; A. Gwiżdż, *Wstęp do konstytucji – zagadnienia prawne* (w:) J. Trzciński, *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, Warszawa 1997 r., s. 183; S. Sagan, *Preambuły w konstytucjach współczesnych* (w:) *Ustroje, tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiąt rocznicę urodzin*, P. Mikuli, A. Kulig, J. Karp, G. Kuca (red.), Warszawa 2015 r., s. 238; J. Trzciński, *Charakter i struktura norm konstytucyjnych* (w:) *Projekt Konstytucji RP w świetle badań nauki prawa konstytucyjnego*, K. Działocha, A. Pułło (red.), Gdańsk 1998, s. 31; P. Tuleja (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, P. Tuleja (red.), Warszawa 2019, s. 24. Odmienne W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 1998, s. 10.

8 M. Safjan (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, t. 1, s. 74.

9 Co do normatywnego znaczenia tych zasad konstytucyjnych por. uchwała (7 – zasada prawna) SN z 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19; uchwała SN z 9 lipca 2019 r., I NSZP 1/19; wyroki SN z: 29 lipca 2020 r., I NSK 8/19; 22 stycznia 2020 r., I NSK 105/18; 27 listopada 2019 r., I NSK 103/18; 27 listopada 2019 r., I NSK 95/18.

10 Wyroki TK z: 11 maja 2005 r., K 18/04; 18 lipca 2006 r., U 5/04; 3 listopada 2006 r., K 31/06; 12 marca 2007 r., K 54/05; 16 grudnia 2009 r., Kp 5/08; 9 marca 2016 r., K 47/15. Trybunał zasadę rzetelności i sprawności działania instytucji publicznych zarówno czynił bezpośrednim wzorcem kontroli kwestionowanych przepisów (zob. wyrok z 12 marca 2007 r., K 54/05 oraz wyrok K 31/06), jak i odwoływał się do niej jedynie pośrednio, uzupełniając argumentację w zakresie oceny unormowań z innymi wzorcami wyrażonymi w części artykułowej Konstytucji (zob. wyroki z: 7 stycznia 2004 r., K 14/03; 7 listopada 2005 r., P 20/04; 22 września 2006 r., U 4/06 i 15 stycznia 2009 r., K 45/07 oraz wyrok K 12/03).

Preambuła wyjaśnia powody ustanowienia tych zasad i odpowiadających im obowiązków prawnych: „pomni gorzkich doświadczeń z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane”. Kontekst i doświadczenie historyczne ustanowienia preambuły oraz całej Konstytucji RP mają istotne znaczenie dla rozstrzygania zagadnień szczegółowych.

Narodu Polskiego do stanowienia o własnym losie. Normatywnym wyrazem tej zasady jest Konstytucja, a w szczególności postanowienia preambuły, art. 2, art. 4, art. 5, art. 8, art. 90, art. 104 ust. 2 i art. 126 ust. 1, w świetle których suwerenność Rzeczypospolitej wyraża się w nieprzekazywalnych kompetencjach organów władzy państwowej, stanowiących o tożsamości konstytucyjnej państwa. Zasada



W orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego i literaturze podkreśla się szczególną moc prawną uregulowań preambuły, które są ważnym wyznacznikiem tożsamości konstytucyjnej RP.

Także analiza prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, a w szczególności wypowiedzi autorów preambuły Konstytucji RP Stefana Wilkanowicza i Tadeusza Mazowieckiego, ujawnia, że celem ekspozycji podstawowych wartości w preambule Konstytucji RP było ustanowienie najbardziej rudymenarnych norm Konstytucji RP.

W orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego i literaturze podkreśla się w tym kontekście szczególną moc prawną uregulowań preambuły, które są ważnym wyznacznikiem tożsamości konstytucyjnej RP. Szczególna moc prawna jest przypisywana zwłaszcza najbardziej podstawowym zasadom i wartościom, na których opiera się Konstytucja RP, wskazanym w preambule¹¹. Jak wyjaśnił Trybunał Konstytucyjny: „suwerenność Rzeczypospolitej i jej niepodległość, rozumiana jako odrębność bytu państwowego Polski w jej obecnych granicach, w warunkach członkostwa w Unii Europejskiej na zasadach określonych w Konstytucji, oznaczają potwierdzenie prymatu

suwerenności została odzwierciedlona w Konstytucji nie tylko w postanowieniach preambuły. Wyrazem tej zasady jest samo istnienie ustawy zasadniczej, jak również istnienie Rzeczypospolitej jako demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). Art. 4 Konstytucji stanowi, że władza zwierzchnia «należy do Narodu», co wyklucza jej przekazanie innemu zwierzchnikowi. W myśl art. 5 Konstytucji Rzeczpospolita strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia prawa i wolności człowieka i obywatela. Postanowienia art. 4 i art. 5 Konstytucji w związku z preambułą wyznaczają fundamentalny związek suwerenności oraz zagwarantowania konstytucyjnego statusu jednostki, a zarazem wykluczają wyrzeczenie się suwerenności, której odzyskanie jako przesłankę stanowienia o sobie przez Naród preambuła do Konstytucji potwierdza [...] Przystąpienie do Unii Europejskiej i związane z tym przekazanie kompetencji nie oznacza wyzbycia się suwerenności na rzecz Unii Europejskiej. Granicę transferu kompetencji wyznacza wskazana w preambule do ustawy zasadniczej suwerenność państwa jako wartość narodowa, a stosowanie Konstytucji – w tym również w odniesieniu do dziedziny integracji europejskiej – powinno odpowiadać znaczeniu, które wstęp do ustawy zasadniczej przypisuje odzyskaniu

11 Wyroki pełnego składu TK z: 11 maja 2005 r., K 18/04 oraz 24 listopada 2010 r., K 32/09, a także L. Garlicki, *Normy konstytucyjne relatywnie niezmiennalne* (w:) J. Trzciński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Warszawa 1997, s. 148.

suwerenności rozumianej jako możliwość stanowienia o losie Polski¹².

Uwzględniając brzmienie i cel preambuły oraz ugruntowane orzecznictwo i poglądy doktryny, należy uznać, że preambuła dostarcza przede wszystkim opartych na autentycznej wypowiedzi ustrojodawcy wskazówek co do zgodnych z jego intencjami kierunków interpretacji postanowień Konstytucji RP, w tym w szczególności postanowień rozdziału I i II Konstytucji RP. Dyrektywa uwzględniania preambuły aktu normatywnego w wykładni jego przepisów jest ogólne uznana dyrektywą wykładni prawa¹³. Nie ulega więc wątpliwości, że należy dawać pierwszeństwo tym normom, które mają najmocniejsze uzasadnienie aksjologiczne w zespole założeń o racjonalności prawodawcy¹⁴.

Prezentowany pogląd wpisuje się w dominujący kierunek interpretacji i pojmowania standardów prawa międzynarodowego. Najistotniejsze akty powszechnego prawa międzynarodowego oraz prawa europejskiego opatrzone są wstępami, a artykuł 31 Konwencji o prawie traktatów sporządzonej w Wiedniu w dniu 23 maja 1969 r., nakazuje interpretowanie umów międzynarodowych „w ich kontekście i w świetle ich przedmiotu i celu”¹⁵. Z mocy tego przepisu Konwencji wiedeńskiej preambuła powinna być uznana za istotny element ustalania kontekstu, celu i przedmiotu aktu prawnego, a jej treść decydować może o naruszeniu albo braku naruszenia zobowiązań prawno-międzynarodowych przez strony konwencji.

Jednocześnie można podzielić pogląd orzecznictwa, że ekspozycja w preambule Konstytucji RP podstawo-

wych wartości, które mogą być samodzielnymi wzorcami kontroli konstytucyjności prawa oraz aktów jego stosowania, może służyć do rekonstrukcji i wyróżnienia strukturalnych norm Konstytucji RP określających tożsamość konstytucyjną państwa i polskiego porządku prawnego. Z brzmienia i celu preambuły Konstytucji RP wywodzić bowiem można zasady przedmiotowego prawa konstytucyjnego organizujące państwo i określające podstawy porządku prawnego, w tym fundamentalne obowiązki władz publicznych ochrony godności ludzkiej i wynikających z niej podstawowych wolności i praw człowieka.

Adresatem normatywnych obowiązków ustanowionych samodzielnie przez preambułę lub dedukowanych z preambuły i przepisów Konstytucji RP są niewątpliwie sądy i trybunały¹⁶. W orzecznictwie kładzie się także nacisk na zasadniczą odpowiedzialność ustawodawcy za realizację uregulowań preambuły¹⁷. Można więc uznać, że odpowiedzialność za stosowanie preambuły ponoszą wszystkie organy władzy państwowej – jak sama preambuła podkreśla – „wszyscy, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali”.

3. Prawda w świetle preambuły Konstytucji RP

Na prawną doniosłość kategorii prawdy wskazuje już samo brzmienie preambuły oraz usytuowanie kategorii prawdy w strukturze Konstytucji RP. Preambuła, eksponując podstawowe wartości polskiego porządku prawnego, wymienia na pierwszym miejscu „uniwersalne wartości konstytucyjne: prawd[ę], sprawiedliwość, dobro i piękno”¹⁸.

Bliższa analiza prac Komisji Konstytucyjnej wskazuje, że celem ustawodawcy konstytucyjnego, wprowadzającego do tekstu Konstytucji RP klasyczną triadę: prawdę, dobro i piękno – uzupełnioną następnie o sprawiedliwość – było nie tylko przesądzenie o „obiektywnym istnieniu” tych wartości, ich źródle oraz mocy obowiązującej, lecz przede wszystkim normatywne

12 Wyrok TK z 24 listopada 2010 r., K 32/09.

13 Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 253; Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne: zarys problematyki*, Warszawa 1993 r., s. 7, 21 i n.; S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1961, s. 63; S. Wronkowska, *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 181; S. Lewandowski, *Kontrowersje wokół preambuły*, „*Studia Iuridica*” 1996, nr 31, s. 87–95.

14 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2008, s. 244–251 i 307–312. Zob. też W. Płowiec, *Wstęp do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „*Przegląd Sejmowy*” 2010, nr 1, s. 11, 22.

15 Dz. U. 1990 r., Nr 74, poz. 439.

16 Uchwała SN z 11.10.1996 r., III CZP 76/97, OSNC 1997, nr 2, poz. 16.

17 Wyr. TK z 9 marca 2016 r., K 47/15.

18 Wyr. TK z 11.05.2005 r., K 18/04; por. też wyr. TK z 12.09.2005 r., SK 13/05.

określenie chronionej przez Konstytucję RP „koncepcji człowieka”.

Preambuła Konstytucji RP, której projekt opracował i ogłosił w „Tygodniku Powszechnym” Stefan Wilkanowicz, a pod obrady Zgromadzenia Narodowego wniósł Tadeusz Mazowiecki, wyznacza aksjologiczne

nego²¹. Z tego też powodu tekst preambuły uzupełniono dodatkowo o stwierdzenie o: kulturze zakorzenionej w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach oraz braku ciągłości ustrojowej z systemem, w którym podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane²². Osiągnięty kom-



Preambuła, eksponując podstawowe wartości polskiego porządku prawnego, wymienia na pierwszym miejscu „uniwersalne wartości konstytucyjne: prawda, sprawiedliwość, dobro i piękno”.

i ontologiczne rozstrzygnięcie dotyczące – posługując się słowami T. Mazowieckiego – przyjętej w Konstytucji RP „koncepcji człowieka”¹⁹. Jej podstawę tekstową w preambule wyrażają słowa określające kategorie utożsamiane w filozofii tomistycznej z osobą Boga oraz wskazujące, że ta koncepcja osobowa i określające ją wartości obowiązują wszystkich, także wtedy, gdy mogą być one wywodzone również z innych źródeł („a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł”)²⁰.

Powodów akceptacji tej formuły upatrywać należy w dążeniu ustawodawcy konstytucyjnego do zapewnienia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej szerokiej legitymizacji w perspektywie referendum konstytucyj-

promis konstytucyjny był krytykowany z obu stron²³, zyskał mimo to aprobatę w referendum konstytucyjnym.

Szczególne wyeksponowanie przez preambułę kategorii prawdy w konstytucyjnym systemie wartości, wyraźne zakotwiczenie jej w pierwotnym wobec pań-

19 Por. wypowiedzi T. Mazowieckiego z 6 i 27 listopada 1996 r., Biul. KKZN, t. 40, s. 167 i Biul. KKZN, t. 41, s. 119, oraz polemika z M. Borowskim, który początkowo oponował przeciwko „tej koncepcji człowieka”. Ostatecznie stała się ona trwałą podstawą porozumienia. Por. wypowiedzi M. Borowskiego z 27 listopada 1996 r., Biul. KKZN, t. 41, s. 129 – 132, a także wypowiedzi K. Łybackiej i T. Iwińskiego z 11 grudnia 1996 r., Biul. KKZN, t. 42, s. 48–49.

20 T. Mazowiecki wyjaśniał, że: „Każda koncepcja człowieka ma swoje odbicie w kulturze, a nie tylko w tym, że jedni uznają Boga, a drudzy kulturę czy humanistyczne dziedzictwo. Chodzi o źródło różnic w stosunku do wartości, różnic, które wynikają z odmiennej koncepcji człowieka [...]”, wypowiedź z 27 listopada 1996 r., Biul. KKZN, t. 41, s. 129–132.

21 A. Smolar, *Wojna światów*, „Gazeta Wyborcza” z 30 maja 1997 r.

22 Praktyczne skutki osiągniętego kompromisu w kwestii przyjętej „koncepcji człowieka” obrazują wyjaśnienia Marka Borowskiego – autora ostatecznej, kompromisowej redakcji art. 38 Konstytucji RP. Stwierdził on, że kompromis konstytucyjny w sprawie aborcji nie może polegać na wprowadzeniu przepisu wprost zakazującego przerywania ciąży, ponieważ taki przepis, bezwzględnie wiążący każdy skład Trybunału Konstytucyjnego, byłby wyrazem stanowiska jednej strony. Natomiast podstawą kompromisu jest uznanie, że „płód jest oczywiście człowiekiem” a „Konstytucja RP zawiera podstawy do wyciągnięcia tego wniosku”. Debata z 13 marca 1997 r., Biul. KKZN, t. 45, s. 45–46.

23 P. Ikonowicz zarzucał, że kompromis nie jest zadowalający, gdyż wszystkie wartości gromadzą się wokół Boga, zamiast humanizmu socjalistycznego, wypowiedź z 11 grudnia 1996 r., Biul. KKZN, t. 42, s. 51. Przedstawiciele projektu obywatelskiego zarzucali natomiast, że nie przesądzono wprost o zakazie aborcji; por. np. polemikę H. Suchockiej z A. Grześkowiak, wypowiedzi z 11 grudnia 1996 r., Biul. KKZN, t. 42, s. 52–54; zob. też wypowiedź A. Grześkowiak z 21 czerwca 1994 r., Biul. KKZN, t. 8, s. 17–25.

stwa systemie normatywnym, niekiedy identyfikowanym z prawem naturalnym, spaja autonomiczne porządki normatywne i ogranicza w ten sposób arbitralność władz publicznych.

W systemie ocen ustawodawcy konstytucyjnego koncepcja człowieka jest określana nie tylko przez transcendentálny wymiar prawdy jako pierwszej z uni-

Akapit preambuły określający konstytucyjną koncepcję człowieka i przepis art. 30 Konstytucji RP, zgodnie z intencją ustawodawcy konstytucyjnego, rozstrzygają o mocniejszej formule ochrony godności²⁵. Normatywne określenie godności, bezwzględny zakaz jej naruszania („jest nienaruszalna”) oraz nakaz jej ochrony i poszanowania w związku z wolnościami



Podstawę tekstową przyjętej w Konstytucji koncepcji człowieka stanowią słowa określające kategorie utożsamiane w filozofii tomistycznej z osobą Boga, decydując, że ta osobowa koncepcja i określające ją wartości obowiązują wszystkich, także wtedy, gdy mogą być one wywodzone również z innych źródeł.

wersalnych wartości, lecz poprzez przypisaną mu aksjomatycznie godność (gr. *axioma*, łac. *dignitas humana*). Zasada ochrony godności człowieka nieprzypadkowo została zaliczona przez preambułę Konstytucji RP do „niewzruszonych podstaw Rzeczypospolitej Polskiej”, a jej normatywny walor i konstytucyjna charakterystyka zostały pogłębione w artykułowej części tekstu Konstytucji RP, tj. zwłaszcza w przepisach art. 30, 40, 41 ust. 4 i art. 233 ust. 1 Konstytucji RP. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 maja 1999 r.: „Konstytucja w całości kształci swych postanowień daje wyraz pewnemu obiektywnemu systemowi wartości, którego urzeczywistnianiu służyć powinien proces interpretacji i stosowania poszczególnych przepisów konstytucyjnych. Dla określenia tego systemu wartości centralną rolę odgrywają postanowienia o prawach i wolnościach jednostki, usytuowane przede wszystkim w rozdziale II konstytucji. Wśród tych postanowień centralne z kolei miejsce zajmuje zasada przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka”²⁴.

i prawami człowieka i obywatela („godność jest źródłem wolności i praw człowieka i obywatela”) wymaga w każdym przypadku wykładni tych wolności i praw w zgodzie z normą gwarantującą godność człowieka. Użycie zwrotów definicyjnych w preambule Konstytucji RP oraz w przepisie art. 30 Konstytucji RP jest z pewnością zagadnieniem techniki legislacyjnej i techniki komunikatywności, nigdy zaś nie wskazuje na to, że

wypracowana pierwotnie w orzecznictwie FSK RFN, np. wyrok I Senatu FSK z 3.03.2004 r., 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE, t. 109, s. 108 – 158; wyrok z 23.04.1991 r., 1 BvR 1170, 1174, 1175/90, BVerfGE, t. 84, s. 121; L. Bosek (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, t. 1, red. M. Safjan, L. Bosek, s. 724 i n.

- 25 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska akcentuje przede wszystkim transcendentálny wymiar godności i jej szczegółowy normatywny opis w Konstytucji RP. Por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *The principle of respect for human dignity* (w:) *European Commission for Democracy through Law, The principle of respect for human dignity*, 1998, s. 10 i n., [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1998\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1998)026-e) (dostęp 30.12.2021).

24 K. Wojtyczek (w:) *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, P. Sarnecki (red.), Warszawa 2011, s. 105. Koncepcja

w istocie rzeczy przepis ma charakter sprawozdawczy czy konstruujący²⁶.

Można więc przyjąć, że analiza genezy Konstytucji RP i wyraźne wskazanie przez ustawodawcę konstytucyjnego w preambule na obiektywny i zewnętrzny względem organów władzy publicznej charakter prawdy, przesądza o klasycznej (tomistycznej) inspiracji i treści tej kategorii normatywnej²⁷. W ujęciu konstytucyjnym prawda jest więc przede wszystkim

jednostki w pluralistycznym społeczeństwie i demokratycznym państwie prawnym. Gwarantuje możliwość poznawania rzeczywistego układu stosunków dotyczących jednostki i wspólnot, w których realizuje ona swoje podstawowe wolności i prawa.

Zasada prawdy orientuje przede wszystkim celowość wykładni i stosowanie Konstytucji RP. Jeżeli Konstytucja RP nie określa przypadkowego zbioru uregulowań, lecz tworzy w założeniu kompletny i spójny



Szczególne wyeksponowanie przez preambułę kategorii prawdy w konstytucyjnym systemie wartości, wyraźne zakotwiczenie jej w pierwotnym wobec państwa systemie normatywnym, niekiedy identyfikowanym z prawem naturalnym, spaja autonomiczne porządki normatywne i ogranicza w ten sposób arbitralność władz publicznych.

kategorią intelektualną – kategorią poznania, w tym poznania dobra i zła (*con-scientia*), a zarazem uznanym wprost przez porządek prawny celem człowieka i tworzonych przez niego wspólnot – wskazanych m.in. w preambule Konstytucji RP, objętych ochroną gwarancji godności ludzkiej i wynikających z niej podstawowych wolności i praw człowieka. Dążenie człowieka do prawdy można więc uznać za cel całego porządku prawnego. Powinno być ono zapewniane i realizowane w każdym typie stosunku prawnego, w tym w stosunkach procesowych, konstruowanych przez porządek prawny instytucjach i postępowaniach, takich jak postępowanie cywilne.

Tak określona konstytucyjnie kategoria prawdy wyznacza w istotnym stopniu podmiotową pozycję

system norm o najwyższej mocy i randze w porządku prawnym, to można uznać, że zasada prawdy odgrywa w nim istotną rolę organizującą proces wykładni i stosowania jej norm. Zasada prawdy winna być więc stosowana w związku z innymi zasadami, podstawowymi wolnościami i prawami człowieka, determinując kierunek ich interpretacji. Uwzględniając bogatą treść zasad, podstawowych wolności i praw człowieka określonych w Konstytucji RP, tylko wyjątkowo można dostrzec celowość samodzielnego stosowania zasady prawdy²⁸.

Opowiedzieć się więc wolno za poglądem, zgodnie z którym kategoria prawdy jest samodzielną normą prawną, regulującą przede wszystkim w każdym przypadku proces wykładni i stosowania podstawowych zasad, wolności i praw człowieka i obywatela. Zasada prawdy powinna być urzeczywistniana w związku

26 S. Grzybowski, *Wypowiedź normatywna oraz jej struktura formalna*, Kraków 1961, s. 40.

27 M. Piechowiak (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016, s. 135–138.

28 Por. analogicznie postanowienie pełnego składu TK z 24.10.2001 r., SK 10/01.

z zasadami demokratycznego państwa prawnego²⁹ oraz tymi normami Konstytucji RP, które gwarantują urzeczywistnianie prawdy w sferze wolności osobistych związanych w szczególności z wolnością myśli, przekonań, sumienia i religii oraz wolnością słowa i nauki, a także tymi gwarantującymi rzetelność postępowań

i art. 2 Konstytucji RP w szczególny sposób określa obowiązki sądów, czemu daje wyraz także art. 45 Konstytucji RP i inne przepisy określające obowiązki „wymiaru sprawiedliwości”.

W wyroku z 12 września 2005 r., SK 13/05, TK, badając zgodność z art. 2 i 42 Konstytucji art. 56 § 2 K.k.s.



W ujęciu konstytucyjnym prawda jest przede wszystkim kategorią intelektualną – kategorią poznania, w tym poznania dobra i zła (*con-scientia*), a zarazem uznanym wprost przez porządek prawny celem człowieka i tworzonych przez niego wspólnot.

prowadzonych względem jednostki. Taka wykładnia konstytucyjnej zasady prawdy zapewnia w dostatecznym stopniu jednostce podmiotowe traktowanie w pluralistycznym społeczeństwie i demokratycznym państwie prawnym.

4. Zasady demokratycznego państwa prawnego a zasadą prawdy

Podstawowe zasady konstytucyjne określone w preambule powinny być interpretowane i stosowane w związku z zasadami demokratycznego państwa prawnego³⁰. Zasady określone w art. 2 Konstytucji RP powielają wprost niektóre z podstawowych zasad konstytucyjnych określonych w preambule, na czele z zasadą demokratyzmu oraz zasadą sprawiedliwości. Zasada sprawiedliwości wyeksponowana w preambule

uznał, że kategoria prawdy, a ściśle wyrażenie „zeznanie nieprawdy” użyte w tym przepisie, nie budzi wątpliwości konstytucyjnych. Jak stwierdził TK: „Wątpliwość konstytucyjna nie zawiera się bezpośrednio w pytaniu natury filozoficznej *quid est veritas?* (Wulgata J 18,38). Przedmiotem wątpliwości jest natomiast pytanie, czy ustawodawca przekroczył granice swobody regulacyjnej, posługując się w ustawie penalnej pojęciem prawdy, rozumianym w swoistym sensie normatywnym, wynikającym z przepisów prawa podatkowego, i wykorzystując w k.k.s. instytucję odesłania do tych przepisów”.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że o nieokreśloności kategorii prawdy nie może być mowy, skoro: „Ustawodawca w preambule Konstytucji uznaje prawdę za wartość uniwersalną, na której opiera się ustrój Rzeczypospolitej. Pojęciem prawdy posługuje się także ustawodawca w innych istotnych dla systemu prawa aktach, jak np. kodeks postępowania cywilnego (art. 252–254) czy kodeks karny (art. 233 «zataja prawdę», art. 271 i art. 272 «poświadczają nieprawdę»). Pojęcie prawdy i prawdziwości ani na gruncie k.p.c.³¹, ani na

29 Por. w szczególności wyrok TK z 9 marca 2016 r., K 47/15, w którego sentencji wielokrotnie połączono zasady konstytucyjne określone w preambule z zasadami demokratycznego państwa prawnego, określonymi w art. 2 Konstytucji RP.

30 Por. w szczególności wyrok TK z 9 marca 2016 r., K 47/15, w którego sentencji i uzasadnieniu wprost połączono zasady demokratycznego państwa prawnego z zasadami prawnymi określonymi w preambule Konstytucji RP.

31 K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, K. Piasecki (red.), Warszawa 1996, s. 831.

gruncie kodeksu karnego³² nie rodzi więc ponadprzeciętnych trudności interpretacyjnych”.

5. Domniemanie niewinności jako urzeczywistnienie zasady prawdy

Specyficzną formą realizacji zasady prawdy w Konstytucji RP jest ukształtowanie przepisów konstytucyjnych oraz ustawowych gwarantujących domniemanie niewinności. Domniemanie niewinności podniesione do rangi zasady konstytucyjnej jest jednym z istotnych elementów wyznaczających pozycję jednostki w społeczeństwie oraz wobec władzy, ściśle wiąże się z ochroną godności i wolności człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Fakt popełnienia czynu zabronionego, i to popełnienia go w sposób zawiniony, musi być udowodniony, tzn. wykazany w sposób zgodny z prawdą (rzetelny) i objęty gwarancjami procesowymi³³. Ukształtowanie prawa do obrony i rygorów dowodzenia w postępowaniu karnym pozwala uznać, że domniemanie niewinności ukształtowane zostało przez Konstytucję RP jako „prawda tymczasowa”. Tylko pełna i rzetelna realizacja zasady prawdy pozwala ustalić, że prawda tymczasowa staje się prawdą stałą³⁴.

6. Prawda biologiczna jako realizacja zasady prawdy

W orzecnictwie sądowym, konstytucyjnym oraz międzynarodowym wyrażono pogląd, że podstawowe wolności i prawa człowieka, w tym gwarancja godności ludzkiej, wymagają co do zasady ustalania praw stanu dziecka w zgodzie z faktami biologicznymi (genetycznymi), a więc tzw. zasadą prawdy biologicznej, a w każdym przypadku upoważniają dziecko do poznania tych faktów – prawdy o swoim pochodzeniu biologicznym. Podstawą tego prawa osobistego jest

przede wszystkim art. 47, 72 oraz art. 30 Konstytucji RP, posiada ono także istotny wymiar proceduralny³⁵. Podstawą jest również powszechne prawo międzynarodowe. Artykuł 7 Konwencji ONZ o prawach dziecka³⁶ stanowi, że niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz – o ile to możliwe – prawo poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką.

Prawo do poznania prawdy biologicznej kwalifikowane jest jako element ogólniejszego prawa do poznania własnej tożsamości biologicznej i związane jest z ochroną ściśle osobistego interesu w poznaniu i rozumieniu swojej osoby³⁷. Do istoty człowieczeństwa należy samoświadomość antropologiczna, tj. zdolność poznania własnego pochodzenia. Porządek prawny nie powinien wykluczać ani nieproporcjonalnie ograniczać tego prawa. Z zasady także reguły ustalania filiacji powinny być zgodne z rzeczywistością biologiczną. Nie wydaje się bowiem, aby utrwalona faktycznie sytuacja życiowa dziecka w określonej rodzinie kreowała nadrzędny interes wobec ustalenia filiacji dziecka zgodnie z rzeczywistością biologiczną, a żądanie dziecka ustalenia filiacji zgodnie z prawdą mogło być kwalifikowane jako nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), wbrew podstawowym uregulowaniom konstytucyjnym³⁸ i prawa międzynarodowego.

35 Wyr. TK z: 28.04.2003 r., K 18/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 32; 26.11.2013 r., P 33/12, OTK-A 2013, Nr 8, poz. 123. W wyroku K 18/02 TK uznał, że art. 84 KRO jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 oraz art. 72 ust. 1 zd. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji w zakresie, w jakim wyłącza prawo mężczyzny będącego biologicznym ojcem dziecka do dochodzenia ustalenia ojcostwa.

36 Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120 poz. 526.

37 Por. szerzej L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, KPP 2008, nr 3, s. 948 i n.

38 Przed zmianami w k.r.o. wynikającymi m.in. ze wskazanego orzecznictwa konstytucyjnego, przyjmowano, że wyjątkowo, w szczególnych okolicznościach, interes dziecka, jego utrwalona sytuacja życiowa oraz utrwalony skład rodziny, mogą mieć charakter nadrzędny nad prawdą obiektywną – uchwała SN z 7.04.1971 r., III CZP 87/70, a także

32 B. Kurzępa, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5, s. 43; B. Mik, *Glosa do postanowienia SN z 15 kwietnia 1999 r.*, KZP 5/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3, s. 91.

33 Por. wyr. TK z 13.07.2009 r., SK 46/08; post. TK z 9.11.2009 r., S 7/09, a także C. Kulesza, *Prawo do obrony formalnej a zasada prawdy obiektywnej (w): Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji Krasieczyn 15–16 października 2005 r.*, Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), Warszawa–Kra-ków 2006; A. Murzynowski, *Warunki i metody ustalania prawdy materialnej w polskim procesie karnym*, SI 1979/8.

34 P. Wiliński, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, 2016, s. 1061.

Aktualnie kontekst do dyskusji o stosowaniu zasady prawdy wyznaczają nie tylko przemiany prawa adopcynnego, lecz także rozwój uregulowań krajowych i międzynarodowych dotyczących metod wspomaganiej prokreacji³⁹.

7. Wolność sumienia i religii a zasada prawdy

Rozległa i złożona problematyka wolności sumienia i religii z oczywistych względów nie może być w tym miejscu analizowana. Zaznaczyć jednak należy, że zakresu zastosowania zasady prawdy z pewnością nie można ograniczać do problemów związanych z ustalaniem okoliczności faktycznych. Jak już wskazano, ustawodawca konstytucyjny określając podstawowe rozstrzygnięcia dotyczące koncepcji człowieka i jego godności, wprost odwoływał się do klasycznej filozofii obejmującej przedmiotem prawdy także ustalenia dotyczące podstawowych przekonań dotyczących pojmowania dobra.

Wyrażnie wskazał na ten kierunek interpretacji Trybunał Konstytucyjny w wyroku pełnego składu z 7 października 2015 r., podkreślając, że „w większości języków indoeuropejskich zachowany został intelektualny źródłosłów polskiego terminu «sumienie», tzn. pozostało nawiązanie do współ-wiedzy *«conscientia»* ... Sumienie stanowi więc imperatyw postępowania według takich wartości, jak «dobro» i «zło», «prawda» czy «fałsz», których wybór jest odbierany jako wiążący i bezwarunkowo obowiązujący, pozwala na prawdziwy rozwój osobowości człowieka, będąc zarazem podstawową konstrukcją jego osobowości psychospołecznej»⁴⁰.

Wydaje się w związku z tym, że zasada prawdy może się realizować także w granicach wyznaczonych przez art. 53 i 25 Konstytucji RP. Uzasadnieniem ochrony wolności sumienia i religii jest bowiem podstawowe założenie antropologiczne, które można identyfikować z konstytucyjną koncepcją człowieka i jego dążeniem do poznawania rzeczywistości.

8. Wolność słowa a zasada prawdy

Podstawowym uzasadnieniem ochrony wolności słowa w Konstytucji RP jest idea prawdy jako rezultatu wolnego i nieskrępowanego dyskursu publicznego, a także związane z nią ściśle wartości godności człowieka, demokracji, zakładające potrzebę swobodnej społecznej komunikacji i krytycznej analizy poczynąń każdej władzy oraz tolerancji dla różnorodnych opinii⁴¹. Wolność słowa jest więc z pewnością jedną z podstawowych gwarancji zasady prawdy.

Ustawowe zakazy mówienia prawdy lub krytyki przyjmowanych w społeczeństwie opinii powodowałyby, że dyskurs publiczny mógłby opierać się na fałszu lub bezpodstawnych opiniach. Zasada prawdy nie wyklucza wprawdzie bezwzględnie wprowadzenia (w wyjątkowych) sytuacjach ograniczeń rozpowszechniania informacji prawdziwych⁴², niemniej w świetle jej aksjologicznej i normatywnej doniosłości wyjątki te wymagają szczególnie silnego uzasadnienia i restryktywnej wykładni.

41 Wyr. z 12.05.2008 r., SK 43/05, a także wyr. TK z: 20.02.2007 r., P 1/06; 23.04.2008 r., SK 16/07; 14.12.2011 r., SK 42/09; 18.02.2014 r., K 29/12.

42 W każdym demokratycznym porządku prawnym przewidziana jest ochrona informacji niejawnych oraz tryby ujawniania tych informacji, a adresatami tych uregulowań są funkcjonariusze publiczni. Wolność rozpowszechniania informacji mogą też ograniczać szczególne normy deontologiczne i standardy zawodowe ustanowione w interesie publicznym. Por. jednak wyr. TK z 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07: „Art. 52 ust. 2 kodeksu etyki lekarskiej w związku z art. 15 pkt 1, art. 41 i art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich [...] w zakresie, w jakim zakazuje zgodnych z prawdą i uzasadnionych ochroną interesu publicznego wypowiedzi publicznych na temat działalności zawodowej innego lekarza, jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 63 Konstytucji”.

uchwała SN z 27.10.1983 r., III CZP 35/83. Por. też uchwałę SN z 27.02.2020 r., III CZP 56/19.

39 L. Bosek, M. Safjan, *Prawo a dylematy współczesnej genetyki* (w:) *Genetyka medyczna i molekularna*, wyd. 2, red. J. Bał, Warszawa 2017, s. 73–100; M. Działyńska, *Pochodzenie dziecka od rodziców* (w:) *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, T. Smoczyński (red.), Ars boni et Aequi, Poznań 1999, s. 143–146; *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, W. Lang (red.), Toruń 2002, s. 272 i n. Por. też M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 285 i n.

40 Wyr. TK z 7 października 2015 r., K 12/14.

Dogmatyka ochrony wolności słowa (wypowiedzi) bazuje na zaczerpniętym z logiki formalnej podziale wypowiedzi na opisowe i ocenne (opinie). Tylko wypowiedzi opisowe (deskryptywne, zdania w sensie logicznym), zawierające informacje o określonych faktach,

czy jedynie w ograniczonym zakresie wykazywanie, że opinia posiada podstawy faktyczne. Nie wszystkie jednak opinie poddają się weryfikacji ich podstawności⁴⁴. Wolność słowa obejmuje bowiem nie tylko prawo do przedstawiania informacji prawdziwych i wygłaszania



Podstawowym uzasadnieniem ochrony wolności słowa w Konstytucji RP jest idea prawdy jako rezultatu wolnego i nieskrępowanego dyskursu publicznego, a także związane z nią ściśle wartości godności człowieka, demokracji, zakładające potrzebę swobodnej społecznej komunikacji i krytycznej analizy poczynąń każdej władzy oraz tolerancji dla różnorodnych opinii.

poddają się weryfikacji według kryterium prawdy i fałszu. Jak już jednak podkreślono przedmiot ochrony zasady prawdy jest ukształtowany szerzej niż wypowiedzi o faktach, a zasada prawdy jest zasadą uplasowaną na wyższym poziomie niż zasady podziału wypowiedzi i skutki prawne łączone z tymi podziałami, na gruncie art. 54 Konstytucji RP.

W świetle dogmatyki art. 54 Konstytucji RP, ale także zasady prawdy, nałożenie na pozwanego obowiązku wykazywania prawdziwości wygłaszanych opinii nie realizuje zasady prawdy, lecz stanowi oczywiste naruszenie art. 54 Konstytucji RP. Oczywiście jest, że opinie (poglądy) nie poddają się weryfikacji zgodności z faktami. Na gruncie art. 54 Konstytucji RP najszersza ochrona przysługuje więc w głoszeniu opinii i poglądów. Wymaganie wykazania prawdziwości poglądu jest z zasady niedopuszczalne także na gruncie prawa międzynarodowego⁴³. Konwencja europejska dopusz-

cza poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za przekonujące czy neutralne, ale także prawo do wypowiedzi, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub części społeczeństwa⁴⁵.

9. Badania naukowe a zasada prawdy

Zasada prawdy realizuje się z pewnością także w zakresie zastosowania art. 73 Konstytucji RP. Przepis

43 Wyroki Wielkiej Izby ETPC z 17 grudnia 2004 r., *Pedersen i Baadsgaard*, § 76 oraz z 23 kwietnia 2015 r., *Morice v. Francja*, § 155.

44 Wyroki ETPC z 27 lutego 2001 r., *Jerusalem v. Austria*, § 43 oraz wyrok Wielkiej Izby ETPC z 22 października 2007 r., *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July v. Francja*, § 55.

45 Wyroki ETPC z 7 grudnia 1976 r., *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*, § 49; 20 maja 1999 r., *Bladet Tromsø i Stensaas v. Norwegia*, § 62; 22 kwietnia 2010 r., *Fatullayev v. Azerbejdżan*, § 86; 9 lutego 2012 r., *Vejdeland v. Szwecja*, § 53; 25 września 2012 r., *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turcja*, § 67; 28 marca 2013 r., *Novaya Gazeta i Borodyanskiy v. Rosja*, § 27; 15 września 2015 r., *Dilipak v. Turcja*, § 60; 8 listopada 2016 r., *Szanyi v. Węgry*, § 38; 7 marca 2017 r., *Döner i inni v. Turcja*, § 98; 27 lutego 2018 r., *Sinkova v. Ukraina*, § 104. Zob. też w tym kierunku wyroki TK z: 23 marca 2006 r., K 4/06; 14 grudnia 2011 r., SK 42/09; 25 lutego 2014 r., SK 65/12.

ten gwarantuje wolność badań naukowych, tj. chroni dążenie do prawdy, a w tym prowadzenie, uzyskiwanie i przekazywanie wyników badań naukowych zgodnie z rygorami naukowymi. Jak trafnie wskazano w orzecznictwie konstytucyjnym, nauka to określony co do formy i treści sposób ustalania prawdy⁴⁶.

Ograniczenia wolności badań naukowych należy traktować jako wyjątki i oceniać szczególnie restrykcyjnie, chyba że ograniczenia te gwarantują godność człowieka zagrożoną przez prowadzenie eksperymentów i badań naukowych na ludziach. Jak wskazał trafnie Trybunał Konstytucyjny: „Dopuszczenie bowiem eksperymentu badawczego bez zgody osoby, na której eksperyment jest dokonywany, narusza zasadę demokratycznego państwa prawa poprzez pogwałcenie godności człowieka sprowadzonego w takim przypadku do roli obiektu doświadczalnego”⁴⁷.

10. Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym a zasada prawdy

Szczególne ramy realizacji zasady prawdy wyznaczają przepisy konstytucyjne i ustawowe, określające postępowanie przed organami państwa, w szczególności sądami i trybunałami.

Konstytucja RP w stosunkowo szerokim zakresie reguluje strukturę postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. Postępowanie konkretne (ze skargi konstytucyjnej, w trybie art. 79 Konstytucji RP i postępowanie zainicjowane przez sąd, w trybie art. 193 Konstytucji RP) oraz postępowania abstrakcyjne (wnioskowe) w przedmiocie zgodności aktu normatywnego z Konstytucją RP, umową międzynarodową lub ustawą (art. 188 Konstytucji RP), są postępowaniami, do których odpowiednio stosuje się przepisy postępowania cywilnego⁴⁸. Sprawa konstytucyjna, w szczególności dotycząca badania zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, umową międzynarodową lub ustawą nie jest jednak sprawą cywilną (ani karną, ani administracyjną), nawet jeśli postępowanie, w ramach którego zainicjowano postępowanie przed TK, było postępowaniem cywilnym czy karnym.

Specyfika postępowania i ustroju TK, związana przede wszystkim z kontrolą konstytucyjności prawa, zapewnianiem ochrony nadrzędności Konstytucji RP, a w tym ochrony wolności i praw człowieka i obywatela, nie wyklucza oczywiście więc uwzględniania dorobku nauk procesowych, w tym postępowania cywilnego. W postępowaniu przed TK realizowana jest więc zasada skargowości oraz zasada prawdy. Postępowanie przed TK jest postępowaniem instrukcyjnym, a zasada instrukcyjności jest słusznie łączona w naukach procesowych z zasadą prawdy⁴⁹. Zakłada ona, że orzeczenie sądu powinno być zawsze oparte na ustaleniach faktycznych i prawnych zgodnych z rzeczywistością, niezależnie od tego, czy strony dostarczyły sądowi materiał procesowy wystarczający do dokonania takich ustaleń, czy też nie⁵⁰.

Analiza przepisów wszystkich kolejnych ustaw o Trybunale Konstytucyjnym (od ustawy z 1985 r.) wskazuje, że Trybunał Konstytucyjny „w toku postępowania powinien zbadać wszystkie istotne okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy”, niezależnie od aktywności procesowej uczestników postępowania, że „Trybunał nie jest związany wnioskami dowodowymi uczestników postępowania i może z urzędu dopuścić dowody, jakie uzna za celowe dla wyjaśnienia sprawy”, a „sądy i inne organy władzy publicznej są obowiązane udzielić Trybunałowi pomocy i na jego żądanie przedstawić akta postępowania, wiążące się z postępowaniem przed Trybunałem”.

Przyjęcie zasady instrukcyjności w postępowaniu przed TK nie prowadzi oczywiście do obowiązku zastępowania przez Trybunał uczestników postępo-

49 Zwana też zasadą „prawdy obiektywnej”, „materiałnej”, a nawet „szczerej prawdy” – art. 268 k.p.c. A. Murzynowski, *Warunki i metody ustalania prawdy materiałnej w polskim procesie karnym*, „Studia Iuridica” 1979, nr 8, s. 131–141; M. Sawczuk, *Teoria prawdy w prawie cywilnym procesowym i materialnym* (w:) Z. Resich, M. Jędrzejewska, T. Erciński, *Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha*, Warszawa 1985, s. 259; J. Tylman (w:) P. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 81.

50 H. Dolecki, *Postępowanie cywilne*, s. 49; J. Lappiere (w:) J. Jodłowski i in., *Postępowanie cywilne*, s. 130. Podobnie R. Fleury, *Verfassungsprozessrecht*, Neuwied 2009, s. 9; M. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, Tübingen 2010, s. 22–23.

46 Post. FSK RFN z 1.03.1978 r., 1 BvR 333/75.

47 Uchwała TK 17.03.1993 r., W 16/92.

48 M. Hauser, *Odesłania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, Warszawa 2008, s. 2 i n.

wania. Skonfrontowanie regulacji Konstytucyjnych i ustawowych o TK z przepisami regulującymi postępowanie cywilne wskazuje, że pozycja poszczególnych uczestników postępowania przed TK kształtuje się odmiennie niż pozycja stron postępowania procesowego. Sytuacja ta zbliża się raczej do okoliczności, w jakich znajdują się uczestnicy postępowania nieprocesowego, gdzie przeciwstawność interesów może, lecz nie musi występować, a okoliczność „sporu” między stronami nie wpływa rozstrzygająco na wynik sprawy oraz sposób jej załatwienia.

Odrzucenie zasady kontrydiktoryjności postępowania ma istotny wpływ na znaczenie stanowisk, wniosków i dowodów przedkładanych przez uczestników. Niedopuszczalne staje się stosowanie, *per analogiam*, takich instytucji kontrydiktoryjnego postępowania jak np. wyłączenia dowodowe związane z przyznaniem danych okoliczności przez pozwanego (art. 229 k.p.c.) czy uznaniem danych okoliczności za przyznane wobec niewypowiedzenia się o twierdzeniach strony przeciwnej (art. 230 k.p.c.). Jak trafnie wskazuje K. Wojtyczek, Trybunał Konstytucyjny orzeka „o zgodności normy kontrolowanej z podstawą kontroli, a nie o zasadności indywidualnych roszczeń uczestników postępowania. Bezwzględny celem postępowania przed TK jest wydanie w pełni poprawnego rozstrzygnięcia, niezależnie od postawy i zrzeczności uczestników postępowania”⁵¹. Wprawdzie przyjęcie zasady instrukcyjności postępowania jest bliższe gwarancyjnym funkcjom postępowania przed TK (zapewnieniu nadrzędności Konstytucji) niż trosce o brak ingerencji w sferę działania innych organów władzy publicznej (wynikłej z zasady powściągliwości sędziowskiej), jednakże tego rodzaju rozwiązanie należy uznać za zasadne.

Jakkolwiek więc trafne jest stwierdzenie, że w postępowaniu cywilnym zasada kontrydiktoryjności realizować może wartość prawdy⁵², to specyfika ustroju TK i postępowania przed tym organem uzasadnia

ukształtowanie tego postępowania zgodnie z zasadą prawdy jako postępowania instrukcyjnego⁵³.

11. Prawda w postępowaniu cywilnym a zasada prawdy

Artykuł 45 w zw. z art. 77 ust. 2 oraz przepisami rozdziału VIII Konstytucji określa prawo-instytucję wyróżniającą się podstawowymi elementami służącymi do ustalania „prawdy sądowej”. Art. 45 ustanawia prawo konstytucyjne do uzyskania rozstrzygnięcia zgodnego z prawdą materialną⁵⁴. Elementami prawa do sądu służącymi ustalaniu prawdy jest m.in.: prawo do zgłaszania wniosków, twierdzeń i żądań oraz dowodów na ich poparcie, prawo do wypowiadania się o wnioskach, twierdzeniach i żądaniach oraz dowodach zgłaszanych przez drugą stronę, prawo do bycia informowanym o postępowaniu, prawo do zapoznania się z aktami i okolicznościami ustalonymi przez sąd, prawo do ustosunkowania się do twierdzeń i ustaleń oraz kwestii prawnych, prawo do wysłuchania, prawo do zaskarżenia i kontroli instancyjnej orzeczenia⁵⁵.

W literaturze trafnie wskazano, że instytucja zdania odrębnego pozornie potwierdza wniosek o względności formułowanych wniosków, ale faktycznie służy ustalaniu prawdy⁵⁶.

Uzasadnieniem obowiązku poszukiwania w postępowaniu sądowym prawdy jest założenie o podmiotowym traktowaniu stron⁵⁷. Specyfika postępowania cywilnego pozwala na jego ukształtowanie zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności. Zasada kontrydiktoryjności służy nie tylko efektywności postępowania, ale umożliwia także poznawanie prawdy i opieranie decyzji procesowych na prawdziwych ustaleniach.

Cywilnego, Serock k. Warszawy 24–26 września 2009 r., Warszawa 2010, s. 29.

53 L. Bosek, M. Wild (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1 i 2, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 1820 i n.; L. Bosek, M. Wild, *Kontrola...*, s. 91 i n.

54 Choćby wyr. TK z 21.07.2009 r., K 7/09.

55 wyr. TK z: 12.03.2002 r., P 9/01; 11.06.2002 r., SK 5/02; 28.02.2006 r., P 13/05; 19.09.2007 r., SK 4/06; 20.11.2007 r., SK 57/05; 20.12.2007 r., P 39/06; 26.02.2008 r., SK 89/06; 20.10.2010 r., P 37/09.

56 M. Safjan, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, 2016, s. 115.

57 P. Grzegorzczak, K. Weitz, *Konstytucja RP. Komentarz*, 2016.

51 K. Wojtyczek, *Cieężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli norm przez TK*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 18.

52 T. Ereciński, K. Weitz (red.), *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego (Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania*

Zasada prawdy wymaga jednak szczególnego ukształtowania w niektórych sytuacjach uregulowań postępowań cywilnego, w których w najpełniejszy sposób sąd zobowiązany jest z urzędu do ochrony godności człowieka, w tym w szczególności ochrony dobra dziecka,

k.p.c. sąd powszechny ma obowiązek z urzędu zbadać w stosunkach konsumenckich stosunek podstawowy, na podstawie którego ma być wydany nakaz zapłaty, pod kątem abuzywności klauzul umownych ten stosunek kształtujących, a także okoliczności faktycz-



Uzasadnieniem obowiązku poszukiwania w postępowaniu sądowym prawdy jest założenie o podmiotowym traktowaniu stron. Specyfika postępowania cywilnego pozwala na jego ukształtowanie zgodnie z zasadą kontradyktoryjności. Zasada kontradyktoryjności służy nie tylko efektywności postępowania, ale umożliwia także poznawanie prawdy i opieranie decyzji procesowych na prawdziwych ustaleniach.

a w świetle najnowszego orzecznictwa także niektórych interesów konsumenta. W wyroku z 13 września 2018 r., C-176/17 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że art. 7 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich należy interpretować w ten sposób, iż sprzeciwia się on przepisom krajowym takim jak te będące przedmiotem postępowania głównego (art. 485 § 2 k.p.c.), pozwalającym na wydanie nakazu zapłaty opartego na wekslu własnym, który stanowi gwarancję wierzytelności powstałej z umowy kredytu konsumenckiego, w sytuacji gdy sąd rozpoznający pozew o wydanie nakazu zapłaty nie jest uprawniony do zbadania z urzędu potencjalnie nieuczciwego charakteru warunków tej umowy, jeżeli sposób wykonania prawa do wniesienia zarzutów od takiego nakazu nie pozwala na zapewnienie przestrzegania praw, które konsument opiera na tej dyrektywie.

W związku z tym orzecznictwie Sądu Najwyższego toruje sobie drogę pogląd, że wbrew uregulowaniom

nych związanych z wykonaniem prawa do wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty. W demokratycznym państwie prawnym nie można utrzymać w mocy nakazów zapłaty lub wyroków, które naruszają zasady konstytucyjne, nakazując choćby zapłatę rażąco wygórowanych odsetek lub całkowicie bezpodstawnych kar umownych. Odmienne wykładnia naruszałaby bowiem zasadę zaufania określoną w art. 2 Konstytucji RP, zasadę szczególnej ochrony konsumenta określoną w art. 76 Konstytucji RP⁵⁸, a w krańcowych sytuacjach także gwarancję godności ludzkiej.

12. Wnioski

Preambuła Konstytucji RP określa prawdę jako pierwszą z podstawowych wartości konstytucyjnych, wskazujących na uniwersalne podstawy Konstytucji RP. Prawda, dobro, sprawiedliwość i piękno – zgod-

⁵⁸ Por. wyrok SN z 10 czerwca 2021 r., I NSNc 140/20; wyrok Sądu Najwyższego z 28 października 2020 r., I NSNc 22/20.

nie z wyraźnie wyrażoną wolą ustawodawcy konstytucyjnego – określają bezwzględnie chronioną normatywną koncepcję człowieka i jego godności, uzyskują w ten sposób charakter podstawowych zasad konstytucyjnych.

Zasada prawdy jest samodzielną normą przedmiotowego prawa konstytucyjnego, która ze względu na swoją doniosłość dla całego porządku konstytucyjnego plasuje się na wyższym poziomie struktury wewnętrznej porządku konstytucyjnego i może być identyfikowana z normą drugiego stopnia⁵⁹. Jeżeli bowiem zasada prawdy określa rudymenarne rozstrzygnięcie konstytucyjne dotyczące człowieka i jego godności, to nie należy jej plasować na poziomie norm szczegółowych. Zasada prawdy może być zaliczona do zasad określających tożsamość konstytucyjną Rzeczypospolitej Polskiej. Wymaga ona realizacji w każdej sytuacji i w każdym stanie, także w stanie nadzwyczajnym (arg. z art. 233 Konstytucji RP).

Zasada prawdy powinna determinować wykładnię i stosowanie przepisów konstytucyjnych określających prawo do sądu, tak aby w każdej sytuacji możliwe było rzetelne rozpoznanie sprawy. Zasada prawdy może być uznana za zasadę procesu cywilnego, ale jej znaczenie daleko wykracza poza problematykę ustalania faktycznej podstawy rozstrzygnięcia w postępowaniu cywilnym. Zasada prawdy współkształtuje kryteria poznawania dobra. Współkształtują je również zasady, prawa i wolności konstytucyjne takie jak wolność słowa czy wolność badań naukowych.

Powtórzyć w podsumowaniu raz jeszcze wolno, że zasada prawdy wymaga skutecznej realizacji w ramach całego systemu norm konstytucyjnych oraz innych uregulowań porządku prawnego.

Bibliografia

- Banaszak B., *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2012.
- Bosek L., *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, KPP 2008, nr 3.
- Bosek L., Safjan M., *Prawo a dylematy współczesnej genetyki* (w:) *Genetyka medyczna i molekularna*, wyd. 2, red. J. Bał, Warszawa 2017.
- Bosek L., Wild M. (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1 i 2, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016.
- Bosek L., Wild M., *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz dla sędziów i pełnomocników procesowych*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Complak K. (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, J. Boć (red.), Wrocław 1998.
- Działyńska M., *Pochodzenie dziecka od rodziców* (w:) *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, T. Smyczyński (red.), Ars boni et Aequi, Poznań 1999.
- Ereciński T., Weitz K. (red.), *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego* (Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego, Serock k. Warszawy 24–26 września 2009 r.), Warszawa 2010.
- Ereciński T., Weitz K., *Prawda i równość stron w postępowaniu cywilnym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* (w:) T. Ereciński, K. Weitz (red.), *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego*, Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego, Serock k. Warszawy 24–26 września 2009 r., Warszawa 2010.
- Fleury R., *Verfassungprozessrecht*, Neuwid 2009.
- Garlicki L., Derlatka M. (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.
- Garlicki L., *Normy konstytucyjne relatywnie niezmiennalne* (w:) J. Trzciński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Warszawa 1997.
- Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I i II, Warszawa 2016; M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1 i 2, Warszawa 2016.
- Górecki D., *Preambula do konstytucji – potrzebna czy zbędna?* (w:) D. Górecki (red.), *Aktualne problemy polskiego i litewskiego prawa konstytucyjnego*, Łódź 2015 r.
- Grzegorzczak P., Weitz K., *Konstytucja RP. Komentarz*, 2016.
- Grzybowski S., *Wypowiedź normatywna oraz jej struktura formalna*, Kraków 1961, s. 40.
- Gwiżdż A., *Wstęp do konstytucji – zagadnienia prawne* (w:) J. Trzciński, *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, Warszawa 1997.
- Hauser M., *Odesłania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, Warszawa 2008.
- Kulesza C., *Prawo do obrony formalnej a zasada prawdy obiektywnej* (w:) *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji Krasiczyn 15–16 października 2005 r.*, Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), Warszawa–Kraków 2006.
- Kurzepa B., „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5.
- Lang W. (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2002.
- Lewandowski S., *Kontrowersje wokół preambuły*, „Studia Iuridica” 1996, nr 31, s. 87–95.

59 Por. post. TK z 24.10.2001 r., SK 10/01.

- Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *The principle of respect for human dignity* (w:) *European Commission for Democracy through Law, The principle of respect for human dignity*, 1998, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1998\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1998)026-e) (dostęp 30.12.2021).
- Mik B., *Glosa do postanowienia SN z 15 kwietnia 1999 r.*, KZP 5/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3.
- Moldawa T. (red.) *Konstytucje polskie 1918–1998*, Warszawa 1999.
- Murzynowski A., *Warunki i metody ustalania prawdy materialnej w polskim procesie karnym*, „Studia Iuridica” 1979, nr 8.
- Murzynowski A., *Warunki i metody ustalania prawdy materialnej w polskim procesie karnym*, SI 1979/8.
- Piasecki K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, K. Piasecki (red.), Warszawa 1996.
- Piechowiak M. (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016.
- Płowiec W., *Wstęp do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. w orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 1.
- Rozmaryn S., *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1961.
- Sachs M., *Verfassungsprozessrecht*, Tübingen 2010.
- Safjan M. (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016.
- Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.
- Sagan S., *Preambuły w konstytucjach współczesnych* (w:) *Ustroje, tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiąt rocznicę urodzin*, P. Mikuli, A. Kulig, J. Karp, G. Kuca (red.), Warszawa 2015.
- Sawczuk M., *Teoria prawdy w prawie cywilnym procesowym i materialnym* (w:) Z. Resich, M. Jędrzejewska, T. Ereciński, *Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha*, Warszawa 1985.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 1998.
- Smolar A., *Wojna światów*, „Gazeta Wyborcza” z 30 maja 1997 r.
- Trzciński J., *Charakter i struktura norm konstytucyjnych* (w:) *Projekt Konstytucji RP w świetle badań nauki prawa konstytucyjnego*, K. Działocha, A. Pułło (red.), Gdańsk 1998.
- Tuleja P. (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, P. Tuleja (red.), Warszawa 2019.
- Tylman J. (w:) P. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009.
- Wiliński P., *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, 2016.
- Wojtyczek K. (w:) *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, P. Sarnecki (red.), Warszawa 2011.
- Wojtyczek K., *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli norm przez TK*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 18.
- Wronkowska S., *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2008.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 253; Z. Ziemiński Z., *Wartości konstytucyjne: zarys problematyki*, Warszawa 1993.

Intuicja ekspercka w domenie prawniczej



Tomasz Zygmunt

Doktorant Katedry Filozofii Prawa
i Etyki Prawniczej Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Jagiel-
ońskiego.

✉ tomasz.zygmunt@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-3267-7951>

Expert Intuition in Legal Domain

The article supports the thesis that the kind of expert intuition that characterizes chess masters, best sports players, or music virtuosos, is ineffective in some types of legal hard cases. In the scope of psychological research on human expertise, it seems plausible that expert intuition can occur in most legal cases. However, there are legal situations that either generate a completely novel normative issue or create a conflict of colliding legal and moral intuitions. In the first case, there are no visible environmental regularities to adapt, and therefore it is impossible to execute the deliberate practice – a form of training indispensable for achieving expert intuition. The second kind of case – involving a clash of two contrary intuitions – pertains to the situation where two resolutions dictating by expert skills of the same person are mutually inconsistent. Legal expert intuition in both above mentioned states of affair appears to be futile in delivering a determinate answer to a legal problem. The presented analysis, in consequence, indicates the extraordinary possibilities of legal expert intuition, as well as its limitation towards some types of legal hard cases.

Słowa kluczowe: rozmowania prawnicze, ekspert prawniczy, intuicja, trudne przypadki prawnicze

Key words: legal reasoning, expertise, intuition, hard cases

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(71\).2022.565](https://doi.org/10.32082/fp.3(71).2022.565)

1. Wprowadzenie

Artykuł przedstawia argumentację na rzecz tezy, że rodzaj intuicji eksperckiej, charakteryzujący najwyższych szachistów, muzyków czy sportowców nie może zaistnieć w niektórych często występujących typach trudnych przypadków prawnych. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest specyfika obszaru decyzyjnego, jaki powstaje w sytuacjach prawnie relevantnych, związanych z nowym

typem problemu prawniczego lub wystąpieniem dwóch sprzecznych rozwiązań intuicyjnych o charakterze prawnym i moralnym. Stan ten charakteryzuje się bowiem brakiem dostrzegalnych regularności środowiskowych, które stanowią podstawę do przeprowadzenia treningu przygotowawczego, kształtującego eksperckie umiejętności intuicyjne, zwanego „celową praktyką” (ang. *deliberate practice*). Trening ekspercki opiera

się na wykorzystywaniu regularności domenowych w celu osiągnięcia określonych efektów kształcenia i z psychologicznego punktu widzenia jest uznawany za element konieczny, choć niekoniecznie wystarczający do uzyskania eksperckiej intuicji. Celowa praktyka może wystąpić wyłącznie w środowisku decyzyjnym odpowiadającym kryteriom wykształcenia zdolności intuicyjnych, czyli takim, które posiada dostrzegalne regularności pozwalające na skonstruowanie wzorców skutecznego działania. O ile w domenie prawa obszary zgodne z powyższą charakterystyką wydają się możliwe do odnalezienia, istnieją równocześnie rodzaje spraw prawnych, które przez swój stopień wyjątkowości wymykają się możliwościom prawniczej intuicji eksperckiej.

2. Umiejętności eksperckie w perspektywie psychologicznej

„Ekspert prawniczy” to sformułowanie wieloznaczne. Mianem tym można określić osoby odznaczające się wybitnym dorobkiem naukowym w dziedzinie prawa czy też najlepszych specjalistów praktyki prawniczej. Z punktu widzenia psychologii – przyjętym jako bazowy dla potrzeb prezentowanej analizy – umiejętności eksperckie stanowią natomiast zjawisko będące przedmiotem analiz badawczych, o określonych cechach wykazanych w badaniach empirycznych. Słowo „ekspert” pochodzi od łacińskiego sformułowania *experiri*, oznaczającego „próbować” lub „testować”. Już sama etymologia tego wyrazu wskazuje na pewne istotne cechy zdolności eksperckich¹. Ekspertem dla naukowca-psychologa jest osoba, która poprzez wykonywanie określonego rodzaju czynności i testowanie ich efektów, wypracowała specjalne, intuicyjne umiejętności². Charakteryzują się one wyjątkową efektywnością, pozwalającą ekspertowi na podejmowanie

wanie decyzji i wykonywanie czynności w danej dziedzinie na poziomie znacznie przewyższającym, pod względem szybkości i trafności osądów, przeciętny poziom specjalistów danej profesji³. Co istotne, ekspert nie myśli o problemie w sposób kontrolowany czy analityczny, lecz automatycznie „dostrzega” wzorce istniejące w dziedzinie jego specjalizacji oraz sposoby ich wykorzystania. Często też nie potrafi podać racjonalnego uzasadnienia swoich wyborów, które okazują się jednak zadziwiająco trafne. Dzieje się tak ze względu na intuicyjny charakter procesów decyzyjnych ekspertów.

Jednymi z najciekawszych rodzajów analiz umiejętności eksperckich są te dotyczące mistrzów gry w szachy. Wykazały one, że sposób rozumowania ekspertów i podejmowania przez nich decyzji może odbiegać od powszechnie przyjętego obrazu. Przykładowo, Chase i Simon wykazali, że eksperci szachowi nie dysponują, jak zakładała część badaczy, nadzwyczajnymi zdolnościami dotyczącymi zapamiętywania czy przewidywania ruchów przeciwnika⁴. Nie odtwarzają też analitycznie potencjalnego przebiegu partii na wiele ruchów „do przodu”⁵. Zamiast tego, najlepsi na świecie szachiści po prostu „widzą” dobre ustawienie. W omawianych wyżej badaniach Chase i Simon wyodrębnili konkretne „zbiorowiska” figur na szachownicy, które dla mistrzów kojarzone były z właściwym ruchem. Eksperci szachowi w swoich wyborach kierowali się zestawieniem konkretnych rodzajów figur w bliskiej odległości oraz ustawieniem tego rodzaju „klastrow” względem wertykalnych i horyzontalnych linii pól szachownicy. Po rozpoznaniu określonej sytuacji szachowej byli również w stanie niezwykle szybko odtworzyć ją na szachownicy – nawet jeżeli widziana była tylko przez kilka

1 Zob. K.A. Ericsson, *The Differential Influence of Experience, Practice, and Deliberate Practice on the Development of Superior Individual Performance of Experts* (w:) K.A. Ericsson, R.R. Hoffman, A. Kozbelt, A.M. Williams (ed.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*, 2nd ed. (wyd. 2), Cambridge 2018, s. 746–747.

2 Zob. S. Billett, Ch. Harteis, H. Gruber, *Developing Occupational Expertise through Everyday Work Activities and interactions* (w:) *The Cambridge handbook...*, s. 112 i n.

3 W przedstawionych rozważaniach zastosowane zostało odróżnienie specjalistów od ekspertów – zostanie ono dokładniej omówione w dalszej części artykułu.

4 W.G. Chase, H.A. Simon, *The mind's eye in chess* (w:) W.G. Chase (ed.), *Visual information processing*, Academic Press (Elsevier) 1973, s. 215–281.

