



Spis treści

ARTYKUŁY

- Wojciech Dajczak*
- 3 **Czy ten, kto zwyciężył B, zwycięża tego, kogo B zwyciężył?**
Jedno z pytań o algorytmizację prawa w świetle europejskiej
tradycji prawnej
- Anna Krzynówek-Arndt*
- 20 **Związanie sumieniem a granice władzy sędziowskiej w kontekście**
normatywnych modeli sądowego stosowania prawa
- Wojciech Ciszewski*
- 36 **Czy wolność uprawnia do dyskryminowania?**
Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi
- Kamil Sorka*
- 54 **Interpolacje „Digestów” justyniańskich. Rys historyczno-metodologiczny**
- Aleksandra Nieprzecka*
- 69 **Wyrok w sprawie Ratko Mladicia na tle dotychczasowego orzecznictwa**
Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii
- Dominika Szafran*
- 84 ***Anti-suit injunctions* w świetle polskiego oraz europejskiego**
prawa procesowego

GŁOSA

- Paweł Rafałowicz*
- 92 **Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2017 r.,**
II CSK 844/16

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

- 1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).
- 2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 znaków.
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Głosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przysyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

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.

„Forum Prawnicze” – czasopismo naukowe Open Access 2017–2018. Zadanie finansowane w ramach umowy 572/P-DUN/2017 ze środków Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego przeznaczonych na działalność upowszechniającą naukę.



FORUM PRAWNICZE

Numer 5(43) | 2017
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

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

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński

prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)

prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński

prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski

prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indjany (USA)

prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)

prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski

prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa

prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

prof. Jerzy Pisuliński – Uniwersytet Jagielloński

prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski

prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński

prof. Andrzej Skoczylas – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński

prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński

prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu

ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

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

Sekretarz redakcji: dr Jan Andrzejewski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

mgr Michał Derek – Uniwersytet Jagielloński

Redaktorzy tematyczni:

ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński

prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski

dr hab. Adam Szafrński – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski

prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Anna Kowalik

Skład: Janusz Swinarski

Korekta streszczeń: Christopher Whyatt

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 © 2018 Uniwersytet Jagielloński

Czy ten, kto zwyciężył B, zwycięża tego, kogo B zwyciężył? Jedno z pytań o algorytmizację prawa w świetle europejskiej tradycji prawnej



Wojciech Dajczak

Profesor nauk prawnych na Wydziale Prawa i Administracji UAM w Poznaniu. Zajmuje się prawem rzymskim, historią i komparatystyką prawa prywatnego, a w tym kontekście także historią i inspiracjami interpretacji prawniczej. Redaktor naczelny „Forum Prawniczego”.

✉ dajczak@amu.edu.pl

If One Who is Ahead of B will Overcome This Who was Defeated by B? One Question to the Algorithmization of Law in the Light of the European Legal Tradition.

The title refers to the Latin maxim *si vinco vincentem te, vinco te ipsum* which was introduced into legal reasoning by late medieval jurists and applied widely in legal debate till the 18th century. Calling competitors mentioned in the maxim by the letters A, B, C, we do obtain the following series: $A > B$, $B > C$, hence $A > C$. However, in legal debate the application of the maxim has been detected in a perplexed case which represents the series $A > B > C$ but $C > A$. The discussion of *ius commune* jurists concerning the application of the maxime has some features similar to the debate in natural science. A leader in such a style of legal reasoning was Leibniz. Consequently, this debate is perceived and presented as a test of the possibility of the algorithmization of legal reasoning in specific issues of the conflict of rights. The paper concludes with a recommendation of how this legal experience can inspire the designing of expert programs that can support legal documents in electronic format.

1. Wprowadzenie

Postawione w tytule pytanie można zapisać w formie algorytmu $A > B$ i $B > C$, stąd $A > C$. Jego treść oddaje maksyma *si vinco vincentem te, vinco te ipsum* (jeśli zwyciężam zwyciężającego ciebie, to zwyciężam i ciebie samego), wprowadzona w średniowie-

czu do dyskusji prawniczej. Do wieku XVIII była ona wyraźnie obecna w argumentacji prawniczej¹. Gottfried W. Leibniz – jeden z prekursorów idei inspirowania

1 Zob. J. Knipppius, *Disputatio inauguralis de Victo Vincente*, Halae Magdeburgicae 1704, s. 5. W XVIII-wiecz-

się matematyką w prawie² – uczynił ją ważnym elementem swoich rozważań nad metodą rozwiązywania tzw. przypadku wątpliwego (*casus perplexus*)³. Dziś nie jest przypominana w popularnych zbiorach łaciń-

na ten temat była elementem argumentacji odwołującej się do schematów określanych jako topika, które wspierały poszukiwanie racjonalnych i sprawiedliwych rozwiązań konkretnych problemów prawnych. Utrata



Postawione w tytule pytanie można zapisać w formie algorytmu $A > B$ i $B > C$, stąd $A > C$.

skich paremii prawniczych⁴. We współczesnej refleksji nad wczesnonowożytną argumentacją prawniczą jest przykładem ilustrującym ograniczenia logicznego rygoryzmu z uwagi na okoliczności przypadku⁵. Tytułowa maksyma może być zatem postrzegana jako test możliwości algorytmizacji argumentacji prawniczej w odniesieniu do szczególnej kwestii konkurencji uprawnień. Ograniczona, ale tak wyraźna refleksja

nym tytule jest błąd prawdopodobnie drukarski. Powinno być: *de vinco vincente*.

- 2 Uczynił to w swoim doktoracie z prawa *De casibus perplexis*, który obronił w listopadzie 1666 r. na uniwersytecie w Altdorf. Była to praca kończąca jego bezpośredni związek z prawem, a poprzedzająca odkrycia matematyczne. Na jego zainteresowania wykorzystaniem inspiracji matematycznych w prawie wskazuje to, że po ukończeniu studiów filozoficznych w Lipsku studiował przez semestr w Jenie prawdopodobnie dlatego, by uczestniczyć w wykładach inspirującego go matematyka Erharda Weigla, oraz to, że krótko po ukończeniu studiów prawniczych, wiosną 1666 r. opublikował pracę *Dissertatio de Arte Combinatoria*. Zob. M.R. Antognazza, *Leibniz. An Intellectual Biography*, Cambridge 2009, s. 58–62.
- 3 G.W. von Leibniz, *De casibus perplexis in iure*, Altdorf 1666. Korzystam z tekstu łacińskiego w wyd. dwujęzycznym: G.W. von Leibniz, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, przeł. i oprac. C.M. de Iuliis, Milano 2014, s. 3–24.
- 4 Zob.: A. Dębiński, K. Burczak, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2013; D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 2007; R. Domingo, B. Rodriguez-Antolin, J. Ortega, *Principios de derecho global. Aforismos jurídicos comentados*, Pamplona 2003.
- 5 P. Boucher, *Inductive Topics and Reorganization of Classifications* (w: *Approaches to Legal Rationality*, eds. M. Gabbay, P. Canivez, S. Rahman, A. Thiercelin, Dordrecht 2010, s. 67–69.

popularności owej maksymy w argumentacji prawniczej zbiegła się w czasie z przełomem hermeneutyki prawniczej, jaki dokonał się w ciągu XVIII i XIX stulecia⁶. Jego wyrazistym przykładem jest systematyczne opracowanie rodzajów wykładni⁷ przez Friedricha K. Savigniego, które jest kontynuowane jednoznacznie, choć niejednomyślnie w stosowaniu skodyfikowanego prawa⁸. Od końca wieku XX dostrzegalne są jednak obiektywne znamiona procesu dekodyfikacji, tj. utraty przez kodyfikację stabilności i pozycji mającej gwarantować przewidywalność rozstrzygnięć z zakresu prawa prywatnego⁹. Towarzyszy temu spostrzeżenie, iż dygitalizacja prawa zmienia sposób myślenia prawniczego¹⁰, jak i teza, że w dyskusji o nowym ładzie prawa prywatnego tradycja prawna dostarcza argumentów na rzecz wzrostu jego elastyczności¹¹.

- 6 Zob.: J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 62; Ch. Baldus, *Gesetzgebung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts* (w: *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Hrsg. K. Riesenhuber, wyd. 2, München 2010, s. 45.
- 7 F.K. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840, s. 213–215.
- 8 Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 73.
- 9 Zob. np.: N. Irti, *L'età della decodificazione*, Varese 1979, s. 22 i n.; H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005, s. 262.
- 10 F. Longchamps de Bérrier, *Myślenie dekodyfikacyjne a zjawisko dekodyfikacji* (w: *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, red. tegoż, Warszawa 2017, s. 281.
- 11 W. Dajczak, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2 (10), s. 22.

Zestawienie poczynionych uwag z prognozami wzrostu znaczenia narzędzi informatycznych także dla rozstrzygania problemów prawnych¹² skłania, aby zapytać, czy i jak stojące za wskazaną maksymą doświadczenie może wzbogacić dyskusję o algorytmizacji rozwiązywania problemów z zakresu prawa prywatnego.

2. Początki maksymy – od słusznościowej intuicji do quasi-algorytmu

W argumentacji prawników rzymskich *ratio decidendi* najbliższą do rozważanej maksymy spotykamy we fragmencie z dzieła Cerwidiusza Scewoli, jednego z czołowych prawników rzymskich drugiej połowy II w. po Chr. Tekst dotyczy doliczania okre-

średniowiecznych prawników. Jej obraz – dostępny nam z przekazów – pozwala przypuszczać, że rzymska *ratio* była nie tyle źródłem, co raczej potwierdzeniem reguły *si vinco vincentem te, vinco te ipsum*. W dyskusji prawniczej spotykamy tę *ratio decidendi* po raz pierwszy w wyjaśnieniach żyjącego na przełomie XII i XIII stulecia glosatora Azona z Bolonii do jednej z konstytucji Justyniana. Cesarz uznał w niej, że rozstrzyganie konkurencji między wierzycielami w oparciu o pierwszeństwo co do czasu jest modyfikowane w interesie skuteczności późniejszej wierzitelności żony o zwrot posagu¹⁵. W takim kontekście glosator zauważył, że gdy wyjdziemy poza kryterium kolejności czasowej¹⁶, maksyma *si vinco vincentem te, vinco te ipsum* nie będzie miała zastosowania¹⁷.



Tytułowa maksyma może być postrzegana jako test możliwości algorytmizacji argumentacji prawniczej w odniesieniu do szczególnej kwestii konkurencji uprawnień.

sów posiadania przez różne osoby. Dopuszczalność takiego doliczania w konkretnych przypadkach jurysta opierał na słuszności (*sola aequitas*)¹³. Jako taki przypadek prawnik uznał dodanie czasu posiadania rzeczy przez dłużnika w interesie wierzyciela, który otrzymał ją w zastaw nie wprost od posiadacza, ale od niespłaconego zastawnika posiadacza. Ogólne odwołanie do słuszności zostało tu wzmocnione logicznym stopniowaniem pozycji. Skoro drugi wierzyciel jest lepszy (*potior*) od pierwszego, to dużo bardziej (*multo magis*) powinien przewyższać (*superaturus*) posiadacza¹⁴. Fragment ten włączony do justyniańskich Digestów stał się przedmiotem dyskusji późno-

W zakończeniu rozważań rozwijających zasadność tego odstępstwa w świetle rzymskich źródeł Porcius Azo wyjaśnił, że maksyma nie obowiązuje w sposób bezwzględny¹⁸. Jako prawdopodobny przypadek jej trafności wskazał sumowanie czasu posiadania, czego dotyczył tekst Scewoli¹⁹.

12 R. Susskind, *Koniec świata prawników? Współczesny charakter usług prawniczych*, przeł. W. Sztukowski, Warszawa 2010, s. 25 i n.

13 D. 44,3,14pr.

14 D. 44,3,14,3.

15 C. 8,17 (18), 12.

16 P. Azo, *Summa locuples iuris civilis thesaurus*, Venetiis 1584, szp. 831 (VIII, *qui potiores*, 15): *Creditoris, qui prior est tempore, potestas quanta sit*.

17 Tamże, szp. 831 (VIII, *qui potiores*, 16): *Regulam, si vinco vincentem te, vinco te, non habere locum in quibusdam casibus*.

18 Tamże, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16): *nec nam necessario concludit illud arg. ego vincum te et tu vincis illum, ergo debere vincere illum*.

19 Tamże, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16): *Probabile tamen est ut de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum* (D.44,3).

Precyzując obraz początków maksymy przypominającej algorytm, można stwierdzić, że została wprowadzona – na wzór modelu znanego choćby z *Broccardia Azona*²⁰ – jako element zbioru argumentów pomagających rozwiązywać problemy otwartego porządku prawnego. Punktem wyjścia było uzna-

3. Określanie i uzasadnianie granic stosowania maksymy w *ius commune*

Azon, nawiązując co najmniej terminologicznie do scholastycznego probabilizmu²¹, uznał maksymę za *probabilis*, gdy znajdowała potwierdzenie w autorytacie rzymskich źródeł²². Akceptację argumentacyj-



Precyzując obraz początków maksymy przypominającej algorytm, można stwierdzić, że została wprowadzona – na wzór modelu znanego choćby z *Broccardia Azona* – jako element zbioru argumentów pomagających rozwiązywać problemy otwartego porządku prawnego.

nie potencjalnie szerokiego zastosowania maksymy, a także dostrzeżenie granic jej stosowania w oparciu o konfrontację z rzymskimi źródłami. Tak wytyczone kierunki refleksji o maksymie stały się elementem dyskusji prawników *ius commune* po wiek XVIII. Trwale była ona powiązana ze źródłami rzymskimi, ale przestała się do nich ograniczać. Spojrzenie na to doświadczenie prawnicze z dzisiejszej perspektywy można zatem ująć w pytanie o sposób wytyczenia granic algorytmicznego rozwiązania problemu prawnego w złożonej rzeczywistości społecznej.

nego waloru maksymy wyrażało określanie jej w *ius commune* – adekwatnie do dominujących w różnym czasie metod prawniczych – jako powszechnie znanej subreguły (*vulgaris subregula*)²³, wspólnego aksjomatu wszystkich uczonych (*doctorum omnium axioma commune*)²⁴, bardzo znanej (*celeberrima regula*)²⁵ czy zgodnej z naturalnym rozumem (*conformis naturali rationi*)²⁶. Więcej uwagi prawników *ius commune* zajmowała kwestia zakresu stosowania maksymy. Zmiany metod prawniczych powodowały, że stałemu wspieraniu się rzymskimi źródłami towarzyszyło wprowadzanie nowych elementów falsyfikowania uniwersalności paremii, a następnie określania granic jej stosowania. To doświadczenie prawnicze można

20 W XVI-wiecznej pracy poświęconej argumentacji prawniczej (Cl. Prateo, *Regulae generales iuris*, Lugduni 1589, s. 162) omawiana maksyma została wskazana jako reguła, której ograniczenia są podobne do ograniczeń argumentu *ubi quod minimum est prohibetur, id quod maius est vetatur* (gdzie niedozwolone jest mniej, tam tym bardziej zakazane jest więcej) i *cum id quod maius est, conceditur, quod minus est non vetatur* (gdy dozwolone jest więcej, to nie jest zakazane mniej) wskazanych przez Azona w 46 rubryce *Broccardia*; P. Azo, *Broccardia sive generalia iuris*, Basileae 1567, s. 420–422 (rub. XLVI).

21 Zob. R. Schüssler, *Scholastic probability as rational assertability: the rise of theories of reasonable disagreement*, „Archiv für Geschichte der Philosophie” 2014, nr 96, s. 151–284.

22 P. Azo, *Summa...*, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16).

23 Cl. Prateo, *Regulae...*, s. 162 (II, 718).

24 J. del Castillo Sotomayor, *Quotidianarum controversiarum iuris liber*, Lugduni 1658, s. 460 (lib. III, cap. 30).

25 G.W. von Leibniz, *De casibus...*, XXI.

26 J. Knippius, *Disputatio...*, s. 13.

syntetycznie przedstawić, wyodrębniając dwie grupy argumentów.

3.1. Argumenty wyłączające stosowanie maksymy

Omawianą maksymę spotykamy w rozważaniach Azona dotyczących justyniańskiej konstytucji, której zasadniczym tematem jest wyjaśnienie, że roszczenie kobiety o zwrot posagu ma pierwszeństwo także względem „tych wierzycieli męża, których uprawnienie powstało wcześniej”²⁷. Możliwość przełamania zasady zaspokajania wierzycieli adekwatnie do czasu powstania ich uprawnień (*qui prior est tempore*) została w głosie potwierdzona dodatkowo przykładem z justyniańskich Digestów²⁸, gdzie trzeci w kolejności wierzyciel wygrał z przyczyn formalnych spór o kolejność zaspokojenia z pierwszym wierzycielem²⁹. Korzystając z jeszcze innego fragmentu justyniańskich Digestów³⁰, Azon pokazał, że ograniczenie stosowania maksymy „jeśli zwyciężam tego, kto ciebie zwycięża, tym samym zwyciężam ciebie” (*si vinco vincentem te, vinco te ipsum*) może wynikać nie tylko z przełamania zasady „kto lepszy co do czasu, ten lepszy co do prawa” (*prior tempore, potior iure*), ale także z odmiennego pierwszeństwa dziedziczenia w obowiązujących obok siebie porządkach spadkobrania opartych na uchwale senatu (*S.C. Tertullianum*) i na edykcie pretorskim³¹. Wyodrębnione w ten sposób teksty z justyniańskiej kompilacji stały się fundamentem falsyfikowania omawianej maksymy z powołaniem na autorytet prawa rzymskiego. Przywołane teksty z Digestów pomogły glosatorowi pokazać plastycznie, że oparta na rzymskich tekstach falsyfikacja nie prowadzi do nowego, jasnego rankingu trzech uprawnień, ale trudnej do uchwycenia przechodniości pierwszeństwa (*res in circulo*)³². Opisując to w nawiązaniu do podanego na

wstępie algorytmu, można oddać istotę podniesionego w głosie problemu symbolami:

$$A > B, B > C, C > A$$

Dostrzeżenie takiej natury problemu znalazło odbicie w sięgnięciu po nowe argumenty wyrażające ułomność quasi-algorytmicznej maksymy czytelniej i ogólniej od antycznych tekstów. Azon odwołał się tu do klarowanego w feudalnej rzeczywistości stwierdzenia, iż jako wasal nie muszę służyć panu, którego wasalem jest mój zwierzchnik³³, oraz do zdroworozsądkowego *dictum*: „jeśli ja lubię ciebie, a ty lubisz tamtego, to z tego nie wynika, że ja lubię tamtego”³⁴. Taka falsyfikacja uniwersalności maksymy, oparta na odwołaniu się do potocznych wyobrażeń i zdrowego rozsądku upowszechniła się w XIII-wiecznej nauce glosatorów³⁵. W późniejszym *ius commune* została ona rozwinięta. Przykładowo Bartolus de Saxoferrato (1313/14–1357), wybitny komentator tłumaczył obrazowo wyłączenia powszechnego stosowania maksymy jako analogiczne do rozumowania, zgodnie z którym, gdy jeden przewyższa drugiego w rachunkach, to z tego nie można wnioskować, że jest lepszy od tego, który pokonał drugiego w walce. Posłużył się też przykładem wskazującym, że pokonany w grze przez konkretną osobę może w takiej samej grze pokonać tego, kto zwyciężył tę osobę³⁶. Opublikowane po raz pierwszy na początku XVI wieku popularne dzieło poświęcone argumentacji prawniczej Nicolausa Everarda także nawiązywało do gry – w tłumaczeniu ograniczeń

Paulusa przekazany w D. 38,17,5 pokazuje problem ustalenia kolejności wynikający z tego, że według *S.C. Tertullianum* ojciec dziecka wyprzedzał jego matkę, ale ta miała pierwszeństwo nad dziadkiem agnacyjnym. Natomiast według drugiej klasy edyktu pretorskiego (*unde legitimi*) dziadek agnacyjny wyprzedzał matkę spadkodawcy.

27 C. 8,17 (18),12. Azon uwzględnił w głosie także dotyczącą tego tematu konstytucję Justyniana zachowaną w zbiorze Nowel (Nov. 97,3).

28 D. 20,4,16 (Paul.).

29 P. Azo, *Summa...*, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 15).

30 D. 38,17,5 (Paul.). Zob. P. Voci, *Diritto ereditario romano, parte speciale*, t. 2, Milano 1963, s. 28.

31 P. Azo, *Summa...*, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16).

32 Tamże. We fragmencie zachowanym jako D. 20,4,16 Paulus wyjaśniał, że wyrok między pierwszym a trzecim wierzycielem nie rodził skutków wobec drugiego wierzyciela. Tekst

33 P. Azo, *Summa...*, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16): *si ego vasallum tuus sum et tibi debeo servire, tu autem vasallus est alterius non ideo teneor illi servire*.

34 Tamże, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16): *si diligo te, tu diligis illum non ideo diligo illum*.

35 Ilustruje to Akursjańska *Glossa ordinaria*, gl. ad D. 44,3,14,3 <debeat>. Zob. *Digestum Novum seu Pandectarum Iuris Civilis*, t. 3, Lugduni 1627, szp. 848.

36 Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria. In secundam Digesti Veteris partem*, Venetiis 1593, s. 139 (*Qui potiores in pignoris habeantur, l. Claudius*).

maksymy. Jurysta stwierdził, że nie zaakceptujemy jako przeszkody wymagalności przyrzeczenia zapłaty na rzecz zwycięzcy w grze tego, że przyrzekający nie uległ w grze z inną osobą³⁷. Oceniając tę grupę argumentów, możemy stwierdzić z dzisiejszej perspektywy, że nie dały one jeszcze czytelnego oparcia, by stwierdzić, kiedy następuje przejście od zgodnego z maksymą porządku opisanego wzorem:

$A > B$ i $B > C$ stąd $A > C$

– do sytuacji opisanej wzorem:

$A > B$, $B > C$ i $C > A$.

Bliższe określenie przyczyny takiego przejścia można dostrzec w dyskusji precyzującej kryteria stosowania maksymy.

określić hierarchię zwycięstw. Podobnie Bartolus de Saxoferrato zwrócił uwagę w swoim komentarzu, że gdy w relacjach między trzema podmiotami chodzi o różną korzyść (*utilitas, commodus*), to wyznaczająca ranking maksyma nie ma zastosowania³⁹. Uchwycony w ten sposób związek stosowania quasi-algorytmicznej maksymy z jakąś tożsamością relacji między trzema podmiotami był w późniejszym *ius commune* potwierdzany zarówno odniesieniami do *causa, ratio*⁴⁰ lub *utilitas*, jak i nowymi formułami wymagającymi występowania tej samej siły (*eadem vis*)⁴¹ czy też godności (*dignitas*) nie większej od godności pierwszego zwyciężającego⁴², czy tego samego rodzaju zwycięstwa (*eodem genere vincendi*)⁴³. Ta powtarzana przez stulecia prawnicza intuicja została przedstawiona przez



Praktyczny sens dyskusji o kryteriach wytyczających zakres stosowania maksymy znajduje potwierdzenie w fakcie, że możemy ją śledzić od pierwszej połowy XIV wieku, gdy oparta na rzymskich tekstach nauka zyskała wymiar praktyczny.