5 W.G. Chase, H.A. Simon, *The mind's eye...*, s. 216. Zakres trafnego przewidywania mistrzów szachowych wynosił od trzech do pięciu ruchów naprzód, podobnie jak w przypadku amatorów.

sekund⁶. Ekspersi szachowi w swoich wyborach dotyczących ruchów w grze opierali się więc na bodźcach wizualnych, nie zaś na analizie zaistniałej sytuacji. Taka strategia jest oczywiście zawodna – nie gwarantuje ona pewności wyboru najlepszego z możliwych ruchów – jednak jej przewaga tkwi w jej efektywności „ekologicznej”⁷. Po przyswojeniu odpowiedniej liczby wzorców dotyczących ustawień prawdopodobieństwo zastosowania odpowiedniego z nich podczas rozgrywki jest na tyle wysokie, że pozwala na szybki i w przeważającej liczbie przypadków właściwy wybór ruchu⁸.

Intuicyjne mechanizmy eksperckie nie są, oczywiście, ograniczone jedynie do dziedzin takich jak szachy, sport czy gra na instrumentach muzycznych. Przykładowo, Klein i jego zespół scharakteryzowali proces podejmowania decyzji przez ekspertów pożarniczych, sprawujących funkcje dowódców oddziałów strażackich⁹. Na bazie analizy procesów myślowych towarzyszących działaniom decyzyjnym tychże ekspertów, stworzyli oni model zwany „Recognition-Primed Decision”¹⁰. Klein wraz z zespołem odkryli, że

zamiast analizować zaistniałą sytuację pod względem dostępnych możliwości działania – co w przypadku presji czasu i potencjalnego zagrożenia życia mogłoby skutkować nawet utratą życia – dowódcy oddziałów pożarniczych błyskawicznie wybierali jedną opcję i bez porównywania jej z innymi rozwiązaniami przeprowadzali mentalną symulację jej aplikacji¹¹. Jeżeli wybrana opcja nie sprawdzała się w mentalnej analizie danego przypadku, była modyfikowana i następnie, po osiągnięciu zadowalającego rezultatu, wprowadzana w życie. Dzięki nieporównywaniu możliwych scenariuszy operacyjnych, dowódcy oddziałów pożarniczych byli w stanie błyskawicznie podejmować kluczowe decyzje, a wypracowana poprzez praktykę intuicja gwarantowała im momentalne wyselekcjonowanie jednej z najlepszych możliwych opcji bez konieczności długotrwałych analiz, które w przypadku ograniczenia czasowego i aktywnego stanu zagrożenia życia nie są możliwe do przeprowadzenia. Podobnie, intuicyjne umiejętności eksperckie prawdopodobnie odpowiedzialne były za zakwestionowanie autentyczności rzeźby Kourosoz z J. Paul Getty Museum w Los Angeles przez kilku najwybitniejszych specjalistów, którzy nie podali jednak uzasadnienia oceny poza stwierdzeniem, iż „czują, że z rzeźbą jest coś nie tak”¹².

6 Co ciekawe, odtworzenie losowego ustawienia szachowego nie wychodziło mistrzom znacznie lepiej niż amatorom. Zob. W.G. Chase, H.A. Simon, *The mind's eye...*, s. 217.

7 Efektywność czy też racjonalność ekologiczna odrzuca konieczność pewnego wyboru na rzecz odpowiednio wysokiej szansy poprawnego rozwiązania problemu, połączonej ze znaczącą redukcją środków (takich jak czas, wysiłek umysłowy, *et cetera*) potrzebnych do osiągnięcia pożądanego efektu. Szerzej na ten temat: P.M. Todd, G. Gigerenzer, *Environments that make us smart: Ecological rationality*, „Current Directions in Psychological Science” 2007, nr 16 (3), s. 167–171.

8 H.A. Simon, M. Barenfeld, *Information processing analysis of perceptual processes in problem solving*, „Psychological Review” 1969, nr 76, s. 473–483. Zgodnie z szacunkami badaczy, eksperci szachowi posiadają od 10 do 100 tysięcy „wzorów” ustawień, które potrafią błyskawicznie przywołać i zastosować w rozgrywce.

9 G.A. Klein, R. Calderwood, A. Clinton-Cirocco, *Rapid decision making on the fireground*, „Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society (30th Annual Meeting)”, nr 1, New York 1986, s. 576–580.

10 G.A. Klein, *A recognition-primed decision (RPD) model of rapid decision making* (w:) G.A. Klein i in. (ed.), *Decision*

Making in Action: Models and Methods, NJ: Ablex, Norwood 1993, s. 138–147.

11 Co interesujące, wstępna hipoteza badawcza zakładała, że dowódcy oddziałów pożarniczych porównują tylko dwie opcje, a następnie wybierają najlepszą z nich, co tłumaczyłoby szybkość podejmowania przez nich strategicznych decyzji. Ta hipoteza okazała się jednak błędna – porównywanie dostępnych strategii zostało zupełnie wyeliminowane przez mechanizm intuicyjny. Zastąpił je błyskawiczny wybór opcji i mentalna symulacja efektów jej wprowadzenia. Zobacz: G.A. Klein, *A recognition-primed decision...*, s. 140 i n.

12 M. Gladwell, *Blink: The Power of Thinking Without Thinking*, New York 2005, s. 5. Podane przykłady nie mają posłużyć za wsparcie tezy, że umiejętności intuicyjne, również eksperckie, opierają się wyłącznie na bodźcach wizualnych. Byłoby to wątpliwe w przypadku chociażby wybitnych instrumentalistów, u których ważną rolę odgrywają niewątpliwie bodźce słuchowe. Przywołane badania wydają się być jednak przekonującymi argumentami na korzyść tezy o intuicyjnym charakterze umiejętności eksperckich w perspektywie analiz psychologicznych.

W ujęciu psychologicznym, kluczem do zrozumienia mechanizmów stojących za umiejętnościami eksperta są więc jego zdolności intuicyjne. W ujęciu psycho-

jest dziś również materia wielu analiz interdyscyplinarnych, także w dziedzinie prawa¹⁵. Choć, jak zostało to wskazane powyżej, nie opiera się ona na



W ujęciu psychologicznym, kluczem do zrozumienia mechanizmów stojących za umiejętnościami eksperta są jego zdolności intuicyjne. Pojęcie intuicji odnosi się tu do niezwykle skomplikowanej materii ludzkiego myślenia decyzyjnego i problemowego w sytuacjach niefaworyzujących analitycznych sposobów rozwiązań.

logicznym pojęcie intuicji odnosi się do niezwykle skomplikowanej materii ludzkiego myślenia decyzyjnego i problemowego w sytuacjach niefaworyzujących analitycznych sposobów rozwiązań¹³. Okazuje się, że takie zdarzenia występują w rzeczywistości bardzo często, również w praktyce prawniczej¹⁴. Intuicja

analitycznych procesach myślowych, nie pozostaje od nich całkowicie odseparowana – mechanizmy analityczne pozwalają bowiem na ciągłą weryfikację rozwiązań intuicyjnych¹⁶. Najistotniejszym dla przedstawionych rozważań pozostaje jednak fakt, że

13 Sytuacje decyzyjne, w których aktywują się procesy intuicyjne, są następstwem wypracowania mechanizmów myślowych, które okazały się skuteczne tam, gdzie niemożliwe było w pełni niezawodne rozwiązanie problemu lub też racjonalna analiza jest zbyt czasochłonna. Jednocześnie, czysto rozdzielny podział na dwa „systemy” myślenia – analityczny i intuicyjny – podlega krytyce, również odnoszącej się do badań interdyscyplinarnych. Zobacz na ten temat: A. Glöckner, C. Witteman, *Beyond dual-process models: A categorisation of processes underlying intuitive judgement and decision making*, „Thinking & Reasoning” 2010, nr 16(1), s. 1–25; A.W. Kruglanski, G. Gigerenzer, *Intuitive and deliberate judgments are based on common principles*, „Psychological review” 2011, nr 118(1), s. 97–109.

14 Zob. np. G. Pogarsky, L. Babcock, *Damage caps, motivated anchoring, and bargaining impasse*, „The Journal of Legal Studies” 2001, nr 30(1), s. 143–159; C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, *Inside the judicial mind*, „Cornell Law Review” 2001, nr. 86(4), s. 777–830; C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, *Blinking on the bench: How judges decide cases*, „Cornell Law Review” 2007, nr 93, s. 1–43; S. Danziger,

J. Levav, J., L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, „Proceedings of the National Academy of Sciences” 2011, nr 108(17), s. 6889–6892. Dla ogólnego przeglądu przykładowych sytuacji, w których intuicja odgrywa istotną rolę w podejmowaniu decyzji, zobacz: D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books 2012, w szczególności strony: 89 i n., 109 i n. oraz 269 i n. Zobacz również: A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, „Science” 1974, nr 185(4157), s. 1124–1131; G. Gigerenzer, *Heuristics* (w:) G. Gigerenzer, C. Engel (ed.), *Heuristics and the law*, Cambridge (MIT Press) 2006, s. 17–44; G.P. Hodgkinson, J. Langan-Fox, E. Sadler-Smith, *Intuition: A fundamental bridging construct in the behavioural sciences*, „British Journal of Psychology” 2008, nr. 99(1), s. 1–27; a także A. Glöckner, C. Witteman, *Beyond dual-process models: A categorisation of processes underlying intuitive judgement and decision making*, „Thinking & Reasoning” 2010, nr. 16(1), s. 1–25.

15 Dla przeglądu literatury dotyczącej zagadnienia zob. G. Gigerenzer, C. Engel (ed.), *Heuristics and the Law*, Cambridge (MIT Press) 2006.

16 D. Kahneman, *Thinking...*, s. 39 i n.

badania psychologiczne jednoznacznie pokazują, że to właśnie dzięki intuicyjnym mechanizmom myślowym możliwe jest uzyskanie umiejętności eksperckich. Ekspert, z punktu widzenia psychologii, jest więc osobą posiadającą intuicję ekspercką. Oczywiście jest, że w teorii prawa znane są wyróżnienia innych rodzajów intuicji niż psychologiczna – przykładowo Jerzy Stelmach wyróżnia intuicję w znaczeniu fenomenologicznym i „intuicję racjonalną” (językową)¹⁷. Porównanie naukowych analiz empirycznych dotyczących intui-

naukowych¹⁸. Obecnie, pomimo różnic dzielących badaczy zajmujących się zagadnieniem eksperckości, można wskazać kilka cech charakterystycznych dla definicji eksperta w naukach behawioralnych. I tak Ericsson wskazuje, że ekspert to osoba, która „używała specjalne umiejętności lub wiedzę, wyrażającą mistrzostwo w określonej dziedzinie poprzez nabyte doświadczenie i otrzymane wskazówki”¹⁹. Definicja ta wyróżnia trzy cechy eksperta: mistrzostwo, doświadczenie i proces uczenia się.



Ekspert to osoba, która „uzyskała specjalne umiejętności lub wiedzę, wyrażającą mistrzostwo w określonej dziedzinie poprzez nabyte doświadczenie i otrzymane wskazówki”.

cyjnych mechanizmów eksperckich oraz procesów decyzyjnych zachodzących w praktyce prawniczej, wydają się jednak zabiegiem zdecydowanie wzbogacającym wiedzę badawczą, dotyczącą domeny prawa.

3. Droga do intuicji eksperckiej – celowa praktyka

Psychologiczne modelowe ujęcie eksperta kształtowało się na przestrzeni wieloletnich badań i prac

17 J. Stelmach, *Intuicja prawnicza* (w:) A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda (red.), *Dziedzictwo prawne XX wieku: księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001, s. 38 i n. W częściową polemikę z powyższym podziałem wchodzi inny wybitny polski teoretyk prawa, Tomasz Pietrzykowski, dając, w zakresie perspektywy empiryczno-interdyscyplinarnej, bezwzględny prymat intuicji rozumianej w pryzmacie psychologicznym – zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej teorii integracji prawa*, Difin, Warszawa 2012, s. 52. Teza Pietrzykowskiego wydaje się otwarta na zarzut zbyt daleko idącego redukcjonizmu, jednak autorowi trudno odmówić jednej z najbardziej rzetelnych polskojęzycznych prac badawczych dotyczących intuicji prawniczej.

Mistrzostwo w danej dziedzinie to osiągnięcie zdolności przekraczających jakościowo poziom specjalisty²⁰. Takie zdolności znacznie trudniej wykazać

18 Zob. R.M. Hogarth, *Educating intuition*, London 2001, s. 100 i n.; T. Farrington-Darby, J.R. Wilson, *The nature of expertise: A review*, „Applied ergonomics” 2006, nr 37(1), s. 17–32; a także K.A. Ericsson, *Expertise*, Current Biology 2014, nr 24(11), s. R508–R510; P.J. Feltoch, M.J. Prietula, K.A. Ericsson, *Studies of Expertise from Psychological Perspectives: Historical Foundations and Recurrent Themes* (w:) K.A. Ericsson i in. (ed.), *The Cambridge handbook...*, s. 59–83 oraz cytowaną w powyższych pozycjach literaturę.

19 K.A. Ericsson, *Expertise...*, s. R508.

20 Odzwierciedleniem przyjętej dualistycznej perspektywy (wyróżnienia ze zbioru specjalistów podzbioru ekspertów) jest koncepcja mistrzostwa w określonej dziedzinie, najbardziej widoczna w badaniach szachowych. Mistrzostwo w danej specjalizacji jest w podanej perspektywie czymś więcej niż bycie profesjonalistą – to osiągnięcie poziomu, który pozwala zakwalifikować daną osobę do ścisłego grona najlepszych specjalistów w określonym obszarze działań, wyróżniających się jakościowo w grupie jednostek wytrenowanych do wykonywania podobnych zadań. Chase i Simon (zob. W.G. Chase, H.A. Simon, *The mind's eye...*, s. 218

tam, gdzie nie jest możliwe stworzenie obiektywnej klasyfikacji – na przykład wśród pracowników straży pożarnej, ratowników medycznych czy pielęgniarzek i pielęgniarzy. Naukowcy badający eksperckość w definiowaniu tego rodzaju eksperta kierują się zazwyczaj tak zwaną „oceną specjalistyczną” (*peer judgment*)²¹. Zgodnie z jej kryteriami, do uznania kogoś za eksperta potrzebny jest konsensus specjalistów w danej dziedzinie, dotyczący skuteczności działań danej osoby, jak również przesłanki pozwalające stwierdzić, że konsensus ten oparty jest na naukowo obiektywnych kryteriach. Poparcie dla takiej definicji eksperta wyraża również Shanteau, który wskazuje, że eksperci to „ci specjaliści, którzy zostali uznani przez przedstawicieli swojej profesji za posiadających umiejętności pozwalające na wykonywanie zadań w konkretnej dziedzinie na najwyższym możliwym poziomie”²². Kwestią kluczową pozostaje jednak nie tylko uznanie danej osoby za eksperta przez specjalistów, lecz także charakterystyka kryteriów uznania za eksperta²³. Kryteria te, jeżeli mają odzwierciedlać poziom eksperckich umiejętności intuicyjnych, muszą pozostawać w zgodzie z założeniami nauk behawioralnych.

i n.), jak również De Groot (zob. A.D. De Groot, *Chess playing programs*, „Proceedings Koninklijke Akademie van Wetenschappen (Series A)” 1964, nr 67, s. 390 i n.) w swoich badaniach nad umiejętnościami mistrzów szachowych do grona ekspertów zaliczali graczy ze ścisłej czołówki rankingów międzynarodowych lub krajowych. Osoby te swoimi umiejętnościami przewyższały zarówno amatorów, jak i niżej sklasyfikowanych profesjonalnych graczy. Byli więc oni „najlepszymi wśród specjalistów”. W pracach teoretyczno-prawnych spotyka się natomiast wyróżnienia „lepszych i gorszych ekspertów” – zob. B. Brożek, *Umysł prawniczy*, Kraków 2018, s. 27 i n. Szerzej na ten temat w rozdziale trzecim prezentowanej analizy.

- 21 Zob. D. Kahneman, G. Klein, *Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree*, „American psychologist” 2009, nr 64(6), s. 515–517, 519.
- 22 J. Shanteau, *Competence in experts: The role of task characteristics*, „Organizational behavior and human decision processes” 1992, nr 53(2), s. 255.
- 23 Zob. dla przykładu definicję przytoczoną przez Cole’a: L.R. Cole, *Training the Mentor: Improving the Ability of Legal Experts to Teach Students and New Lawyers*, „New Mexico Law Review” 1989, nr 19, s. 164 i n.

Kolejną cechą eksperckości jest doświadczenie, mające kluczowe znaczenie dla uzyskania eksperckiej intuicji. Kształtuje ono bowiem mechanizmy intuicyjne, odpowiedzialne za skuteczność przyszłych działań danego specjalisty. Klein i jego zespół, badając decyzje dowódców oddziałów gaśniczych, określili ich okres czynnej służby – wynosił on po uśrednieniu ponad 20 lat, w tym najkrótszy stażem z badanych posiadał dwunastoletnie doświadczenie praktycznej pracy²⁴. Z kolei szachiści potrzebowali około 10 tysięcy godzin gry, żeby uzyskać poziom uznawany za ekspercki²⁵. Sam wymiar ilościowy nie jest, oczywiście, obiektywnym standardem w odniesieniu do eksperckości – jak wskazują badacze, eksperci mogą mieć podobną ilość doświadczenia co zwykli specjaliści²⁶. Przyczyną różnic w umiejętnościach, występujących pomimo podobnego czasu przeznaczonego na naukę i trening, mogą być różnorakie czynniki, takie jak wiek rozpoczęcia praktyki w danej dziedzinie lub cechy czysto subiektywne – talent lub konkretne predyspozycje²⁷. Ilość doświadczenia potrzebnego do uzyskania umiejętności eksperckich jest więc trudna lub wręcz niemożliwa do odgórnego zobiektywizowania. Jak wskazuje Hambrick: „niektórzy mogą nigdy nie uzyskać umiejętności eksperckich, niezależnie od ilości czasu, jaki poświęcili na trening umiejętności w danej dziedzinie”²⁸. Pośród badaczy panuje jednak konsensus, że nikt nie rodzi się ekspertem – umiejętności mistrzowskie mogą być nabyte wyłącznie poprzez doświadczenie.

Bez względu na cechy jednostki, nie zawsze i nie w każdej dziedzinie możliwe jest wypracowanie intuicji eksperckiej. Jak podają Klein i Kahneman:

Po pierwsze, w danym środowisku decyzyjnym muszą istnieć odpowiednie wskazówki, pozwalające na przyswojenie natury zaistniałej sytuacji

- 24 G.A. Klein, R. Calderwood, A. Clinton-Cirocco, *Rapid...*, s. 577.
- 25 W.G. Chase, H.A. Simon, *The mind's eye...*, s. 219.
- 26 D. Kahneman, G. Klein, *Conditions...*, s. 519 i n.
- 27 Zob. D.Z. Hambrick i in., *Deliberate practice: Is that all it takes to become an expert?*, „Intelligence” 2014, nr 45, s. 34–45 oraz cytowaną tam literaturę.
- 28 D.Z. Hambrick et al., *Deliberate...*, s. 43.

decyzyjnej. Po drugie, w obszarze danej dziedziny musi istnieć możliwość nauki tychże wskazówek²⁹.

Innymi słowy, aby zostać ekspertem (wypracować ekspercką intuicję) należy nauczyć się regularności, które występują w obszarze danej aktywności, a także wypracować umiejętność ich wykorzystywania w praktyce. Nie każda dziedzina wiedzy jest jednak wystarczająco przewidywalna w swojej złożoności, aby odróżnić aktywności prowadzące do właściwych rezultatów od tych, które prowadzą do niepożądanych wyników. Jako przykład takich dziedzin Kahneman przywołuje decyzje polityczne i ekonomiczne w perspektywie długotrwałej, które ze względu na ogromną liczbę czynników mogących wpłynąć na ich końcowe efekty stanowią przykład nieprzewidywalnego środowiska decyzyjnego³⁰.

Warunek regularności danego środowiska jest przesłanką podstawową, bez której nie można wypracować intuicji eksperckiej. Nie jest jednak wystarczający – nawet jeżeli dana dziedzina jest odpowiednio przewidywalna, osoba aspirująca do miana eksperta musi mieć możliwość przyswojenia tych regularności i przekształcenia ich we wzorce działania. Innymi słowy, by zostać ekspertem potrzebny jest właściwy trening. Musi się on opierać na przyswajaniu regularności zachodzących w danej domenie w sposób pozwalający na zastosowanie ich w różnorodnych sytuacjach z możliwie największą efektywnością. Ericsson (*et al.*) określił tego rodzaju praktykę mianem „ukierunkowanej” czy też „celowej” (*deliberate*), czyli obejmującej „te aktywności, które zostały uznane za najbardziej efektywne w podnoszeniu określonych kwalifikacji”³¹. Trening taki opiera się na wielokrotnym powtarzaniu tego samego (lub

podobnego) ćwiczenia lub zadania zaprojektowanego w sposób pozwalający na przewyżczanie określonych ograniczeń ćwiczącego. Plan treningowy powinien opierać się na istniejącej wiedzy dotyczącej najlepszych metod nauczania w danej dziedzinie oraz pozwalać na natychmiastową weryfikację błędów w wykonywanej aktywności. Ericsson i jego zespół, powołując się na liczne badania, określili główne warunki, jakie przedsięwzięty trening musi spełniać, by pozwolić na osiągnięcie umiejętności eksperckich³². Najważniejsze z nich to: odpowiednia ilość czasu poświęcona na trening, odpowiednia metoda nauczania, powtarzalność zadań oraz weryfikacja efektów danej próby, połączona z udzieleniem krytycznych instrukcji w celu poprawy wykonania następnej. Jak wskazują autorzy:

In the absence of adequate feedback, efficient learning is impossible and improvement only minimal even for highly motivated subjects. Hence mere repetition of an activity will not automatically lead to improvement in, especially, accuracy of performance [...] ³³.

Rozważania zespołu Ericssona na temat ukierunkowanego treningu zostały poddane wielowątkowej krytyce³⁴. Jej konkluzja sprowadza się jednak – między innymi – do określenia celowej praktyki jako „niewystarczającego, ale koniecznego” warunku do osiągnięcia umiejętności eksperckich³⁵. Ukierunkowany trening jest więc, według badaczy, nieodzowny do wypracowania prawidłowej eksperckiej intuicji, podobnie jak odpowiednio regularny i przewidywalny obszar decyzyjny³⁶. Z punktu widzenia psychologii, intuicja

29 D. Kahneman, G. Klein, *Conditions...*, s. 519–520. W polskiej literaturze prawniczej dokładne omówienie wspomnianych warunków domenowych, przedstawionych przez Kahnemana i Kleina przedstawia Radosław Zyzik: R. Zyzik, *Wokół intuicyjnych decyzji sędziów*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 14(2), s. 195 i n.

30 D. Kahneman, *Thinking...*, s. 239 i n. Co ciekawe, Shanteau do podobnego rodzaju decyzji zalicza te podejmowane przez sędziów: J. Shanteau, *Competence...*, s. 258.

31 K.A. Ericsson, R.T. Krampe, C. Tesch-Römer, *The role of deliberate practice in the acquisition of expert performance*, „Psychological review” 1993, nr 100(3), s. 364–367 i n.

32 Zob. literaturę cytowaną w: K.A. Ericsson i in., *The role...*, s. 367 i n.

33 K.A. Ericsson *et al.*, *The role...*, str. 367 i n.

34 Zob. D.Z. Hambrick i in., *Deliberate...* i odpowiedź Ericssona: K.A. Ericsson, *Why expert performance is special and cannot be extrapolated from studies of performance in the general population: A response to criticisms*, „Intelligence” 2014, nr 45, s. 81–103.

35 D.Z. Hambrick *et al.*, *Deliberate...*, s. 36 i n. oraz cytowana tam literatura.

36 Warunek konieczności celowej praktyki do osiągnięcia poziomu eksperta może wydawać się wątpliwy w kontekście przytoczonych przykładów – nieprawdą wydaje się chociażby, by wybitni przedstawiciele świata znawców

eksperska jest więc szczególnym rodzajem intuicji, która – choć oparta na tych samych mechanizmach co intuicja nieeksperska – wyróżnia się pod względem jej

która posiada intuicję ekspercką. W powyższym ujęciu – przyjętym na potrzeby prezentowanej analizy – modelowy ekspert prawniczy jest więc osobą posia-



Modelowy ekspert prawniczy jest osobą posiadającą intuicję ekspercką w określonej gałęzi prawa.

możliwości, pozwalając na wykonywanie najlepszych możliwych działań w danej dziedzinie specjalizacji, jakościowo przewyższających umiejętności specjalistów tej dziedziny³⁷. Ekspertem będzie zaś osoba,

sztuki antycznej podejmowali podobny trening co muzycy, podczas godzin poświęconych na odpowiednie wykonanie określonego motywu muzycznego, kształtującego bardzo ściśle określone umiejętności gry (na przykład dynamikę kontrapunktowania czy improwizację u pianistów). Wątpliwość ta jest jednak pozorna. Znaczący sztuki, poprzez wieloletnie doświadczenie, obserwację setek lub więcej podobnego rodzaju artefaktów kultury oraz pogłębioną analizę materiałów źródłowych, stanowiących trzon ich specjalizacji, przy udziale i pod nadzorem swoich mistrzów nabywają prawdopodobnie repetytorium bodźców, z których część zapewne pozostaje ukryta dla ich świadomej uwagi. Celowa praktyka nie ogranicza się do jednorodnego rodzaju treningu, lecz może występować pod wieloma postaciami. Jej skuteczność w wypracowywaniu intuicyjnych umiejętności eksperckich zależeć jednak będzie od spełnienia opisanych powyżej warunków.

37 Należy podkreślić, że mechanizmy intuicyjne mogą być zawodne, co pokazują analizy prowadzone w ramach paradygmatu „Heuristic and Biases”, skupiającego się na tak zwanych błędach poznawczych (D. Kahneman, G. Klein, *Conditions...*, s. 517). Jak pokazują liczne badania (dla przykładu zob. P.E. Meehl, *Clinical vs. statistical prediction: A theoretical analysis and a review of the evidence*, Minneapolis: Minnesota 1954; L.R. Goldberg, *Man versus model of man: A rationale, plus some evidence, for a method of improving on clinical inferences*, „Psychological Bulletin” 1970, nr. 73, s. 422–432; A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment...*, s. 1124–1131; D. Kahneman, S. Frederick, *Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment* (w:) T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (ed.),

dającą intuicję ekspercką w określonej gałęzi prawa. Odpowiadając więc na pytanie, czy i w jakich obszarach działalności prawniczej możliwe jest uzyskanie umiejętności eksperckich, należy poddać analizie określony rodzaj spraw prawnych oraz proces przyswajania przez prawników wiedzy o tych obszarach jurysprudencji.

4. Intuicyjne rozstrzyganie przypadków prawniczych

Jak wynika z przedstawionych badań, powstanie intuicji eksperckiej uzależnione jest od cech obszaru

Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment, New York: Cambridge 2002, s. 49–81) podczas podejmowania decyzji skłonności intuicyjne mogą prowadzić do wadliwych decyzji. Wadliwość decyzji intuicyjnych zaobserwować można również w domenie prawa, co pokazują m. in. badania dotyczące decyzji sędziowskich (zob. B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making*, „Personality and Social Psychology Bulletin” 2006, nr 32(2), s. 188–200; C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A. Wistrich, *Blinking...*, S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous...*). Co istotne, w niektórych przypadkach, jak choćby w odniesieniu do decyzji biznesowych podejmowanych w perspektywie długoterminowej, nie jest możliwe wypracowanie intuicyjnych umiejętności pozwalających na podejmowanie trafnych decyzji, gdyż, jak już zostało to zasygnalizowane w pracy, domenę taką cechuje nieprzewidywalność (D. Kahneman, *Thinking...*, s. 200 i n.). Specjaliści działający w takich dziedzinach mogą przejawiać fałszywe wyobrażenie o swoich zdolnościach i kwalifikować siebie jako ekspertów (H.J. Einhorn, R.M. Hogarth, *Confidence in judgment: Persistence of the illusion of validity*, „Psychological Review” 1978, nr 85, s. 395–416; D. Kahneman, *Thinking...*, s. 212 i n.).

decyzyjnego, którego ma ona dotyczyć. Z perspektywy nauk behawioralnych prawo nie wydaje się być wyjątkiem w tym zakresie³⁸. W przyjętym przez pracę pryzmacie psychologicznym bazę do analizy intuicji prawniczej mogą stanowić orzeczenia sądowe, rozstrzygające różnego rodzaju przypadki prawnicze, jak również analizy i kategoryzacje teoretycznoprawne. Przykładowo, Herbert Hart w swoich słynnych rozważaniach dotyczących związku pomiędzy prawem i moralnością wspomina o *core cases* oraz *penumbra cases*³⁹. Hart podaje przykład tego, co może zostać określone jako *core case* czy *penumbra case* w przypadku reguły ustanawiającej zakaz wjazdu pojazdów (*vehicles*) do parku. Oczywistym jest dla prawnika-pozytywisty, że jeżeli rozważymy, czy na gruncie tak skonstruowanej regulacji istnieje możliwość wjazdu do parku na rowerze, czy deskorolce, okaże się, że wydanie wyroku w danej sytuacji zależeć będzie od tego, czy pojęcie „pojazdu” dotyczyć będzie roweru czy deskorolki⁴⁰. Jeżeli jednak problem dotyczyć będzie wjazdu do parku samochodu osobowego, to – według

Harta – odpowiedź stanie się oczywista, ze względu na samo „brzmienie reguły” w języku, który ma na celu zakomunikować określoną normę pożądanego zachowania⁴¹. Samochody bez żadnych wątpliwości są pojazdami i nie powinny wjeżdżać do parku, jeżeli funkcjonuje reguła zakazująca wjazdu pojazdom. Rozumowanie Harta skupia się więc na pozytywistycznej interpretacji słów danej regulacji prawnej i ich znaczenia. Jak wiadomo, Hartowski pozytywno-językowy pogląd został skrytykowany przez Lona Fullera, który podniósł względem niego – między innymi – dwa psychologicznie interesujące zarzuty. Pierwszy z nich dotyczył pominięcia zarówno celu normy, jak i warunków kontekstowych danego zdarzenia jako czynników istotnie kształtujących procesy rozumowań odpowiadające za podjęcie rozstrzygnięcia w sprawach prawniczych. Drugi dotyczył prymatu nie regulacji, a mechanizmów myślowych prawnika odpowiadających za ukształtowanie decyzji w przypadkach prostych (*core cases*). Jak pisze Fuller:

If in some cases we seem to be able to apply the rule without asking what its purpose is, this is not because we can treat a directive arrangement as if it had no purpose. It is rather because, for example, whether the rule be intended to preserve quiet in the park, or to save carefree strollers from injury, we know, ‘without thinking’, that a noisy automobile must be excluded⁴².

Fuller nie tylko zauważa więc, że rozstrzygnięcie *core case* jest oczywistością nie ze względu na formalną doskonałość skonstruowanej reguły, lecz raczej poprzez jej cel i kontekst sprawy – co podkreśla istotność nabywanych przez prawników wzor-

38 Badania wymienione w poprzednim przypisie.

39 H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, „Harvard Law Review” 1957, nr 71, s. 607 i n.

40 Por. L. Morawski, *Wstęp do Prawoznawstwa*, wyd. 17, Toruń 2016, s. 154–157 i J. Stelmach, B. Brożek, *Metody Prawnicze*, Kraków 2006, s. 104–126. Warto w tym kontekście przytoczyć niezwykle interesujące badania naukowców Pontifical Catholic University w Rio de Janeiro, którzy przeprowadzili serię eksperymentów mających na celu zbadanie, czy u przeciętnego, niewykształconego prawnie człowieka większe znaczenie ma tekst reguły prawnej (Hart), czy też jej kontekst i cel normatywny (Fuller). Eksperymenty wykazały, że co do zasady to tekst językowy reguły pełni kluczową rolę przy określaniu zachowań od niej odbiegających. Jednak w warunkach faworyzujących spontaniczną interpretację reguły (np. przedstawienie wyłącznie opisu zachowania i tekstu regulacji) przeciętni odbiorcy przejawiają częstszą skłonność do poszukiwania jej moralnego kontekstu. Przedstawione badania rzucają interesującą perspektywę nie tylko dla filozoficznoprawnej dysputy między „tekstualizmem” Harta a „normatywnym kontekstualizmem” Fullera. Ich interpretacja w pryzmacie intuicyjnych podstaw decyzji moralnych (zob. rozdział 4) wydaje się również otwierać nowe zagadnienia dotyczące specyfiki intuicji prawniczej. Zobacz: N. Struchiner, I.R. Hannikainen, G. da F.C.F. de

Almeida, *An Experimental Guide to Vehicles in the Park*, „Judgment and Decision Making” 2020, nr 15(3), s. 312–329.

41 „If we are to communicate with each other at all, and if, as in the most elementary form of law, we are to express our intentions that a certain type of behavior be regulated by rules, then the general words we use – like “vehicle” in the case I consider – must have some standard instance in which no doubts are felt about its application” – H.L.A. Hart, *Positivism...*, s. 607.

42 L.L. Fuller, *Positivism and fidelity to law – A reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 1957, nr 71, s. 663.

ców działania. Wskazuje on ponadto na mechanizm myślowy odpowiadający za rozstrzygnięcie *core cases*, w którym prawnik od razu wie, bez potrzeby jakichkolwiek dodatkowych rozważań, w jaki sposób zastosować daną regułę. Fuller podkreśla, że wiedza ta wynika ze swoistego wewnętrznego przekonania o oczywistości zastosowania danej reguły w pew-

nie dostarczają, czyli „zawodzą”⁴³. Według niego, proste przypadki (*easy cases*) rozwiązywane są całkowicie na poziomie intuicji sędziowskiej. Jak pisze autor:

[...] These cases are easy because the judge's assessment of the case yields a clear and determinate outcome at an intuitive or pre-reflective level⁴⁴.

Wypracowana intuicja pozwala prawniczemu specjalście na błyskawiczne skonstruowanie „holistycznego osądu” dotyczącego danej sytuacji.

nym jej zakresie. Przekonanie to wynika jednak z doświadczenia prawnika, nie zaś z treści samego przepisu prawnego. Z punktu widzenia współczesnej psychologii behawioralnej Fuller, w przypadku *core cases* opisuje więc swoje introspekcyjne postrzeganie działania intuicji prawniczej. Konstrukcja i brzmienie regulacji, co wydaje się dziś oczywiste dla prawnika, nie są w stanie zapewnić pełnej pewności interpretacyjnej, czyli rozstrzygnąć każdą potencjalną sytuację objętą normowaniem w sposób niebudzący wątpliwości – zadanie to w pewnym zakresie wykonują sądy, tworząc utrwalone linie orzecznicze. Dla psychologa obeznanego z tematyką intuicji linie te, jeżeli wykazują odpowiednią regularność, stanowią wzorce zachowań, na podstawie których (po spełnieniu innych warunków) kształtować można intuicyjne umiejętności eksperckie. Finalna odpowiedź, jakiej udzieli prawnik w *core case*, będzie więc, w obrazie Fullera, oparta na jego indywidualnym zrozumieniu normy i systemu prawa, jednak nie będzie wynikiem stopniowego, analitycznego rozważania zaistniałego problemu, lecz błyskawicznego intuicyjnego osądu.

W naukach prawnych wyróżnienie *core cases* i *penumbra cases* bywa porównywane do podziału na przypadki proste i trudne. Tę ostatnią kategorię wykorzystuje Jonathan Crowe, dzieląc kategorie problemów prawnych na te, w których intuicja pozwala na znalezienie zdeterminowanego rozwiązania oraz te, w których mechanizmy intuicyjne takiej odpowiedzi

Wyjaśnienie fenomenu spraw prostych opiera się więc, według Crowe’a, na wewnętrznych aspektach psychologicznych sędziego czy prawnika – wypracowana intuicja pozwala prawniczemu specjalście na błyskawiczne skonstruowanie „holistycznego osądu” dotyczącego danej sytuacji⁴⁵. Oczywiście jest, że osąd

43 Crowe wyróżnia również kategorię „nie-całkiem-prostych przypadków” (*not-so-easy cases*, zob. J. Crowe, *Not-So-Easy Cases*, „Statute Law Review” 2018, nr 40(1), s. 75–86.). Różnica pomiędzy przypadkami prostymi, a „nie-całkiem-prostymi” polega na tym, że podczas gdy w przypadku tych pierwszych sędzia musi jedynie wyartykułować swoje intuicyjne rozstrzygnięcie, w tych drugich konieczne jest jednak przynajmniej częściowe wyjaśnienie przyczyn stawianego wyroku.

44 J. Crowe, *Not-So-Easy...*, s. 77.

45 „Holistyczność” intuicyjnych osądów przejawia się w „zapamiętywaniu” czynników najbardziej efektywnych, które wpłynęły na całokształt decyzji, i następnie wykorzystanie ich we wzorcach zachowań z uzasadnieniem dopasowywanym do podjętego już osądu. Jak pisze Crowe: „The kinds of intuitive judgments (...) seem to be irreducibly holistic in that they involve a combination of descriptive and normative factors. People confronted with ethically charged scenarios no doubt make intuitive judgments about the facts: they draw various inferences about what is going on in the situations described (including temporal ordering, causal relations, and so on). However, these intuitive assessments also seem to have an intrinsic normative component. It is

ten podlega stałej „racjonalnej” kontroli; przykładowo intuicyjne rozstrzygnięcie, iż samochód nie powinien wjechać do parku zostanie zakwestionowane przez racjonalną analizę po otrzymaniu informacji, że samochodem tym była jadąca na sygnale karetką pogotowia. Jednak, jeżeli przypadek pozostanie prostym – to jest nie nastręczy prawnikowi żadnych wątpliwości – pierwotne rozwiązanie intuicyjne pozostanie w mocy i umocni funkcjonujący wzorzec decyzyjny⁴⁶.

pozwalają prawnikowi zobaczyć drogę do satysfakcjonującego rozstrzygnięcia już na etapie zapoznawania się ze sprawą. Specjalista prawniczy, który wielokrotnie dokonywał procesu subsumpcji, rozumie znaczenie terminu „pojazd” w kontekście danej normy i powszechne zastosowanie nazwy „samochód osobowy” czy wreszcie rozstrzygał podobny przypadek podczas swojej kariery, automatycznie wykorzysta posiadane repetytorium powiązań, odtwarzając – nie



Specjalista prawniczy automatycznie wykorzysta posiadane repetytorium powiązań, odtwarzając – nie tworząc – odpowiednie wnioskowanie argumentacyjne. Wykorzystanie wyuczonych schematów myślowych pozwoli z kolei na błyskawiczne uzyskanie odpowiedzi w prostym przypadku.

Bazując na przedstawionych badaniach, można przedstawić propozycję wyjaśnienia, dlaczego proste przypadki mogą być rozstrzygane intuicyjnie. Wydaje się słuszne twierdzenie, iż dzieje się tak dlatego, że posiadają one dostrzegalne i przyswajalne regularności – wzorce danej dziedziny prawa. Wzorce te

not that people make a purely factual judgment and then use syllogistic reasoning to conclude that because the conduct involves a particular kind of fact scenario it must be ethically wrong. Rather, the subject's judgment of wrongness forms part of her initial reaction to the scenario" (J. Crowe, *Not-So-Easy...*, s. 78).

46 Crowe nie przywiązuje szczególnej uwagi do mechanizmów kierujących intuicyjnymi rozumowaniami prawniczymi – ogranicza się on do nazwania ich zbiorczo *holistic judgments* (zob. J. Crowe, *Not-So-Easy...*, s. 78 i n.). Tymczasem wydaje się, że to właśnie pogłębiona analiza myślowych mechanizmów powiązanych z intuicją pozwala na najlepsze wyjaśnienie umysłowej pracy prawnika. Zob. B. Brożek, *The Legal Mind. A New Introduction to Legal Epistemology*, Cambridge 2019, a także uwagi i źródła w przypisie 13 i 69.

tworząc – odpowiednie wnioskowanie argumentacyjne. Wykorzystanie wyuczonych schematów myślowych pozwoli z kolei na błyskawiczne uzyskanie odpowiedzi w prostym przypadku. Kluczowe dla dalszych rozważań pozostaje stwierdzenie, że prawnicze zdolności intuicyjne wywodzą się z powtarzalności, wzorców i regularności domenowych, które prawnik podczas nauki i praktyki uczy się wykorzystywać i adaptować⁴⁷. Innymi słowy, to cechy konkretnej dziedziny prawa – rodzaju spraw, jakimi prawnik będzie się zajmował – zdeterminują czy możliwe jest wypracowanie zdolności intuicyjnych⁴⁸.

47 Osobną kwestią pozostaje rola uniwersyteckiej edukacji prawniczej w specyfice współczesności. Na temat zastosowania niektórych metod praktycznego nauczania prawa w kontekście polskich uniwersytetów zob. F. Zoll, *Jaka szkoła prawa? Czy amerykańskie metody nauczania prawa mogą być przydatne w Polsce?* (Warszawa) 2004.

48 Nie wydaje się, oczywiście, że istnieją obszary prawa, w których intuicja w ogóle nie występuje. Tam jednak, gdzie

Część prawników, poprzez długoletnią praktykę i naukę, często wspomagana talentem, osiągnie umiejętności przewyższające nawet te, które posiadają inni specjaliści z dziedziny prawa⁴⁹. Najlepsi z nich osiągną zdolności intuicyjne pozwalające na nazwanie ich ekspertami⁵⁰. Dla przykładu Hutcheson, mówiąc o intuicyjnym podejmowaniu decyzji przez doświadczonych sędziów i prawników, opisuje ich jako ekspertów w swojej dziedzinie, porównywalnych do wybitnych detektywów i hazardzistów⁵¹. W swoich rozważaniach również Hage zauważają, że istnieją doświadczeni prawnicy, którzy oczami swojej intuicji natychmiast

nie zachodzą odpowiednie warunki środowiskowe, może ona okazać się jednak zawodna lub generująca poczucie fałszywych umiejętności eksperckich, zob. D. Kahneman, G. Klein, *Conditions...*, s. 521 i n. oraz B. Brożek, *Umysł...*, s. 47–58.

- 49 Rozróżnienie na specjalistów i ekspertów nie jest jedyną możliwością kwalifikacji w domenie prawniczej. Brożek (*Umysł...*, s. 44–46) mówi o „lepszych” i „gorszych” ekspertach, wskazując, że obie grupy wyróżniają się zdolnościami na tle ogólnospołecznym oraz posługują się podobnymi mechanizmami intuicyjnymi – niektórzy po prostu osiągają lepsze rezultaty i wykazują się lepszymi umiejętnościami. Taki model pojęciowy można określić mianem linearnego. Wyróżnienie pojęcia specjalisty i pojęcia eksperta – model dualistyczny – wydaje się jednak wartościowe w kontekście definiowania eksperta prawniczego poprzez wyróżnienie go właśnie przez grono prawniczych specjalistów, czyli za pomocą oceny specjalistycznej (*peer judgment* – zob. rozdział 2).
- 50 W naukach teoretycznoprawnych pojawiają się propozycje rozumienia eksperta prawniczego przez pryzmat intuicji – zob. następny przypis. Jak jednak zostało to już zasygnalizowane, prezentowana praca nie ma na celu poparcia redukcjonistycznej tezy o oparciu pojęcia „ekspert prawniczy” wyłącznie na zjawisku eksperckiej intuicji. Prezentowana analiza opisuje konkretne zjawiska psychologiczne, pozostawiając zarówno możliwość jej empirycznej weryfikacji, jak i całkowitą swobodę budowania siatki pojęciowej, nie promując żadnego przykładu tej ostatniej. Użyte w pracy określenia „ekspert prawniczy”, oparte na pojęciu intuicji eksperckiej – jak już zostało to wielokrotnie podkreślone – stosowane jest wyłącznie dla celów prezentowanej analizy i w zakresie jej rozważań.
- 51 J.C. Hutcheson Jr, *Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision*, „Cornell Law Review” 1929, nr 14(3), s. 274–288.

„widzą” rozwiązanie przypadku prawniczego, bez wcześniejszej potrzeby analizy normatywnej⁵². Niezwykle kompleksowej analizie rozumowań prawniczych przez pryzmat opartych na najnowszych badaniach kategorii psychologicznych dokonuje również Bartosz Brożek⁵³. Przedstawia on intuicję prawniczą jako zdolności do podejmowania szybkich decyzji bez ich analitycznego rozważania, w której skład wchodzi konkretne kategorie zjawisk psychologicznych, takich jak wgląd⁵⁴. Brożek podkreśla jednocześnie, że ekspercka intuicja prawnicza nie różni się w ogólnych założeniach od intuicji eksperckiej matematyków, hazardzistów czy detektywów. To stanowisko, w kontekście przytoczonych badań, wydaje się słuszne – niezależnie od domeny decyzyjnej, ludzkie mechanizmy intuicyjne opierają się o podobne schematy rozwoju i działania,

- 52 J.C. Hage, R.E. Leenes, A.R. Lodder, *Hard cases: a procedural approach*, „Artificial intelligence and law” 1993, nr 2(2), s. 114.
- 53 B. Brożek, *Umysł...*, s. 27 i n. Pod względem tematycznym analiza Brożka nie pozostaje osamotniona w polskiej teorii prawa – pojęcie intuicji prawniczej stanowi coraz częstszy przedmiot analiz polskich naukowców. Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja... prawnicza. W stronę zewnętrznej teorii integracji prawa*, Difin, Warszawa 2012; a także J. Stelmach, *Legal Instinct*, „Polish Law Review” 2017, nr 3(1), s. 147–153 oraz cytowaną tam literaturę. Polski wkład w rozwój rozważań teoretycznoprawnych na temat intuicji jest również dostrzegany w dyskursie międzynarodowym – zob. B. Brożek, *The Legal Mind. A New Introduction...*
- 54 Pojęcie wglądu (*insight*) odnosi się do zjawiska, polegającego na odnajdywaniu rozwiązania problemu, w którym pojawiły się trudności powodujące impas, to jest barierę powodującą niemożność dostrzeżenia ścieżki prowadzącej do jego rozwiązania. Przełamanie tej bariery, zazwyczaj odbywające się przy udziale naglej, silnej reakcji emocjonalnej, spowodowanej wyjściem z impasu, określone jest przez psychologów mianem uzyskania „wglądu”. Zob. S. Ohlsson, *Deep learning: How the mind overrides experience*, Cambridge 2012, s. 87–166; T. Zander, M. Öllinger, K.G. Volz, *Intuition and insight: two processes that build on each other or fundamentally differ?*, „Frontiers in psychology” 2016, nr 7(1395), s. 3 i n. Szerzej na temat wglądu w rozstrzyganiu przypadków prawniczych zob. B. Brożek, *Umysł...*, s. 59–68 i T. Zygmunt, *An intuitive approach to hard cases*, „Utrecht Law Review” 2020, nr 16(1), s. 21–38.

bazujące na heurystycznych sposobach rozwiązywania problemów, adaptacji wzorców zachowań i aktywności oraz zasobach pamięciowych pozwalających na przywoływanie ich poprzez odpowiednie bodźce. Jak już zostało to podkreślone wcześniej, nie wydaje się, aby sędziowie i inni prawnicy mieli stanowić wyjątek od tej reguły⁵⁵. Skoro więc intuicja prawnicza, a więc także ekspercka intuicja prawnicza, są po prostu różnymi typami intuicji, o ich specyfice stanowić będą w pierwszej kolejności cechy domeny prawa, w której prawnik operuje – w tym charakterystyka występujących w niej przypadków prawniczych.

Tak jak już zostało to wspomniane, do wykształcenia intuicji eksperckiej, oprócz naturalnie potrzebnych dla działania intuicji regularności i wzorców zachowań, konieczna jest forma treningu, określana jako celowa praktyka, czyli wykonywanie i weryfikowanie powtarzalnych czynności, nakierowanych na poprawę wybranych aspektów umiejętności. Oczywiście, tak jak zostało to podkreślone wcześniej, odpowiednio regularne środowisko decyzyjne oraz zaistnienie celowej praktyki są warunkami koniecznymi, acz niekoniecznie wystarczającymi do osiągnięcia statusu eksperta – niewątpliwie istotną rolę odgrywają chociażby indywidualne predyspozycje. Na tym etapie analizy uzasadnione wydaje się natomiast stwierdzenie, że osiągnięcie poziomu eksperckiego wydaje się możliwe w niektórych kategoriach przypadków prawniczych.

55 Kolejnym, osobnym wątkiem jest sposób wyróżniania ekspertów prawniczych spośród specjalistów. Z perspektywy nauk behawioralnych, interesującym rozwiązaniem wydaje się omówiona wcześniej, stosowana przez przedstawicieli ruchu Naturalistic Decision Making „ocena specjalistyczna” – zob. D. Kahneman, G. Klein, *Conditions...*, s. 519. Stosując model dualistyczny – oddzielenie specjalistów i ekspertów – przykład takiej oceny w stosunku do domeny prawa nieświadomie podaje Cole pisząc: „Each individual must be someone who is acknowledged by the legal community, within which he or she practices, to be expert in his or her area(s) of concentration” (L.R. Cole, *Training...*, s. 164). Pozostaje pytanie jakie przesłanki, użyte do wyróżnienia najlepszych specjalistów do grona ekspertów danej dziedziny prawa spełniłyby założenie obiektywności oceny specjalistycznej naturalistów. Wątek ten wydaje się wartościowym tematem dla przyszłych analiz dotyczących prawniczych ekspertów.

5. Intuicja ekspercka, a trudne przypadki prawnicze

Jak wynika z poprzedniego punktu, możliwość intuicyjnego rozstrzygnięcia przypadków prawniczych została już dostrzeżona przez teoretyków prawa i zaaplikowana do rozważań na temat rozumowań prawniczych. W świetle obecnych badań i wiedzy dotyczącej intuicji eksperckiej, problemem istotniejszym wydaje się jednak tematyka rodzajów spraw, które wymykają się intuicji prawniczej, a więc również prawniczej eksperckości. W pryzmacie przyjętej perspektywy psychologicznej będą to przypadki prawnicze, co do których nie można przeprowadzić treningu w formie celowej praktyki – trening taki, jak już zostało to podkreślone, jest warunkiem koniecznym dla uzyskania umiejętności eksperckich. Przypadki takie, przy przyjęciu klasyfikacji przypadków prostych jako tych, które są rozstrzygane przez mechanizmy intuicyjne, można preliminarnie określić trudnymi. Należy jednak podkreślić, że termin „hard case” ma swoje odrębne znaczenie w teorii prawa i był przedmiotem szerokiego dyskursu. Poniżej przedstawiono jedynie jego załączek, istotny w perspektywie prezentowanej analizy.

Określenie „trudny przypadek prawniczy” zazwyczaj używane jest przez prawników w dwóch podstawowych znaczeniach. Pierwsze z nich można określić mianem potocznego – odnosi się ono do spraw, które ze względu na wysoki stopień skomplikowania i złożoności, stanowią logistyczne wyzwanie dla specjalistów z dziedziny prawa⁵⁶. Drugie z wymienionych znaczeń ma charakter teoretycznoprawny i swoje źródło językowe wywodzi z anglojęzycznego terminu *hard case*. Termin ten, zakorzeniony w tradycji *common law*, odnosi się do szczególnych spraw sądowych i prawniczych, które w obszarze swoich systemów prawnych, pozostawały unikalne w swojej materii normatywnej⁵⁷.

56 Przypadki te można określić mianem „trudnych” w znaczeniu, dla przykładu: ilości materiału dowodowego, skomplikowania materii faktycznej lub prawnej sprawy czy też specjalistycznego jej charakteru, wymagającego zrozumienia fachowej terminologii lub procesów jej odpowiadających. Definicja *the difficult case* w J.C. Hage, R.E. Leenes, A.R. Lodder, *Hard cases: a procedural...*, s. 2.

57 Przez pojęcie „unikalny” przyjmując takie rozumienie tego rodzaju przypadków prawniczych, które pozwala wyróżnić problemy normatywne niebędące dotychczas rozwiązywane

Przypadki te były często rozstrzygane przez sądy najwyższej instancji, jak również pozostawały przedmiotem licznych analiz teoretycznoprawnych⁵⁸. Trudne przypadki w drugim prezentowanym tutaj rozumieniu stwarzały liczne pola do analiz normatywnych. Dla przykładu, pojęcie i rozumienie trudnego przypadku stanowiło trzon dyskusji pomiędzy wspomnianym już Herbertem Hartem i Ronaldem Dworkinem. Hart w swoich przemyśleniach wyróżniał dwa zasadnicze „typy” trudnych przypadków: te, co do których specjaliści prawniczy przedstawiali różne opinie, dotyczące ich rozwiązania, oraz te, które pozostawały dla niego „niemożliwe do rozwiązania” na gruncie „czysto prawniczym”. W tym drugim przypadku, według Harta, system prawny pozostawał nieskuteczny czy też niewystarczający, gdyż nie potrafił wygenerować odpowiednich reguł postępowania dla zaistniałej sytuacji faktycznej⁵⁹. Hart udziela jednak odpowiedzi na pytanie „co powinien zrobić sędzia w przypadku, gdy nie istnieje określona reguła kierująca jego postępowaniem”. Odpowiedź ta skupia się na pojęciu „dyskrecjonalnej władzy sędziego” – według Harta, rola sędziego w przypadku trudnym sprowadza się do wytworzenia „najlepszej moralnej decyzji, opartej na najważniejszych wartościach, jakimi dysponuje”⁶⁰. Innymi słowy, to sędzia i jego indywidualne przekonania pozwalają na „domknięcie” systemu prawa w przypadkach trudnych. Odminną opinię przedsta-

wił w rozważanym temacie Ronald Dworkin, według którego nie ma potrzeby „domykania systemu prawa” za pomocą dyskrecjonalności sędziowskiej – system prawa pozostaje kompletny i zamknięty bez względu na przypadek prawniczy. Dla Dworkina trudny przypadek powstaje wtedy gdy „żadna reguła prawna nie określa decyzji orzeczniczej”, jednak sędzia w wydaniu wyroku nie pozostaje sam ze swoimi przekonaniem. Wyrok w takiej sprawie powinien być wydany na podstawie „zasad” czy *policies* stanowiących integralną część systemu obowiązującego prawa⁶¹. Wedle Dworkina nie ma więc sytuacji, w których sędzia musi wyjść poza granice prawa, tak jak to sugerował Hart. Problemy generowane przez trudne przypadki są zakorzenione nie w niekompletności systemu, lecz w niedoskonałości ludzkiego umysłu sędziego, który – w przeciwieństwie do Dworkinowskiego sędziego Herkulesa – nie ma pełnej wiedzy o domenie prawniczej.

Należy podkreślić, że celem rozważań Harta i Dworkina była próba odpowiedzi na pytanie „czym tak naprawdę jest prawo” i gdzie są jego granice. Była więc to dyskusja o znaczeniu fundamentalnym dla całej teorii prawa, jednak jedną z jej zasadniczych kwestii było niewątpliwie pojęcie trudnego przypadku. To na gruncie tych faktów społecznych, generujących zagadnienia normatywne, w których zderza się interpretacja znaczenia reguł prawnych, cel i kontekst norm czy wreszcie moralność, Hart i Dworkin konstruowali swoje rozumienia prawa jako dziedziny społecznej, normatywnej i pragmatycznej. Za właściwe może więc zostać uznane określenie problematyki trudnych przypadków prawniczych jako kluczowych dla teorii prawa – potwierdzają to liczne próby zdefiniowania i omówienia tych ostatnich⁶². Na dodatkowe

na gruncie orzeczniczym czy teoretycznoprawnym, jak również te z nich, które zostały już poddane weryfikacji przez praktyków prawniczych, ale przyjęte rozwiązanie zostało zakwestionowane przez innych przedstawicieli domeny. Innymi słowy, termin „unikalny” symbolizuje kategorię problemu normatywnego, która w okresie jego procedowania, nie znalazła jeszcze rozwiązania na gruncie obowiązującego systemu prawa.

58 Przykładami takich spraw, najbardziej znanych w prawniczym środowisku międzynarodowym, są między innymi: *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889), *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, [1931] UKHL 3, 1932 SC (HL) 31, [1932] UKHL 100, *Re Wünsche Handelsgesellschaft* (22 October 1986) BVerfGE (*Solange II*).

59 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 2012 (pierwsza edycja 1961), s. 252 i n.

60 H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 254.

61 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, s. 83.

62 Zob. A.V.D.L. Gardner, *An artificial intelligence approach to legal reasoning*, Stanford 1984, s. 38–66; L. Green, D.R. Mehr, *What alters physicians' decisions to admit to the coronary care unit?*, „Journal of Family Practice” 1997, nr 45(3), s. 219–226; G. Gigerenzer, S. Kurzenehauser, *Fast and frugal heuristics in medical decision making* (w:) R. Bibace (ed.), *Science and medicine in dialogue: Thinking through particulars and universals*, Greenwood Publishing Group 2005, s. 3–15; R.E. Susskind, *Expert systems in law: a jurisprudential inquiry*, Clarendon 1987, s. 196 i n.; J.C. Hage, R.E. Leenes, A.R. Lodder, *Hard cases: a procedural...*, s. 148, 150.

wyszczególnienie wydaje się zasługiwać oparcie definicji trudnych przypadków na pojęciu „nieokreśloności” (*indetermination*) w domenie prawa. Pojęcie to, na gruncie rozważań dotyczących trudnych przypadków, pozostaje różnicowane w jego rozumieniu. Dla przykładu, Berman i Hafner wskazują, że trudny przypadek prawniczy jest „nieokreślony” (*indeterminate*) w sytuacji, w której na gruncie tych samych reguł i faktów możliwe jest uzasadnienie dwóch odmiennych rozstrzygnięć⁶³. Bardziej złożony pogląd wydaje się przedstawiać Leiter, wskazując, że „powiedzieć, że dane prawo pozostaje nieokreślone, jest równoznaczne z potwierdzeniem, że źródła tego prawa oraz uznane procedury interpretacyjne i reguły rozumowań argumentacyjnych pozostają nieokreślone”⁶⁴. Powyższe czynniki stanowią dla Leitera źródła, które jeżeli nie determinują rozstrzygnięcia określonego przypadku, pozwalają na stwierdzenie, że jest on nieokreślony⁶⁵. Jeżeli więc trudny przypadek określimy jako niezdeteterminowany, koncepcja Bermiana i Hafnera będzie wydawać się znacząco różna od tej przedstawionej przez Leitera, co utrudni wyklarowanie koherentnej definicji. Z perspektywy badań nad intuicją, wszystkie powyższe teorie posiadają jednak część wspólną – odnoszą się do sfery wewnętrznych rozstrzygnięć praktyków prawniczych, opartych nie tylko na czysto językowej interpretacji reguły prawnej, lecz również na efektach subiektywnej interpretacji stanu faktycznego i normatywnego. Rozumienie zarówno zastanej rzeczywistości faktycznej, jak i funkcjonowania odpowiadającej mu regulacji normatywnej, będzie, jak już to zostało wskazane, dziełem wykształconej intuicji prawnika.

Przykładem działania prawniczych intuicyjnych mechanizmów myślowych w przypadkach „zdeteterminowanych” będzie zarówno Fullerowski hałasujący samochód, jak również osadzone w tradycji pozytywistycznej orzeczenie *Owens vs Owens*⁶⁶. W wyroku tym sędziowie musieli zadecydować czy byłej żonie

zamordowanego męża należy się część spadku po nim, pomimo faktu, że uczestniczyła ona w jego morderstwie. Wychowani w XIX-wiecznej tradycji pozytywistycznej prawnicy orzekli, że będąc jedynie „ustami ustawy”, nie mogą decydować o moralnej trafności reguł. Ich intuicja wskazywała na rozwiązanie wynikające bezpośrednio z uznanej przez nich treści prawa – żonie przyznano część spadku, choć została również skazana karnie. W ten sposób wypracowany wzorzec rozdziału prawa i moralności, biorąc pod uwagę ilość i konsekwencję praktyki wymienionych sędziów, prawdopodobnie doprowadzony do poziomu eksperckiego, mógł zostać wdrożony do nowego stanu faktycznego⁶⁷. Oczywistym jest, iż mało który problem prawny będzie mógł być rozwiązany wyłącznie za pomocą mechanizmów intuicyjnych, biorąc pod uwagę chociażby konieczność zadośćuczynienia przewidzianym prawnie procedurom. Co więcej, nawet w limitowanym ściśle wydzieloną gałęzią prawa środowisku decyzyjnym – dla przykładu, specjalizując się w prawie ubezpieczeń od wypadków drogowych z udziałem pojazdów mechanicznych – może pojawić się przypadek, w którym prawnik nie będzie mógł polegać wyłącznie na przyswojonych wzorcach. Wypracowane umiejętności eksperckie umożliwią mu jednak dostrzeżenie istniejących podobieństw i odnalezienie analogii z dostępną dla niego wiedzą, ułatwiając osiągnięcie końcowego efektu w postaci zgodnego z prawem rozstrzygnięcia przypadku⁶⁸. Natomiast w niezdeteterminowanym

67 Biorąc pod uwagę doświadczenie i konieczną praktykę orzecznictwa orzekających w przedmiotowej sprawie sędziów, a także konsystencję koncepcji pozytywistycznego stosowania prawa, można założyć, że podczas ich (sędziów) edukacji zawodowej zaistniała mogła celowa praktyka.

68 Dobrym przykładem, biorąc pod uwagę ubezpieczenia od wypadków drogowych z udziałem pojazdów mechanicznych, jest wprowadzanie do ruchu samochodów autonomicznych. Prawniki rozwiązujący przypadek z takim pojazdem będzie prawdopodobnie dysponował bogatym asortymentem umiejętności już nabytych – chociażby w zakresie badania uszczerbku zdrowotnego, jakiego może dokonać pojazd mechaniczny, którego gabaryty ani moc nie pozostają w znaczącym odstępstwie od samochodów nieautonomicznych. Jednocześnie, intuicyjne umiejętności specjalistyczne nie dostarczą odpowiednich wzorców, pozwalających na kwalifikację odpowiedzialności, ponieważ klasyczny model

63 D.H. Berman, C.D. Hafner, *Indeterminacy: A Challenge to Logic-based Models of Legal Reasoning*, „International Review of Law, Computers & Technology” 1987, nr 3(1), s. 1–35.

64 B. Leiter, *Legal Indeterminacy*, „Legal Theory” 1995, nr 1(4), s. 481–492.

65 Ibid., s. 481.

66 *Owens v. Owens*, 6 S.E. 794 (N.C. 1888).

minowanych przypadkach prawniczych, mechanizmy intuicyjne, nawet wspomagane analitycznie, mogą okazać się zawodne⁶⁹. Przykłady takich spraw, jak

teryzują się brakiem dostępności wzorców działania, które pozwoliłyby zdeterminować końcową odpowiedź na postawiony problem prawny.

W niezdeterminowanych przypadkach prawniczych, mechanizmy intuicyjne, nawet wspomagane analitycznie, mogą okazać się zawodne. Przykłady takich spraw charakteryzują się brakiem dostępności wzorców działania, które pozwoliłyby zdeterminować końcową odpowiedź na postawiony problem prawny.

choćby przytoczone już orzeczenie w sprawie *Riggs vs Palmer* czy znacznie nowsze orzeczenie w sprawie możliwości jednostronnego odwołania oświadczenia o zamiarze opuszczenia Unii Europejskiej⁷⁰, charak-

Dwie wyżej wymienione sprawy ukazują odmienne przyczyny zawodności intuicji oraz intuicji eksperckiej w trudnych przypadkach. Kазus możliwego wycofania się z tzw. Brexitu jest sprawą absolutnie precedensową. Oczywiście, wiele istotnych części składowych danego wyroku (nadzędność prawa unijnych traktatów, wyłączność interpretacyjna Trybunału, inne zasady prawa Unii) mogło być przedmiotem intuicji specjalistów prawnych w dziedzinie stosowania prawa unijnego, jednak nie końcowe rozstrzygnięcie – nie jest bowiem możliwe ani bezpośrednie ani analogiczne wyuczenie się wzorca odpowiedniego zachowania w przypadku sprawy, która wprowadza całkowicie nowy problem normatywny. Z kolei przypadku sprawy *Riggs vs Palmer* – podobnie jak w sprawie *Owens vs Owens* – po raz kolejny pierwszoplanową rolę odgrywała prawnicza i prawdopodobnie ekspercka intuicja natury pozytywistycznej. Dyktowana przez nią odpowiedź (przyznanie spadku mordercy spadkobiercy) wygenerowała jednak silną, zakorzoną głęboko w aksjologicznych podstawach systemu prawnego „kontrintuicję” natury moralnej⁷¹. Przyjęty wzorzec

właściwego zachowania kierującego nie będzie mógł zostać bezpośrednio zaimplementowany.

69 Istnieją jednak mechanizmy myślowe, które możliwe mogą posłużyć za psychologiczne podłoże do wyjaśnienia działania rozumowań prawniczych w tego rodzaju trudnych przypadkach – jednym z nich jest wspomniane już zjawisko wglądu (*insight*, zob. S.M. McCrea, *Intuition, insight, and the right hemisphere: Emergence of higher sociocognitive functions*, „Psychology research and behavior management” 2010, nr 3, s. 1–39; J. Kounios, M. Beeman, *The cognitive neuroscience of insight*, „Annual review of psychology” 2014, nr 65, s. 71–93; S. Ohlsson, *Deep learning...*, s. 82 i n.; T. Zander, M. Öllinger, K.G. Volz, *Intuition and insight...*, s. 3–4; B. Brożek, *Umysł...*, s. 59–68). Trudno natomiast odpowiedzieć na pytanie, czy wgląd należy klasyfikować jako mechanizm intuicyjny (G.P. Hodgkinson, J. Langan-Fox, E. Sadler-Smith, *Intuition: A fundamental bridging construct in the behavioural sciences*, „British Journal of Psychology” 2008, nr 99(1), s. 1–27., s. 3 i n.), czy też jako oddzielne zjawisko (T. Zander, M. Öllinger, K.G. Volz, *Intuition and insight...*, s. 6 i n.; B. Brożek, *Umysł...*, s. 59–68).

70 Zob. sprawa C-621/18 (*Wightman i in.*) Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

71 Rozstrzygnięcie czysto pozytywistyczne nakazywało przyznanie Elmerowi Palmerowi spadku po dziadku, którego Elmer zamordował. Przeważała jednak uznana przez sędziów za obowiązującą niepisana norma, niepozwalająca czer-

działania powodował więc niepożądane efekty, co uaktywniło jego „racjonalną” weryfikację. W obu wspomnianych przypadkach (choć z różnych powodów) system prawny nie potrafił dostarczyć jedynego właściwego rozwiązania problemu prawnego. Z perspektywy domeny decyzyjnej można więc stwierdzić, że w danym obszarze nie istniały regularności pozwalające na wypracowanie rozstrzygających mechanizmów intuicyjnych⁷². Profesjonalista prawniczy, a tym bardziej ekspert, nie będzie oczywiście bezradny w takich przypadkach – jego wiedza dostarczy wielu przydatnych argumentów dla uzyskania końcowego rozstrzygnięcia. Nie będzie on jednak w stanie określić jednego rozwiązania problemu prawnego, które – w zgodzie z jego prawniczą intuicją – bezwzględnie przeważa nad innymi.

Na obecnym etapie rozważań wyróżnić można więc dwa rodzaje spraw, w których nie jest możliwe wypracowanie intuicji eksperckiej. Pierwsze są przypadki prawnicze generujące całkowicie nowe problemy normatywne. Przyczyna braku możliwości wypracowania umiejętności eksperckich wydaje się w ich przypadku oczywista: w tego typu sytuacjach nie istnieje mechanizm, który pozwalałby na zaadaptowanie odpowiednich wzorców prawniczych zachowań poprzez celową praktykę, gdyż nie ma możliwości uzyskania informacji zwrotnej, dotyczącej efektów wybranej próby rozstrzygnięcia⁷³. W momencie rozstrzygania sprawy C-621/18 nie było specjalisty prawnego, który okre-

śliłby bezsporne rozwiązanie problemu wycofania notyfikacji Państwa Członkowskiego na wyjście ze wspólnoty, gdyż sytuacja taka nie miała swoich odpowiedników w dotychczasowej praktyce prawniczej. Brak odpowiedniej informacji zwrotnej będzie więc wykluczał możliwość stosowania celowej praktyki, a więc uzyskania umiejętności eksperckich. Z punktu widzenia psychologicznej analizy prawniczej intuicji eksperckiej, znacznie bardziej złożony problem generowany jest przez drugi typ niezdeteminowanych przypadków prawniczych. Wydaje się bowiem, że w sprawach *Riggs vs Palmer* i *Owens vs Owens* można przyjąć stwierdzenie, że rozstrzygane były przez prawniczych ekspertów. Biorąc pod uwagę ścieżkę edukacyjną sędziów zarówno sądu nowojorskiego (*Riggs vs Palmer*), jak i sądu Karoliny Północnej (*Owens vs Owens*), prawdopodobne wydaje się również założenie o zaistnieniu procesu uczenia się w postaci celowej praktyki: XIX-wieczna tradycja pozytywistyczna była przedmiotem nauczania zarówno w postaci akademickiej, jak i podczas zawodowej praktyki, oraz opierała się na spójnym przekazie interpretacji i stosowania prawa, opartych na literalnym brzmieniu reguły oraz rozdziale prawa i moralności. Wydaje się więc, że w ujęciu systemowym pozytywizm mógł generować regularne środowisko decyzyjne, a biorąc pod uwagę doświadczenie praktyczne sędziów sądu nowojorskiego i sądu Karoliny Północnej, można domniemywać eksperckość poziomu ich umiejętności. Powstaje więc pytanie, dlaczego rozstrzygnięcia wspomnianych spraw okazały się odmienne. Z punktu widzenia mechanizmów intuicyjnych rozstrzygnięcie sprawy *Owens vs Owens* pozostało w zgodzie z rozwiązaniem przewidywanym czy też sugerowanym przez prawnicze, intuicyjne zdolności eksperckie. Czemu więc podobna sprawa wymknęła się tym zdolnościom w przypadku *Riggs vs Palmer*?

Odpowiedź wydaje się być ukryta w intuicyjnym rozumieniu moralności. Konflikty moralne i etyczne są naturalną i nierozwiązywalną materią prawniczej codzienności, nad którą nie od dziś głowią się teoretycy i praktycy⁷⁴. Związek prawa i moralności pozostaje nie

pać korzyści z czynionego bezprawia. Porównaj: *Owens vs Owens*... s. 203 i n., *Riggs vs Palmer*... s. 514 i n.

72 Podobnie specjalista w dziedzinie pożarnictwa nie zobaczy błyskawicznego rozwiązania w przypadku pożaru substancji o właściwościach podtrzymywania lub rozprzestrzeniania ognia, o których nie miał wiedzy. Mechanizmy intuicyjne okażą się zawodne zarówno tam, gdzie następuje odstępstwo od wzorca, jak również w przypadkach, gdzie wzorzec nie istnieje (z powodu braku podobnych sytuacji decyzyjnych nigdy nie został wypracowany).

73 Takie rozumienie wydaje się pozwalać na przyjęcie definicji trudnych przypadków, opartej na występujących w danej sprawie mechanizmach intuicyjnych. Trudnymi przypadkami byłyby więc te sprawy, w których nie może zaistnieć celowa praktyka, a więc nie można wypracować co do nich intuicji eksperckiej. Porównaj z: J. Crowe, *Not-So-Easy*..., s. 82 i n.

74 Dla ogólnego przeglądu literatury obrazującej wspomnianą tematykę zob. J. Bentham, *An introduction to the principles of morals*, London: Athlone 1789; J. Finnis, *Natural law and*

tylko przedmiotem ogólnoteoretycznych rozważań, lecz również i praktyki prawniczej, w szczególności gdy dotyczy ona społecznie istotnych kwestii⁷⁵. Trudno rozstrzygnąć czy to system prawa wytwarza środowisko sprzyjające pojawianiu się konfliktów moralnych, czy też pewien poziom istotności społecznej danego problemu etycznego wymusza niejako rozstrzygnięcie go na gruncie domeny prawniczej⁷⁶. Teza o obecności i istotności tego rodzaju spraw w prawnej rzeczywistości praktycznej, jak również w sferze teoretycznej, nie wydaje się jednak nastrożać znaczących wątpliwości. W pryzmacie rozważań teoretycznoprawnych, usprawiedliwione wydaje się wrażenie obecności dwóch stanowisk, dotyczących omawianego zjawiska: zwolenników silnego rozdzielenia materii prawa i moralności oraz przeciwników „czysto deskryptywnego” postrzegania prawa. Jak pisze Julie Dickson:

„One main reason why I regard the question underlying the is/ought distinction — can you have an adequate account of law «as it is» which is distinct from an account of how it ought to be? — as problematic, is because it assumes that opinion on this issue is divided into just two methodological camps. This both fails to do justice to the complexity of the meta-theoretical issues which the question is intended to address, and often leads to serious misrepresentations of the views of some legal theorists. The

natural rights, Oxford 2011 (pierwsza edycja 1980); J. Raz, *Authority, law and morality*, „The Monist” 1985, nr 68(3), s. 295–324. Zob. także J. Dickson, *Evaluation and legal theory*, Bloomsbury Publishing 2001 oraz cytowane tam źródła.

75 Dla przykładu porównaj orzeczenia w dwóch sprawach dotyczących segregacji rasowej w USA: *Plessy vs Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) oraz *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

76 Problematyka ta wydaje się istotna z punktu widzenia tworzenia teorii prawniczych dotyczących przypadków opartych na konfliktach moralnych. Wydaje się bowiem, że przyjęcie określonego stanowiska w powyższej kwestii implikuje określone założenia dotyczące kreacji teorii prawniczych – zob. uwagi Posnera na temat rozumowania *top-down* i *bottom-up* w domenie prawniczej: R.A. Posner, *Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights*, „The University of Chicago Law Review” 1992, nr 59(1), s. 433–450.

two camps are sometimes dubbed «descriptive» and «normative» jurisprudence respectively, with those who would answer the above question in the affirmative allegedly falling into the former camp (e.g. Bentham, Austin, Hart, Kelsen, and Raz), and those answering in the negative (e.g. Finnis and Dworkin) being placed in the latter”⁷⁷.

Wspomniane dwa podejścia można w znacznym uproszczeniu określić „pozytywistycznym” i „anty-pozytywistycznym”. To pierwsze podejmuje wyzwanie czysto deskryptywnego ujęcia prawa. Zadbanie o ewentualny związek pomiędzy prawem i moralnością jest tutaj odpowiedzialnością prawodawcy, a nie sędziego. Drugie podejście stawia natomiast sędziów w roli ostatnich strażników sprawiedliwości systemu prawnego. Z punktu widzenia psychologii behawioralnej, kluczowe pozostaje pytanie o mechanizmy odpowiadające za rozstrzygnięcia w tych sprawach prawniczych, w których pojawiają się kwestie natury moralnej. Osądy i rozstrzygnięcia prawników – również ekspertów – w tego typu przypadkach także nie pozostają wolne od działań intuicji. Przy podejmowaniu decyzji etycznych mechanizmy intuicyjne odgrywają znaczącą rolę⁷⁸. Oczywiście jest również, że sędzia przy wydawaniu decyzji nie pozostaje wolny od własnych przeżyć, doświadczeń i wypracowanych wzorców zachowawczych ich dotyczących. Podobnie, jak już zostało to podkreślone, intuicyjny proces decyzyjny sędziego poddany zostanie weryfikacji „rozważnego” systemu⁷⁹. Jednocześnie podejmowane decyzje prawnicze będą podlegały „racjonalnemu” wartościowaniu w pryzmacie wiedzy, jaką adept prawniczy otrzymał w procesie kształcenia. Innymi słowy, przykładowy prawnik-sędzia będzie dokonywał *quasi*-moralnej ewaluacji swoich decyzji poprzez ocenę ich dopa-

77 J. Dickson, *Evaluation...*, s. 30. Dickson odrzuca jednak wspomniany podział jako „nadmiernie uproszczony” oraz „nieodzwierciedlający istotnych rozróżnień metodologicznych”.

78 Wydają się to potwierdzać również badania eksperymentalne – zob. J. Haidt, *The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*, „Psychological review” 2001, nr 108(4), s. 814–834; tegoż autora: *The new synthesis in moral psychology*, „Science” 2007, nr 316(5827), s. 998 i n.

79 D. Kahneman, *Thinking...*, s. 39 i n.

sowania do przyswojonych sposobów praktycznego wykonywania prawa. Tego typu uzasadnianie *ex post* pozostanie oczywiście subiektywne.⁸⁰ Działalność taka wykreuje w konsekwencji wzorce zachowań „moralnie właściwych” oraz „moralnie niewłaściwych” – będą one efektem zarówno pierwotnego uzasadnienia przyjętego modelu funkcjonowania w określonym systemie prawa, jak i pozytywnej weryfikacji samej prawniczej aktywności praktycznej⁸¹. Co jednak pozostaje kluczowe dla prezentowanej analizy, intuicyjne decyzje prawnicze w przypadkach łączących problematykę prawa i moralności napotkać mogą swoistą „kontrintuicję” natury moralnej. Co więcej, biorąc pod uwagę siłę moralnych przekonań oraz chęć domknięcia poznawczego, można założyć, że obie te intuicje – moralna i prawnicza – będą miały charakter ekspercki⁸².

Sytuacja mająca miejsce w przypadku orzeczeń *Owens vs Owens* oraz *Riggs vs Palmer* została wygenerowana przez konflikt dwóch wizji prawa. Pierwsza z nich, pozytywistyczna, odżegnywała się od samowoli sędziowskiej poprzez zapewnienie ślepego posłuszeństwa wykonawców wymiaru sprawiedliwości, podczas gdy druga, antypozytywistyczna, widziała w nich strażników sprawiedliwości tam, gdzie prawo pozytywne godziło w jej fundamenty. Dylemat ten do dziś nie został rozstrzygnięty – innymi słowy, w domenie prawniczej nie istnieje obiektywny standard, pozwalający rozstrzygnąć, czy właściwe było rozstrzygnięcie „pozytywistyczne” w sprawie *Owens vs Owens*, czy też odchodzące od literalnej wykładni *Riggs vs Palmer*. Dlatego właśnie drugi z wspomnianych typów niezdeteterminowanych przypadków prawniczych nie pozwala na wykształcenie eksperckiej intuicji – poprzez brak obiektywnego standardu rozwiązań problemów prawno-etycznych

nie można odpowiednio ewaluować różnych ich rozwiązań, czyli nie można zastosować nauki opartej na formie celowej praktyki⁸³.

Jak pokazuje sprawa *Riggs vs Palmer*, pomimo spójnej intuicji pozytywistycznej, prawnicze rozstrzygnięcie może wzbudzić na tyle silny opór moralny, iż przełamie dotychczasową linię orzecznictwą. Nie umniejsza to znaczenia intuicji prawniczej, gdyż w znakomitej większości przypadków będzie ona skuteczna. Edukacja i praktyka prawnicza nie jest natomiast w stanie wyklarować prawniczej intuicji eksperckiej, zdolnej pokryć wszystkie relewantne prawnie, możliwe i potencjalne konflikty społeczne, nacechowane silnymi odniesieniami moralnymi. Przyczyną tego stanu jest brak odpowiedniego standardu normatywnego, mogącego każdorazowo zapewnić zdeterminowane rozstrzygnięcie w przypadkach kreujących sprzeczne intuicje moralne i prawne. W tym miejscu należy odnieść się do dwóch potencjalnych zarzutów, mających pozorne odniesienie do przedstawionych rozważań. Pierwszy z nich dotyczy promowania deterministycznej wizji systemu prawa, drugi natomiast – ograniczonego doboru rodzajów przypadków prawniczych. Rozwiewając wątpliwości dotyczące pierwszego zarzutu, należy określić go jako nieporozumienie. Powyższe rozważania w żadnym miejscu nie promują – jeżeli byłoby to w ogóle możliwe – wyznaczenia obiektywnego standardu rozstrzygania spraw o problematyce prawno-moralnej. Praca ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że taki standard byłby konieczny do zaistnienia celowej praktyki, umożliwiającej nabycie intuicyjnych umiejętności eksperckich. Nie podlega analizie wątek możliwości czy też przydatności takiego rozwiązania. Również drugi zarzut należy rozpatrzyć w kontekście celów przedstawionej analizy. Praca argumentuje na rzecz tezy, że rodzaj intuicji eksperckiej oparty na regularności domenowej i treningu w postaci celowej praktyki nie może zaistnieć w niektórych typach trudnych przypadków prawniczych – jednocześnie

80 Uzasadnienie własnego wyboru wynika z naturalnego dążenia ludzkiego umysłu do tzw. pewności poznawczej – stanu nienastręczającego wątpliwości, zob. B. Brożek, *The Legal...*, s. 36–37.

81 Oczywiście, na ostateczny kształt danych wzorców zachowań (decyzji prawniczych) „moralnie właściwych” i „moralnie niewłaściwych” wpływać będzie nie tylko edukacja prawnicza danego podmiotu, ale też poglądy życiowe, relacje międzyludzkie oraz innego rodzaju relewantne przekonania natury etycznej czy światopoglądowej.

82 Zob. przypis 78 i 80.

83 W przeciwieństwie do Crowe’a (*Not-So-Easy...*, s. 75–76, 82–84) poniższa praca nie promuje tezy o zawodności prawniczej intuicji w trudnych przypadkach. Przykładem działania *quasi*-intuicyjnych mechanizmów umysłu prawniczego w sprawach niezdeteterminowanych może być wspomniany wyżej wgląd – zob. przypis 46, 54 i 69.

możliwe wydaje się jego zaistnienie w przypadkach prostych. Oczywiście pozostaje, że podane dwa typy przypadków prawniczych nie pokrywają całości kategorii *hard cases*, co potwierdzają źródła przytoczone w rozdziale 4. Wydaje się jednak, że trudne przypadki prawnicze, charakteryzujące się nowym problemem normatywnym czy też generowaniem dwóch sprzecznych intuicji – prawnej i moralnej – stanowią istotną część trudnych przypadków prawniczych, o czym również świadczą przytoczone w pracy przykłady i rozważania teoretycznoprawne ich dotyczące. Opis mechanizmów eksperckich, charakteryzujących najwyższych szachistów, muzyków, sportowców,

w dziedzinie prawniczej intuicji⁸⁴. Jednocześnie należy podkreślić, że chociaż badania interdyscyplinarne niewątpliwie wnoszą istotny wkład do nauk prawnych, niosą również ze sobą niebezpieczeństwo metodologicznej lub merytorycznej nierzetelności. Prezentowana w niniejszej pracy metodologia badawcza opiera się na porównawczej analizie konkretnych zjawisk psychologicznych z mechanizmami myślowymi prawników i strukturą problemową przypadków prawniczych. Perspektywa ta poddaje się w pełni krytyce metodologicznej i weryfikacji empirycznej. Pozostawia jednocześnie analizę pojęciową – nie umniejszając jej znaczenia – kolejnym badaczom.



Intuicyjne decyzje prawnicze w przypadkach łączących problematykę prawa i moralności napotkać mogą swoistą „kontrintuicję” natury moralnej. Co więcej, biorąc pod uwagę siłę moralnych przekonań oraz chęć domknięcia poznawczego, można założyć, że obie te intuicje – moralna i prawnicza – będą miały charakter ekspercki.

matematyków, specjalistów pożarniczych czy ekspertów sztuki, w kontekście problemów decyzyjnych z jakimi mierzą się prawnicy wydaje się mieć natomiast charakter ubogacający dostępne dla domeny prawnej interpretacje prawniczych rozumowań.

6. Uwagi końcowe

Intuicyjne mechanizmy poznawcze stanowią przedmiot coraz dogłębszych analiz światowej nauki. Ich transdyscyplinarna adaptacja nie jest zadaniem łatwym – wymaga bowiem bardzo skrupulatnej analizy badawczej oraz przyswojenia niezwykle szerokiego źródłowego materiału empirycznego. Tym bardziej należy docenić fakt znaczącej obecności polskiej myśli teoretycznoprawnej na arenie międzynarodowego dyskursu interdyscyplinarnego, nie tylko zresztą

W prezentowanej analizie, pojęcie „eksperta prawniczego” jest rozumiane w pryzmacie badań psychologicznych, co pozwala na przeprowadzenie odpowiednich porównań. Należy ponownie podkreślić, że do tego zabiegu ogranicza się główny cel pracy – innymi słowy, nie jest poddane analizie stwierdzenie „czy można być ekspertem prawniczym od trudnych przypadków”. Konkluzja przedstawionych rozważań wydaje się potwierdzać, że istnieją typy przypadków prawniczych, gdzie intuicja ekspercka nie dostarczy zdeterminowanej odpowiedzi. Rodzi to szereg kon-

84 Silne stanowisko w tym temacie wyrazili A. Dyrda, T. Gindert-Studnicki, *Polish Jurisprudence in a Crooked Mirror (a polemic with Tomasz Bekrycht and Rafał Mańko)*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 1, s. 119–134.

sekwencji, chociażby wspomniane w materiale źródłowym zjawisko „nadmiernej pewności siebie”. Jednocześnie w niektórych typach prostych przypadków prawniczych wydaje się możliwe wykształcenie skutecznej prawniczej intuicji, a nawet prawniczej intuicji eksperckiej. Całkowicie możliwe wydaje się również wykształcenie eksperckich zdolności intuicyjnych pomocnych przy rozstrzyganiu trudnych przypadków – na przykład poprzez dostrzeganie różnorakich powiązań systemowych. Nie wydaje się jednak możliwe wykształcenie intuicji eksperckiej pozwalającej rozstrzygać wszystkie typy trudnych przypadków w sposób holistyczny.

Poboczną, ale nie mniej istotną kwestią rozważań, jest rola edukacji prawniczej w kształtowaniu moralności młodych adeptów prawa. Intuicja moralna rodzi się również pod wpływem rozstrzygania konkretnych problemów prawnych w praktyce oraz przez przyswajanie teoretycznych uzasadnień działania systemu prawa. W tej perspektywie rolę ekspertów prawniczych – rozumianych tym razem jako najwybitniejsi przedstawiciele jurysprudencji – jest również kształtowanie utrwalonych wzorców moralnych ich następców.

Artykuł jest finansowany w ramach grantu SONATA Narodowego Centrum Nauki „Rola psychologii potocznej w analitycznej filozofii prawa” pod kierownictwem doktora Łukasza Kurka. Numer projektu: 2017/26/D/HS5/00688.

Bibliografia

- Bentham J., *An introduction to the principles of morals*, London: Athlone 1789; J. Finnis, *Natural law and natural rights*, Oxford 2011 (pierwsza edycja 1980); J. Raz, *Authority, law and morality*, „The Monist” 1985, nr 68(3), s. 295–324.
- Berman D.H., Hafner C.D., *Indeterminacy: A Challenge to Logic-based Models of Legal Reasoning*, „International Review of Law, Computers & Technology” 1987, nr 3(1), s. 1–35.
- Billett S., Harteis C., Gruber H., *Developing Occupational Expertise through Everyday Work Activities and Interactions* (w: *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*, 2nd ed. (wyd. 2), Cambridge 2018, s. 105–126.
- Brożek B., *The Legal Mind. A New Introduction to Legal Epistemology*, Cambridge 2019.
- Brożek B., *Umysł prawniczy*, Kraków 2018.
- Cole L.R., *Training the Mentor: Improving the Ability of Legal Experts to Teach Students and New Lawyers*, „New Mexico Law Review” 1989, nr 19, s. 163–170.
- Crowe J., *Not-So-Easy Cases*, „Statute Law Review” 2018, nr 40(1), s. 75–86.
- Danziger S., Levav J., Avnaim-Pesso J.L., *Extraneous factors in judicial decisions*, „Proceedings of the National Academy of Sciences” 2011, nr 108(17), s. 6889–6892.
- Dyrda A., Gizbert-Studnicki T., *Polish Jurisprudence in a Crooked Mirror (a polemic with Tomasz Bekrycht and Rafał Mańko)*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 1, s. 119–134.
- Einhorn H.J., Hogarth R.M., *Confidence in judgment: Persistence of the illusion of validity*, „Psychological Review” 1978, nr 85, s. 395–416.
- Englich B., Mussweiler T., Strack F., *Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making*, „Personality and Social Psychology Bulletin” 2006, nr 32(2), s. 188–200.
- Ericsson K.A., Krampe R.T., Tesch-Römer C., *The role of deliberate practice in the acquisition of expert performance*, „Psychological review” 1993, nr 100(3), s. 363–406.
- Ericsson K.A., *Studies of Expertise from Psychological Perspectives: Historical Foundations and Recurrent Themes* (w: K.A. Ericsson i in. (ed.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*, Cambridge 2018, s. 59–83.
- Ericsson K.A., *The Differential Influence of Experience, Practice, and Deliberate Practice on the Development of Superior Individual Performance of Experts* (w: K.A. Ericsson i in. (ed.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*, Cambridge 2018, s. 745–769.
- Ericsson K.A., *Why expert performance is special and cannot be extrapolated from studies of performance in the general population: A response to criticisms*, „Intelligence” 2014, nr 45, s. 81–103.
- Farrington-Darby T., Wilson J.R., *The nature of expertise: A review*, „Applied ergonomics” 2006, nr 37(1), s. 17–32.
- Fuller L.L., *Positivism and fidelity to law – A reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 1957, nr 71, s. 630–672.
- Gardner A., *An artificial intelligence approach to legal reasoning*, Stanford 1984, s. 38–66.
- Gigerenzer G., *Heuristics* (w: G. Gigerenzer, C. Engel (ed.), *Heuristics and the law*, Cambridge (MIT Press) 2006, s. 17–44.
- Gigerenzer G., Kurzenhaeuser S., *Fast and frugal heuristics in medical decision making* (w: R. Bibace (ed.), *Science and medicine in dialogue: Thinking through particulars and universals*, Greenwood 2005, s. 3–15.

- Gladwell M., *Blink: The Power of Thinking Without Thinking*, New York 2005.
- Glöckner A., Witteman C., *Beyond dual-process models: A categorisation of processes underlying intuitive judgement and decision making*, „Thinking & Reasoning” 2010, nr 16(1), s. 1–25.
- Goldberg L.R., *Man versus model of man: A rationale, plus some evidence, for a method of improving on clinical inferences*, „Psychological Bulletin” 1970, nr 73, s. 422–432.
- Green L., Mehr D.R., *What alters physicians' decisions to admit to the coronary care unit?*, „Journal of Family Practice” 1997, nr 45(3), s. 219–226.
- Groot de, A.D., *Chess playing programs*, „Proceedings Koninklijke Akademie van Wetenschappen (Series A)” 1964, nr 67.
- Guthrie C., Rachlinski J.J., Wistrich A.J., *Blinking on the bench: How judges decide cases*, „Cornell Law Review” 2007, nr 93, s. 1–43.
- Guthrie C., Rachlinski J.J., Wistrich A.J., *Inside the judicial mind*, „Cornell Law Review” 2001, nr 86(4), s. 777–830.
- Hage J.C., Leenes R.E., Lodder A.R., *Hard cases: a procedural approach*, „Artificial intelligence and law” 1993, nr 2(2), s. 113–167.
- Haidt J., *The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*, „Psychological review” 2001, nr 108(4), s. 814–834.
- Haidt J., *The new synthesis in moral psychology*, „Science” 2007, nr 316(5827).
- Hambrick D.Z. i in., *Deliberate practice: Is that all it takes to become an expert?*, „Intelligence” 2014, nr 45, s. 34–45.
- Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, „Harvard Law Review” 1957, nr 71, s. 998–1002.
- Hodgkinson G.P., Langan-Fox J., Sadler-Smith E., *Intuition: A fundamental bridging construct in the behavioural sciences*, „British Journal of Psychology” 2008, nr 99(1), s. 1–27.
- Hodgkinson G.P., Langan-Fox J., Sadler-Smith E., *Intuition: A fundamental bridging construct in the behavioural sciences*, „British Journal of Psychology” 2008, nr 99(1), s. 1–27.
- Hogarth R.M., *Educating intuition*, London 2001.
- Hutcheson J.C. jr, *Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision*, „Cornell Law Review” 1929, nr 14(3), s. 274–288.
- Kahneman D., Frederick S., *Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment* (w:) T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (ed.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, New York 2002, s. 49–81.
- Kahneman D., Klein G., *Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree*, „American psychologist” 2009, nr 64(6), s. 515–526.
- Kahneman D., *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books 2012.
- Klein G.A., Calderwood R., Clinton-Cirocco A., *Rapid decision making on the fireground*, „Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society (30th Annual Meeting)”, nr 1, New York 1986, s. 576–580.
- Klein G.A., *A recognition-primed decision (RPD) model of rapid decision making* (w:) G.A. Klein i in. (ed.), *Decision Making in Action: Models and Methods*, NJ: Ablex, Norwood 1993, s. 138–147.
- Kounios J., Beeman M., *The cognitive neuroscience of insight*, „Annual review of psychology” 2014, nr 65, s. 71–93.
- Kruglanski A.W., Gigerenzer G., *Intuitive and deliberate judgments are based on common principles*, „Psychological review” 2011, nr 118(1), s. 97–109.
- Leiter B., *Legal Indeterminacy*, „Legal Theory” 1995, nr 1(4), s. 481–492.
- McCrea S.M., *Intuition, insight, and the right hemisphere: Emergence of higher sociocognitive functions*, „Psychology research and behavior management” 2010, nr 3, s. 1–39.
- Meehl P.E., *Clinical vs. statistical prediction: A theoretical analysis and a review of the evidence*, Minneapolis: Minnesota 1954.
- Morawski L., *Wstęp do Prawoznawstwa*, Toruń 2016.
- Ohlsson S., *Deep learning: How the mind overrides experience*, Cambridge 2012, s. 87–166.
- Pietrzykowski T., *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej teorii integracji prawa*, Warszawa 2012.
- Pogarsky G., Babcock L., *Damage caps, motivated anchoring, and bargaining impasse*, „The Journal of Legal Studies” 2001, nr 30(1), s. 143–159.
- Posner R.A., *Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights*, „The University of Chicago Law Review” 1992, nr 59(1), s. 433–450.
- Shanteau J., *Competence in experts: The role of task characteristics*, „Organizational behavior and human decision processes” 1992, nr 53(2), s. 252–266.
- Simon H.A., Barenfeld M., *Information processing analysis of perceptual processes in problem solving*, „Psychological Review” 1969, nr 76, s. 473–483.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody Prawnicze*, Kraków 2006.
- Stelmach J., *Intuicja prawnicza* (w:) A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda (red.), *Dziedzictwo prawne XX wieku: księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001.
- Stelmach J., *Legal Instinct*, „Polish Law Review” 2017, nr 3(1), s. 147–153.

- Struchiner N., Hannikainen I.R., Almeida de G da F.C.F., *An Experimental Guide to Vehicles in the Park*, „Judgment and Decision Making” 2020, nr 15(3), s. 312–329.
- Susskind R.E., *Expert systems in law: a jurisprudential inquiry*, Clarendon 1987.
- Todd P.M., Gigerenzer G., *Environments that make us smart: Ecological rationality*, „Current Directions in Psychological Science” 2007, nr 16 (3), s. 167–171.
- Tversky A., Kahneman D., *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, „Science” 1974, nr 185(4157), s. 1124–1131.
- Zander T., Öllinger M., Volz K.G., *Intuition and insight: two processes that build on each other or fundamentally differ?*, „Frontiers in psychology” 2016, nr 7(1395).
- Zoll F., *Jaka szkoła prawa? Czy amerykańskie metody nauczania prawa mogą być przydatne w Polsce?* Warszawa 2004.
- Zygmunt T., *An intuitive approach to hard cases*, „Utrecht Law Review” 2020, nr 16(1), s. 21–38.
- Zyzik R., *Wokół intuicyjnych decyzji sędziego*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 14(2), s. 741–766.

Przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo a brak zagrożenia dla dobra prawnego jako źródło prawniczego paradoksu



Piotr Kardas

Profesor nauk prawnych, kierownik Centrum Prawa Karnego Międzynarodowego i Porównawczego UJ, przewodniczący Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich, członek Finance Committee of CCBE, adwokat.

✉ pkardas@kardas.com.pl

<https://orcid.org/0000-0002-8903-2417>

Crimes of Abstract Exposure to Danger vs. no Threat to Legal Good as a Source of Legal Paradox

The article focuses on difficulties and problems with the assessment of behaviors not endangering legal good in the context of crimes of abstract exposition to danger. It contains a characterisation of these crimes, and analysis of their features (elements). It analyses the legal goods protected by the crimes of abstract exposition to danger and the reasons for devising requirement or prohibitions of specific behaviors. The work also analyses the possibility of using the rules applied to situations involving the protection of a legal good. It questions the adequacy of using a rebuttable presumption of a danger to legal good as a solution for paradoxes occurring in situations where there was no danger to legal good. It argues for limiting the scope of the crime of abstract exposition to danger by applying rules for protection of legal good to this category of crimes. The work is concluded by presenting the constitutive importance of applying rules for protection of legal good and arguing that there are no theoretical or dogmatic reasons for using a rebuttable presumption of a danger to legal good for solving the problem of behaviors not endangering legal good in crimes of abstract exposition to danger.

Słowa kluczowe: niebezpieczeństwo, naruszenie, konkretne narażenie, dobro prawne, norma sankcjonowana, norma sankcjonująca, przeciwdowód, brak zagrożenia dla dobra prawnego, mechanizmy uadekwatniające, materialna bezprawność, karygodność

Key words: danger, breach, imminent danger, legal good, sanctioned norm, sanctioning norm, rebuttable presumption, no danger to legal good, material illegality, limiting the scope of the crime, culpability

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(71\).2022.488](https://doi.org/10.32082/fp.3(71).2022.488)

Praktyka stosowania prawa co do zasady z pewną wstrzeźliwością podchodzi do teoretycznych i dogmatycznych analiz dotyczących podstaw odpowiedzialności karnej. Wynika to z wielu powodów, wśród których istotną rolę odgrywają trudności w „przełożeniu” ustaleń teoretyków i dogmatyków prawa na proces jego wykładni i stosowania. Praktycy poszukują rozwiązań pragmatycznych, umożliwiających rozstrzyganie konkretnych przypadków, co do zasady wykazujących daleko idące podobieństwo, występujących z pewną dozą powtarzalności. Rozwiązywanie wypadków typowych wymaga zestandaryzowanych schematów. Jeśli teoria i dogmatyka prawa karnego takowych nie dostarcza, to staje się dla praktyki zbędna¹. Ponieważ wśród praktyków dominuje przekonanie, że wypowiedzi teoretyków i dogmatyków prawa kończą się tam, gdzie zaczynają się interesujące dla praktyki stosowania prawa problemy, w pewnym sensie zrozumiałe jest ograniczone wykorzystywanie prac teoretycznych w praktyce stosowania prawa.

Zdarzają się jednak sytuacje charakteryzujące się daleko idącą osobliwością, zaliczane do kategorii tzw. *hard cases*², w których bez odwołania się do ustaleń teorii i dogmatyki prawa praktyka pozostaje bezradna, nie znajdując sposobu na rozwiązanie pewnego typu problemów. Do takiej kategorii należą sprawy związane z ustaleniem odpowiedzialności za przestępstwa zaliczane do kategorii abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo³. Jakkolwiek nie zawsze uświa-

damiając sobie dogmatyczną kategoryzację tej grupy przestępstw⁴, zasadnicza większość praktykujących karnistów zetknęła się w swojej aktywności zawodowej z dylematem odpowiedzialności za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości, związanym z tym, iż co prawda stan nietrzeźwości kierującego nie budził żadnych wątpliwości, podobnie jak okoliczności związane z prowadzeniem pojazdu mechanicznego po drodze publicznej, zarazem okoliczności sprawy w sposób jednoznaczny wskazywały, że z bezspornego naruszenia zasad postępowania przez sprawcę nie wynikało żadne zagrożenie dla dóbr innych uczestników ruchu. Znane są też praktyce problemy związane z karnoprawnymi ocenami posiadania tzw. destruktu broni palnej ocenianego w pryzmacie znamion typu określonego w art. 263 k.k.⁵. Przykłady związane z brakiem zagrożenia dla

„Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. 50, s. 116 i n.; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* (w:) J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 15 i n.; P. Kardas, *O osobliwościach przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Państwo i Prawo” (złożone do redakcji).

4 Wywołując zresztą poważne wątpliwości w obszarze przestępstw abstrakcyjnego narażenia związaną z przyjmowanym czasami podziałem wewnętrznym tej grupy przestępstw na przestępstwa czystego narażenia na niebezpieczeństwo oraz przestępstwa abstrakcyjno-konkretnego narażenia na niebezpieczeństwa a także komplikacje związane z wzajemnymi relacjami między podziałem na przestępstwa z abstrakcyjnego i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo oraz przestępstwa materialne i przestępstwa formalne. Zob. w tej kwestii m. in. J. Giezek, P. Kardas, *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Palestra” 2002, nr 1–10, s. 10 i n.; E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego...*, s. 34 i n.; P. Kardas, *O osobliwościach...*

5 Oba przykłady są stosunkowo często wykorzystywane w analizach dotyczących trudności w związku z przypisaniem odpowiedzialności za przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Zob. J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 116 i n.; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, 155 i n.; A. Spotowski, *Karalność w razie braku zagrożenia dla dobra prawnego*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 7, s. 79 i n.; A. Pilch,

1 O komplikacjach związanych z wykorzystywaniem współczesnej metodologii karnistycznej w praktycznym procesie stosowania prawa interesująco pisze M. Królikowski, *Kilka refleksji o gwarancyjnej roli dogmatyki karnistycznej* (w:) *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga Jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy Urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, A. Liszewska, J. Kulesza (red.), Łódź 2020, s. 281 i n.

2 Zob. m. in. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 155 i n.

3 Co do kryteriów podziału typów przestępstw na przestępstwa z konkretnego i abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo zob. m. in. s. szerzej D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 245 i n.; E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2012, s. 34 i n.; J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*,

dobra prawnego zachowań realizujących znamiona przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo można oczywiście mnożyć.

W tego typu wypadkach po stronie wszystkich uczestników postępowania, w tym także sądu, pojawia się konfuzja związana z trudnościami w prawidłowej, nienaruszającej intuicji sprawiedliwościowych ocenie zachowań realizujących *prima facie* wszystkie przesłanki odpowiedzialności karnej i jednocześnie niewywołujących zagrożenia dla chronionego przez odpowiednie przepisy prawa karnego dobra prawnego⁶.

Formalne spełnienie przesłanki realizacji znamion poparte wskazaniem na naruszenie normy regulatywnej wyrażającej zakaz lub nakaz określonego zachowania⁷ zdaje się przesądzać o potrzebie i zarazem konieczności pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za przestępstwo zaliczane do typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Wszak w przypadku tej kategorii przestępstw powszechnie przyjmuje się, iż podstawą odpowiedzialności jest dopuszczenie się przez sprawcę zachowania o cechach opisanych w przepisie typizującym, bez konieczności

Wedle powszechnie prezentowanego stanowiska w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie jest potrzebne podejmowanie jakichkolwiek ustaleń co do konsekwencji wynikających z dopuszczenia się przez sprawcę określonego zachowania.

Brak zagrożenia dla chronionego dobra prawnego, wynikający z przeprowadzonych *in concreto* ocen oraz jednocześnie stwierdzenie, że niewywołujące zagrożenia dla dobra prawnego zachowanie odpowiada formalnemu opisowi typu czynu karnego i jest zachowaniem bezprawnym (nielegalnym) musi powodować dysonans.

Między ochroną a wolnością: granice prawa karnego w przestępstwie abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.) *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Prof. A. Zolla*, Warszawa 2012, t. 2, s. 379 i n.; L. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 160 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 330 i n.

6 Co do charakterystyki tej kategorii przestępstw zob. szerzej A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za...*, s. 15 i n. O dylemacie związanym z tego typu sytuacjami po raz pierwszy interesująco pisał w polskim piśmiennictwie J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 116 i n.

ści a nawet możliwości badania, czy wartościowane zachowanie stwarzało w realiach konkretnego układu faktycznego jakiegokolwiek zagrożenie dla dobra prawnego chronionego przez stanowiący podstawę kwalifikacji typ czynu zabronionego⁸. Wedle powszechnie

7 Poza zakresem prowadzonych w tym rozważań pozostawiam kwestie związane ze sporem dotyczącym statusu norm sankcjonowanych, w tym w szczególności rozstrzygnięcie, czy mają one charakter właściwych norm prawa karnego. zob. w tej kwestii m. in. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, nr 4, s. 68 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 127 i n.; P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4, s. 6 i n.

8 Zob. E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego...*, s. 34 i n.; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 155 i n.; A. Spotowski, *Karalność w razie braku...*, s. 79 i n.; A. Pilch,

prezentowanego stanowiska w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie jest potrzebne podejmowanie jakichkolwiek ustaleń co do konsekwencji wynikających z dopuszczenia się przez sprawcę określonego zachowania⁹. Odpowiedzialność karna zasadza się w tych przypadkach na stwierdzeniu formalnej zgodności zachowania z opisem zawartym w przepisie typizującym¹⁰. Znamiona typu czynu zabronionego ograniczają się zaś do charakterystyki zachowania sprawczego, ujętego w znamieniu czynnościowym. Poza tym nie obejmują żadnego innego elementu. W szczególności nie odnoszą się wprost do niebezpieczeństwa, jakie generuje opisane w znamieniu czynnościowym zachowanie. Niebezpieczeństwo nie jest objęte opisem zawartym w przepisie typizującym i jako takie w perspektywie przesłanek karalności pozostaje poza zakresem relewancji prawnokarnej.

Z materialnoprawnych względów nie przeprowadza się w przypadku tej kategorii przestępstw procedury

dowodzenia wystąpienia (wywołania lub niewyeliminowania albo niezmnieszenia do poziomu społecznie akceptowanego) zagrożenia dla chronionego dobra prawnego¹¹. Przyjmuje się, że przestępstwa abstrakcyjnego narażenia należą do kategorii przestępstw formalnych¹², co pozwala twierdzić, iż nie one zawierają żadnego poza charakterystyką czynności sprawczej elementu strony przedmiotowej, który podlegałby dowodowemu ustaleniu. Skoro ustalenie zagrożenia dla dobra prawnego nie stanowi elementu znamion podlegającego dowodzeniu, to także ewentualne stwierdzenie, iż *in concreto* takie zagrożenie atypowo nie wystąpiło, nie ma żadnego znaczenia w procesie ustalenia wypełnienia przez wartościowane zachowanie znamion typu czynu zabronionego¹³. To oznacza, że zarówno z perspektywy mate-

Między ochroną a wolnością..., s. 379 i n.; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, s. 160 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa...*, s. 330 i n.

9 Korektę tego poglądu przedstawił A. Zoll, wskazując, że jakkolwiek w przypadku tej kategorii przestępstw przeciwdowód na brak zagrożenia dobra prawnego zasadniczo nie jest dopuszczalny, to jednak wyłącznie odnosi się jedynie do dążenia do negacji realizacji znamion typu czynu zabronionego. Zarazem A. Zoll wskazuje, że dowód taki może być przeprowadzony w celu ustalenia stopnia społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji oceny, czy *in concreto* spełniona została przesłanka karygodności. Zob. szerzej A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego...*, s. 19–21.

10 Wskazuje się, że kryminalizacja w oparciu o przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo ma charakter uproszczony, pominięcie zaś w przepisie typizującym charakterystyki konsekwencji zachowania sprawcy, służyć ma m. in. uproszczeniu postępowania dowodowego. Zob. L. Gardocki, *Typizacja uproszczona*, *Studia Iuridica* 1982, t. X, s. 71 i n. Podnosi się także, że przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo stanowią wyraz realizacji koncepcji poszerzenia zakresu ochrony na przedpole naruszenia dobra prawnego, co oczywiście także zakłada uproszczony sposób typizacji. Zob. w tej kwestii D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 17 i n.

11 Ta właściwość wskazywana jest jako cecha konstrukcyjna tej grupy przestępstw. Zarazem stanowi źródło najpoważniejszych kontrowersji związanych z brakiem koherencji tak rozumianej podstawy odpowiedzialności z założeniami współczesnego prawa karnego, opartego na kryminalizacji zachowań stanowiących zagrożenie dla istotnych społecznych wartości. Co do sposobów ujmowania związanych z tym dylematów oraz prezentowanych koncepcji, w szczególności w piśmiennictwie niemieckim zob. szerzej D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 245 i n. oraz powoływana tam literatura przedmiotu.

12 Stanowisko zaliczające przestępstwa abstrakcyjnego narażenia do przestępstw formalnych wywoływać może wątpliwości, w szczególności w perspektywie odmiennych kryteriów służących do podziału przestępstw na formalne i materialne z jednej strony oraz na przestępstwa z naruszenia i narażenia na niebezpieczeństwo z drugiej. Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *O osobliwościach przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Państwo i Prawo” (złożone do redakcji).

13 Podlegające dowodzeniu okoliczności wyznaczane są bowiem przez zestaw ustawowych znamion typu czynu zabronionego. W tym zakresie, w zależności od konstrukcji znamion i charakteru określonych w nich elementów, przepisy prawa materialnego przesądzają o rozkładzie ciężaru dowodu, w szczególności zaś o tym, czy określona okoliczność (element) podlega obowiązkwowi „pozytywnego” wykazania, co oznacza, że przyjęcie iż doszło do wypełniania tego elementu znamion uzależnione jest wyniku postępowania dowodowego, czy też stwierdzenie realizacji określonego

rialnoprawnej, jak i procesowej, istnienie lub brak zagrożenia dla dobra prawnego pozostają poza sferą prawnokarnej relewancji. W konsekwencji nie jest także dopuszczalne przeprowadzenie przeciwdowodu na brak (nieistnienie) zagrożenia w związku z określonym zachowaniem sprawcy¹⁴. Jednocześnie brak zagrożenia dla dobra prawnego aktualizuje pytanie o sens, cel i podstawę odpowiedzialności karnej¹⁵. W dominującym ujęciu ma ona miejsce zarówno w tych wypadkach, gdy zachowanie sprawcy generuje zagrożenie dla dobra prawnego, jak i wówczas, gdy takiego zagrożenia *in concreto* nie wywołuje¹⁶. Nie ma także

elementu znamion opiera się na konstrukcji wzruszalnego domniemania, co umożliwia przeprowadzenie w tym zakresie przeciwdowodu. Na konstrukcji materialnoprawnego domniemania oparte są elementy związane z materialnym pierwiastkiem w strukturze przestępstwa, a więc uznaniem, że zachowanie sprawcy cechuje się odpowiednią społeczną szkodliwością oraz przesłanką winy. W obu wypadkach ze treść znamion przestępstwa przesądza, że możliwe jest przeprowadzenie procedury przeciwdowodzenia. Zob. w tej kwestii m. in. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji RP*, Warszawa 2017, s. 384 i n.; W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ”, nr 96, s. 246 i n.; A. Jezusek, „Domniemanie winy” w prawie karnym materialnym a procesowe domniemanie niewinności, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2, s. 178 i n.; R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 121 i n.

- 14 Koncepcję przeciwdowodu służącą do uadekwatnienia zakresu kryminalizacji przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo oraz aksjologicznego uporządkowania tej kategorii przestępstw, powiązaną z modelem rozstrzygania hard cases przedstawił przed laty J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 125 i n.
- 15 O rozmaitych podstawach tych wątpliwości interesująco pisze D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 245 i n.
- 16 Por. M. Bielski, *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, nr 1, s. 31 i n.; M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci narażenia na niebezpieczeństwo*, „Przegląd Sądowy” 2005, Nr 4, s. 45 i n.; E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego...*, s. 55 i n.

przeszkód, by pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności w sytuacji, gdy zrealizowane przez niego zachowanie nie tylko nie wywołało zagrożenia dla chronionego dobra prawnego, ale nie charakteryzowało się z uwagi na specyficzne okoliczności w ogóle „zdatnością” do stworzenia zagrożenia¹⁷.

Sytuacje braku zagrożenia dla dobra prawnego wynikającego z zachowania sprawcy, w szczególności zaś braku zdatności do wywołania takiego zagrożenia, wywołują poważne zastrzeżenia, stanowią podstawę do poszukiwania podstaw uadekwatnienia zakresu odpowiedzialności za przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo¹⁸. Wynikający z powszechnie przyjmowanego w doktrynie i orzecznictwie sposobu objaśniania ich normatywnej istoty zakres kryminalizacji jawi się jako nadmierny, nazbyt sformalizowany, a tym samym w godzący w pewnym zakresie w sprawiedliwościowe intuicje¹⁹. Związane z tym paradoksy zostały dostrzeżone wiele lat temu przez

- 17 J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 125 i n.; E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego...*, s. 15 i n.; D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 245 i n.; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 15 i n.
- 18 Zob. w szczególności J. Majewski, *Kategoria (braku) zagrożenia dla dobra prawnego w schematach argumentacyjnych karnistów* (w:) J. Majewski (red.), *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2015, s. 19 i n.; W. Wróbel, *Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo – perspektywa konstytucyjna i kryminalnopolityczna* (w:) J. Majewski (red.), *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2015 s. 37 i n.; J. Giezek, D. Gruszecka, *Prawnokarne (obiektywne) przypisanie narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo* (w:) J. Majewski (red.), *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2015, s. 47 i n.; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn...*, s. 15 i n.
- 19 Wskazuje się na to w literaturze karnistycznej poszukując sposobu uadekwatnienia zakresu odpowiedzialności karnej w wypadkach, gdy zachowanie spełniające formalnie znamion typu czynu zabronionego, nie generuje zarazem żadnego zagrożenia dla chronionego dobra prawnego. W tych wypadkach, jakkolwiek odrzuca się zasadniczo możliwość przeprowadzenia przeciwdowodu istnienia czy też możliwości wywołania zagrożenia dla dobra, remedium upatruje się w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Takie stanowisko prezentuje m. in. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna*

przedstawiciele niemieckiej nauki prawa karnego²⁰, co przełożyło się na znaczącą liczbę prac poświęconych problematyce uadekwatnienia podstaw i zakresu odpowiedzialności za przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. W prowadzoną w tym zakresie debatę interesująco wpisują się prace polskich autorów²¹, prezentujących teoretyczne i dogmatyczne koncepcje rozstrzygania kwestii braku zagrożenia dla dobra prawnego w przypadku typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo w ramach koncepcji tzw. przeciwdowodu służącego do powiązania braku zagrożenia z podstawami odpowiedzialności karnej za tę kategorię przestępstw. Kwestia znaczenia braku zagrożenia dla dobra prawnego, w tym modelu ewaluacji takich przypadków w kontekście właściwości konstrukcyjnych przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo jest jednak daleka od satysfakcjonującego rozstrzygnięcia. W tym obszarze więcej jest sprawiedliwościowego intuicjonizmu, pytań i wątpliwości, niż opartych na teoretycznych czy dogmatycznych podstawach dobrze uzasadnionych rozwiązań. Stan polskiej nauki prawa karnego w omawianym aspekcie jest dalece niesatysfakcjonujący, opublikowane zaś prace, znaczące z punktu widzenia opisu problemu i przedstawianych postulatów jego rozwiązania, z pewnością wymagają uzupełnienia²².

za czyn..., s. 15 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa...*, s. 330 i n.

- 20 Zob. m. in. F. Zieschang, *Gefährdungsdelikte*, Berlin 1998, s. 27 i n.; H.-J. Hirsch, *Konkrete und abstrakte „Gefährungsdelikte“* (w:) G. Kohlmann (Hrsg.), *Schriften aus 3 Jahrzehnten*, Berlin 1999, s. 624 i n.; U. Kindhauser, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchung zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main 1989, s. 280 i n.; B. Schuenemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, nr 5, s. 793 i n. W literaturze polskiej przegląd stanowisk przedstawicieli nauki niemieckiej zawiera praca D. Gruszeckiej, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 245 i n.
- 21 J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. L, 2002, s. 125 i n.; D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 17 i n.
- 22 Przejawem uzupełniającego polskie piśmiennictwo karnistyczne podejścia jest przygotowana przez M. Filipczaka

Stale wzrastająca liczba przepisów typizujących przestępstwa abstrakcyjnego narażenia związana z procesem tzw. kryminalizacji na przedpolu naruszenia dobra prawnego²³, sprawia, iż analiza tych przestępstw uwzględniająca aspekty teoretyczne, dogmatyczne, normatywne, kryminalno-polityczne, kryminalizacyjne, wreszcie pragmatyczne związane z zakresem podlegających dowodzeniu okoliczności, w kontekście zagadnienia braku zagrożenia dla dobra prawnego to bez wątpienia jedno z ważniejszych i pilniejszych zadań stojących przed polską dogmatyką prawa karnego²⁴.

Specyficzna konstrukcja przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, w szczególności zaś ich daleko posunięty „formalizm”, przejawiający się przede wszystkim posadowieniem odpowiedzialności karnej na samym zachowaniu sprawcy, w oderwaniu od jego realnych lub potencjalnych konsekwencji²⁵, spra-

praca doktorska, poświęcona właśnie problematyce braku zagrożenia dla dobra prawnego w przypadku zachowań wartościowanych w pryzmacie przestępstwa zaliczanych do kategorii abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Dysertacja zawiera szereg interesujących i inspirujących analiz dotyczących możliwości uwzględniania braku zagrożenia dla dobra prawnego w procesie prawnokarnego wartościowania, wpisując się tym samym w nurt badań poświęconych temu aspektowi prawa karnego. Zob. M. Filipczak, *Brak zagrożenia dla dobra prawnego a przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, niepublikowana rozprawa doktorska, Łódź 2020.

- 23 Zjawisko to ma charakter globalny, w wielu systemach prawnych konstrukcje typizujące odpowiadające charakterystyce przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo stanowią znaczącą część systemu prawa karnego, np. w UK ta kategoria przestępstw obejmuje szacunkowo około połowy wszystkich przestępstw uregulowanych w obowiązującym prawie. Zob. w tej kwestii m. in. A.P. Simester i in., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Hart Publishing, Oxford 2019, s. 207 i n. W piśmiennictwie polskim interesująco o tej problematyce pisze D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 17 i n.
- 24 Zob. W. Wróbel, *Przestępstwa abstrakcyjnego...*, s. 37 i n.
- 25 Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że pewną odmiennością charakteryzują się zaliczane do grupy abstrakcyjnego narażenia tzw. przestępstwa abstrakcyjne zdadności na naruszenie (*Eignungsdelikte*), których znamiona zawierają specyficzne znamię zdadności opisanego jako podstawa

wia, iż poszukiwanie rozwiązania paradoksu związanego z oceną zachowań niegenerujących zagrożenia dla chronionego dobra prawnego to zadanie o szczególnie stopniu komplikacji. Jakkolwiek *prima facie* mogłoby się wydawać, że chodzi tutaj przede wszystkim o ile nie wyłączenie o rozwiązanie dylematu związanego ze sposobem ustalenia braku *in concreto* zagrożenia dla dobra prawnego wynikającego z wartościowanego zachowania, a więc tak czy inaczej rozumianej kwestii procesowej²⁶, to już nieco tylko głębsze wejrzenie w zarysowany problem obrazuje, iż w rzeczywistości jest on nierozzerwalnie związany z materialnoprawnymi aspektami odpowiedzialności za przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo²⁷.

Warunkiem przeprowadzania procedury ustalenia braku zagrożenia dla dobra prawnego w sposób prawnokarnie relewantny jest bowiem zrekonstruowanie wzorca normatywnego określającego przesłanki odpowiedzialności, stanowiącego podstawę do określonego sposobu ustalenia i wartościowania braku zagrożenia dla dobra prawnego. To zaś sprawia, iż problem braku zagrożenia dla dobra prawnego przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo z istoty rzeczy łączy się z analizami dotyczącymi płaszczyzny typizacji, rekonstrukcji znamion charakteryzujących sferę bezprawności i karalności, kwestii wpływu braku zagrożenia dla dobra prawnego dla oceny materialnego elementu w strukturze przestępstwa (społecznej szkodliwości), wreszcie rozgraniczenia przypadków, w których zachowanie pozbawione jest w ogóle cechy społecznej szkodliwości od sytuacji, gdy jej stopień nie przekracza progu znikomości. Istotne jest także wzięcie pod uwagę funkcji sądów w systemach opartych na zasadzie podziału władzy, w szczególności zaś przesłanek konstytucyj-

odpowiedzialności zachowania do naruszenia chronionego dobra prawnego.

26 W taki też sposób ujmuje się to zagadnienie na płaszczyźnie językowej, gdzie analizy prowadzone są wokół problemu przeciwdowodu istnienia, wywołania lub niewyeliminowanie niebezpieczeństwa, co jednoznacznie wiąże tę koncepcję z płaszczyzną proceduralną.

27 W taki też, materialno-prawnie uwikłany sposób, mówi się o koncepcji tzw. przeciwdowodu niebezpieczeństwa w literaturze przedmiotu. Zob. m. in. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn...*, s. 15 i n.

nych umożliwiających dokonywanie przez sądy korekt rozwiązań ustawowych w procesie wykładni i stosowania prawa²⁸. Na każdej ze wskazanych płaszczyzn można sytuować lub zakorzeniać konstrukcję przeciwdowodu. Wykazanie, iż w konkretnym układzie sytuacyjnym zachowanie formalnie odpowiadające ustawowej istocie czynu, realizujące znamię czynnościowe, nie generuje w ogóle niebezpieczeństwa naruszenia chronionego przez dany typ czynu zabronionego dobra prawnego, skutkować może, w zależności od obranej perspektywy normatywnej stwierdzeniem, iż nie doszło do przekroczenia normy sankcjonowanej, wypełnienia znamion typu czynu zabronionego lub stwierdzeniem, że zachowanie nie charakteryzowało się w ogóle lub na dostatecznym przekraczającym próg znikomości stopniem społecznej szkodliwości. Wybór modelu relacji łączących procedurę przeciwdowodu z materialnoprawną konsekwencją ustalenia braku niebezpieczeństwa determinowany jest decyzją co do umiejscowienia warunku negatywnego w postaci braku zagrożenia na jednej z płaszczyzn wewnętrznej struktury przestępstwa lub w ramach jednej z dekodowanych z przepisów prawa karnego norm: sankcjonowanej lub sankcjonującej. Można bowiem lokować negatywną przesłankę w postaci braku zagrożenia dla chronionego dobra prawnego na płaszczyźnie bezprawności (normy sankcjonowanej), płaszczyźnie karalności (normy sankcjonującej) albo płaszczyźnie karygodności, materialnego pierwiastka w strukturze przestępstwa (normy sankcjonującej). Każde ze wskazanych teoretycznie możliwych rozwiązań wymaga jednak zasadniczej modyfikacji sposobu rekonstrukcji wewnętrznej struktury przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo oraz zmodyfikowanego modelu rekonstrukcji dekodowanych z przepisów typizujących przestępstwa abstrakcyjnego narażenia norm: sankcjonowanej i sankcjonującej. Co najmniej w odniesieniu do płaszczyzny karalności rozwiązanie dylematu braku niebezpieczeństwa w oparciu o konstrukcję przeciwdowodu wymaga kreatywnego podejścia w ramach procesu rekonstrukcji przesłanek odpowiedzialności, generującego delikatny problem

28 Szerzej w tej kwestii zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowane prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, *passim*.

rozgraniczenia kompetencji władzy sądowniczej oraz władzy ustawodawczej. Wykładnia skutkująca wprowadzeniem do zestawu ustawowych znamion dodatkowej przesłanki, niewyrażonej wprost w przepisie typizujących i z tego powodu dotychczas pomijanej w analizach dogmatycznych i orzecznictwie, w postaci negatywnie ujętego warunku braku niebezpieczeństwa naruszenia dobra prawnego, tworzy ryzyko zarzutów wkraczania sądów w kompetencje władzy ustawodawczej poprzez nieuprawnioną korektę przewidzianych w ustawie przesłanek odpowiedzialności. Odwołanie się do funkcji i znaczenia zasad nadrzędności i bezpośredniego stosowania Konstytucji RP w procesie wykładni i stosowania prawa, w szczególności zaś oparcie interpretacji na modelu wykładni prokonstytucyjnej lub wykładni w zgodzie z konstytucją, może w odniesieniu do koncepcji przeciwdowodu rozumianego w opisany powyżej sposób okazać niewystarczające²⁹. Obawy te nabierają szczególnego znaczenia w sytuacji, w której kwestionowana jest przez organy władzy publicznej możliwość bezpośredniego stosowania Konstytucji RP przez sądy powszechne i sąd najwyższy. Rozważania poświęcone zagadnieniu braku zagrożenia dla dobra prawnego przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo to zadanie wyjątkowo złożone, odnoszące się do bez mała wszystkich aspektów odpowiedzialności karnej.

Analiza aktualnego stanu badań oraz fiaska prezentowanych koncepcji rozwiązania problemu braku zagrożenia dla dobra i formalnego wypełnienia znamion typu czynu zabronionego wskazuje, że teoretycy prawa karnego raczej skłonni są poszukiwać rozwiązania dylematu braku dostatecznego uzasadnienia odpowiedzialności karnej raczej na płaszczyźnie stanowienia prawa niż w sferze wykładni i stosowania

obowiązujących rozwiązań³⁰. Racjonalizacji podstaw i zakresu odpowiedzialności opartej na konstrukcji abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo doszukują się w postulatach powściągliwości w kreowaniu tego typu rozwiązań, a więc ograniczeniu wprowadzania do systemu prawnego typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo z jednej strony, oraz uważnej oceny konstytucyjności konstrukcji już funkcjonujących w systemie prawa z drugiej³¹. To oczywiście podejście ważne, nie rozwiązujące jednak wszystkich problemów związanych z tą kategorią przestępstw. Stanowi wyraz sceptycyzmu co do możliwości rozwiązania paradoksów związanych z przestępstwami abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo na płaszczyźnie wykładniczej. W ramach praktyki stosowania prawa nie pozwala na uniknięcie rozdzwienku między intuicją sprawiedliwościową a treścią rozstrzygnięcia wydawanego w sytuacji formalnego wypełnienia znamion przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo i zarazem stwierdzenia braku zagrożenia wynikającego z wartościowanego zachowania dla chronionego dobra prawnego. Ta bowiem, ostrożnie podchodząc do postulatów teoretyków i dogmatyków prawa karnego dotyczących procesu oceny konstytucyjności poszczególnych przepisów typizujących, wykorzystuje przestępstwa abstrakcyjnego narażenia w klasyczny, mocno sformalizowany sposób. Stanowisko prezentowane w orzecznictwie stanowi wyraz pewnej bezradności prawników zderzających się z oceną tzw. *hard cases*, gdy zachowanie sprawcy nie generuje zagrożenia dla dobra prawnego, stanowi jednak formalnie realizację znamion typu czynu zabronionego uzasadniającą przypisanie odpowiedzialności. Skłania też do poszukiwań rozwiązania alternatywnego. Trudno bowiem pogodzić się z tezą, że w znaczącym zakresie prawo karne oparte jest na modelu tak sformalizowanym, iż nawet w wypadkach zgody prawników co do braku podstaw odpowiedzialności

29 Co do modelu wykorzystywania Konstytucji RP w procesie wykładni i stosowania prawa, koncepcji wykładni prokonstytucyjnej, wykładni w zgodzie z konstytucją, różnicy między tymi sposobami wykładni a mieszanym modelem kontroli konstytucyjności prawa przez sądy powszechne zob. m. in. P. Kardas, *Zagadnienie kontroli rozproszonej w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych* (w:) M. Granat (red.), *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, t. 2, Warszawa 2019, s. 203 i n.; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie...*, s. 208 i n.

30 Zob. m. in. stanowisko A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający...*, s. 14 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa...*, s. 330 i n.

31 Zob. w szczególności uwagi T. Kaczmarka, *Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu* (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 279 i n.

nie ma sposobu by jej uniknąć bez narażenia się na rażącą obrazę przepisów prawa³².