3.2. Kryteria precyzujące granice stosowania maksymy

Praktyczny sens dyskusji o kryteriach wytyczających zakres stosowania maksymy znajduje potwierdzenie w fakcie, że możemy ją śledzić od pierwszej połowy XIV wieku, gdy oparta na rzymskich tekstach nauka zyskała wymiar praktyczny. Oldrado da Ponte (zm. po 1337 r.) w jednej z opinii (*consilium*) wyjaśnił, że maksyma „jeśli zwyciężam tego, kto ciebie zwycięża, tym samym zwyciężam ciebie” ma zastosowanie, gdy przyczyny (*causae*) lub *rationes* obu zwycięstw są tego samego rodzaju. Wówczas należą do tego samego porządku³⁸, a to pozwala w konsekwencji

Leibniza w sposób bliższy naukom ścisłym. Uczony wskazał, że omawiana maksyma sprawdza się konsekwentnie w odniesieniu do relacji określonych (*relationes determinatae*), czyli takich, w których pozycję można wyznaczyć ilościowo, co oznacza na przykład, że „dwukrotność dwukrotności nie jest po prostu

39 Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria...*, s. 139.

40 N. Everardi, *Loci...*, s. 469; H. Donellus, *Opera omnia*, t. 9, *Commentari absolutissimi ad II, III, IV, VI et VIII libros Codicis Justinianeae*, Lucae 1766, szp. 1125 (ad tit. XVIII, lib. VIII, *De his qui in pignorem*);

41 L. Pontano, *Consilia sive Responsa*, Venetiis 1569, s. 314 (cons. CCCCXXXVI).

42 Cl. Prateo, *Regulae...*, 163.

43 J. del Castillo Sotomayor, *Quotidianarum controversiarum...*, cap. XXX, 4.

37 N. Everardi, *Loci argumentorum legales*, Lugduni 1579, s. 469.

38 Oldrado da Ponte, *Consilia seu responsa et quaestiones aureae*, Venetiis 1570, s. 84 (con. CXCVIII, 6).

dwukrotnością, ale czterokrotnością⁷⁴⁴. Natomiast nieadekwatne do aksjomatycznego stosowania maksymy relacje nieokreślone (*relationes indeterminatae*) zostały wyjaśnione jako losowe. Leibniz zilustrował je przykładami znanymi z *ius commune*⁴⁵ oraz odwołaniem do prawdy fizycznej, zgodnie z którą uderzenie jednego kamienia w drugi nie zawsze spowoduje, iż ten uderzy w kolejny⁴⁶. Postęp w formalizowaniu zakresu stosowania maksymy widać w końcu w poświę-

wianą regułą można odczytać jako potwierdzenie jej użyteczności i wagi praktycznej. Źródła XVII-wieczne pozwalają nadto dostrzec w tym kontekście formalne podobieństwa do argumentacji właściwej ówczesnej fizyce i matematyce. To inspiruje, by postawić dwa kolejne pytania: jak przedstawia się doświadczenie dyskusji o metodzie rozstrzygania przypadków, co do których wyłączono stosowanie maksymy? Czy w kontekście XVII- i XVIII-wiecznych tendencji do

Niepewność co do tego, jak rozstrzygnąć konkurencję trzech uprawnień, gdy omawiana maksyma nie ma zastosowania, syntetycznie wyraża określanie tego stanu jako przechodniego pierwszeństwa (*res in circulo*).

conej jej monografii z początku XVIII stulecia. Znane z wcześniejszego *ius commune* łączenie tego zakresu z tożsamością rodzaju (*genus*), porządku (*ordo*), miary (*media*), okoliczności (*accidens*), stopnia (*gradus*), przyczyny (*ratio*) lub siły (*virtus*) w relacji między trzema podmiotami zostało sprecyzowane przez Johanna Knippiusa jako granica (*limes*) wyznaczona istnieniem jednolitej podstawy ich porównywania (*fundamentum comparationis*)⁴⁷. W konsekwencji wyjście poza wspólny punkt odniesienia (*tertium comparationis*) wymagało już oderwanego od reguły sposobu rozstrzygnięcia konkurencji uprawnień⁴⁸.

Przedstawioną tendencję w dyskusji jurystów *ius commune* ku jednoznaczności w operowaniu oma-

matyzacji metody prawniczej poszerzenie teoretycznej refleksji o omawianej paremii przyczyniło się do poszukiwania jakichś regularności poza zakresem jej prostego, algorytmicznego stosowania? Rozpoznamy od pierwszego z nich.

4. Poszukiwanie metody rozstrzygnięcia, gdy maksyma nie znajdowała zastosowania

Niepewność co do tego, jak rozstrzygnąć konkurencję trzech uprawnień, gdy omawiana maksyma nie ma zastosowania, syntetycznie wyraża określanie tego stanu jako przechodniego pierwszeństwa (*res in circulo*)⁴⁹ i podkreślanie jego nieuchronności⁵⁰. Praktyczny wymiar tej niepewności dobrze ilustrują dwa teksty z justyniańskich Digestów wskazane

44 G.W. von Leibniz, *De casibus...*, XXI: ...duplum dupli non est duplum simpli sed quadruplum.

45 Zob. tamże: ...amicus amici meus amicus non statim est (...) neque libertus liberti mei meus libertus est.

46 Tamże.

47 J. Knippius, *Disputatio...*, s. 15.

48 Tamże, s. 15: *Quoties enim extra tertium comparationis elabatur toties diversitas iuris adest, et regula nostra non procedit.*

49 Por. P. Azo, *Summa...*, szp. 834 (VIII, *qui potiores*, 16).

50 Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria...*, s. 139: ...circuit indissolubilis; Baldus de Ubaldis, *Commentaria in sextum Liberum Codicis*, Lugduni 1585, s. 202 (IX,4): ...quod non causa evitandi circuitus; G.W. von Leibniz, *De casibus...*, XX: *in circulo autem principium et finis est*; J. Knippius, *Disputatio...*, s. 15: ...perpetuusque manet circulus.

przez Azona w ramach falsyfikacji uniwersalności omawianej maksymy. Pierwszy to fragment z trzeciej księgi *Quaestiones* żyjącego na przełomie II i III w. po Chr. Paulusa⁵¹. Jurysta omawiał przypadek, gdy grunt został obciążony zastawem umownym na rzecz trzech wierzycieli, z których jednego jurysta nazywa Eutychem, drugiego Turbonem. Imienia trzeciego nie znamy. Dla prostoty opisu określam ich literami A, B i C. Zastaw ustanowiono najpierw na rzecz A, później na rzecz B i najpóźniej na rzecz C. Między A i C doszło do procesu o kolejność zaspokojenia ich należności z gruntu, który C wygrał. Wyrok był

ły senatu nazwanej *Tertullianum*. W oparciu o nią matka otrzymała prawo dziedziczenia po dzieciach. W tym dziedziczeniu opartym na pokrewieństwie naturalnym (*cognatio*) miała pierwszeństwo przed uprawnionym do dziedziczenia w oparciu o pokrewieństwo prawne (*agnatio*)⁵⁴. Złożoność omawianego przez Paulusa przypadku wynikała z tego, że choć matka spadkodawcy (dalej: A) w dziedziczeniu opartym na uchwale senatu wyprzedza agnacyjnego dziadka spadkodawcy (B) i tym bardziej podległego jego patronatowi ojca spadkodawcy (C)⁵⁵, to jednak zgodnie z edyktem pretorskim powołanym do dziedziczenia



Hugo Donellus, nowożytny prekursor idei systemowego uporządkowania prawa, zauważył, że gdy stwierdzamy niemożliwość zastosowania maksymy *si vinco vincentem te, vinco te ipsum*, to stajemy wobec niejasnego przypadku.

prawdopodobnie wadliwy, bo jurysta tłumaczy powstanie stanu rzeczy osądzonej niewniesieniem apelacji. Paulus wyjaśnił także, że stan rzeczy osądzonej dotyczy tylko relacji między A i C. W konsekwencji B w żaden sposób (*nullo modo*) nie może powołać się na wydany wyrok, by uzasadnić pierwszeństwo swojego uprawnienia względem A. Powstała sytuację można zatem opisać wzorem:

$A > B > C > A$

Rzymski jurysta nie odpowiedział, jaka powinna być w tym przypadku kolejność zaspokojenia tych trzech wierzycieli. Drugi przykład pochodzi z dzieła Paulusa⁵² poświęconego uchwale senatu *Orfitianum*⁵³. Rozważany w tekście problem dotyczy jednak uchwa-

był ojciec spadkodawcy (C), a nie matka (A). Dziedziczenie dziadka w oparciu o edykt pretorski wynikało z pokrewieństwa prawnego i dlatego wyprzedzało tu uprawnienie syna (C)⁵⁶. Oddaje to wzór:

$A > B > C$ i $B > C > A$

W tym przypadku antyczny jurysta rozstrzygnął wątpliwość. Uznał, że stosowanie uchwały senatu jest wyłączone (*desinit senatus consultum locus esse*) i potwierdził uprawnienie spadkowe dziadka (B). Rozstrzygnięcie jurysty polegało tu na wyłączeniu pierwszego porządku dziedziczenia i przyjęciu za podstawę porządku drugiego – z uwzględnieniem stałej w obu z nich relacji pierwszeństwa dziadka przed synem ($B > C$).

Brak rozwiązania problemu przechodniego pierwszeństwa w pierwszym z przypadków i arbitralne

51 D. 20,4,16.

52 D. 38,17,5.

53 D. 38,17,9 (Gai.) Uchwała ustaliła, że w dziedziczeniu po matce dzieci mają pierwszeństwo przed osobą, której władzy podlegają. Zob. też P. Voci, *Diritto...*, s. 18, przyp. 3.

54 D. 38,17,2,17 (Ulp.).

55 Zob. P. Voci, *Diritto...*, s. 28.

56 Zob. Tamże.

przypisanie pierwszeństwa w drugim z przypadków potwierdzają trudność uchwyconego przez glosatorów problemu przechodniego pierwszeństwa uprawnień. Pokazują, że tej trudności nie można było przezwyciężyć schematem argumentacyjnym przejętym z rzym-

na aspekt słusznościowy. Stwierdził on, iż przywileje przyznane przez władcę lub ustawę powinny być tak interpretowane, by nikomu nie wyrządzić bezprawia (*nemini iniuriam inferant*) i wybierać to, co jest słuszniejsze (*ut aequior humaniorque sit*)⁶⁰. U autorów



Juryści bliscy praktyce tzw. prawa rzymsko-saskiego wyjaśniali, że w takich sytuacjach rozwiązanie konkurencji uprawnień należy pozostawić opartej na poczuciu dobra i słuszności (*ex aequo et bono*) ocenie sędziego.

skich źródeł. Niesie to za sobą pytanie o metodę rozstrzygnięcia konkurencji uprawnień niedających się uporządkować algorytmicznie za pomocą omawianej reguły. Źródła pozwalają śledzić ogólniejszą refleksję na ten temat od wieku XVI. Hugo Donellus, nowożytny prekursor idei systemowego uporządkowania prawa, zauważył, że gdy stwierdzamy niemożliwość zastosowania maksymy *si vinco vincentem te, vinco te ipsum*, to stajemy wobec niejasnego przypadku⁵⁷. W powiązaniu z pierwszym ze wskazanych tekstów Paulusa (D. 20,4,16) określił widoczną w nim swobodę oceny jako powszechnie przyjętą i zgodną z oczywistą słusznością⁵⁸. Jacobus Cujacius, współczesny Donellusowi przedstawiciel humanizmu prawniczego, omawiając wątpliwości co do kolejności zaspokojenia wierzytelności uprzywilejowanych wyłączających stosowanie omawianej maksymy⁵⁹, zwrócił uwagę

XVII i początku XVIII stulecia powtarzają się ogólne już uwagi na temat trudności znalezienia trafnego rozwiązania (*difficile est iustam rationem invenire*), gdy omawiana maksyma okazuje się niestosowna. Przykładowo jurysci bliscy praktyce tzw. prawa rzymsko-saskiego wyjaśniali, że w takich sytuacjach rozwiązanie konkurencji uprawnień należy pozostawić opartej na poczuciu dobra i słuszności (*ex aequo et bono*) ocenie sędziego. Wskazywali, że w jej ramach sędzia, opierając się na poczuciu dobra i słuszności, powinien wziąć pod uwagę położenie stron i rodzaj uprawnień przysługujących wierzycielom⁶¹. Wśród

uprzywilejowanych roszczeń o zwrot pieniędzy pożyczonych np. na budowę statków lub domów (Nov. 97, 3).

60 J. Cujacius, *Opera*, t. 10, *In Digesta seu Pandectas Justiniani Imperatoris Notae*, Neapoli 1722, szp. 316 (lib.III, cap. XIV).

61 Zob.: M. Berlich, *Conclusionum practicabilium. Pars prima*, Lipsiae/Jenae 1651, s. 477 (con. LXXII, 30): *...arbitrio iudicis decidendos reliqui debere, qui attentis circumstantiis facultatibus creditorum, eorumque qualitatibus et conditionibus ex aequo et bono arbitretur*; B. Carpzow, *Jurisprudentia forensis romano-saxonica secundum ordinem constitutionum Augustis Electoris Saxoniae*, Francofurti ad Moenum 1650, s. 307 (Const. XXVIII, def. CLXXV, 12) – powtarza jako trafną (*bene docet*) opinię Berlicha; J. Knippius, *Disputatio...*, s. 14: *Hinc ex aequo et bono pro ratione circumstantiarum materiam hanc esse iudicandam concludebant*.

57 H. Donellus, *Commentarii...*, szp. 1126 (ad tit. XVIII, lib. VIII, *Qui potiores*): *Res per se paulo obscurior exemplo plana fiet*.

58 Tamże: *... ea sententia quam statuimus, aperte defendatur et verbis huius legis et sententia et manifestae aequitate et praeterea communi sententia recepta sit*

59 Podstawą sporu były dwie wskazane wyżej konstytucje Justyniana. Problem dotyczył tego, czy zaspokojenie roszczenia żony o zwrot posagu mające pierwszeństwo względem zabezpieczonych wcześniejszych roszczeń (C. 8,17 (18),12) ma także pierwszeństwo względem zaspokojenia wcześniejszych,

refleksji, jak znaleźć trafne rozwiązanie konkurencji uprawnień, gdy maksyma *si vinco vincentem te, vinco te ipsum* jest nieadekwatna, wyróżniają się rozważania Gottfrieda W. Leibniza zawarte w jego prawniczym doktoracie, który obronił jako dwudziestolatek. Młody doktor wyróżniał się przełamaniem typowej konwencji dyskursu prawniczego i przyjmowaniem spojrzenia bliższego naukom ścisłym⁶². Podjął próbę racjonalizacji stanu konkurencji trzech uprawnień niedających się uporządkować za pomocą omawianej maksymy. Ujmując graficznie trzy uprawnienia jako wierzchołki trójkąta wpisanego w okrąg, zauważył, że w przypadku okręgu początek i koniec są konwencjonalne⁶³. Stąd – ujmując syntetycznie rozważania Leibniza – zaburzenie stosowania reguły wynikające z niejednorodności relacji między uprawnieniami można postrzegać albo jako wyznaczenie przez prawo innego punktu początkowego (np. przyznanie pierwszeństwa późniejszemu roszczeniu o zwrot posagu)⁶⁴, albo uznanie, że odmienne pierwszeństwa w poszczególnych relacjach się znoszą i to prowadzi do przyjęcia równości uprawnień jako punktu wyjścia w poszukiwaniu rozwiązania ich konkurencji⁶⁵. Następnie Leibniz dokonał analizy czterestu przypadków konkurencji trzech uprawnień, dających się wstępnie uporządkować według kryterium mierzalnego (np. czas, stopień pokrewieństwa), ale wymykających się zastosowaniu omawianej maksymy z uwagi na odstępstwa od jednorodności relacji. Ta analiza pokazała stosowanie obu wyróżnionych przez niego modeli rozstrzygania niepewności. Zestawiając wyniki tych rozważań, można stwierdzić, że Leibniz akceptował zmianę kolejności pierwszeństwa, gdy uznał ją za skutek jednoznacznego nakazu. Taką jednoznaczność przyjmował, gdy wynikała z postanowienia prawa statutowego

(saskiego)⁶⁶, szczególnej klauzuli towarzyszącej przyznaniu konkretnego uprawnienia⁶⁷ lub wyroku⁶⁸. Gdy prawo saskie znosiło uprzywilejowanie wynikające z rzymskiego prawa antycznego lub powszechnego, Leibniz uznawał przy wsparciu prawa statutowego kolejność wynikającą z kryterium mierzalnego (np. czas)⁶⁹. W pozostałym zakresie podchodził powściągliwie do zmiany rankingu uprawnień wynikającego z kryteriów mierzalnych. Kontrowersje *ius commune* co do zakresu uprzywilejowania przyjmował jako argument na rzecz rozstrzygania konkurencji według kryterium mierzalnego (np. czas)⁷⁰. Krytyczna ocena rzymskich rozwiązań przyznających wyłączność jednemu z konkurujących spadkobierców dała mu podstawę, by w oparciu o czyste i pewne prawo naturalne (*ius merum*) uznać równość zbiegających się uprawnień⁷¹. Gdy zmiana pierwszeństwa oderwana od kryterium mierzalnego wyłączała w całości pozostałe uprawnienia, to wątpliwość ustawała. Natomiast gdy taki skutek nie towarzyszył szczególnemu uprzywilejowaniu trzeciego uprawnienia względem pierwszego (sytuacja opisywana wzorem $A > B, B > C$ i $C > A$), można zauważyć otwartość Leibniza na rozwiązanie przypisujące pierwszeństwo uprawnieniu drugiemu (B) według kryterium mierzalnego (czas, ogólność) i wyznaczeniu kolejnych pozycji adekwatnie do szczególnego uprzywilejowania⁷².

Szkic ten pozwala dostrzec kilka intuicji młodego myśliciela co do miejsca omawianej maksymy przy rozwiązywaniu trudnych przypadków konkurencji

62 Na taką inklinację wskazuje wyrażona na początku pracy myśl, że słowo *casus* odbija pewne podobieństwo między poszukiwaniem wielkości figury geometrycznej a poszukiwaniem adekwatnego do sytuacji faktycznej prawa; zob. G.W. von Leibniz, *De casibus*..., II.

63 Tamże, XIX, XX: *...in circulo principium et finem autem est (...) tantum non natura*.

64 Tamże, XXIII: *...ab alia parte hoc obicitur*.

65 Tamże, XXIII: *...quia nullus alterum vincit in effectu, mutua victoria propriae non victoria, sed paritas appellatur*.

66 Tamże, XXX, XXXVII.

67 Tamże, XXVI.

68 Tamże, XXXII.

69 Tamże, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX.

70 Tamże, XXXIV, XXXV.

71 Tamże, XXIX.

72 Tamże, XXVI: *...Igitur ponetur secundus loco I^{mo}, tertius III^{do}, primus III^{mo}*; tamże, XXXII: *Decidendum igitur mero iure I^{mo} loco ponendum Secundum, II^{do} Tertium III^{mo} Primum*. W powiązaniu z omawianym tekstem Paulusa (D. 20.4,16) Leibniz dopuszczał korektę tego stanowiska i zachowanie pierwszeństwa opartego na kryterium mierzalnym (czas), gdy A działał we współdziałaniu z C (*si prima esset in possessione forte de consensu Tertii post rem iudicatam, nunquid non optime dicitur integro iure contra Secundum uti posse, necquicquam obstante res iudicata*).

uprawnień. Po pierwsze, składała się na nie inklinacja do wzrostu wagi omawianej maksymy poprzez sprecyzowanie i ograniczenie przyczyn powodujących zaburzenia rankingu uprawnień ustalanego za pomocą kryterium mierzalnego. Po drugie, zmianie pierwszeństwa z uwagi na szczególną cechę jednego

porządkującym konkurencję uprawnień. *Novum* młodego myśliciela polegało na poszukiwaniu – dla tego fragmentu argumentacji prawniczej – jakiejś regularności, tam gdzie doświadczeni juryści *ius commune* poprzestawali na ocenie okoliczności, opierając się poczuciu słuszności. Śmiałość i innowacyjność myśli



Zrekonstruowane intuicje Leibniza pokazują jasno, że nie proponował on ogólnej teorii, która prowadziłyby do zastąpienia niepewności wynikłej z odejścia od stosowania omawianej maksymy nowym łańcem porządkującym konkurencję uprawnień. *Novum* młodego myśliciela polegało na poszukiwaniu – dla tego fragmentu argumentacji prawniczej – jakiejś regularności.

z konkurujących uprawnień towarzyszyła idea ograniczenia niepewności widoczna w preferowaniu takiej nowej kolejności, która stanowi kompromis między kryterium mierzalnym (np. czas) a szczególnym uprzywilejowaniem wobec niektórych. Gdy punktem wyjścia był problem przedstawiony wzorem:

$A > B, B > C \text{ i } C > A$

to preferowane rozwiązanie w braku współdziałania A i C prowadziło do ustalenia kolejności:

$B > C > A$

Po trzecie, w przypadku braku akceptacji dla zmiany pierwszeństwa wynikającej z prawa rzymskiego i niemożliwości zbudowania rankingu przy użyciu kryterium mierzalnego Leibniz zastępował nieregularny i niejasny układ uprawnień w relacji przechodniej stanem ich równości. Można to wyrazić wzorem:

$A > B > C \text{ i } B > C > A \text{ stąd } A = B = C$

Zrekonstruowane intuicje Leibniza pokazują jasno, że nie proponował on ogólnej teorii, która prowadziłyby do zastąpienia niepewności wynikłej z odejścia od stosowania omawianej maksymy nowym łańcem

młodego Leibniza można interpretować jako konsekwencję przekonania o istnieniu wspólnych cech porządku prawnego opartego na naturalnej rozumności oraz porządku geometrycznym, wiary w możliwość znalezienia trafnego rozwiązania przy użyciu reguł uznanych rozumowo za naturalne⁷³. Taka matematyzacja spojrzenia na prawo pokazała, że potencjał argumentacyjny omawianej maksymy jest szerszy. Leibniz zwrócił uwagę na możliwości poszerzenia stosowania maksymy na niektóre trudne przypadki konkurencji uprawnień. Nadto pokazał, że krytyczna refleksja nad przyczynami przełamania tej maksymy porządkuje punkt wyjścia w poszukiwaniu rozwiązania trudnych przypadków konkurencji uprawnień. Prezentujący te myśli doktorat Leibniza był jednak młodzieńczym, ograniczonym w zakresie

73 Tamże, XI. Warto przypomnieć, że był to czas narodzin wizji młodego myśliciela, by zbudować dla boskiej chwały jedność podzielonej na różne sposoby społecznej rzeczywistości, zob. M.R. Antognazza, *Leibniz...*, s. 66.

oddziaływania przykładem matematyzacji myślenia o prawie. Powstaje zatem pytanie: czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie dokonana w XVII i XVIII wieku modernizacja metody prawniczej – przy wyraźnych inspiracjach ówczesnej matematyki – objęła refleksję nad dostrzeżonym przez Leibniza potencjałem omawianej maksymy?