W konsekwencji wydaje się, że w odniesieniu do stanowiących elementy systemu prawnego konstrukcji abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo równie istotne jak pytanie o ich zgodność z konstytucyjnymi przesłankami kryminalizacji jest poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, o możliwość korekty nazbyt szerokiego zakresu karalności w sytuacjach, gdy wartościowane zachowanie nie tylko nie generuje żadnego zagrożenia dla dobra prawnego, ale nie jest w ogóle

kach, gdy uznawane za realizujące znamiona typu czynu zabronionego zachowanie w ogóle, *ex ante*, nie jest zdadne do spowodowania zagrożenia naruszenia dobra prawnego. Daje o sobie znać także wtedy, gdy ustalone zostaje *ex post*, że zachowanie nie wywołało w konkretnym układzie okoliczności żadnego zagrożenia dla chronionego dobra³⁵.

Niezwykle szerokie i wielopłaszczyznowe zagadnienie konstrukcji przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo sprowadzić można w ramach prowadzonych rozważań do próby ustalenia czy brak

Typy abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo służą tyleż ochronie społecznie cennych wartości, co spełniają funkcję zabezpieczającą.

zdadne do stworzenia jakiegokolwiek niebezpieczeństwa. W tego typu wypadkach ze szczególną mocą objawia się pytanie o funkcję kryminalizacji opartej na modelu abstrakcyjnego narażenia, jej związki z zasadą ochrony dobra prawnego jako podstawy i uzasadnienia represji³³. Typy abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo służą tyleż ochronie społecznie cennych wartości, co spełniają funkcję zabezpieczającą³⁴. Ta druga ujawnia się w szczególności w tych wypad-

zagrożenia dla dobra prawnego może być rozpatrywany wyłączenie w perspektywie teorii kryminalizacji, czy też możliwe jest spojrzenie na te kwestie z perspektywy struktury przestępstwa i dogmatyki prawa karnego, a także dekodowanych z przepisów prawa karnego struktur normatywnych³⁶. Zasadniczy

32 Zarzut tego typu można w szczególności formułować wówczas, gdy rozstrzygnięcie uniewinniające oparte byłoby na koncepcji przeciwdowodu istnienia zagrożenia, wskazując, że znamiona przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie umożliwiają przeprowadzania takiego rodzaju rozumowania.

33 Formułowane w niezwykle interesujący sposób od lat w piśmiennictwie niemieckiego obszaru językowego. Zob. w tej kwestii sprawozdawcze uwagi D. Gruszeckiej, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 245 i n.

34 W taki sposób bywają analizowane przestępstwa odpowiadające istocie abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo konstrukcje stanowiące podstawę odpowiedzialności w ramach modelu *strict liability*. Zob. w tej kwestii m. in. A.P. Simester I in., *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, s. 199 i n.

35 W istocie zabezpieczającą funkcję tego typu regulacji widać dobrze, gdy spojrzemy się na omawiane konstrukcje z perspektywy znane prawu anglosaskiemu koncepcji *strict liability*. Na gruncie tego ujęcia społeczna funkcja normy zakazującej, społeczna funkcja kryminalizacji, mającej na celu maksymalnie skuteczną eliminację lub co najmniej istotne ograniczenie zakresu zachowań niebezpiecznych, stanowi podstawę „usprawiedliwienia” pociągania do odpowiedzialności także w tych sytuacjach, gdy atypowo zagrożenie, przed powstaniem którego chronić ma zakaz karny, nie zostaje wygenerowane przez zachowanie sprawcy. Zob. m.in. w tej kwestii: A.P. Simester I in., *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, s. 207 i n.

36 Wykorzystywanie w ramach prowadzonych analiz wewnętrznej struktury przestępstwa lub dekodowanych z przepisów prawa karnego struktur normatywnych, to wyraz odmiennego metodologicznego podejścia do rozważań karnistycznych. Badania wykorzystujące wewnętrzną strukturę przestępstwa, oparte są na metodzie analizy dogmatycznej,

problem to próba rozstrzygnięcia czy brak zagrożenia można skutecznie rozwiązywać jedynie na płaszczyźnie stanowienia prawa i abstrakcyjnej oceny jego konstytucyjności czy też istnieją normatywne, teoretyczne i dogmatyczne podstawy uwzględnienia tej okoliczności w procesie wykładni i stosowania prawa. Innymi słowy czy możliwe jest w procesie interpretacji uzyskanie takiego rezultatu, który uwzględniac będzie wyjątkowe sytuacje, gdy zachowanie pozbawione jest w ogóle zdolności do wywołania negatywnych skutków dla chronionego dobra prawnego. Z perspektywy procesowej zaś stworzenie w drodze wykładni przepisów typizujących albo podstawy do przeprowadzenia przeciwdowodu wywołania lub niezniwelowania przez sprawcę zagrożenia dla dobra prawnego³⁷ albo wskazania też niezwiązanego z koncepcją przeciwdowodu sposobu uadekwatnienia zakresu zastosowania lub zakresu normowania norm: sankcjonowanej lub sankcjonującej, umożliwiającego rozwiązanie przypadków braku zagrożenia dla chronionego dobra prawnego, w szczególności zaś braku zdolności wartościowanego zachowania do naruszenia dobra poprzez „zawężenie” zakresu zastosowania oraz odpowiednią modyfikację zakresu normowania obu norm.

Odpowiedź na sformułowane powyżej pytania nierozzerwalnie łączy się z następującymi problemami: umiejscowieniem zagrożenia dla dobra prawnego w strukturze przestępstwa oraz na płaszczyźnie normy

analizy oparte na zawartości treściowej norm: sankcjonowanej i sankcjonującej do metody analizy normatywnej. Oba podejścia stanowią w pewnym zakresie alternatywne, w pewnym komplementarne sposoby prowadzenia badań na podstawach, zakresie, przesłankami i konsekwencjami przypisania odpowiedzialności karnej. O możliwości wykorzystywania obu metod w analizach karnistycznych, a także ich komplementarności zob. m. in. P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4, s. 6 i n. O innych podejściach metodologicznych w prawie karnym zob. m. in. O komplikacjach związanych z wykorzystywaniem współczesnej metodologii karnistycznej w praktycznym procesie stosowania prawa interesująco pisze M. Królikowski, *Kilka refleksji...*, s. 281 i n.

37 O którym w polskim piśmiennictwie przed laty interesująco pisał J. Giezek, *Narazienie na niebezpieczeństwo...*, s. 125 i n.

sankcjonowanej i sankcjonującej; znaczeniem art. 31 ust. 3 Konstytucji RP dla określenia standardów wprowadzenia do systemu prawnego przez ustawodawcę przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo³⁸; charakterystyką rodzajową dóbr podlegających prawnokarnej ochronie w kontekście sposobów rozumienia materialnego ataku na dobro prawne; znaczeniem i funkcjami podziału dóbr prawnych na konkretno-indywidualne i kolektywne³⁹; uzasadnieniem i funkcjami podziału karygodności na karygodność *in concreto* i karygodność *in abstracto* w perspektywie przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo⁴⁰; rozumieniem karygodności przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo; znaczeniem podziału na przestępstwa formalne i materialne oraz z abstrakcyjnego i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo; kryteriami odróżniającymi przestępstwa formalne od przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo⁴¹.

Analiza wszystkich przedstawionych wyżej płaszczyzn służyć powinna określeniu sposobu postępowania w przypadkach oceny zachowań o atypowej zawartości bezprawia, niewywołujących zagrożenia dla dobra prawnego, a zwłaszcza pozbawionych w ogóle zdolności do jego naruszenia. Tak ukierunkowane rozważania stanowić mogą podstawę potwierdzenia bądź falsyfikacji powszechnie wyrażanego w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie twierdzenia, że brak zagrożenia dla dobra prawnego nie ma znaczenia dla

38 Zob. K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 56 i n.; D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 34 i n.

39 Co do przyjmowanych w piśmiennictwie kategoryzacji dóbr prawnych oraz wynikających z akceptacji określonych teorii konsekwencji w sferze prawa karnego zob. w szczególności: D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia...*, s. 19 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa...*, s. 12 i n.

40 Zob. w szczególności W. Wróbel, *Przestępstwa abstrakcyjne...*, s. 37 i n.

41 Co do przyjmowanych w teorii i dogmatyce prawa karnego podziałów oraz ich konsekwencji zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia...*, s. 245 i n. E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjne...*, s. 11 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

odpowiedzialności za przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo⁴², a tym samym, że wszelkie koncepcje zmierzające do zarysowania normatywnych podstaw uwzględniania tej okoliczności w procesie prawnokarnego wartościowania, w tym także koncepcja możliwości przeprowadzenia przeciwdziału, są pozbawione materialnoprawnych podstaw⁴³.

W kontekście wartości chronionych w ramach zbioru przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo dostrzec można, iż konstrukcje te służą ochronie trzech rodzajów dóbr⁴⁴: konkretno-indywidualnych, kolektywnych oraz tzw. agregatów dóbr indywidualnych⁴⁵. Pierwsza i trzecia z wymienionych kategorii w istocie nie różnią się co do statusu i cha-

Konstrukcja przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo służy ochronie trzech rodzajów dóbr: konkretno-indywidualnych, kolektywnych oraz tzw. agregatów dóbr indywidualnych.

Nie pretendując do zarysowania w tym opracowaniu wszystkich aspektów zagadnienia braku zagrożenia dla dobra prawnego jako źródła prawniczego paradoksu przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, podejmując próbę weryfikacji, czy rzeczywiście konieczne jest przypisanie odpowiedzialności karnej za przestępstwo z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo gdy zachowanie sprawcy nie charakteryzuje się w ogóle zdolnością do naruszenia chronionego przez dany typ dobra prawnego, rozpocząć warto od opisu chronionych przez te przestępstwa rodzajów dóbr.

rakteru chronionego dobra prawnego. W obu ochronie podlega dobro konkretno-indywidualne, z tym jedynie zastrzeżeniem, że w przypadku pierwszym co do zasady przepis typizujący chroni jedno dobro prawne, zaś w przypadku trzecim dwa lub więcej dóbr prawnych, ujętych łącznie jako zagregowany przedmiot ochrony⁴⁶.

42 Wskazuje się, że można go uwzględnić ewentualnie na płaszczyźnie materialnego pierwiastka w definicji przestępstwa, przyjmując, że zachowanie nie generujące zagrożenia dla dobra prawnego uzasadniania odstąpienie od prawnokarnej represji poprzez przyjęcie znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu. Zob. m. in. stanowisko Sz. Tarapaty, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa...*, s. 330 i n.

43 Dodać należy, że wedle prezentowanego w piśmiennictwie poglądu jedyną możliwością korekty na etapie przypisania jest skorzystanie z konstrukcji materialnego pierwiastka w definicji przestępstwa i uznanie, że ze względu na brak zagrożenia dla chronionego przez dany typ przestępstwa dobra prawnego stopień społecznej szkodliwości ocenianego zachowania nie przekracza progu znikomości. Zob. m. in. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn...*, s. 19–21.

44 Kwestia charakteru dóbr chronionych przez przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, wymagałaby szerszej analizy, której przedstawienie wykracza znaczenie poza ramy niniejszego opracowania. Nie prezentując jej w tym miejscu, tym samym przyjmuję, że brak uzasadnienia może stanowić podstawę do kontestowania przedstawionej propozycji, stąd określam ją jako być może z tego powodu arbitralną.

45 O sposobach rozumienia chronionych przez tę kategorię dóbr oraz znaczenia przedstawianych ujęć teoretycznych i dogmatycznych dla rekonstrukcji podstaw karalności interesująco pisze, z szerokim odniesieniem do literatury niemieckiej, D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu naruszenia...*, s. 245 i n. Przedstawione wyżej ujęcie zostało wykorzystane w analizach M. Filipczaka, *Brak zagrożenia dla dobra prawnego...*

46 Przykładem takiego typu czynu zabronionego może być art. 178a k.k., który choć znajduje się w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w rzeczywistości chroni życie, zdrowie i w pewnym zakresie mienie w związku z zagrożeniami wynikającymi z uczestnictwa w ruchu lądowym.

Zasadnicza różnica występuje natomiast pomiędzy typami chroniącymi dobra konkretno-indywidualne oraz agregaty dóbr konkretno-indywidualnych z jednej strony a typami chroniącymi dobra kolektywne. W przypadku dóbr indywidualnych podstawą ochrony karnoprawnej jest oparta na rozpoznanych relacjach kauzalnych norma zakazująca podejmowania zachowań prowadzących wedle aktualnego stanu wiedzy do naruszenia chronionych wartości. W przypadku zaś dóbr kolektywnych norma mająca na celu ochronę nie tyle tych dóbr, co związanych z nimi instytucji. Odmienne jest w konsekwencji uzasadnienie obu rodzajów norm. Odmienne funkcja norm zakazujących lub nakazujących sprawia, iż inaczej przedstawiają się zasady postępowania zgodnego z zakazem lub nakazem wyrażonym przez przepisy prawa. W przypadku dóbr konkretno-indywidualnych regulacje prawnokarne służą do kryminalizacji zachowań stwarzających zagrożenie lub naruszających te wartości w związku z naruszeniem przyjmowanych społecznie sposobów postępowania. Uzasadnienie zakazów lub nakazów służących ochronie istotnych społecznie dóbr jest w tych przypadkach oparte na powiązaniach kauzalnych. To świadomość zagrożenia związanego z naruszeniem zasad postępowania z dobrem stanowi podstawę procesu konstruowania norm sankcjonowanych.

Dobro prawne związane jest zarówno z normą sankcjonowaną, jak i sprzężoną z nią normą sankcjonującą⁴⁷. W dogmatyce prawa karnego na poziomie ogólnym przyjmuje się, że charakter dobra w istotnym zakresie determinuje rodzaj reguł postępowania. Reguły postępowania mają znaczenie dla wyznaczenia zakresu zastosowania oraz normowania normy sankcjonowanej, a także zakresu zastosowania normy sankcjonującej. O naruszeniu normy sankcjonowanej zasadniczo decyduje naruszenie zaktualizowanych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, godzące w funkcję ochronną normy⁴⁸. Podobną funkcję

odgrywają reguły postępowania z dobrem prawnym na płaszczyźnie normy sankcjonującej⁴⁹. Warto podkreślić, że dla odpowiedzialności karnej istotne jest naruszenie tej normy, która *in concreto* określała sposób zachowania (działania lub zaniechania), którego spełnienie gwarantowało wedle wiedzy o prawidłowościach rządzących otaczającym nas światem niewygenerowanie niebezpieczeństwa naruszenia chronionego dobra prawnego lub zniwelowanie do poziomu społecznie akceptowanego istniejącego niezależnie od zachowania sprawcy zagrożenia dla tego dobra⁵⁰. Kształt norm, nakazującej podjęcie działania niwelującego zagrożenie lub zakazującego podejmowania działania generującego zagrożenie, determinują ontyczną podstawę odpowiedzialności za jej naruszenie. W przypadku nakazu jest nią zaniechanie, w przypadku zakazu działanie⁵¹. Model powyższy, służący konkretyzacji norm poprzez uwzględnienie reguł postępowania z dobrem prawnym, których przekroczenie stanowi rudymenarny warunek odpowiedzialności karnej, jest powszechnie przyjmowany i stosowany do przestępstw materialnych (z naruszenia dobra prawnego) oraz materialnych z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo⁵².

Wywołuje zarazem poważne wątpliwości w odniesieniu do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. W doktrynie prezentowane są w tej kwestii rozbieżne poglądy, w tym także stanowisko wykluczające możliwość odwoływania się do reguł postępowania z dobrem prawnym (reguł ostrożności) w przypadku tej

49 Reguły postępowania z dobrem prawnym są elementem charakteryzującym zarówno znamiona bezprawności, jak i znamiona karalności. W obu obszarach służą konkretyzacji i uadekwatnieniu norm.

50 Założenie to przesadza, iż w przypadku naruszenia więcej niż jednej normy sankcjonowanej, w procesie prawnokarnej wartościowania konieczne jest ustalenie, że sprawca naruszył nie jakąkolwiek normę zakazu lub nakazu, lecz tę, która *in concreto* miała na celu zapobieganie powstaniu nieakceptowanego społecznie zagrożenia dla dobra prawnego.

51 Zob. szerzej J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997, s. 66 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

52 Zob. J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 78 i n.

47 Szerzej na temat funkcji dobra prawnego oraz jego usytuowania w strukturze przestępstwa oraz treści dekodowanych z przepisów norm: sankcjonowanej i sankcjonującej zob. m. in. Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa...*

48 Posługuję się pewnym skrótem myślowym, w rzeczywistości bowiem reguły postępowania z dobrem prawnym służą konkretyzacji treściowej zakazu lub nakazu.

kategorii przestępstw⁵³. W świetle tego poglądu nie jest możliwe uadekwatnienie poprzez wykorzystanie reguł ostrożności⁵⁴ zakresu zastosowania zakazu lub nakazu charakteryzującego zachowanie opisane w przepisie typizującym przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, a w konsekwencji uadekwatnienie zakresu kryminalizacji tych przestępstw. Przyjmuje się, że mają one formalny charakter i są w sposób kompletny scharakteryzowane w przepisie typizującym. „Norma, z której niewypełnieniem związany jest typ o charakterze formalnym określa zachowanie powinno wprost – jakiś czyn jest po prostu zakazany lub nakazany sam przez się, niezależnie od konsekwencji. W przypadku tej normy – inaczej niż w wypadku normy zakazującej urzeczywistniać określony skutek, względnie nakazującej zapobiegać określonemu skutkowi – opis zachowania się jest bezpośrednio dany. Odpada tym samym potrzeba sięgania po wzorzec reguł wymaganej w obrocie ostrożności”⁵⁵. Z tego właśnie powodu twierdzi się, że przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie wymagają uzupełnienia o reguły postępowania z dobrem prawnym oraz stwierdzenia wystąpienia *in concreto* zagrożenia dla chronionego dobra prawnego, z czego wynika, iż reguły oraz konsekwencje zachowania jego nie mają żadnego znaczenia dla kwestii przypisania odpowiedzialności karnej. Z kolei autorzy przyjmujący, że reguły postępowania z dobrem prawnym mają zastosowanie także do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie wyjaśniają, jaką funkcję pełnią te reguły w odniesieniu do tej kategorii przestępstw. Zarazem wskazują, że jest ona inna niż funkcja reguł w przypadku przestępstw skutkowych, z naruszenia dobra prawnego oraz narażenia na konkretne niebezpieczeństwo⁵⁶.

53 Takie stanowisko prezentuje m. in. tamże, s. 80 i n.

54 W ramach niniejszego opracowania posługuję się zamiennie określeniami „reguły postępowania z dobrem prawnym” oraz „reguły ostrożności”, mając zarazem świadomość, że ta kwestia, nie ma wyłącznie charakteru terminologicznego, co także uzasadniałoby przedstawienie szerszych uwag. Nie jest to jednak możliwe w ramach niniejszego opracowania z uwagi na jego ograniczony zakres.

55 J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 84.

56 Dobrym przykładem niejasności co do funkcji reguł przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeń-

W konsekwencji kluczem do rozwiązania, chociażby w części tytułowego zagadnienia, jest zbadanie, czy w istocie reguły z postępowania z dobrem prawnym nie znajdują zastosowania do przestępstw w abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Zwolennicy twierdzenia o braku znaczenia reguł ostrożności w przypadku przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo podnoszą, że w tym wypadku nie mogłoby dojść do spełnienia przypisywanej tym regułom funkcji⁵⁷. Służą one wszak do rozgraniczania zachowań społecznie akceptowanych, choć w pewnym zakresie niebezpiecznych, od zachowań przekraczających granice społecznej akceptacji. Stanowią klucz rozkodowujący znamiona w zakresie powiązanym z naruszeniem lub stworzeniem konkretnego narażenia naruszenia dobra prawnego. W obu tych wypadkach przepisy typizujące obejmują szerokie spektrum zachowań o zróżnicowanej charakterystyce, co sprawia, iż konieczne jest rozgraniczenie zachowań nieprzekraczających społecznie akceptowanego ryzyka od zachowań generujących to ryzyko powyżej progu społecznej akceptacji⁵⁸. Obie kategorii zachowań są „ryzykowne”, tworzą zagrożenie dla chronionych dóbr prawnych. Tyle tylko, że zagrożenie pozostające poniżej progu społecznej tolerancji jest akceptowane przez ustawodawcę, i nawet gdy prowadzi do naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo chronionego dobra prawnego, nie może stanowić podstawy odpowiedzialności karnej⁵⁹.

stwo jest stanowisko A. Zolla, przyjmującego, że reguły te odgrywają pewną rolę w procesie przypisania odpowiedzialności za te przestępstwa, zarazem wykluczającego, by miały one służyć do wyznaczania zakresu kryminalizacji. A. Zoll dopuszcza możliwość badania stopnia i charakteru naruszenia reguł postępowania, zarazem zdaje się wykluczać sytuację, w której w związku z badaniem odpowiedzialności za przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo możliwe byłoby stwierdzenie, że zachowanie sprawcy nie stanowiło w ogóle naruszenia reguły postępowania z dobrem. Zob. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn...*, s. 19–21.

57 Tak w szczególności J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku...*, s. 78 i n.

58 Zob. J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 67 i n.

59 Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, „pewne zagrożenia dóbr uczestniczących w obrocie musimy akceptować czy

To jest podstawowa funkcja reguł ostrożności wykorzystywanych do uadekwatniania treści norm: sankcjonowanej i sankcjonującej⁶⁰. Tego typu operacje z uwagi na konstrukcyjne właściwości są natomiast wykluczone w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Konstrukcyjnie brak jest tu przestrzeni do odwoływania się do tej figury. Nie sposób także wskazać ewentualnej funkcji, jaką miałyby pełnić reguły postępowania z dobrem w procesie rekonstrukcji znamion norm: sankcjonowanej i sankcjonującej. Zwolennicy twierdzenia o braku relewancji reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia przyjmują bowiem, że zachowania opisane w przepisach typizujących te przestępstwa z założenia wykazują określone kwantum niebezpieczeństwa, które nie podlega już żadnej weryfikacji na płaszczyźnie stosowania prawa. Stopień społecznej akceptacji ryzyka uwzględniany jest, jak się przyjmuje w tym ujęciu, na poziomie stanowienia prawa.

Zwolennicy twierdzenia o możliwości wykorzystywania reguł postępowania z dobrem prawnym w odniesieniu do przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo podnoszą z kolei, że z uwagi na podstawową funkcję prawa karnego, jaką jest ochrona społecznie doniosłych wartości, a także immanentnie związane z prawem represyjnym zasady subsydiarności, proporcjonalności i konieczności, w każdym przypadku określania przesłanek i zakresu odpowiedzialności karnej niezbędne jest uwzględnienie funkcji reguł ostrożnego postępowania w zakresie ochrony dóbr prawnych oraz eliminacja z zakresu karalności zachowań, które dla dobra prawnego albo w ogóle nie stwarzają zagrożenia albo generują zagrożenie, jednak nie przekraczające poziomu społecznej

akceptacji⁶¹. W odniesieniu do przestępstw abstrakcyjnego narażenia wskazuje się dodatkowo, że także w tych przypadkach z uwagi na niedoskonałości języka, w którym wyrażane są normy, nie sposób przyjąć, iż przepis typizujący w sposób precyzyjny i nie wymagający uadekwatnienia określa zakres zachowań zakazanych/nakazanych i karalnych. Oznacza to, że także w przypadku tej kategorii przestępstw niezbędne jest odwołanie się do reguł postępowania z dobrem prawnym, by wyznaczyć precyzyjnie zakres zachowania nakazanego/zakazanego i karalnego. Dodatkowym argumentem jest to, że powinno zachowanie sprawcy zawsze realizowane jest w określonych okolicznościach, determinujących możliwość skutecznego działania oraz sprzyjających powstaniu określonego typu konsekwencji. Reguły postępowania z dobrem w przypadku przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwa służą tym samym wskazaniu optymalnych sposobów postępowania zapobiegających powstaniu stanu rzeczy zgodnego z opisem zawartym w przepisie typizującym. Reguły postępowania z dobrem prawnym mają w tych wypadkach postać kontrdyrektyw celowościowych, wskazując bowiem co należy czynić, aby nie zachować się w określony sposób. Jednocześnie współwyznaczają zachowania społecznie adekwatne oraz zachowania przekraczające dopuszczalny poziom ryzyka⁶².

W powyższym kontekście rozstrzygnięcia wymaga nie tylko pytanie, czy reguły postępowania z dobrem prawnym mają zastosowanie do przestępstw abstrakcyjnego narażenia, ale także ustalenie, w razie przyjęcie, że są one związane także z tą kategorią przestępstw, jakie funkcje pełnią te reguły w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia. W dalszej zaś perspektywie odniesienie się do możliwości wykorzystania twierdzeń dotyczących funkcji i znaczenia reguł postępowania

choćby tylko znosić, ponieważ wymagają tego społeczne potrzeby codzienności, ponieważ per saldo jest to społecznie opłacalne. W związku z tym w doktrynie powszechnie przyjmuje się, że nie można odpowiedzialności karnej rozciągać na takie zachowania się, które wprowadzie łączą się z określonymi niebezpieczeństwami dla dóbr prawnych, ale nie przekraczają jeszcze progu społecznej tolerancji” – J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 71–72.

60 Zob. w tej kwestii J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 82–84.

61 Tak w szczególności M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, s. 204 i n. Zob. też A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 35 i n.; K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 248 i n.; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, wyd. 2, Warszawa 1989, s. 239 i n.

62 M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, Warszawa 2012, s. 207–208.

z dobrem prawnym dla weryfikacji koncepcji przeciwdowodowi istnienia zagrożenia dla dobra prawnego.

Pierwsza z poruszanych kwestii, tj. możliwość stosowania reguł postępowania z dobrem prawnym do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, była przedmiotem moich wcześniejszych rozważań⁶³. Odwołując się do zamieszczonych w innym opracowaniu analiz można w tym miejscu syntetycznie stwierdzić, że przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo obejmują zachowania niebezpieczne ze względu na ich cechy, opierając się na generalnym założeniu niebezpieczeństwa określonej kategorii zachowań lub domniemaniu, że dopuszczenie się takich zachowań tworzy stan zagrożenia⁶⁴. Podstawą kryminalizacji są w tym wypadku właściwości zachowania, nie zaś wywoływane przez nie *in concreto* zagrożenie, traktowane jako stan. Charakterystyczna dla przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo cecha niebezpieczności nie odnosi się jednak do samego zachowania, lecz zachowania w relacji do dobra prawnego. Ustalenie tej relacji możliwe jest poprzez odniesienie do reguł postępowania z dobrem. Reguły są bowiem powiązane z wartościami, dookreślają cel ochrony normy. Odniesienie zachowania do reguł, stwierdzenie, iż doszło do ich przekroczenia potwierdza wymaganą dla karalności relację zachowania do dobra. Nie istnieją zachowania absolutnie niebezpieczne w sensie generowania zagrożenia dla wszystkich wartości (dóbr prawnych). Są zachowania niebezpieczne dla określonych wartości z tego powodu, że stanowią przekroczenie reguł bezpiecznego postępowania z tymi wartościami w określonych okolicznościach. Stąd pojęciowo nie ma możliwości kwantyfikowania zachowań jako niebezpiecznych dla określonych wartości bez powiązania z regułami postępowania z dobrem⁶⁵.

63 Zob. P. Kardas, *O osobliwościach przestępstw...*

64 Co do teorii generalnego niebezpieczeństwa oraz teorii domniemanego niebezpieczeństwa, zwłaszcza w ujęciu niemieckiej doktryny prawa karnego, zob. szerzej D. Gruszeckiej, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia...*, s. 253 i n.

65 Zob. szerzej w tej kwestii interesujące rozważania poświęcone tej problematyce zawarte w opracowaniach: Z. Ziemińskiego, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 129 i n.; M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa w pra-*

W odniesieniu do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo w niektórych przypadkach opis zachowania karalnego odnosi się wprost lub jest tożsamy z regułami postępowania czy też regułami technicznymi wskazującymi czego nie należy czynić by nie generować zagrożenia dla chronionych wartości. W innych znamię czasownikowe ujęte jest bardziej ogólnie, wprost nie odnosząc się do reguł postępowania z dobrem prawnym. W obu przypadkach zawartość treściowa przepisu typizującego stanowi podstawę procesu wykładni, którego celem jest rekonstrukcja normy sankcjonowanej i sankcjonującej jako wzorca wykorzystywanego do oceny konkretnego przypadku.

W przypadku części przestępstw abstrakcyjnego narażenia w wielu przepisach typizujących powinno zachowanie opisane jest w sposób generalny, często niewskazujący w sposób dostatecznie precyzyjny, jak w danych okolicznościach powinien zachować się adresat normy. Wynika to zarówno z właściwości języka, jak i tego, że zachowania nakazane lub zakazane są zawsze ujęte kontekstowo, normy odnoszą się bowiem do założonych okoliczności, determinujących możliwości skutecznego działania. Z tych powodów opis zawarty w przepisie typizującym wymaga doprecyzowania, analogicznego do tego, które wiąże się z opisem zachowania charakterystycznym dla przestępstw skutkowych. Reguły postępowania z dobrem prawnym w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia wskazują optymalne sposoby zachowania. Ich przestrzeganie zapobiega powiązaniu zachowania z chronionym dobrem prawnym, zapobiega powstaniu stanowiącej podstawę kryminalizacji relacji między zachowaniem a chronionym dobrem prawnym. W tym sensie za trafne uznać należy traktowanie reguł postępowania z dobrem prawnym jako kontroldyrektyw celowościowych⁶⁶. Za trafne należy uznać także twierdzenie, że reguły postępowania z dobrem w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia umożliwiają także rozróżnienie zachowań naturalnych,

wie karnym, „Zeszyty Naukowe UJ – Prace Prawnicze” 1955, z. 1, s. 160 i n.; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 38 i n.; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 82 i n.; J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 67 i n.

66 M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, s. 207–208.

które wykroczyły poza zakres dopuszczalnego ryzyka, od takich, które są społecznie adekwatne. Spełniają tym samym taką samą rolę w procesie interpretacji i konkretyzacji jednoznacznej normy postępowania, jak w przypadku przestępstw materialnych⁶⁷.

Za wykorzystywaniem reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia przemawiają także funkcja ochronna i gwarancyjna prawa karnego. Obie wymagają w każdym przypadku doprecyzowania treści nakazu lub zakazu. W przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nacisk położony jest na bezprawność samego zachowania, bez odniesienia bezprawności do konsekwencji zachowania, w tym w szczególności skutku. To przesądza, że niezbędne jest przeprowadzenie zabiegów uadekwatniających, zarówno na płaszczyźnie zakresu zastosowania, jak i zakresu normowania normy sankcjonowanej. Charakterystyczne dla tej kategorii przestępstw znamię zamachu na dobro prawne ustalić można jedynie odwołując się do reguł postępowania z dobrem. Choć w przypadku tej kategorii przestępstw nie jest konieczne ustalanie stopnia prawdopodobieństwa zagrożenia dla dobra prawnego, to niezbędne jest stwierdzenie, że zachowanie w ogóle było zdadne do jego naruszenia. Przy czym zdatność w tym przypadku nie oznacza indywidualnej możliwości naruszenia dobra, jak dzieje się w odniesieniu do przestępstw z abstrakcyjnej zdadności, lecz potencjalną możliwość naruszenia związaną z określoną kategorią zachowań. Mając na względzie, że czym innym jest ustalenie stopnia zagrożenia a czym innym stwierdzenie istnienia możliwości naruszenia, trzeba wskazać, że przestępstwa abstrakcyjnego narażenia oparte są na założeniu tej możliwości. W przypadku tej kategorii przestępstw nie jest ważne, jak bardzo prawdopodobne jest naruszenie, lecz to, że jest ono w ogóle możliwe. Jest to zaś możliwe jedynie wówczas, gdy dojdzie do naruszenia przez zachowanie sprawcze reguł postępowania z dobrem prawnym. Poza zakresem normy sankcjonowanej pozostają bowiem te wszystkie sytuacje, kiedy brak jest zagrożenia dla dobra prawnego wynikający z braku zdadności zachowania do jego naruszenia lub z konkretnego układu

okoliczności zewnętrznych, w jakich realizowane jest określone zachowanie⁶⁸.

Wszystko to wskazuje, że reguły postępowania z dobrem prawnym odgrywają istotną rolę także w przypadku przestępstw z abstrakcyjnego narażenia. Ich naruszenie stanowi podstawę odpowiedzialności. W zależności od kształtu przepisu typizującego albo są wprost wkomponowane w jego treść, zwłaszcza wówczas, gdy znamię czynnościowe wprost zawiera techniczne dyrektywy wskazujące sposoby zachowania, albo stanowią tzw. pozaustawowe znamiona, wykorzystywane w procesie rekonstrukcji normy. Wskazana odmiennność konstrukcyjna typów przestępstw abstrakcyjnego narażenia uzasadnia jedynie to, że w przypadku typów tożsamy treściowo z regułami postępowania z dobrem, ich uwzględnienie następuje bez konieczności odwoływania się dodatkowo do pozaustawowych dyrektyw technicznych⁶⁹. W pozostałych przypadkach, proces ich wykorzystania nie różni się od przyjmowanego w przypadku przestępstw materialnych.

Zasadniczą funkcją reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo jest powiązanie zachowania karalnego z chronionym dobrem prawnym. W pewnych przypadkach reguły stanowią też podstawę ustalenia czy zachowanie wykazywało ogólną zdadność do naruszenia chronionego dobra prawnego w sensie istnienia potencjalnej możliwości jego naruszenia. Reguły postępowania z dobrem prawnym, wyrażone wprost w przepisie typizującym lub mające status pozaustawowy konkretyzują i uadekwatniają treść normy sankcjonowanej i sankcjonującej.

68 W odniesieniu do kategorii braku zagrożenia dla dobra prawnego warto z J. Majewskim wskazać, że nie chodzi w tych wypadkach o stan absolutnego bezpieczeństwa określonych wartości społecznych, lecz o takie stany świata zewnętrznego, w których dobru prawnemu nie grozi żadne na tyle poważne niebezpieczeństwo uszczerbku, że racjonalnie należałoby je wziąć pod uwagę w kalkulacji rozwoju przyszłych wydarzeń – *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 67.

69 Właściwość ta charakteryzuje jedynie proces rekonstrukcji norm z przepisów typizujących przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, nie oznacza zaś braku znaczenia reguł postępowania z dobrem prawnym dla tej kategorii przestępstw.

67 Tak też M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektyw...*, s. 207 i n.; M. Bielski, *Naruszenie reguł ostrożności...*, s. 31 i n.

Reguły postępowania z dobrem prawnym są w świetle powszechnie przyjmowanego w piśmiennictwie karnistycznym stanowiska narzędziem służącym do uadekwatnienia zakresu zakazu lub nakazu w danych okolicznościach faktycznych. Służą do wyznaczenia zakresu bezprawności. Norma sankcjonowana oraz powiązana z nią funkcjonalnie i treś-

typizującego znamiona strony przedmiotowej przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo może w procesie wykładni doprowadzić do uznania, że w pewnych kategoriach sytuacji faktycznych nie aktualizuje się zakaz/nakaz określonego zachowania.

Spoglądając z powyższej perspektywy na funkcję reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku



Zasadniczą funkcją reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo jest powiązanie zachowania karalnego z chronionym dobrem prawnym.

ciowo reguły postępowania z dobrem, mające charakter dyrektyw technicznych, odnoszą się zawsze do określonego układu sytuacyjnego. Norma sankcjonowana określa bowiem preferowane sposoby zachowania się w danych okolicznościach, nie zaś jak należy zachowywać się w ogóle⁷⁰. Innymi słowy określa w jaki sposób należy zachowywać się w danych okolicznościach.

W kontekście analizy normatywnej dotyczącej dekodowanych z przepisów prawa karnego struktur normatywnych pozwala to twierdzić, że uadekwatnienie zakazu lub nakazu dokonuje się przez odwołanie się do reguł postępowania z dobrem. Uadekwatnienie odnosi się zarówno do zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, charakteryzując okoliczności w jakich powinno zachowanie ma zostać podjęte lub w jakich okolicznościach sprawca powinien powstrzymać się od podejmowania określonego zachowania, jak i zakresu normowania tej normy, konkretyzując sposób powinienego (nakazanego lub zakazanego) zachowania.

Odwołanie się do reguł postępowania z dobrem jako narzędzia uadekwatniającego zakres zastosowania normy sankcjonowanej rekonstruowanej z przepisu

przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo można stwierdzić, iż przedstawia się ona inaczej niż w przypadku typów z narażenia konkretnego oraz typów z naruszenia.

W przypadku przestępstw z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo służą do uadekwatnienia treści zakazu/nakazu, poprzez „odcięcie” zachowań zgodnych ze standardem postępowania określonym przez te reguły jako niestwarzających niebezpieczeństwa przekraczającego społecznie akceptowaną miarę. W przypadku przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo stanowią element dookreślający zakres zastosowania oraz zakres normowania normy sankcjonowanej. Służą do wyznaczenia zakresu bezprawności zachowania. W tym ujęciu reguły ostrożności stanowią instrument służący m. in. do określenia zdatności zachowania do naruszenia dobra prawnego. Brak naruszenia reguł postępowania z dobrem wyklucza przekroczenie normy sankcjonowanej.

Przedstawione wyżej uwagi stanowić mogą próbę odniesienia się do kontrowersyjnej kwestii znaczenia i funkcji koncepcji przeciwdowodu braku zagrożenia. Jakkolwiek pojęcie to wykorzystywane jest w praktyce z zakresu teorii i dogmatyki prawa karnego, to

⁷⁰ Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 129.

wiąże się – co sygnalizowano już powyżej – zasadniczo z zagadnieniami procesowymi. Stanowi však syntetyczne określenie dla procedury prowadzonej w ramach konwencjonalnego postępowania karnego, w której przeprowadza się czynności dowodowe mające na celu ustalenie, że w przypadku konkretnego zachowania z uwagi na okoliczności modalne, cechy samego zachowania lub zbieg tych czynników, mimo formalnej zgodności zachowania z opisem zawartym w znamieniu czynnościowym, nie wygenerowało ono zagrożenia dla chronionego przez dany typ czynu zabronionego dobra prawnego. Innymi słowy dowodowe wykazanie, że zachowanie z uwag na atypowo nie stworzyło żadnego zagrożenia dla chronionego dobra prawnego. Przeprowadzenie tego typu dowodu wymaga istnienia odpowiednich podstaw normatywnych, wśród których centralne miejsce zajmuje przewidziany w przepisie typizującym zestaw przesłanek odpowiedzialności. Przeciwdowód to zatem koncepcja odnosząca się nie tyle do procesu rekonstrukcji i uadekwatniania norm sankcjonowanej i sankcjonującej, ale podstawa wykazania, że brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności ze względu na okoliczności faktyczne, tj. brak wygenerowania przez zachowanie zagrożenia dla dobra prawnego.

Wykorzystywanie koncepcji przeciwdowodu wymaga wprowadzenia do zestawu tych przesłanek w procesie wykładni znamienia negatywnego w postaci braku zagrożenia dla dobra prawnego. Dopiero tak ukształtowane znamiona umożliwiają przeprowadzenie stosownej procedury dowodowej a ostatecznie stwierdzenie, że zachowanie, które atypowo nie wygenerowało zagrożenia dla dobra prawnego, nie stanowiło realizacji znamion czynu zabronionego.

Kształt przesłanki normatywnej umożliwiającej przeprowadzenie procedury przeciwdowodzenia, powiązanie jej z odpowiednią strukturą normatywną, decyduje o tym, z jakiego powodu dochodziłoby do wyłączenia odpowiedzialności karna. Jeśli powiązać tę przesłankę z normą sankcjonowaną, wówczas brak będzie podstaw do stwierdzenia bezprawności, gdy połączy się je z normą sankcjonującą, wówczas brak będzie warunków do stwierdzenia karalności zachowania. Oznacza to, że powiązanie koncepcji przeciwdowodu z rozważaniami dotyczącym braku zagrożenia wymaga spojrzenia na prawo karne w uję-

ciu systemowym, uwzględniającym także rozwiązania proceduralne.

Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo na płaszczyźnie znamion nie zawierają jednak ani pozytywnie określonego ani też negatywnie ujętego elementu, uzasadniającego przeprowadzenia procedury przeciwdowodzenia. Na tej płaszczyźnie trudno zatem doszukiwać się uzasadnienia dla koncepcji przeciwdowodu.

Uwagi odnoszące się do funkcji i znaczenia reguł postępowania z dobrem prawnym w procesie rekonstrukcji zakresu zastosowania oraz normowania normy sankcjonowanej związane są z procesem uadekwatnienia w ramach procedury wykładni zakresu bezprawności zachowań w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Uadekwatnienie obu elementów normy sankcjonowanej pozwala na stwierdzenie, że nie odnoszą się one do pewnych kategorii zachowań. Wykorzystanie reguł postępowania z dobrem prowadzi do ograniczenia zakresu zastosowania normy sankcjonowanej oraz odpowiedniej modyfikacji normy sankcjonującej rekonstruowanych z przepisów typizujących przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. W konsekwencji do ograniczenia zakresu desygnatów znamienia czynnościowego, obejmującego wyłącznie zachowania pozostające w odpowiedniej relacji z chronionym dobrem prawnym w kontekście określonego układu okoliczności faktycznych. Taki model wykładni przesądza, że zasadniczo poza zakresem znamion pozostają zachowania *ex ante* niezdatne do naruszenia dobra prawnego. A więc nie tylko nie generujące *in concreto* zagrożenia dla dobra prawnego, ale w ogóle niezdatne do stworzenia takiego zagrożenia.

Zarazem powyższa korekta dokonywana jest na płaszczyźnie wykładni znamion normy sankcjonowanej i sankcjonującej. Nie stwarza to jednak normatywnych podstaw do odwoływania się do koncepcji przeciwdowodu niebezpieczeństwa. Ten bowiem, jak sygnalizowano powyżej, związany jest z płaszczyzną znamion, które by możliwe było odwoływanie się do procedury przeciwdowodzenia, muszą być wyposażone w odpowiednio ukształtowane znamie negatywne, braku zagrożenia dla dobra prawnego ustalanego *in concreto* lub znamie pozytywne w postaci wymogów stworzenia przez zachowanie sprawy zagrożenia

dla dobra prawnego. Ponieważ przedstawiony wyżej model wykładni przepisów typizujących przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, z uwzględnieniem funkcji i znaczenia reguł postępowania z dobrem prawnym w procesie rekonstrukcji przesłanek bezprawności i karalności objętego takim typem czynu zabronionego zachowania, nie stwarza podstawy do takiego wniosku, tym samym konkludując należy stwierdzić, że na tle aktualnego stanu prawnego brak jest teoretycznych i dogmatycznych podstaw do aprobaty dla koncepcji przeciwdowodu mającego na celu wykazanie, iż *in concreto* zachowanie sprawcze nie generowało zagrożenia dla dobra prawnego.

Rozwiązanie tytułowego prawniczego paradoksu możliwe jest jedynie w ramach uwzględniającego reguły postępowania z dobrem prawnym procesu rekonstrukcji zakresu zastosowania i zakresu normowania normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej z przepisu typizującego przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo służącego od uadekwatnienia ich zakresów zastosowania i normowania. Prawdłowo przeprowadzony proces wykładni stanowić może podstawę rozwiązania dylematu zachowań niegenerujących zagrożenia dla dobra prawnego. Proces uadekwatnienia zawartości treściowej norm: sankcjonowanej i sankcjonującej pozwoli bowiem pozostawić poza zakresem ich zastosowania i normowania zachowania pozbawione zdolności do naruszenia dobra prawnego. Jest zarazem zupełnie oczywiste, że przedstawiona wyżej koncepcja nie rozwiązuje wszystkich dylematów związanych z szeroką co do zakresu konstrukcją przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Bibliografia

- Buchala K., *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971.
- Buchala K., *Prawo karne materialne*, wyd. 2, Warszawa 1989.
- Cieślak M., *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe UJ – Prace Prawnicze” 1955, z. 1.
- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
- Filipczak M., *Brak zagrożenia dla dobra prawnego a przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, niepublikowana rozprawa doktorska, Łódź 2020.
- Giezek J., Gruszecka D., *Prawnokarne (obiektywne) przypisanie narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo* (w:) J. Majewski (red.), *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2015.
- Giezek J., Kardas P., *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Palestra” 2002, nr 1–10.
- Giezek J., *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego* (w:) „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. 50.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowane prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Hirsch H.J., *Konkrete und abstrakte „Gefährdungsdelikte”* (w:) G. Kohlmann (Hrsg.), *Schriften aus 3 Jahrzehnten*, Berlin 1999.
- Hryniewicz E., *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2012.
- Jezusek A., *„Domniemanie winy” w prawie karnym materialnym a procesowe domniemanie niewinności* (w:) „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2, s. 175–187.
- Kaczmarek T., *Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu* (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013.
- Kardas P., *O osobliwościach przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Państwo i Prawo” (złożone do redakcji).
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4, s. 5–63.
- Kardas P., *Zagadnienie kontroli rozproszonej w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych* (w:) M. Granat (red.), *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, t. 2, Warszawa 2019.
- Kindhauser U., *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchung zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main 1989.
- Królikowski M., *Kilka refleksji o gwarancyjnej roli dogmatyki karnistycznej* (w:) A. Liszewska, J. Kulesza (red.), *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga Jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy Urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, Łódź 2020.

- Majewski J., *Kategoria (braku) zagrożenia dla dobra prawnego w schematach argumentacyjnych karnistów* (w:) J. Majewski (red.), *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2015.
- Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997.
- Pilch A., *Między ochroną a wolnością: granice prawa karnego w przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.) *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Prof. A. Zolla*, Warszawa 2012, t. 2.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012.
- Schuenemann B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, nr 5.
- Simester A.P. i in., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrin*, Hart Publishing, Oxford 2019.
- Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.
- Spotowski A., *Karalność w razie braku zagrożenia dobra prawnego*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 7.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Wróbel W., *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ”, nr 96.
- Ziemińskiego Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Zieschang F., *Gefährungsdelikte*, Berlin 1998.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, nr 4, s. 68 i n.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* (w:) J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982.

Komentarz do niemieckiego precedensu orzeczniczego aprobowującego możliwość dziedziczenia dostępu do konta na serwisie społecznościowym



Maksymilian Weber-Sitarski

Doktorant Katedry Prawa Własności Intelektualnej i Dóbr Niematerialnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, absolwent Szkoły Prawa Niemieckiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

✉ m.sitarski@wpia.uw.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-9556-8461>

“Digital Estate” – Study Based on Inheriting a Social Media Account in Germany

The analysis is based on judgements of the Regional Court of Berlin (Landgericht) and German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof). The courts approved the possibility of inheriting access to Facebook user's account. The reason of taking legal action by plaintiff was the lack of possibility to access to the account of her deceased daughter. It was caused by the change of account's status into category "in memoriam". Courts investigated similarity between inheriting access to Facebook account and inheriting private letters from relatives. The courts also pointed out, that entitlement to access to user's Facebook account is part of the estate, because of liability between user and provider. Courts' legal assessment was based on Facebook's general terms for which the user has basically no control in practice. In this article are considered the main problems of inheriting user's Facebook account, for instance inheritance, liability components, the user's accounts on social network, nature of content of the social network account.

Słowa kluczowe: cyfrowy spadek, serwis społecznościowy, konto, lex provider, ogólne warunki użytkowania, cyfrowe aktywa

Key words: digital estate, social network, account, lex provider, general terms and conditions of use, digital asset

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(71\).2022.726](https://doi.org/10.32082/fp.3(71).2022.726)

1. Wprowadzenie

Wejście w skład spadku dóbr o charakterze cyfrowym wzbudza w doktrynie współczesnego prawa spadkowego niemałe kon-

trowersje. W niniejszym opracowaniu omówiony zostanie niemiecki precedens, na kanwie którego rozważa się możliwość „dziedziczenia” dostępu konta na serwisie

społecznościowym. Rozstrzygnięcie niemieckiego Sądu Najwyższego¹ to niewątpliwie ciekawy Judykat, który może stanowić inspirację do głębszego zastanowienia się nad naturą prawną dóbr cyfrowych. Ustalenie ich statusu jest istotne z punktu widzenia instytucji spadkobrania. Poza tym zagadnienie potencjału spadkowego dóbr cyfrowych ma bardzo dużą doniosłość praktyczną. Rozważyć należy, czy funkcjonalna wykładnia obowiązujących przepisów może należycie regulować zagadnienie „cyfrowego spadku” przy zachowaniu bezpieczeństwa obrotu prawnego.

swojej wielowymiarowości jest z góry skazana na niepowodzenie, stąd podstawę rozważań stanowić będą wyłącznie orzeczenia aprobowujące możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych tj. Landgericht oraz pełniąc rolę instancji odwoławczej Bundesgerichtshof³. Rozstrzygnięcie Kammergericht musi pozostać, ze względu na ograniczenia redakcyjne, bez szerszego omówienia. W niniejszym opracowaniu poddane analizie zostaną m. in. charakter dobra cyfrowego w postaci konta na serwisie społecznościowym oraz skuteczność funkcjonalnej wykładni dotychczasowych



Czy funkcjonalna wykładnia obowiązujących przepisów może należycie regulować zagadnienie „cyfrowego spadku” przy zachowaniu bezpieczeństwa obrotu prawnego?

W opracowaniu dziedziczone dobra cyfrowe oraz prawo do odziedziczenia dostępu do konta w serwisie społecznościowym będą określane również ogólnym pojęciem „cyfrowego spadku”. Takie określenie przyjęło się w piśmiennictwie. Kategoria „cyfrowego spadku” odpowiada niemieckiemu sformułowaniu „der digitale Nachlass” czy angielskiej wersji „digital estate”².

Próba opisanie zagadnienia „cyfrowego spadku” w jednej publikacji (nawet ograniczając to zagadnienie do konta w serwisie społecznościowym) z racji

przepisów niemieckiego prawa spadkowego. Ponadto zamierzony został deskryptywny charakter komentarza do precedensów aprobowujących możliwość dziedziczenia, aby ukazać mimo wszystko różne punkty ciężkości rozłożone w I instancji oraz BGH.

Inspiracją do podjęcia tematu była ożywiona dyskusja w zagranicznej literaturze oraz wyrok BGH, który mógłby zostać uznany przez niektórych badaczy za wyrok słusznie niwelujący „cyfrowy feudalizm”⁴. Niemalą rolę odgrywa relatywnie małe zainteresowanie tematem w polskim piśmiennictwie, podczas gdy np. w niemieckiej doktrynie prawa jeszcze przed wyro-

1 Dalej jako BGH

2 Por. np. Herzog/Pruns, *Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis*, zerb verlag, Bonn 2018; Jamie P. Hopkins, *Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate*, „Hastings Science and Technology Law Journal” 2013, s. 209; w cyfrowym wydaniu komentarza do Kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej „Наследственное право – постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации” (red. E.J. Petrow, wyd. M-Logos, 2018, s. 67) przy przepisie dot. spadku pojawia się określenie „cyfrowych aktywów” tj. цифровой актив. Określenie „цифровое наследство” (cyfrowy spadek) pojawia się w kontekście bardziej potocznym np. w publikacjach popularnonaukowych.

3 Powyżej wskazane Sądy są właściwymi organami orzecznymi w sprawach cywilnych. Właściwym sądem I instancji, który mógł rozpatrzyć omawianą sprawę, był Landgericht. Sądem drugoinstancyjnym był Kammergericht. Zarówno Landgericht, jak i Kammergericht są sądami na poziomie krajów związkowych (landów). *Bundesgerichtshof* jest najwyższym sądem na poziomie federalnym; por. np. H. Simon, G. Funk-Baker, *Einführung in das deutsche Recht und die deutsche Rechtssprache*, München 2006, s. 177.

4 N.M. Banta, *Property Interests in Digital Assets: Rise of Digital Feudalism*, „Cardozo Law Review” 2017, nr 38, 2017, s. 1099–1156.

kiem BGH wyrażono liczne i rozmaite zapatrywania dotyczące możliwości dziedziczenia treści cyfrowych.

Teza judykatu BGH z 12 lipca 2018 r. (III ZR 183/17) brzmi następująco: „Umowa o konto użytkownika w serwisie społecznościowym przechodzi zasadniczo w drodze sukcesji uniwersalnej na spadkobierców pierw-

przypadku byli to jej rodzice – matka i ojciec) założyła konto użytkownika w serwisie społecznościowym Facebook. Dokonała tzw. rejestracji⁷ i stała się użytkownikiem serwisu społecznościowego Facebook. Córnka przekazała rodzicom za życia dane dostępu do konta użytkownika, tak że mogli oni zalogować się



Umowa o konto użytkownika w serwisie społecznościowym przechodzi zasadniczo w drodze sukcesji uniwersalnej na spadkobierców pierwotnego uprawnionego do dostępu do konta.

wotnego uprawnionego do dostępu do konta, a którzy to spadkobiercy mają roszczenie wobec administratora serwisu o dostęp do konta, włączając w to zachowane na koncie treści komunikacyjne”⁵.

2. Stan faktyczny sprawy

W przedmiotowej sprawie rozważano możliwość dziedziczenia dostępu do konta użytkownika na serwisie społecznościowym Facebook. Konkretnie chodziło o ukształtowanie obowiązku zapewnienia spadkobiercom dostępu do konta użytkownika, o czym bliżej będzie mowa w opisie postępowania sądowego. Należy nadmienić, że „zapewnienie spadkobiercom dostępu do konta” (w precyzyjnym przełożeniu z języka niemieckiego na język polski) zostało sformułowane konsekwentnie w rozstrzygnięciach sądów kolejnych instancji.

W dniu 4 stycznia 2011 r. piętnastoletnia dziewczynka za zgodą swoich prawnych opiekunów⁶ (w tym

do konta w każdej chwili. Podanie rodzicom danych dostępu (login i hasło) stanowiło warunek, aby dziewczynka mogła takie konto założyć, czynność założenia konta wymagała bowiem zgody rodziców.

Wymaganie zgody rodziców nie powinno budzić szczególnych wątpliwości – w niemieckim systemie prawnym § 1626 BGB reguluje władzę rodzicielską (*elterliche Sorge*), która obejmuje pieczę nad osobą dziecka (*Personensorge*) oraz nad majątkiem dziecka (*Vermögenssorge*). Kluczowa w aspekcie założenia konta na serwisie społecznościowym jest piecza nad osobą dziecka, bowiem dotyczy ona sfery wychowania. Udzielenie zgody oraz prawdopodobnie uzyskanie danych dostępu do konta jest fundamentalnym źródłem informacji dla rodzica, w jaki sposób dziecko korzysta z konta użytkownika oraz czy potrzebna jest interwencja rodzica. Piecza nad osobą dziecka w wirtualnych okolicznościach może być rozumiana jako nadzór nad rozsądną działalnością swojego dziecka w sieci. Polski stan prawny koresponduje z rozwią-

5 Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute entschieden, dass der Vertrag über ein Benutzerkonto bei einem sozialen Netzwerk grundsätzlich im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben des ursprünglichen Kontoberechtigten übergeht und diese einen Anspruch gegen den Netzwerkbetreiber auf Zugang zu dem Konto einschließlich der darin vorhandenen Kommunikationsinhalte haben. [tłum. aut. – MS].

6 Pojęcie tzw. *gesetzliche Vertreter* – prawni opiekunowie występuje w § 1629 BGB.

7 Utworzenie konta na serwisie społecznościowym Facebook jest możliwe od 13. roku życia (por. <https://pl-pl.facebook.com/help/188157731232424?helpref=topq>). Aby utworzyć konto, potencjalny użytkownik musi się „zarejestrować”, tzn. należy podać własne imię oraz nazwisko, adres e-mail lub numer telefonu komórkowego, hasło (umożliwiające zalogowanie się do konta), datę urodzenia oraz płeć.

zaniem niemieckim. Kontrola dziecka i posiadanie danych dostępu do konta są o tyle zrozumiałe, że rodzicowi przysługuje władza rodzicielska, uregulowana w art. 95 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, która to władza „obejmuje w szczególności obowiązki i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą [...] oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw”.

W dniu 3 grudnia 2012 r. w nieznanach okolicznościach dziewczynka umiera wskutek potrącenia przez pociąg metra w Berlinie⁸. Nie ustalono, czy był to nieszczęśliwy wypadek czy samobójstwo. Maszy-

no wykazania bezzasadności roszczenia maszynisty. Powódka liczyła, że dzięki zawartym na koncie treściom komunikacyjnym pozna motyw śmierci córki.

Rodzice dziewczynki podjęli próbę zalogowania się na konto użytkownika za pomocą danych dostępu do konta. Było to jednak niemożliwe, gdyż konto zostało 9 grudnia 2012 r. objęte statusem *in memoriam* (*Gedenkzustand*)¹⁰. Doszło wówczas do blokady jakiegokolwiek dostępu do konta (*Zugangssperre*) oraz do treści na nim zawartych. Pozostała wyłącznie „pamiątka” po koncie, coś na kształt kroniki. Brak możliwości dostępu do konta, co się okaże po szcze-



Powstało pytanie o podstawę prawną uzyskania przez rodziców dostępu do konta zmarłej córki w perspektywie bardziej konkretnej, tzn. tego, czy i jak takie prawo dostępu do konta można zrealizować *lege artis*.

nista pociągu metra, który krytycznego dnia potrącił dziewczynkę, zażądał od jej spadkobierców (rodziców) zadośćuczynienia⁹. Ponadto maszynista miał doznać szoku z powodu wypadku. Domagał się również odszkodowania z powodu utraty zarobku, gdyż nie mógł pracować po wypadku. Matka dziewczynki za pomocą dostępu do konta na serwisie społecznościowym „Facebook” chciała dowiedzieć się, po pierwsze, dlaczego córka podjęła tę tragiczną w skutkach decyzję. Po drugie, informacje znajdujące się na koncie użytkownika zmarłej córki mogły być potrzebne

głównie w analizie rozstrzygnięć sądowych, wzbudził nie tylko poważne wątpliwości prawne, ale i wydawał się ze słusznościowego punktu widzenia po prostu niesprawiedliwy wobec rodziców występujących pierwotnie w roli prawnych opiekunów (*Sorgeberechtigten*), a następnie rodziców – spadkobierców. Niezależnie od trafności pobudki rodzicielskiej, rozumianej jako chęć uzyskania dostępu do konta użytkownika po zmarłej córce, powstała potrzeba zastanowienia się nad podstawą prawną uzyskania przez rodziców dostępu do konta zmarłej córki w perspektywie bardziej konkretnej, tzn. tego, czy i jak takie prawo dostępu do konta można zrealizować *lege artis*.

8 Ustalenia faktyczne poczynione przez Landgericht (20 O 172/15) por. wyrok Landgericht, s. 2–3 oraz wyrok Kammergericht (21 U 9/16), s. 4.

9 Por. np. *Digitaler Nachlass: Erfüllung des Anspruchs der Erben auf Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto der Erblasserin bei Facebook*, ZErB 07/2020; <https://berlin.kanzlei-moegel.de/zugang-eltern-facebook-account-verstorbenen-tochter/> (dostęp 23.04.2020).

10 Informacje o koncie ze statusem *in memoriam* – <https://pl-pl.facebook.com/help/1506822589577997/> (dostęp 23.04.2020). Moje wątpliwości budzi fakt, że dostęp do konta użytkownika może zostać „zablokowany” przez osobę trzecią, która nie zajmuje żadnej pozycji prawnosпадkowej, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

3. Postępowanie sądowe

Spadkobiercy (rodzice zmarłej córki) po stwierdzeniu blokady dostępu do konta na serwisie społecznościowym Facebook zwrócili się o odblokowanie wejścia na konto. Facebook nie uczynił zadość temu żądaniu, odmówił dostępu, zaznaczając jednocześnie, że nie wydaje danych profilowych zmarłych użytkowników, a na prośbę bezpośredniego członka rodziny (*ein unmittelbares Familienmitglied*) dane mogą zostać skasowane. Odmowę uzasadniono postanowieniami Regulaminu (dalej jako Regulamin)¹¹ oraz ochroną danych i tajemnicą komunikacyjną, tzn. ochroną danych samej zmarłej oraz treści nadesłanych przez nadawców do zmarłej.

Powódka, aby uprawdopodobnić fakt niemożności wejścia na konto zmarłej córki za pomocą ważnych danych dostępu z powodu uzyskania statusu konta *in memoriam*, załączyła zrzut ekranu do pozwu, na którym to zrzucie ekranu widać przejście do konta o powyższym statusie. Co jednak istotne, gdyby dane dostępu były nieprawidłowe, pokazałyby się taka informacja, natomiast w tym przypadku zgadzały się one z danymi podanymi przez zmarłą córkę.

Matka wniosła pozew do sądu I instancji – Sądu Krajowego (dalej jako Landgericht¹²), dochodząc w powództwie kształtującym „żądania dostępu do kompletnego konta użytkownika i związanych z nim treści komunikacyjnych w serwisie społecznościowym Facebook”¹³. Powódka (matka zmarłej dziewczynki) jest, obok ojca, w tzw. *Erbengemeinschaft*, czyli „wspólnocie spadkobierców” – co oznacza, że spadek po zmarłej córce przypadł matce i ojcu jako współspadkobiercom i istnieje między nimi wspólność majątku spadkowego¹⁴.

11 Regulamin serwisu Facebook pod <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> (dostęp 25.04.2020).

12 Landgericht jest pierwszą instancją sądownictwa powszechnego, ze względu na właściwości można porównać do polskiego sądu okręgowego; F. Baur, G. Walter, *Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, München 1992, s. 5.

13 Wyrok Landgericht (sygnatura – por. przypis 9) – „[...] einen Anspruch auf Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten bei dem sozialen Netzwerk Facebook [...]”

14 § 2032 BGB [Erbengemeinschaft]; por. również pkt 6, fragment dotyczący „działu spadku” https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-de-pl.do

Firma pozwanej to Facebook Ireland Limited; jest to spółka z siedzibą w Dublinie, będąca spółką-córką spółki Facebook Inc. z siedzibą w Menlo Park, w Kalifornii. W tym miejscu tylko sygnalizacyjnie warto zaznaczyć, że między użytkownikiem a spółką dochodzi do zawarcia stosunku o charakterze obligacyjnym. Nadto wszyscy użytkownicy „europejscy” zawierają umowę właśnie ze spółką-córką Facebook Ireland Limited, stąd jako „pozwaną” określa się w niniejszym wyroku właśnie tę spółkę. Usługi świadczone za pomocą serwisu społecznościowego Facebook są usługami spółki Facebook Ireland Limited.

Tok instancyjny w tej sprawie kształtował się następująco: najpierw powódka wystąpiła do sądu I instancji; właściwym sądem w tej sprawie był Landgericht¹⁵ w Berlinie. Wyrokiem z dnia 17 grudnia 2015 roku sąd I instancji uznał skargę za uzasadnioną. Następnie pozwana spółka Facebook Ireland Limited złożyła apelację do właściwego sądu II instancji, czyli Wyższego Sądu Krajowego (dalej jako Kammergericht). Sąd, rozpatrując apelację pozwanej, oddalił powództwo. Wyrok został wydany 31 maja 2017 r. W rezultacie powódka złożyła „rewizję” (środek odwoławczy – *revision*). Polega ona na tym, iż nie bada się jeszcze raz stanu faktycznego i okoliczności faktycznych, ale poddaje się analizie wyrok i upatruje się w nim błędów prawnych. Rozpoznając rewizję, BGH pełni rolę instancji odwoławczej i tam sprawa znalazła swój finał. 12 lipca 2018 roku BGH uznał wniesioną rewizję za skuteczną. Zaskarżony wyrok sądu II instancji został uchylony, apelacja pozwanej spółki została odrzucona (*Zurückweisung der Berufung der Beklagten*) i przywrócono pierwszy wyrok Landgericht aprobujący roszczenia powódki.

4. Rozstrzygnięcie sądu I instancji (Landgericht)

Rozstrzygnięcie powzięte przez Landgericht brzmi w przełożeniu na język polski: „pozwaną ma obowiązek zapewnić współspadkobiercom dostęp do kompletnego konta użytkownika i na nim zachowanych treści komunikacyjnych zmarłej w serwisie społecznościowym Facebook na koncie użytkownika”¹⁶.