5. Idea upowszechnienia maksymy w aksjomatycznym myśleniu prawniczym XVIII wieku

W dniu 20 września 1690 roku wydział Prawa Uniwersytetu Viadrina we Frankfurcie nad Odrą pod przewodnictwem Samuela Stryka przyjął *disputatio inauguralis* Johanna Knippiusa pod tytułem *De vinco vincentem*⁷⁴. Praca oceniona pod kierunkiem Stryka, który – jak stwierdza Franz Wieacker⁷⁵ – wytyczał tory praktycznej jursprudenckiej *usus modernus* na początku XVIII wieku, stanowi cenną podstawę źródłową, by odnieść się do postawionego wyżej pytania. Po przedstawieniu pojęcia i znaczenia reguł w prawie Knippius rozpoczął rozważania poświęcone maksymie *si vinco vincentem te, vinco et te ipsum* od podkreślenia jej aksjomatycznego charakteru. Określił ją jako zgodną z naturalnym rozumem⁷⁶, obowiązującą obiektywnie dlatego, że zgodnie z naturą jest prawdziwa⁷⁷. Powtórzona następnie myśl o ograniczonym zakresie stosowania maksymy łączy się w rozprawie z przejściem od typowych dla szkoły prawa natury aksjomatycznych założeń do stosunkowo obszernej analizy przypadków zorientowanych na praktykę *usus modernus*. Knippius odrębnie omówił czynności między żywymi (*De usu regulae in actibus inter vivos*)⁷⁸ i na wypadek śmierci (*de usu regulae in actibus ultimae voluntatis*)⁷⁹. Styl tych rozważań oddaje – moim zdaniem – dwie ich cechy. Po pierw-

sze, w ramach refleksji nad zakresem praktycznego stosowania maksymy pojawiły się stany faktyczne niespotykane wcześniej w tym kontekście. Na przykład jurysta pokazał, że omawiana reguła wskazuje rozwiązanie sporu między sprzedawcą a nabywcą wierzytelności kupującego, gdy sprzedawca wygrał z kupującym proces o to, czy odstąpienie od umowy było skuteczne⁸⁰. Innym przykładem są wywody Knippiusa wskazujące na użyteczność reguły przy interpretacji testamentów. Jako jedną z takich sytuacji omówił przypadek wątpliwości, której punktem wyjścia była dyspozycja ustanowienia dla syna, gdyby umarł w ciągu 30 lat, substytuta w osobie żony spadkodawcy, a jako jej substytuta – ubogich. Wątpliwość wynikała z faktu, że choć syn spadkodawcy zmarł w zakreślonym czasie, to zostawił po sobie syna, o którym nie było wzmianki w testamencie. Przyjęcie pierwszeństwa wnuka spadkodawcy nad ubogimi jurysta oparł na uznaniu szczególnej bliskości osób: syna i wnuka⁸¹, a następnie rozumowaniu, że skoro wnuk wykluczył wdowę, to tym bardziej wyklucza ubogich⁸². Drugą cechą rozważań Knippiusa jest łączenie mechanizmu stosowania maksymy z dorobkiem dogmatyki *ius commune*. Polegało to na pokazaniu możliwości szerokiego stosowania maksymy w przypadkach, gdy związek trzech podmiotów jest następstwem surogacji⁸³ lub sukcesji⁸⁴ uprawnień i obowiązków⁸⁵. Rozważania Johanna Knippiusa pozwalają zatem stwierdzić, iż potencjał omawianej reguły tkwiący w traktowaniu jej jako szerzej stosowanego quasi-algorytmu porządkującego i upraszczającego argumentację prawniczą był dostrzegany

80 Tamże, s. 31: *si ego venditor vinco vincentem primum emptorem multo magis vinco te, qui ius ex cessione praetendis.*

81 Tamże, s. 37: *...nepos et filius habentur pro eadem personam.*

82 Tamże, s. 37: *si nepos iste ex verosimili voluntate testatoris (...) excludit uxorem magis dilectam, multo magis debet excludere multo magis debet excludere peuperes minus dilectos.*

83 Tamże, s. 37: *illam non procedere, quando vincens non surrogatur in locum victi.*

84 Np. tamże, s. 34: *...si vinco patrem etiam vinco filium in locum patris succedentem.*

85 Istnienie związku między zakresem stosowania omawianej maksymy a skutkami substytucji i surogacji było dostrzegane już wcześniej, por. J. del Castillo Sotomayor, *Quotidianarum controversiarum...*, s. 461 (XXX, 5).

74 J. Knippius, *Disputatio...*, informacja na stronie tytułowej.

75 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, s. 220.

76 J. Knippius, *Disputatio...*, s. 13: *...est admodum conformis naturali rationi.*

77 Tamże, s. 13: *...istiusmodi regulae (...) qui ipsius naturae autor est, nec ab hominum opinione suspensa sunt, sed propria sua se veritate tuentur.*

78 Tamże, s. 15–36.

79 Tamże, s. 36–40.

w nauce *usus modernus* na przełomie XVII i XVIII stulecia. Natomiast w pracy Knippiusa – inaczej niż u Leibniza – nie znajdziemy żadnych poszukiwań ładu argumentacyjnego dla przypadków, gdy maksyma nie miała zastosowania. Podobieństwa w podejściu Leibniza i Knippiusa można łączyć z ogólną ideą aksjomatyzacji dorobku argumentacji prawniczej opartej na topice. Wskazana zaś odmienność między nimi pokazuje, że przejmowana od szkoły prawa natury w *usus modernus* pewna matematyzacja myślenia

inspiracji z matematyki. Ten nowy kierunek oznaczał podjęcie budowy porządku prawnego, w którym rozwiązywanie problemów następuje przez dedukcję z norm tworzących zamknięty system⁸⁷. Po drugie, zestawienie rozważań Leibniza i Knippiusa pozwala przypuszczać, że istotny postęp w zbudowaniu modelu szerszego operowania maksymą w argumentacji prawniczej był i jest niemożliwy bez pogłębienia refleksji nad częściowo matematycznymi intuicjami Leibniza. Za kluczowe wśród nich uważam: usuwa-

Zarzucenie w XVIII wieku idei upowszechnienia stosowania maksymy jako *de facto* algorytmu stanowiącego podstawę lub ogniwo argumentacji prawniczej w otwartym porządku prawnym łączyć można z innym, nowym kierunkiem czerpania prawniczych inspiracji z matematyki.

o maksymie nie łączyła się z pytaniem o możliwość postępu argumentacyjnego, który mógłby wynikać z matematycznego rozwinięcia intuicji, jakie możemy dostrzec u Leibniza. Jednak nawet przedstawiony w pracy Knippiusa model szerszego podejścia do reguły nie został rozwinięty w XVIII-wiecznej nauce *usus modernus*. W obszernym dziele Christiana Friedricha von Glücka, zbierającym i podsumowującym ów dorobek, omawiana maksyma ma tylko pomocnicze znaczenie w wyjaśnieniach poświęconych konkurencji wierzycieli, którym przysługuje zastaw umowny⁸⁶. Taki obraz doświadczenia prawniczego pozwala na sformułowanie dwóch uwag ogólnych. Po pierwsze, zarzucenie w XVIII wieku idei upowszechnienia stosowania maksymy jako *de facto* algorytmu stanowiącego podstawę lub ogniwo argumentacji prawniczej w otwartym porządku prawnym łączyć można z innym, nowym kierunkiem czerpania prawniczych

niezbędnych ograniczeń stosowania maksymy przez prawodawcę w toku modernizacji prawa oraz poszukiwanie nowego ładu argumentacyjnego tam, gdzie quasi-algorytmiczna maksyma nie może być zastosowana dla rozstrzygnięcia konkurencji uprawnień.

6. Zakończenie – przypomnienie maksymy w czasach dekodyfikacji

Dostrzeżone w dziele Ch. Glücka ograniczenie maksymy do wyjaśnień konkurencji wierzycieli przy pomocy rzymskich tekstów spotykamy we współczesnej mu dyskusji dogmatycznej⁸⁸ i wczesnych rozwa-

86 Ch.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar*, t. 19, cz. 2, Erlangen 1818, s. 282.

87 Zob. np.: T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953, s. 54; D. von Stephanitz, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden, Ein historischer Grundriß*, Berlin 1970, s. 94.

88 Zob. Löhr, *Über das Privilegium der zur Sicherheit der das stattfindenden Pfandrechte*, „Archiv für die civilistische Praxis” 1822, nr 5, s. 312.

zaniach o kodyfikacji procedury cywilnej⁸⁹. Na tej drodze stopniowo znikają odniesienia do maksymy. Patrząc z dzisiejszej perspektywy, można jej losy uznać za potwierdzenie ogólnego poglądu, iż podjęta przez Leibniza próba matematyzacji stosowanych w *ius commune* topik, czyli formuł i reguł argumentacyjnych zakończyła się niepowodzeniem⁹⁰. Maksyma *si vinco vincetem te, vinco te ipsum* wzmacnia wyrazistość takiej opinii, zarówno z uwagi na swoją quasi-algorytmiczną postać, jak i przedstawione wyżej doświadczenie argumentacyjne, które za nią stoi. Myśl o porażce Leibnizowskiej matematyzacji topik wypowiedział Theodor Viehweg w połowie ubiegłego wieku⁹¹. Uznając centralną rolę systemu reprezentowanego w prawie prywatnym przez kodyfikację, uważał jednak, że znane z okresu przedkodyfikacyjnego formuły i reguły argumentacyjne nie straciły użyteczności z uwagi na wielość i różnorodność problemów, wobec których staje praktyka prawnicza⁹². Kierunek rozwoju prawa wydaje się potwierdzać wagę przedkodyfikacyjnego doświadczenia argumentacji prawniczej. Od końca XX stulecia w refleksji o prawie dostrzegany jest proces dekodyfikacji. Praktyka pokazuje coraz wyraźniej złudność wiary leżącej u podstaw XIX- i XX-wiecznych kodyfikacji, iż zapewnią one łatwe znalezienie właściwego prawa, a systemowa struktura i towarzysząca temu formalizacja metod prawnych da stabilny fundament dla przewidywalności rozstrzygnięć konkretnych przypadków. Ważnymi przesłankami dekodyfikacji są zwiększanie się liczby ustaw szczególnych, które w części regulują te same materie co kodeks, oraz rozwój pluralizmu prawniczego wynikający z istotnego wzrostu ponadnarodowego tworzenia prawa i wzrostu znaczenia tzw. *soft law*.

Typowymi konsekwencjami tych zjawisk są większe trudności w znalezieniu tekstu obowiązującego prawa, większa niejasność przepisów i idący za tym wzrost niepewności oceny prawnej *ad casum*. Taki obraz środowiska, w którym obecnie stosujemy prawo, może tylko wspierać myśl o użyteczności topik w ar-

gumentacji prawniczej⁹³. Katalogi łacińskich maksym uznawanych za użyteczne w dzisiejszej argumentacji prawniczej mogą być różne⁹⁴, tak z powodu różnej znajomości topik okresu przedkodyfikacyjnego, jak i przekonań o ich obecnej użyteczności.

Przeprowadzone rozważania uzasadniają zatem podjęcie pytania o to, czy niepowodzenie leibnizjańskiej idei matematyzacji topik oraz praktyczne utożsamienie w wieku XIX argumentacyjnej funkcji maksym *si vinco vincetem te, vinco te ipsum* oraz *prior tempore potior iure* są wystraszającym dowodem, by pomijać dziś doświadczenie stojące za pierwszą z nich. W systemowo rozwijanych porządkach prawa prywatnego mało prawdopodobne wydaje się wystąpienie niektórych z problemów związanych ze stosowaniem omawianej maksymy, jak np. konkurujące ze sobą w ramach jednego porządku prawnego reżimy dziedziczenia ustawowego. Jednak problem konkurencji uprawnień wynikających z różnych aktów prawnych regulujących analogiczne sytuacje ekonomiczne był jednym z powodów odniesień do maksymy w *ius commune*, a dziś może być wskazany jako jeden z przejawów dekodyfikacji. Precyzowanie maksymy oraz poszerzenie zakresu jej stosowania na problemy łączące się ze zmianami prawa i przenoszeniem uprawnień dotyczą sytuacji, które dziś występują znacznie częściej niż w świecie XVII-wiecznych jurystów rzymsko-saskich.

Wyjątkowość doświadczenia stojącego za maksymą *si vinco vincetem te, vinco te ipsum* polega na tym, że pokazuje ono precyzowanie granic algorytmicznego rozwiązywania konkurencji uprawnień, wskazuje przesłanki i kierunki poszerzenia zakresu algorytmicznego rozwiązywania problemów oraz obejmuje intuicje Leibniza, by szukać pewnej regularności rozstrzygnięć poza granicami algorytmicznego rozwiązania konkurencji uprawnień. Takie cechy myślenia prawników okresu przedkodyfikacyjnego przypominają poszukiwania nauk ścisłych. Dlatego przypomnienie maksymy *si vinco vincetem te, vinco te ipsum* kieruje dziś uwagę ku funkcjonalnościom, jakie daje dygitalizacja

89 Zob. C.F. Mühlenbruch, *Entwurf des gemeinrechtlichen Civilprozesses*, wyd. 2, Halle 1840, s. 229.

90 T. Viehweg, *Topik...*, s. 52.

91 Tamże, s. 52 i 54.

92 Tamże, s. 59.

93 W. Cyrul, *Topika i prawo* (Krytyczna analiza topicznej wizji dyskursu prawnego), „Państwo i Prawo” 2004, nr 6, s. 54.

94 Zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, Kraków 2003, s. 86–87.

tekstów prawnych i włączenie ich do elektronicznych baz danych. Istota wprowadzonej przez praktyczną informatykę innowacji polega na tym, że tekst prawny jest prezentowany jako hyperlink, w praktyce będący kombinacją tekstu zapisanego w języku naturalnym z systemem komputerowym. Dzięki temu mamy możliwość przedstawienia na ekranie skonsolidowanej

uprawnienie do dziedziczenia po konkretnej osobie), a następnie uzupełnienie jej o dwa ustandaryzowane mechanizmy wyłączania z takiego zbioru. Po pierwsze – elementów opartych na przepisach prawnych, których relacja nie jest formalnie jednoznaczna, co powoduje niejasność porządku ($A > B > C$ i $B > C > A$)⁹⁷. Po drugie – gdy między niektórymi z elementów za-



Przypomnienie maksymy *si vinco vincentem te, vinco te ipsum* kieruje dziś uwagę ku funkcjonalnościom, jakie daje dygitalizacja tekstów prawnych i włączenie ich do elektronicznych baz danych.

wersji tekstu prawnego w oparciu o zapis w formie elektronicznej⁹⁵. Tworzenie tekstu w formie elektronicznej pozwala na wzbogacenie go o system zarządzający informacją i zaoferowanie w ten sposób systemu ekspertowego pomagającego w stosowaniu prawa⁹⁶. Przygotowanie takiej pomocy w dostrzeganiu możliwych konsekwencji tekstu prawnego wyświetlanego na ekranie wymaga jednak wprowadzenia odnośników w formie elektronicznej. I w tym punkcie wydaje się, że doświadczenie stojące za omawianą maksymą może być jedną z inspiracji przy projektowaniu formatu elektronicznego. Pokazuje ono bowiem, że w dyskusji prawniczej prowadzonej w pluralistycznym porządku prawnym dostrzegano użyteczność algorytmizacji dla uporządkowania ograniczonej grupy przypadków konkurencji co najmniej trzech uprawnień oraz przypadków powiązania co najmniej trzech podmiotów w następstwie surogacji, substytucji lub wyroku prejudycjalnego. Przedstawione doświadczenie prawnicze daje możliwość wprowadzenia funkcjonalności pozwalającej łączyć w ramach jednego zbioru uprawnienia mające wspólną podstawę porównania (np. wierzytelności względem konkretnego dłużnika,

chodzi szczególna relacja wzajemna ($A > B > C$ i $C > A$)⁹⁸. W obu wypadkach połączone ze sprawdzeniem, czy między wyłączonymi uprawnieniami zachodzi relacja surogacji, substytucji lub prejudycjalności⁹⁹. Pozostałe w zbiorze elementy byłyby w sposób ustandaryzowany porządkowane (w sposób prowadzący do wykluczania, określenia zasadności lub kolejności zaspokojenia) adekwatnie do zawartych w bazie danych kryteriów mierzalnych, takich jak bezwzględne uprzywilejowanie, względne uprzywilejowanie, kolejność czasowa, stopień w określonej prawem relacji. Zatem pozostałe w zbiorze elementy byłyby przedstawione w porządku opartym o mechanizm wykorzystujący wzór $A > B$ i $B > C$, stąd $A > C$, który odpowiada omawianej pararii. Byłoby to w istocie – rozwijające średniowieczną maksymę – formalne zabezpieczenie przed błędem przy ustalaniu konsekwencji szeroko rozumianej konkurencji uprawnień. Gdy w następstwie przeprowadzonej weryfikacji zbioru dokonanie takiego uporządkowania okaże się niemożliwe, to – sięgając do historii – można rekomendować uwadze projektujących dokument elektroniczny rozważenie intuicji Leibniza z perspektywy tzw. logiki wielowartościowej

95 W. Cyruł, J. Duda, J. Opiła, T. Pelech-Pilichowski, *Informatyka tekstu prawnego*, Warszawa 2014, s. 34–35.

96 Tamże, s. 72.

97 Zob. wyżej, s. 10.

98 Zob. wyżej, s. 10.

99 Zob. wyżej s. 10 i 11.

(parakonsystentnej), której użyteczność dla racjonalizowania argumentacji prawniczej jest od niedawna dyskutowana¹⁰⁰. Przekroczenie tego nieznanego Leibnizowi progu myślenia łączy się z uznaniem, że typowa dla logiki dychotomia prawdy i fałszu jest uzupełniona o kategorie – mówiąc w uproszczeniu – „prawdy częściowej” (*half true/false*)¹⁰¹. W konsekwencji można by wyposażyć system ekspertowy towarzyszący zdigitalizowanemu tekstowi prawnemu w funkcję

Poczynione ustalenia i sformułowane na ich podstawie konkluzje prowadzą do refleksji ogólnej. Skupienie uwagi na regule *si vinco vincentem te, vinco te ipsum* pokazało, że choć możliwości matematyzacji dyskursu prawniczego są wyraźnie ograniczone, to jednak maksyma ta jest przykładem ewolucji – od czysto słusznościowej intuicji Scewoli ku pewnej algorytmizacji argumentacji, której szczytem był doktorat Leibniza. W czasach informatyzacji tekstów



Dygitalizacja prawa zachęca, aby także w argumentacji jurystów *ius commune* szukać inspiracji przy projektowaniu algorytmicznych instrumentów ochrony przed błędami i istotnymi niepewnościami.

zastępowania niejasnego układu $A > B > C$ i $C > A$ listą trzech „częściowo prawdziwych” kombinacji w kolejności adekwatnej do intuicji Leibniza, tj. $A = B = C$ lub $A > B > C$ i mniej prawdopodobne $C > B > A$. Wzrost liczby konkurujących uprawnień zwiększałby liczbę takich „prawdziwych” wariantów, co czyniłoby wsparcie informatyczne jeszcze bardziej użytecznym. Byłoby to narzędzie ułatwiające prawnikowi w takim przypadku wybór jednego z uporządkowanych rozwiązań – adekwatnie do poczucia sprawiedliwości¹⁰².

prawnych aktualna pozostaje myśl, że niepowodzenie leibnizjańskiej matematyzacji topik jest dowodem niemożliwości systemowej algorytmizacji rozwiązywania konfliktów prawnych. Natomiast dygitalizacja prawa zachęca, aby także w argumentacji jurystów *ius commune* szukać inspiracji przy projektowaniu algorytmicznych instrumentów ochrony przed błędami i istotnymi niepewnościami, których ryzyko rośnie, gdy poszukujemy sprawiedliwego rozwiązania problemu w dynamicznym, tak co do prawa, jak i nowych sytuacji faktycznych, pluralistycznym porządku prawnym.

100 H. Prakken, *New Logics in the Functioning of Legal Orders* (w:) *Law and the New Logics*, eds. H.P. Glenn, L.D. Smith, Cambridge 2017, s. 3. Kwestia ta, a co najmniej zakres użyteczności logik wielowartościowych w prawie budzi kontrowersje, zob. A. Halpin, *The Applications of Bivalent Logic, and the Misapplication of Multivalent Logic to Law* (w:) *Law and the New Logics*..., s. 234–235.

101 G. Priest, *Where Laws Conflict. An Application of the Method of Chunk and Permeate* (w:) *Law and the New Logics*..., s. 177.

102 W tym zakresie zgadzam się z poglądem, że odwołanie się do logiki wielowartościowej w argumentacji prawniczej powinno uwzględniać pozaprawny kontekst, w którym poszukujemy rozwiązania problemu prawnego; A. Halpin, *The Applications*..., s. 235.

Praca powstała w ramach realizacji projektu badawczego „Dekodfikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej” finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki (OPUS- 2014/13/B/H5/00857).

Bibliografia

- Antognazza M.R., *Leibniz. An Intellectual Biography*, Cambridge 2009.
 Azo P., *Brocardia sive generalia iuris*, Basileae 1567.
 Azo P., *Summa locuples iuris civilis thesaurus*, Venetiis 1584.

- Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Sextum liberum Codicis*, Lugduni 1585.
- Baldus Ch., *Gesetzgebung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts* (w:) *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Hrsg. K. Riesenhuber, wyd. 2, München 2010, s. 26–111.
- Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria. In secundam Digesti Veteris partem*, Venetiis 1593.
- Berlich M., *Conclusionum practicabilium. Pars prima*, Lipsiae/Jenae 1651.
- Boucher P., *Inductive Topics and Reorganization of Clasifications* (w:) *Approaches to Legal Rationality*, eds. M. Gabbay, P. Canivez, S. Rahman, A. Thiercelin, Dordrecht 2010, s. 49–72.
- Carpzow B., *Jurisprudentia forensis romano-saxonica secundum ordinem constitutionum Augustis Electoris Saxoniae*, Francofurti ad Moenum 1650.
- Castillo Sotomayor J. del, *Quotidianarum controversiarum iuris liber*, Lugduni 1658.
- Cujacius J., *Opera*, t. 10, In *Digesta seu Pandectas Justiniani Imperatoris Notae*, Neapoli 1722.
- Cyrul W., *Topika i prawo* (Krytyczna analiza topicznej wizji dyskursu prawnego), „Państwo i Prawo” 2004, nr 6, s. 47–54.
- Cyrul W., Duda J., Opila J., Pelech-Pilichowski T., *Informatyzacja tekstu prawnego*, Warszawa 2014.
- Dajczak W., Longchamps de Bérér F., *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze” 2012 nr 2 (10), s. 8–22.
- Dębiński A., Burczak K., Jońca M., *Łacińskie sentencje i powieźdzenia prawnicze*, Warszawa 2013.
- Domingo R., Rodriguez-Antolin B., Ortega J., *Principios de derecho global. Aforismos juridicos comentados*, Pamplona 2003.
- Donellus H., *Opera omnia*, t. 9, *Commentari absolutissimi ad II, III, IV, VI et VIII libros Codicis Justinianei*, Lucae 1766.
- Everardi N., *Loci argumentorum legales*, Lugduni 1579.
- Glück Ch. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellenfeld ein Commentar*, t. 19, cz. 2, Erlangen 1818.
- Halpin A., *The Applications of Bivalent Logic, and the Misapplication of Multivalent Logic to Law* (w:) *Law and the New Logics*, eds. H.P. Glenn, L.D. Smith, Cambridge 2017, s. 208–235.
- Irti N., *L'età della decodificazione*, Varese 1979.
- Knippius J., *Disputatio inauguralis de Victo Vincente*, Halae Magdeburgicae 1704.
- Leibniz G.W. von, *I casi perplessi in diritto* (*De casibus perplexis in iure*), przeł. i oprac. C.M. de Iulius, Milano 2014.
- Liebs D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 2007.
- Longchamps de Bérér F., *Myslenie dekodyfikacyjne a zjawisko dekodyfikacji* (w:) *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, red. tegoż, Warszawa 2017, s. 269–293.
- Löhr, *Über das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte*, „Archiv für die civilistische Praxis” 1822, nr 5, s. 290–312.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010.
- Mühlenbruch C.F., *Entwurf des gemeinrechtlichen Civilprozesses*, wyd. 2, Halle 1840.
- Oldrado da Ponte, *Consilia seu responsa et quaestiones aureae*, Venetiis 1570.
- Prakken H., *New Logics in the Functioning of Legal Orders* (w:) *Law and the New Logics*, eds. H.P. Glenn, L.D. Smith, Cambridge 2017, s. 3–31.
- Prateo Cl., *Regulae generales iuris*, Lugduni 1589.
- Priest G., *Where Laws Conflict. An Application of the Method of Chunk and Permeate* (w:) *Law and the New Logics*, eds. H.P. Glenn, L.D. Smith, Cambridge 2017, s. 168–180.
- Savigny F.K., *System des heutigen roemischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840.
- Schlosser H., *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005.
- Schüssler R., *Scholastic probability as rational assertability: the rise of theories of reasonable disagreement*, „Archiv für Geschichte der Philosophie” 2014, nr 96, s. 151–284.
- Stelmach J., *Kodeks argumentacyjny*, Kraków 2003.
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999.
- Stephanitz D. von, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweienhalb Jahrtausenden, Ein historischer Grundriß*, Berlin 1970.
- Susskind R., *Koniec świata prawników? Współczesny charakter usług prawniczych*, przeł. W. Sztukowski, Warszawa 2010.
- Viehweg T., *Topik und Jurisprudenz*, München 1953.
- Voci P., *Diritto ereditario romano, parte speciale*, t. 2, Milano 1963.
- Wieacker F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967.

Związywanie sumieniem a granice władzy sędziowskiej w kontekście normatywnych modeli sądowego stosowania prawa



Anna Krzynówek-Arndt

Doktor nauk o polityce, adiunkt w Instytucie Nauk o Polityce i Administracji Akademii Ignatianum w Krakowie. W pracy badawczej koncentruje się na teorii i filozofii polityki, teorii demokracji, historii myśli politycznej i prawnej.

✉ anna.krzynowek@ignatianum.edu.pl

Dictates of Conscience and the Limits of Judicial Power in the Context of Normative Models of the Judicial Application of Law

A legal doctrine and constitutional adjudication emphasize that a judge follows the dictates of the law and conscience. The article analyses the relationship between the personal conscience of a judge and the limits of judicial power and authority not only as a legal but ethico-philosophical issue as well. Types of judicial conscience are related to three normative models of the judicial application of law connected respectively to post-positivist jurisprudence, virtue jurisprudence and personalist/natural law jurisprudence. The evolution of the state distinctive for late modernity, including changes of contemporary statutory law systems, the judicialization of politics and reconceptualization of the doctrine of separation of power, emphasize the significance of the proper limits of judicial power and authority set by the dictates of conscience.

1. Wprowadzenie

Ustanowiona w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasada niezawisłości sędziowskiej, rozumiana w doktrynie jako „dokonywanie przez sędziego samodzielnie wykładni prawa oraz oceny faktów, dowodów podczas wypełniania czynności z zakresu wymiaru

sprawiedliwości”¹, kojarzona jest z neutralnością sędziego i traktowana jako gwarancja obiek-

1 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, System Informacji Prawnej Legalis, komentarz do art. 178, stan na 21 października 2009.

tywnego postępowania przed sądem. Jakkolwiek niezawisłość sędziowska jest różnie opisywana i definiowana w doktrynie i nauce prawa², eksponowanie subiektywnego ujęcia niezawisłości daje podstawę, by powiązać niezawisłość bezpośrednio z niezależnością wewnętrzną sędziego, który „może podejmować rozstrzygnięcia jedynie na podstawie obowiązującego prawa i co niezwykle ważne – w zgodzie z własnym sumieniem”³. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie niezawisłość sędziowską bezpośrednio powiązał z obowiązkiem bezstronności „obligującym sędziego do przeciwstawiania się ocenom płynącym z jego doświadczenia, stereotypów i uprzedzeń”⁴. Również w nauce prawa zwraca się uwagę na personalny wymiar niezawisłości, określając ją jako zarazem „prawo i obowiązek podejmowania wiążących rozstrzygnięć w pełni obiektywnych, autonomicznych, suwerennych”⁵. Bywa również, że punkt ciężkości jest przesunięty z pożądaných właściwości rozstrzygnięć w kierunku osobistych cech, predyspozycji sędziego do podejmowania rozstrzygnięć zgodnie z wymaganiami niezawisłości. Niezawisłość sędziowska jest wówczas nie tylko ustrojową zasadą prawną, lecz również wartością etyczną realizowaną poprzez cechy moralne, zdolności i usposobienie moralnie dojrzałego sędziego⁶.

Osobista, wewnętrzna niezależność sędziego jest uznawana w orzecznictwie TK za jeden z elementów niezawisłości⁷. Wskazuje się, że istota kompleksowo

ujmowanej niezawisłości wyraża się w tym, że „sędzia działa wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem”⁸. W odniesieniu do sprawowania wymiaru sprawiedliwości kategoria sumienia w kontekście bezstronności występuje w rocie ślubowania sędziego⁹. Stronniczość w procesie orzekania może oznaczać zawisłość, czyli podleganie naciskom osób, organizacji, władz zewnętrznych względem orzekającego. Natomiast dla wewnętrznej niezawisłości sędziego wskazuje się dwa źródła zagrożeń: po pierwsze sam fakt przewidywania przez sędziego możliwości wywierania na niego nacisku zewnętrznego, po drugie „uprzedzenia, resentymenty lub kierowanie się wyłącznie zideologizowanym systemem wartości”¹⁰. Z jednej zatem strony wewnętrzna sfera przeżyć sędziego powinna być wolna od wpływu uprzedzeń, resentymentów i treści ideologicznych, z drugiej zaś stanowić przestrzeń, gdzie prawo, na podstawie którego orzeka sędzia, jest uznawane nie tylko z racji faktu pozytywnego ustanowienia, lecz zostaje bezpośrednio przez niego uznane za wiążące, bo czyniące zadość akceptowanym przezeń wymaganiom słuszności i zgodne z określonymi wartościami.

Uznanie, iż sędzia w sprawowaniu swojego urzędu „działa w oparciu o prawo”, lecz również „zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem”, nie musi prowadzić wprost do konfliktu sumienia i rażąco niesprawiedliwego prawa w kontekście otwartej

2 A. Łazarska, *Niezawisłość sędziego w sprawowaniu urzędu* (w:) *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 87–92.

3 *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, seria „Duże Komentarze Becka”, t. 2, *Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016, s. 1012–1013.

4 Orzeczenie TK z dnia 9 listopada 1993 r., K 11/93, OTK ZU 1993, poz. 37.

5 C. Jaworski, *Niezależność i niezawisłość (w:) Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, s. 115.

6 R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2005, s. 98–121.

7 Wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., K 3/98, OTK ZU, 4/1998, poz. 52: „Jak wskazuje się w polskiej doktrynie (...), niezawisłość obejmuje szereg elementów: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych, 4) niezależność

od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, 5) wewnętrzna niezależność sędziego”.

8 Wyrok TK z dnia 7 listopada 2013 r., K 31/12, OTK ZU, 8A/2013, poz. 121; wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK ZU, 9/A/2007, poz. 108; wyrok TK z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99, i z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98, OTK ZU, 1/1999, poz. 3.

9 Art. 66 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2001 r., nr 98, poz. 1070 z późn. zm.; tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 23): „Ślubuję uroczystość jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia, dochować tajemnicy prawnie chronionej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”; składający ślubowanie może dodać na końcu zwrot: „Tak mi dopomóż Bóg”.

10 Wyrok TK z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98, cyt. wyżej.

odmowy stosowania ustawy (*judicial disobedience*)¹¹. Nie musi również wskazywać na „sądowe odstępstwo od reguł prawnych” wówczas, gdy te nie są nawet rażąco niemoralne, lecz ich zastosowanie wiedzie do „stosunkowo niesprawiedliwych” decyzji¹², lub też na konflikt sumienia i ustawy prowadzący do odstąpienia w danym przypadku od rozstrzygnięcia opartego na normie ustawowej – na rzecz ponadustawowych, lecz

go, proceduralnego, subsumcyjnego i decyzyjnego¹⁴. Zasadne wydaje się zatem pytanie o granice władzy sędziowskiej – stawiane z punktów widzenia związania sędziego sumieniem. Sumienie zostało w liberalnym porządku politycznym późnej nowoczesności zepchnięte do prywatnej, intymnej sfery; powoływanie się nań w sferze publicznej budzi raczej obawy przed indywidualną decyzją – paradoksalnie koja-



Sądowe stosowanie prawa wiąże się zawsze z angażowaniem sumienia sędziego, który musi być niezawisły, a zatem również wewnętrznie niezależny w korzystaniu z władztwa interpretacyjnego, proceduralnego, subsumcyjnego i decyzyjnego.

wszak spożytywizowanych zasad i norm konstytucyjnych¹³. Jednak nawet jeśli nie zachodzi wspomniany konflikt sumienia sędziowskiego i ustawy, już sama specyfika sądowego stosowania prawa i interpretacyjne walory sumienia zdają się być wystarczającymi powodami do podjęcia kwestii związanych z możliwymi sposobami ujmowania sumienia w kontekście władzy sędziowskiej. Sądowe stosowanie prawa wiąże się zawsze z angażowaniem sumienia sędziego, który musi być niezawisły, a zatem również wewnętrznie niezależny w korzystaniu z władztwa interpretacyjne-

roną z arbitralnością – aniżeli postrzegane jest jako ochrona przed kaprysem i brakiem odpowiedzialności podejmującego decyzje¹⁵. Podjęte zagadnienie musi uwzględniać jednak nie tylko współczesną – wielowątkową i daleką od rozstrzygnięć – refleksję nad pojmowaniem sumienia, lecz również umieścić kwestię granic władzy sędziowskiej w kontekście zasadniczych przemian, specyficznych dla państwa ponowoczesnego. Z punktu widzenia pytania o potencjalne granice władzy sędziego, działającego – przypomnijmy – zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem, do najistotniejszych przemian znamionujących polityczną ponowoczesność zaliczyć należy: zacieranie się jasnych granic między swobodną i egzegetyczną hermeneutyką prawniczą, postępującą judykalizację polityki oraz dającą się zauważyć rekonceptualizację klasycznej Monteskiuszowskiej doktryny podziału

11 S.B. Burbank, *The Courtroom as Classroom: Independence, Imagination and Ideology in the Work of Jack Weinstein*, „Columbia Law Review” 1997, vol. 97, nr 7, s. 1983. Por. J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 1, s. 18–39.

12 J. Brand-Ballard, *Limits of Legality. The Ethics of Lawless Judging*, Oxford 2010, s. 10.

13 M. Piechowiak, *Sprawiedliwe prawo – niesprawiedliwe wyroki. Uwagi na marginesie Arthura Kaufmanna koncepcji prawa do sprzeciwu wobec władzy* (w:) *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa profesora Romana Wieruszewskiego*, red. G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2017, s. 107–127.

14 W. Sanetra, *Kilka refleksji na temat niezawisłości sędziów* (w:) *Pozycja ustrojowa sędziego...*, s. 192. Por. tenże, *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako władza sądownicza*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 6, s. 5–29.

15 Z. Krasnodębski, *Przemiany sumienia*, „Znak” 1996, nr 7, s. 4–12.

władz. O ile wskazane przemiany przyczyniają się do wyekspozowania, a zarazem problematyzacji kwestii korzystania z władztwa sędziowskiego, o tyle same poszukiwania możliwych granic owego władztwa opartych na kategorii sumienia można próbować uporządkować, umiejscawiając je w kontekście idei państwa prawa. Jako że państwo prawa traktowane bywa jako pojęcie zastane, ale i niejednoznaczne, proponuje się, by uwzględnić trzy modele praworządnej decyzji sądowej: model postpozytywistyczny, model jurysprudencji *cnót* i model personalistyczny. Nie roszcząc sobie pretensji do wskazania konkluzywnych rozstrzygnięć, czy to w kwestii refleksji nad koncepcjami sumienia, czy to w zakresie debaty nad treściami związanymi z możliwymi modelami praworządnej decyzji sądowej, próbować można dokonać ustaleń w odniesieniu to tego, jakie rozumienie granic władztwa zrelacjonowanych do sumienia sędziego eksponowane będzie w wybranych modelach sądowego stosowania prawa.

2. Sumienie sędziowskie w warunkach rozwoju państwa ponowoczesnego

Wszelkie próby dookreślenia sensu związania sędziego sumieniem w sprawowaniu przez niego urzędu naznaczone są szeregiem trudności wynikających z prawnych i politycznych przemian charakterystycznych dla tzw. późnej nowoczesności. Pierwsza trudność wiąże się z tym, że sumienie jest nie tylko kategorią prawną, lecz również pozanormatywną, uwikłaną aksjologicznie, odsyłającą do treści z zakresu filozofii, etyki, psychologii i antropologii teologicznej¹⁶. Kwestie prawnej lub doktrynalnej definicji sumienia są podnoszone zasadniczo w kontekście konstytucyjnych gwarancji wolności sumienia i religii, zwłaszcza tzw. klauzuli sumienia¹⁷. Wydaje się jednak, że ani ustalenia

doktryny, ani stanowisko Trybunału Konstytucyjnego nie dają podstawy do jednoznacznych rozstrzygnięć. Trybunał, orzekając w sprawie dotyczącej zakresu korzystania z klauzuli sumienia przez lekarzy, w ślad za niemiecką nauką prawa akcentował trudność towarzyszącą próbom skonstruowania prawnej definicji sumienia i wskazywał na potrzebę odwołania się do pozaprawnych dziedzin wiedzy. W odróżnieniu jednak od Federalnego Trybunału Konstytucyjnego – nie zdecydował się stworzyć obowiązującej definicji sumienia. Rezygnując z „wypowiedzi o charakterze generalnym”, wskazał jedynie „warunki niezbędne do tego, by mówić o poszanowaniu sumienia przez porządek prawny”, głównie zaś wypływające z konieczności poszanowania godności człowieka „zapewnienie wolności przyjmowania przez daną osobę zespołu poglądów i reguł moralnych, filozoficznych, religijnych i społecznych oraz postępowania zgodnie z nimi”¹⁸. Analizując z kolei materię stronniczości, Trybunał określił ją jako „stan psychiczny sędziego, mogący się uzewnętrzniać w mniejszym lub większym stopniu”¹⁹. Tym samym w kontekście rozstrzygania spraw przez sędziów kategoria sumienia została zasadniczo powiązana tylko z wymiarem afektywnym (sferą emocjonalną), pominięto przy tym dwa pozostałe wymiary: wolitywny (decyzja sumienia) i normatywno-kognitywny (zobowiązujący sąd sumienia). Zarazem w doktrynie konstytucjonalistów zwraca się uwagę, że sumienie jest „cechą konstytutywną człowieka” odnoszącą się do wewnętrznej, intymnej sfery, w której człowiek „określa i wybiera własny światopogląd” – światopogląd, który może, lecz nie musi być inspirowany religijnie²⁰.

Druga trudność wiąże się z ewolucją współczesnych systemów prawnych, powodującą między innymi przechodzenie od modelu sylogistycznego stosowania prawa do modelu argumentacyjnego, który eksponuje otwartą strukturę języka prawnego lub wręcz całkowite odrzucenie tekstowej koncepcji prawa i uznanie go za społeczną praktykę interpretacyjną.

16 W tradycji europejskiej współwystępują ujęcia eksponujące rozumienie sumienia już to jako władzy poznawczej i efektu jej działania, już to jako czynnika należącego do porządku afektywnego lub wolicjonalnego. Por. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999, s. 96–100.

17 Por. E. Tuora-Schwierskott, *Pojęcie sumienia w doktrynie konstytucjonalistów niemieckich w świetle ochrony prawnej wolności sumienia i religii*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 8, s. 86–97.

18 Wyrok TK z dnia 7 października 2015 r., K 12/14, OTK ZU, 9A/2015, poz. 143.

19 Wyrok TK z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98, cyt. wyżej.

20 *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek..., t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1263.

Konsekwencją modelu argumentacyjnego stosowania prawa jest z kolei argumentacyjny charakter wykładni, polegający na tym, że „dyrektywy wykładni traktuje się jako reguły niekonkluzywne, a zatem reguły, które dostarczają jedynie mocniejszych lub słabszych racji

nictwie konstytucyjnym, lecz również w procedurach stosowania zwykłych przepisów prawnych²⁴. Dalszą konsekwencją ewolucji systemów prawa jest przesuwanie lub wręcz zacieranie granic między aktywnością orzeczniczą a innymi praktykami prawnymi.



Usądowienie polityki jest niezwykle pojemnym określeniem stosowanym dla uchwycenia wielu zjawisk zachodzących w ostatnich dziesięcioleciach, a dotyczących wzajemnych relacji między prawem i polityką.

za tym, że norma ma określone znaczenie, a nie reguły, które w definitywny sposób przesądzą o znaczeniu przepisu”²¹. Sędziego cechuje zatem w coraz większym stopniu „samodzielność aksjologiczna” będąca konsekwencją istnienia nieuniknionych luzów aksjologicznych w procesach sądowego stosowania prawa²². Polegają one nie tylko na swobodzie interpretacyjnej będącej pochodną otwartości języka prawnego, ale wynikają ze złożonego charakteru działania, jakim jest poszukiwanie normy jednostkowego zastosowania, jak również z coraz szerszego stosowania odesłań do pojęć pozaprawnych²³. Już opracowana przez Jerzego Wróblewskiego koncepcja luzów decyzyjnych, wynikających zarówno z przyczyn niezależnych od ustawodawcy, jak i tych świadomie przez prawodawcę kreowanych, świadczy o tym, że argumentacyjny model stosowania prawa znajduje zastosowanie nie tylko, choć w sposób najbardziej wyrazisty, w orzec-

W związku z tym coraz bardziej uzasadnione może być podważanie widocznej opozycji między dwoma modelami przesłanek orzeczeń sądowych, a zarazem ujmowania relacji między stanowieniem i stosowaniem prawa: z jednej strony modelem egzegetycznym kojarzonym z tradycją *civil law*, akcentującym rolę sędziego jako odczytującego ustawę będącą wyrazem suwerennego prawodawcy; z drugiej – modelem swobodnej hermeneutyki prawa, specyficznym dla tradycji *common law*, w której o treści normatywnej decyzji sądowej przesądza jej zgodność z prawem powszechnym, a sędzia jest kreatorem „rzeczywistego prawa”²⁵.

Współczesnym przemianom systemów prawnych i związanym z tym zjawiskiem rosnącego znaczenia „prawa sędziowskiego” w krajach *civil law* towarzyszy w coraz większym zakresie przenikanie się kwestii politycznych i prawnych określane mianem usądowienia polityki. Usądowienie polityki jest niezwykle pojemnym określeniem stosowanym dla uchwycenia wielu zjawisk zachodzących w ostatnich dziesięcioleciach, a dotyczących wzajemnych relacji między pra-

21 L. Morawski, *Filozofia prawa*, Toruń 2014, s. 255.

22 L. Leszczyński, *O aksjologii stosowania prawa (w:) Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Katowice 1992, s. 143–152.

23 E. Łętowska, *Boska sztuka interpretacji (w:) Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 27.

24 L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001, s. 38–54.

25 H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, przeł. B. Janicka, Warszawa 1997, s. 9–18; por. J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 13–14.

wem i polityką. Jaskrawym przejawem usądowienia polityki jest judykalizacja metapolityki, oznaczająca w najbardziej ogólnym ujęciu poszerzenie kompetencji sądów konstytucyjnych o rozstrzyganie kwestii spornych z moralnego punktu widzenia²⁶. Zjawisko to nazywane jest niekiedy „jurystokracją” lub degeneracją demokratycznego państwa prawa – przekształcaniem w państwo konstytucyjno-prawnej jurysdykcji²⁷ – a odznacza się między innymi: judykalizacją demokratycznego procesu wyborczego; reinterpretacją doktryny, wedle której sędziowie tzw. konstytucyjni unikają zajmowania stanowisk w sprawach politycznych, do rozstrzygania których lepiej predysponowana jest legislatura (*political question doctrine*); wzrostem aktywizmu sędziowskiego w sprawach zasadniczych z punktu widzenia narodowej tożsamości; upolitycznieniem procesu mianowania i wyboru sędziów. Jest to ten typ usądowienia polityki, który zdaje się budzić też najwięcej kontrowersji. Wystarczy wspomnieć, że Antonin Scalia nazywa sędziów konstytucyjnych współczesnymi „mułami zachodu”²⁸, Ronald Dworkin zaś aprobować określa sprawowany przez nich urząd „świeckim urzędem papieskim”²⁹ legitymowanym do pełnienia roli moralnego arbitra w etycznie i politycznie spluralizowanych społeczeństwach.

Jakkolwiek judykalizacja metapolityki jest współcześnie najczęściej dyskutowanym przejawem usądowienia polityki jako takiej, nie wyczerpuje jednak treści tego pojęcia, które mieści jeszcze dwie grupy zjawisk obejmujących już nie tylko sądownictwo konstytucyjne, lecz cały wymiar sprawiedliwości. Pierwsza oznacza szeroko rozumianą judykalizację całej sfery społeczno-politycznych relacji, czyli upowszechnienie prawniczego języka i procedur prawnych w większości sfer życia politycznego i społecznego. Są

to te wielorakie procesy, które włączyć można w to, co między innymi John Finnis nazywa „rządami form prawa”, Jürgen Habermas zaś – „kolonizacją świata życia” przez imperatywy systemowe, w tym imperatywy systemu prawa. Druga grupa zjawisk obejmuje rosnący wpływ sądów i instytucji quasi-sądowych na bieżące decyzje polityczne i realizację polityk publicznych. Znaczącą rolę odgrywają w tym przypadku sądowa kontrola aktów administracyjnych i administratywizacja prawa³⁰. Usądowienie polityki niższego szczebla wynika z wielu złożonych przyczyn. Jedną z nich jest zapoczątkowane w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w. odchodzenie od pozytywnego państwa interwencjonistycznego w kierunku państwa regulacyjnego opartego „na delegowaniu uprawnień na rzecz niezależnych instytucji: agencji regulacyjnych lub komisji, lecz także wymiaru sprawiedliwości, który staje się coraz aktywniejszym uczestnikiem gry regulacyjnej”³¹. Przejście od interwencjonizmu do regulacji przyczynia się nie tylko do powstawania nowych rozwiązań instytucjonalnych i pojawienia się nowych aktorów politycznych, lecz również zmienia role i relacje między tradycyjnymi aktorami: sądy coraz częściej angażują się w kwestie administracyjne i kształtowanie polityk publicznych. Innym powodem jest wpływ przyspieszenia społecznego będącego konstytutywną cechą nowoczesności na powstanie tzw. „polityki sytuacyjnej”³². Ponieważ jednocześnie rośnie ilość i zakres kwestii wymagających regulacji, zmniejsza się czas na podejmowanie konkretnych decyzji politycznych i wydłuża czas potrzebny na procesy decyzyjne legitymowane demokratycznie, ciężar decyzji zostaje przerzucony na „szybsze areny”, między innymi na coraz bardziej rozrastający się system prawny.

Ewolucja współczesnych systemów prawnych, usądowienie metapolityki, lecz również polityki niższego

26 R. Hirschl, *The Judicialization of Politics* (w:) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith E. Whittington, R.D. Kelemen, Gregory A. Caldeira, Oxford 2008, s. 119–141.

27 A. Voßkuhle, *Federalny Sąd Konstytucyjny a Parlament* (w:) *Wykłady w Trybunale Konstytucyjnym z lat 2011–2012*, Warszawa 2014, s. 217.

28 A. Scalia, *Mułowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, przeł. Alicja Legutko-Dybowska, Warszawa 2009.

29 R. Dworkin, *The Secular Papacy* (w:) *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, eds. R. Badinter, S. Breyer, New York, London 2004, s. 67–116.

30 L. Morawski, *Filozofia prawa...*, s. 90–98.

31 G. Majone, *Od państwa pozytywnego do państwa regulacyjnego: przyczyny i skutki zmian sposobu rządzenia z wprowadzeniem Boba Jessopa*, przeł. R. Śmietana, „Zarządzanie Publiczne” 2015, nr 1(31), s. 49–50.