15 Por. przypis nr 6.

16 *Die Beklagte wird verurteilt, der Erbengemeinschaft nach [...], Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den*

Sama sentencja tego wyroku kreśli główne, ale nie wszystkie sporne kwestie prawne zaistniałe w sprawie. Wobec tego powstaje pierwsze, węzłowe zagadnienie, tj. określenie kręgu spadkobierców oraz czy i w jaki sposób przechodzi na nich konto użytkownika w serwisie społecznościowym Facebook. Druga kwestia to rzeczony „kompletny dostęp do konta” – co znamionuje taki „dostęp”, co oznacza „kompletność” dostępu, czym jest „konto”. Trzecią sprawą, którą należało poddać rozważeniu, jest charakter wspomnianych „treści komunikacyjnych”. Jak się okaże, w konsekwencji powstaje wiele poważnych wątpliwo-

paragraf księgi piątej niemieckiego kodeksu cywilnego (dalej jako BGB). § 1922 BGB statuuje zasadę sukcesji uniwersalnej (*Gesamtrechtsnachfolge*)¹⁹. Zgodnie z jego brzmieniem, ze śmiercią osoby (*Erbfall*) jej majątek (*Erbschaft*) przechodzi jako całość na jedną lub więcej osób (*Erben*). Do kręgu spadkobierców po zmarłej dziewczynce weszli matka i ojciec. Warto zaznaczyć, że z treścią § 1922 niemieckiego BGB koresponduje art. 922 polskiego kodeksu cywilnego (dalej jako k.c.)²⁰.

Sąd uznał, że na matkę i ojca, jako na spadkobierców, przechodzi majątek spadkodawczyni (zmarłej córki)



Założono istnienie stosunku obligacyjnego między spółką Facebook Ireland Limited jako usługodawcą a zmarłą jako usługobiorcą.

ści, takich jak np. ochrona danych, ochrona tajemnicy korespondencji itd. W sentencji zabrakło, moim zdaniem, wskazania na zobowiązaniowy charakter stosunku prawnego nawiązanego pierwotnie przez zmarłą i spółkę Facebook Ireland Limited. Byłoby to o tyle istotne, że całą konstrukcję rozstrzygnięcia oparto właściwie na, skądinąd słusznym, założeniu istnienia stosunku obligacyjnego między spółką Facebook Ireland Limited jako usługodawcą a zmarłą użytkowniczką konta jako usługobiorcą.

4.1. Spadkobranie

Jak zostało powyżej wskazane, pierwszym zadaniem sądu I instancji było rozstrzygnięcie o podstawie potencjalnego spadkobrania, o kręgu spadkobierców oraz o tym, czy dostęp do konta w serwisie Facebook jest objęty spadkiem.

W wyroku za podstawę prawną¹⁷ uzasadniającą spadkobranie uznano § 1922 BGB¹⁸, czyli pierwszy

w drodze sukcesji uniwersalnej. Spadkobranie nastąpiło w reżimie dziedziczenia ustawowego; zgodnie z § 1925 BGB²¹ rodzice są określani jako „ustawowi spadkobiercy drugiego porządku”²². Rodzice dysponowali zdolnością do dziedziczenia²³. Przyjmując za podstawę przepisy prawa spadkowego, należało następnie rozważyć, jak w świetle przepisów prawnośpadkowych potraktować „cyfrowy spadek”, który po sobie pozostawiła małoletnia, a który to był przedmiotem sporu. Odnosząc się do możliwości dziedziczenia treści

*Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.
(2) Auf den Anteil eines Miterben (Erbteil) finden die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung.*

19 D. Leipold, § 1922 BGB (w:): *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht*, t. 10, s. 91.

20 Art. 922 k.c. – § 1 Prawa i obowiązki majątkowe zmarłego przechodzą z chwilą jego śmierci na jedną lub kilka osób stosownie do przepisów księgi niniejszej.

21 § 1925 [Gesetzliche Erben zweiter Ordnung] (1) *Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.*

22 Określenie brzmi w oryginale „gesetzliche Erben zweiter Ordnung”.

23 § 1923 BGB [Erbfähigkeit]; również koresponduje z art. 927 § 1 k.c.

darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbene[n] bei dem sozialen Netzwerk Facebook unter den Nutzerkonto [...] zu gewähren.

17 Por. wyrok Landgericht, s. 6.

18 § 1922 BGB [Gesamtrechtsnachfolge] – (1) *Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als*

o charakterze wysoce osobistym, sąd I instancji nie bez przyczyny przywołał w wyroku przykłady dziedziczenia pism, listów i pamiętek rodzinnych, które zawierają również prywatne treści²⁴. Moim zdaniem, nie dokonano jednak adekwatnej analizy charakteru treści cyfrowych, choćby pod względem materialności i niematerialności oraz potencjalnego wpływu tej dystynkcji na dziedziczenie.

Należy nadto zwrócić uwagę na cechę „majątkowości” praw i obowiązków, które przechodzą na spadkobierców, oraz na podobieństwo ustawodawstw niemieckiego i polskiego w tym zakresie. Majątek przechodzący na spadkobierców „obejmuje wszystkie dziedziczne stosunki prawne, zatem również aktywa i pasywa zmarłego”²⁵. Polski ustawodawca zdecydował się wyrazić *expressis verbis* zasadę niemożności dziedziczenia praw i obowiązków o niemajątkowym charakterze²⁶. „Majątek” podobnie rozumiany jest w doktrynie prawa polskiego i niemieckiego – „Niedziedziczne są z reguły prawa osobiste, związane ściśle z osobą zmarłego”²⁷, „§ 2 tego artykułu [art. 922 k.c. – przyp. aut.] wyraźnie wyłącza poza obręb spadku prawa i obowiązki majątkowe zmarłego ściśle związane z jego osobą”²⁸. Biorąc pod uwagę specyfikę konta na serwisie społecznościowym oraz charakter treści tam zawartych, nie należy się dziwić, że ta kwestia była przedmiotem rozważań sądów rozstrzygających tę sprawę.

4.2. Stosunek obligacyjny

Sąd określił stosunek prawny łączący zmarłą dziewczynkę i spółkę jako więź o charakterze zobowiązaniowym, wpisującą się właściwie w najprostszy schemat dwóch stron zobowiązania. Uznał, że małoletnia spadkodawczyni zawarła ze spółką Facebook Ireland

Limited tzw. umowę o korzystanie (*Nutzungsvertrag*). Nastąpiło to za zgodą jej prawnych opiekunów – matki i ojca. Ocena zdolności do czynności prawnych małoletniej, a przez to zdolności do czynności prawnych jej jako podmiotu stosunku zobowiązaniowego nie budziła wątpliwości, rodzice bowiem udzielili zgody na dokonanie czynności założenia konta.

Sąd I instancji ustalił, że w skład spadku weszły również prawa i obowiązki wynikające z rzeczowej umowy o korzystanie z usług na serwisie Facebook. Na mocy § 1922 BGB, statuującego zasadę sukcesji uniwersalnej, w wyroku jednoznacznie stwierdzono, że na spadkobierców przechodzi prawo dostępu do konta w serwisie społecznościowym *Facebook*, który prowadzi pozwana spółka. Sąd I instancji przyjął pogląd, jakoby ze wspomnianej umowy wynikało prawo dostępu do serwera. Określa się je jako prawo immanentne, wynikające ściśle z zawartego stosunku umownego. Skoro rozstrzygnięto o takiej obligacyjnej figurze prawnej, to zrezygnowano z jakiegokolwiek głębszej analizy prawnorzeczowej. Przyjęto jako oczywiste, że z umowy nie wynika prawo własności serwera, ale właśnie prawo dostępu do niego. Wyjaśniając istotę stosunku zawartego między zmarłą i pozwaną spółką, sąd I instancji trafnie określił usługę jako „przekazanie” do dyspozycji swojej technicznej infrastruktury oraz porównał to do „software as a service”²⁹. Do podobnych wniosków prowadzi przegląd wymienionych w regulaminie serwisu Facebook³⁰ usług oferowanych potencjalnym użytkownikom. Ich charakter nie pozostawia wątpliwości, po pierwsze, co do kreacji pewnego zobowiązania do świadczenia ze strony *provider*³¹, a po drugie, co do wykluczenia analizy pod kątem czystej, cywilistycznej własności. Nawiązanie zobowiązaniowego stosunku prawnego przez spadkobiercę nie wymaga, aby treści cyfrowe były „zmaterializowane”³².

24 D. Leipold, § 1922 BGB, s. 97; „Schriftstücke, Familienpapiere und Familienbilder, die sehr privaten Inhalt haben”.

25 K.W. Lange, *Erbrecht*, München 2017, s. 29; „Das Vermögen, das gem. § 1922 auf den Erben übergeht, umfasst sämtliche vererbare Rechtsverhältnisse, also mithin die Aktiva und Passiva des Erblassers”.

26 Por. kryterium należenia do spadku praw i obowiązków o charakterze majątkowym w art. 922 § 1 *in principio* k.c. „Prawa i obowiązki majątkowe zmarłego [...]”.

27 K.W. Lange, *Erbrecht*, s. 30.

28 E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019; art. 922.

29 *Software as a service – oprogramowanie jako usługa*; szczegółowe wyjaśnienie, na czym polega ta konstrukcja techniczna, <https://azure.microsoft.com/pl-pl/overview/what-is-saas/> (dostęp na 26.04.2020)

30 <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms/update> (dostęp na 26.04.2020)

31 Tak konsekwentnie określana jest pozwana spółka w aspekcie zawartego stosunku prawnego ze zmarłą – „provider” rozumiany jest jako „dostawca” usługi internetowej.

32 Choć biorąc pod uwagę różnorodność treści cyfrowych i możliwość materializacji danych na nośniku, warto doko-

Umowa o korzystanie z usług na serwisie Facebook zostaje w niniejszym judykacie określona jako umowa spełniająca wymagania „majątkowe”. Niestety, w wyjaśnieniu sądu I instancji zabrakło, moim zdaniem, pogłębionej analizy. Należało ustalić, czy w świetle przyjętej zasady prawa spadkowego, że prawa i obowiązki nie powinny być „ściśle związane z osobą zmarłego”, prawo dostępu do konta użytkownika należy do spadku, czy nie. Wątpliwość ta zostanie nieco bardziej rozwinięta w wyroku zapadłym w II instancji.

Należało również stwierdzić istnienie jurysdykcji sądu niemieckiego oraz rozważyć właściwość przez pryzmat niemieckich ustaw. Za podstawę rozpatrzenia przez sąd niemiecki przyjęto art. 6 ust. 1³³ rozporządzenia w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)³⁴. Skoro sąd zaaprobował, że spadkodawczyni zawarła umowę z pozwaną spółką, to w rezultacie prawa przysługujące z tytułu tej umowy powinny być rozważane wedle prawa państwa, w którym konsumentka miała miejsce zwykłego pobytu, a była to Republika Federalna Niemiec. Takie rozwiązanie dotyczy obywateli państw Unii Europejskiej. Co dotyczy pozostałych przypadków określonych w punkcie 4 [Dodatkowe postanowienia] w podpunkcie 4 [Spory] Regulaminu serwisu Facebook,

nać wnikliwej oceny z prawnorzeczowego punktu widzenia. Zwłaszcza że w doktrynie prawa *common law* pojawia się postulat ujęcia rzeczowego treści cyfrowych, o czym szerzej m.in. N.M. Banta, *Property Interests...*

33 Art. 6 ust. 1. Bez uszczerbku dla art. 5 i 7 umowa zawarta przez osobę fizyczną w celu, który można uznać za niezwiązany z jej działalnością gospodarczą lub zawodową („konsument”), z inną osobą wykonującą działalność gospodarczą lub zawodową („przedsiębiorca”) podlega prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, pod warunkiem, że przedsiębiorca:

- a) wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu; lub
- b) w jakikolwiek sposób kieruje taką działalnością do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem włącznie; a umowa wchodzi w zakres tej działalności.

34 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)

to zostało ustanowione, iż „użytkownik przyjmuje do wiadomości, że roszczenie podlega rozstrzygnięciu przez właściwy sąd w Republice Irlandii oraz że prawo irlandzkie reguluje niniejszy Regulamin oraz wszelkie roszczenia bez względu na przepisy prawa kolizyjnego”.

Wyjaśniając istotę „umowy”, sądy powinny były przede wszystkim poddać analizie zapisy Regulaminu³⁵. Jako źródło praw i obowiązków stron umowa zawiera m. in. precyzyjne określenie świadczenia. Punkt 3 [Dodatkowe postanowienia] podpunkt 5 [Pozostałe postanowienia] Regulaminu serwisu Facebook, na którego postanowienia użytkownik wyraża zgodę, zawiera następujące stwierdzenie: „Niniejszy Regulamin (dawniej zwany Oświadczeniem dotyczącym praw i obowiązków) stanowi całość umowy pomiędzy użytkownikiem a Facebook Ireland Limited w odniesieniu do korzystania przez użytkownika z naszych Produktów. Zastępuje on wszelkie wcześniejsze porozumienia”. Akceptacja Regulaminu prowadzi do zawarcia umowy między konsumentem a pozwaną spółką, która jest podmiotem zagranicznym, działającym według prawa irlandzkiego.

Przedmiot tego stosunku zobowiązaniowego ze strony spółki określa Regulamin. Sąd I instancji określa świadczenie wzajemne ze strony użytkownika jako umożliwienie spółce korzystania z przekazanych danych dla celów reklamowych. Nazywa to „licencją” na używanie danych osobowych. W punkcie drugim Regulaminu pod nazwą „Sposób finansowania naszych usług” zostaje wspomniane, że „[użytkownik] zamiast płacić za korzystanie z Facebooka [...] zgadza się na to, by Facebook wyświetlał mu reklamy”. Następnie wskazuje się, że dane użytkownika wykorzystywane są właśnie celem tworzenia spersonalizowanej reklamy, za które płacą „firmy i organizacje”³⁶.

35 Pominiecie interpretacji w wyrokach trzech instancji może budzić pewne pretensje, zwłaszcza że sądy wydają się być świadome rangi wydawanych judykatów, tj. zagadnienie cyfrowego spadku po raz pierwszy pojawiło się tak jaskrawie w tej sprawie. Nadto rozważania niniejszej sprawy będą przynajmniej przez najbliższy czas kształtować sposób analizy zagadnień związanych z cyfrowym spadkiem.

36 Pkt. 2 Regulaminu, <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> [dostęp na 10 maja 2020]

Sąd określił umowę nieco dokładniej, czyli jako „Vertrag zur Nutzung der Facebook-Dienste”, w tłumaczeniu oznacza „umowę o korzystanie z usług na serwisie Facebook”. W katalogu praw i obowiązków wynikających z tej umowy zawiera się również prawo dostępu do konta. I między innymi to prawo dostępu przechodzi, według sądu I instancji, w drodze sukcesji uniwersalnej na spadkobierców.

Konto w serwisie społecznościowym wydaje się być bezpośrednio związane z osobą – użytkownikiem, między innymi poprzez elementy go tworzące, np. wprowadzenie imienia, nazwiska, zdjęcia. Sąd jednak uznał, że „osobowość” konta ma marginalne znaczenie (*Personenbezogenheit*) dla zawartej umowy. Facebook wprowadził wielokrotnie w Regulaminie dawe wyraz spersonalizowanemu charakterowi świadczonej usługi³⁷, ale nie przewiduje procedury kontroli tożsamości, która byłaby przeprowadzana każdorazowo przy zakładaniu konta. Sąd trafnie wskazał, że zmarła dziewczynka przekazała za życia dane dostępu swoim rodzicom, którzy sprawowali pieczę nad dzieckiem. Określa się ich jako „Sorgeberechtigten” – uprawnieni do pieczy. Słusznie wskazano, że 15 – letnie dziecko jest dopiero na granicy wykształcania w sobie zdolności rozeznania, wnikiwości życiowej, stąd rodzicielska kontrola, w rozumieniu wglądu w treści internetowe i komunikacyjne, nie powinna budzić kontrowersji³⁸. Jako słuszne należy określić spostrzeżenie, że z samego brzmienia Regulaminu trudno jest wywieść bezpośrednio „niedzie dziczność” konta.

Ścisłe związanie świadczenia z osobą, a do tego, jak podkreślała pozwana spółka, bezwzględnie osobisty charakter konta mógłby być potencjalną przeszkodą, jednakże sąd rozważa w tym przypadku „proste zapew-

nienie dostępu” (*die schlichte Gewährung der Zugang*³⁹), jak można wnioskować, chodzi o bierny dostęp do konta, bez możliwości jego prowadzenia w dotychczasowy sposób.

4.3. Dostęp do kompletnego konta

Określony w rozstrzygnięciu sądu I instancji „kompletny dostęp do konta” po analizie wyroku został kategorią określoną przez to, czym nie jest. To pozostawiło wiele wątpliwości. Rodzice zmarłej dziewczynki podnieśli, że rzeczony dostęp był uniemożliwiony przez wspomniane już nadanie konta statusu *in memoriam*. Mimo że dysponowali prawidłowymi danymi dostępu, to nie mieli dostępu do konta w całości; innymi słowy nadanie statusu *in memoriam* spowodowało zablokowanie w praktyce większość funkcji świadczonych za pomocą serwisu Facebook. Błokada stoi jednak w sprzeczności z przyjęciem przez sąd zobowiązaniowej formuły nawiązanego stosunku. W świetle tej formuły należało umożliwić dostęp do konta spadkobiercom, ponieważ w razie nieumożliwienia dostępu następowało niespełnianie głównego świadczenia, do którego *provider* zobowiązał się pierwotnie wobec użytkownicy. Ani matka, ani ojciec zmarłej dziewczynki nie występowali o wprowadzenie konta w stan *in memoriam*. Regulamin nadto określa, że zgłoszenie śmierci użytkownika wymaga pewnego rodzaju potwierdzenia śmierci, co określa w formularzu zgłoszenia.

Krytycznej oceny wymaga szerokie rozumienie przez spółkę, czym można potwierdzić śmierć, potwierdzenie nie zostaje bowiem ograniczone wyłącznie do aktu zgonu, a akceptuje się również „zdjęcie nekrologu zmarłej osoby, karty upamiętniającej, innej dokumentacji potwierdzającej odejście tej osoby”. Niezręczność takiej regulacji zgłoszenia śmierci użytkownika spowodowała, że zgłoszenia dokonała „nieznana bliżej” skarżącej matce osoba. Co więcej, rodzice jako nie-znajomi w serwisie społecznościowym Facebook nie mogą choćby dokonywać wpisów na koncie *in memoriam*, podczas gdy znajomi mają taką możliwość.

Abstrahując od nieadekwatnych reguł zgłaszania śmierci użytkownika, nasuwają się spostrzeżenia o charakterze bardziej ogólnym. Jak słusznie wskazano

37 Por. np. pkt. 1 Regulaminu: „Wykorzystujemy posiadane dane [...] aby umożliwić użytkownikom korzystanie z nich w sposób spersonalizowany”; warunki użytkowania konta jako prawdziwa osoba zawarte w Regulaminie pkt. 3.1.

38 Wyrok Landgericht, s. 10: „wenn es sich bei der Erblasserin um ein 15-jähriges Kind handelt, das gerade an der Grenze der Einsichtsfähigkeit ist [...] und deshalb die Sorgeberechtigte dazu legitimiert ist, sich Kenntnis darüber zu verschaffen, wie und mit welchen Inhalten es im Internet kommuniziert bzw. kommuniziert hat”.

39 Wyrok Landgericht, s. 9.

w doktrynie polskiej, przejmowanie kont internetowych bliskich osób po śmierci „w praktyce [...] opiera się wyłącznie na regulaminach poszczególnych dostawców usług, czyli na umowie zawartej jeszcze z osobą

liwość dziedziczenia praw i obowiązków wynikającą z § 1922 BGB, uniemożliwiając spadkobiercom dostęp do treści znajdujących się na koncie, a taki dostęp jest rozumiany właśnie jako „pełny”.



Odmienne potraktowanie cyfrowego i analogowego spadku wydaje się nieuprawnione. Dowód na potwierdzenie tego twierdzenia ma stanowić status tzw. *Familienpapiere* przy zbyciu spadku.

żyjącą”⁴⁰. W niniejszej sprawie sąd I instancji, biorąc za podstawę zawarcie umowy przy użyciu wzorca, zwrócił uwagę, że z jednej strony przy umownych stosunkach łączących usługodawcę i usługobiorcę to wzorce umowne kształtują treść umowy, natomiast z drugiej strony podlegają również postanowieniom kodeksowym⁴¹. Można zgodzić się z zapatrywaniem sądu I instancji, jakoby wzorzec ten miał podlegać ocenie treści w ramach kontroli sądowej [tzw. *Inhaltskontrolle* w § 307 BGB⁴²].

Zawarcie w Regulaminie możliwości objęcia konta statusem *in memoriam*, a w rezultacie zablokowanie dostępu do konta z jego wszystkimi funkcjami, stanowi nieproporcjonalne naruszenie praw użytkownika i jego spadkobierców. Trafnie zostało podniesione przez sąd I instancji, że ewentualność uzyskania przez konto wyżej wspomnianego statusu wskutek działania osoby trzeciej niesłusznie ogranicza moż-

Być może precyzyjne określenie rzeczoności dostępu w ten sam sposób konsekwentnie przez cały wywód rozwiałyby możliwe wątpliwości. Można się zastanawiać, czy w opinii sądu I instancji „pełny” dostęp do konta jest równoznaczny z jego biernym użytkowaniem, aktywnym użytkowaniem czy oznacza korzystanie z funkcji konta w obu aspektach.

4.4. Charakter treści na koncie

W efekcie tak przeprowadzonej argumentacji i rozwinięciu powyższych, węzłowych dla rozstrzygnięcia kwestii sąd zajął się charakterystyką treści znajdujących się na koncie i ich klasyfikacją w świetle m.in. przepisów o ochronie danych osobowych oraz tajemnicy telekomunikacyjnej. W zasadzie przyczyną stojącą na przeszkodzie przekazania treści spadkobiercom była poważna wątpliwość co do znamienia „ściśłości związku z osobą” usługi będącej przedmiotem zawartej przez zmarłą umowy. Strona pozwana wskazała, że prawa i obowiązki wynikające z umowy o korzystanie z usług na serwisie Facebook są ściśle związane z osobą usługobiorcy; podkreślono także ich niemajątkowy charakter. Treści na koncie miałyby rzekomo podlegać tajemnicy telekomunikacyjnej (mając na myśli znajomych zmarłej, z którymi się kontaktowała) oraz ochronie danych samej zmarłej.

Nawiązanie do cechy „majątkowości” jest, moim zdaniem, rezultatem niewystarczającego wyjaśnienia istotnych cech, które charakteryzują dobra cyfrowe. Sąd I instancji poprzestał na stwierdzeniu, iż „jedno-

40 Por. J. Ojczyk, *Dziedziczenie cyfrowe, czyli komu przypadnie osierocone konto na Facebooku* (wypowiedź adw. P. Litwińskiego); <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795485095?keyword=cyfrowy%20spadek&cm=SREST> (dostęp 9.05.2020).

41 W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 168 (stanowisko drugie, opowiadające się za tym, że wzorce kształtują treść stosunku prawnego wraz z wymienionymi w art. 56 k.c. oświadczeniami woli, ustawami, zasadami współżycia społecznego, ustalonymi zwyczajami).

42 Właściwie jest to odzwierciedlenie polskiej regulacji zawartej w art. 3851 k.c.

znaczne określenie majątkowego charakteru części cyfrowego spadku nie jest praktycznie możliwe⁴³. Ponadto odmienne potraktowanie cyfrowego i analogowego spadku miałyby być nieuprawnione. Dowód na potwierdzenie tego twierdzenia ma stanowić status tzw. *Familienpapiere*⁴⁴ przy zbyciu spadku. Otóż § 2373 BGB przewiduje, że w przypadku istnienia

Materię w zakresie tajemnicy komunikacyjnej określa w prawie niemieckim ustawa o telekomunikacji (*Telekommunikationsgesetz*, dalej jako TKG)⁴⁶. Potencjalną przeszkodą mógłby być § 88 ust. 1 TKG⁴⁷, który statuuje tajemnicę komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych. Tajemnicy telekomunikacyjnej podlega treść telekomunikacji i jej szczegółowe



Różnica w naturze prawnej dóbr cyfrowych oraz dóbr analogowych skłania do głębszego zastanowienia się nad tym, czy można dziedziczyć prywatne wiadomości z serwisu społecznościowego równorzędnie pod względem prawnym, jak listy i pamiętniki.

wątpliwości nie należy postrzegać *Familienpapiere* oraz *Familienbilder*⁴⁵ jako zbytych ze spadkiem. Bez znaczenia jest, czy przedmioty te są bez wartości czy może mają znaczącą wartość majątkową. Taka analogia poczyniona przez sąd nie rozstrzyga moim zdaniem kwestii spornej – chodzi tu przecież o dobra w swej istocie różniące się od „analogowych”. Różnica w naturze prawnej dóbr cyfrowych oraz dóbr analogowych skłania do głębszego zastanowienia się nad tym, czy można dziedziczyć prywatne wiadomości z serwisu społecznościowego równorzędnie pod względem prawnym, jak listy i pamiętniki.

okoliczności, zwłaszcza informacja, czy ktoś jest lub był uczestnikiem przebiegu telekomunikacji. W ustępie 2 TKG zakreśla się zobowiązanie usługodawcy do zapewnienia tajemnicy telekomunikacyjnej, również po zakończeniu czynności o telekomunikacyjnym charakterze⁴⁸. Tym niewątpliwie była związana pozwana spółka. Ustęp 3 TKG jednak kreśli podstawę możliwości przekazania takich danych wówczas, kiedy istnieje podstawa rangi ustawy i wyraźnie następuje odwołanie do przebiegu telekomunikacji⁴⁹.

43 Wyrok Landgericht, s. 7: „eine eindeutige Bestimmung des vermögensrechtlichen Charakters eines Teils des digitalen Nachlasses ist praktisch nicht möglich”.

44 H.J. Musielak, § 2373 BGB (w:) *Münchener Kommentar...*, s. 2186; „Schriftstücke, Familienpapiere und Familienbilder, die sehr privaten Inhalt haben” – wykładnia szeroka pojęć „Familienpapiere” oraz „Familienbilder”. Pod tym pojęciem rozumie się również: „Urkunden rechtlicher Art., Personenstandatteste, Korrespondenzen, Briefschaften, Tagebücher, Familiennotizen”.

45 *Familienpapiere* rozumiane jako dokumenty rodzinne, *Familienbilder* jako portrety, zdjęcia, wizerunki rodzinne – chodzi o „pamiętki” rodzinne.

46 Ustawa o telekomunikacji pod https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2021/ (dostęp 2.02.2022).

47 TKG § 88, (1) *Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche.*

48 TKG § 88 (2) *Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist jeder Diensteanbieter verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist.*

49 TKG § 88 ust. 3 *in fine: Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetz-*

Sąd I instancji, podając niniejszą podstawę, wskazał na konieczność ochrony telekomunikacji z art. 10 ust. 1 niemieckiej ustawy zasadniczej, w którym to artykule jest właśnie mowa o tajemnicy korespondencji i tajemnicy telekomunikacyjnej⁵⁰. Z uwagi na fakt, że jedną z usług oferowanych przez pozwaną spółkę jest możliwość, aby za pomocą konta na serwisie społecznościowym Facebook przysyłać sobie wiadomości, które dotyczą tylko określonych osób, zdaniem sądu, spółka ta podlega przepisom o ochronie tajemnicy telekomunikacyjnej. § 88 przewiduje wydanie danych telekomunikacyjnych osobom trzecim określając jednocześnie granice wydawania danych – wedle koniecznej miary dla spełniania świadczenia zgodnie z prowadzoną działalnością oraz ochroną systemów technicznych⁵¹. Sąd trafnie uznał, że taką „konieczną miarę” stanowią przepisy prawnośpadkowe, wskutek czego zostanie ona zachowana przy umożliwieniu rodzicom dostępu do treści zawartych na koncie. Tego zapatrywania nie podzieliła Niemiecka Rada Adwokacka⁵², która uznała, że sam § 1922 BGB nie jest wystarczającą podstawą w ustawie.

Sąd I instancji nie powziął jednak żadnych wątpliwości co do słuszności przekazania treści spadkobiercom i uznał, że powyższe podstawy prawne nie stanowią bynajmniej przeszkody w zapewnieniu dostępu do konta (*Zugangsgewährung*) rodzicom. Ponadto sąd I instancji określił to jako „nieograniczone przekazanie” danych (*uneingeschränkte Weitergabe*). Mimo pozornej nieścisłości terminologicznej („nieograniczone”) wydaje się, że sąd chciał podkreślić niemożliwość potencjalnego „wyboru” treści przez pozwaną spółkę. Zarzuty odnoszące się do naruszenia ochrony danych poprzez przekazanie treści spadkobiercom

liche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht.

50 Art 10 GG (1) *Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich.*

51 *Für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderlichen Maß.*

52 *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> (dostęp 5.06.2020).

nie znalazły uznania sądu I instancji. „Zapewnie nie dostępu nie jest niemożliwe z powodu ochrony danych”⁵³ – tak w dosłownym brzmieniu sąd sformułował stanowisko. Na marginesie warto zaznaczyć, że umożliwienie spadkobiercom dostępu zostało oparte na niemieckiej ustawie o ochronie danych osobowych (*Bundesdatenschutzgesetz*, dalej jako BDSG). Jest to bowiem 2015 r., dopiero 25 maja 2018 r. wejdzie w życie unijne rozporządzenie o ochronie danych osobowych⁵⁴.

Tym niemniej zostaje stwierdzone, że rzeczona ustawa o ochronie danych osobowych nie powinna być zastosowana w tym stanie faktycznym, ponieważ nie przewiduje ochrony zmarłych. Innymi słowy, swoim zakresem podmiotowym obejmuje osoby fizyczne, a nie zmarłe⁵⁵.

Sąd w nieprzekonujący sposób odniósł się moim zdaniem do ochrony danych nie tyle samej zmarłej, co jej znajomych, z którymi wymieniała się treściami komunikacyjnymi. To ich dane przede wszystkim mogłyby podlegać ochronie, aby spółka nie naraziła się na potencjalne procesy. Chce ona bowiem użyć danych, aby udowodnić w osobnym postępowaniu o odszkodowanie dla maszynisty kolejki metra, że zmarła córka nie popełniła samobójstwa. Nie chodzi zatem o uzyskanie danych wyłącznie „dla siebie”. Sąd uzasadnia swoje zapatrywanie wykształconą na kanwie niemieckiej doktryny konstytucyjnej zasadą wykładni *praktische Konkordanz*⁵⁶. W niniejszej sprawie, zda-

53 Wyrok Landgericht, s. 12: *Die Zugangsgewährung ist der Beklagten auch nicht aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten unmöglich.*

54 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

55 Wyrok Landgericht, s. 15: *Nach § 3 BDSG (Begriffsbestimmungen) sind personenbezogene Daten nur Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person. Damit werden keine Toten erfasst.*

56 W piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się, że zasada ta jest stosowana w przypadku konfliktów między wartościami; jako reguła kolizyjna odzwierciedla waga interesów w ramach prawa dwóch równych sobie rangą norm; por. np.

niem sądu, normy mające na celu ochronę danych osobistych muszą ustąpić normom o charakterze prawnospadkowym. Usprawiedliwienia tego stanu rzeczy sąd upatruje w fakcie, że spadkobiercy niejako „zajmują” miejsce zmarłej z mocy ustawy, a w konsekwencji skutek prawny § 1922 BGB, statuującego zasadę sukcesji uniwersalnej, nie może naruszać praw osób trzecich. Sąd porównuje odziedziczenie dostępu do konta i treści na nim zawartych do sytuacji dziedziczenia listów, co do których również nie można mieć pewności, że po śmierci nie trafią w ręce spadkobierców. Tym niemniej, zestawienie ze sobą treści cyfrowych oraz treści analogowych bez konkretnego określenia, czy są one wobec siebie tożsame, budzi moje zastrzeżenia.

Sąd sformułował również ciekawą podstawę żądania informacji o treściach zawartych na koncie przez spadkobierców od pozwanej spółki. W § 34 BDSG istniała podstawa do wysunięcia tzw. roszczenia o informację z przetwarzanych przez dostawcę usługi danych (*Auskunftsanspruch*) przez osobę „zainteresowaną” (osobę, której te dane dotyczą). Osobą uprawnioną do roszczenia z tytułu żądania informacji o przetwarzanych danych byłaby oczywiście w tym stanie faktycznym pierwotna użytkowniczka. Sąd I instancji stwierdził jednak, że uznanie spadkobierców z jednej strony za następców prawnych zmarłej a z drugiej strony nieuznanie ich za „zainteresowanych” w rozumieniu § 34 ustawy, byłoby niesłuszne. Sąd odnosi to również na płaszczyznę tej konkretnej sprawy wskazując, że roszczenie o informację jest równoznaczne z zapewnieniem dostępu do konta, nadto określa je jako najprostsze uczynienie zadość temu roszczeniu (*die einfachere Anspruchserfüllung*). Taki kierunek wykładni odnośnie do osób uprawnionych jest moim zdaniem niewyraźny, zwłaszcza gdy chodzi po pierwsze, już o zmarłego człowieka, a po drugie, o podmiot z tożsamością określoną tj. jako „osobę zainteresowaną, dotkniętą” (*die betroffene Person*)⁵⁷. Wątpliwość związana z tajemnicą komunikacyjną oraz

przeszkodą w postaci ochrony danych osobowych stanie się punktem zapalnym również w II instancji i BGH.

5. Rozstrzygnięcie niemieckiego Sądu Najwyższego (BGH)

W motywach wyroku zawarto w esencjonalny sposób najważniejsze aspekty niniejszej sprawy. Zdaniem BGH prawa i obowiązki wynikające z umowy o konto użytkownika w serwisie społecznościowym przechodzą zasadniczo w drodze sukcesji uniwersalnej na spadkobierców pierwotnie uprawnionego do dostępu do konta.

Porządkując ustalenia odnoszące się do stanu faktycznego, BGH określił, do czego służy serwis społecznościowy Facebook poprzez wymienienie czynności takich jak: komunikowanie się i wymiana treści między użytkownikami poprzez serwer pozwanej spółki. Te czynności miałyby obejmować „pobieranie, zapisywanie, udostępnianie zdjęć, filmów czy linków do innych stron, publikowanie postów, komentarzy i statusów oraz wymienianie się i zapisywanie wiadomości”⁵⁸. Ten krótki opis jest o tyle istotny, że może pomóc w bardziej precyzyjnym określeniu świadczenia, do którego zobowiązana była pozwana spółka. Sąd daje temu bezpośredni wyraz, umieszczając po tym opisie stwierdzenie, przez kogo w świetle prawa były dostarczane usługi sieci społecznościowej (*Dienste des sozialen Netzwerks*).

Ponadto sąd wyraził istotne spostrzeżenie dotyczące statusu *in memoriam*. Kontu może zostać nadany ten status przez osobą trzecią, co pozbawia jednocześnie spadkobierców jakiejkolwiek możliwości dostępu do konta (nawet jeżeli posiada dane dostępu). Sąd dodatkowo zwrócił uwagę na to, że nie wskazano w ogólnych warunkach użytkownika konta na regulacje odnoszące się do statusu *in memoriam*, które to ogólne warunki użytkownika konta stanowiły podstawę niniejszego kontraktu.

G. Lübke-Wolff, *Das Prinzip der praktischen Konkordanz* (w:) *Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag*, Stuttgart 2017, s. 143–154.

57 § 15 BDSG można porównać w zakresie podmiotowym do art. 15 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych (RODO).

58 Wyrok BGH, s. 3: „Über das Netzwerk können die Nutzer miteinander internetbasiert über die Server der Beklagten kommunizieren und Inhalte austauschen. Dies umfasst etwa das Hochladen, Speichern und Teilen von Bildern, Videos oder Links zu anderen Webseiten, das Veröffentlichen („Posten“) von Kommentaren und Statusmeldungen sowie den Austausch und das Speichern von Nachrichten”.

Sąd zogniskował swoje rozważania wokół dwóch zasadniczych kwestii. Po pierwsze, odniósł się kolejno do potencjalnych „przeszkód” w udostępnieniu konta spadkobiercom, takich jak „pośmiertne prawo osobowości,

ochrony dóbr osobistych *post mortem* obejmują roszczenia zakazowe i o usunięcie skutków naruszenia przeciwko naruszcycielowi obrazu osobowości zmarłego⁶¹. W przypadku analizowanego obecnie stanu



Zdaniem niemieckiego Sądu Najwyższego prawa i obowiązki wynikające z umowy o konto użytkownika w serwisie społecznościowym przechodzą zasadniczo w drodze sukcesji uniwersalnej na spadkobierców pierwotnie uprawnionego do dostępu do konta.

tajemnica komunikacyjna, regulacje ochrony danych osobowych czy ogólne prawo osobowości partnerów komunikacyjnych zmarłej⁵⁹. Po drugie, sąd dokonał analizy stosunku zobowiązaniowego nawiązanego między córką powódki a pozwaną spółką. W kontekście tego stosunku poruszono kwestię spadkobrania oraz rozpatrzoneo tzw. „uzasadniony interes” spadkobierców.

5.1. Pośmiertne prawo osobowości, tajemnica komunikacyjna, ochrona danych osobowych i ogólne prawo osobowości interlokutorów zmarłej

Należy na wstępie wyjaśnić, że w rozważaniach sądu I oraz sądu II instancji pojawiła się wątpliwość, że w razie uzyskania przez rodziców zmarłej dziewczynki dostępu do konta, mógłby być sformułowany zarzut o naruszenie pośmiertnego prawa osobowości zmarłej dziewczynki przez rodziców. Pośmiertne prawo osobowości jest figurą prawną służącą do ochrony dóbr osobistych *post mortem*. Udzielenie tego typu ochrony jest uznawane za kontrowersyjne w doktrynie i praktyce⁶⁰. W niemieckiej doktrynie środki

faktycznego trudno przypuszczać, że ktokolwiek byłby uprawniony do wystąpienia przeciwko pozwanej spółce ze względu na udostępnienie dostępu do konta zmarłej córki powódki.

W Polsce funkcjonuje jako dobro osobiste osób bliskich zmarłego⁶², tzw. kult pamięci osoby zmarłej. Wskazuje się w piśmiennictwie, że z natury dóbr osobistych *post mortem* wyprowadzić można ich „społeczne, moralne, religijne i kulturowe uzasadnienie”⁶³. Nawet jeśli przyjmiemy, że mogą one stanowić „emanację osobowości zmarłego”⁶⁴, to wątpliwości budzi stanowisko, że to sam zmarły za pośrednictwem spadkobierców dochodzi swoich praw. Dobro osobiste jest „dobrem

panieńskie nazwisko, owdowiały zaś małżonek odbiera to jako obrazę jego uczuć. W tym przypadku problem polega na konieczności pogodzenia uczucia męża z wolą żony (wyrok SN z 4 listopada 1969 r., II CR 390/69) (w:) A. Tworowska, *Implikacje prawne i społeczno-kulturowe śmierci człowieka ze szczególnym uwzględnieniem problematyki ochrony dóbr osobistych*, <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/3746/1/Anna%20Tworowska%20rozprawa.pdf> (dostęp 20.06.2020), s. 60.

59 Tamże, s. 7: „Es stehen [...] weder das postmortale Persönlichkeitsrecht noch das Fernmeldegeheimnis, datenschutzrechtliche Regelungen oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kommunikationspartner der Erblasserin entgegen”.

60 Por. np. przypadek wskazany w piśmiennictwie: „sytuacja, gdy według życzenia zmarłej na jej nagrobku widnieje jej

61 K.W. Lange, *Erbrecht*, s. 35.

62 K. Matuszewski, *Pamięć i kult osób zmarłych jako autonomiczne dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 20.

63 A. Tworowska, *Implikacje prawne...*, s. 65.

64 Tamże.

zindywidualizowanym”⁶⁵. Szczególnie znamienne jest określenie „kult”, które jednoznacznie wskazuje na fakt wygaśnięcia dóbr osobistych zmarłego z chwilą śmierci. Jak trafnie podniesiono w literaturze przedmiotowej, „[...] faktycznie zmarły jest tylko punktem odniesienia dla uczuć osoby żyjącej [...] Umożliwienie jej występowania z roszczeniami [...] służy więc ochronie jej własnego interesu”⁶⁶.

Uważam, że „odziedziczenie” dostępu do konta przez rodziców nie doprowadziłoby do naruszenia pośmiertnego prawa osobowości czy kultu pamięci przez rodziców zmarłej dziewczynki. Po pierwsze, są oni spadkobiercami i wątpliwe jest, aby tak wysoce naruszyli uczucia zmarłej córki. Po drugie, w przypadku dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie należałoby kolejno sprawdzić, czy spadkobiercy popełnili delikt, czy w istocie naruszyli dobro osobiste, czy powstała krzywda i dopiero potem ewentualnie zasądzić zadośćuczynienie. W mojej ocenie istnieje niebezpieczeństwo użycia tej konstrukcji tylko po to, aby uniemożliwić spadkobiercom zapoznanie się z wiadomościami. W gruncie rzeczy sformułowanie zarzutu o naruszenie pośmiertnego prawa osobowości zmarłej dziewczynki doprowadziłoby do ochrony siebie (jako rozmówcy zmarłej), aniżeli samej zmarłej dziewczynki. W ten sposób ochrona dóbr osobistych *post mortem* formalnie służyłaby ochronie dziewczynki, lecz w istocie nie realizowałaby celu tego roszczenia w postaci ochrony więzi emocjonalnej.

Mimo że przychylam się do stanowiska aprobującego umożliwienie dostępu do konta spadkobiercom, uważam, że ochrona dóbr osobistych nie jest odpowiednią podstawą do dochodzenia roszczeń o uzyskanie dostępu do treści zawartych na koncie tak w Niemczech, jak i w Polsce. Nie należy uważać za pewne, że w każdym przypadku zmarły chciałby powierzyć swoim spadkobiercom dostęp do konta w serwisie społecznościowym. W literaturze niemieckiej jednak wskazano, że nierzadko intymne szczegóły związane z osobowością trafiają w ręce

spadkobierców w formie analogowej, papierowej, pamiętnikarskiej⁶⁷. Odnosząc to do niniejszego stanu faktycznego, należałoby przyjąć pewną przeciętną świadomość umysłową użytkownika zakładającego konto w serwisie społecznościowym, która potencjalnie pozwala przewidzieć, że po śmierci spadkobiercy mogą mieć wgląd w treści. Należy jednak wziąć pod uwagę, że rodzice zmarłej nie chcieli tych treści użyć w sposób ją pośmiertnie ośmieszający, niszczący jej reputację. Dopiero wówczas, gdyby takie niskie pobudki prowadziłyby spadkobierców, jak podkreślono w literaturze niemieckiej, znaczenia nabrać może subsydiarny środek w postaci roszczenia o ochronę dobra osobistego *post mortem*.

Istotę tajemnicy komunikacyjnej w odniesieniu do omawianego obecnie przypadku można zrozumieć po analizie przepisu § 88 niemieckiej ustawy telekomunikacyjnej⁶⁸, który rzeczywiście zabrania *provident*om zaznajamiać się z treścią, okolicznościami treści komunikacyjnych poza konieczną miarę (*erforderliches Maß*). Należałoby jednak zastanowić się głębiej, być może w ramach osobnego studium, czym jest owa „konieczna miara”. Nadto, czy określenie „inni” w § 88 obejmuje w ogóle spadkobierców⁶⁹. Aprobując należy odnieść się do stanowiska, że wejście w drogę sukcesji uniwersalnej w prawa i obowiązki zmarłego wyklucza wobec niego określenie „inny” lub „osoba trzecia”⁷⁰.

67 S. Herzog, M. Pruns, *Der Digitale nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis*, s. 40; Jest jednak dwugłos dotyczący „nośnika” treści – np. M. Martini uważa, że dopiero dane zapisane na nośniku również należącym do spadkodawcy, przechodzą bez żadnych wątpliwości na spadkobierców. Natomiast M. Pruns uważa takie rozumowanie za błędne i wskazuje na możliwość dziedziczenia „możliwości zapoznania” się z treściami. Takie zapoznanie się – nawet ze „szczególnie osobistymi zapiskami” (*besonders persönliche Aufzeichnungen*) nie naruszają praw spadkodawcy. Znamienna jest stwierdzenie: „pośmiertne prawo osobowości spadkodawcy nie uzasadnia prawa do trzymania w tajemnicy – w każdym razie nie przeciwko spadkobiercom”.

68 Por. przypis 49–51.

69 S. Herzog, M. Pruns, *Der Digitale nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis*, s. 85.

70 Por np. B. Biermann, *Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz*, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2017, s. 210, 215.

65 T. Grzeszak, *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane* (w:) *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, T. Targosz, P. Podrecki, P. Kostański (red.), Warszawa 2017, s. 876.

66 Tamże, s. 902.

W mojej ocenie, nie można uznać za naruszenie tajemnicy komunikacyjnej umożliwienie spadkobiercom dostępu do treści na koncie użytkownika zmarłej.

Pozwana spółka podniosła problem ochrony danych osobowych, wyprowadzając obowiązek odmowy udostępnienia treści zawartych na koncie z faktu, że

osobowych⁷¹, który stanowi, że „przetwarzanie jest zgodne z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy – w takim zakresie, w jakim – spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków: [...] b) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na



Należałoby przyjąć pewną przeciętną świadomość umysłową użytkownika zakładającego konto w serwisie społecznościowym, która potencjalnie pozwala przewidzieć, że po śmierci spadkobiercy mogą mieć wgląd w treści.

w regulaminie wspomniano o zakazie przekazywania danych dostępu osobom trzecim oraz o obowiązku podania prawdziwego imienia i nazwiska oraz nieużywania fałszywej tożsamości. W omawianym obecnie stanie faktycznym ze względu na to, że roszczenie powódki odnosi się do przyszłego działania pozwanej spółki, zastosowanie wobec przetwarzania danych osobowych znajdzie tzw. ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO). Wspólna regulacja mająca zastosowanie we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej zniwelowała problematykę wyboru prawa właściwego. We wcześniejszych instancjach rozważano, które prawo – niemieckie czy irlandzkie – znajdzie zastosowanie. W odniesieniu do ochrony danych spadkodawczyni rozporządzenie nie jest skuteczne, dotyczy bowiem tylko osób fizycznych żyjących. BGH wyraził zapatrywanie, jakoby ochrona danych osobowych nie obowiązywała również partnerów komunikacyjnych zmarłej. Po stronie usługodawcy rodzi się obowiązek udostępnienia konta użytkownikowi mającemu dane dostępu. Spółka powinna była udostępnić spadkobiercom treści, przetwarzając dane, spółka nie naruszyłaby bowiem przepisów o ochronie danych osobowych.

Aprobuję zdanie BGH, mając właśnie na względzie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia o ochronie danych

żądanie osoby, której dane dotyczą przed zawarciem umowy”. Zatem na potrzeby zawartej przez pierwotną użytkowniczkę umowy o korzystanie z usług w serwisie Facebook pozwana spółka może przetwarzać dane osób trzecich, bez narażenia się na zarzut naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych.

5.2. Stosunek zobowiązaniowy

W wyroku BGH jednoznacznie wybrzmiało stanowisko, że spadkobiercy należy się dostęp do konta użytkownika wraz z zawartymi tam treściami. Należy dostęp wynikać z umowy, tj. stosunku zobowiązaniowego nawiązanego wskutek umowy zawartej przez spadkodawczynię z pozwaną spółką. Sąd przychylił się do twierdzeń pierwszej instancji, wedle których „wejście” w prawa i obowiązki na mocy § 1922 ust. 1 BGB oraz zasady sukcesji uniwersalnej obejmuje rzeczony dostęp do konta wraz „z zawartymi na nim majątkowymi i osobistymi (cyfrowymi) treściami”⁷². Wyjaśnienie tej kwestii jest podobne na gruncie prawa polskiego i niemieckiego. Polskie komentarze zawierają stwierdzenie

71 Pod <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PL> (dostęp 3.06.2020).

72 Wyrok BGH, s. 1: zu [...] *den darin enthaltenen vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen (digitalen) Inhalten*.

nia potwierdzające, że „spadek stanowi ogół majątkowych praw i obowiązków zmarłego. Chodzi tu o prawa i obowiązki mające charakter cywilnoprawny”⁷³. Zgadzając się z pojęciem majątkowości, które przyjął sąd I instancji, przychylam się do zdania BGH, że prawa i obowiązki wynikające ze stosunku zobowiązawczego z tego stanu faktycznego również powinny wejść w skład spadku.

Sąd słusznie odrzucił zarzut pozwanej spółki, jakoby postanowienia regulaminowe dotyczące nieprzekazywania osobom trzecim danych dostępu oraz konieczność utworzenia konta pod prawdziwym imieniem i nazwiskiem miały wykluczać *per se* możliwość „odziedziczenia” konta przez spadkobierców. BGH uznał za słuszne ustalenia sądu II instancji ograniczające powyższe punkty do czasu, kiedy użytkowniczka konta żyła.

Biorąc pod uwagę praktykę providerów w zakresie formuł warunków użytkowania, należy w ogóle zastanowić się, czy takie umowne wykluczenie dziedziczenia byłoby skuteczne. W wyroku nie zostało to doprecyzowane, wskazano liczne głosy za i przeciw wyrażone w piśmiennictwie. Sformułowania Regulaminu odnoszące się do tylko do związania użytkownika z kontem trudno przyjąć za podstawę odrzucenia możliwości dostępu spadkobierców do konta.

W mojej ocenie najbardziej niejednoznacznym i spornym aspektem zablokowania rodzicom dostępu do konta jest tzw. status *in memoriam*. Negatywna ocena tej konstrukcji w serwisie społecznościowym wynika z tego, że kontu może zostać nadany ten status w praktyce po zgłoszeniu przez osobę trzecią, która wcale nie musi cieszyć się zaufaniem spadkodawcy. Ponadto, jak zostało wskazane we wcześniejszym fragmencie niniejszego opracowania, dowodem na okoliczność śmierci użytkownika nie musi być wcale akt zgonu. W praktyce akceptowane są również np. nekrologi. Powszechność programów umożliwiających tworzenie fotomontaży, możliwość „umieszczenia” nekrologu w gazecie są przesłankami, dla czego status *in memoriam*, nawet już utworzony, nie może być przeszkodą w dostępie do konta użytkownika przez spadkobierców.

Sąd trafnie zauważa, że konto użytkownika nawet objęte statusem *in memoriam* nie może skutecznie zablokować dostępu do konta spadkobiercom, ponieważ regulacje pozwanej spółki dotyczące tego statusu nie były częścią umowy użytkowania.

Należy w tym miejscu przywołać § 307 BGB, który zakłada kontrolę treści postanowień ogólnych warunków użytkowania⁷⁴. Przepis statuuje ich nieskuteczność albo jeżeli szczególnie naruszają prawa jednej ze stron umowy, wbrew zasadom dobrej wiary (*Gebot von Treu und Glauben*), albo jeżeli nie są jasne i zrozumiałe (*klar und verständlich*). W § 307 ust. 2 pkt 1 BGB rażące naruszenie jest domniemywane w razie wątpliwości, gdy postanowienie „nie jest do pogodzenia z ustawową regulacją, od której odbiega”. Wobec powyższego rzekome „unormowanie” statusu *in memoriam* przez pozwaną spółkę nie może wykluczyć dziedziczenia. Na tej podstawie należy odrzucić odmowę dostępu do konta o tym statusie, do czego przychylił się nie tylko BGH, ale i znaczna część niemieckiej doktryny prawa⁷⁵. BGH skłonił się ku zapatrywaniu, że umowna regulacja statusu w znaczny sposób ogranicza podstawowe świadczenie wynikające z umowy o użytkowanie konta w serwisie społecznościowym, polegające na zapewnieniu dostępu do konta wraz z zawartymi na nim treściami, w konsekwencji bowiem „prawa wynikające z umowy, w które wstąpili spadkobiercy zostały rażąco naruszone w sensie § 307 ust. 1 oraz ust. 2 BGB”⁷⁶.

Status konta *in memoriam*, prócz uzyskania wyłącz- nie aspektu „kronikarskiego”, powoduje, że treści wcześniej zapisane są utrwalone na serwerach pozwanej, a do treści nikt nie ma dostępu. Może to budzić wątpliwości w zakresie cyberbezpieczeństwa, złasz-

74 § 307 BGB [Inhaltskontrolle] (1) *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.* (2) *Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung: 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist [...].*

73 M. Pazdan, art. 922 (w): K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 989.

75 Wyrok BGH, s. 11.

76 Wyrok BGH, s. 12.

cza jeśli wziąć pod uwagę liczbę użytkowników, którzy umierają i pozostawiają swoje konta „nieodziedziczone”. Takie opuszczone konta mogą posłużyć później w celach tzw. trollingu internetowego. Sąd z zadowoleniem należy przyjąć precedensowy wyrok BGH, który – mam nadzieję – posłuży do zastanowienia się nad problemem możliwości dziedziczenia dostępu do konta w szerszym aspekcie.

Przed sądem II instancji podniesiono, że stosunek zawarty między pozwaną spółką a zmarłą użytkowniczką był osobistej natury (*höchstpersönlicher Natur*). Ustalenie charakteru tej relacji prawnej leży u podstaw bądź umożliwienia spadkobiercom uzyskania dostępu do konta bądź odmowy tego dostępu.

Na podstawie wykazu usług świadczonych przez pozwaną spółkę według Regulaminu⁷⁷ widać, że świadczenie pozwanej spółki polega na udostępnieniu infrastruktury technicznej. Nie może dziwić fakt, że BGH nie odniósł się aprobując do charakteru świadczenia jako „osobistego”. Nadto wskazano, że „udostępnianie treści i pisanie wiadomości” nie może prowadzić do niedziedziczności⁷⁸, co najwyżej do „pasywnego” dostępu do konta.

Kwestia biernego dostępu do konta użytkownika powinna zostać przez spadkobierców zwięźle przedstawiona, wydaje się bowiem odpowiednim rozwiązaniem problemu korzystania z praw i obowiązków wynikających z umowy o użytkowanie konta w serwisie społecznościowym. W okolicznościach badanego stanu faktycznego bierny dostęp oznaczałby, że rodzice zmarłej dziewczynki mogliby wejść na konto bez możliwości udostępniania czegokolwiek czy pisania wiadomości z innymi użytkownikami. Uzyskaliby natomiast dostęp do pisanych przez córkę wiadomości, udostępnianych postów. To oczywiście dostarczyłoby okazji do sformułowania pytań odnoszących się do kont tzw. *influencerów*, które nierzadko mają mierzalną wartość majątkową. Co do zasady, dotychczasowe przypadki dziedziczenia kont w serwisie społecznościowym nie dotyczą aktywnego użytkowania konta i nie o to wnoszą spadkobiercy.

Sąd precyzyjnie określa świadczenie pozwanej spółki – „obowiązek pozwanej nie polega na tym, aby udostępnić wiadomości i inne treści konkretnej osobie, ale przekazać je na wskazane konto”. W istocie, pozwana spółka nie ma możliwości kontroli na przykład tego, kto w rzeczywistości odbiera wiadomości. Niektórzy użytkownicy pozostawiają swobodny dostęp do swojego konta domownikom, nie wylogowując się uprzednio z konta. Tak przyjęta formuła świadczenia, postrzeganego czysto technicznie, jest moim zdaniem słuszna. Można tylko snuć przypuszczenia, że gdyby kontu nie nadano statusu *in memoriam*, to rodzice zmarłej córki za pomocą danych dostępu weszliby na konto, uzyskali nadal bierną i aktywną możliwość korzystania z konta i nikt nie dowiedziałby się o tym. Taka „szczelina”, która raz umożliwia, a raz zabrania dostępu do konta spadkobiercom, nie może spotkać się z aprobatą, zwłaszcza że obrót prawny musi coraz hojniej odpowiadać na wyzwania rozwoju sieci, nie tylko społecznościowych.

BGH wskazał tylko, że podzielone są zdania w sprawie możliwości dziedziczenia kont użytkownika o wartości majątkowej i niemożliwości dziedziczenia kont o charakterze niemajątkowym, w większości z osobistymi treściami. Nie zgadzam się jednak z tą koncepcją. Po pierwsze, w praktyce wymagałoby to jakiegokolwiek kontroli treści tych danych. Kategoryczny sprzeciw wobec tego rozwiązania wynika z faktu, że pozwana spółka nie powinna podejmować decyzji o „osobistości” bądź „nieosobistości” treści wiadomości czy postów. Sam fakt analizy tych danych przemawia przeciwko tej wspomianej w piśmiennictwie dystynkcji. Po drugie, przychylam się do stanowiska części autorów, że każde konto użytkownika jest pełne⁷⁹ treści o charakterze osobistym, co prowadziło by w rezultacie do wykluczenia możliwości dziedziczenia dostępu do konta.

Ponadto, jak wskazują przepisy BGB⁸⁰, treści o charakterze osobistym były dziedziczone w formie dokumentów (pamiętników, listów, zdjęć) i BGH słusznie zauważa, że „nie ma z prawnośpadkowego punktu widzenia powodu, aby cyfrowe treści inaczej traktować,

77 Usługi świadczone przez pozwaną spółkę według Regulaminu; <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> [dostęp na dzień 3 czerwca 2020]

78 Wyrok BGH, s. 15.

79 Wyrok BGH, s. 21; „Diskutiert wird [...] zur Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrecht eine „Infektion“ des gesamten Benutzerkontos aufgrund der Existenz von höchstpersönlichen Inhalten”.

80 Por. przypis 64–65.

ponieważ tak analogowe, jak cyfrowe treści dotknięte są w równej mierze kryterium osobistości”⁸¹.

Jak już w powyższych rozważaniach zostało wskazane, BGH nie powziął wątpliwości co do dziedziczenia dostępu do konta w serwisie społecznościowym Facebook. Aprobuję stanowisko zajęte przez BGH, lecz oczekiwałem odniesienia się do wszystkich kwestii, na które wskazywał na przykład sąd II instancji, zwłaszcza że wyrok BGH był precedensowy. Określając uprawnienie powódki, sąd posłużył się stwierdzeniem „dostęp do konta użytkownika”. Nie jest jasne przy tym i nie określono tego dokładnie, jak mogłaby wyglądać potencjalna egzekucja⁸² wyroku.

6. Podsumowanie

Charakterystyka dóbr cyfrowych nabiera szczególnego znaczenia, jeżeli badamy możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych, będących coraz częściej przedmiotem obrotu. Są to jednak dobra, które „z racji ich wirtualnej natury i powiązanych z nimi elementów prawnoautorskich dość trudno jest szeregować do tradycyjnie postrzeganych kategorii rzeczy i praw”⁸³. W rezultacie nie jest oczywiste zastosowanie dotychczasowych regulacji prawnośpadkowych w odniesieniu do dóbr cyfrowych. Trafnie zauważono, iż „nasza rzeczywistość znacząco odbiega od tej, która istniała w okresie projektowania obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego [...]”⁸⁴, nie istnieją bowiem przepisy prawa spadkowego, które w szczególnie sposób regulowałyby następstwo prawne treści cyfrowych *mortis causa*. W literaturze przedmiotu słusznie sygnalizuje się, że „problem następstwa prawnego treści cyfrowych *mortis causa* jest lub w najbliższym czasie będzie rodzić szereg problemów natury prawnej”⁸⁵.

81 Wyrok BGH, s. 23.

82 Jednocześnie uważam za daleko idące zarzuty proceduralne pozwanej spółki wobec pozwu jako niekonkretnego, a w rezultacie rzekomo nadającego się do odrzucenia.

83 E. Macierzyńska-Franaszczyk, *Treści cyfrowe – ujęcie definicyjne w unijnych i krajowych regulacjach prawnych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 6(7), s. 132.

84 M. Załucki, *Facebook, Twitter, My Space ... wirtualny świat serwisów społecznościowych mortis causa. Zarys problematyki*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 4, s. 234.

85 M. Mądel, *Następstwo prawne...*

Przebieg postępowania w analizowanej sprawie pokazał, że dziedziczenie dóbr o charakterze cyfrowym jest jeszcze z jurydycznego punktu widzenia *terra incognita*⁸⁶. Kompleksowa analiza prawna wszystkich „za i przeciw” umożliwienia wejścia w prawa i obowiązki wynikające z zawartej przez spadkodawcę umowy o usługi elektroniczne z pewnością może zainspirować do zajęcia stanowisk czy wyrażenia komentarzy. Jest to o tyle istotne, że praktyce prawnej należy się przedstawienie spójnego rozumienia „cyfrowego spadku” w doktrynie, nie mówiąc już o konieczności podjęcia tego tematu w ogóle.

Bibliografia

- Banta N.M., *Property Interests in Digital Assets: Rise of Digital Feudalism*, „Cardozo Law Review” 2017, nr 38, 2017, s. 1099–1156.
- Baur F., Walter G., *Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, München 1992.
- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Grzeszak T., *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane (w:) Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, T. Targosz, P. Podrecki, P. Kostański (red.), Warszawa 2017.
- Informacje o koncie ze statusem *in memoriam*, <https://pl-pl.facebook.com/help/1506822589577997/> (dostęp 23.04.2020).
- Lange K.W., *Erbrecht*, München 2017.
- Leipold D., § 1922 BGB (w:) *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht*, t. 10.
- Lübke-Wolff G., *Das Prinzip der praktischen Konkordanz (w:) Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag*, Stuttgart 2017, s. 143–154.
- Macierzyńska-Franaszczyk E., *Treści cyfrowe – ujęcie definicyjne w unijnych i krajowych regulacjach prawnych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 6(7), s. 132–140.
- Martini M., *Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, „Juristenzeitung” 2012.
- Matuszewski K., *Pamięć i kult osób zmarłych jako autonomiczne dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 20.
- 86 M. Martini, *Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, „Juristenzeitung” 2012, 1145.

- Ojczyk J., *Dziedziczenie cyfrowe, czyli komu przypadnie osierocone konto na Facebooku* (wypowiedź adw. P. Litwińskiego); <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795485095?keyword=cyfrowy%20spadek&cm=SREST> (dostęp 9.05.2020).
- Pazdan M., art. 922 (w:) K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Pruns H., *Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis*, zerb verlag, Bonn 2018; Jamie P. Hopkins, *Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate*, „Hastings Science and Technology Law Journal” 2013.
- Regulamin serwisu Facebook pod <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> (dostęp 25.04.2020).
- Simon H., Funk-Baker G., *Einführung in das deutsche Recht und die deutsche Rechtssprache*, München 2006.
- Software as a service – oprogramowanie jako usługa; szczegółowe wyjaśnienie, na czym polega ta konstrukcja techniczna*, <https://azure.microsoft.com/pl-pl/overview/what-is-saas/> (dostęp na 26.04.2020).
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> (dostęp 5.06.2020).
- Tworowska A., *Implikacje prawne i społeczno-kulturowe śmierci człowieka ze szczególnym uwzględnieniem problematyki ochrony dóbr osobistych*, <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/3746/1/Anna%20Tworowska%20rozprawa.pdf> (dostęp 20.06.2020).
- Ustawa o telekomunikacji, https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2021/ (dostęp 2.02.2022).
- Załucki M., *Facebook, Twitter, My Space ... wirtualny świat serwisów społecznościowych mortis causa. Zarys problematyki*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 4, s. 234–252.

Wpływ ogłoszenia upadłości konsumenckiej na toczące się postępowanie sądowe – stan prawny po nowelizacji



Paweł Wrzaszcz

Doktor nauk prawnych, adiunkt
w Katedrze Postępowania Cywilnego
Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego
Jana Pawła II, referendarz sądowy,
ekspert Rady Europy.

✉ pawel.wrzaszcz@kul.pl

<https://orcid.org/0000-0002-2062-9004>

The Impact of a Declaration of Consumer Bankruptcy on Pending Court Proceedings – Legal Status After the Amendment

The author discusses the impact of bankruptcy proceedings on pending court proceedings, pointing out that despite the fact that many legal changes have been undertaken in this regard, there is still no regulation that would not create problems in practice. He considers the new, i.e. 2020 model of consumer bankruptcy that affects the pending proceedings. He worries on a "duplication" of enforcement titles, i.e. a court ruling in the form of a judgment, or an extract from the list of claims in bankruptcy approved by the judge – commissioner. In his opinion the legislator does not support the courts with an effective tool, which should be an electronic bankruptcy register, and would provide courts with access to quick information on whether bankruptcy proceedings are pending in order to guarantee the smooth course of court proceedings.