32 H. Rosa, *Przyspieszenie społeczne. Etyczne i polityczne konsekwencje desynchronizacji społeczeństwa wysokich prędkości*, przeł. D. Chabrajka, „Ethos” 2012, nr 3, s. 78–116.

szczebla, powodują rozrastanie się zakresu władztwa proceduralnego, subsumcyjnego i decyzyjnego sędzięgo, zwłaszcza zaś władztwa interpretacyjnego. Nieprzystawalność modelu egzegetycznego hermeneutyki prawniczej, będącej „niezbędnym założeniem koncepcji trójpodziału władz”, do rzeczywistości ponowoczesnego państwa sprawia, że pojawiają się również twierdzenia o konieczności przemyślenia i przededefiniowania modelu władzy sądowniczej lub wręcz całej koncepcji separatyzmu³³. Rekonceptualizacja nowożytnej teorii podziału władzy obiera dwie podstawowe strategie. Pierwsza skupia się na propozycjach określenia nowych „władz”, zachowując konstytutywne dla teorii podziału funkcjonalne wyodrębnienie prawnych sfer działania państwa³⁴. Druga – rezygnuje całkowicie z funkcjonalnego wyodrębnienia władz, punktem wyjścia czyniąc pewne fundamentalne dla demokratycznego państwa prawa wartości, których realizacja nie jest przypisana do konkretnych grup organów, lecz jest udziałem różnych instytucji. Implikuje ona zatem porzucenie tradycyjnego separatyzmu i zmierza w kierunku analizowania wskazanych powyżej zjawisk w kontekście powstawania ponowoczesnego ustroju o charakterze mieszanym – z silnym komponentem arystokracji sądowniczej³⁵. O ile głównym celem teorii ustroju mieszanego i teorii ustroju równowagi było zabezpieczenie społeczno-politycznej równowagi w państwie, celem zaś doktryny Monteskiuszowskiej była wolność polityczna rozumiana jako możliwość działania w granicach prawa, a zatem w warunkach osobistego bezpieczeństwa³⁶, o tyle kierunki rozwoju ponowoczesnego państwa wskazywać mogą na podstawowe znaczenie szeregu wartości realizowanych

w ramach złożonego systemu instytucji. Francuski historyk i polityk Pierre Rosanvallon wskazuje trzy tego typu wartości: bezstronność – przejawiającą się w jednakowym dystansie względem wszystkich zaangażowanych stron (*the maintenance of distance or equilibrium*); refleksyjność (*reflexivity*) – jako poszerzenie dostępnych form społecznego samostanowienia w odpowiedzi na deficyt legitymacji pochodzących z wyborów rządów większościowych; bliskość i uważność (*proximity*) – realizowane nie tyle przez instytucje, co poprzez demokratyzację sztuki rządzenia jako odpowiedź na społeczne oczekiwania uwagi i wrażliwości rządzących wobec niepowtarzalności każdej jednostki i nieskończonej różnorodności sytuacji³⁷. Wymiar sprawiedliwości respektujący wartość bezstronności jest w tej koncepcji tylko jedną z wielu tzw. władz osądu: rekompensuje deficyt odpowiedzialności politycznej i zamyka spór, dając przyzwolenie na podejmowanie działań politycznych.

Omówione powyżej zjawiska związane – najkrócej rzecz ujmując – z zacieraniem się granic między swobodną i egzegetyczną hermeneutyką prawniczą, postępującą judykacją polityki i rekonceptualizacją klasycznej Monteskiuszowskiej doktryny podziału władz, czynią czymś szczególnie trudnym, a zarazem potrzebnym analizę związania sumieniem jako elementu konstytutywnego niezawisłości sędziowskiej. Wobec coraz głębszej refleksji tak nad interpretacją prawniczą, jak usądowieniem polityki i ewolucją teorii podziału władz dostrzec można pewien niedostatek namysłu nad problematyką sumienia. Wskazuje się, że „słowo »sumienie« w słownictwie empirycznych nauk humanistycznych i społecznych od pewnego czasu znajduje się na drodze odwrotu. Z powodu trudności w ustaleniu jego definicji i jego podatności na światopoglądowe wpływy znaczeniowe, uchodzi ono w języku naukowym za coraz bardziej nieprzydatne”³⁸. Z jednej strony zatem trudno ustalić bezspornie pojęcie sumienia, z drugiej – okoliczności sprawiają, że nieodzowne stają się próby wypracowania na potrzeby użytku prawnego takiego rozumienia sumienia, które

33 R. Sarkowicz, *Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej* (w:) *Prawo – społeczeństwo – jednostka...*, s. 28–29.

34 Por. A. Pułło, *Podział władzy. Aktualne problemy w doktrynie, prawie i współczesnej dyskusji konstytucyjnej w Polsce*, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 3, s. 9–26; A. Sylwestrzak, *Władza trzecia „neutralna”*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, nr 4, s. 30–65; B. Ackerman, *Good-bye, Montesquieu* (w:) *Comparative Administrative Law*, eds. S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, Edward Elgar Publishing 2010, s. 128–133.

35 Por. M. Troper, *The Judicial Power and Democracy*, „European Journal of Legal Studies” 2008, vol. 1, nr 2, s. 316–329.

36 Por. R.M. Małajny, *Trzy teorie podzielonej władzy*, Warszawa 2001.

37 P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, przeł. A. Goldhammer, Princeton 2011.

38 E. Schockenhoff, *Jaką pewność daje nam sumienie? Orientacja etyczna*, przeł. A. Marcol, Opole 2006, s. 10.

mogłoby liczyć na konsens lub też stać się punktem wyjścia do dalszych dyskusji.

3. Modele sądowego stosowania prawa a sumienie sędziego

Jerzy Wróblewski wymieniał trzy modele (ideologie) sądowego stosowania prawa: związanej decyzji sądowej, swobodnej decyzji sądowej i praworządnej decyzji sądowej³⁹. W pierwszym modelu, pozostającym pod wpływem kontynentalnego pozytywizmu prawnego, „sędzia ma być w pełni związany prawem, które całkowicie determinuje jego decyzje”⁴⁰, z kolei model swobodnej decyzji sądowej, odrzucając sylogistyczny model stosowania prawa, dopuszcza, by na konkretne rozstrzygnięcie wpływały oceny formułowane w oparciu między innymi o „praktykę prawniczą, pozaprawne reguły społeczne, fakty i prawidłowości społeczne”⁴¹. Postulowane w modelu swobodnej decyzji sądowej istnienie „prawa sędziowskiego” jest

cyzji sądowej, która z jednej strony kładzie nacisk na legalność (akcentując potrzebę ścisłego przestrzegania prawa), z drugiej jednak (dostrzegając braki pozytywizmu prawnego), dopuszcza wpływ ocen wydawanych na podstawie kryteriów zaczerpniętych również z nauk i źródeł pozaprawnych. Decyzja sędziego musi być zarazem legalna i racjonalna⁴².

Przyjmując, że zasada niezawisłości sędziowskiej jest zasadą konstytucyjną dla współczesnego demokratycznego państwa prawa, należy bezpośrednio łączyć niezawisłość sędziego – w tym fakt związania sumieniem w korzystaniu z władztwa sędziowskiego – z ideą państwa prawnego i prawnego. Idea państwa prawa może być, podobnie jak pojęcie sumienia, traktowana jako pojęcie zastane, i jest równie niejednoznaczna⁴³. Analizując znaczenie związania sumieniem dla niezawisłości sędziowskiej będącej wartością konstytuującą państwo prawa, wyróżnić można trzy dalsze modele sądowego stosowania prawa w ramach modelu prawo-



Wobec coraz głębszej refleksji tak nad interpretacją prawniczą, jak usądowieniem polityki i ewolucją teorii podziału władz dostrzec można pewien niedostatek namysłu nad problematyką sumienia.

charakterystyczne dla kultury prawnej *common law*, w której znaczącą rolę odgrywa orzecznictwo oparte na sędziowskim poczuciu słuszności (*equity*). Sędziowskie *sense of equity* przeciwstawione formalizmowi prawa stanowionego ma również łagodzić surowość prawa precedensowego i przyczyniać się do pożądanej przystawalności prawa do życia. Konstatując nieadekwatność obydwu modeli sądowego stosowania prawa do realiów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, J. Wróblewski proponował model praworządnej de-

cyzji sądowej: model postpozytywistyczny, model jurysprudencji cnót i model personalistyczny.

Model postpozytywistyczny stanowi nawiązanie do postpozytywistycznej teorii prawa – w znaczeniu, jakie przypisał teorii prawa jako instytucjonalnego ładu normatywnego Neil MacCormick⁴⁴. Model postpozytywistyczny eksponuje rolę konstytucyjnego

39 J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 18–26.

40 Tamże, s. 21.

41 Tamże, s. 23.

42 J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, eds. Z. Bańkowski, N. MacCormick, Dordrecht 1992, s. 305.

43 Por. P. Tuleja, *Zastane pojęcie państwa prawnego (w:) Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne*, red. J. Kowalski, Warszawa 2008, s. 31–54.

44 N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007, s. 278.

państwa prawa opartego na zasadach podziału władz i niezawisłości sędziowskiej. Jego charakterystyczną cechą jest poszukiwanie trzeciej drogi w sporze między pozytywizmem prawniczym i teoriami prawa natury – zawarto w nim myślenie o prawie charakterystyczne dla pozytywizmu Herberta Harta i normatywizmu Hansa Kelsena. Zwolennicy rzeczoności modelu czerpią zarazem inspiracje z tzw. nowej teorii prawa natury J. Finnis'a i integryzmu prawnego R. Dworkina, kładąc nacisk na rozdział prawa i moralności, uznają jednocześnie niezbywalną rolę moralnego wartościowania w argumentacji prawniczej⁴⁵. Postpozytywizm zmierza zatem w kierunku argumentacyjno-dyskursowej teorii orzecznictwa, zgodnie z którą sędzia, choć podporządkowany prawu, posiada „niezbędną władzę uzupełniającą, która pozwala mu przystosowywać przepisy do poszczególnych wypadków dokonując reinterpretacji i niezbędnego „u elastycznienia” prawa, decyzja zaś uzasadniona jest w postaci przekonującej argumentacji⁴⁶. Ponieważ postpozytywistyczny model sądowego stosowania prawa zakłada pluralizm niewspółmiernych wartości, właściwa dla niego koncepcja sumienia sędziowskiego wskazuje na racjonalistyczne ujęcie sumienia w duchu kantowskim. Zgodnie z tym ujęciem sumienie jest utożsamione z moralną świadomością; jest to świadomość, która sama w sobie (*für sich*) jest obowiązkiem. Koncepcja ta podkreśla przede wszystkim niezależność sądów sumienia: „człowiek za moralnie słuszne może przyjąć tylko to, co sam – właśnie w przestrzeni swojego własnego sumienia – za takie uzna”⁴⁷. Sumienie ma charakter autonomiczny, jest władzą sądenia oceniającą siebie, „świadomością wewnętrznego trybunału w człowieku, w obliczu którego jego myśli wzajemnie stawiają się w stan oskarżenia albo też uniewinniają”⁴⁸. Sąd su-

mienia, jak każdy sąd moralny, choć nie wyklucza wpływu czynników zewnętrznych, zdecydowanie eksponuje jednak samodzielność myślenia, którego nie da się pogodzić ani z podległością zewnętrznym autorytetom, ani z bezkrytycznym posługiwaniem się ustawowymi regułami⁴⁹. Choć nie sposób uznać, by sędzia był niezawisły od swoich przekonań, wyznawanych wartości, doświadczenia życiowego i wyobrażeń, uzasadnioną jest jednak rzeczą wymagać, by jego sądy były bezstronne i krytyczne – w znaczeniu właściwym Kantowskiej władzy sumienia w interpretacji nadanej jej przez Hannah Arendt. Zgodnie z tym podejściem bezstronność nie polega na przyjęciu pozycji zewnętrznej i wyższej względem stron uwikłanych w konflikt. Może być natomiast osiągnięta dzięki „rozszerzonemu myśleniu”, uzyskiwanemu w drodze konfrontowania własnego sądu „nie tyle z rzeczywistymi, ile raczej z możliwymi tylko sądami innych ludzi” oraz „wstawiania siebie w miejsce każdego innego człowieka”⁵⁰. Sumienie jest tą wrodzoną władzą człowieka, która zmusza go „do wyobrażenia sobie, że sędzią wszelkich jego czynów nie jest on sam, lecz kto inny (tzn. człowiek w ogóle)”⁵¹. Poszerzone myślenie nie polega jednak na empatii, wczuwaniu się w sposób myślenia konkretnych jednostek. Jest takim sposobem myślenia osiąganym dzięki władzy zmysłu wspólnego, w ramach którego „konfrontujemy swój sąd nie tyle z rzeczywistymi, ile raczej z możliwymi tylko sądami innych ludzi”⁵². Jeżeli wartościowanie jest w sposób nieunikniony związane z rozumowaniem sądowym, a pojęcia normatywne są uzależnione od kontekstu społecznego, sędzia rozstrzygający spór, mający podjąć decyzję, która nie jest ani subiektywna, ani arbitralna, musi osiągnąć własny, a zarazem ogólny/powszechny punkt widzenia (*allgemeiner Standpunkt*)⁵³. O ile argumentacyjno-dyskursowa teoria orzecznictwa za-

45 Tamże, s. 260.

46 C. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984, s. 197; por. A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2011, nr 312, s. 147–161.

47 A. Bobko, *Sumienie w świecie wolności, czyli o potrzebie wewnętrznego rygoru* (w:) *Sumienie w świecie wolności*, red. J. Jagiełło, W. Zuziak, Kraków 2007, s. 62–77.

48 I. Kant, *Metafizyka moralności*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2005, s. 315.

49 A. MacIntyre, *Kilka projektów Oświecenia na nowo rozpa-trzonych*, przeł. A. Orzechowski (w:) tegoż, *Etyka i polityka*, red. A. Chmielewski, Warszawa 2009, s. 255.

50 H. Arendt, *Wykłady o filozofii politycznej Kanta*, przeł. R. Kuczyński, M. Moskaiewicz, Warszawa 2012, s. 76–77.

51 I. Kant, *Metafizyka moralności...*, s. 316.

52 Tenże, *Krytyka władzy sądenia*, przeł. J. Gałęcki, Warszawa 2004, s. 210.

53 H. Arendt, *Wykłady o filozofii...*, s. 78.

kłada, że „zasada kolegialności” w sądach, wymagająca, by w najważniejszych sprawach brać pod uwagę argumenty wszystkich członków składu sądu, zmniejszyć może niebezpieczeństwo subiektywnej decyzji, o tyle sumienie jest tą władzą, dzięki której sędzia może niejako antycypować komunikację ze wszystkimi innymi, łącząc w swojej aktywności rolę niezaangażowanego obserwatora z rolą zaangażowanego uczestnika; stając się „obserwatorem aktywnym i zaangażowanym”⁵⁴.

gażujące wiele podmiotów dochodzenie do rozwiązań konkretnych problemów – rozwiązań mieszczących się w ramach spójnego porządku prawnego i zarazem możliwych do uznania w społeczeństwie za rozsądne i sprawiedliwe. Z perspektywy etyki cnót głównym celem prawa jest pobudzanie, działanie na rzecz rozwoju pojedynczych osób i ich wspólnot poprzez stworzenie takich warunków, które sprzyjają i podtrzymują osiąganie przez jednostki i wspólnoty doskonałości (jakim jest pełne ludzkie życie w możliwie najdosko-

Sumienie jest tą władzą, dzięki której sędzia może niejako antycypować komunikację ze wszystkimi innymi, łącząc w swojej aktywności rolę niezaangażowanego obserwatora z rolą zaangażowanego uczestnika.

Jurisprudencja cnót, stanowiąc podstawę aretycznego modelu orzekania, czerpie z neoarystotelesowskiej etyki cnót, zasadniczo przeciwstawionej deontologicznie ukierunkowanemu myśleniu charakterystycznemu dla nurtów postpozytywistycznych⁵⁵. Podejście aretyczne odróżnia się od podejścia postpozytywistycznego określeniem celu prawa. Z perspektywy postpozytywistycznej prawo, będące „prawem w działaniu”, ma przede wszystkim regulować organizację i funkcjonowanie społeczeństwa poprzez argumentacyjne, an-

nalszym kształcie) i pielęgnowanie cnót. W naturze istot ludzkich leży to, iż dążą one do określonych dóbr. Z perspektywy neoarystotelesowskiej dobra te są zrelatywizowane do określonych praktyk. Praktyką zaś jest każda „spójna i złożona forma społecznie ustanowionej, kooperatywnej działalności ludzkiej”⁵⁶, która obejmuje specyficzne dla niej „wzorce doskonałości i posłuszeństwa pewnym zasadom”⁵⁷. Cnota to nabyta ludzka cecha, której posiadanie umożliwia osiąganie dóbr wewnętrznych charakterystycznych dla danej praktyki i postępowanie zgodne z jej wzorcami doskonałości, jej brak natomiast skutecznie uniemożliwia osiąganie tych dóbr. Praktyka sądowego stosowania prawa może być zatem również postrzegana jako społecznie ustanowiona forma działania konstytuowana i zarazem identyfikowana poprzez specyficzne dla niej wzorce doskonałości. Współczesna jurisprudencja cnót nie eksponuje jednak kategorii

54 P. Rosanvallon, *Kontrdemokracja. Polityka w dobie nieufności*, przeł. A. Czarnacka, Wrocław 2011, s. 168.

55 L.B. Solum, *Virtue Jurisprudence: Towards an Aretaic Theory of Law* (w:) *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, eds. L. Huppes-Cluysenaer, N.M.M.S. Coelho, Dordrecht 2013, s. 6; por. M. Stępień, *Droga przemiany „duszy sędziowskiej”. Ku aretycznej koncepcji orzekania sądowego?* (w:) *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawicki, Warszawa 2010, s. 275–289; O. Nawrot, *Dobry sędzia jako kamień węgielny wymiaru sprawiedliwości* (w:) *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Gdańsk 2016, s. 63–82.

56 A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, przeł. A. Chmielewski, Warszawa 1996, s. 338.

57 Tamże, s. 342.

sumienia, zdaniem niektórych niedocenianej w ramach różnych odmian etyki cnót, które przecież nie zapoznają związku greckiego terminu *syneidesis* z łacińskim terminem *conscientia*⁵⁸. Wyraźnie wskazuje natomiast na fakt, iż sędzia może wkroczyć do danej praktyki tylko wówczas, jeśli uznaje definiujące ją wzorce doskonałości i podporządkowuje im własne wybory, postawy, preferencje i upodobania. Cnoty jurydyczne to nabyte, w naturalny sposób wykształcone dyspozycje intelektu i woli, które skutecznie umożliwiają sędziemu uczestniczenie w praktyce sądowego orzekania. Zdaniem przedstawicieli aretycznej teorii orzekania istnieje powszechna zgoda co do wad sędziowskiego charakteru, którymi są: skłonność do

Jedyną cnotą specyficznie jurydyczną, a zatem zasadniczą dla praktyki orzekania, jest sprawiedliwość (*virtue of justice*). Składają się nań trzy powiązane ze sobą komponenty. Po pierwsze, jest to jurydyczna bezstronność (*justice as fairness*) – możliwa głównie dzięki uzyskaniu równowagi między dyspozycją do współodczuwania i jednoczesnym nefaworyzowaniem którejkolwiek ze stron. Po drugie, sprawiedliwość wiąże się z jurydyczną integralnością bliską realizacji Dworkinowskiego integryzmu prawnego – troską o podtrzymywanie rządów prawa (*the rule of law*), wiernością prawu i dbałością o spójność porządku prawnego. Po trzecie, cnota sprawiedliwości wymaga od sędziego szeroko rozumianej „wyobraźni prawnej”



Spośród trzech modeli sądowego stosowania prawa model personalistyczny należy uznać za opracowany w najmniejszym stopniu, a zarazem otwierający najszerszej możliwości powiązania kategorii sumienia z praktyką sądowego stosowania prawa.

zachowań korupcyjnych (*corruption*), tchórzostwo w wymiarze zawodowej kariery i społecznego prestiżu (*civil cowardice*), nieuporządkowane emocje (*bad temper*), niekompetencja i brak praktycznego rozeznania (*foolishness*)⁵⁹. O ile stosunkowo łatwo wskazać specyficznie jurydyczne wady, o tyle trudniej określić cnoty relewantne dla procesu orzekania. W większości są to dyspozycje ważne dla wszystkich społecznych praktyk, w tym dla praktyki orzecznictwa: umiarkowanie, odwaga, rozumność praktyczna, wiedza; wreszcie wewnętrzne uporządkowanie i powściągliwość, będące warunkiem bezstronności.

(*legal vision*)⁶⁰. Wydaje się, iż jest nią pewna zdolność sędziego do tego, by w odniesieniu do konkretnego przypadku, na potrzeby rozstrzygnięcia móc wglądać w konkretną sytuację z treścią i celem prawa. Krótko mówiąc, dobry sędzia *nomimos* to sędzia, który szanuje i uznaje jako własne *nomoi* wspólnoty, w której praktykuje; szanuje i uznaje jako własne nie tylko prawo ustanowione, lecz normy, zasady i zwyczaje wspólnoty. Dobry sędzia to jednocześnie sędzia *phronimos* – kierując się praktycznym rozeznaniem, nie stosuje prawa w sposób „mechaniczny”, lecz ma dyspozycję do tego, by pełnić rolę korygującą i uelastyczniającą prawo (*nomos*) wedle wymagań sprawiedliwości i słuszności. Owa sprawiedliwość i słuszność decyzji nie są relacjonowane do jakichś kryteriów zewnętrznych wobec praktyki sądowego stosowania prawa. Są

58 D.C. Langston, *Conscience and Other Virtues: From Bonaventure to MacIntyre*, The Pennsylvania State University Press 2001, s. 135–150.

59 L.B. Solum, *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, „Metaphilosophy” 2003, vol. 34, nr 1/2, s. 186–188.

60 Tamże, s. 189–198.

immanentnie z tą praktyką związane, gwarantowane bowiem tym, że nie można wejść do sądowej praktyki, nie podporządkowując się autorytetowi wzorców doskonałości, bez których o jakiegokolwiek praktyce nie sposób nawet mówić. Ponieważ to właśnie wzorce definiują praktykę, naturalnie nabyte dyspozycje do postępowania zgodnie z nimi gwarantują zgodność treści konkretnej decyzji z wzorcami szeroko rozumianej sprawiedliwości sądowego stosowania prawa.

Spśród trzech modeli sądowego stosowania prawa model personalistyczny należy uznać za opracowany w najmniejszym stopniu, a zarazem otwierający najszerszej możliwości powiązania kategorii sumienia z praktyką sądowego stosowania prawa – i szerzej, z praktyką prawniczą. Pojęcie jurysprudencji personalistycznej (*personalist jurisprudence*) Samuel J.M. Donnelly powiązał z ponownym „odkryciem” osoby w prawie i rosnącą świadomością jej znaczenia jako całości nieredukowalnej do wszelkich cech i określeń⁶¹. Personalistyczne podejście do prawa i sądowego stosowania prawa może czerpać inspiracje z licznych, nieraz trudnych do pogodzenia koncepcji, niemniej jednak da się wskazać elementy charakterystyczne dla każdej próby ujęcia prawa z perspektywy personalistycznej. Jurysprudencję personalistyczną można rozumieć jako próbę powrotu do pojmowania instytucji społecznych, w tym instytucji prawa, w kategoriach osobowych. Istotą bowiem każdej instytucji prawnej jest „realna ochrona osobowego statusu każdego człowieka, który znajduje się w obszarze panowania tej instytucji”⁶². Znamieniem osobowego bycia sobą jest dystans do siebie jako istoty naturalnej, do własnego naturalnego uposażenia, oraz związana z tym zdolność do podejmowania radykalnie własnych działań i rozporządzania sobą⁶³. Teoria prawa skoncentrowana na osobie będzie zatem akcentować przede wszystkim szacunek dla osoby i „każdorazo-

wą wyjątkowość indywidualnego życia”, eksponując jednocześnie to, że osoba ma charakter relacyjny: stanowi całość sama w sobie, a zarazem jest odniesiona do innych osób we wspólnocie⁶⁴.

Określenie modelu sądowego stosowania prawa mianem „personalistyczny” jest przydatne, pozwala bowiem uchwycić wspólne komponenty bardzo zróżnicowanych teorii, podobnie jak określenie „postpozytywizm” może pomóc poszukiwać wspólnych punktów odniesienia w różnych teoriach wywodzących się z myślenia pozytywistycznego, uwzględniających zarazem część współcześnie wymierzonej w nie krytyki. Biorąc pod uwagę tradycyjne określenia, jurysprudencja personalistyczna znajduje się najbliżej jurysprudencji prawa naturalnego. Jurysprudencja personalistyczna czy prawnonaturalna (w różnych odmianach, w tym głównie nawiązująca do tzw. analitycznej jurysprudencji prawnonaturalnej) wskazuje, że istnieje obiektywny – niedowodliwy, lecz rozumowo uchwytne i przedmoralny – porządek podstawowych form ludzkiego dobra⁶⁵. John Finnis, uważany za założyciela współczesnej jurysprudencji prawa naturalnego, wymienia siedem podstawowych form ludzkiego dobra (życie, wiedzę, zabawę, przeżycia estetyczne, życie w społeczności, zdolność rozumowania praktycznego, religię), ujmując je jako „aspekty ludzkiego samookreślenia i samorealizacji” – jako dobra, w których osoby mogą uczestniczyć na nieskończenie wiele sposobów⁶⁶. Z personalistycznego punktu widzenia cel prawa to nie tylko pełne ludzkie życie w możliwie najdoskonalszym kształcie (jak w perfekcjonistycznie nastawionej jurysprudencji cnót), ale również rozwiązywanie problemów kordynacyjnych dzięki normom określonej i skutecznie działającej władzy wspólnoty. Konieczność taka wynika z wielości form ludzkiego dobra i służy dobru wspólnemu. Z kolei sam akt stanowienia bądź urzeczywistniania prawa przez ustawodawcę lub sędziego

61 S.J.M. Donnelly, *Towards a Personalist Jurisprudence: Basic Insights and Concepts*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 1995, vol. 28, s. 547–618.

62 R. Spaemann, *Osoby. O różnicy między czymś a kimś*, przeł. J. Merecki, Warszawa 2001, s. 239.

63 H. Zaborowski, *Robert Spaemann's Philosophy of the Person. Nature, Freedom, and the Critique of Modernity*, Oxford 2010, s. 206–210.

64 R. Spaemann, *Osoby...*, s. 83.

65 J. Crowe, *Natural Law Beyond Finnis*, „Jurisprudence” 2011, vol. 2, nr 2, s. 293–308; Ch. Tollefsen, *Natural Law, Basic Goods and Practical Reason* (w:) *Natural Law Jurisprudence*, eds. G. Duke, R.P. George, Cambridge 2017, s. 133–158.

66 J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, przeł. K. Lossman, Warszawa 2001, s. 69–110.

może i powinien być kierowany według zasad i reguł o charakterze moralnym, które Finnis określa mianem „podstawowych wymagań rozumności praktycznej”. Obejmują one uczestniczenie we wszystkich podstawowych aspektach ludzkiego dobra w ramach spójnego planu życia; zakaz arbitralnego wyolbrzymiania lub pomijania którejkolwiek z podstawowych wartości; bezstronność w odniesieniu do wielu rozmaitych planów życia; zachowanie dystansu, a zarazem wierność własnym postanowieniom; skuteczność w granicach rozsądku; respektowanie każdej poszczególniej wartości w każdym jednostkowym działaniu; wspieranie dobra wspólnot, do których należymy. Ostatecznie kierowanie się głosem sumienia jest uznane za „sumaryczne ujęcie wszystkich wymagań” rozumności praktycznej⁶⁷. Rozumna decyzja i wybór nigdy nie są rezultatem mechanicznego stosowania reguł, nie są też jednak „zdane” na cechy i predyspozycje sędziego.

A ponieważ „sumienie jest najbardziej wyraźną oznaką osoby”⁶⁹, istnieją dobre racje ku temu, by zarysowany model sądowego stosowania prawa określić mianem modelu personalistycznego. Sumienie z jednej strony ukierunkowuje sędziego na to, co obiektywnie dobre, pozwala przekraczać względność własnych pragnień i interesów. Z drugiej strony sumienie to również „pozwała zakończyć dyskurs” i „z przekonaniem przystąpić do działania”, biorąc za nie odpowiedzialność⁷⁰.

4. Podsumowanie

Korzystając z władztwa interpretacyjnego, proceduralnego, subsumcyjnego i decyzyjnego, sędzia podlega nakazom nie tylko prawa, lecz również sumienia. Choć wymóg ten nie wyczerpuje zasady niezawisłości sędziowskiej, kieruje jednak uwagę na moralny wymiar sądowego stosowania prawa. Jak zwraca uwagę David Lyons, „sfera swobodnego uznania sądu»



**Słuszny sąd, zawsze uwikłany aksjologicznie,
jest sądem sumienia. Sędzia musi być nie
tylko *nomimos*, lecz i *homo conscientis*.**

Ponieważ osoby mogą uczestniczyć w podstawowych formach ludzkiego dobra na nieskończenie wiele sposobów, nie sposób również zakładać za Dworkinem, że jedno właściwe rozstrzygnięcie, choćby w tzw. trudnych sprawach, zawsze jest możliwe. Sędzia, nawet posiadający cechy Dworkinowskiego Herkulesa, często nie będzie w stanie wskazać jedynego właściwego rozstrzygnięcia⁶⁸. To nie naturalne dyspozycje relacjonowane do społecznie ustanowionej praktyki sądowego stosowania prawa usprawniają sędziego do wydawania słusznych sądów. Słuszny sąd, zawsze uwikłany aksjologicznie, jest sądem sumienia. Sędzia musi być nie tylko *nomimos*, lecz i *homo conscientis*.

tworzy »okno«, dzięki któremu standardy moralne mogą pomóc określić, czego prawo wymaga i na co zezwala”⁷¹. Każdy z modeli praworządnej decyzji sądowej wskazuje na inny wymiar kierowania się przez sędziego sumieniem. Model postpozytywistyczny uwypukla wymóg samodzielnego myślenia z pozycji tzw. „zaangażowanego obserwatora”. W jurysprudencji cnót źródłem „związania” sędziego w jego działaniu są doskonałości przynależne do społecznej praktyki sądowego stosowania prawa. Jurysprudencja personalistyczna, eksponując rolę sędziego jako *homo conscientis*, stanowi wyraz reakcji na „zapomnienie”

67 Tamże, s. 139.

68 J. Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning* (w:) *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, ed. R.P. George, Oxford 1994, s. 134–156.

69 R. Spaemann, *Osoby...*, s. 204.

70 R. Spaemann, *Podstawowe pojęcia moralne*, przeł. P. Mikulska, J. Merecki, Lublin 2000, s. 63–73.

71 D. Lyons, *Etyka i rzędy prawa*, przeł. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 84.

osoby w dobie późnej nowoczesności⁷². Przywrócenie „personalnego” wymiaru w sferze sądowego stosowania prawa wydaje się niezbędne, gdy sędzia w coraz większym stopniu bierze udział w kształtowaniu obowiązującego prawa, które obecnie – jak zauważa Ernst-Wolfgang Böckenförde – „współokreśla sposób, w jaki ludzie sami siebie rozumieją”⁷³. Już Francis Bacon w eseju *O wymiarze sprawiedliwości* przestrzegał, iż „sędziowie winni pamiętać, że ich zadaniem jest *jus dicere*, nie zaś, *jus dare*”⁷⁴, zauważając zarazem, iż zdarza się, że „zagadnienie prawne wikła się z interesem państwa”, zaś „pewne względy państwowe wchodzą w grę w sprawie sądowej”. Myśli te zdają się wpisywać we współczesną debatę wokół relacji między prawnym a politycznym wymiarem państwa w ponowoczesności⁷⁵. Charakterystyczne dla dzisiejszego sądownictwa poszerzanie władztwa interpretacyjnego zbiega się z uznaniem, iż „dla sądu potrzeba wykładni nie jest kwestią niejasności czy braku precyzji tekstu, ale przede wszystkim kwestią aksjologiczną”⁷⁶. Możliwe typy sumienia sędziowskiego odsyłają do różnych i wzajemnie niewykluczających się wskazań, które z jednej strony uwypuklają zobowiązujący charakter sumienia, z drugiej zaś szanują wolność podejmującego wysiłek interpretacyjny w aksjologicznie uwikłanym kontekście.

Bibliografia

- Ackerman B., *Good-bye, Montesquieu* (w:) *Comparative Administrative Law*, eds. S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, Edward Elgar Publishing 2010, s. 128–133.
- Arendt H., *Wykłady o filozofii politycznej Kanta*, przeł. R. Kuczyński, M. Moskaiewicz, Warszawa 2012.
- 72 C. Delsol, *Esej o człowieku późnej nowoczesności*, przeł. M. Kowalska, Kraków 2003, s. 203–210; R. Spaemann, H. Zaborowski, *An Animal That Can Promise and Forgive*, „Communio. International Catholic Review” 2007, vol. 34, s. 511–521.
- 73 E.-W. Böckenförde, *Wizerunek człowieka w świetle dzisiejszego porządku prawnego*, przeł. M. Łukasiewicz (w:) *Rozmowy w Castel Gandolfo*, opr. zbiorowe, t. 1, Kraków 2010, s. 75–80.
- 74 F. Bacon, *O wymiarze sprawiedliwości* (w:) tegoż, *Eseje*, przeł. C. Znamierowski, Warszawa 1959.
- 75 M. Loughlin, *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Oxford 2000, s. 4–12.
- 76 E. Łętowska, *Boska sztuka...*, s. 30.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, Legalis, komentarz do art. 178 (stan na 21.10.2009).
- Bobko A., *Sumienie w świecie wolności, czyli o potrzebie wewnętrznego rygoru* (w:) *Sumienie w świecie wolności*, red. J. Jagiełło, W. Zuziak, Kraków 2007, s. 62–77.
- Böckenförde E.-W., *Wizerunek człowieka w świetle dzisiejszego porządku prawnego*, przeł. M. Łukasiewicz (w:) *Rozmowy w Castel Gandolfo*, opr. zbiorowe, t. 1, Kraków 2010, s. 75–80.
- Brand-Ballard J., *Limits of Legality. The Ethics of Lawless Judging*, Oxford 2010.
- Burbank S.B., *The Courtroom as Classroom: Independence, Imagination and Ideology in the Work of Jack Weinstein*, „Columbia Law Review” 1997, vol. 97, nr 7, s. 1971–2009.
- Crowe J., *Natural Law Beyond Finnis*, „Jurisprudence” 2011, vol. 2, nr 2, s. 293–308.
- Delsol C., *Esej o człowieku późnej nowoczesności*, przeł. M. Kowalska, Kraków 2003.
- Donnelly S.J.M., *Towards a Personalist Jurisprudence: Basic Insights and Concepts*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 1995, vol. 28, s. 547–618.
- Dworkin R., *The Secular Papacy* (w:) *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, eds. R. Badinter, S. Breyer, New York, London 2004, s. 67–116.
- Finnis J., *Natural Law and Legal Reasoning* (w:) *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, ed. R.P. George, Oxford 1994, s. 134–156.
- Finnis J., *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, przeł. K. Lossman, Warszawa 2001.
- Grabowski A., *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2011, nr 312, s. 147–161.
- Hirschl R., *The Judicialization of Politics* (w:) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith E. Whittington, R.D. Kelemen, Gregory A. Caldeira, Oxford 2008, s. 119–141.
- Jaworski C., *Niezależność i niezawisłość* (w:) *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006, s. 112–122.
- Kant I., *Krytyka władzy sądowniczej*, przeł. J. Galecki, Warszawa 2004.
- Kant I., *Metafizyka moralności*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2005.
- Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, seria „Duże Komentarze Becka”, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, t. 2, *Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016.
- Krasnodębski Z., *Przemiany sumienia*, „Znak” 1996, nr 7, s. 4–12.
- Langston D.C., *Conscience and Other Virtues: From Bonaventure to MacIntyre*, The Pennsylvania State University Press 2001.

- Leszczyński L., *O aksjologii stosowania prawa* (w:) *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Katowice 1992, s. 143–152.
- Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001.
- Loughlin M., *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Oxford 2000.
- Lyons D., *Etyka i rządy prawa*, przeł. P. Maciejko, Warszawa 2000.
- Łazarska A., *Niezawisłość sędziego w sprawowaniu urzędu* (w:) *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 87–92.
- Łętowska E., *Boska sztuka interpretacji* (w:) *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 25–35.
- MacCormick N., *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007.
- MacIntyre A., *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, przeł. A. Chmielewski, Warszawa 1996.
- MacIntyre A., *Kilka projektów Oświecenia na nowo rozpatrzonych*, przeł. A. Orzechowski (w:) tegoż, *Etyka i polityka*, red. A. Chmielewski, Warszawa 2009, s. 253–269.
- Majone G., *Od państwa pozytywnego do państwa regulacyjnego: przyczyny i skutki zmian sposobu rządzenia z wprowadzeniem Boba Jessopa*, przeł. R. Śmietana, „Zarządzanie Publiczne” 2015, nr 1, s. 48–70.
- Małajny R.M., *Trzy teorie podzielonej władzy*, Warszawa 2001.
- Morawski L., *Filozofia prawa*, Toruń 2014.
- Nawrot O., *Dobry sędzia jako kamień węgielny wymiaru sprawiedliwości* (w:) *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Gdańsk 2016, s. 63–82.
- Perelman C., *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984.
- Piechowiak M., *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999.
- Piechowiak M., *Sprawiedliwe prawo – niesprawiedliwe wyroki. Uwagi na marginesie Arthura Kaufmanna koncepcji prawa do sprzeciwu wobec władzy* (w:) *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa profesora Romana Wieruszewskiego*, red. G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2017, s. 107–127.
- Puño A., *Podział władzy. Aktualne problemy w doktrynie, prawie i współczesnej dyskusji konstytucyjnej w Polsce*, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 3, s. 9–26.
- Rabault H., *Granice wykładni sędziowskiej*, przeł. B. Janicka, Warszawa 1997.
- Rosa H., *Przyspieszenie społeczne. Etyczne i polityczne konsekwencje desynchronizacji społeczeństwa wysokich prędkości*, przeł. D. Chabrajka, „Ethos” 2012, nr 3, s. 78–116.
- Rosanvallon P., *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, przeł. A. Goldhammer, Princeton 2011.
- Rosanvallon P., *Kontrdemokracja. Polityka w dobie nieufności*, przeł. A. Czarnacka, Wrocław 2011.
- Sanetra W., *Kilka refleksji na temat niezawisłości sędziów* (w:) *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 188–203.
- Sanetra W., *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako władza sądownicza*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 6, s. 5–29.
- Sarkowicz R., *Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej* (w:) *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 11–29.
- Scalia A., *Mułowię zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, przeł. Alicja Legutko-Dybowska, Warszawa 2009.
- Schockenhoff E., *Jaką pewność daje nam sumienie? Orientacja etyczna*, przeł. A. Marcol, Opole 2006.
- Solum L.B., *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, „Metaphilosophy” 2003, vol. 34, nr 1/2, s. 178–213.
- Solum L.B., *Virtue Jurisprudence: Towards an Aretaic Theory of Law* (w:) *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, eds. L. Huppes-Cluysenaer, N.M.M.S. Coelho, Dordrecht 2013, s. 1–32.
- Spaemann R., *Osoby. O różnicy między czymś a kimś*, przeł. J. Merecki, Warszawa 2001.
- Spaemann R., *Podstawowe pojęcia moralne*, przeł. P. Mikulska, J. Merecki, Lublin 2000.
- Spaemann R., Zaborowski H., *An Animal That Can Promise and Forgive*, „Communio. International Catholic Review” 2007, vol. 34, s. 511–521.
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995.
- Stępień M., *Droga przemiany „duszy sędziowskiej”. Ku aretycznej koncepcji orzekania sądowego?* (w:) *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawicki, Warszawa 2010, s. 275–289.
- Sylwestrzak A., *Władza trzecia „neutralna”*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, nr 4, s. 30–65.
- Tollefsen C., *Natural Law, Basic Goods and Practical Reason* (w:) *Natural Law Jurisprudence*, eds. G. Duke, R.P. George, Cambridge 2017, s. 133–158.
- Tokarczyk R., *Etyka prawnicza*, Warszawa 2005.
- Troper M., *The Judicial Power and Democracy*, „European Journal of Legal Studies” 2008, vol. 1, nr 2, s. 316–329.

Tuleja P., *Zastane pojęcie państwa prawnego* (w:) *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne*, red. J. Kowalski, Warszawa 2008, s. 31–54.

Tuora-Schwierskott E., *Pojęcie sumienia w doktrynie konstytucjonalistów niemieckich w świetle ochrony prawnej wolności sumienia i religii*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 8, s. 86–97.

Voßkuhle A., *Federalny Sąd Konstytucyjny a Parlament* (w:) *Wykłady w Trybunale Konstytucyjnym z lat 2011–2012*, Warszawa 2014, s. 217–230.

Wróblewski J., *The Judicial Application of Law*, eds. Z. Bańkowski, N. McCormick, Dordrecht 1992.

Wróblewski J., *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973.

Zaborowski H., *Robert Spaemann's Philosophy of the Person. Nature, Freedom, and the Critique of Modernity*, Oxford 2010.

Zajadło J., *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 1, s. 18–39.

Orzecznictwo

Orzeczenie TK z dnia 9 listopada 1993 r., K 11/93, OTK ZU 1993, poz. 37.

Wyrok TK z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98, OTK ZU, 1/1999, poz. 3.

Wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK ZU, 9A/2007, poz. 108.

Wyrok TK z dnia 7 października 2015 r., K 12/14, OTK ZU 9A/2015, poz. 143.

Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi



Wojciech Ciszewski

Doktor nauk prawnych, adiunkt
w Katedrze Teorii Prawa na Wydziale
Prawa i Administracji Uniwersytetu
Jagiellońskiego. Jego zainteresowania
naukowe koncentrują się na filozofii
politycznej, filozofii prawa oraz etyce.
✉ wojciech.ciszewski@uj.edu.pl

Does Freedom Provide a Right to Discriminate? Theoretical Considerations Regarding the Case of the Lodz Printer

The point of departure of the paper is the Polish case of the Catholic printer from Lodz who refused to print a roll-up for a LGBT nongovernmental organisation. As the printer explained, fulfilling the request of the organisation was – in his opinion – in contradiction 'with the Bible, morality and his own conscience'. Afterwards, the printer was found guilty by the court of unlawful discrimination on the grounds of sexual orientation. In the paper, the author considers two arguments for the permissibility of a morally motivated refusal of service in the free market. The first argument concerns the market freedom and the second one relates to the freedom of conscience. In the author's opinion, both arguments are substantially different and require separate consideration. However, the conclusion of the paper is that they both fail to provide a basis for a right to discriminate in the free market.

1. Wprowadzenie

W ostatnich miesiącach głośna w polskiej debacie publicznej stała się sprawa Adama J., drukarza z Łodzi, który odmówił wykonania usługi drukarskiej zamówionej przez pozarządową Fundację LGBT Business Forum. Stanowiąca przedmiot kontrowersji usługa miała polegać na wydrukowaniu materiałów reklamowych (dokładnie tak zwa-

nego roll-up). Adam J. stwierdził, że jej nie wykona, ponieważ nie chce swoją pracą przyczyniać się do promocji ruchów LGBT¹. Jak wskazywał później, podejmując

1 Zob. <http://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2017-10-06/obrona-drukarza-z-lodzi-popiera-kasacje-do-sn-mial-mozliwosc-odmowy-zawarcia-umowy-z-fundacja-lgbt/> (dostęp 28.12.2017).

tę decyzję, kierował się „Biblią, moralnością oraz swoim sumieniem”². Przedstawiciele Fundacji Business Forum uznali jego odpowiedź za formę niedopuszczalnej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, a sprawa w niedługim czasie trafiła na wókanę sądową. Dwie instancje sądów powszechnych wyrokujące w sprawie łódzkiego drukarza uznały jego działanie za sprzeczne z prawem. Adam J. został skazany za naruszenie art. 138 kodeksu wykroczeń („Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny”). Sąd apelacyjny odstąpił jednak od wymierzenia kary.

Orzeczenia sądów rozstrzygające sprawę drukarza wywołały lawinę komentarzy. W dyskusję włączyli się przedstawiciele władzy publicznej, publicyści, politycy i organizacje pozarządowe. Minister Sprawiedliwości Zbigniew Ziobro w specjalnym oświadczeniu skrytykował decyzje sądów, zarzucając im naruszenie konstytucyjnej zasady wolności sumienia. Jego zdaniem rozstrzygnięcie tej sprawy „stawia w uprzywilejowanej pozycji Fundację reprezentującą środowiska mniejszości seksualnych, a łamie wolność sumienia pracownika”³. Z tym poglądem nie zgodził się Rzecznik Praw Obywatelskich Adam Bodnar, który uznał, że odmowa realizacji zamówienia przez Adama J. stanowiła „niezgodną z prawem dyskryminację przez skojarzenie ze względu na orientację seksualną”⁴. Według niego usługodawca nie ma prawa selekcjonować klientów w oparciu o ich cechy osobiste, które pozostają bez wpływu na stosunki handlowe między stronami. Stanowisko w powyższym sporze zajęli również przedstawiciele organizacji pozarządowych, między innymi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka,

Instytutu Ordo Iuris, Stowarzyszenia KoLibeR, Amnesty International, Kampanii Przeciwko Homofobii.

To, że sprawa łódzkiego drukarza wywołała tak szerokie kontrowersje, nie jest zaskakujące. Stanowi ona bowiem, przynajmniej *prima facie*, bardzo szczególnie przypadek konfliktu fundamentalnych zasad porządku demokratycznego – wolności gospodarczej, wolności sumienia i wyznania oraz zasady równego traktowania. Powyższy spór jest szczególnie trudny do rozstrzygnięcia ze względu na fakt, że jego stronami są podmioty działające na wolnym rynku, to jest przedsiębiorca (usługodawca) oraz jego klient (usługobiorca). Mamy tutaj do czynienia z sytuacją tak zwanej dyskryminacji horyzontalnej i zagadnieniem jej dopuszczalności w warunkach demokratycznych. Główne pytanie w przytoczonej sprawie dotyczy zatem tego, czy mając na uwadze podstawowe zasady porządku demokratycznego, usługodawcy powinni mieć, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, prawo do dyskryminowania klientów ze względu na ich cechy osobiste⁵.

W moim artykule postaram się rzucić nieco więcej światła na ten problem. W szczególności rozważę dwie główne argumentacje, jakimi orędownicy prawa do dyskryminacji na rynku usług uzasadniają swój postulat. Pierwsza z nich opiera się na zasadzie wolności gospodarczej, druga natomiast odwołuje się do zasady wolności sumienia i wyznania. Twierdzę, że żadna z nich nie jest trafna i nie stanowi dobrego uzasadnie-

5 W dalszej części artykułu będę konsekwentnie posługiwał się pojęciem „prawo do dyskryminowania” bądź „prawo do dyskryminowania na rynku usług”. W moim przekonaniu taka terminologia jest uzasadniona z dwóch powodów. Po pierwsze, trafnie oddaje ona główny problem teoretyczny, który ujawnił się w sprawach dyskutowanych w tekście (chodzi bowiem o możliwość niestosowania się przez przedsiębiorców do zakazu dyskryminacji), a po drugie, jest zgodna z konwencją językową, która dominuje w międzynarodowej dyskusji dotyczącej tego zagadnienia. Por. R.W. Garnett, *Wrongful Discrimination? Religious Freedom, Pluralism, and Equality* (w:) *Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe*, eds. T.S. Shah, T.F. Farr, J. Friedman, Oxford 2016, s. 68. Por. A. Koppelman, T. Barrington Wolff, *A Right to Discriminate? How the Case of Boy Scouts of America v. James Dale Warped the Law of Free Association*, New Haven 2009.