Słowa kluczowe: upadłość konsumencka, zawieszenie postępowania, tytuł egzekucyjny, postępowanie sądowe, umorzenie, lista wierzytelności

Key words: consumer bankruptcy, suspension of proceedings, enforcement title, court proceedings, redemption, list of claims

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(71\).2022.503](https://doi.org/10.32082/fp.3(71).2022.503)

1. Wprowadzenie

Zagadnienie wpływu postępowania upadłościowego na toczące się postępowanie sądowe jest zagadnieniem nadal dość spornym i problematycznym. Pomimo tego, że w tym zakresie podejmo-

wano wiele nowelizacji przepisów prawa, to nadal nie doczekano się takiej regulacji prawnej, która nie budziłaby wątpliwości w praktyce. Sądy nadal w tym zakresie mają problemy ze stosowaniem przepisów prawa.

Wydaje się, że cel jest jeden, a mianowicie nie doprowadzić do „zdublowania” tytułów egzekucyjnych, tj. orzeczenia sądu w postaci wyroku, czy też wyciągu z zatwierdzonej przez sędziego – komisarza listy wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Choć istnieje koncepcja, że prawomocnie zatwierdzona lista wierzytelności nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej¹. W jednym z ostatnich orzeczeń Sąd Najwyższy

wskazywał, że cel jest jeden, a mianowicie nie doprowadzić do „zdublowania” tytułów egzekucyjnych, tj. orzeczenia sądu w postaci wyroku, czy też wyciągu z zatwierdzonej przez sędziego – komisarza listy wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Choć istnieje koncepcja, że prawomocnie zatwierdzona lista wierzytelności nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej¹. W jednym z ostatnich orzeczeń Sąd Najwyższy

Cel jest jeden: nie doprowadzić do „zdublowania” tytułów egzekucyjnych, tj. orzeczenia sądu w postaci wyroku, czy też wyciągu z zatwierdzonej przez sędziego – komisarza listy wierzytelności w postępowaniu upadłościowym.

wskazał, że prowadzone postępowanie sądowe podlega umorzeniu w sytuacji, gdy powstał tytuł egzekucyjny w postępowaniu upadłościowym². Stanowisko Sądu Najwyższego nie przesądziło jednak tej kwestii³. Tytuł egzekucyjny w postępowaniu upadłościowym powstaje bowiem dopiero po jego zakończeniu⁴.

Ustawodawca nie wspiera sądów wciąż skutecznym narzędziem, jakim winien być elektroniczny rejestr upadłości, który od wielu lat jest w przygoto-

Ustawodawca nie wspiera sądów wciąż skutecznym narzędziem, jakim winien być elektroniczny rejestr upadłości, który od wielu lat jest w przygoto-

2. Wpływ postępowania upadłościowego na toczące się postępowanie sądowe – upadłość przedsiębiorcy

Przystępując do analizy przepisów prawa w zakresie prezentowanej problematyki w pierwszej kolejności wypada przyjrzeć się przepisom prawa upadłościowego. One bowiem stanowią bazę i podstawę tego, jaka jest ogólna dyrektywa w kontekście prowadzonego postępowania sądowego w sytuacji, gdy została ogłoszona upadłość strony.

Stosownie bowiem do treści art. 144 ustawy Prawo upadłościowe (dalej „p.u.”) po ogłoszeniu upadłości postępowania sądowe, administracyjne lub sądownicze dotyczące masy upadłości mogą

1 Por. P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrugydoobobqxlrvq4tsmzxge3q> (dostęp 15.12.2020).

2 Podobnie A. Machowska, *Pozew w postępowaniu cywilnym po ogłoszeniu upadłości pozwanego*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20; P. Janda, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 390.

3 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r., III CZP 55/18, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia/iii%20czp%2055-18.pdf> (dostęp 10.12.2020).

4 Szerzej P. Wrzascz, *Lista wierzytelności a umorzenie postępowania sądowego. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt III CZP 55/18*, „Studia Prawnicze KUL” 2019, nr 2 (78), s. 330–337.

5 Ustawa z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw: Dz. U. z 2019 r., poz. 1802.

być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez syndyka albo przeciwko niemu⁶. Syndyk prowadzi je na rzecz upadłego, lecz w imieniu własnym⁷. Ogólna norma prawna wynikająca z treści powołanego przepisu ustawy nakazuje nam uznać, że nie mogą toczyć się postępowania sądowe z udziałem upadłego w sytuacji, gdy postępowanie to dotyczy wierzytelności podlegającej zgłoszeniu do masy upadłości⁸. W miejsce upadłego wstępuje bowiem syndyk.

Przed wszystkim mógł złożyć pozew do sądu jako powód, gdy postanowienie o ogłoszeniu upadłości pozwanego zostało już przez sąd upadłościowy wydane. Wówczas należy przyjąć, że w tym zakresie właściwym do prowadzenia postępowania o tę wierzytelność jest sędzia – komisarza w ramach postępowania upadłościowego. Sądy zasadnie więc przekazują taki pozew sędziemu – komisarzowi, uznając się za niewłaściwymi do procedowania w tym zakresie. Choć

Zagadnieniem problematycznym jest ostatnia nowelizacja przepisów prawa upadłościowego w zakresie tzw. „upadłości konsumenckiej” . Tutaj ustawodawca nieco namieszał. Pojawia się więc pytanie: czy zasadnie.

Niemniej jednak należy odróżnić co do zasady dwie sytuacje procesowe. Oczywiście z punktu widzenia praktyki sądowej najbardziej interesuje nas sytuacja, w której to upadły jest pozwanym. Wierzyciel upadłego inicjując postępowanie przed sądem, a nie mając świadomości tego, że toczy się już w stosunku do jego dłużnika postępowanie upadłościowe, bądź nie chcąc dostrzegać tego faktu, może znaleźć się w dwójakiej sytuacji.

nie jest to stanowisko jednoznaczne⁹. Funkcjonowała przez jakiś czas koncepcja, że w tak zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z tymczasową niedopuszczalnością drogi sądowej i stosownie do treści art. 199 Kodeksu postępowania cywilnego¹⁰ (dalej „k.p.c.”) pozew ten powinien podlegać odrzuceniu¹¹. Sytuacja taka w szczególności ma miejsce, gdy powód „upiera się” w prowadzeniu procesu wobec upadłego, pomimo ogłoszenia jego upadłości¹². Wydaje się jednak, że należy zgodnie przyjąć, że ocena zaistniałego stanu faktycznego przez pryzmat art. 1 i 2 k.p.c., który to

6 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 498 z późn. zm. (dalej: p.u.); szerzej A. Jakubecki (w): A. Jakubecki, F. Zedler (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2010, s. 333–358.

7 Szerzej R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, 2019, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrrgiztimboobqxalruga3tsnjrgqyq> (dostęp 15.12.2020).

8 Zob. P. Janda, *Wpływ ogłoszenia upadłości na toczący się proces cywilny – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 4, s. 65; A. Jakubecki, *Ogłoszenie upadłości strony procesy cywilnego – uwagi na tle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 7–8, s. 31.

9 Podobnie P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*; odmiennie A. Machowska, *Pozew w postępowaniu cywilnym...*

10 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1460 z późn. zm.

11 Porównaj wyrok SN z 29.09.1967 r., I CR 100/67, OSNC Nr 7/1968, poz. 121; uchwałę tego Sądu z 30.03.1992 r., III CZP22/92, OSNC Nr 11/1992, poz. 188; uchwałę z 25.8.1994 r., I PZP 33/94, OSNP Nr 10/1994, poz. 161, a także wyrok z 6.8.1998 r., I PKN 247/98, OSNP Nr 17/1999, poz. 544; A. Machowska, *Pozew w postępowaniu cywilnym...*

12 P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*

przepis definiuje pojęcie sprawy cywilnej i drogi sądowej jest jednoznaczna¹³. Sprawa ta jest sprawą cywilną, która podlega rozpoznaniu przez sąd powszechny a nie inny organ pozasądowy. Sędzia – komisarz bowiem ma uprawnienia sądu, które są mu przyznane w trybie art. 154 p.u. Jest on zatem właściwy do procedowania w tym zakresie i jemu sprawa winna zostać przez inny sąd przekazana w trybie art. 200 § 14 k.p.c.¹⁴

Inną sytuacją procesową – najczęstszą – jest stan faktyczny, w którym pozew został złożony przez powoda w stosunku do dłużnika, który na datę jego złożenia nie miał ogłoszonej upadłości. Upadłość pozwanego została ogłoszona przez sąd upadłościowy w toku postępowania sądowego. Wówczas zachodzi sytuacja procesowa przewidziana treścią art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. i sąd ma obowiązek zawiesić postępowanie sądowe i zgodnie z art. 174 § 3 k.p.c. wezwać do udziału w sprawie syndyka¹⁵. Wskazana norma prawna jest zatem odpowiedzią na treść powołanego wyżej art. 144 p.u., który stanowi, że po ogłoszeniu upadłości postępowania sądowe mogą toczyć się wyłącznie z udziałem syndyka.

Warto jednocześnie przypomnieć, że gdyby sąd wydał orzeczenie nie mając jeszcze wiedzy, że ogłoszono już upadłość pozwanego, to orzeczenie takie stosownie do treści art. 174 § 2 k.p.c. winno zostać uchylone¹⁶. Z punktu widzenia jednak użyteczności procedury cywilnej istotnym dla strony jest moment doręczenia orzeczenia, gdyż od tego momentu bieżą skutki procesowe, np.: termin do jego zaskarżenia. Słusznie więc czasami sądy nie uchylają wydanych w tym okresie orzeczeń, a jedynie naprawiają ewentualne błędy związane z ich wadliwym procesowo doręceniem.

Po zawieszeniu postępowania sądowego i wezwaniu do udziału syndyka, którego udział nie jest uzależniony

od jego jakiegokolwiek zgody, sąd powinien rozważyć, czy postępowanie sądowe ma się toczyć¹⁷. W nowym stanie prawnym wskazano, że sąd nie podejmuje zawieszonego w tym trybie postępowania do czasu, gdy nie zostanie „wyczerpany tryb” przewidziany ustawą Prawo upadłościowe¹⁸. Dość ogólne stwierdzenie i budzące wiele wątpliwości interpretacyjnych¹⁹. Stosownie bowiem do treści art. 180 § 1 pkt 5b k.p.c. podjęcie postępowania sądowego powinno nastąpić po ustaleniu osoby syndyka, ale nie w sytuacji, o której mowa w treści art. 145 p.u., który stanowi, że postępowanie sądowe w sprawie wszczętej przeciwko upadłemu przed dniem ogłoszenia upadłości o wierzytelność, która podlega zgłoszeniu do masy upadłości, może być podjęte przeciwko syndykowi tylko w przypadku, gdy w postępowaniu upadłościowym wierzytelność ta po wyczerpaniu trybu określonego ustawą nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności²⁰. Tym samym sąd winien monitorować sytuację w postępowaniu upadłościowym i ustalić, czy tożsama wierzytelność, której dotyczy przedmiotowe postępowanie została ujęta na liście wierzytelności czy też nie²¹.

Wątpliwe jednak jest to, czy sam moment zatwierdzenia listy wierzytelności przesądza o tym fakcie. Skoro wierzyciel nie dokonał zgłoszenia i nie została wierzytelność ta ujęta na zatwierdzonej już liście wierzytelności, to czy oznacza to, że został wyczerpany tryb określony ustawą, który sugerowałby podjęcie zawieszonego postępowania i wydanie rozstrzygnięcia.

17 Porównaj A. Hrycaj, *Podjęcie postępowania cywilnego dotyczącego wierzytelności podlegającej zgłoszeniu do masy upadłości zawieszonego wskutek ogłoszenia upadłości pozwanego*, „Monitor Prawa Handlowego” 2016, nr 1; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvhaydkmroobqxlrvq44tsmzxgezq#srodtyt2> (dostęp 15.12.2020).

18 Szerzej na temat „trybu wyczerpania ustawą” P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*; P. Janda, *Prawo upadłościowe...*, s. 385; M.J. Zieliński, *O wymogu „wyczerpania trybu określonego ustawą” w rozumieniu art. 145 ust. 1 Prawa upadłościowego*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 24; A. Hrycaj, *Podjęcie postępowania cywilnego...*; A. Jakubecki (w:) A. Jakubecki, F. Zedler (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze*, s. 358–364.

19 Szerzej A. Machowska, *Pozew w postępowaniu cywilnym...*

20 Podobnie R. Adamus, *Prawo upadłościowe...*

21 Podobnie P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*

13 Podobnie P. Feliga, *Pozew o zapłatę jako zgłoszenie wierzytelności do masy upadłości – glosa – II CSK 404/15*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 2, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjygzitqny#> (dostęp 15.12.2020).

14 Podobnie postanowienie SN z 22.04.2016 r., II CSK 404/15, Legalis.

15 Zob. P. Janda, *Prawo upadłościowe...*, s. 382.

16 Podobnie R. Adamus, *Prawo upadłościowe...*

Nie należy bowiem zapominać o tym, że wierzytelność może zostać również zgłoszona na uzupełniającą listę wierzytelności, o czym przesądza art. 253 ust. 1 p.u.: po upływie terminu wyznaczonego do zgłaszania wierzytelności syndyk uzupełnia listę wierzytelności w miarę zgłaszania wierzytelności. Wyłącznie zgodnie z treścią art. 252 ust. 2 p.u. tylko, gdy wierzytelność zgłoszona po zatwierdzeniu ostatecznego planu podziału funduszy masy upadłości, pozostawia się ją bez rozpoznania.

również uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r. (sygn. akt III CZP 55/18), lecz faktycznie wierzyciel tytułu egzekucyjnego w tym momencie nie uzyskuje, gdyż postępowanie upadłościowe nie zostało zakończone. W sytuacji odmowy zaś uznania wierzytelności na liście wierzytelności przez syndyka lub braku zgłoszenia jej przez wierzyciela w postępowaniu upadłościowym, winniśmy rozważyć z kolei dalsze procedowanie i prowadzenie postępowania sądowego z udziałem syndyka. Nie mamy jednak pewności, czy

W razie odmowy uznania wierzytelności na liście wierzytelności przez syndyka lub braku zgłoszenia jej przez wierzyciela w postępowaniu upadłościowym nie powinniśmy podejmować postępowania sądowego aż do czasu zakończenia postępowania upadłościowego.

Postanowienie o zatwierdzeniu listy wierzytelności nie jest postanowieniem kończącym i wobec treści art. 359 § 1 k.p.c. może również ulec uchyleniu z uwagi na zmianę okoliczności sprawy, co faktycznie burzy nam stabilną sytuację procesową zatwierdzenia listy wierzytelności i zakończenia czynności procesowych w przedmiocie interesującej nas wierzytelności. Wątpliwości więc z uwagi na powyższe rodzi kwestia, kiedy tak naprawdę mamy do czynienia z wyczerpaniem trybu przewidzianego ustawą, na który wskazuje ustawodawca, skoro nawet po zatwierdzeniu listy wierzytelności mogą w postępowaniu upadłościowym wydarzyć się sytuacje procesowe, mające wpływ na naszą ocenę stanu faktycznego²².

Po zatwierdzeniu listy wierzytelności, na której została ujęta wierzytelność, w stosunku do której prowadzimy postępowanie sądowe, powinniśmy rozważyć umorzenie postępowania²³, na co wskazuje

wierzyciel nie dokona spóźnionego zgłoszenia wierzytelności do masy upadłości. Sensowne jest przyjęcie, że we wskazanej sytuacji procesowej tak naprawdę nie powinniśmy podejmować postępowania sądowego aż do czasu zakończenia postępowania upadłościowego. Ten moment przesądziłby nam jednoznacznie o stanie procesu. Innym dobrym rozwiązaniem jest procesowe „zapytanie” powoda, czy w sytuacji, gdy jego wierzytelność została uznana na zatwierdzonej liście wierzytelności, nadal podtrzymuje powództwo. W przypadku odpowiedzi negatywnej oznaczałoby to, że powód cofa pozew i mielibyśmy podstawę prawną do umorzenia postępowania sądowego.

3. Wpływ postępowania upadłościowego na toczące się postępowanie sądowe – upadłość konsumencka

Wskazane powyżej zasady związane z ogłoszeniem upadłości pozwanego mają przede wszystkim zastosowanie wtedy, gdy ogłoszono upadłość przedsiębiorcy. Ostatnia nowelizacja przepisów ustawy Prawo upadłościowe, która w dość istotny zmieniała przepisy doty-

22 Por. M.J. Zieliński, *O wymogu „wyczerpania trybu określonego ustawą”...*

23 Podobnie P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*

czące upadłości konsumenckiej i dokonała zmiany jej modelu, nie pozostała również bez wpływu na postępowania sądowe²⁴.

Identycznie, jak w przypadku upadłości przedsiębiorcy, należy w tym zakresie rozważyć dwie sytuacje procesowe, a mianowicie ogłoszenie upadłości pozwanego jeszcze przed datą złożenia w stosunku do niego pozwu oraz ogłoszenie upadłości pozwanego w toku postępowania sądowego. W przypadku postępowania upadłościowego prowadzonego w stosunku do osoby fizycznej, nieprowadzącej działalności gospodarczej, odmiennie powinny być oceniane one przez przepisy prawa procesowego niż w przypadku upadłego przedsiębiorcy.

Nowelizacja przepisów prawa upadłościowego w zakresie upadłości konsumenckiej przewidziała dwa sposoby prowadzenia tego postępowania. Przede wszystkim postępowanie upadłościowe może być prowadzone jak dotychczas przez sędziego – komisarza. Zgodnie z wolą ustawodawcy ma być to teraz wyjątek od ogólnej zasady dotyczący wyłącznie „skomplikowanych” postępowań upadłościowych. Drugi tryb prowadzenia postępowania upadłościowego konsumenta to prowadzenie go w sposób nazwijmy „uproszczony”, bez powoływania w postępowaniu upadłościowym sędziego – komisarza, a poprzez powierzenie wszystkich czynności syndykowi, którego zadaniem ma być nadzorowanie i finalne przeprowadzenie całego postępowania upadłościowego konsumenta²⁵. Dwa wskazane tryby w sposób zasadniczy determinują czynności procesowe, jakie winny być podejmowane w toku prowadzonego postępowania sądowego.

W pierwszej kolejności rozważmy jednak stan faktyczny, gdy doszło do ogłoszenia upadłości dłużnika – konsumenta, a następnie powód po ogłoszeniu upadłości, nie mając tej świadomości, złożył pozew przeciwko

upadłemu. Oczywiście konsekwencją takiego działania winno być uznanie, że postępowanie sądowe nie jest aktualnie właściwą drogą do dochodzenia swoich należności przez wierzyciela upadłego, a powinien on dokonać zgłoszenia wierzytelności do masy upadłości. W sytuacji, gdybyśmy mieli do czynienia z upadłym przedsiębiorcą zasadne byłoby aktywowanie reguł procesowych wskazanych powyżej i przekazanie pozwu sędziemu – komisarzowi jako właściwemu do procedowania ze sprawą w celu uwzględnienia na liście wierzytelności zgłoszonej wierzytelności i dokonania wypłaty środków w ramach planu podziału, względnie dokonania odmowy uznania zgłaszanej wierzytelności.

Wskazany sposób procedowania powinien być również identyczny w sytuacji, gdy prowadzone jest postępowanie w stosunku do upadłego – konsumenta, ale postępowanie upadłościowe konsumenta nie jest prowadzone we wskazanym wyżej trybie uproszczonym, a w postępowaniu, w którym powoływany jest sędzia – komisarz. Wówczas nie mamy wątpliwości, co do tego, że pozew jako zgłoszenie wierzytelności powinien być przekazany sędziemu – komisarzowi²⁶. Sędzia – komisarz ma bowiem uprawnienia sądu i jest właściwy do nadzorowania tego postępowania.

Stan faktyczny ulega jednak innej ocenie, gdy postępowanie upadłościowe konsumenta jest prowadzone bez udziału sędziego – komisarza, w tzw. trybie uproszczonym, i który to sposób prowadzenia postępowania ma być aktualnie wedle woli ustawodawcy regułą. Pojawia się problem w ustaleniu, czy w ogóle mamy do czynienia z dopuszczalnością drogi sądowej, gdyż faktycznie postępowanie nie jest prowadzone przez sąd. Wszystkie czynności dokonywane są przez syndyka, który to nie korzysta tak jak sędzia – komisarz z uprawnień sądu.

W konsekwencji powyższego należałoby przyjąć, że skoro postępowanie nie należy do sądu, to zachodzi okoliczność wskazana w treści art. 199 § 1 pkt 1 KPC i wówczas złożony pozew po ogłoszeniu upadłości powinien podlegać odrzuceniu. Brak jest podstaw do uznania, że sąd mógłby ten pozew przekazać syndykowi jako właściwemu podmiotowi do jego prowadzenia, gdyż należałoby go traktować podobnie jako organ administracyjny, któremu to pozwu się nie przekazuje.

24 Zob. G. Kozub, *Przegląd najważniejszych zmian w zakresie upadłości konsumenckiej przyjętych ustawą z 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i niektórych innych ustaw*, „Doradca restrukturyzacyjny” 2019, nr 18(4), s. 39.

25 Szerzej A. Machowska, *Zmiany w prawie upadłościowym wprowadzone ustawą z 30.8.2019 r.* – cz. 2, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 6, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvgeytsoa> (dostęp 15.12.2020).

26 Podobnie P. Feliga, *Pozew o zapłatę...*

Niemniej jednak w treści postanowienia o odrzuceniu pozwu, jeżeli wniosek o jego sporządzenie zostanie w ogóle złożony, uzasadnione wydaje się stanowisko, że należy wskazać podmiot kompetentny do prowadzenia postępowania a zatem syndyka. Dla wierzyciela oznacza to, że samodzielnie, gdy błędnie skierował pozew do sądu, nie mając wiedzy i świadomości tego, że postępowanie sądowe w stosunku do upadłego nie może być aktualnie prowadzone, powinien sporządzić zgłoszenie wierzytelności i takiego zgłoszenia wierzytelności w trybie art. 242 PU dokonać, kierując je oczywiście do syndyka.

W aktualnym brzmieniu przepisów Prawa upadłościowego – po dokonanej w marcu 2020 r. nowelizacji – takie stanowisko jest uprawnione. Z jednej strony odpowiada ono treści przepisom prawa upadłościowego, a z drugiej strony jest zgodne z zasadami postępowania cywilnego.

Wypada jednak wskazać, że celem ustawodawcy było przekazanie upadłości konsumenckiej syndykowi, a zatem przyjęcie podobnej konstrukcji jak w przypadku komorników, którzy w całości prowadzą postępowanie egzekucyjne, a sąd jedynie ich nadzoruje. Postępowanie upadłościowe prowadzone zaś w stosunku do konsumentów przez syndyków jest również formą egzekucji, ale tej o charakterze uniwersalnym.

Niemniej jednak obraz oceny przepisów prawa procesowego może nam się zmienić, gdy wskażemy, że w postępowaniu upadłości konsumenckiej „uproszczonej” nie sporządza się listy wierzytelności. Tym samym nie powstaje tytuł egzekucyjny. Zasadne jest więc postawienie pytania, czy tak naprawdę ustawodawca nie chciał, aby postępowanie sądowe nie było prowadzone jednocześnie z postępowaniem upadłościowym. Nie ma bowiem zagrożenia „zdublowania” tytułów egzekucyjnych. Zostawmy jednak te rozważania na chwilę.

Dużo wątpliwości mogą budzić zaś nowe przepisy dotyczące upadłości konsumenckiej w relacji do postępowania sądowego w sytuacji, gdy do ogłoszenia upadłości pozwanego doszło w trakcie prowadzonego już procesu. Możemy również mówić o dwóch ocenach takiej sytuacji, uzależnionych od tego, czy postępowanie upadłościowe konsumenta prowadzone jest przez sędziego – komisarza, czy też w całości przez syndyka w trybie uproszczony. Sposób stosowania przepisów w tym zakresie również będzie odmienny.

Zauważyć bowiem należy, że w nowym stanie prawnym ustawodawca wprowadził regulację, że zgodnie z art. 491¹ p.u. w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości sąd może postanowić, że postępowanie upadłościowe wobec osób, o których mowa w ust. 1 (a zatem wobec osób fizycznych, których upadłości nie można ogłosić zgodnie z przepisami działu II tytułu I części pierwszej), będzie prowadzone zgodnie z przepisami części pierwszej, jeżeli jest to uzasadnione znacznym rozmiarem majątku dłużnika, znaczną liczbą wierzycieli lub innymi uzasadnionymi przewidywaniami co do zwiększonego stopnia skomplikowania postępowania.

W konsekwencji uznać zatem należy, że nowy model upadłości konsumenckiej opiera się na prowadzeniu postępowania upadłościowego w „trybie uproszczonym” bez udziału sędziego – komisarza, a wyjątkowo z uwagi na przewidywany stopień skomplikowania postępowania, postępowanie to może być prowadzone z udziałem sędziego – komisarza. Dla przedmiotowy rozważań zatem, gdy do ogłoszenia upadłości pozwanego – konsumenta dochodzi w toku prowadzonego już postępowania, kluczowe znaczenie ma treść art. 491² ust. 1 PU, gdzie wskazano, że w sprawach nieuregulowanych w niniejszym tytule przepisy o postępowaniu upadłościowym stosuje się odpowiednio, z tym że przepisów art. 21, art. 25, art. 145, art. 151–155, art. 163, art. 164, art. 168 ust. 1–3 i 5, art. 176 ust. 2, art. 244, art. 245, art. 253–264, art. 307 ust. 1, art. 337–339, art. 343 ust. 1a, art. 346 ust. 2 i art. 347–356 oraz art. 358–366 nie stosuje się²⁷. Ustawodawca zatem wyraźnie wyłączył spod możliwości stosowania art. 145 p.u.

W pierwszej kolejności wypada jednak wskazać na regulację art. 144 PU, który stanowi, że po ogłoszeniu upadłości postępowania sądowe, administracyjne lub sądownoadministracyjne dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez syndyka albo przeciwko niemu. Konsekwencją powyższego

27 Szerzej A. Witosz, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej* (w:) A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego*. Tom 6, 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrtha4tamzomfrxilrtg4ytkmrxga3tcltqmfcy4nxbxhezdomjtha> (dostęp 15.12.2020).

jest przyjęcie koncepcji, że po ogłoszeniu upadłości w postępowaniu sądowym ma się pojawić po stronie pozwanego jego syndyk, przeciwko to któremu będzie prowadzić się postępowanie sądowe.

Powyższa regulacja jest spójna z treścią art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., który przesądza o tym, że sąd ma obowiązek zawiesić postępowanie z urzędu, jeżeli postępowanie dotyczy masy upadłości, masy układowej lub masy sanacyjnej i ogłoszono upadłość lub wszczęto wtórne postępowanie upadłościowe albo ustanowiono zarządcę w postępowaniu restrukturyzacyjnym. Stan zawieszenia procesowego winien

W konsekwencji, mając na uwadze powyższe rozważania i stanowisko Sądu Najwyższego, należałoby po uznaniu wierzytelności na liście wierzytelności (względnie stwierdzeniu zakończenia postępowania upadłościowego, kiedy powstanie tytuł egzekucyjny) umorzyć postępowanie sądowe tak, aby nie dopuścić do zdublowania tytułów egzekucyjnych dotyczących tej samej wierzytelności.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca w przypadku upadłości konsumenckiej wyraźnie wyłączył zastosowanie art. 145 p.u. Przepis ten stanowi, jak wskazano powyżej, że postępowanie sądowe, admi-



Mając na uwadze rozważania i stanowisko Sądu Najwyższego, należałoby po uznaniu wierzytelności na liście wierzytelności – względnie stwierdzeniu zakończenia postępowania upadłościowego, kiedy powstanie tytuł egzekucyjny – umorzyć postępowanie sądowe tak, aby nie dopuścić do zdublowania tytułów egzekucyjnych dotyczących tej samej wierzytelności.

trwać do czasu ustalenia osoby syndyka i podjęcia postępowania z jego udziałem (art. 180 § 1 pkt 5b k.p.c.)²⁸. Niemniej jednak dotychczas sąd nie mógł podjąć zawieszonego postępowania do czasu, gdy po wyczerpaniu trybu określonego ustawą Prawo upadłościowe, wierzytelność, której dotyczy postępowanie, nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności²⁹.

nistracyjne lub sądowoadministracyjne w sprawie wszczętej przeciwko upadłemu przed dniem ogłoszenia upadłości o wierzytelność, która podlega zgłoszeniu do masy upadłości, może być podjęte przeciwko syndykowi tylko w przypadku, gdy w postępowaniu upadłościowym wierzytelność ta po wyczerpaniu trybu określonego ustawą nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności.

28 Szerzej na temat zawieszenia postępowania sądowego S. Gurgul, *Jasne i niejasne oblicza Prawa upadłościowego i naprawczego po nowelizacji z 6.03.2009 r. – cz. III*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 6, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogy2tanbtgu2tc> (dostęp 15.12.2020).

29 Szerzej P. Feliga, *Wpływ ogłoszenia upadłości na cywilne postępowanie sądowe, przed sądem polubownym, admini-*

stracyjne i sądowoadministracyjne (procesowe skutki ogłoszenia upadłości) (w:), A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe...*, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrtha4tamzomfrxiltgt4ytkmrxga3tcltqmfc4nbxhezdknjygy> (dostęp 15.12.2020).

Poddając analizie przepisy prawa należy zatem dojść do wniosku, że skoro art. 145 p.u. nie stosujemy, to zawieszone postępowanie na skutek ogłoszenia upadłości pozwanego w toku postępowania sądowego po ustaleniu osoby syndyka może być podjęte i toczyć się z udziałem syndyka³⁰. Przyjęte rozwiązanie prawne jest spójne z całą koncepcją nowego postępowania upadłościowego.

W przypadku prowadzenia postępowania upadłościowego w trybie uproszczonym wyłączono również ze stosowania inne przepisy, a w szczególności całą grupę przepisów dotyczących listy wierzytelności i planu podziału (art. 244, art. 245, art. 253-264, art. 337-339, art. 347-356 PU). Tym samym w toku tego postępowania wierzyciele zgłaszają swoje wierzytelności, ale nie są one wciągane na listę wierzytelności, gdyż ta w ogóle nie jest sporządzana. Syndyk ma bowiem obowiązek złożenia projektu planu spłaty wierzycieli, przeprowadzenia likwidacji składników majątkowych, a następnie sąd upadłościowy stosownie do treści art. 491¹⁵ PU postanowieniem ustala plan spłaty wierzycieli, w którym wymienia wierzycieli uczestniczących w planie spłaty; dokonuje podziału funduszy masy upadłości pomiędzy wierzycieli uczestniczących w planie spłaty, jeżeli w postępowaniu zgromadzono fundusze masy upadłości; ustala, czy upadły doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa oraz określa, w jakim zakresie i okresie, nie dłuższym niż trzydzieści sześć miesięcy, upadły jest obowiązany spłacać zobowiązania, które w postępowaniu upadłościowym prowadzonym zgodnie z przepisami części pierwszej zostałyby uznane na liście wierzytelności, oraz jaka część zobowiązań upadłego powstałych przed dniem ogłoszenia upadłości zostanie umorzona po wykonaniu planu spłaty wierzycieli.

A zatem w postępowaniu tym nie powstaje tytuł egzekucyjny stosownie do treści art. 264 PU, gdyż

przepis ten nie ma zastosowania. Nie zachodzi zatem obawa, że dojdzie do zdublowania tytułów egzekucyjnych, które powstałyby w przypadku jednoczesnego prowadzenia postępowania upadłościowego i postępowania sądowego, jak to jest chociażby w przypadku upadłości przedsiębiorcy. Wreszcie więc należy wskazać, że postępowanie sądowe zawieszone na skutek ogłoszenia upadłości pozwanego konsumenta będzie zawieszone przez sąd z urzędu, ale jednocześnie od razu podjęte z udziałem syndyka i nadal prowadzone.

Dla powoda oznacza to, że może on wziąć udział w postępowaniu upadłościowym i próbować w ramach ustalanego planu spłaty zaspokajać swoje roszczenia, ale jednocześnie nie pozbawia go to możliwości uzyskania tytułu egzekucyjnego na wypadek, gdyby postępowanie upadłościowe konsumenta zakończyło się dla niego fiaskiem. Finalnie bowiem stosownie do treści art. 491²¹ ust. 1 PU po wykonaniu przez upadłego obowiązków określonych w planie spłaty wierzycieli sąd wydaje postanowienie o stwierdzeniu wykonania planu spłaty wierzycieli i umorzeniu zobowiązań upadłego powstałych przed dniem ogłoszenia upadłości i niewykonanych w wyniku realizacji planu spłaty wierzycieli. Wierzyciel więc nawet, gdyby uzyskał tytuł egzekucyjny w postępowaniu sądowym, to w trakcie wykonywania planu spłaty przez upadłego nie będzie on mógł prowadzić w stosunku do niego postępowania egzekucyjnego, gdyż zakaz wynika z treści art. 491¹⁵ ust. 6 PU³¹, zaś po wykonaniu planu spłaty i umorzeniu zobowiązań upadłego przez sąd upadłościowy, zakaz prowadzenia postępowania egzekucyjnego, co do wierzytelności, która uległa umorzeniu, a co do której wierzyciel dysponuje uzyskanym w toku postępowania sądowego tytułem egzekucyjnym, będzie konsekwencją regulacji art. 491²¹ ust. 3 PU. Po wydaniu postanowienia o stwierdzeniu wykonania planu spłaty wierzycieli i umorzeniu zobowiązań upadłego niedopuszczalne jest wszczęcie postępowania egzekucyjnego dotyczącego wierzytelności powstałej przed dniem ustalenia planu spłaty wierzycieli (poza wyjątkami wskazanymi w ustawie)³².

30 Podobnie P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrueydoobobqxalrvvgq4tsnjrguzq> (dostęp 15.12.2020); S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvhaydkmroobqxalrvvgq4tsnjrguzq> (dostęp 15.12.2020).

31 Zob. J. Stempień, *Wpływ postępowania upadłościowego...*

32 Na temat zakazu prowadzenia postępowania egzekucyjnego J. Stempień, *Wpływ postępowania upadłościowego oraz postępowan restrukturyzacyjnych na postępowanie*

Powyższa analiza przepisów prawa może zatem zmieniać ocenę sytuacji w kontekście wszczęcia postępowania sądowego, gdy została już ogłoszona upadłość dłużnika. Stanowisko wyartykułowane wcześniej sprowadzało się do twierdzenia, że skoro w momencie ogłoszenia upadłości konsumenta właściwą drogą do dochodzenia swoich praw ma być postępowanie upadłościowe prowadzone przez syndyka, to wówczas powinniśmy odrzucić złożony pozew na podstawie

ekiej tytuł egzekucyjny nie powstaje. Finalnie zatem należy rozważyć, czy jest w ogóle podstawa prawna dla odmówienia powodowi prowadzenia postępowania sądowego w sytuacji, gdy została ogłoszona już upadłość pozwanego. Wydaje się, że raczej nie. Postępowanie sądowe winno być prowadzone aż do uzyskania przez powoda wyroku. Gdyby jednak w toku tego postępowania wcześniej nastąpiło wydanie przez sąd upadłościowy prawomocnego postanowienia o stwier-



Postępowanie sądowe winno być prowadzone aż do uzyskania przez powoda wyroku.

art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. Ustalając jednak, że w postępowaniu upadłości konsumenckiej prowadzonym w trybie uproszczonym nie powstaje tytuł egzekucyjny, gdyż nie jest sporządzana lista wierzytelności³³, to odrzucając pozew w postępowaniu sądowym zamykamy wierzycielowi (powodowi) możliwość uzyskania takiego tytułu. W sytuacji, gdyby nie został zaspokojony w toku postępowania upadłościowego w ramach planu spłaty, a plan ten byłby uchylony na skutek niewykonania go przez dłużnika i w efekcie zobowiązania nie uległyby umorzeniu, to powód nie miałby tytułu egzekucyjnego, na podstawie którego mógłby prowadzić postępowanie egzekucyjne.

Takie stanowisko jest dość radykalne i wysoce krzywdzące dla wierzyciela. Wątpliwe jest jednocześnie uznanie, że postępowanie sądowe nie może dotyczyć się, bo zachodzi przypadek, o którym mowa w treści art. 199 § 1 ust. 2 k.p.c., że sprawa pomiędzy tymi samymi stronami o to samo roszczenie jest już w toku, gdyż w postępowaniu upadłości konsumen-

ckiej tytuł egzekucyjny nie powstaje. Finalnie zatem należy rozważyć, czy jest w ogóle podstawa prawna dla odmówienia powodowi prowadzenia postępowania sądowego w sytuacji, gdy została ogłoszona już upadłość pozwanego. Wydaje się, że raczej nie. Postępowanie sądowe winno być prowadzone aż do uzyskania przez powoda wyroku. Gdyby jednak w toku tego postępowania wcześniej nastąpiło wydanie przez sąd upadłościowy prawomocnego postanowienia o stwier-

zeniu wykonania planu spłaty wierzycieli i umorzeniu zobowiązań upadłego również tych, które objęte są postępowaniem sądowym, to wówczas sąd winien uznać, że wierzytelność nie istnieje a zatem brak jest roszczenia i w konsekwencji oddalić powództwo. Dobra praktyką jest z pewnością wcześniejsze procesowe „zapytanie” powoda, czy podtrzymuje powództwo, czy też może na skutego umorzenia zobowiązania objętego pozvem cofa ten pozew. Przy akceptacji powoda należałoby umorzyć postępowanie.

Nie należy jednak zapominać o tym, że gdy sąd zdecydował się na prowadzenie postępowania sądowego, co do wierzytelności objętej masą upadłości, w stosunku do pozwanego, gdy już została ogłoszona jego upadłość, to postępowanie takie powinno być prowadzone konsekwentnie przeciwko syndykowi. Wskazując więc w pozwie upadłego, sąd winien zasugerować powodowi, że strona została oznaczona w sposób niewłaściwy. Przy upierającym się stanowisku powoda, że pozwanym ma być nadal upadły a nie syndyk, do rozważenia pozostaje kwestia, czy w danym przypadku sąd nie powinien oddalić powództwa na skutek braku legitymacji procesowej pozwanego. W tym zakresie bowiem art. 144 p.u. nie został wyłączony ze stosowania.

egzekucyjne, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2016, nr 7, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjxgm4dqni> (dostęp 15.12.2020).

33 Szerzej M. Gajdzińska-Sudomir, *Nowelizacja postępowania upadłościowego – zagadnienia wybrane*, Monitor Prawa Handlowego” 2020, nr 2, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damrww43dcmi> (dostęp 15.12.2020).

4. Wnioski

Poczynione rozważania w kontekście postępowania upadłościowego osoby fizycznej, nieprowadzącej działalności gospodarczej i wpływu tego postępowania na

inne toczące się postępowania sądowe prowadzą, więc do wniosku, że w sytuacji, gdy postępowanie to prowadzone jest przez syndyka w trybie uproszczonym, to w zasadzie pozostaje bez wpływu na prowadzenie postępowania sądowego.

Niemniej jednak należy wskazać, że w każdym z przypadków, czy do ogłoszenia upadłości pozwanego doszło w toku postępowania sądowego, czy też już przed jego wszczęciem, to postępowanie to powinno być prowadzone zgodnie z treścią art. 144 PU przeciwko syndykowi. Tytuł egzekucyjny, jaki powstanie po zakończeniu postępowania upadłościowego, co prawda będzie tytułem egzekucyjnym przeciwko syndykowi, ale nie możemy zapominać o treści regulacji art. 144 ust. 2 PU, która stanowi, że postępowania sądowe syndyk prowadzi na rzecz upadłego, choć w imieniu własnym. Finalnie więc będą podstawy do wszczęcia egzekucji przeciwko upadłemu (wówczas już zwykłego dłużnikowi), jeżeli wierzytelność nie zostanie umorzona w postępowaniu upadłościowym.

Regulacje dotyczące upadłości konsumenckiej i prowadzonego obok postępowania sądowego zawsze stwarzają w praktyce uzasadnione problemy w jego stosowaniu. Zasadne byłoby więc wypracowanie takiego modelu procesowego, który pozwalałby na prowadzenie jednego postępowania dotyczącego tej samej wierzytelności. Nie możemy bowiem w tym zakresie zapominać o interesie przede wszystkim wierzyciela w uzyskaniu zaspokojenia wierzytelności.

Wprowadzenie takiej regulacji nie będzie również możliwe, gdy nie zacznie sprawnie funkcjonować elektroniczny rejestr upadłości i nastąpi szybki przepływ informacji pomiędzy sądami, co do tego, czy zostało w ogóle wdrożone postępowanie upadłościowe dla pozwanego. Aktualnie bowiem wielokrotnie zdarza się, że sąd prowadzi postępowanie sądowe, nie mając jednocześnie wiedzy o ogłoszeniu upadłości pozwanego. Należy zatem poczekać na sprawne narzędzie informatyczne zapewniające sądowi wiedzę odnośnie etapów postępowania upadłościowego, a następnie zmienić, choć już wielokrotnie nowelizowane w tym zakresie, przepisy prawa tak, aby postępowanie upadłościowe dla sądów, które prowadzą postępowania sądowe, nie było już „procesową zagadką”.

Bibliografia

- Adamus R., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, 2019, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrrgiztimboobqxlruqa3tsnjrgqyq> (dostęp 15.12.2020).
- Feliga P., *Pozew o zapłatę jako zgłoszenie wierzytelności do masy upadłości – glosa – II CSK 404/15*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 2, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjygiqtqny#> (dostęp 15.12.2020).
- Feliga P., *Wpływ ogłoszenia upadłości na cywilne postępowania sądowe, przed sądem polubownym, administracyjne i sądownoadministracyjne (procesowe skutki ogłoszenia upadłości)* (w:) A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego*, t. 6, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrtha4tamzomfrxiltg4ytkmrxga3tcltqmfc4nbxhezdknjygy> (dostęp 15.12.2020).
- Gajdzińska-Sudomir M., *Nowelizacja postępowania upadłościowego – zagadnienia wybrane*, *Monitor Prawa Handlowego* 2020, nr 2, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damrwg43dcmi> (dostęp 15.12.2020).
- Gurgul S., *Jasne i niejasne oblicza Prawa upadłościowego i naprawczego po nowelizacji z 6.03.2009 r. – cz. III*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 6, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogy2tanbtgu2tc> (dostęp 15.12.2020).
- Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvhaydkmroobqxlrvvg44tsmzxgezq#srodty2> (dostęp 15.12.2020).
- Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvhaydkmroobqxlrvvg44tsnjrguzq> (dostęp 15.12.2020).
- Hrycaj A., *Podjęcie postępowania cywilnego dotyczącego wierzytelności podlegającej zgłoszeniu do masy upadłości zawieszonego wskutek ogłoszenia upadłości pozwanego*, „Monitor Prawa Handlowego” 2016, nr 1.
- Jakubecki A. (w:) A. Jakubecki, F. Zedler (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2010, s. 333–358.
- Jakubecki A., *Ogłoszenie upadłości strony procesu cywilnego – uwagi na tle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 7–8, s. 31.
- Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Janda P., *Wpływ ogłoszenia upadłości na toczący się proces cywilny – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 4.
- Kozub G., *Przegląd najważniejszych zmian w zakresie upadłości konsumenckiej przyjętych ustawą z 30 sierpnia 2019 r. o zmia-*

- nie ustawy – Prawo upadłościowe i niektórych innych ustaw, „Doradca restrukturyzacyjny” 2019, nr 18(4).
- Machowska A., *Pozew w postępowaniu cywilnym po ogłoszeniu upadłości pozwanego*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20.
- Machowska A., *Zmiany w prawie upadłościowym wprowadzone ustawą z 30.08.2019 r. – cz. 2*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 6, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvgeytsoa> (dostęp 15.12.2020).
- Stempień J., *Wpływ postępowania upadłościowego oraz postępowań restrukturyzacyjnych na postępowanie egzekucyjne*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2016, nr 7, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjxgm4dqni> (dostęp 15.12.2020).
- Witosz A., *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej* (w:) A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego*, t. 6, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrtha4tamzomfrxilrtg4ytkmrxga3tcltqmfyc4nbxhezdo mjtha> (dostęp 15.12.2020).
- Wrzaszcz P., *Lista wierzytelności a umorzenie postępowania sądowego. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt III CZP 55/18*, „Studia Prawnicze KUL” 2019, nr 2 (78), s. 330–337.
- Zieliński M.J., *O wymogu „wyczerpania trybu określonego ustawą” w rozumieniu art. 145 ust. 1 Prawa upadłościowego*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 24.
- Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020.

Odpowiedzialność za podwładnego w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego



Maciej Kaliński

*Doktor habilitowany nauk prawnych,
profesor uczelni, kierownik Katedry
Prawa Cywilnego Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu War-
szawskiego.*

✉ m.kalinski@wpia.uw.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-8770-6705>

Liability for a Subordinate in the Most Recent Jurisprudence of the Supreme Court

The author discusses the problem of interpreting the “while performing” notion used in article 430 of the Civil Code – on the basis of the Supreme Court sentence of 2020. He criticizes the view, according to which, in order to impose liability on a supervisor, it is enough to have an adequate causal link between the act of entrustment and infringement of the aggrieved party’s goods. Its application would almost always mean imposing a quasi-guarantee liability on the supervisor. On the other hand, he defends the subordinate’s actions taken in order to perform the entrusted activity as the assessment criterion. The supervisor is liable to the extent to which he or she entrusts the performance of an activity to a person who: 1/ is subject to his or her management and 2/ is obliged to follow his/her instructions. It follows that article 430 of the Civil Code defines the notion of subordination in a stringent way. It corresponds with the position reflected in the earlier judicial decisions, which requires inter alia that the subordinate acts in general within the framework of the activities entrusted to him or her. This issue gains particular significance when a subordinate remains in a relationship of subordination with several supervisors, and the areas of entrustment are disparate. It is then necessary to indicate which area of entrustment is the subordinate’s breach of conduct connected with.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność odszkodowawcza za podwładnego, pedofilia, związek przyczynowy

Key words: compensatory liability for a subordinate, pedophilia, causation

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(71\).2022.981](https://doi.org/10.32082/fp.3(71).2022.981)

- 1.** działalności za czyny pedofilskie
31 marca 2020 r. Sąd Najwyż- duchownego, wyrok w sprawie
szy wydał, na gruncie odpowie- II CSK 124/19. Przyjęto w nim

odpowiedzialność osób prawnych Kościoła katolickiego za duchownego, oczywiście obok odpowiedzialności bezpośredniego sprawcy. Głębszą analizę użytej w tym wyroku argumentacji uzasadniają trzy niezależne od siebie przyczyny. Chodzi o rangę społeczną problemu, ogromne jak na Sąd Najwyższy rozmiary uzasadnienia oraz znaczenie odpowiedzialności za podwładnego w systemie odpowiedzialności deliktowej.

2.

Kwalifikacja prawna inkryminowanych czynów bezpośredniego sprawcy nie nasuwa wątpliwości, skoro został on skazany prawomocnym wyrokiem karnym za przestępstwa pedofilskie, w których pokrzywdzoną była jedna osoba. Dochodziła ona zadośćuczynienia oraz renty z tytułu utraty zdolności do pracy zarobkowej i zwiększonych wydatków, a także przeprosin i ustalenia odpowiedzialności na przyszłość. Pozwanymi byli bezpośredni sprawca oraz dwa domy zakonne zgromadzenia, do którego sprawca należał w czasie dokonywania czynów pedofilskich. Nie pozwano natomiast w szczególności miejscowej diecezji (w związku z powierzeniem sprawcy przez jej organ nauczania religii) ani zgromadzenia zakonnego. Z szerszej prezentacji stanu faktycznego czuję się zwolniony, zważywszy na liczne już wypowiedzi piśmiennictwa, a przede wszystkim publikację uzasadnienia w kilku miejscach¹. Dla podejmowanej tu analizy istotne jest, że roszczenia powódki o zadośćuczynienie i rentę uwzględniono w stosunku do obu domów zakonnych na podstawie art. 430 k.c.

Niniejsze uwagi nie mają na celu całościowej prezentacji problematyki odpowiedzialności za podwładnego ani kwestii rozmiarów odpowiedzialności, co do której wywody SN na ogół² nie nasuwają zastrzeżeń.

Ich celem są bowiem jedynie: po pierwsze, wykładnia pojęcia „przy wykonywaniu”, użytego w art. 430 k.c. oraz po drugie, ustalenie niektórych wymagań stawianych pod adresem stosunku podporządkowania. Te właśnie dwa zagadnienia stanowią kwestie kluczowe dla dalszego stosowania odpowiedzialności za podwładnego, co do których wypowiedział się SN. Można krytykować rozwiązania polskiego ustawodawstwa w zakresie odpowiedzialności za cudze czyny jako anachroniczne³, kierując się ku odpowiedzialności osoby prawnej za winę własną (polegającą m.in. na braku nadzoru, o czym będzie jeszcze mowa). W orbitcie sprawy zakończonej omawianym wyrokiem SN kluczowe znaczenie ma jednak art. 430 k.c. z jego rozróżnieniem na czynności podejmowane „przy wykonywaniu” oraz pozostałe.

Już tutaj wspomnieć trzeba, że rozróżnienie to – jako pochodzące od Romana Longchamps de Bériera⁴ – jest nadzwyczaj doniosłe. Stoi za nim czytelna *ratio legis* – zwierzchnik może odpowiadać tylko za takie zachowania wykonawcy, na jakie miał wpływ⁵. Opozycja ta była dotychczas swego rodzaju dogmatem prawniczym, który wyrok SN próbuje obalić. Osiągnięcia kilku dziesięcioleci namysłu doktryny zostały podważone. Sąd Najwyższy twierdzi bowiem, że do nałożenia odpowiedzialności na zwierzchnika wystarczy istnienie adekwatnego związku przyczynowego między powierzeniem czynności a naruszeniem dóbr poszkodowanego przez podwładnego. Prześledźmy tok rozumowania, który doprowadził do tak rewolucyjnego poglądu.

3.

Rodzaj powiązania kauzalnego, wymaganego w ramach art. 430 k.c. między powierzeniem przez

1 OSNC 2021, nr 1, poz. 4; OSP 2020, nr 10, poz. 79; Legalis; Lex.

2 Co do rozmiaru świadczeń nie podzielam jednak zapatrywania, iż zadośćuczynienie na gruncie art. 445 § 2 k.c. należy się niezależnie od skutków zdarzenia szkodzącego. Nie ma żadnych argumentów, które nakazywałyby porzucenie w tym przypadku względu na funkcję kompensacyjną tego świadczenia. Wątpliwości nasuwa także swoiście pojęta kapitalizacja renty oraz problem objęcia nią kosztów leczenia, w zakresie którego zasugerowano, iż renta ma pokrywać to,

co „wykracza poza finansowe możliwości publicznej służby zdrowia”.

3 E. Łętowska, *Odpowiedzialność „za” księży – dyskusja ciągła niezakończona* (w:) W. Robaczynski (red.), *Czynić postęp w prawie*, Łódź 2017, s. 305 i n.

4 R. Longchamps de Bériera, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1934, s. 210.

5 P. Machnikowski, *Odpowiedzialność za podwładnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 3161, „Prawo” 2009, nr 108, s. 363 i n.; tenże, SPP, t. 6, § 16.I, Nb. 224.

zwierzchnika czynności a naruszeniem, nie jest problemem nowym. Forsowane niekiedy kategorie „wewnętrznego związku przyczynowego” czy „związku funkcjonalnego” zostały ocenione jako niedające jasnego rozstrzygnięcia w przypadkach niejednoznacznych⁶. W każdym razie za trafną trzeba uznać konstatację, iż kryterium odróżniającym powinno być nałożenie odpowiedzialności za te zachowania, które podwładny podjął w celu wykonania powierzzonej czynności⁷.

W jaki sposób do tego problemu podszedł Sąd Najwyższy? Przyjął, że kryterium celu działania podwładnego jest nieoperatywne, ponieważ jego вина może przybrać postać nieumyślną⁸. Kluczowe pojęcie „przy wykonywaniu” trzeba rozumieć w ten sposób, że chodzi o adekwatny związek przyczynowy między powierzeniem a szkodą. Ma za tym przemawiać argument systemowy. Zwróćmy szczególną uwagę na towarzyszące podkreślenie, że związek ten jest kategorią obiektywną. Wynikają z tego daleko idące konsekwencje, do których trzeba będzie powrócić. Zarazem przytoczono obiegową formułę stosowaną w orzecznictwie, iż chodzi o następstwa „jakie tego rodzaju zdarzenie jest w stanie w ogóle [?] wywołać i w zwyczajnym biegu rzeczy, a nie tylko na skutek szczególnego zbiegu okoliczności, z reguły [!] je wywołuje”. Ta kwestia również będzie jeszcze omówiona.

4.

Złe zamontowana przez księdza w czasie noclegu w trakcie pielgrzymki dachówka, która spadając uderzy kogoś w głowę, nie spowoduje – zdaniem SN – powstania odpowiedzialności kościelnej osoby prawnej za podwładnego. Powodem ma być to, że

naprawa dachu nie mieści się w zakresie czynności powierzonej. Kolejne przykłady o analogicznym skutku dotyczą wyrządzenia przez duchownego szkody przy wykonywaniu działalności gospodarczej czy przy wykonywaniu czynności nauczyciela w szkole publicznej. Zastanówmy się, jakie konsekwencje wynikają z przedstawionych przez SN przypadków w zestawieniu z czynami pedofilskimi. Skoro naprawa dachu nie rodzi odpowiedzialności Kościoła, gdyż nie wchodzi w zakres powierzenia, czy tego samego nie można powiedzieć o takich czynach? Sąd Najwyższy nie wskazuje, w jaki sposób dokonać tu rozróżnienia, a jednak uznaje, że w zakresie pedofilii rozstrzygnięcie musi być inne. Brak tu w istocie argumentów poza takim, iż czynność zamontowania dachówki „nie mieściła się w zakresie czynności powierzonej”. Wynika z tego, że czyny pedofilskie były objęte tym powierzeniem. Tymczasem choćby pobieżna analiza unormowań prawa kanonicznego nie prowadzi do takiego wniosku.

Poza tym ma rację SN, że duchowny wykonujący działalność gospodarczą na własny rachunek nie wkleja kościelnej osoby prawnej, do której „należy”, w odpowiedzialność z art. 430 k.c. To samo oczywiście dotyczy też czynności nauczyciela w szkole publicznej czy lekarza w publicznej służbie zdrowia⁹, gdy nie zostały one powierzone duchownemu przez kościelną osobę prawną. Przykłady te nie wnoszą jednak nic nowego do rozstrzygnięcia problemu. Po pierwsze dlatego, że osoby duchowne zasadniczo nie mogą zajmować się działalnością gospodarczą ani na własny rachunek ani na cudzy (kan. 286, kan. 285 § 4 k.p.k.)¹⁰. Wyjątek dotyczy przypadków uzyskania zgody władzy kościelnej, ta zaś udziela jej przede wszystkim dla zajmowania się działalnością gospodarczą niektórych kościelnych osób prawnych (np. wydawnictw, fundacji). Znacze-

6 P. Michnikowski, *Odpowiedzialność...*, s. 364; tenże, SPP.

7 P. Michnikowski, *Odpowiedzialność...*, s. 364.

8 Argument ten jest wątpliwy, skoro każde zachowanie sprawy ma jakiś cel, z wyjątkiem przypadków niezdolności do kierowania swym postępowaniem. Innymi słowy, nie ma sprzeczności między wymaganiami analizy celu działania sprawcy bezpośredniego i możliwością popełnienia przezeń czynu z winy nieumyślnej, zwłaszcza jeżeli przyjmuje się teorię winy, por. przyp. 58 niżej, a także A. Rembelski, *Zakres odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez podwładnego*, „Studnia Prawno-Ekonomiczne” 1970, t. 5, s. 47, s. 49 i n.

9 Trudno ustalić, dlaczego poczyniono zastrzeżenia dotyczące publicznego charakteru szkoły publicznej i zakładu służby zdrowia. Wynika z nich, że w prywatnej szkole czy zakładzie leczniczym rozkład odpowiedzialności byłby odmienny. Wniosek ten jest jednak błędny, gdyż poza art. 417–421 k.c. typ własności pozostaje bez znaczenia dla mechanizmu nałożenia odpowiedzialności w przepisach deliktowych, a przecież tu potencjalną podstawą odpowiedzialności zwierzchnika jest art. 430 k.c.

10 k.p.k. – Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 r.

nie tego przykładu, chociaż trafnego, w obrocie jest zatem marginalne.

Po drugie, zastrzeżenie, że Kościół nie odpowiada za czynności duchownego-nauczyciela czy lekarza nieobjęte powierzeniem stanowi raczej truizm. Duchowni bowiem wykonują w ogromnej większości zawód

Powinno być raczej oczywiste, że tak rygorystyczne potraktowanie pojęcia podporządkowania jest wskazówką interpretacyjną przy określaniu odpowiedzialności zwierzchnika. Na rachunek zwierzchnika może iść to, co było objęte jego zwierzchnictwem, wyrażającym się w kierowaniu podwładnym i możliwości



Zamieszczone w końcowej części art. 430 k.c. sformułowanie: „za szkodę wyrządzoną... przy wykonywaniu powierzonych jej czynności”, które łączy szkodę ściśle z powierzoną czynnością.

nauczycielski w związku z uzyskaniem tzw. misji kanonicznej do nauczania religii (kan. 805 k.p.k., art. 12 ust. 3 Konkordatu), czyli właśnie powierzenia. Jeżeli wyrządzą szkodę przy wykonywaniu powierzonych czynności właśnie w tym zakresie, odpowiedzialność kościelnej osoby prawnej nie powinna nasuwać większych wątpliwości. Nie będzie to jednak odpowiedzialność zwierzchnika w zakresie funkcji kapłańskich, lecz zwierzchnika powierzającego naukę religii.

Problem w tym przypadku leży gdzie indziej. Jak odgraniczyć wyrządzenie szkody przy wykonywaniu tych czynności od wyrządzenia przy okazji ich wykonywania. W końcowej części art. 430 k.c. zamieszczono sformułowanie: „za szkodę wyrządzoną [...] przy wykonywaniu powierzonych jej czynności”. Łączy ono szkodę ściśle z powierzoną czynnością. Szkoda, że to powiązanie dla SN nie posiada żadnego waloru normatywnego. Tymczasem ma ono głęboki sens – zwierzchnik odpowiada w tym zakresie, w jakim powierza czynność osobie – *verba legis* – która: 1) podlega jego kierownictwu i 2) jest obowiązana stosować się do jego wskazówek.

Z zastosowania przez ustawodawcę przytoczonego podwójnego ograniczenia także nie wyciągnięto odpowiednich wniosków. Przepis zawęża odpowiedzialność zwierzchnika, o czym świadczy zastrzeżenie o obowiązku stosowania się do wskazówek oprócz przesłanki kierownictwa. Muszą one wystąpić w koniunkcji.

udzielania mu wiążących wskazówek. Jeżeli podwładny tymi czynnościami wyrządzi szkodę, zrozumiałe jest obciążenie nią zwierzchnika. Natomiast rozciąganie jej na sytuacje, gdy zdarzenie szkodzące wykracza poza zwierzchnictwo, będzie pozbawione uzasadnienia.

5.

Z uzasadnienia wyroku SN wyłania się zgoła inny obraz. Z jednej strony podkreśla on, że „decydujące znaczenie ma to, czy czynność której wykonanie przez podwładnego doprowadziło do wyrządzenia osobie trzeciej szkody, wchodziła w zakres czynności powierzonych”. Stosując to kryterium dojdziemy jednak do zanegowania odpowiedzialności kościelnej osoby prawnej za pedefilię duchownego. Z drugiej zaś stwierdza, iż „nie niweczy odpowiedzialności zwierzchnika... okoliczność, że tego rodzaju zachowania podwładnego, wywołujące szkodę, nie mogły być realizowane na rachunek zwierzchnika”, co w oczywisty sposób deprecjonuje znaczenie ustalenia zakresu powierzenia. Zestawienie tych dwu fragmentów stanowiska SN uzmysławia ich sprzeczność. Jest to wykładnia art. 430 k.c., która daje oręż obu stronom procesu odszkodowawczego. Jak w takiej sytuacji ma się zachować sąd powszechny? Sądzę, że najlepszym wyjściem jest orzeczenie według upodobania do jednej z tych koncepcji, ponieważ strona przegrana na pewno zaskarży wyrok, powołując się na drugą. Nie na udzielaniu

takich wskazówek dla sądów powszechnych polega chyba rola SN. Przeciwnie, tego rodzaju wypowiedzi obniżają pożądaną autorytet tej instytucji.

Ostatecznie Sąd Najwyższy dochodzi jednak do wniosku, że „zwierzchnik nie może bronić się zarzutem, iż podwładny ucząc, lecząc, ratując, opiekując się czy wykonując obowiązki duchownego dopuścił się wykorzystania seksualnego nie przy wykonywaniu powierzonej czynności uczenia, leczenia, ratowania, opieki, posługi kapłańskiej, lecz tylko przy ich sposobności”. W zdaniu tym zastosowano subtelą konstrukcję, łączącą uczenie, leczenie itd. z wykorzystaniem seksualnym. Należałoby z tego wnosić, że wyrządzenie szkody musi być zakwalifikowane jako dokonane zawsze przy wykonywaniu powierzonych czynności, zbiór czynności podejmowanych przy okazji wykonywania jest zaś pusty. Użyty przez SN przykład z dachówką – moim zdaniem trafny w tym sensie, że odpowiedzialność wówczas nie powstaje – przeczy jednak takiej konstatacji. To niejedyna wewnętrzna sprzeczność w uzasadnieniu wyroku SN.

6.

Z punktu widzenia treści pojęcia „przy wykonywaniu posługi duszpasterskiej”¹¹ nie ma różnicy między wadliwym montażem dachówki a pedofilskim obcowaniem seksualnym. Obie te czynności nie są objęte powierzeniem. Dopuszczenie odmiennej wykładni można rozważać jedynie w tych sytuacjach, gdy *iter delicti* rozpoczęło się w ramach czynności duszpasterskich, np. duchowny dopuścił się solicytacji.¹² Kwestia wymaga jednak pogłębionej analizy, której w wyroku SN zabrakło, ponieważ – być może dla ułatwienia intelektualnego – generalnie przyjął on postawę uogólniającą.

11 O tym, że jest ono zbyt szerokie dla uzasadnienia odpowiedzialności na podstawie art. 430 k.c., będzie mowa niżej.

12 W tym zakresie zrozumiałe jest stwierdzenie A. Sieczych, *Odpowiedzialność odszkodowawcza związków wyznaniowych za przestępstwa seksualne popełnione przez duchownych w USA i w Polsce (casus Kościoła katolickiego)*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 1, s. 77, iż przestępstwa seksualne, przynajmniej niekiedy, są popełniane przez księży w ramach działalności religijnej Kościoła.

W ten sposób dochodzimy do objęcia wszystkich przypadków nadużyć seksualnych odpowiedzialnością zwierzchnika. Jest to problem kluczowy dla określenia granic odpowiedzialności za podwładnego. Uzasadnieniu tej konstrukcji służy przyjęte przez SN kryterium adekwatnego związku przyczynowego, ponieważ powierzenie jakiegokolwiek czynności komukolwiek łączy się z podwyższeniem prawdopodobieństwa rozmaitych ekscesów. Dotyczy to w różnej mierze wskazanych czynów duchownego, co montera z elektryka, który dopuszcza się kradzieży w mieszkaniu klienta przy okazji naprawy gniazdka. Niewątpliwie bowiem kradzieże dokonywane przez monterów dokonują się z możliwą do obiektywnego, statystycznego ustalenia częstotliwością, z czego zresztą niegdyś brało się powszechne przekonanie, że osoby obcej nie można w domu spuścić z oka nawet na sekundę. Nie ma zatem powodów, aby zwolnić elektryka z odpowiedzialności za kradzież. Wywraça to jednak dotychczasowe rozumienie pojęcia „przy wykonywaniu” i w tym należy upatrywać epokowego znaczenia omawianego wyroku. Od momentu jego wydania sądy mają ułatwione zadanie, można bowiem przyjmować swoiste domniemanie odpowiedzialności zwierzchnika za wszelkie czyny podwładnego.