2 Zob. <http://lodz.wyborcza.pl/lodz/7,35136,22829271,odmowil-uslugi-dla-organizacji-lgbt-sprawa-zajmie-sie-trybunal.html> (dostęp 28.12.2017).

3 Zob. <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/minister-kwestionuje-wyrok-sadu-ws-odmowy-uslugi-dla-fundacji-lgbt?refererPlid=5257134> (dostęp 28.12.2017).

4 Zob. <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/RPO%20do%20Zbigniewa%20Ziobro%2029.07.2016.pdf> (dostęp 28.12.2017).

nia dopuszczalności dyskryminowania w warunkach rynkowych. W moim przekonaniu zakaz dyskryminacji klientów ze względu na ich cechy osobowe nie narusza ani zasady wolności gospodarczej, ani idei wolności sumienia. Zanim jednak przejdę do analizy

la drukarni *Imaging Excellence Inc.*, usługi na rzecz pozarządowej organizacji *LGBT Canadian Lesbian and Gay Archives*, której statutowym celem jest działanie na rzecz społecznej akceptacji osób o orientacji homoseksualnej. Brockie nie zrealizował zlecenia,



Główne pytanie w przytoczonej sprawie dotyczy tego, czy mając na uwadze podstawowe zasady porządku demokratycznego, usługodawcy powinni mieć, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, prawo do dyskryminowania klientów ze względu na ich cechy osobiste.

tych argumentów, w celu dokładniejszego zarysowania problemu wskażę kilka przypadków sporów prawnych podobnych do sprawy drukarza z Łodzi, które były rozstrzygane przez sądy innych krajów.

2. Orzecznictwo sądów w sprawach dotyczących dyskryminacji na rynku usług

Warto zdać sobie sprawę, że konflikt zasad, z jakim mamy do czynienia w sprawie łódzkiego drukarza, nie jest czymś wyjątkowym w skali światowej. Spory o wykonanie świadczenia między usługodawcami powołującymi się na światopogląd religijny a osobami o orientacji homoseksualnej (albo przedstawicielami ruchów LGBT) są obecnie jednym z najczęściej dyskutowanych problemów w orzecznictwie konstytucyjnym wielu państw. Poniżej wskażę jedynie kilka wybranych orzeczeń, które zapadły w sprawach tego rodzaju.

Bodaj najbardziej zbliżony stan faktyczny do opisanego wyżej polskiego przypadku ma kanadyjska sprawa *Ontario Human Rights Commission v. Brockie* z 2002 roku⁶. Przedmiotem orzeczenia była tutaj odmowa wykonania przez Scotta Brockiego, właścicie-

ponieważ – jak stwierdził – materiały, które zostały mu przekazane, „odnosiły się bezpośrednio do gejów i lesbijek”, a fakt ten czynił wykonanie wydruku sprzecznym z jego przekonaniami religijnymi. Sam siebie określał on jako „nowonarodzonego chrześcijanina”, który potępia praktyki homoseksualne. Za swoją odmowę Brockie został zobowiązany przez Komisję Praw Człowieka do zapłaty odszkodowania w wysokości 5000 dolarów kanadyjskich. Ponieważ nie zgadzał się z tą decyzją, skierował sprawę na drogę postępowania sądowego.

Prawomocny wyrok w sprawie *Brockie* wydał Sąd Najwyższy Ontario. W orzeczeniu sąd stwierdził, że odmowa wykonania usługi przez drukarza była formą niedopuszczalnej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, a szkoda, jaką w związku z tą odmową poniósł klient, jest większa niż niedogodność, której doświadczyłby właściciel drukarni, realizując zamówienie. Zgodnie z treścią orzeczenia wykonanie usługi – w opisywanej sytuacji – nie stanowiło obciążenia fundamentalnych przekonań składających się na światopogląd religijny wyznawany przez Brockiego. Sąd stanął na stanowisku, że samego wydruku materiałów papierniczych nie można bowiem utożsamiać z promowaniem celów organizacji, która zleca tenże wydruk.

6 *Ontario Human Rights Commission v. Brockie*, O.J. No. 2375 [2002].

W debacie amerykańskiej jednym z najszerzej komentowanych przypadków dyskryminacji na rynku usług jest rozpatrywana aktualnie przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych sprawa *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*⁷. Główny problem prawny stanowiła w tym przypadku kwestia dopuszczalności odmowy przygotowania tortu weselnego przeznaczonego na ślub pary homoseksualnej. Właściciel cukierni *Masterpiece Cakeshop* Jack Phillips nie zgodził się na zrealizowanie zlecenia, uzasadniając swoje stanowisko przekonaniem religijnymi. W wyniku przeprowadzonego postępowania Komisja Praw Człowieka stanu Kolorado uznała go winnym naruszenia stanowych przepisów antydyskryminacyjnych. Takie rozstrzygnięcie zostało następnie utrzymane w mocy przez sądy stanowe. W tym samym czasie z bardzo podobnym problemem mierzył się wymiar sprawiedliwości w stanie Nowy Meksyk, rozstrzygając sprawę *Elane Photography v. Willock*⁸. Odmowa dotyczyła tutaj wykonania zdjęć z ceremonii zawarcia związku partnerskiego przez parę homoseksualną. Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy współwłaścicielka zakładu *Elane Photography* Elaine Huguenin w odpowiedzi na maila przesłanego przez klientkę zainteresowaną jej usługami oświadczyła, że nie podejmie się proponowanego zlecenia, ponieważ jest ono sprzeczne z jej światopoglądem. Jej zdaniem wyznawana religia nie pozwala jej fotografować niemoralnych wydarzeń. Sytuacja ta stała się następnie przedmiotem skargi do stanowej Komisji Praw Człowieka, która po przeprowadzeniu postępowania nałożyła na *Elane Photography* zobowiązanie do wypłaty odszkodowania za naruszenie przepisów antydyskryminacyjnych. W 2014 roku Sąd Najwyższy stanu Nowy Meksyk potwierdził, że Elaine Huguenin popełniła czyn, który jest przejawem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Trzecia ze spraw diskutowanych, o której warto wspomnieć, dotyczyła odmowy przygotowania kwiatów na ślub pary homoseksualnej przez kwiaciarnię *Arlene's Flowers*⁹.

Właścicielka tej kwiaciarni, Barronelle Stutzman, nie przyjęła zlecenia od swoich wieloletnich klientów, powołując się na przekonania religijne, stosownie do których związek homoseksualny jest grzechem. Podobnie jak w przypadku wcześniejszych spraw Stutzman została uznana za winną naruszenia przepisów antydyskryminacyjnych.

Sprawy dotyczące dyskryminacji na rynku usług były rozstrzygane także przez sądy europejskie. W Wielkiej Brytanii szerokim echem odbiła się sprawa *Bull v. Hall and Preddy* z 2012 roku¹⁰, w której parze homoseksualistów pozostających w związku partnerskim odmówiono wstępu do hotelu. Sytuacja ta miała miejsce w hotelu w Cornwall prowadzonym przez małżeństwo Hazelmary i Petera Bull. Ze względu na „głęboki szacunek dla instytucji małżeństwa” udostępniali oni dwuosobowe pokoje wyłącznie małżeństwom heteroseksualnym. Według właścicieli hotelu małżeństwo heteroseksualne jest jedynym związkiem, który usprawiedliwia utrzymywanie relacji seksualnych między partnerami. Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy *Bull*, Steven Preddy dokonał telefonicznej rezerwacji podwójnego pokoju w Carnwall, nie zaznając się wcześniej z obowiązującą tam polityką. W trakcie rozmowy telefonicznej nie zapytano go ani o orientację seksualną, ani o to, z kim będzie dzielił pokój hotelowy. Po przybyciu na miejsce Preddy oraz jego partner Martyn Hall zostali poinformowani, że ze względu na zasady obowiązujące w tym hotelu pokój dwuosobowy nie zostanie im udostępniony.

W następstwie powyższej kontrowersji Preddy i Hall złożyli pozew przeciwko właścicielom hotelu, zarzucając im dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Sąd pierwszej instancji w Bristolu stwierdził winę Hazelmary i Petera Bull i nakazał im zapłatę 1800 funtów dla każdego z poszkodowanych tytułem zadośćuczynienia za szkody psychiczne. Sprawa była następnie przedmiotem orzeczenia Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa. Właściciele hotelu przekonali w tym postępowaniu, że polityka ich hotelu nie dyskryminuje osób ze względu na orientację seksualną, ponieważ w podobny sposób traktowane są tam

7 *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al.* (sprawa w toku).

8 *Elane Photography v. Willock*, 134 S. Ct. 1787 [2014].

9 Zob. <https://www.washingtonpost.com/news/post-national/wp/2017/02/17/washington-state-supreme-court->

[-rules-against-florist-who-turned-away-gay-couple/?utm_term=.99003bd51e17](https://www.washingtonpost.com/news/post-national/wp/2017/02/17/washington-state-supreme-court-against-florist-who-turned-away-gay-couple/?utm_term=.99003bd51e17) (dostęp 28.12.2018).

10 *Bull v. Hall and Preddy*, UKSC 73 [2013].

pary heteroseksualne, które nie są małżeństwami. Powoływali się także na niezgodność przepisów antydyskryminacyjnych z prawem do prywatności oraz zasadą wolności sumienia, które są chronione przez Europejską Konwencję Praw Człowieka. Sąd Najwyższy nie znalazł jednak podstaw do zmiany orzeczenia na rzecz małżeństwa Bull i oddalił ich apelację.

Rzecz jasna, trzeba mieć na uwadze, że opisywane sprawy pod wieloma względami różniły się od siebie – każda z nich dotyczyła innego rodzaju usługi, w każdej sprawie właściwy był też inny porządek

gospodarczej oraz wolność sumienia i wyznania¹¹. Pierwszą z wymienionych argumentacji, która odwołuje się do wolności słowa, nie będę się zajmował w niniejszym artykule. Moim zdaniem nie dostarcza ona przekonującego uzasadnienia dla generalnego prawa do dyskryminowania na rynku usług. Być może argument ten stanowi dobre uzasadnienie w odniesieniu do pewnej szczególnej kategorii usług, nie wydaje się jednak, aby znajdował on zastosowanie do sytuacji opisanych w poprzedniej części tekstu¹². Warto też odnotować, że nie pojawiał się on również



W debacie prawnej dyskutowane są trzy strategie argumentacyjne, którymi orędownicy prawa do dyskryminowania na rynku usług uzasadniają swój postulat.

prawny; w niektórych przypadkach możliwość odmowy wykonania usługi była zadeklarowana z góry w regulaminie ogłoszonym przez usługodawcę (sprawa *Bull*), w innych taka odmowa była dokonywana *ad hoc* (np. sprawa *Arlene's Flowers*). Warto jednak odnotować, że we wszystkich wymienionych wyżej przypadkach przedsiębiorcy uchylający się od wykonania świadczenia zostali uznani za winnych dyskryminacyjnego traktowania klientów. Jednocześnie sądy uprawnione do badania konstytucyjności prawa nie uznawały obowiązujących regulacji antydyskryminacyjnych za sprzeczne z prawami i wolnościami obywatelskimi.

3. Argumenty na rzecz prawa do dyskryminowania na rynku usług

W debacie prawnej dyskutowane są trzy strategie argumentacyjne, którymi orędownicy prawa do dyskryminowania na rynku usług uzasadniają swój postulat. Każda z nich ugruntowana jest w jednej z podstawowych swobód politycznych honorowanych we wszystkich państwach demokratycznych. Są to wolność słowa (ekspresji), wolność działalności

w polskiej debacie dotyczącej rozważanego problemu. Odwołania do wolności gospodarczej oraz wolności sumienia wydają się, przynajmniej *prima facie*, bardziej przekonujące w omawianym stanie faktycznym.

Przed rozważeniem dwóch wspomnianych strategii uzasadniania warto jeszcze zwrócić uwagę na stosu-

11 Nie będę podejmował się kwestii rozstrzygnięcia sporu o relację między zasadą wolności sumienia a wolnością wyznania. Przyjmuję stanowisko, stosownie do którego wolność wyznania stanowi szczególnie przypadek wolności sumienia. Tym samym uznaję, że wolność wyznania nie dostarcza odmiennego punktu widzenia na omawianą sprawę niż idea wolności sumienia. W dalszej części rozważań, w związku z powyższym, będę posługiwał się pojęciem wolności sumienia. Por. M. Schwartzman, *What If Religion Is Not Special?*, „University of Chicago Law Review” 2012, vol. 79, s. 1351–1427.

12 Podzielałam w tym zakresie uwagi dotyczące wolności sformułowane przez A. Koppelmana w artykule poświęconym sprawie *Elane Photography*. Por. A. Koppelman, *A Zombie in the Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial*, „Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review” 2015, vol. 7, s. 77–96.

nek, w jakim pozostają one do siebie. Dla dalszego wyводу istotne jest to, że obie te argumentacje nie dają się ze sobą uzgodnić – orędownik prawa do dyskryminowania na rynku usług nie może utrzymywać jednocześnie argumentu odwołującego się do wolności gospodarczej oraz argumentu ugruntowanego w wolności sumienia. Musi dokonać między nimi wyboru.

Zgodnie z argumentem odwołującym się do wolności gospodarczej – przedsiębiorca ma niczym nieskrępowaną swobodę decydowania, z kim i na jakich zasadach chce zawrzeć umowę. Podejście to zakłada, że nie istnieją żadne szczególne obowiązki niedyskryminowania klientów na rynku usług. W związku z tym przedsiębiorca może odmówić wykonania świadczenia z jakiegokolwiek powodu (a nawet bez powodu). Powoływanie się na sąd sumienia w tej sytuacji nie ma zatem żadnego sensu – jeśli to rozumienie wolności gospodarczej jest trafne, to usługodawca nie musi w ogóle uzasadniać swojego działania (fakt, że opiera on swoją decyzję na sędzie sumienia, nie czyni jej legitymizowaną). Kwestia ta przedstawia się odmiennie w przypadku argumentacji odwołującej się do wolności sumienia. Tutaj przyjmuje się bowiem, że sądy sumienia stanowią racje szczególnego rodzaju – racje legitymizujące działania, których dokonanie z innych powodów nie byłoby dopuszczalne. Rdzeń tego argumentu stanowi zatem instytucja klauzuli sumienia, która umożliwia przedsiębiorcy uchylenie się od określonego obowiązku poprzez wskazanie na konflikt z sądami sumienia. Innymi słowy, pierwszy z wymienionych argumentów podważa możliwość obowiązywania regulacji antydyskryminacyjnych, natomiast na gruncie drugiego z nich postuluje się wprowadzenie wyłączenia od tego rodzaju regulacji (a zatem pośrednio uznaje się, że są one dopuszczalne).

Powyższe spostrzeżenie prowadzi do wniosku, że dwie linie rozumowania kluczowe dla omawianej dyskusji nie mogą wzmacniać się wzajemnie. Powodzenie jednej z nich zakłada bowiem nieadekwatność drugiej. Nie jest zatem tak, że te dwa argumenty mogą stworzyć jedno kumulatywne uzasadnienie w rozważanej sprawie – zasadność prawa do dyskryminowania na rynku usług zależy zatem od odpowiedniego umocowania jednego z nich. Mając powyższe na uwadze, w dalszej części tekstu rozważę oddzielnie każdą z tych argumentacji.

3.1. Argument odwołujący się do wolności gospodarczej

Wolność gospodarczą możemy zdefiniować jako swobodę podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności zarobkowej na rynku. Uprawnia ona podmioty decydujące się na wykonywanie działalności gospodarczej do samodzielnego wyboru profilu prowadzonej działalności oraz jej formy prawnej; stwarza przedsiębiorcom możliwość angażowania się w różnego rodzaju porozumienia handlowe, zatrudniania pracowników i tak dalej. Choć w literaturze najczęściej akcentowany jest negatywny aspekt wolności gospodarczej (jako wolności od ingerencji ze strony państwa), to powszechnie uznaje się, że zasada ta legitymizuje również roszczenia do instytucji państwa o odpowiednie uregulowanie funkcjonowania rynku oraz określenie zasad prowadzenia działalności gospodarczej¹³.

Argument na rzecz prawa do dyskryminowania na rynku usług odwołujący się do tak rozumianej zasady wolności gospodarczej głosi, że zasada ta wyklucza możliwość obarczenia przedsiębiorców obowiązkiem niedyskryminowania klientów. Zgodnie z tą linią rozumowania wolność gospodarcza obejmuje szeroką swobodę umów (*freedom of contract*), a na mocy tej ostatniej podmiot prowadzący taką działalność posiada nieograniczoną dyskretność decydowania o tym, kiedy, z kim i na jakich warunkach zawiera umowę. Osoby zainteresowane usługami świadczonymi przez danego przedsiębiorcę nie mogą domagać się od niego zawarcia umowy – przedsiębiorca ma prawo zrealizować złożone zamówienie, ale może też odmówić jego wykonania z jakiegokolwiek powodu. Ponieważ dowolna racja może służyć jako dostateczny motyw odmowy wykonania usługi, to powinniśmy przyjąć, że dotyczy to również racji dyskryminujących, czyli takich, które odwołują się do cech osobistych klienta. Przy tej interpretacji wskazanie przez przedsiębiorcę na rasę, pochodzenie bądź orientację seksualną usługobiorcy jest równie dobrym powodem zaniechania działania co przykładowo techniczna niemożliwość wykonania usługi albo brak odpowiednich umiejętności usługodawcy.

13 Por. L. Herzog, *Inventing the Market. Smith, Hegel and Political Theory*, Oxford 2013, s. 119–146.

Tak szerokie rozumienie wolności gospodarczej i powiązanej z nią swobody umów uzasadnia się najczęściej poprzez odwołanie do prawa własności prywatnej oraz prawa do prywatności¹⁴. Argumentacja ta zakłada, że jednostki mogą swobodnie dysponować swoją własnością, a wszelkie decyzje dotyczące tejże własności mieszczą się w prywatnej sferze ich funkcjonowania. Sfera ta powinna natomiast pozostawać wolna od jakiejkolwiek ingerencji ze strony instytucji państwa. Takie podejście wydaje się spójne ze stanowiskiem reprezentowanym przez klasycznych libertarian. Jeden z najbardziej znanych przedstawicieli tego nurtu współczesnej filozofii politycznej, Robert Nozick, opierając się na przekonaniu o prawie do decydowania o sobie, formułuje postulat nieograniczonej swobody działania w stosunkach gospodarczych. Opodatkowanie działalności gospodarczej Nozick uznaje za naruszenie wolności, a także za niesprawiedliwość porównywalną z niewolnictwem¹⁵. Na gruncie tej doktryny przyjmuje się, że jeżeli zasoby danego przedsiębiorstwa należą do konkretnej osoby, to tym samym osoba ta ma prawo posługiwać się nimi zgodnie ze swoją wolą i żadne obowiązki narzucane z zewnątrz (w szczególności przez instytucje państwa) nie powinny jej tego utrudniać. Korzystanie z przedmiotów stanowiących własność prywatną w ramach prowadzonej działalności gospodarczej podlega więc podobnej ochronie co korzystanie z tego rodzaju przedmiotów w zaciszu własnego domu.

Nie chciałbym wdawać się tutaj w analizy, czy tego rodzaju libertariańskie podejście do własności oraz rynku jest możliwe do utrzymania¹⁶. W moim przeko-

naniu do odrzucenia powyższego argumentu za prawem do dyskryminowania wystarczy wykazanie, że to ujęcie wolności gospodarczej jest niezgodne z modelem ustroju rynkowego realizowanym obecnie w większości demokratycznych krajów, w tym w Polsce¹⁷.

W pierwszej kolejności warto zauważyć, że przytoczony wyżej argument opiera się na błędnym ujęciu prawa do prywatności. Zakłada on, jak wskazywałem wyżej, że działania przedsiębiorcy na rynku korzystają z podobnej ochrony co aktywności odnoszące się do życia prywatnego. To przekonanie nie wydaje się uzasadnione. Jest bowiem istotna dostrzegalna różnica między działaniami mieszczącymi się w prywatnej domenie jednostki (to jest w jej najbliższym otoczeniu) a przedsięwzięciami podejmowanymi na wolnym rynku, czyli w obszarze, który moglibyśmy określić jako publiczną sferę niepolityczną. To, że każdemu z nas przysługuje prawo do prywatności, nie oznacza, że rozszerza się ono na wszelkie nasze działania. Tę różnicę możemy łatwo zilustrować, posługując się przykładem dwóch drukarzy. Przyjmijmy, że pierwszy z nich nie prowadzi żadnej działalności gospodarczej, posiada jednak sprzęt do drukowania materiałów reklamowych i zdarza mu się w wolnym czasie przygotowywać tego rodzaju materiały na prośbę znajomych. Ów drukarz nie wykonuje jednak żadnej usługi, o jaką jest proszony. Bardzo często odmawia realizacji zlecenia, stosując dyskryminujące kryteria – preferuje osoby, które zna, w szczególności mężczyzn, kibiców swojego ulubionego klubu piłkarskiego. Być może jego decyzje można krytykować z moralnego punktu widzenia, niemniej oczywiste jest, że nałożenie jakiegokolwiek prawnego obowiązku niedyskryminacji w takiej sytuacji naruszałoby prawo do prywatności tego drukarza. Powyższy opis możemy zestawzić z sytuacją drugiego drukarza, który prowadzi sformalizowaną działalność gospodarczą: figuruje jako przedsiębiorca w publicznym rejestrze, oferuje usługi dla nieoznaczonego grona odbiorców, reklamuje je w internecie i tak dalej. Funkcjonując w prze-

14 Por. R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, przeł. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Warszawa 2010; A. Koppelman, *Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law*, „Southern California Law Review” 2015, vol. 88, s. 639–641. Na argumentację odwołującą się do prawa do prywatności powoływali się między innymi pełnomocnicy reprezentujący małżeństwo Bull w sprawie *Bull*.

15 Por. R. Nozick, *Anarchia...*, s. 194–208.

16 Warto jednak odnotować, że bardzo wielu filozofów polityki twierdzi, iż stanowisko libertariańskie (przynajmniej w wersji zbliżonej do doktryny Nozicka) nie jest możliwe do utrzymania. Klasyczną krytykę tego stanowiska przeprowadzili w swoich pracach między innymi Gerald Cohen i Thomas Nagel. Por. T. Nagel, *Libertarianism without Foundations*, „The

Yale Law Journal” 1975, vol. 85, nr 1, s. 136–149; G.A. Cohen, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge 1995.

17 W Polsce te kwestie reguluje w szczególności ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz.U. nr 173, poz. 1807; tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2168).

strzeni publicznej jako osoba prowadząca działalność gospodarczą, taki przedsiębiorca uzyskuje odmienny status. Jego szczególny status umożliwia mu korzystanie z określonych przywilejów (jak na przykład ograniczenie odpowiedzialności finansowej związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej, możliwość wyboru formy opodatkowania, dotacje publiczne, ochrona przed nieuczciwymi praktykami innych podmiotów gospodarczych itp.), ale jednocześnie zobowiązuje go do wypełniania pewnych obowiązków narzucanych przez prawo, takich jak choćby różnego rodzaju zakazy dyskryminowania.