Jest rzeczą charakterystyczną, że zakonny przełożony sprawcy widział poszkodowaną tylko raz w domu zakonnym, w którym ona przebywała przez dłuższy czas (była bowiem przez sprawcę ukrywana). Dopuszczał wówczas pomoc osobie potrzebującej wsparcia, z rodziny patologicznej, bo tak przedstawił jej sytuację sprawca. Drugą okolicznością wartą zaznaczenia jest fakt braku zezwolenia władzy zakonnej na opuszczanie przez sprawcę domu zakonnego w celu dokonywania odwiedzin powódki¹³. Wszystko razem nie wywołało jednak refleksji SN pozwalającej na prawidłowe oddzielenie sfery wykonywania powierzonej czynności od zachowań podjętych przy okazji tego wykonywania.

7.

Doktryna odczytuje nowsze stanowisko Sądu Najwyższego jako rozszerzające granice ekscesu, który uzasadnia odpowiedzialność zwierzchnika. Zwraca

13 Obaj pozwani zostali potraktowani tak, jak gdyby co najmniej nakłaniali sprawcę do aktów pedofilskich.

się uwagę na wprowadzenie kryteriów: więzi czasowej, miejscowej i funkcjonalnej czynu podwładnego z powierzoną czynnością oraz perspektywy postrzegania sprawcy przez poszkodowanego¹⁴. Jeżeli jednak starannie przyjrzymy się linii, wytyczonej przez wyrok

z 2005 r.¹⁷ Wymaga się zatem „związku funkcjonalnego” między powierzaniem czynności i zachowaniem sprawcy podwładnego. Jego brak oznacza, iż czynność szkodząca była podjęta co najwyżej przy okazji wykonywania. Sama niezgodność celu działa-



Doktryna odczytuje nowsze stanowisko Sądu Najwyższego jako rozszerzające granice ekscesu, który uzasadnia odpowiedzialność zwierzchnika.

SN z 25.11.2005 r., V CK 396/05¹⁵, sprawa wcale nie przedstawia się w sposób oczywisty. Jednym z tych kryteriów (wskazanych jako pierwsze) jest bowiem ustalenie, „czy podwładny działał w ogóle w ramach powierzonego mu zespołu (kategorii) czynności” i w tym zakresie trzeba udzielić w analizowanych tu przypadkach na ogół odpowiedzi negatywnej. Akty pedofilskie z reguły dokonują się bowiem poza sprawowaniem kultu i uświęcaniem ludu oraz głoszeniem Ewangelii (kan. 835 § 2, 757, 762 k.p.k.), czyli zasadniczymi zadaniami prezbitera. Odmienna ocena może być moim zdaniem uzasadniona we wspomnianym już przypadku solicytacji, choć tu konieczna byłaby intelektualna kontrybucja ze strony współczesnej kanonistyki. Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że już po wydaniu wyroku ws. V CK 396/05, mimo spełnienia wszystkich pięciu wymienionych w nim kryteriów, odmówiono uznania odpowiedzialności szpitala za eksces pracującego w nim lekarza. Przyjmował on w szpitalu pacjentów „prywatnych”¹⁶. Przemilczenie w uzasadnieniu wyroku z 31.03.2020 r. tego orzeczenia (IV CSK 174/07) nie było chyba przypadkowe.

Generalnie orzeczenia sądów apelacyjnych i SN aprobuje stanowisko wyrażone w powołanym wyroku

nia podwładnego z zakresem powierzenia nie wyłącza zatem – w ocenie judykatury – przyjęcia, iż działanie to dokonało się przy wykonywaniu powierzonej czynności, jeżeli tylko zachowano związek funkcjonalny.

Zapatrywanie to nasuwa zastrzeżenia jako nadmiernie rozszerzające granice odpowiedzialności zwierzchnika¹⁸. Ale aby przyjąć odpowiedzialność kościelnej osoby prawnej w wyroku z 31.03.2020 r., Sąd Najwyższy musiał w istocie pójść dalej. Odstąpił od zapatrywania, wymagającego w ramach funkcjonalnego związku powierzenia z deliktem zrealizowania kryterium przedmiotowego, czyli pokrywania się zakresu powierzenia z czynnością dokonaną przez sprawcę¹⁹. Nie jest ono bowiem spełnione ani w ogromnej części przypadków pedofilii wśród duchownych, ani w przypadku kradzieży dokonywanych przez monterów w mieszkaniach klientów elektrowni.

14 E. Łętowska, *Odpowiedzialność „za” księży...*, s. 297 i n.

15 PB 2006, nr 11, s. 16.

16 Wyr. SN z 11.10.2007 r., IV CSK 174/07, Lex. Stanowisko to nie wywołało krytyki M. Nesterowicza, *Odpowiedzialność cywilna zakładu opieki zdrowotnej za lekarza jako podwładnego*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9, s. 12 i n.

17 Wyr. SN z 17.4.2015 r., I CSK 216/14, Lex; wyr. SN z 17.4.2015 r., I CSK 237/14, Lex; wyr. SN z 14.1.2016 r., I CSK 78/15, Lex; wyr. SN z 25.11.2015 r., II CSK 683/14, Lex; wyr. SN z 13.8.2015 r., I CSK 657/14, Lex; wyr. SA w Szczecinie z 12.11.2015 r., I ACa 521/15, Lex; wyr. SA w Rzeszowie z 8.5.2014 r., I ACa 56/14, Lex; wyr. SA w Katowicach z 19.11.2013 r., I ACa 744/13, Lex; wyr. SA w Warszawie z 20.2.2013 r., I ACa 936/12, Lex; wyr. SA w Katowicach z 30.10.2012 r., V ACa 436/12, Lex.

18 Por. przyp. 6.

19 W stanie faktycznym wyroku ws. V CK 396/05, urzędniczka pocztowa przyjmowała wpłaty na rachunki bankowe, które w istocie defraudowała, nie przekazując ich do banku będącego adresem wpłat.

Także realizacja w analizowanym tu przypadku pedefilii pozostałych wymagań pozwalających kumulatywnie²⁰ na uznanie realizacji funkcjonalnego związku z powierzeniem została podana w doktrynie w wątpliwość²¹. Glosatorka ogranicza samo powierzenie – przynajmniej *prima facie* – do nauczania religii i jest to ograniczenie trafne. Tylko że przy takim ujęciu odpowiedzialność pozwanych *in casu* domów zakonnych nie ma żadnego uzasadnienia²², bo nie te domy – jako

o odpowiedzialności za cudze czyny. Powierzone czynności muszą być zindywidualizowane co najmniej przez wskazanie rodzajowe²⁴. W związku z tym problemem wyłania się kolejny: kto był zwierzchnikiem sprawcy w zakresie powierzonej czynności. Sprawa nie przedstawia się jasno, bo do takiego ustalenia konieczne jest uprzednie określenie, kto dokonał powierzenia, a Sąd Najwyższy nie przeprowadził w tym zakresie wystarczająco subtelnych analiz.

Samo polecenie wykonywania jakiegoś zajęcia czy zawodu nie jest powierzeniem na gruncie przepisów o odpowiedzialności za cudze czyny. Powierzone czynności muszą być zindywidualizowane co najmniej przez wskazanie rodzajowe.

osoby prawne – powierzały sprawcy nauczanie religii. O braku powierzenia można też mówić co do pomocy udzielanej powódce przez sprawcę²³. Nie wynika ono w szczególności z konstytucji zgromadzenia, do którego należał sprawca, co trafnie dostrzegła glosatorka. Konstytucja jest zresztą aktem przyjmowanym na poziomie wyższym niż domy zakonne, bo przez kapitułę generalną na szczeblu całego zgromadzenia.

8.

Samo polecenie wykonywania jakiegoś zajęcia czy zawodu nie jest powierzeniem na gruncie przepisów

20 Wymaganie łącznego spełnienia wymienionych kryteriów formułuje wyr. SN z 25.11.2005 r., V CK 396/05; podobnie A. Rembieliński, *Zakres...*, s. 51, który uważa za niewystarczające zachowanie powiązania czasowego i miejscowego.

21 A. Wilk, Glosa do wyr. SN z 31.03.2020 r., II CSK 124/19, OSP 2020, nr 10, poz. 79, s. 60; też, Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu szkód wyrządzonych przez cudze czyny zabronione o charakterze seksualnym, Warszawa 2021, rozdz. V. §2.III – *passim*.

22 Na problem właściwego określenia pozwanego zwraca uwagę A. Sieczych, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 71.

23 A. Wilk, Glosa..., s. 57.

Potencjalne dwa „obszary” powierzenia – mandat do nauki religii i pomoc pokrzywdzonej zostały przypisane dwóm domom zakonnym. Czy nie ma tu jakiegoś nieporozumienia? Wydaje mi się, że zwierzchnikiem w zakresie tego rodzaju aktywności (oczywiście przy utrzymaniu zastrzeżeń co do ich niewystarczającego na gruncie art. 429 i n. k.c. określenia) mogłaby być prowincja zgromadzenia (zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 7 ustawy z 7.04.1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej), względnie diecezja w odniesieniu do nauki religii²⁵.

Tymczasem Sądowi Najwyższemu bardzo łatwo przyszło obciążenie odpowiedzialnością obu domów zakonnych. Co do odpowiedzialności prowincji zgromadzenia sprawa nie jest oczywista, ponieważ wspomniane już konstytucje nie przewidują udzielania pomocy jako zadania (charyzmatu) członków tego zgromadzenia. Gdyby nawet przewidywały, niewiele by to zmieniało, skoro same sformułowania konstytucji trudno uznać za powierzenie czynności do wykonania. Charyzmaty są zresztą realizowane przez zakonnik nie

24 Tak na gruncie wyr. SN ws. V CK 396/05, tamże.

25 Trafnie zwraca na to uwagę A. Wilk, *Glosa...*, s. 56.

przez cały czas, w którym należy on do zgromadzenia, ponieważ niejednokrotnie zajmuje się on także innymi sprawami, w tym zleconymi mu *in casu* przez władzę zakonną (np. nauczaniem w ramach szkolnictwa wyższego na uczelni katolickiej). Wykracza wtedy z pewnością poza charyzmaty określone w konstytucjach.

tego przez SN. Jak już wspomniano, z jednej strony uznano, że zwierzchnika obciążają następstwa, jakie dane zdarzenie – w postaci powierzenia – jest w stanie w ogóle wywołać. Oznacza to, że nawet następstwa występujące bardzo rzadko, np. jeden raz na milion przypadków, uznamy za normalne, jeżeli tylko da



Mandat wynikający z powierzenia czynności określonego rodzaju nie rozciąga się na inne czynności. Trzeba to przypomnieć, skoro zwierzchnik miałby odpowiadać za eksces podwładnego.

Jeżeli gdzieś należałoby się dopatrywać powierzenia w rozumieniu art. 429 i n k.c., to w zleceniach od władz zakonnych, a nie w – zwykle dość ogólnikowych – postanowieniach konstytucji. Nie mogą one jednak ograniczać się do generalnego skierowania np. do pracy duszpasterskiej w określonym miejscu. Z tego, że przełożeni obu pozwanych domów zakonnych byli – hipotetycznie – uprawnieni do wydawania poleceń sprawcy²⁶ nie wynika, że rzeczywiście je wydawali w zakresie, jaki uzasadniałby stwierdzenie, że inkryminowane czyny należały do zakresu powierzenia. Udzielanie pomocy jest może obowiązkiem moralnym (choć nie prawnym) duchownego, ale „nikt sprawcy wykonywania takich czynności w odniesieniu konkretnie do powódki nie zlecał”²⁷.

9.

Mandat wynikający z powierzenia czynności określonego rodzaju nie rozciąga się na inne czynności²⁸. Jest to zupełny truizm, ale trzeba go przypomnieć, skoro zwierzchnik miałby odpowiadać za eksces podwładnego. Jak daleko? Pozornej odpowiedzi udziela kryterium adekwatnego związku przyczynowego. Najpierw zastosujmy je według rozumienia przyję-

się stwierdzić prawidłowość według modelu: przyczyna → skutek. Z drugiej jednak, w tym samym zdaniu, dokonano konstrukcyjnej wolty o 180 stopni, przyjmując, że odpowiedzialnością objęte są tylko te skutki, które występują z reguły i w zwyczajnym biegu rzeczy. Wymagania te wydają się nie do pogodzenia.

Według prawidłowego ujęcia teorii adekwatności nawet bardzo rzadko występujące następstwa jak najbardziej mogą być uznane za normalne. Wystarczy przywołać bardzo rzadkie i oddalone czasowo skutki szczepień. Może się bowiem okazać, że dana przyczyna wywołuje skutek szkodowy tylko w zestawieniu z pewnymi specyficznymi okolicznościami. Pozostając na gruncie odpowiedzialności za medykamenty wskażmy na przypadki szczególnej podatności niektórych osób (np. z rzadko występującą mutacją genetyczną) na doznanie uszczerbku. Jest rzeczą oczywistą, że normalność będzie wówczas zachowana²⁹. Można obrazowo powiedzieć, że nie ma niczego nadzwyczajnego w wystąpieniu takiego skutku w danych warunkach. W ramach zabiegu generalizacji, stanowiącego zawsze etap badania związku przyczynowego, musimy zatem uwzględnić specyficzną cechę konkretnego poszkodowanego. Zadamy zatem pytanie nie o to, czy zastoso-

26 Tamże, s. 54.

27 Tamże, s. 56 i n.

28 Zwraca na to uwagę A. Rembeliński, *Zakres ...*, s. 55.

29 Przekonująco i dogłębnie K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020, s. 469–473.

wanie danego leku podwyższa prawdopodobieństwo wystąpienia szkodowego skutku (w porównaniu z niezastosowaniem), lecz o to, czy zastosowanie tego leku u osób z określoną mutacją genetyczną podwyższa prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia.

Wywód ten zmierza do wykazania, że kryteria powtarzane w wielu orzeczeniach SN są wadliwe. Chodzi mi o zawężanie adekwatności do przypadków, w których następstwo występuje „z reguły”, „na ogół”, „zwykle”³⁰. Można powiedzieć, że błąd polega na pomi-

Zdarzenia te można zawsze ująć w prawidłowości statystycznej, co zresztą pojawia się w publicznej debacie medialnej, gdy zestawia się częstotliwość ukaranych czynów pedofilskich według profesji wykonywanych przez sprawców. Tak też należy ocenić skierowanie do nauczania religii udzielone sprawcy. Sąd I instancji przyjął, że „zawarcie znajomości między księdzem i powódką było wynikiem tylko tego, że jako katecheta uczył ją religii i gdyby nie ta okoliczność, do nawiązania znajomości nie doszłoby”. To prawda,



Poprzestanie na kryterium adekwatnego związku przyczynowego dla odpowiedzialności zwierzchnika nadmiernie ją rozszerza.

nięciu w tym rozumowaniu prawdopodobieństwa. Adekwatne są te następstwa, których prawdopodobieństwo wystąpienia jest podwyższane przez wystąpienie zgeneralizowanej przyczyny. Chodzi jednak o występujące „na ogół” podwyższenie prawdopodobieństwa skutku szkodowego, a nie występujące na ogół skutek.

10.

Poprzestanie na kryterium adekwatnego związku przyczynowego dla odpowiedzialności zwierzchnika nadmiernie ją rozszerza. Każdorazowo bowiem stosunek podporządkowania w jakimś stopniu podwyższa prawdopodobieństwo wystąpienia skutku szkodowego. Jest tak dlatego, że eksces sprawcy, polegający na popełnieniu deliktu przy okazji wykonywania powierzonych czynności, czasem się zdarza, towarzysząc temu wykonywaniu. Tak właśnie ocenimy normalność kradzieży dokonywanych przez elektromonterów w mieszkaniach klientów elektrowni. Podobnie uznamy co do czynów pedofilskich osób duchownych, kierowanych do duszpasterstwa czy nauczania religii³¹.

ale w tle tego stwierdzenia tkwi niedopowiedziane powiązanie kauzalne (przynajmniej według związku obiektywnego, czyli ustalanego za pomocą testu *conditio sine qua non*) nawiązania znajomości z czynami pedofilskimi. Wywołanie zaufania zewnętrznymi atrybutami, takimi jak habit³² i koloratka, nie jest chyba równoznaczne z czynami pedofilskimi. Tymczasem kościelne osoby prawne zostały pozwane za czyny pedofilskie, a nie za zezwolenie na posługiwanie się przez sprawcę strojem duchownym.

Nauka o adekwatnym związku przyczynowym zna konstrukcję jego przechodniości. Jej zastosowanie do konkretnego przypadku oznaczałoby, że kościelna osoba prawna, kierując do nauczania religii, stworzyła warunki do popełnienia czynów pedofilskich. Czy jed-

czynnościami „wchodzącymi w zakres profesji duchownego (tj. udzielanie powódce pomocy w takim charakterze) a wyrządzoną jej szkodą... nie budzi wątpliwości” – unormowań k.p.k. dotyczących karalności wykorzystania seksualnego przez duchownego osoby małoletniej. Okoliczność należąca do sfery najszerzej rozumianej (bo z uwzględnieniem k.p.k.) bezprawności nie wpływa na ocenę adekwatności relacji kauzalnych.

30 Por. M. Kaliński, *O normalności powiązań kauzalnych*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 11–12, s. 25 i n.

31 Dlatego nie rozumiem przywołania przez SN – na poparcie twierdzenia, iż adekwatny związek przyczynowy między

32 Jest to pojęcie zaczerpnięte z uzasadnienia wyroku. W zgro madzeniu zakonnym, którego jednostki zostały pozwane, nie nosi się habitów, lecz sutanny.

nak za samo takie skierowanie powinniśmy nakładać odpowiedzialność na zwierzchnika? Czy – *mutatis mutandis* – samo (skonkretyzowane treściowo) skierowanie montera do naprawy instalacji elektrycznej w mieszkaniach klientów elektrowni, jako tworzące sposobność do dokonywania kradzieży, uzasadnia odpowiedzialność elektrowni za te kradzieże? Nie wydaje mi się, żeby współgrało to z ideą odpowiedzialności za podwładnego. Rozciąga bowiem tę odpowiedzialność na wszystkie czyny podwładnego pozostające w związku adekwatnym, a w uproszczeniu – w związku typu *conditio sine qua non* z powierzeniem. Ujawnia się tu istotna cecha adekwatności: w pewnych przy-

ję, gdy podwładny ma np. zwierzchnika zakonnego, a oprócz tego – w zakresie nauczania religii, niebędącego zajęciem związanym ze zgromadzeniem (zakonem), do którego należy – zwierzchnika diecezjalnego. Czy w takiej sytuacji między diecezją i domem zakonnym, względnie samym zakonem, zachodziłaby solidarność dłużników? Na to pytanie próżno szukać odpowiedzi w uzasadnieniu wyroku SN.

Powraca tu kwestia braku powierzenia sprawcy przez pozwane domy zakonne takich czynności, w których SN upatruje „przyczyny” czynów pedofilskich. Obawiam się, że bardzo trudno je wskazać. W każdym razie, mimo ogromnych rozmiarów uzasadnie-



Gdyby chcieć obciążyć kościelną osobę prawną odpowiedzialnością w związku z powierzeniem nauczania religii, byłaby to inna osoba niż pozwane w sprawie domy zakonne zgromadzenia.

padkach między adekwatnością a uwarunkowaniem (to znaczy związkiem typu *conditio sine qua non*) nie ma praktycznej różnicy³³. Ponownie podniesienia wymaga, że gdyby chcieć obciążyć kościelną osobę prawną odpowiedzialnością w związku z powierzeniem nauczania religii, byłaby to inna osoba niż pozwane w sprawie domy zakonne zgromadzenia. Jeżeli nawet przyjąć – *posito sed non concessio* – rozumowanie SN, to mogłoby ono zostać zastosowane tylko względem diecezji, a przecież nie ona była pozwana.

11.

Dochodzimy tu do potrzeby każdorazowego określenia przedmiotu powierzenia. Podwładny może pozostawać w stosunkach podporządkowania wobec kilku zwierzchników. Nie chodzi mi przy tym o kilku zwierzchników w ramach jednego zakresu podporządkowania, gdyż ten przypadek został wskazany w samym orzeczeniu. Przeciwnie, mam na myśli sytu-

nia, nie znajdziemy w nim rozstrzygnięcia tej istotnej wątpliwości. W przypadku powierzenia nauczania religii sprawa jest jasna. Natomiast samo podporządkowanie władzy zakonnej, to znaczy przeorowi (ihumenowi) konkretnego klasztoru, to jeszcze za mało, aby uruchomić odpowiedzialność za powierzenie – *verba legis* – wykonania *czynności* osobie, która przy wykonywaniu *tej czynności* podlega jego kierownictwu. Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że to pomoc powódce podejmowana przez sprawcę była czynnością powierzoną. Trudno jednak ustalić, kiedy i przez kogo powierzona. Udzielanie pomocy nie należy do funkcji *stricte* kapłańskich. Może go dokonać ktokolwiek. Do księdza natomiast należy – o czym już była mowa – sprawowanie kultu i uświęcanie ludu oraz głoszenie Ewangelii. Z pewnością powierzenie nie obejmuje czynów pedofilskich. Podzielam pogląd, iż „trudno uznawać, że czyny tego rodzaju mogą stanowić wypełnianie misji religijnej”³⁴.

33 K. Krupa-Lipińska, *Związek...*, s. 437.

34 E. Łętowska, *Odpowiedzialność „za: księży...”, s. 302.*

12.

Z wyroku wynika, że w istocie w miarę ściśle określenie powierzzonej czynności jest zbędne do nałożenia odpowiedzialności za podwładnego. Wydaje się, że mamy tu do czynienia z wykreowaniem swoistej odpowiedzialności gwarancyjnej za wszelkie czyny podwładnego pozostające w adekwatnym związku przyczynowym z nawiązaniem i istnieniem stosunku podporządkowania.

Wyrok próbuje uczynić z dopuszczenia do wykonywania funkcji kapłana (przede wszystkim w wyniku święceń) pozór oznaczenia czynności powierzzonej. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że gdyby w ogóle dopuścić odpowiedzialność z tytułu wyświęcenia księdza zakonnego, powinien ponosić ją osobiście – nie jako diecezja – przede wszystkim biskup, który udzielił święceń oraz rektor seminarium solidarnie z samym seminarium³⁵. Ogranicza się to do przypadków, gdy wiedzieli oni o skłonnościach alumna. Nie byłaby to jednak odpowiedzialność za podwładnego (por. pkt 18).

13.

Zabieg podjęty przez Sąd Najwyższy służy przyjęciu, że ze względu na powierzenie „funkcji” kapłańskich, zakres tego powierzenia jest nieograniczony czasowo i funkcjonalnie. W uproszczeniu: ksiądz zawsze jest na służbie³⁶. Co do kryterium czasu, można się z nim zgodzić. Natomiast kryterium funkcjonalne przez protagonistów szerokiej odpowiedzialności kościelnych osób prawnych z art. 430 k.c. jest rozumiane ekstensywnie – jako obejmujące wszelkie aktywności duchownego.

Z takim stawianiem sprawy nie mogę się zgodzić. Ksiądz może „zawsze” jest na służbie w tym sensie, że jego posługa nie podlega ograniczeniom czasowym. Natomiast nie każda czynność księdza (w szczególności księdza zakonnego) stanowi czynność kapłańską. W szczególności nie należy do nich nauczanie religii,

które przecież często jest wykonywane przez osoby świeckie, a o ich powierzeniu decyduje wykształcenie, a nie przyjęcie święceń. Innymi słowy nauczanie religii stanowi czynność powierzoną, ale odpowiada za nią ten, kto dokonał powierzenia. W obecnym stanie prawnym jest to ordynariusz miejsca (por. wspomniany już kan. 805 k.p.k.), a nie przełożony domu zakonnego. Jeżeli dana czynność nie mieściła się w zakresie powierzenia, trudno chyba przyjąć, że podwładny podlegał co do niej zwierzchnictwu. Skoro zaś nie podlegał zwierzchnictwu, to nie widzę powodów do nakładania odpowiedzialności na zwierzchnika.

Wśród osób niezbyt zaznajomionych z mechanizmami działania duchowieństwa panuje przekonanie, że duchowni są „zespoleni” z władzą diecezjalną czy zakonną w tym sensie, że władza ta decyduje, a przynajmniej wie o każdym ich kroku. Opiera się ono na kontrfaktycznym założeniu, iż przyrzeczenie posłuszeństwa³⁷ oznacza całkowite podporządkowanie wszystkich podejmowanych czynności dnia codziennego władzy kościelnej. Byłoby to swoiste ograniczenie wolności, które w rzeczywistości nie występuje. W każdym razie – niezależnie od konieczności doprecyzowania zakresu powierzenia, o którym już wspomniano – za czynności powierzone trudno uznać wszystkie elementy życia takiej osoby. Obciążenie zwierzchnika odpowiedzialnością za jej czyny wykraczałoby poza rację uzasadniającą obowiązywanie art. 430 k.c. Korzyści, które kościelna osoba prawna może uzyskiwać z działalności podwładnego duchownego, choćby niemajątkowe (jak trafnie zauważył SN), czyli m.in. organizacyjne itp., nie obejmują wszystkich jego czynów. Wchodzą tu w rachubę tylko te czyny, które należą do sfery sprawowania kultu, uświęcania ludu i przepowiadania Ewangelii, ogólniej biorąc, „powierzone” czynności duszpasterskie. Duchowny w kawiarni, na wakacjach czy w sklepie nie jest podwładnym, bo te czynności nie zostały mu powierzone.

To samo dotyczy czynów pedofilskich. Odmiennea ocena mogłaby dotyczyć hipotetycznej sytuacji, gdyby tak jak w k.k. z 1969 r. udzielenie sakramentu mał-

35 W przypadku seminariów zakonnych odpowiedzialność odszkodowawcza wchodzi w rachubę pod warunkiem, że dane seminarium ma – zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 10 ustawy z 7.04.1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej – charakter samoistny.

36 Tego obrazowego pojęcia użyła E. Łętowska, *Odpowiedzialność...*, s. 307.

37 W czasie święceń kapłańskich wyświęcany składa przyrzeczenie posłuszeństwa ordynariuszowi diecezji, dla której jest wyświęcany oraz jego następcom (kan. 273 k.p.k.). Dalej idzie ślub posłuszeństwa, składany przez zakonników.

żeństwa przed ślubem cywilnym stanowiło przestępstwo. Ponieważ czynność ta mieściłaby się w zakresie powierzonych zadań, poszukując ewentualnej odpowiedzialności cywilnej można by zwrócić się – właśnie na podstawie art. 430 k.c. – także przeciw diecezji w przypadku księży diecezjalnych lub przeciw zgromadzeniu zakonnemu w przypadku księży zakonnych.

14.

Analiza początkowego fragmentu art. 430 k.c. uzmysławia jeszcze jedną istotną okoliczność. Związek frazeologiczny „przy wykonywaniu” występuje w tym przepisie dwukrotnie³⁸, a pojęcie czynności (powierzanej) – trzy razy. Jest rzeczą charakterystyczną, że SN nie podjął próby wykładni pojęcia „przy wykonywaniu” w jego pierwszym zastosowaniu w analizowanej regulacji. Czyżby w każdym przypadku „przy wykonywaniu” miało znaczyć coś innego? Przecież przepis nieprzypadkowo zaznacza, że podwładny ma

słowy, ponieważ zgromadzenie zakonne nie interesowało się sytuacją pokrzywdzonej, zadośćuczynienie musi być wyższe. Można by się z tym zgodzić, o ile oczywiście zgromadzeniu (a ściślej – jego pozwanym jednostkom) dałoby się przypisać odpowiedzialność, co jednak właśnie nasuwa wątpliwości. Skoro i dzisiaj są one usprawiedliwione, nie jestem przekonany czy tak surowa ocena zachowania organów pozwanych domów zakonnych była trafna.

Z kolei przy rozpoznaniu apelacji przyjęto, iż art. 430 k.c. pełni funkcję gwarancyjną, ponieważ sprawca z racji ślubów zakonnych nie ma majątku. Gdyby rzeczywiście honorować takie rozumowanie, byłoby to jawne pogwałcenie zasady równości. Kościelne osoby prawne odpowiadałyby bowiem za podwładnych na ostrzejszych zasadach niż inne podmioty i to bez wyraźnej podstawy tego rodzaju dyferencjacji. Niczego nie zmienia tu wyraźna deklaracja Sądu Apelacyjnego, iż odpowiedzialność kościelnej osoby



Duchowny w kawiarni, na wakacjach czy w sklepie nie jest podwładnym, bo te czynności nie zostały mu powierzone.

podlegać zwierzchnictwu przy wykonywaniu tej czynności, a nie innych. Sądzę, że wykładnia powinna być jednolita. Gdyby jednak przyjąć odmienne rozumienia, czyli w pierwszym użyciu odczytywać to sformułowanie wąsko, a w drugim szeroko, jak to uczynił SN, byłby to dowód wadliwości omawianego orzeczenia.

15.

Nałożeniu odpowiedzialności przez sąd I instancji na kościelne osoby prawne towarzyszyło zaznaczenie, że jej rozmiar – w związku z rzekomo represyjną funkcją zadośćuczynienia – powinien uwzględniać fakt, iż sprawca przyznał się przełożonym do popełnionych czynów już podczas pierwszej ich wizyty w areszcie. Kwestię tę przypomniał także SN. Innymi

prawnej nie różni się od odpowiedzialności innych kategorii (tzn. niekościelnych) osób prawnych. Pełni ona rolę wyłącznie ozdobnika, mającego za fałszować rzeczywiste ułożenie stosunków odpowiedzialności odszkodowawczej. W takim stawianiu sprawy dostrzegam również realizację idei ukrytej represji. Należałoby zarazem oczekiwać, że w razie gwałtu dokonanego przez montera na klientce elektrowni – przy okazji naprawy gniazdka elektrycznego – Sąd Najwyższy także uzna, że miała ona jednak miejsce przy wykonywaniu powierzonej przez zwierzchnika czynności, skoro możliwości płatnicze elektrowni są znacznie wyższe niż montera.

Należy zatem liczyć się z ukształtowaniem przez judykaturę – a to będzie wymagać obserwacji przyszłej linii orzeczniczej SN – nowej normy spoza prawa pisanego. Polegałaby ona na uznaniu, iż funkcja „gwa-

38 A. Rembieliński, *Zakres...*, s. 55.

rancyjna” pozwala sięgać do majątków wypłacalnych zwierzchników każdego rodzaju (np. pracodawców w przypadku czynów pedofilskich popełnionych przez nauczycieli czy Skarbu Państwa w przypadku takich czynów popełnionych przez żołnierzy), bez względu na ewentualne niespełnienie przesłanki popełnienia czynu „przy wykonywaniu” powierzonej czynności.

16.

Sąd Najwyższy przytoczył ogólny motyw nałożenia odpowiedzialności na zwierzchnika. Stanowi go korzyść – choćby niemajątkowa – z działalności podwładnego. Tak ogólnie ujęta *ratio legis* jest oczywiście prawdziwa, ale nie przesądza o zasięgu odpowiedzialności zwierzchnika w relacji do zakresu powierzonych czynności. Skłania jednak raczej do wniosku przeciwnego od przyjętego przez SN, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę, że powierzenie następuje na własny rachunek powierzającego. Gdy zatem podwładny działa na rachunek własny, dla siebie, brak

Skarbu Państwa z 15.02.1971 r.⁴⁰ Rzekomo przyjęto tam, iż „jeśli sprawca działał w celu osobistym, lecz wykonywanie czynności służbowej umożliwiło mu wyrządzenie tej szkody, to zaistniała sytuacja należy ocenić jako spełniającą przesłankę wyrządzenia szkody przez podwładnego przy wykonywaniu powierzonej czynności (por. uchwała pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 15 lutego 1971 r. ...).” Celowo przytoczyłem *in extenso* ten fragment, aby wykazać, że pogląd zawarty w wyroku SN wcale nie znajduje potwierdzenia w treści uchwały. Być może użycie formuły „por.” usprawiedliwia pominięcie zasadniczego zastrzeżenia, poczynionego przed 50 laty⁴¹.

Przywołany w wyroku cytat rzeczywiście znajduje się w uchwale, ale wprost napisano w niej, że szerokie rozumienie sformułowania „przy wykonywaniu” jest uzasadnione na gruncie art. 417 k.c. przymusowym charakterem wykonywanej czynności i niemożnością przeciwstawienia się przez obywatela nadużyciu funkcjonariusza państwowego. Jako przykład wskazano

Gdy podwładny działa na rachunek własny, dla siebie, brak racji dla odpowiedzialności zwierzchnika.

racji dla odpowiedzialności zwierzchnika³⁹. Dotyczyłoby to właśnie czynności pedofilskich czy w ogóle szerzej przestępstw seksualnych dokonywanych przez podwładnych.

Wydaje się, że w analizowanym wyroku rozróżnienie na wyrządzenie szkody przy wykonywaniu oraz wyrządzenie jej przy sposobności stworzonej przez wykonywanie, względnie przy okazji wykonywania, zostało ostatecznie zaaprobowane (por. pkt 5 wyżej). Żeby jednak uzasadnić odstąpienie od niego – być może tylko na użytek odpowiedzialności kościelnej osoby prawnej – w kierunku objęcia odpowiedzialnością zwierzchnika czynów popełnionych przy okazji wykonywania, SN przywołuje zapatrywanie wyrażone w powszechnie znanej starszemu pokoleniu prawników uchwale – wytycznych ws. odpowiedzialności

wówczas kradzież przedmiotu należącego do dłużnika przez funkcjonariusza przeprowadzającego egzekucję⁴².

Z takim przymusem nie mamy do czynienia w przypadku powiązań religijnych⁴³. Kościelne osoby prawne nie są bowiem zasadniczo dysponentami władzy publicznej. Autorytet duchownego, który może rzeczywi-

39 A. RembIELiński, op. cit., s. 55 i n.

40 III CZP 33/70, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1971, nr 4, poz. 59.

41 Pomija je również M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna Kościoła...*, s. 15 i n. Zwraca natomiast na nie uwagę A. RembIELiński, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 50; por. też Z.K. Nowakowski, Glosa do wyr. SN z 24.02.1965 r., II PR 4/65, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1966, nr 7–8, poz. 165.

42 Jeżeli będziemy się posługiwać tego rodzaju metodami, wykreujemy orzecznictwo „równoległe” do rzeczywistego.

43 Trafnie A. Sieczych, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 75 i n.

ście czasem stworzyć sposobność do tak obrzydliwych zachowań, nie wynika z władzy publicznej, którą on piastuje⁴⁴, i za którą idzie szeroko rozumiany przymus egzekucyjny. Zasada się natomiast na dobrowolnym systemie wierzeń, czyli pochodzi ze sfery wewnętrznych przekonań każdego człowieka. Wobec tego nie można stawiać znaku równości między relacją obywatela z policjantem czy komornikiem i wiernego z duchownym. Druga wymyka się w ogóle z jakiegokolwiek przymusu charakterystycznego dla władzy, skoro działalność trybunałów inkwizycyjnych należy już szczęśliwie do przeszłości. Czynności pedofilskie nie dokonują się z zastosowaniem tego rodzaju przymusu, jakim dysponowali funkcjonariusze MO czy komornicy w okresie PRL (i który byłby uprawniony i obecnie).

Ze wskazanego względu zachodzi zatem zasadnicza *differentia specifica* między policjantem i księdzem, którzy jednakowo są „zawsze” na służbie⁴⁵. Szkoda, że nie została ona poddana analizie przez SN. Już od czasów Polski Ludowej⁴⁶ postępuje obiektywizacja odpowiedzialności Skarbu Państwa służąca poszkodowanym, trafnie skonstatowana w nauce prawa⁴⁷. Dokonującej się od lat 90. XX w. prywatyzacji zadań publicznych, w której w sferach usług ochrony zdrowia czy szkolnictwa uczestniczy Kościół katolicki⁴⁸, nie towarzyszy jednak ustanowienie szczególnego reżimu odpowiedzialności⁴⁹. Ten udział na ogół zresztą pozo-

staje bez związku z czynami pedofilskimi. Oprócz tego można wskazać pewne przestrzenie⁵⁰, w których Kościół wykonuje władzę publiczną *sensu stricto*, ale nie stanowią one przedmiotu niniejszych uwag.

17.

Oceny roszczenia nie powinna negatywnie przesądzać weryfikacja tego, czy poszkodowana nie miała podstawy wierzyć, że podwładny działa na rzecz zwierzchnika. Stanowisko orzecznictwa francuskiego, które w razie odpowiedzi pozytywnej⁵¹ wyłącza odpowiedzialność, w mojej ocenie jest zbyt rygorystyczne⁵². Widać to zwłaszcza w przypadkach, gdy ofiarą pedofilii pada osoba upośledzona umysłowo.

18.

Z uzasadnienia dowiadujemy się, że przełożony jest uprawniony i obowiązany do „nadzoru podwładnego”. Sąd Najwyższy formułuje też wskazówki co do treści tego obowiązku. Niestety nie znajdują one podstaw w prawie powszechnie obowiązującym. Pogląd o obowiązku nadzoru nie mógłby się bronić nawet w razie uznania przez SN – ze względu na autonomię związków wyznaniowych wskazaną w art. 25 ust. 3 Konstytucji – że wymagania kanoniczne powinny być traktowane jak statut kościelnej osoby prawnej. Jestem zwolennikiem takiej wykładni, ale między statutem a prawem powszechnie obowiązującym zachodzą różnice konstrukcyjne. W kontekście omawianego orzeczenia najbardziej istotne pozostaje, w jakiego rodzaju normach prawnych SN dopatruje się źródła takiego obowiązku. Niestety nie znajdziemy rozwiązania tej kwestii w uzasadnieniu.

W piśmiennictwie zgłoszono propozycję, aby kościelna osoba prawna ponosiła deliktową odpowiedzialność za czyn własny (czyli na podstawie art. 416 k.c.) w postaci braku nadzoru⁵³. Za takim rozwiązaniem – zdaniem SN – miałoby przemawiać naruszenie obowiązku podejmowania aktów staranności w wykona-

44 Przyjmowania publicznych urzędów, z którymi łączy się udział w wykonywaniu władzy świeckiej, zabrania kategorycznie kan. 285 § 3 k.p.k.

45 W tym zakresie nie przekonuje mnie stanowisko E. Łętowskiej, *Odpowiedzialność Kościoła za szkody wyrządzone przez księży*, s. 19, która zrównuje księdza z policjantem.

46 Której początek miał miejsce w latach 70. XX w., kiedy przyjęto winę anonimową oraz – w 1980 r. – odpowiedzialność obiektywną w art. 160 KPA.

47 E. Łętowska, *Odpowiedzialność „za” księży...*, s. 298.

48 E. Łętowska, *Odpowiedzialność Kościoła...*, s. 12, s. 14.

49 Co E. Łętowska uznaje za anachroniczne, op. cit., s. 14, por. też s. 15 („ahistoryczne ujęcie”). Nie podzielam entuzjazmu Autorki do budowania analogii w ułożeniu odpowiedzialności Kościoła z mechanizmem odpowiedzialności władzy publicznej, skoro ta władza odpowiada na szczególnych zasadach tylko w zakresie imperium, którego Kościół zasadniczo nie wykonuje.

50 Mam na myśli częściowe zastępowanie przez duchownych urzędników stanu cywilnego.

51 Na pytanie z przeczeniem.

52 Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu...*; tenże, *Odpowiedzialność cywilna Kościoła...*, s. 15.

53 E. Łętowska, *Odpowiedzialność „za” księży...*, s. 304 i n.

niu kan. 381 i 368 k.p.k. Oznaczałoby to wyniesienie przepisów kanonicznych do rangi prawa powszechnie obowiązującego. Tego zaś nie zakładają nawet najwięksi zwolennicy legitymizacji tych unormowań na forum świeckim. Prócz tego wskazać trzeba, że z powołanych dwóch kanonów bynajmniej nie wynika to, co dostrzegł w nich Sąd Najwyższy. Jeżeli można się dopatrywać kompetencji do nadzoru, to jej źródłem byłby raczej kan. 384 k.p.k. („troszczyć się o to, aby wypełniali właściwe ich stanowi obowiązki” – dotyczy to zwłaszcza obowiązków z kan. 277)⁵⁴.

Skoro SN honoruje normy prawa kanonicznego i wywodzi z nich powinności o charakterze powszechnie obowiązującym, to szkoda, że nie wyjaśnia zarazem podstaw tego obowiązkiwania. Byłoby to szczególnie pożyteczne. W nauce prawa wyznaniowego wyrażono jeszcze w okresie PRL pogląd, iż „normy prawa kanonicznego nie wywołują skutków w państwowym porządku prawnym”⁵⁵. Uzasadniano to wówczas autonomią prawodawcy kościelnego. Dziś być może zasada ta nie obowiązuje, wbrew art. 25 ust. 3 Konstytucji.

Niezależnie od powyższych zastrzeżeń, idea nadzoru nasuwa także wątpliwość co do jego powinowego zakresu. Jeżeli miałby on obejmować całe życie duchownego, wymagałoby to szczególnie silnej podstawy normatywnej, gdyż prowadziłoby do swoistego ograniczenia jego wolności. Na razie taka podstawa nie została wskazana. Nadzór w moim przekonaniu powinien, w odniesieniu do duchownego, obejmować wykonywanie powierzonych czynności, czyli duszpasterstwo, nie zaś sferę życia seksualnego czy – ogólniej – spędzanie czasu wolnego od obowiązków.

Odpowiedzialność kościelnej osoby prawnej za czyn własny, to znaczy na podstawie art. 416 k.c., bywa rozważana przez piśmiennictwo także w związku

z ułatwieniem sprawcy wyrządzenia szkody przez powierzenie mu zajęć wiążących się z zaufaniem społecznym⁵⁶. Samo bierne ułatwienie organizacyjne czy stworzenie warunków to chyba jednak za mało, żeby nakładać odpowiedzialność na podstawie art. 416 k.c. Jest tak dlatego, że z form zjawiskowych należy tu brać pod uwagę – do przypisania zwierzchnikowi, czyli kościelnej osobie prawnej – przede wszystkim pomocnictwo. Wchodzący w rachubę – w związku z art. 416 k.c. – art. 422 k.c., nakładający odpowiedzialność na pomocnika, do jej powstania wymaga winy umyślnej⁵⁷. Przedmiotem winy jest w szczególności także bezprawność⁵⁸ czynu bezpośredniego sprawcy, któremu się pomaga. Za takie pomocnictwo można uznać niereagowanie przez organy kościelnej osoby prawnej na wiarygodne doniesienia o czynnościach seksualnych podwładnego z małoletnimi czy też reagowanie nieodpowiednie, np. przez przenoszenie do innej parafii⁵⁹. Będzie to jednak pomocnictwo do kolejnych czynów pedofilskich, a nie do tego, który już się dokonał przed powzięciem wiadomości przez organ, chyba że sprawca jeszcze przed popełnieniem

56 E. Łętowska, *Odpowiedzialność Kościoła...*, s. 18; A. Wilk, *Glosa...*, s. 57.

57 Z. Banaszczyk, *Kodeks cywilny. Komentarz* (w:) K. Pietrzykowski (red.), t. I, Warszawa 2020, s. 1529, nb. 13; J. Kondek (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA, Warszawa 2017, s. 597 i n. Tu zachodzi zasadnicza różnica co do skutków w porównaniu z koncepcją E. Łętowskiej, ibidem, która nie wymaga kwalifikowanej winy, lecz obciąża osobę prawną odpowiedzialnością za skutek. Logiczne jest, że dlatego Autorka „woli” art. 430 k.c., chociaż moim zdaniem stworzenie warunków bardziej odpowiada pomocnictwu.

58 Kwestia łączy się w pewien sposób – choć dość luźno – z przyjmowaną w prawie polskim teorią winy, zob. szerzej S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 485 i n. Osiągnięcia nauki prawa karnego muszą być wykorzystane przez cywilistykę, gdyż w Polsce nie doszła ona jeszcze do jasnego określenia przedmiotu winy w relacji do bezprawności w zakresie ewentualnego wymagania od sprawcy świadomości bezprawności. Istniejące opracowania koncentrują się bowiem co do winy na stosunku sprawcy do czynu, a nie na tym, czy ten stosunek ma także obejmować bezprawność.

59 A. Siczach, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 74.

54 J. Renken (w:) J. Beal, J. Coriden, T. Green (red.), *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York 2000, s. 522, przyp. 97. Kwestia jest jednak dyskusyjna, gdyż J. Luís Gutiérrez (w:) P. Majer (red.), *Kodeks prawa kanonicznego*, Kraków 2011, s. 350 właśnie kan. 277 pomija w odesłaniu do kanonów o obowiązkach prezbiterów. Z pewnością natomiast kan. 384 nie obejmuje władzy biskupa prezbiterów zakonnych.

55 M. Pietrzak, *Prawo kanoniczne a państwowy porządek prawny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, nr 3, s. 18.

tę czynu wiedział o tym, iż organ udzieli mu tego rodzaju „pomocy”⁶⁰.

Nie daje się tu natomiast zastosować art. 430 k.c.⁶¹ Gdy chodzi o rzekomy obowiązek nadzoru i bardziej starannego dobierania podwładnych, nie ma on żadnego znaczenia w ramach tego przepisu. Zadośćuczynienie tym wymaganiom nie zwalnia bowiem z odpowiedzialności. Innymi słowy, odpowiedzialność ta powstaje tak samo, gdy nadzór był wykonywany, jak i gdy go nie było⁶². Nie chodzi tu przecież o winę w nadzorze. Prawo polskie nie poszło bowiem drogą, jaką przyjął ustawodawca niemiecki w § 831 k.c.n. Mieszczące się tam domniemanie winy przełożonego angażuje oceny subiektywne, ale na to nie ma miejsca na gruncie art. 430 k.c.⁶³

uwagi SN kończą się podsumowaniem, iż nadzór nad sprawcą w ogóle nie był sprawowany. Można odnieść wrażenie, że jest to chwyt retoryczny, który ma na celu moralne usprawiedliwienie wyroku. Wprawdzie nadzór nie był wykonywany (choć nie musiał), ale ponieważ jego wykonywanie być może uchroniłoby powódkę przed doznaniami uszczerbków, można obciążyć nadzorcę odpowiedzialnością za te uszczerbki na podstawie art. 430 k.c. To rozumowanie w zupełności nie przekonuje.

19.

Oprócz tego SN rozważał – chociaż nie było ono pozwane w sprawie – odpowiedzialność seminarium duchownego na podstawie art. 416 k.c. Można się



Przesłanką zastosowania art. 430 k.c. nie jest faktyczny brak sprawowania przez zwierzchnika nadzoru nad podwładnym.

Sięgnięcie do idei nadzoru nasuwa skojarzenie z art. 427 zd. 1 k.c. Tyle że w tym przepisie jest mowa o osobie pod nadzorem niezdolnej do winy. Nie zachodzą zatem żadne podstawy do analogii. Ostatecznie SN sam dochodzi do podobnego wniosku, twierdząc, że przesłanką zastosowania art. 430 k.c. nie jest faktyczny brak sprawowania przez zwierzchnika nadzoru nad podwładnym. Czemu wobec tego miał służyć wywód o nadzorze? To z uzasadnienia nie wynika, chociaż

hipotetycznie zgodzić z wywodem, w którym upatruje się winy w dopuszczeniu do święceń osoby, co do której dopuszczający wiedział, że ma pedofilskie skłonności czy wręcz, że dopuszczała się pedofilskich czynów⁶⁴. Z pewnością nie istnieje jednak wynikający z prawa świeckiego obowiązek zbadania tej kwestii w ramach formacji seminaryjnej. Sąd Najwyższy czyni zastrzeżenie możliwości wykrycia takich skłonności, co oczywiście kieruje ku zagadnieniu winy, a w tych ramach zwłaszcza bezprawności, która nasuwać może największe wątpliwości.

Wspomniana już zasada równości nakazuje stosowanie takich samych wymagań pod adresem kształcenia także przedstawicieli innych profesji pod kątem skłonności pedofilskich. Tylko tego rodzaju równość

60 A. Wilk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez ukrywanie cudzych przestępstw seksualnych na podstawie art. 415 i 416 k.c.*, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 11, s. 594, przyp. 27.

61 W tym jednak kierunku por.: E. Łętowska, *Odpowiedzialność Kościoła...*, s. 18.

62 Wyr. SN z 25.11.2005 r., V CK 396/05, PB 2006, nr 11, s. 16; wyr. SA w Szczecinie z 28.02.2017 r., I ACa 827/16, Lex; wyr. SA w Szczecinie z 23.12.2016 r., I ACa 251/16, Lex; wyr. SA w Szczecinie z 30.11.2016 r., I ACa 495/16, Lex; wyr. SA w Szczecinie z 9.07.2015 r., I ACa 227/15, Lex.

63 Przekonująco A. Rembieliński, *Zakres...*, s. 50.

64 M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna Kościoła...*, s. 17, uznaje za właściwe stosowanie do tych przypadków art. 429 k.c. Wiedza o skłonnościach nie powinna raczej konstytuować winy, jeżeli nie towarzyszyła jej wiedza o ich realizacji.

wymagań dowiedzie, że chodzi wyłącznie o dobro dotkliwie zranionych ofiar ohydnego proceduru pedofilii, a nie o wybiórcze nałożenie odpowiedzialności na określoną grupę podmiotów, motywowane być może innymi względami niż tylko troska o poszkodowanych.

Rodzi się tu problem natury zupełnie zasadniczej – wytłumaczenia konstrukcji odpowiedzialności seminarium. Jeżeli ma ono odpowiadać za sprawstwo pośrednie, czyli stworzenie warunków sprawy bezpośredniemu, musi to chyba analogicznie dotyczyć także pozostałych kategorii takich sprawców pośrednich, kształcących adeptów innych zawodów łączących się z kontaktem z dziećmi (np. nauczycieli). Uzasadnienie kauzalne przemawiałoby za obciążeniem odpowiedzialnością w związku z przysposobieniem do nauki religii w razie wyrządzenia szkody przy

w warstwie podmiotowej, niż mogłoby się zdawać na podstawie pobieżnych uogólnień.

20.

W sytuacjach gdy poszkodowany pozostaje poddany władztwu zakładowemu, realizowanemu przez sprawcę (np. w szkole czy placówce opiekuńczej prowadzonej przez kościelną osobę prawną)⁶⁶, wchodzi w rachubę odpowiedzialność na podstawie art. 430 k.c. Wówczas związek funkcjonalny z powierzeniem czynności raczej będzie zachowany, a i łatwiej będzie można stwierdzić popełnienie omawianego tu deliktu przy wykonywaniu powierzonej czynności. Tyle że samo powierzenie nie dotyczy w tych przypadkach sfery działalności zastrzeżonych dla duchowieństwa. Dlatego nie wiązałbym takich sytuacji ze statusem sprawcy jako duchownego. Dokonać czynu pedofilskiego względem



Zasada równości nakazuje stosowanie takich samych wymagań pod adresem kształcenia także przedstawicieli innych profesji pod kątem skłonności pedofilskich.

wykonywaniu katechizacji. Ponownie zaznaczyć tu jednak trzeba, że kwalifikacje do nauczania religii⁶⁵ są pochodną wykształcenia teologicznego i misji kanonicznej, a nie święceń kapłańskich czy ślubów zakonnych. W rachubę w charakterze sprawców pośrednich wchodziłyby zatem podmioty kształcące w zakresie teologii (uczelnie) oraz ordynariusze (jako organy diecezji), dysponujący misją kanoniczną z kan. 805. W przypadku kształcenia teologicznego nie muszą to być – wbrew pozorom – seminaria duchowne, skoro przynajmniej w niektórych przypadkach alumni są studentami na wydziałach teologicznych, a do seminarium należy wówczas jedynie formacja duchowa. Sprawa jest zatem bardziej skomplikowana choćby

małoletniego podopiecznego poddanego władztwu zakładowemu – w ramach kościelnej osoby prawnej – może dokonać tak samo jego świecki opiekun, jak i duchowny. Wydaje się zaś, że skonstruowanie tu modelu, zgodnie z którym opiekun – tak świecki jak i duchowny – zawsze jest „na służbie”, może być trudne. Nie powinno to przeszkadzać w nałożeniu na podstawie art. 430 k.c. odpowiedzialności na zwierzchnika – tak będącego kościelną osobą prawną, jak i spoza tej sfery. Wykładnia przesłanki „przy wykonywaniu” – w związku z władztwem zakładowym – powinna być łagodniejsza niż w jego braku. Oczywiście nie oznacza to porzucenia rozróżnienia na czynności podjęte przy wykonywaniu i przy okazji wykonywania, a jedynie

⁶⁵ Co miałyby znaczenie w razie wyrządzenia szkody przy wykonywaniu katechizacji, co *per se* jest wątpliwe.

⁶⁶ Por. E. Łętowska, *Odpowiedzialność „za” księży...*, s. 307.

pewne przesunięcie granic w praktyce – w przypadkach władztwa zakładowego.

21.

Gdy chodzi o podstawę prawną odpowiedzialności osoby prawnej Kościoła katolickiego, SN dopuścił stosowanie zasadniczo art. 430 k.c., ale niekiedy – alternatywnie – również art. 429 k.c. Za drugim rozwiązaniem, jako wyjątkowym, muszą przemawiać – w ocenie SN – okoliczności wykonywania czynności powierzonej, polegające np. na wyjeździe na misje. Nie pozwalają one na podporządkowanie tak ścisłe, jak zakładane dla odpowiedzialności z art. 430 k.c., a także na wydawanie wiążących poleceń. Duchowny zakonny rzekomo dopiero wtedy uzyskuje faktyczną samodzielność.

W odniesieniu do tego poglądu stosują się wszystkie zastrzeżenia zgłoszone wyżej co do rozgraniczenia zakresu wykonywania powierzonej czynności oraz sfery czynów popełnianych przy okazji takiego wykonywania. Oprócz tego trzeba stwierdzić, że *criterium divisionis* ze stosowaniem unormowania art. 430 k.c. zostało dobrane przez SN całkiem dowolnie. Jest nim bowiem faktyczna możliwość efektywnego wykony-

22.

Omówione orzeczenie Sądu Najwyższego więcej zaciemnia, niż wyjaśnia. Nie jest ono z pewnością krokiem w stronę jednoznacznej i spójnej wykładni art. 429 i n k.c. W szczególności dotyczy to odróżnienia działań podejmowanych przy wykonywaniu powierzonej czynności oraz pozostałych.

Twierdzenie o wystarczającej roli adekwatnego związku przyczynowego prowadzi do objęcia odpowiedzialnością zwierzchnika w ramach art. 430 k.c. właściwie wszelkich ekscesów podwładnego, w jakikolwiek sposób związanych z wykonywaniem powierzonej czynności. W ocenie SN zawsze należy przyjmować, iż wyrządzenie szkody czynnością pedofilską duchownego dokonuje się przy wykonywaniu powierzonych czynności. Oznacza to wprowadzenie swoistej odpowiedzialności gwarancyjnej zwierzchnika i pomija dotychczas formułowane w orzecznictwie wymaganie, aby podwładny działał „w ogóle w ramach powierzonego mu zespołu (kategorii) czynności” (tzw. kryterium przedmiotowe). Pozwane domy zakonne nie powierzały sprawcy funkcji kapłańskich, nauczania religii czy pomocy powódce ani tym bardziej czynności pedofilskich.



Nawet przy najbardziej rozciągliwej wykładni nie każda czynność duchownego da się kwalifikować jako czynność kapłańska; w szczególności nie jest nią nauczanie religii w szkole.

wania nadzoru. Tymczasem dla art. 430 k.c. nadzór pozostaje bez znaczenia, o czym była już mowa. Można przekornie dopowiedzieć, że w takim razie należałoby doradzać kościelnym osobom prawnym wysyłanie na misje jak największej liczby duchownych, by w ten sposób przejść do stosowania nieco łagodniejszego modelu odpowiedzialności. Byłoby to jednak uzasadnione wyjściowym stosowaniem art. 430 k.c., do którego nie ma podstaw w tego rodzaju sytuacjach, poza przypadkami skrajnymi.

Określenie powierzonej czynności zostało przez SN zamazane w taki sposób, żeby trudno było dokonać oceny prawidłowości rozstrzygnięcia. Nawet przy najbardziej rozciągliwej wykładni nie każda czynność duchownego da się jednak kwalifikować jako czynność kapłańska; w szczególności nie jest nią nauczanie religii w szkole. W efekcie stanowiska SN trudno byłoby wskazać, które z zachowań duchownego nie idą na rachunek zwierzchnika. Wbrew twierdzeniom zawartym w wyroku, przykład z dachówką także

powinien zostać uznany za objęty odpowiedzialnością zwierzchnika.

W prawidłowym ujęciu może ona obejmować jedynie te działania podwładnego, które zmierzają do wykonania powierzzonej czynności. Operowanie tu kontrargumentem o możliwości popełnienia przez podwładnego deliktu z winy nieumyślnej jest nieporozumieniem. Jego czyn niedozwolony oczywiście może być popełniony i w ten sposób. Czym innym natomiast jest ocena, czy czyn ten podjęto w celu realizacji powierzonego zajęcia – w tym zakresie działania sprawcy muszą być ukierunkowane. Dlatego dopuszczam odpowiedzialność odszkodowawczą zwierzchnika w razie solicytacji (kan. 1387 k.p.k.). Nie prze-

normatywnych w obowiązującym prawie polskim; tym bardziej trudno ustalić jego zakres. Miałby on sens jedynie przy uznaniu, że normy kanoniczne stanowią część prawa powszechnie obowiązującego. Tymczasem w najlepszym razie można je uznać za rodzaj statutu, z którego nie wynikają – w razie jego naruszenia – żadne uprawnienia innych osób na gruncie prawa polskiego (wyjawszy przypadki wadliwych czynności prawnych).

Powierzenie zajęć wiążących się z zaufaniem, które mogłoby uzasadniać odpowiedzialność na podstawie art. 416 k.c. i nie jest podżeganiem, w zakresie form zawiaskowych musiałoby zostać uznane za pomocnictwo. Wymaga ono jednak winy umyślnej i to obejmującej



Obowiązek rzekomego nadzoru przełożonego nad podwładnym nie ma podstaw normatywnych w obowiązującym prawie polskim; tym bardziej trudno ustalić jego zakres.

konuje natomiast argument o funkcji gwarancyjnej art. 430 k.c. rozumianej w ten sposób, iż przepis ten ma ułatwiać – w sferze majątkowej – zaspokojenie poszkodowanego, jeżeli nie będzie on stosowany do zwierzchników wszystkich profesji.

Analogia do szerokiego ujmowania zakresu pojęcia „przy wykonywaniu”, przyjmowanego w orzecznictwie PRL co do odpowiedzialności Skarbu Państwa za funkcjonariuszy, nie jest zasadna. Dysponowali oni bowiem względem obywateli przymusem władzy publicznej, co generalnie nie zachodzi w przypadku duchownych.

Szerzej zakres powierzenia można i należy moim zdaniem ujmować w przypadkach łączących się z nadaniem zwierzchnikowi władztwa zakładowego. Ale wówczas – nawet w razie takiego powierzenia skierowanego do duchownego – nie będziemy mieć na ogół do czynienia ze zwierzchnikiem w postaci kościelnej osoby prawnej.

Formułowany przez SN obowiązek rzekomego nadzoru przełożonego nad podwładnym nie ma podstaw

świadomością pomocnika bezprawność czynu, w którym pomaga. Tak daleko idące kryteria spełniają, moim zdaniem, jedynie przenoszenie księży ze znanymi problemami pedofilskimi do innych placówek duszpasterskich, w których mogą mieć kontakt z dziećmi, oraz niereagowanie odpowiednimi zarządzeniami personalnymi na wiarygodne doniesienia ofiar.

Bibliografia

- Banaszczyk Z., *Kodeks cywilny. Komentarz* (w:) K. Pietrzykowski (red.), t. 1, Warszawa 2020.
- Kaliński M., *O normalności powizań kauzalnych*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 11–12, s. 25 i n.
- Kondek J. (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A, Warszawa 2017.
- Krupa-Lipińska K., *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020, s. 469–473.
- Longchamps de Bérier R., *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1934.

- Łętowska E., *Odpowiedzialność „za” księży – dyskusja ciągle nie-zakończona* (w:) W. Robaczyński (red.), *Czynić postęp w prawie*, Łódź 2017, s. 295–309.
- Machnikowski P., *Odpowiedzialność za podwładnego*, „Prawo” 2009, t. 108, 359–375.
- Pietrzak M., *Prawo kanoniczne a państwowy porządek prawny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, nr 3.
- Rembieliński A., *Zakres odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez podwładnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1970, t. 5, s. 47.
- Sieczych A., *Odpowiedzialność odszkodowawcza związków wyznaniowych za przestępstwa seksualne popełnione przez duchownych w USA i w Polsce (casus Kościoła katolickiego)*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 1, s. 65–77.
- Wilk A., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez ukrywanie cudzych przestępstw seksualnych na podstawie art. 415 i 416 k.c.*, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 11.
- Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017.

Esej Juliana a związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej

Na marginesie książki Wolfganga Ernsta Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon: Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts (Intersentia: Cambridge–Antwerp–Chicago 2019)



Grzegorz Blicharz

Doktor nauk prawnych, magister filozofii, adiunkt w Katedrze Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Wykładowca Uczelni Łazarskiego.

✉ grzegorz.blicharz@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0001-8221-8983>

Julian's Essay and Causation as a Premise for Liability for Damages

On the Margins of Wolfgang Ernst "Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon: Roman Legal Thought and Modern Concepts of Causality" (Intersentia: Cambridge–Antwerp–Chicago 2019)

Wolfgang Ernst performed a detailed analysis of the controversial opinion of the jurist Salvius Julian (D. 9,2,51). The way he has worked out the issue of the interpretation of the Julian passage leads to the conclusion that we are witnessing a novelty in the methodology of Roman law, also in terms of the way the content is presented. By means of a very systematic work on the previous reflections of Romanists, Ernst has established, admittedly on the basis of a very narrow example, how the number of people working on Roman law has increased, how the "geography" of the study of Roman law has developed. Today more people study Roman law than ever before in history.

Słowa kluczowe: Julian, wykładnia prawa, odpowiedzialność odszkodowawcza, związek przyczynowy, *lex Aquilia*, romanistyka
Key words: Julian, legal interpretation, liability for damages, causation, *lex Aquilia*, Roman law scholarship

[https://doi.org/10.32082/fp.1\(69\).2022.326](https://doi.org/10.32082/fp.1(69).2022.326)

1. Wstęp

Książkę Wolfganga Ernsta powinien przeczytać każdy prawnik, niezależnie od tego, czy zna prawo rzymskie, czy nie, i nawet jeśli argumentacja Ernsta go nie przekona. W recenzowanej książce Wolfgang Ernst na podstawie szczegółowej analizy kontrowersyjnej opinii jurysty Salwiusza Juliana (D. 9,2,51), stawia dwie śmiałe tezy dotyczące przesłanek odpowiedzialności deliktowej na podstawie pierwszego rozdziału *lex Aquilia*. Autor twierdzi, po pierwsze, że nie tylko Julian, lecz rzymscy juryści generalnie przy przypisywaniu odpowiedzialności nie zajmowali się ustalaniem związku przyczynowego, lecz dokonywali wykładni tekstu pierwszego rozdziału ustawy akwiliańskiej, a szczególnie kluczowego słowa „zabić” (*occidere*). Według autora ujmowali oni raczej przyczynę i skutek jako jedno zjawisko, które musi zostać „obejrzone” od początku do końca, aby prawnik mógł ocenić, czy ktoś „zabił”. Po drugie, wykazuje, że w przypadku analizowanym w eseju Juliana, gdy „ktoś zadał niewolnikowi śmiertelną ranę, a po pewnym czasie ktoś inny tak uderzył tego samego niewolnika, że poniósł śmierć wcześniej, niżby umarł od pierwszej rany”, Julian nie rozważa zagadnienia zbiegu przyczyn czy przerwania związku przyczynowego, tylko rozstrzyga pomiędzy dopuszczalnymi interpretacjami ustawy. Wedle Ernsta jurysta postępuje w zgodzie ze sztuką wykładni i poprawnie uznaje, że „każdy z nich zabił niewolnika, w różnych okolicznościach i w różnym czasie (*ex diversa causa et diversis temporibus*)”. Autor stroni jednak od wywodzenia wniosków na potrzeby współczesnej dyskusji wokół teorii przyczynowości, chociaż analizowane przez Ernsta opinie rzymskich jurystów natychmiast budzą skojarzenia ze stanami faktycznymi, które także dzisiaj stają się przedmiotem wielopiętrowych analiz przy ustalaniu związku przyczynowego. W moim przekonaniu Julian może nam jeszcze wiele powiedzieć, a przynajmniej tyle, że przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej jest także dzisiaj bardziej kwestią wykładni prawa niż ustalania związku przyczynowego. Opinia Juliana jest także małym esejem prawniczym, który wedle Ernsta przekazuje fundamentalne zasady wykładni prawa, bez wątpienia cały czas użyteczne w edukacji prawniczej. Sposób, w jaki Ernst opracował zagadnienie interpretacji opinii Juliana, jest

nowością w metodologii prawa rzymskiego, także jeśli chodzi o sposób prezentacji treści: autor przedstawia w najbardziej rozbudowanym drugim rozdziale (*Evidence*) niemal każdą próbę interpretacji fragmentu Juliana zaproponowaną od czasu glosatorów do dnia dzisiejszego. Dzięki bardzo systematycznej pracy nad dotychczasowymi refleksjami romanistów Ernst ustalił, co prawda na bardzo wąskim przykładzie, jak powiększała się liczba osób zajmujących się prawem rzymskim oraz jak kształtowała się „geografia” nauki prawa rzymskiego w ostatnich ośmiu wiekach. Dziś prawem rzymskim zajmuje się więcej osób niż kiedykolwiek w historii.

2. Esej Juliana – kontekst współczesny

Dogmatem prawa cywilnego jest twierdzenie, że „związek łączący zdarzenie, które uznajemy za przyczynę szkody, z jego skutkiem w dobrach poszkodowanego, tj. szkodą”¹ jest jedną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Także w nauce prawa rzymskiego powszechnie uznaje się, że jedną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie deliktu uregulowanego w *lex Aquilia* jest związek przyczynowy „między szkodą a działaniem sprawcy oraz jego winą”². W recenzowanej książce Ernst kwestionuje odwoływanie się do współczesnej koncepcji związku przyczynowego w celu analizowania przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie *lex Aquilia*. Zatem, wedle Ernsta, nie można przedstawiać opinii Juliana jako kontrowersyjnej, w której jurysta miałby porzucać teorię przyczynowości na rzecz rozstrzygnięć słusznosciowych, ponieważ związku przyczynowego w ogóle nie rozważał, a zatem zupełnie nie odnosił się do kwestii pozornego zbiegu przyczyn, który prowadziłby do przerwania związku przyczynowego (*nova causa interveniens*) albo kauzalności hipotetycznej (*causa superveniens*). Celem Wolfganga Ernsta jest odseparowanie analizy prawa rzymskiego od współczesnych dyskusji o teorii przyczynowości

1 M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 83.

2 W. Dajczak, *Zobowiązania* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 493–494.

i dlatego nie próbuje wykorzystać tekstu Juliana na potrzeby współczesnej dyskusji o przypisaniu odpowiedzialności odszkodowawczej. Tymczasem, jeśli przyjrzeć się argumentacji Juliana oraz alternatywnym stanom faktycznym, które są odróżniane przez rzymskich jurystów, dostrzega się podobieństwo z kasusami przedstawianymi w ramach dyskusji nad ustalaniem związku przyczynowego. Szczególnie warto zwrócić uwagę na sytuacje przedstawiane jako rzeczywisty zbieg przyczyn nazywany w doktrynie różnorodnie – przyczynowość konkurencyjna (alternatywna, kumulatywna, zapasowa), „oddziaływanie współprzyczyn na sferę dóbr poszkodowanego powinno pokrywać się czasowo” i „nie da się ustalić udziału kauzalnego poszczególnych przyczyn w jej powstaniu”³. Charakterystyczna dla tych sytuacji powinna być niepodzielność szkody oraz oddziaływanie w tym samym czasie na dobro. Efektem jest uznanie odpowiedzialności sprawców *in solidum*. W kasusie Juliana obaj sprawcy działają w innym czasie, lecz jeśli przyjrzeć się argumentacji Ernsta, okazuje się, że obie przyczyny działają od momentu zranienia do momentu skutku, a zatem istnieje zbieżność czasowa ich współoddziaływania, co może potwierdzać, że wykładnia Juliana dochodzi do zbliżonych wniosków, bez korzystania z teorii przyczynowości. Przeanalizowanie tego aspektu zdecydowanie wzbogaciłoby znaczenie ogromnego wysiłku analizy eseju Juliana podjętego przez Ernsta. Z drugiej strony trudno oprzeć się wrażeniu, że powiązanie przyczynowe jest jednak brane pod uwagę przez Juliana, skoro zauważa, że obaj zabili z różnej przyczyny – *ex diversa causa*.

Dzisiaj przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej naturalnie uwzględnia związek przyczynowy z uwagi na to, że został wskazany w polskim kodeksie cywilnym jako przesłanka odpowiedzialności – „Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła” (art. 361 § 1 k.c.). W doktrynie podnosi się jednak, że przy próbach rozumienia normalnych następstw czy wynikania

szkody „chodzi [...] o teorię odpowiedzialności, a nie związku przyczynowego w rozumieniu filozoficznym”⁴, a zatem sama relacja przyczynowa podlega wykładni prawnej jako element przepisu ustawowego. W ten sposób w polskim prawie cywilnym jest stosowana szczególnego rodzaju teoria tzw. adekwatnego związku przyczynowego, która otwiera się tylko w części na badania empiryczne, w postaci doświadczenia życiowego. Współczesny cywilista dzięki książce Ernsta może zatem dostrzec, jak możliwe jest rozstrzyganie o deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej przy użyciu wykładni, która nie odwołuje się czy to do związku przyczynowego *conditio sine qua non*, czy to – jak w prawie polskim – do jego łagodniejszej wersji, tzw. adekwatnego związku przyczynowego, a w przypadku niepewności związku przyczynowego nie wymaga tworzenia i wykorzystywania „superstruktur” teoretycznych (s. 68–73; 126–128)⁵, jak przyczynowość konkurencyjna (alternatywna, kumulatywna, zapasowa), prowadzących w prawie polskim do przypisania odpowiedzialności solidarnej.

Recenzowaną książkę powinien przeczytać także każdy karnista. Chociaż monografia dotyczy przede wszystkim odpowiedzialności cywilnoprawnej, wynikającej z *lex Aquilia*, to dotyczy zabójstwa niewolnika, które wówczas było typem deliktu, lecz później zostało przejęte wraz z elementami doktryny rzymskiej do nauki prawa karnego. Wszak karniści też korzystają z teorii przyczynowości przy przypisaniu odpowiedzialności za zabójstwo, znajdujące się w centrum uwagi tej książki. Ze względu zaś na mieszany charakter skargi akwiliańskiej miała ona także charakter penalny. Właśnie ten kasus stał się źródłem fundamentalnej do dzisiaj zasady polityki karnej – *ne crimina remaneant impunita* (s. 15; 84–90). Filozofowie prawa mogą szczególnie docenić warsztat metodologiczny (s. 111–116) i odniesienia do metod wykładni prawa (s. 141–147), a także osądzić, czy rzeczywiście monografia jest przykładem „nieustannego poszukiwania ostatecznego, prawdziwego zrozumienia” (s. 3).

Naturalnie do książki powinni przede wszystkim sięgnąć romanisci, dla których jest ona pod wieloma

3 M. Kaliński, *Odpowiedzialność...*, s. 98 oraz K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020, s. 224.

4 M. Kaliński, *Odpowiedzialność...*, s. 88.

5 Strony w nawiasach odnoszą się do recenzowanej książki.

względami przełomowa. Może okazać się ona jednak interesująca dla każdego, kto chciałby: po pierwsze, poznać dane statystyczne mówiące o tym, ilu badaczy i gdzie publikowało artykuły w ostatnich ośmiu wiekach na temat prawa rzymskiego; po drugie, przyjrzeć się, z jaką dokładnością i powagą można traktować interpretacje proponowane przez innych naukowców; po trzecie, zrozumieć, jak analizować źródła i nie popaść w błąd anachronizmu, który polega na wykorzystywaniu współczesnych teorii do dawnego kontekstu (prawa rzymskiego); po czwarte, znaleźć odpowiedź na pytanie, dlaczego prawem rzymskim nadal zajmują się przede wszystkim prawnicy, a nie historycy.

3. Esej Juliana – niewolnik zabity dwukrotnie

Esej Juliana rozpoczyna się od wyjątkowego w źródłach stanu faktycznego, a kończy dla wielu zaskakującą odpowiedź jurysty.

D. 9,2,51 (Julian w ks. 86 *Digestów*):

„Niewolnik został zraniony w taki sposób, że było pewne, iż umrze od tego uderzenia. Następnie ustanowiono go spadkobiercą, zaś później zginął on od ciosu zadanego przez inną osobę. Zwracam się z pytaniem, czy na podstawie ustawy akwiliańskiej można pozwać obu sprawców z powodu zabicia? [...]”

„Jeśli zatem ktoś zadał niewolnikowi śmiertelną ranę, a po pewnym czasie ktoś inny tak uderzył tego samego niewolnika, że poniósł śmierć wcześniej, niżby umarł od pierwszej rany, to należy uznać, że każdy z nich ponosi odpowiedzialność na podstawie ustawy akwiliańskiej [...] Ten, kto zranił wcześniej, będzie bowiem świadczył tyle, ile wyniosła najwyższa wartość niewolnika w poprzednim roku, licząc trzydzieści pięć dni od dnia zranienia. Sprawca późniejszej rany będzie odpowiadał za najwyższą cenę, za jaką niewolnik mógłby zostać sprzedany w roku poprzedzającym dzień, w którym stracił życie, z uwzględnieniem także wartości spadku. Tak więc z tytułu zabicia tego samego niewolnika jedna osoba będzie świadczyć większą, a druga mniejszą sumę oszacowania. Nie ma w tym nic dziwnego, skoro się rozumie, że każdy z nich zabił niewolnika, w różnych okolicznościach i w różnym czasie (*ex diversa causa et diversis temporibus*)”.

Salwiusz Julian jest jednym z najbardziej cenionych rzymskich jurystów. Henryk Kupiszewski – „instytucja polskiej romanistyki” XX wieku⁶ – darzył tego rzymskiego prawnika z II w. po Chr. szczególnym szacunkiem. Do grona największych prawników-mistrzów myśli prawniczej, tych, którzy posiedli szczególną umiejętność tworzenia konstrukcji prawniczych, zaliczył: Salwiusza Juliana, pandektystów (zwłaszcza Rudolfa von Jheringa) i Stanisława Wróblewskiego⁷. Naturalnie nie jest to wyliczenie dogmatyczne i do tego nie aspirowało: jest świadectwem doświadczenia H. Kupiszewskiego, który metodologią Juliana był zafascynowany. Wolfgang Ernst w recenzowanej książce zaoferował panoramę całej nauki prawa rzymskiego opartej na doświadczeniu interpretacji jednego tekstu, przekazanego w *Digestach* justyniańskich w fragmencie D. 9,2,51, którego autorem jest właśnie rzymski jurysta Julian.

Henryk Kupiszewski zauważa jednak, że Julian w swoim eseju każde *causam mortis praestare* kwalifikuje jako *occidere* i podaje jako przykład innowacyjności – przełamanie wymogu bezpośredniości *causa* w stosunku do skutku⁸. Wolfgang Ernst sprzeciwia się takiemu pogładowi i uznaje, że Julian stosuje się całkowicie do metodologii wykładni rzymskich prawników. Przede wszystkim nie utożsamia *causam mortis praestare* z *occidere*, a najważniejsze, że nie rezygnuje ze stosowania teorii przyczynowości, ponieważ cały czas opiera się na zasadach wykładni *lex Aquilia*. Prowadzi czytelnika przez wszystkie etapy argumentacji – wychodząc od literalnej interpretacji ustawy akwiliańskiej; uwzględniając interpretację historyczną, systemową i teleologiczną wykazuje, że pełna wykładnia (przekraczająca literalne rozumienie) pozwala osiągnąć rezultat zgodny z prawem, bez poświęcania logiki działania rzymskiej odpowiedzialności odszkodowawczej i bez korzystania z żadnej ze współczesnych teorii przyczynowości.

6 T. Giaro, Henryk Kupiszewski (13.1.1927–3.4.1994), „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung” 1995, t. 112, s. 739.

7 H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 298.

8 Tamże, s. 166.

4. *Occidere, causam mortis praestare a związek przyczynowy*

Odrzucenie związku przyczynowego jako przesłanki odpowiedzialności budzi wątpliwości, zwłaszcza że rzymscy jurysci byli zainteresowani ustaleniem powodu, przyczyny różnych czynności – słynnej *causa* – która jest jednym z najpojemniejszych pojęć odziedziczonych po prawie rzymskim. Nie można jednak odmówić Ernstowi, że sprawnie wykorzystał znane romanistom założenie, iż podstawą przypisania deliktu była interpretacja słów ustawy akwiliańskiej, w których wymagane było bezpośrednie materialne oddziaływanie – *corpore* (G. 3,219). „W pierwszym rozdziale postanowiono, że jeśli ktoś zabija bezprawnie cudzego niewolnika albo cudze zwierzę czworonozne [...] winien zostać zasądzony na danie właścicielowi tyle, ile ta rzecz w tym roku najwięcej była warta” (G. 3,210). Nawet jeśli w potocznym rozumieniu ktoś spowodował śmierć na cudzego niewolnika, niekoniecznie „zabił” go w rozumieniu *lex Aquilia*. Dlatego „gdy położna podała niewolnicy lekarstwo i wskutek tego ona zmarła”, Rzymianie uznawali, że położna zabija tylko, jeśli podała je własnoręcznie; natomiast „gdy ona zaoferowała lekarstwo niewolnicy, a ta przyjęła je sama, przysługuje skarga podobna (*in factum*) [...] Wywołała ona raczej przyczynę śmierci, niż sama zabiła” (D. 9,2,9 pr.). W ten sposób rzymscy jurysci obok *occidere*, która rodziła odpowiedzialność z ustawy akwiliańskiej, wprowadzili koncepcję *mortis causam praestare* – spowodowania śmierci – lecz nie przez bezpośrednie działania, po to, aby rozszerzyć ochronę prawną, ograniczaną przez sformułowanie ustawowe. W przypadku ustalenia pośredniej przyczyny, która mogła polegać na zaniechaniu (np. „ktoś zamknął cudze zwierzę [...] i zagłodził” – G. 3,219) nie można było przypisać odpowiedzialności na podstawie *occidere*, a tylko przez analogiczne zastosowanie ustawy akwiliańskiej i użycie odmiennej skargi (*actio utilis, actio in factum* na podstawie *lex Aquilia*). Z pewnością zatem rzymscy prawnicy byli zainteresowani rozróżnianiem bezpośrednich i pośrednich przyczyn. Według Ernsta jednak nie traktowali relacji między czynem a szkodą jako dwóch odrębnych punktów, które należy połączyć związkiem przyczynowym. Według autora raczej ujmowali przyczynę i skutek jako jedno zjawisko, które musi zostać „odegrane” od początku

do końca, aby prawnik mógł ocenić, czy ktoś „zabił”. Rzeczywiście, trudno odtworzyć sposób myślenia Rzymian, jednak propozycja Ernsta przypomina do pewnego stopnia pogląd niektórych przedstawicieli szkoły lwowsko-warszawskiej, którzy uważali, że „istotną cechą związku przyczynowego [...] jest bezpośrednie czasowe następstwo skutku po przyczynie, polegające na tym, że przyczyna i skutek mają być zdarzeniami rozciągłymi w czasie — takimi, że ostatni moment trwania przyczyny jest zarazem pierwszym momentem trwania skutku”⁹. Występowali w ten sposób przeciwko argumentowi Bertranda Russella, który ukazywał „niemożliwość bezpośredniej styczności przyczyny i skutku”, co z kolei ułatwia współczesnym wyobrażenie o konieczności wykazania określonego połączenia między przyczyną (zdarzeniem) a szkodą; Bertrand Russell zresztą właśnie w ten sposób negował samo pojęcie *causa* i głosił niemożliwość ustalenia związku przyczynowego, przyjmując zatem bardziej radykalny pogląd od Davida Hume’a, który uznawał, że związek przyczynowy nie jest oparty na konieczności, tylko na pewnych przyzwyczajeniach i powtarzalności¹⁰.

Twierdzenie, że przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej jest bardziej kwestią wykładni prawa niż ustalania związku przyczynowego zdaje się też wybrzmiewać w polskiej doktrynie, która podkreśla odmiennność prawniczego (normatywnego) związku przyczynowego od filozoficznego czy empirycznego pojmowanego związku przyczynowego: „zaznacza się specyficzne ujęcie kauzalności w prawie cywilnym, różne od ontologicznego, co zarazem przemawia za uznaniem, iż chodzi w nim o teorię odpowiedzialności, a nie związku przyczynowego w rozumieniu filozoficznym”¹¹ oraz że „relewanca powiązania przyczynowego między zdarzeniem szkodzącym i jego następstwami w sferze interesów poszkodowanego stanowi wynik obowiązywania normy prawnej, nie zaś jedynie istnienia związków kauzalnych w rozumieniu filozoficznym”¹². Ciekawe, że w okresie PRL-u ade-

9 T. Biga, *Przyczynowość w Szkole Lwowsko-Warszawskiej*, „Filozofia Nauki” 1944, nr 2, s. 74–75.

10 D. Lipkind, *Russell on the Notion of Cause*, „Canadian Journal of Philosophy” 1979, t. 9, nr 4, s. 702.

11 M. Kaliński, *Odpowiedzialność...*, s. 88.

12 Tamże, s. 86.

kwatna teoria przyczynowości była atakowana za to, że: „[p]rowadzi [...] do utożsamienia [...] związku przyczynowego i winy”, oznacza „tworzenie jurydycznej przyczynowości, charakterystycznej wyłącznie dla zjawisk prawnych, która oderwana jest od obiektywnie istniejącej” oraz „ostateczne rozstrzygnięcie pozostawione zostaje swobodnej ocenie sędziego, co sprzyja łamaniu praworządności”¹³. Podjęty przez Wolfganga Ernsta temat dotyka wielu bolączek cywilistyki, co pozwoliłoby na wpisanie się przez autora we współczesną dyskusję nad ukształtowaniem podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej, a pośrednio nad wyborem koncepcji związku przyczynowego i uzasadnieniem ich wielu rodzajów. Niestety autor tego nie czyni. W moim przekonaniu interpretacja ustawy akwiliańskiej w sposób zaproponowany przez Juliana prowadzi do podobnych rezultatów co współczesne rozważania oparte na teorii przyczynowości, a to tylko potwierdza racjonalność prawa rzymskiego. Jeśli przyjąć stanowisko Ernsta co do innej optyki rzymskich jurystów przy przypisywaniu odpowiedzialności odszkodowawczej, nie należy poszukiwać jej użyteczności dla dzisiejszej doktryny prawnej bez popełniania błędu anachronizmu. Z pewnością jednak dzisiaj nadal aktualna może być sytuacja (hipotetyczna albo realna) kazusu Juliana. W doktrynie prawa cywilnego coraz częściej powstaje natomiast pytanie o zastąpienie odpowiedzialności opartej na związku przyczynowym przez odpowiedzialność wynikającą ze stopnia przyczynienia się kauzalnego do powstania szkody (często określanego procentowo) i wprowadzenia odpowiedzialności częściowej za szkodę¹⁴. Okazuje się, że trudności z empirycznym wykazaniem związku przyczynowego prowadzą do poszukiwania innego uzasadnienia dla przypisania odpowiedzialności – zasady słuszności, prawdopodobieństwa spowodowania szkody, narażenia na niebezpieczeństwo etc. Przypisanie odpowiedzialności zależy zatem od

sposobu wykładni prawa, a związek przyczynowy (konieczny czy adekwatny) i tak podlega przemianom pod wpływem wykładni i skutkuje tworzeniem podtypów związku przyczynowego, w tym przyczynowości konkurencyjnej (alternatywnej, kumulatywnej, zapasowej). Innymi słowy, problemy i sposoby ich rozwiązania pozostają te same, a kluczem jest podstawa przypisania odpowiedzialności. We współczesnych doktrynach opartych na teorii przyczynowości problem pojawia się w sytuacji niepewności dowodowej, tymczasem analizowany w książce sposób podejścia ukazuje nie tyle kwestię wątpliwości dowodowych (prawdopodobieństwa związku przyczynowego), ile granice pojęciowe przypisania odpowiedzialności deliktowej – czy tę samą szkodę mogą wyrządzić różne osoby w różnym miejscu i czasie.

5. Nowa interpretacja opinii Juliana

Książka W. Ernsta opiera się na rozróżnieniu trzech kazusów. Pierwszy, tytułowy, przekazany przez Juliana, polega na tym, że dwóch atakujących niezależnie od siebie rani śmiertelnie niewolnika – skutek śmiertelny mógł być następstwem zarówno pierwszego, jak i drugiego ataku – drugi atak tylko przyspieszył śmierć, lecz nie wykluczył przypisania śmierci także pierwszemu atakującemu, zatem nie można jednoznacznie stwierdzić, którego czynu skutek oglądamy. Drugi kazus, którego rozstrzygnięcie przypisywane jest Celsusowi (D. 9,2,11,1,3), polega na tym, że dwie osoby w krótkich odstępach czasu, lecz w ramach jednego zdarzenia atakują niewolnika: pierwszy rani śmiertelnie, lecz drugi, atakując, zadaje taki cios, który „pozbawił życia” (*exanimaverit*) niewolnika – w tym przypadku interwencja drugiego atakującego monopolizuje przyczynę śmierci, pierwszy atakujący może być uznany tylko za raniącego. Trzeci kazus, który analizuje Ulpian (D. 9,2,15,1), polega na tym, że atakujący rani śmiertelnie niewolnika, lecz następuje nieprzewidziane zdarzenie (zawalenie się budynku, katastrofa statku), które powoduje śmierć niewolnika, zanim skutek zranienia mógłby się objawić – pierwszy atakujący będzie zatem odpowiadał tylko za zranienie. Pierwszy kazus jest przedmiotem centralnej dla książki opinii Juliana i przekazuje rozstrzygnięcie, że każdy z atakujących będzie odpowiadał za zabicie niewolnika. Tekst nie służy tylko ustaleniu podstawy

13 T. Dybowski, *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy? (dokończenie)*, „Palestra” 1961, nr 5/7, s. 14–15.

14 E. Bagińska, *Teoria odpowiedzialności częściowej (proportional liability) jako koncepcja sprawiedliwego rozłożenia ciężaru odpowiedzialności deliktowej – wprowadzenie do problematyki*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 35, s. 57, 59, 62–63.

odpowiedzialności atakujących, lecz także rozmiaru odszkodowania. Według Juliana każdy odpowiada niezależnie za wartość wyrządzonej szkody – tak, że uznaje się, iż każdy z nich zabił niewolnika w innych okolicznościach i w innym czasie. Pierwszy będzie odpowiadał za najwyższą wartość niewolnika, licząc od momentu pierwszego śmiertelnego zranienia wstecz jeden rok (zgodnie z postanowieniami *lex Aquilia*). Drugi będzie odpowiadał za najwyższą wartość niewolnika od momentu drugiego śmiertelnego zranienia wstecz jeden rok. Zasada obliczania szkody według najwyższej wartości usuwa problem, że w momencie drugiego zranienia niewolnik mógł być niewiele warty. Wyraża też penalny charakter skargi – obaj będą zatem odpowiadać według tej samej reguły – za najwyższą wartość niewolnika w ciągu roku. W kazusie omawianym przez Juliana jednak sytuacja zostaje zmodyfikowana także z punktu widzenia obliczenia szkody, ponieważ w momencie drugiego zranienia niewolnik został ustanowiony dziedzicem, a zatem w jego wartość, odmiennie niż w przypadku pierwszego zranienia, wliczana będzie wartość spadku. Wprowadzenie tej modyfikacji sprawia, że pierwszy sprawca będzie płacił mniej, a drugi będzie płacił więcej, co według Juliana może wydawać się absurdalne, ma to jednak pełne uzasadnienie w ogólnych zasadach obliczania odszkodowania. Zgadza się zatem, że Julian doprowadza analizę do granic konceptualnych interpretacji *lex Aquilia*.

Opinia Juliana w sprawie zabicia niewolnika przez dwóch niezależnych atakujących od zawsze jest konfrontowana z opinią Celsusa, przekazaną przez Ulpiana, w której Celsus uznaje, że gdy ktoś zadaje niewolnikowi śmiertelny cios, a inny pozbawia go życia, ten pierwszy nie będzie odpowiedzialny za zabicie go, lecz jedynie za zranienie. Przez wieki albo dostrzegano kontrowersję między zdaniem Juliana i Celsusa, albo próbowano rozróżnić te dwa teksty, jako dotyczące odmiennych stanów faktycznych. Czyniono to albo opierając się na charakterystyce pierwszego ciosu, albo drugiego ciosu; albo podnosząc kwestie interpolacji (s. 1–2). Jak ustalił W. Ernst, od czasów glosatorów unikano kontrowersji, odróżniając oba kazusy przez odniesienie do cechy pierwszej zadanej rany (czy chodzi o ranę śmiertelną, czy ranę, która z pewnością doprowadzi do śmierci). Zasius zdecydował się odróżnić oba sta-

nowiska, opierając się na charakterystyce drugiego ciosu. Natomiast momentem przełomowym okazało się stanowisko Cujaciusa, który podniósł, że źródła rzymskie przekazują spór między stanowiskiem Juliana i Celsusa dotyczący tego samego stanu faktycznego i zdanie Juliana jest mniejszościowe. Nowożytność, a szczególnie XIX w., przyniosła rozpatrywanie obu kazusów z punktu widzenia teorii przyczynowości, w świetle której zdanie Juliana wydaje się trudniej akceptowalne (s. 105–106). Wolfgang Ernst podnosi, że cała dotychczasowa dyskusja – zarówno próbująca odróżniać oba teksty, jak i utrzymywać kontrowersję między jurystami – nie daje pełnego obrazu prawa rzymskiego, a szczególnie niewiele wniosły w tej kwestii próby wyszukiwania interpolacji. Interpretacje, w których Julian uznawany jest za tego, który poświęca logikę przyczynowości na rzecz rozwiązania służącego innym wartościom – *utilitas publica* – pomijają jeden podstawowy fakt, który pojawiał się tylko w niektórych dotychczasowych interpretacjach: Julian musiał dokonać wykładni ustawy akwiliańskiej i to nie związek przyczynowy, a sposób stosowania *lex Aquilia* – a dokładnie rozumienia, czym jest *occidere* – jest kluczem do zrozumienia stanowiska Juliana oraz wyjaśnienia, dlaczego opinia Celsusa nie stoi z nim w sprzeczności, ponieważ dotyczy zupełnie odmiennego stanu faktycznego. Największym możliwym błędem według W. Ernsta było przypisywanie Julianowi rewolucyjnego rozumienia ustawy akwiliańskiej w taki sposób, że Julian miał uznawać za zabicie (*occidere*) już samo śmiertelne zranienie, niezależnie od tego, czy ta rana rzeczywiście do śmierci niewolnika doprowadziła (s. 126). Te pomysły brały się z konieczności uzgodnienia tekstu Juliana z wydawałoby się bliźniaczym tekstem Ulpiana, który przekazuje tezę Celsusa, przez wieki – od czasów Cujaciusa – uznawaną za sprzeczną z opinią Juliana, a akceptowaną przez większość rzymskich jurystów, co zepchnęło zdanie Juliana do grona ekscentrycznego i mniejszościowego, wymykającego się logice prawa.

Prawo rzymskie okazuje się źródłem inspiracji nie tylko przez kontrowersyjność czy aktualność doktryny prawnej, np. opinii Juliana, ile przez aktualność problemu – uniwersalność ludzkich zachowań – które powodują dyskusje w każdych czasach i domagają się rozstrzygnięcia, które ma akceptowalne uzasadnienie.

Być może dlatego nawet w XX w., gdy prawo rzymskie przestało być już prawem obowiązującym, prawnicy nadal odwoływali się do jego rozwiązań, a romanisci proponowali coraz więcej interpretacji stanowiska Juliana, bardzo często analizując sprawę jako dotyczącą teorii przyczynowości – jako przykład albo przerwania związku przyczynowego (*nova causa interveniens*), albo kausalności hipotetycznej (*causa superveniens*).

Wolfgang Ernst proponuje nam spojrzeć na kazus i opinię Juliana jako na kolejną w sekwencji opinii na temat interpretacji *occidere* w ustawie akwiliańskiej. Wszystkie opierają się na interpretacji *occidere*, która łączy moment fizycznego oddziaływania napastnika z zaobserwowaniem skutku tego oddziaływania w postaci śmierci. Gdy czyn pozostaje niedopełniony, tzn. nie da się zaobserwować jego skutku, niemożliwe jest przypisanie odpowiedzialności za zabicie. Po to, aby najprościej odróżnić kazus Ulpiana od kazusu Juliana – w pierwszym chociaż atakujący zadaje śmiertelny cios, to jednak śmierć jest efektem działania innego czynnika niż działanie innej osoby – np. zawałenia się domu, katastrofy statku. Śmierć poniesiona w takim zdarzeniu uniemożliwia zaobserwowanie skutku śmiertelnej rany. Dało się zaobserwować tylko zranienie, stąd będzie przypisana mniejsza odpowiedzialność. W kazusie Juliana natomiast da się zaobserwować skutek działań zarówno pierwszego, jak i drugiego atakującego. Problem polega jednak na tym, że według W. Ernsta, nie jesteśmy w stanie dokładnie stwierdzić, czy obserwujemy efekt działania pierwszego, czy drugiego atakującego. Oba mogą objawiać się dokładnie takim samym skutkiem. Jak zatem odróżnić ten kazus od kazusu Celsusa, z którym przede wszystkim konfrontowana jest decyzja Juliana? Wolfgang Ernst sugeruje, że kluczem są okoliczności czasowe. W kazusie Juliana mamy do czynienia z dwoma niezależnymi zdarzeniami, rozdzielonymi czasowo (na co też wskazuje przecież kwestia ustanowienia niewolnika dziedzicem). Tymczasem w kazusie Celsusa mamy do czynienia z jednym zdarzeniem, w którym występuje dwóch atakujących: pierwszy śmiertelnie rani, a drugi „pozbawia życia” zranionego. Wolfgang Ernst zwraca uwagę, że w tym przypadku Celsus uznaje za jednoznaczne, że zaobserwowany skutek śmierci jest wyraźnie łączony z drugim atakującym, a zatem nie ma wątpliwości, czyj czyn to

spowodował, stąd odpowiedzialność za zabicie spada na drugiego atakującego – on monopolizuje odpowiedzialność, a zatem nie ma wątpliwości dowodowych. Z tego punktu widzenia kazus Juliana jest najbardziej wysublimowany – po pierwsze, obserwowanie skutku śmiertelnej rany nie jest zmonopolizowane przez zdarzenie zewnętrzne; po drugie, nie jest zmonopolizowane przez innego atakującego; po trzecie, jest rozdzielone czasowo, co naturalnie utrudnia zaobserwowanie, którego z ataków był to skutek. Intuicyjne pytanie brzmi: jak takie dwa kazusy można byłoby zobrazować? Czy może są to hipotetyczne kazusy oparte na zabawie pojęciami i tym, co W. Ernst uznaje za analizowanie konstrukcji, aż do ich pojęciowych granic? Łuku rozpiętego między fizycznym oddziaływaniem a obserwowanym skutkiem W. Ernst nie uznaje za tożsamy z pojęciem związku przyczynowego. Julian prowadzi nas do sytuacji, w świetle której literalna interpretacja ustawy akwiliańskiej pozwoliłaby argumentować na rzecz uwolnienia obu sprawców; uwzględnienie interpretacji historycznej, systemowej i teleologicznej pozwala zaś osiągnąć rezultat zgodny z prawem bez poświęcania logiki działania odpowiedzialności odszkodowawczej.

6. Rozstrzygnięcie Juliana w perspektywie prawa cywilnego

Wydaje się, że interpretacja ustawy akwiliańskiej w sposób zaproponowany przez Juliana prowadzi do podobnych rezultatów we współczesnych rozważaniach o przyczynowości, co tylko potwierdza racjonalność prawa rzymskiego. W moim przekonaniu jednak dzisiaj nadal aktualna może być sytuacja (hipotetyczna albo realna) kazusu Juliana, a rozważane przez Juliana i innych rzymskich jurystów analogiczne kazusy są zbliżone do stanów faktycznych, które rodzą trudności w stosowaniu teorii przyczynowości.

We współczesnym prawie co do zasady stosuje się związek przyczynowy *sine qua non* – zarówno co do przypisania odpowiedzialności, jak i w odniesieniu do oceny wysokości odszkodowania, które inaczej niż w *lex Aquilia* ma wyłącznie funkcję kompensacyjną. W prawie polskim na pierwszym etapie stosuje się warunek *sine qua non* dla ustalenia zbioru przyczyn danej szkody, lecz następnie – zgodnie z zaleceniem sformułowanym jeszcze przez Stanisława Wróblew-

skiego na potrzeby austriackiego ABGB¹⁵ – wybiera się te przyczyny, które są uznawane za naturalne, typowe, prawdopodobne zgodnie z doświadczeniem życiowym, a zatem to, co uznajemy za adekwatne przyczyny szkody (choć S. Wróblewski wybiera kierunek bardziej obiektywizujący, w przeciwieństwie do kierunku subiektywnego promowanego przez Romana Longchamps de Bérier¹⁶). Złagodzona forma powiązania przyczynowego ma jednak u swoich podstaw związek *sine qua non*. W przepisie art. 441 k.c. ustala się solidarną odpowiedzialność kilku sprawców szkody, o ile szkoda jest niepodzielna oraz każdemu z nich można przypisać odpowiedzialność odszkodowawczą (wg adekwatnego związku przyczynowego). Sytuacja, w której kilku sprawców niezależnie od siebie dokonuje czynów, które oddziałują na poszkodowanego, jest zatem przesłanką solidarnej odpowiedzialności. Kluczem jest zrozumienie, kiedy szkodę można przypisać kilku sprawcom jednocześnie. Z tego punktu widzenia rozstrzygnięcie Juliana po pierwsze, wspiera przypisanie odpowiedzialności obu sprawcom w sytuacji, gdy nie jesteśmy pewni, skutek którego czynu obserwujemy, chociaż jesteśmy pewni, że obie śmiertelne rany zostały zadane. Naturalnie Julian nie wprowadza odpowiedzialności solidarnej sprawców, gdyż skarga akwilińska ma charakter także penalny, stąd, podobnie jak w dzisiejszym prawie karnym, obaj sprawcy mogą odpowiadać niezależnie. Po drugie, Julian potwierdza, że chociaż szkoda jest jedna – śmierć niewolnika – to stopień odpowiedzialności może być zróżnicowany, gdyż należy brać pod uwagę moment działania obu przyczyn – moment śmiertelnego zranienia, co funkcjonalnie może odpowiadać stosowanemu w prawie polskim roszczeniu regresowemu między sprawcami odpowiadającymi solidarnie.

Wśród znanych doktrynie przykładów najbliższy rozważaniom przedstawionym w książce W. Ernsta jest przykład z *common law*, gdy dwóch przedsiębiorców wypuszczało do małego jeziora zanieczyszczenia (słoną wodę i olej), co doprowadziło do wytrucia w nim ryb. Każdy z nich wypuszczał taką ilość zanieczyszczeń, że samodzielnie doprowadziłyby do powstałej

szkody¹⁷. Problem, który przedstawił Julian, sprowadza się do oceny sytuacji, gdy dwie osoby niezależnie od siebie wyrządziły szkodę i nie da się jednoznacznie ustalić, któremu ze sprawców przypisać jej spowodowanie, gdyż zachowania obu z nich były realnymi przyczynami szkody i żadna z nich nie zmonopolizowała skutku, lecz wyłącznie przyspieszyła jego zaobserwowanie. Dzisiaj również pojawia się problem z przypisaniem odpowiedzialności, choć z innych powodów niż u Juliana – nie chodzi o to, że oba zachowania doprowadziły do tego samego obserwowalnego skutku. Kluczem jest stosowany współcześnie warunek *sine qua non* albo jak w prawie polskim, jego „łagodniejsza” forma – adekwatny związek przyczynowy. W sytuacji, gdy szkoda powstała na skutek działania kilku podmiotów, lecz działanie każdego z nich mogło samodzielnie spowodować całość szkody, wówczas „każda przyczyna była zatem wystarczającym, lecz niekoniecznym warunkiem dla powstałego skutku”, stąd powstaje problem przypisania odpowiedzialności, a zatem nie jest spełniony klasyczny warunek *sine qua non*¹⁸. Sposobem na uniknięcie problemu braku odpowiedzialności jest odejście od testu *sine qua non* na rzecz lżejszych powiązań przyczynowych z uwagi na wymogi polityki prawa i słuszności – np. w prawie niemieckim wystarczy zależność przyczynowa pomiędzy rozpatrywaną przyczyną a skutkiem, ale nie w znaczeniu *sine qua non*; podobnie w prawie amerykańskim, gdzie wprowadza się test „istotnego czynnika” albo test NESS – czy obie okoliczności stanowią naturalne przyczyny szkody. W prawie polskim jest jasne, że oba podmioty odpowiadałyby solidarnie (z uwagi na kompensacyjny charakter – w kazusie Juliana skarga ma charakter penalny). O ile zatem w teście Juliana śmierć może być skutkiem obserwowalnym obu ran, o tyle w prawie współczesnym szkoda może być wynikiem każdego z czynów i nie da się ustalić, który z nich był konieczny, bo oba były wystarczające. Stąd postulowane są odejścia od klasycznego powiązania na rzecz słabszych testów, a w istocie na rzecz wykładni prawa. Adekwatny związek mógłby tylko ewentualnie wykluczyć jednego ze sprawców, ale problem nadal

15 S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny*, t. II, Kraków 1918, s. 1098.

16 Por. T. Dybowski, *Adekwatny czy konieczny...*, s. 81–82.

17 *Landers v. E. Tex. Salt Water Disposal Co.*, 151 Tex. 251, 248 S.W.2d 731 (1952).

18 K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy...*, s. 224.

pozostałby, gdyby naturalnym skutkiem działania obu z nich była powstała szkoda. Dzisiaj doktryna jest bardziej zainteresowana ustaleniem rozmiaru szkody – to problemy, które w prawie rzymskim nie powstają z uwagi na ustawowo określony sposób obliczenia wysokości szkody.

7. Rzymski jurysta Julian w centrum uwagi

W celu uchwycenia wielu aspektów książki W. Ernsta warto wyróżnić temat główny i wątki poboczne. W centrum rozważań jest próba zrozumienia opinii Juliana w sprawie, gdy dwóch atakujących niezależnie od siebie i w różnym czasie (oraz jak sugeruje W. Ernst w różnych miejscach) zadało śmiertelne ciosy temu samemu niewolnikowi, który w czasie pomiędzy dwoma zadanymi mu śmiertelnymi ranami został ustanowiony spadkobiercą. Autor stara się wyjaśnić, dlaczego w sytuacji gdy pierwszy atakujący zadał cios, który z pewnością doprowadziłby do śmierci niewolnika, ale zanim to się dokonało, ten umarł od ciosu zadanego przez drugiego atakującego, którego atak przyspieszył śmierć niewolnika, Julian przypisuje niezależnie obu atakującym odpowiedzialność deliktową na podstawie ustawy akwiliańskiej (*lex Aquilia*) za dwa odrębne „zabójstwa” tego samego niewolnika w różnych okolicznościach i czasie (*ex diversa causa et diversis temporibus*), co prowadzi z uwagi na zmianę wartości niewolnika przed zadaniem drugiego ciosu do zasądzenia od drugiego napastnika większego odszkodowania niż od pierwszego.

Wątków pobocznych jest kilka. Pierwszy skupia się na refleksji na temat roli i znaczenia badań nad prawem rzymskim we współczesnej nauce prawa. Drugi dotyczy wniosków dla rozwoju nauki prawa rzymskiego, wynikających z danych statystycznych zgromadzonych przez W. Ernsta przy okazji przedstawiania możliwych interpretacji opinii Juliana od czasów *ius commune* do dzisiaj, które obejmują: liczbę autorów oraz rodzaj języka i miejsce publikacji. Trzeci dotyczy znaczenia tekstu Juliana dla metodologii prawoznawstwa oraz w sposób szczególny metod wykładni stosowanych przez rzymskich prawników.

Książka oferuje czytelnikowi zatem znacznie więcej, niż sugeruje podtytuł *Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*. Nie jest tylko próbą zrozumienia, na czym polegało przypisywanie odpo-

wiedzialności odszkodowawczej w prawie rzymskim, które było oderwane od nowożytnych i współczesnych teorii związku przyczynowo-skutkowego. Autor okazuje się wyjątkowo skupiony na myśli Juliana, który w głównym tytule ukryty jest pod adresem źródłowym (*Justinian's Digest D. 9.2.51*), a fascynacja rzymskim jurystą prowadzi do bardziej ogólnych wniosków na temat zachodniej tradycji prawnej (*Western Legal Canon*). Owa fascynacja autora ujawnia się zarówno na samym początku książki, gdy zachęca czytelnika „to be able to delight in Julian”, jak i na końcu, gdy ukazuje cały tekst Juliana jako „zapomniany” wzorzec interpretacji prawniczej, na którym można wychowywać przyszłe pokolenia prawników – nazywając Juliana prawniczym wirtuozem, a jego analizę przekazaną w D. 9,2,51 zrównując z sonatami Mozarta i obrazami Cezanne’a (s. 147).

8. Nowość metodologiczna

Sposób, w jaki W. Ernst opracował zagadnienie interpretacji fragmentu Juliana prowadzi do wniosku, że jesteśmy świadkami nowości w metodologii prawa rzymskiego¹⁹ – nowego sposobu pisania o prawie rzymskim w świecie współczesnym. Przejawem tej metodologii jest przedstawienie czytelnikowi w najbardziej rozbudowanym drugim rozdziale (*Evidence*) niemal każdej próby interpretacji fragmentu Juliana zaproponowanej od czasu glosatorów do dnia dzisiejszego. Widać rozwój historyczny nauki, przemierzanie pomysłów interpretacyjnych; jak na szkiełku mikroskopijnym ogląda się prawo jako proces rozumienia. „Diachroniczna mikrohistoriografia” (s. 3) jest tym bardziej kompletna, że opinia Juliana była przedmiotem analizy zarówno prawników *civil law*, jak i *common law*, cywilistów i karnistów, kanonistów i filozofów prawa.

Oko czytelnika przykuwa już sam spis treści. Jest zbudowany inaczej niż dotychczasowe książki, wzoruje się na strukturze procesu: 1. *The Questio* – 2. *Evidence* – 3. *The Summing Up* – 4. *Verdict on Julian*. Podział ten daje czytelnikowi wyraźne sformułowanie zagadnie-

19 J.-F. Gerkens, *Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon* (recenzja), „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung” 2021, t. 138, s. 691–698.

nia wyjściowego i jasne wnioski w postaci odpowiedzi na główną kwestię. Imitacja struktury procesu daje możliwość sięgania do książki nawet w sposób wyrównany, bez dezorientacji co do toku wywodu. Przyjęte też zostały inne niż zazwyczaj proporcje rozdziałów: najbardziej rozbudowane są rozdziały drugi (*Evidence*) i czwarty, czyli ostatni (*Verdict on Julian*), podczas gdy pierwszy i trzeci są równie krótkie (s. 1–9; 103–110). Ma to jednak pełne uzasadnienie w przyjętej strukturze narracji procesowej: najwięcej miejsca zajmuje zgromadzony materiał dowodowy oraz ostateczna decyzja wraz z podanym uzasadnieniem.

Metoda pracy W. Ernsta, a zatem wyodrębnienie jednego rozdziału – *Evidence* – wyłącznie w celu przedstawienia stanowiska dotychczasowej literatury przedmiotu jest czasochłonna i wymaga wyjątkowej zdolności syntezy, takiej która nie popada w błąd, przed którym przestrzegał Rafał Taubenschlag – że referowanie cudzych prac staje się ich słabymi streszczeniami. Obawy te podziela także W. Ernst, zaznaczając, że mógł nie oddać pełnej sprawiedliwości ich autorom, dokonując streszczeń (*compressed summaries*), szczególnie gdy ich prace odnosiły się do opinii Juliana tylko w ramach omawiania szerszych lub odmiennych zagadnień²⁰. Synteza W. Ernsta jest imponująca, skoro mieści się na 177 stronach, co prawda drobną czcionką, ale właściwie bez zbędnego zdania. To czyni ją niezwykle esencjonalną, a jej lekturę dłuższą, niż mogłoby się wydawać na początku. Oparcie drugiego rozdziału – *Evidence* – na chronologicznym przedstawieniu interpretacji jest w pełni uzasadnione, chociaż zdecydowanie bardziej porządkujące byłoby wykorzystanie podziału zaproponowanego na początku książki (s. 1–2) albo przedstawionego dopiero w trzecim rozdziale (s. 105). Ułożenie propozycji interpretacyjnych innych autorów według podziału tematycznego, a nie chronologicznego pozwoliłoby uniknąć niechcianego skutku nadmiernego nagromadzenia „materiału dowodowego” – w pewnym momencie lektury, książka może wydawać się zbiorem opinii innych autorów, nie zawsze z płynnymi przejściami pomiędzy referowanymi poglądami, co wydłuża oczekiwanie na poznanie opinii samego autora.

Abstrahując od wybranej przez autora struktury pracy, można wyodrębnić pierwszą część pracy, która

jest studium przypadku; druga część natomiast zawiera wnioski o stanie i sile nauki prawa rzymskiego na przestrzeni wieków. Owocem przyjętej formuły rozdziału drugiego – *Evidence* – jest także uzyskanie danych statystycznych na temat nauki prawa rzymskiego, a zatem możliwość przemawiania do współczesnego czytelnika językiem bibliometrii – przy wykorzystaniu grafów i wykresów w pracy romanistycznej. Są one zaprezentowane na końcu książki (s. 153–160), w sposób bardzo syntetyczny zostały zaś omówione na początku rozdziału trzeciego – *The Summing Up* (s. 103–105). Jasne jest, że studium przypadku stanowi podstawę wywodu autora, natomiast te dane zostały zgromadzone przy okazji.

Wolfgang Ernst zbiera w jednym miejscu niemal całe dziedzictwo światowej romanistyki dotyczące jednego fragmentu Digestów. Zatem nie tylko maluje obraz dotychczasowej literatury grubym pędzlem, ale też dość precyzyjnie rozróżnia istniejące analizy, interpretacje oraz linie argumentacyjne, co pozwala czytelnikowi być prowadzonym przez różnorodne sposoby rozumienia zagadnienia prawnego. To naturalnie sprawia, że autor może uczynić krok naprzód, zaproponować swoją wersję interpretacyjną, co można uznać za istotny wkład w dotychczasowy dorobek naukowy, tak wymagany od współczesnych badaczy. W ogromie danych, tekstów, publikacji, czasami trudno uznać, czy to, co się napisało, jest rzeczywiście czymś nowym, czymś, co wnosi nową perspektywę do istniejącego zasobu wiedzy. Co więcej, historia interpretacji jednego zagadnienia prawnego, którą ukazuje W. Ernst, potwierdza, że myśl prawna nie rozwija się w sposób linearny i nie zawsze to, co publikujemy, jest całkowicie czymś nowym. Te same pomysły, założenia i podobne perspektywy były współdzielone przez różnych znawców prawa rzymskiego niezależnie od epoki, kraju i kontekstu kulturowego. Trudno też uznać, aby rozumienie i interpretacja tekstu rozwijały się wzdłuż jednej określonej linii, zawsze odkrywając nowe znaczenia i za każdym razem coraz właściwsze rozumienie tekstu. Bez wątpienia jednak spojrzenie na niemal wszystkie zaproponowane interpretacje pozwala autorowi na ich uporządkowanie i dostrzeżenie, jakie założenia były przyjmowane za oczywiste, a wymagają krytycznej refleksji; które wątki interpretacyjne były przekazywane niemal bezrefleksyjnie, co

20 Por. Tamże.

pozwała wybrać odmienną optykę i popatrzeć na nowo na tekst. To jest wielka sztuka, której dokonał W. Ernst: potrafił zdystansować się do tak wielu interpretacji i spojrzeć we własny sposób na tekst – spróbował przeczytać go na nowo. Pytanie, które można byłoby zadać autorowi brzmi: od czego zaczął – od własnej próby interpretacji tekstu Juliana czy od zebrania całej dotychczasowej wiedzy romanistycznej?

9. Esej Juliana jako wzór wykładni prawniczej

Wolfgang Ernst przekazuje podstawy metodologii prawniczej na przykładzie kazusu Juliana, który w istocie jest małym esejem prawniczym. Wykorzystuje tekst, aby ukazać zasady interpretacji zaproponowane przez Juliana: wykładnię językową, argument historyczny, argument teleologiczny (funkcjonalny, w którym występuje zarówno odwołanie do *utilitas publica*, oraz apel o unikanie absurdu rozstrzygnięcia), wykładnię systemową i odwołanie do podobnych sytuacji (analogia). Według W. Ernsta esej Juliana został w całości przekazany przez kompilatorów justyniańskich właśnie dlatego, że obrazuje wzorcowy przykład argumentacji prawniczej. Autor wydobywa następującą strukturę argumentacyjną stosowaną przez Juliana. Rzymski jurysta rozpoczyna od wykładni językowej: jak zabicie rozumiane jest w języku potocznym (i tu pojawia się związek przyczynowy – *qui mortis causam praebuit*), a jak w języku prawniczym. Już w tym momencie ukazuje inne i szersze rozumienie zabicia, które obejmuje też oddziaływanie, które powoduje śmierć nie w sposób natychmiastowy (*sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum*). Następnie Julian odwołuje się do argumentów z analogii lub *de similibus ad similia* oraz argumentu historycznego). Zauważa, że w opinii dawnych jurystów – *veteres* – jeśli niewolnik został zraniony przez kilku sprawców w tym samym czasie, lecz nie było jasne, który cios rzeczywiście go zabił, wszyscy oni będą odpowiedzialni na mocy *lex Aquilia* (D. 9,2,51,1). Na kolejnym etapie Julian wprowadza rozważania konsekwencjonalistyczne – dopuszczalne interpretacje i ich prawne konsekwencje, co pozwala mu na wybranie spośród alternatyw tej najlepszej interpretacji. Zostaje ona wybrana na podstawie argumentu teleologicznego opartego na *utilitas publica*. Julian twierdzi, że propo-

nowane przez niego rozwiązanie nie jest absurdu. Argumentuje, że bardziej absurdu byłoby twierdzenie, że żaden ze sprawców nie powinien ponosić odpowiedzialności na podstawie *lex Aquilia* za zabójstwo albo że winę ponosi jeden, a nie drugi. Według Juliana przestępstwa nie powinny pozostawać bezkarne, a nie jest łatwo rozstrzygnąć, czy w tej sytuacji jeden jest bardziej winny od drugiego. Przekonuje, że na niezliczonych przykładach można udowodnić, że w prawie cywilnym argument z użyteczności – dla dobra ogółu – przyjmowany był wbrew *ratio disputandi* – argumentowi opartemu na dialektyce – „logice prawa” (*multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest* – D. 9,2,51,2). W tym celu podaje jeden przykład podobnego rozwiązania w przypadku deliktu kradzieży, który można uznać również za argument systemowy. Gdy wiele osób kradnie przedmiot o tak dużej wadze, że żadna z nich nie mogłaby ukraść go sama, literalnie żadnego z nich nie można uznać za złodzieja, zatem konieczna jest interpretacja szersza, która uznaje, że wszyscy ukradli.

Sama książka Ernsta staje się metaforą eseju Juliana – w syntetycznej formie wykorzystuje samodzielną analizę źródła: interpretację językową, odniesienie do historycznego rozumienia – prześledzenie dotychczasowego dorobku romanistyki w kwestii interpretacji analizowanych tekstów; spojrzenie na tekst w kontekście systemowym, osadzenie wśród innych tekstów, konfrontacja z podobnymi zagadnieniami; wreszcie spojrzenie na pragmatykę tekstu i odkrycie jego praktycznego znaczenia, a zatem spojrzenie z metapoziomu; proponowanie interpretacji, która w danym kontekście wydaje się optymalna, przemawiająca – subtelna – utrzymująca oryginalność tekstu, jego autentyczność, racjonalność i uwzględniająca kontekst interpretacji tekstu ustawy. W efekcie daje kolejną propozycję rozumienia tekstu Juliana, która poszerza pole dyskusji, rzeczywiście wpisuje się w dyskusję nad naukowością refleksji prawniczej i zmierza do zrozumienia tekstu w jego źródłowym kontekście.

10. Nauka prawa rzymskiego w liczbach i na mapie

Dzisiaj prawem rzymskim zajmuje się więcej osób niż kiedykolwiek w historii (s. 104). Dzięki bardzo

systematycznej pracy nad tekstem i dotychczasowymi refleksjami romanistów W. Ernst zgromadził istotne dane dla samej romanistyki i jej rozwoju w czasie i w przestrzeni. Liczby dotyczące rozwoju nauki prawa rzymskiego ukazują, na bardzo wąskim jednak przykładzie, jak powiększała się liczba osób zajmujących się prawem rzymskim, jak kształtowała się „geografia” nauki prawa rzymskiego. Z jednej strony pozwala to potwierdzić pewne procesy identyfikowane w poprzednich wiekach, z drugiej zaś daje wgląd w aktualny stan nauki prawa rzymskiego, gdy chodzi o liczbę osób zajmujących się prawem rzymskim, zakres terytorialny osiągnięty przez prawo rzymskie oraz intensywność podejmowanych analiz. Wynik daje wiele do myślenia, naturalnie z zastrzeżeniami, że dotyczy tylko jednego tekstu, który jak sam autor zauważył, nie był szczególnie często wykorzystywany i nie odkryto jego edukacyjnego charakteru przez wieki; oraz że ten rozwój nie został porównany z innymi dziedzinami prawniczymi i zmianami w prowadzeniu nad nimi badań. W obliczu coraz częstszych dyskusji nad reformą studiów prawniczych, a w związku z pytaniami o znaczenie i potrzebę nauczania prawa rzymskiego studium W. Ernsta jest świetną analizą rzeczywistego stanu nauki prawa rzymskiego. Okazuje się, że prawo rzymskie przeżywa rozkwit zarówno gdy chodzi o liczbę osób nim się zajmujących, jak i zasięg terytorialny prowadzonych badań. „Żyzny półksiężyc” prawa rzymskiego niemal pokrywa się z tzw. europejskim (błękitnym) bananem rozciągającym się od północnych Włoch do Anglii, przechodząc łukiem przez Austrię, Niemcy, Szwajcarię, Holandię i Belgię, tylko zahaczając o Francję. Dwie trzecie publikacji analizowanych przez Ernsta zostało opublikowanych w zamożnych społeczeństwach, które są w stanie finansować różnorodne badania akademickie (s. 103). Prawo rzymskie rozwija się równolegle do wzrostu gospodarczego. W miarę bogacenia się społeczeństw dostrzegamy, że potrzeba nam nie tylko praktycznych rozwiązań: poszukujemy wiedzy, refleksji szerszej niż codzienne wymogi praktyki (s. 104). Trudno się dziwić, że terytorium nasycone najbardziej romanistycznymi publikacjami pokrywa się z obszarem bogatym w najstarsze centra nauki europejskiej. Zastanawiać może trochę mniejszy udział Hiszpanii i południowych Włoch, jednak może wiązać się to ze specyfiką tematyki, według której gromadzone były

dane o publikacjach. Prawo rzymskie na stałe jednak zadomowiło się w XX w. w krajach słowiańskich, czego świadectwem niech będzie postać H. Kupiszewskiego, na którego cześć została nazwana włoska nagroda naukowa przyznawana młodym romanistom, a początkowo promowała tych, którzy pozwalają przełamywać ograniczenia językowe i kulturowe w prowadzeniu badań romanistycznych. Prezentowane przez W. Ernsta wykresy tylko sygnalizują obecność nauki prawa rzymskiego poza Europą, co potwierdza, że nie można zapomnieć o „podboju” przez naukę prawa rzymskiego innych kontynentów. W Ameryce Północnej i Południowej publikacje dotyczące tekstu Juliana kwitły już w XIX w. Natomiast nauka prawa rzymskiego w Afryce, Azji i Australii podjęła ten temat w XX w., co tylko potwierdza, że europejski ruch kodyfikacyjny i zepchnięcie prawa rzymskiego na front badań historycznych, wcale nie zaszkodził prawu rzymskiemu ani nie odebrał mu atrakcyjności. Może to tylko potwierdzać tezę, że im mniej prawo rzymskie powiązane jest z aktualną siłą polityczną, tym większą zyskuje popularność i poszerza swoje wpływy nawet w tradycjach z rezerwą patrzących na zachodni porządek polityczny. Kluczem do zrozumienia zjawiska zwiększania zainteresowania prawem rzymskim poza zachodnią tradycją prawną jest także eksport porządku *civil law* szczególnie do krajów azjatyckich, które zazwyczaj opierają swoje regulacje prawa prywatnego na modelu niemieckiego kodeksu cywilnego (Chiny lub Japonia). Prawo rzymskie, które jako porządek prawny kompaktowy w porównaniu ze współczesnymi rozbudowanymi nadmiernie regulacjami prawa prywatnego służy zatem do lepszego zrozumienia fundamentów tradycji *civil law*, a także na zasadzie sprzężenia zwrotnego przyjmowanie europejskich kodyfikacji wzbudza zainteresowanie ich genezą, co w sposób naturalny prowadzi do prawa rzymskiego.

Drugi, niezwykle istotny wniosek, który wyprowadza W. Ernst, sprowadza się do przyznania racji Edmundowi Burke'owi, że *lawyers are bad historians*. Prawem rzymskim niezmiennie zajmują się przede wszystkim prawnicy, chociaż już ponad 120 lat temu wydawało się, że będzie przedmiotem badań wyłącznie historyków. Niejako skutkiem ubocznym tego zjawiska jest chociażby doszukiwanie się w prawie rzymskim współczesnych teorii związku przyczynowego, a także

odniesienia w tym względzie do kazusu Juliana nawet w orzecznictwie angielskich sądów. Najwyraźniej prawnicy czują się w prawie rzymskim „jak w domu” i widzą w nim „klocki” – konstrukcje, które dobrze znają z prawa współczesnego, a które pozwalają albo systematyzować aktualną doktrynę, używając prawa rzymskiego jak lustra, albo dostrzegać alternatywne rozwiązania, gdy prawo rzymskie działa jak okno, przez które oglądamy inny świat.

11. Wnioski

Metoda W. Ernsta stawia przed romanistą trudne zadanie analizy tekstów rzymskich w oderwaniu od aktualnych konstrukcji prawniczych, a także tych przekazanych w tradycji prawnej, dokonując wręcz fenomenologicznego zawieszenia, co ma ustrzec przed częstym błędem anachronizmu. Dzięki temu kieruje uwagę badacza ku zrozumieniu intencji tekstu oryginalnego²¹. Autor proponuje nową interpretację tekstu Digestów i rozwiązania prawnego, która przełamuje takie zastane koncepcje, jak przesada Cujaciusa czy skupienie na teoriach przyczynowości tak powszechne w publikacjach z XX wieku. Bez wątpienia, od teraz każda następna interpretacja fragmentu Juliana nie może pomijać pracy W. Ernsta – i jestem przekonany, że będziemy mówić o interpretacjach przed W. Erstem i po nim. Chociaż autor stroni od wywodzenia wniosków na potrzeby współczesnych konstrukcji prawnych, a nawet heurystycznego wykorzystywania prawa rzymskiego na potrzeby dzisiejszej nauki prawa (s. 109), to lektura książki nie jest podróżą do zupełnie nieznanego świata, którego języka trzeba uczyć się od początku. Podjęty przez autora temat dotyczy wielu bolączek współczesnej cywilistyki, co pozwoliłoby na wpisanie się przez autora we współczesną dyskusję nad ukształtowaniem podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej, a pośrednio nad wyborem koncepcji związku przyczynowego i uzasadnieniem ich wielu rodzajów. Niestety autor tego nie czyni. Ogranicza swoje pole badań do publicznej rozprawy z niemal wszystkimi interpretacjami jednego

fragmentu Digestów justyniańskich autorstwa rzymskiego jurysty Juliana, próbując precyzyjnie oddzielić rzymski sposób myślenia od dyskusji o przypisaniu odpowiedzialności na podstawie teorii przyczynowości. Z tego powodu wnioski ograniczają się do przedstawienia właściwego wedle autora rozumienia rzymskiego tekstu i do pozbawienia opinii Juliana cech rozstrzygnięcia kontrowersyjnego i mniejszościowego. Szerszy kontekst współczesnego prawa pojawia się tylko przy okazji. W moim przekonaniu analiza opinii Juliana zyskałaby, gdyby uwzględniała współczesną dyskusję nad rzeczywistym zbiegiem przyczyn i uzasadnieniem solidarnej odpowiedzialności niezależnych sprawców szkody: nie po to, aby aplikować prawo rzymskie, lecz żeby wychwytywać granice pojęciowe argumentacji prawniczej i wyjaśniać podobieństwo rozstrzygnięć przyjmowanych w różnych czasach i porządkach prawnych. To, czy W. Ernstowi udało się w sposób przekonujący odtworzyć, na czym polega rzymski sposób myślenia, należy pozostawić do oceny każdemu czytelnikowi. Ucieczka z okowów języka i zastanych pojęć jest trudna, szczególnie im są bliższe i bardziej intuicyjne, dlatego warto podejść do tej próby z sympatią, szczególnie gdy będą pojawiać się obrazowe analogie.

Bibliografia:

- Bagińska E., *Teoria odpowiedzialności częściowej (proportional liability) jako koncepcja sprawiedliwego rozłożenia ciężaru odpowiedzialności deliktowej – wprowadzenie do problematyki*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 35, s. 51–64.
- Biga T., *Przyczynowość w Szkole Lwowsko-Warszawskiej*, „Filozofia Nauki” 1944, nr 2, s. 69–81.
- Cunningham G., *Review: Justinian's Digest 9.2.51. in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*. By Wolfgang Ernst, „Cambridge Law Journal” 2020, 80 (1), s. 197–200.
- Dajczak W., *Zobowiązania* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 463–602.
- Dybowski T., *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy?*, *Palestra* 1961, nr 5/6, s. 76–83.
- Dybowski T., *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy? (dokończenie)*, „Palestra” 1961, nr 5/7, s. 13–36.
- Gerkens J.-F., *Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon* (recenzja), „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge-

21 G. Cunningham, *Review: Justinian's Digest 9.2.51. in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*. By Wolfgang Ernst, „Cambridge Law Journal” 2020, nr 80 (1), s. 197–200.

- schichte: Romanistische Abteilung” 2021, t. 138, nr 1, s. 691–698.
- Giaro T., *Henryk Kupiszewski (13.1.1927–3.4.1994)*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung” 1995, t. 112, nr 1, s. 737–739.
- Kaliński M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza* (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018.
- Krupa-Lipińska K., *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020.
- Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013.
- Lipkind D., *Russell on the Notion of Cause*, „Canadian Journal of Philosophy” 1979, t. 9, nr 4, s. 701–720.
- Wróblewski S., *Powszechny austriacki kodeks cywilny*, t. 2, Kraków 1918.