Powyższe zestawienie sugeruje, że o ile prawo do prywatności uprawnia do dokonywania dyskryminujących wyborów, to przedsięwzięcia podejmowane w ramach działalności gospodarczej różnią się zasadniczo od działań, które tradycyjnie korzystają z ochrony prawa do prywatności¹⁸. Tym samym dyspo-

poszczególne uprawnienia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej nie są wolnościami w opisanym wyżej libertariańskim sensie. Funkcjonowanie wolnego rynku jest regulowane przez państwo, a prawo stanowione nakłada na przedsiębiorców różnego rodzaju obowiązki o charakterze podatkowym, rejestracyjnym, informacyjnym, cywilnoprawnym i tak dalej. Pomimo że obowiązki te stanowią ograniczenie wolności działalności gospodarczej, to jednak powszechnie (z wyjątkiem klasycznych libertarian) nie są uznawane za przypadki naruszenia tej wolności. To samo dotyczy zasady swobody umów. Działania przedsiębiorców w odniesieniu do zawieranych umów są regulowane przez różnorodne przepisy z zakresu prawa cywilnego¹⁹, prawa pracy, przepisy o ochronie konsumentów, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tak dalej. Co więcej, część tego rodzaju ograniczeń swobody kontraktowania ma charakter obowiązków

O ile prawo do prywatności uprawnia do dokonywania dyskryminujących wyborów, to przedsięwzięcia podejmowane w ramach działalności gospodarczej różnią się zasadniczo od działań, które tradycyjnie korzystają z ochrony prawa do prywatności.

nujemy pełną swobodą decydowania, komu i z jakich powodów wyświadczamy koleżeńską przysługę, z kim wybierzemy się do kina, kogo zaprosimy na imprezę urodzinową, nie oznacza to jednak, że mamy porównywalną swobodę, gdy działamy jako przedsiębiorcy na rynku usług. Decyzje podejmowane w tym kontekście mieszczą się bowiem w publicznej sferze niepolitycznej, na której kształt mają wpływ instytucje państwa.

Powyższa różnica jest dostrzegalna i jak sądzę – szeroko akceptowana. Nie ulega bowiem wątpliwości, że we współczesnych państwach demokratycznych

antydiskryminacyjnych. W państwach demokratycznych powszechnie występuje na przykład zakaz kierowania się racjami dyskryminacyjnymi przez pracodawcę w relacjach z pracownikami. Tym samym zatrudnienie bądź zwolnienie pracownika ze względu na jego cechy osobiste, takie jak rasa, płeć, orientacja

19 Zgodnie z polskim porządkiem prawnym zasada swobody umów jest ograniczona przepisami prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Art. 353¹ kodeksu cywilnego stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

18 Na podobnym stanowisku stanął Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa w sprawie *Bull vs. Hall and Preddy*.

seksualna czy światopogląd są formą niesprawiedliwego i niedopuszczalnego traktowania²⁰. Regulacje antydyskryminacyjne znajdują także zastosowanie w relacjach między różnymi przedsiębiorcami. Przykładowo, doktrynie prawa ochrony konkurencji znany jest zakaz, stosownie do którego przedsiębiorca nie

publiczny, prawa i wolności innych osób, czy też zasady sprawiedliwości społecznej.

Moja odpowiedź na argument z wolności gospodarczej na rzecz prawa do dyskryminowania jest w związku z tym następująca: ponieważ inne obowiązki prawne ograniczające swobodę działalności gospodarczej



Ponieważ inne obowiązki prawne ograniczające swobodę działalności gospodarczej nie stanowią naruszenia wolności gospodarczej, za naruszenie tej zasady nie powinien również uchodzić zakaz dyskryminacji klientów na rynku usług.

może utrudniać dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy, jeżeli nie jest to uzasadnione względami ekonomicznymi. Dyskryminujące traktowanie może w tym przypadku polegać na uzależnianiu warunków transakcji albo samego zawarcia umowy od cech osobistych innego przedsiębiorcy²¹.

Jak wspomniałem wyżej, poza wąskimi kręgami libertariańskimi nie traktuje się wymienionych wyżej regulacji jako podważających istotę wolności gospodarczej oraz zasady swobody umów. Oczywiście poszczególne obowiązki związane z prowadzeniem działalności gospodarczej mogą być w określonej sytuacji mniej lub bardziej pożądane. Nie oznacza to jednak, że nałożenie tego rodzaju obowiązków jest czymś niedopuszczalnym z punktu widzenia moralności politycznej. Za większość z nich przemawiają bowiem bardzo istotne racje ugruntowane w cennych wartościach społecznych, takich jak choćby interes

nie stanowią naruszenia wolności gospodarczej, za naruszenie tej zasady nie powinien również uchodzić zakaz dyskryminacji klientów na rynku usług. Jest on bowiem pod wieloma względami podobny do innych ograniczeń wolności gospodarczej, a szczególne podobieństwo wykazuje w stosunku do innych zakazów dyskryminacyjnych. Wydaje się zatem, że rozważany argument na rzecz prawa do dyskryminowania na rynku usług opiera się na ujęciu wolności gospodarczej, które jest niespójne z rozumieniem tej zasady, jakie wyłania się z analizy regulacji dotyczących działalności gospodarczej. Realizowany we współczesnych demokracjach model wolnego rynku dopuszcza bowiem regulowanie zakresu swobody przedsiębiorców przez instytucje państwa. W związku z tym nie jest zrozumiałe, dlaczego zakaz dyskryminacji usługobiorców miałby stanowić większe zagrożenie dla tej swobody (czy też naruszać jej istotę) niż, przykładowo, obowiązki związane z ochroną konsumentów, zakaz dyskryminacji przedsiębiorców w dostępie do rynku czy też zakaz dyskryminacji pracowników.

3.2. Argument odwołujący się do wolności sumienia

Jak wspomniałem wyżej, argumentacja odwołująca się do wolności sumienia ma charakter konkurencyjny względem argumentu z wolności gospodarczej. Tym

20 W polskim porządku prawnym zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu, który wyklucza kierowanie się przez pracodawcę dyskryminującymi racjami w relacjach z pracownikiem, wyraża art. 18^{3a} kodeksu pracy.

21 Polski porządek prawny rozpoznaje tego rodzaju działanie jako czyn nieuczciwej konkurencji (zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

samym konkluzja poprzedniej części tekstu, która stanowi, że drugi z tych argumentów jest nietrafny, w żaden sposób nie osłabia pierwszego z nich. Wręcz przeciwnie – powoływanie się w dyskutowanej sprawie na zasadę wolności sumienia wydaje się uzasadnione, o ile wcześniej założymy, że przedsiębiorca podlega pewnemu obowiązkowi niedyskryminowania, od którego może się on uchylić, wskazując na niemożliwość uzgodnienia realizacji tego obowiązku z uznawanymi przez siebie sądami sumienia. Na gruncie tej argumentacji konstrukcja odmowy wykonania usługi jest zatem zbliżona do instytucji klauzuli sumienia (sprzeciwu sumienia).

Rozważania w tej części tekstu warto zatem rozpocząć od przywołania pewnych podstawowych informacji o samej klauzuli sumienia. Istotne jest w szczególności to, że klauzula sumienia stanowi najpopularniejszy przypadek tak zwanego wyłączenia światopoglądowego (*cultural exemption*). Wyłączenia światopoglądowe są specyficzną kategorią praw podmiotowych, które umożliwiają obywatelom będącym wyznawcami tak zwanych rozległych doktryn światopoglądowych niestosowanie się do powszechnie obowiązujących norm prawnych, jeżeli wypełnienie tych norm stoi w sprzeczności z treścią norm światopoglądowych uznawanych przez tych obywateli²². Do najczęściej dyskutowanych instytucji tego typu należą klauzula sumienia lekarzy, klauzula sumienia farmaceutów, uprawnienie wspólnot wyznaniowych do dokonywania uboju rytualnego oraz wyłączenie od obowiązku powszechnego poboru wojskowego.

Powołanie się na koncepcję wyłączeń światopoglądowych wydaje się interesującą możliwością dla orędownika prawa do dyskryminowania na rynku usług. Może on postulować wprowadzenie do systemu prawnego swoistej handlowej klauzuli sumienia, która umożliwiałaby przedsiębiorcy rezygnację z wykonania określonej usługi, jeżeli wiązałoby się to z poważnym obciążeniem dla jego sumienia. Kluczowe jest to, że najważniejsze argumenty przemawiające na rzecz wprowadzania wyłączeń światopoglądowych znajdu-

ją zastosowanie w sporze o dopuszczalność prawa do dyskryminowania na rynku usług. Główną wartością, która uzasadnia potrzebę funkcjonowania tego rodzaju instytucji, jest bowiem ochrona integralności moralnej obywateli. Co do zasady regulacje prawne nie powinny przymuszać poszczególnych osób do działania wbrew przekonaniom, które są konstytutywne dla tożsamości moralnej tych osób. W szczególności prawo stanowione nie powinno zakazywać podejmowania aktywności obligatoryjnych na gruncie danego światopoglądu ani nakazywać działań, które ten światopogląd uznaje za niedopuszczalne²³. W literaturze wskazuje się również, że wprowadzanie wyłączeń światopoglądowych do systemu prawnego jest pożądane ze względu na zasadę równych możliwości (*equality of opportunity*). Zgodnie z tym argumentem, jeżeli system prawny nie przewiduje żadnych instytucji tego rodzaju, to pewne profesje stają się niedostępne dla jednostek, których przekonania światopoglądowe wchodzą w konflikt z regulacjami prawnymi dotyczącymi tych zawodów. W świetle takiego rozumowania istnienie instytucji w rodzaju klauzuli sumienia jest pożądane, ponieważ gwarantuje wyznawcom rozległych doktryn, że decydując się na wykonywanie określonego zawodu, nie zostaną postawieni w sytuacji konfliktu między sądami sumienia a obowiązkami o charakterze prawnym²⁴.

W moich rozważaniach przyjmuję, że powyższe racje są dostatecznie dobre do tego, aby uznać wyłączenia światopoglądowe za instytucje legitymizowane *pro tanto*²⁵. Należy jednak zauważyć, że powyższe stwierdzenie nie przesądza o zasadności handlowej klauzuli sumienia. Czym innym jest bowiem kwestia legitymizacji *pro tanto* (generalnej legitymizacji) wyłączeń światopoglądowych, a czym innym legitymizacja poszczególnych tego rodzaju instytucji w konkretnym kontekście społecznym i prawnym. Innymi słowy,

22 Szerzej na temat wyłączeń światopoglądowych W. Ciszewski, *Wyłączenia światopoglądowe jako przedmiot dyskusji teoretycznoprawnej – próba systematyzacji*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 34, s. 59–73.

23 Por. M.C. Nussbaum, *The New Religious Intolerance. Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Cambridge 2012, s. 61–68.

24 Por. J. Quong, *Cultural Exemptions, Expensive Tastes and Equal Opportunities*, „Journal of Applied Philosophy” 2006, vol. 23, nr 1, s. 65–66; D. Miller, *Liberalism, Equal Opportunities and Cultural Commitments* (w: *Multiculturalism Reconsidered*, ed. P. Kelly, Cambridge 2002, s. 46.

25 W. Ciszewski, *Wyłączenia...*, s. 60–61.

wskazane wyżej argumenty stanowią dobre racje *pro tanto* na rzecz wprowadzania wyłączeń światopoglądowych do systemu prawnego, ale nie oznacza to, że biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, uzasadnione jest wprowadzenie każdej konkretnej instytucji tego rodzaju. Mogą istnieć powody, które podważają zasadność na przykład handlowej klauzuli sumienia w danej sytuacji, pomimo że obowiązywanie wyłączeń światopoglądowych jest generalnie czymś pożądanym. W innym miejscu argumentowałem, że legitymizacja poszczególnych wyłączeń światopoglądowych powinna być uzależniona od łącznego spełnienia przesłanek, które można sformułować w postaci testu pięciu pytań²⁶:

- (1) Jak istotny jest cel realizowany przez regulację prawną?
- (2) Czy regulacja prawna jest podatna na wyłączenie?
- (3) Jaki status ma norma światopoglądowa, która wchodzi w konflikt z regulacją prawną?
- (4) Czy wprowadzenie wyłączenia doprowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wyznawców danej rozległej doktryny w stosunku do innych osób?
- (5) Jak liczna jest grupa, której dotyczy wyłączenie?

Każda z wymienionych przesłanek ma zasadnicze znaczenie w kontekście legitymizacji poszczególnych wyłączeń światopoglądowych; każda może okazać się czynnikiem, który wyklucza możliwość wprowadzenia określonej instytucji tego rodzaju do systemu prawnego. Zatem aby odpowiedzieć na pytanie, czy handlowa klauzula sumienia powinna obowiązywać w danym systemie prawnym, należy rozważyć ten szczególnie przypadek wyłączenia światopoglądowego w świetle wszystkich pięciu okoliczności. Oczywiście trzeba zaznaczyć, że sytuacje poszczególnych profesji wysuwających roszczenia do korzystania z handlowej klauzuli sumienia mogą się od siebie różnić, a w związku z tym uzasadnione byłoby przeprowadzenie powyższego testu oddzielnie na potrzeby każdej z nich. Wydaje się jednak, że opisane wyżej w tekście przypadki odmowy ze strony drukarza, cukiernika, fotografa, kwiaciarki i hotelarzy są na tyle do siebie podobne, że możemy rozpatrzyć je łącznie.

26 Tamże, s. 65–68.

Pierwsze z pytań (1) powyższego testu odnosi się do doniosłości celu regulacji prawnej, której dotyczy rozważane wyłączenie. Im mocniejsze racje przemawiają za tą regulacją, tym słabsze jest roszczenie o wyłączenie jej stosowania dla określonej grupy. Aby zatem ocenić w tym kontekście przypadek handlowej klauzuli sumienia, musimy rozważyć, jaki cel przyświeca zakazowi dyskryminowania klientów na rynku usług.

Kwestia ta jest szczególnie istotna dla rozważanej sprawy z uwagi na argument, jakim stronnicy prawa do dyskryminowania uzasadniają dopuszczalność motywowanej moralnie odmowy realizacji świadczenia. Głosi on, że tego rodzaju postępowanie nie wiąże się z żadnymi poważnymi konsekwencjami dla osoby dyskryminowanej. Jedynym kłopotliwym następstwem takiego zdarzenia jest bowiem konieczność znalezienia przedsiębiorcy, który zgodzi się wykonać problematyczne zamówienie. Ponieważ jednak wolny rynek gwarantuje dostatecznie szeroki wybór usługodawców, sytuacja nie jest szczególnie uciążliwa. Zgodnie z tą linią rozumowania wartości, którą zabezpieczają regulacje antydyskryminacyjne, jest wygoda osób dyskryminowanych. Zwolennicy handlowej klauzuli sumienia konkludują, że tego rodzaju niedogodność nie powinna być przeszkodą w realizowaniu wolności sumienia przez inne osoby. Wolność sumienia przedsiębiorców stanowi bowiem wartość bardziej podstawową niż wygoda osób dyskryminowanych i w związku z tym powinna być w sytuacji konfliktu traktowana priorytetowo²⁷.

Takie postawienie sprawy trywializuje jednak problemy, jakie wiążą się z dyskryminacją na rynku usług. Wiele przemawia za tym, że w sytuacji dyskryminującej odmowy wykonania usługi mamy do czynienia z realnym pokrzywdzeniem dyskryminowanych jednostek. W związku z tym główną racją na rzecz wprowadzania tego typu regulacji jest zapobieżenie krzywdzie tych osób, a nie troska o ich wygodę. Co istotne, krzywda w tym kontekście ma złożony cha-

27 Por. D. Laycock, *Afterword (w:) Same-sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, eds. D. Laycock, A. Picarello, R.T. Wilson, New York 2008, s. 189–207; M.A. Failinger, *Remembering Mrs. Murphy: A Remedies Approach to the Conflict between Gay/Lesbian Renters and Religious Landlords*, „Capital University Law Review” 2001, vol. 29, s. 383–431.

rakter – obejmuje ona trzy różne aspekty: materialny, psychiczny oraz godnościowy.

Zakaz dyskryminacji na rynku usług ma przede wszystkim zabezpieczać klientów przed stratami materialnym, na jakie mogliby być narażeni w wyniku odmowy realizacji zlecenia. Ich szkoda w tym przypadku polega na naruszeniu interesów o charakterze ekonomicznym. Klient w rozważanej sytuacji ponosi pewne dodatkowe koszty, między innymi ograniczona jest jego możliwość wyboru na rynku (w szczególności nie może skorzystać z oferty, która jest w jego opinii najkorzystniejsza), a także traci czas na poszukiwanie nowego kontrahenta. W wielu sytuacjach straty ekonomiczne związane z tego rodzaju odmową będą jedynie marginalne, niemniej jest też prawdopodobne, że przynajmniej w niektórych przypadkach staną się one trudne do zbagatelizowania. Ten problem ujawni się na szeroką skalę, gdy wykonania usługi odmówi przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na danym rynku. Tego rodzaju pozycja dominująca może być zagwarantowana prawnie (na przykład dany przedsiębiorca może być jedynym dostawcą gazu albo prądu na danym terenie) albo wynikać z okoliczności faktycznych (gdy rynek na danym terenie nie jest rozwinięty i funkcjonuje, przykładowo, tylko jedna cukiernia, kwiaciarnia bądź drukarnia). Bez względu na to, jakie jest źródło pozycji dominującej danego przedsiębiorcy, w tego rodzaju sytuacjach skorzystanie przez przedsiębiorcę z handlowej klauzuli sumienia stanowiłoby bardzo poważną przeszkodę w uzyskaniu świadczenia.

Straty osób dyskryminowanych na rynku nie sprowadzają się jednak wyłącznie do kwestii materialnych. Często wiążą się one również z krzywdą o charakterze psychicznym, jakiej doświadczają osoby, którym odmawia się wykonania usługi ze względu na ich cechy osobiste. Warto zwrócić uwagę na dwa elementy tego rodzaju sytuacji, które wyjaśniają, dlaczego są one trudnym doświadczeniem z perspektywy dyskryminowanych klientów. Po pierwsze, decyzja o odmowie wykonania usługi może podważać szacunek dyskryminowanych osób do samych siebie. Odmawiając realizacji zlecenia, przedsiębiorca komunikuje klientowi niechęć do jego osoby albo do jego sposobu życia. Takie działanie godzi zatem w kluczowe elementy tożsamości tej jednostki – elementy, które stanowią o jej poczuciu własnej wartości, decydują o tym, że plan życiowy,

który ta jednostka realizuje, jest wart podejmowanych wysiłków. Po drugie, znaczenie w dyskusyjnym kontekście ma również fakt, że odmowa jest dla dyskryminowanego klienta czymś niespodziewanym. Douglas Laycock, który jest zwolennikiem szerokiej ochrony wolności sumienia, zwraca uwagę, że tego rodzaju zdarzenie stanowi niesprawiedliwe zaskoczenie (*unfair surprise*) dla poszkodowanej strony²⁸. Klient może bowiem racjonalnie oczekiwać, działając na rynku usług i przystając na ofertę skierowaną do nieograniczonej grupy osób, że jego zamówienie zostanie zrealizowane. Warto również podkreślić, że na ten aspekt krzywdy powoływały się sądy w przytoczonych wyżej sprawach *Brockie* i *Bull*, przyznając poszkodowanym zadośćuczynienie za poniesione przez nich straty psychiczne.

Trzeci aspekt krzywdy związanej z dyskryminacją na rynku usług można określić mianem godnościowego (*dignitary harm*). W przeciwieństwie do dwóch wyżej wymienionych krzywd w tym przypadku nie jest czymś zindywidualizowanym, gdyż nie ogranicza się do konkretnej jednostki, ale ma charakter strukturalny. W tej perspektywie zło pojedynczego aktu dyskryminacji polega na przyczynieniu się do zaistnienia społecznego zjawiska stygmatyzacji określonej grupy osób oraz do ich wykluczenia z grona pełnoprawnych członków danej wspólnoty. Poszczególne akty dyskryminacji, które dokonują się w sferze publicznej, powodują wytworzenie (lub utrwalenie) obrazu dyskryminowanej grupy obywateli jako jednostek niegodnych równego traktowania czy też moralnie gorszych. Taki stan rzeczy jest sprzeczny z zasadą równej godności, nie oddaje należnego szacunku tym osobom i to bez względu na to, czy towarzyszą mu jakiegokolwiek negatywne następstwa o charakterze materialnym bądź psychicznym. Jeremy Waldron, objaśniając specyfikę krzywdy godnościowej, powołuje się na analogię między zjawiskiem wykluczenia społecznego a zanieczyszczeniem środowiska naturalnego. Według niego w obu tych przypadkach mamy do czynienia z katastrofalnymi skutkami pojedynczych działań, które są podejmowane przez różne jednostki niezależnie od siebie²⁹.

28 D. Laycock, *Afterword...*, s. 198.

29 J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, London 2012, s. 16, 33.

Krzywdza osób dyskryminowanych na rynku usług ma zatem złożony charakter. Nie w każdym przypadku odmowy realizacji zlecenia przez przedsiębiorcę urzeczywistnią się wszystkie jej aspekty. Może zdarzyć się tak, że konkretna decyzja przedsiębiorcy nie narazi klienta na żadne straty o charakterze materialnym, ale będą jej towarzyszyły określone ciężary psychiczne oraz że będzie ona przyczyniała się do utrwalenia negatywnego obrazu określonej grupy w społeczeństwie. Zakaz dyskryminacji na rynku usług realizuje zatem bardzo istotny cel – chodzi bowiem o przeciw-

w przypadku zakazu dyskryminacji na rynku usług. Wprowadzanie wyłączeń od tej regulacji jawi się jako możliwe do przeprowadzenia. Potwierdza to fakt, że w przypadku unormowań pod wieloma względami podobnych do rozważanego przez nas zakazu istnieją możliwości wyłączenia określonych grup ze względów światopoglądowych. Jako przykład mogą służyć rozwiązania zapobiegające dyskryminacji w miejscu pracy. Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu jest powszechnie honorowany w prawodawstwie międzynarodowym i krajowym. Jak wskazywałem już



Zakaz dyskryminacji na rynku usług realizuje bardzo istotny cel – chodzi bowiem o przeciwdziałanie całej gamie negatywnych i daleko idących konsekwencji, które z reguły towarzyszą pojedyńczym aktom dyskryminacji.

działanie całej gamie negatywnych i daleko idących konsekwencji, które z reguły towarzyszą pojedyńczym aktom dyskryminacji. Doniosłość powyższego celu znacząco osłabia roszczenie o wprowadzenie handlowej klauzuli sumienia.

Drugie pytanie (2) testu legitymizacyjnego odnosi się do kwestii podatności ogólnej regulacji prawnej na wyłączenia – rozważamy w tym przypadku, czy wprowadzenie wyjątku dla danej grupy jest technicznie możliwe do zrealizowania. Takie rozwiązanie może być bowiem wykluczone z uwagi na konstrukcję ogólnej regulacji. Odwołując się do hipotetycznego przykładu, możemy powiedzieć, że w systemie prawnym, w którym jako ogólna regulacja obowiązywałby ruch prawostronny, zadośćuczynienie roszczeniom zwolenników lewostronnego ruchu drogowego nie byłoby możliwe ze względów praktycznych (a nie dlatego, że idea prawostronnego ruchu jest czymś szczególnie istotnym).

Nie wydaje się jednak, abyśmy z tego rodzaju praktyczną niemożliwością mieli do czynienia

wyżej, zobowiązuje on pracodawców do tego, by nie kierowali się dyskryminującymi racjami w relacjach ze swoimi pracownikami (w szczególności dotyczy to nawiązywania i rozwiązywania stosunku pracy). Dla rozważanej kwestii istotne jest to, że obowiązywanie tego zakazu nie wyklucza możliwości wprowadzania wyłączeń dla związków wyznaniowych, które na mocy tego rodzaju instytucji uzyskują prawo do niestosowania przepisów antydyskryminacyjnych w swoich wewnętrznych relacjach. Pracodawcy występujący w imieniu związku wyznaniowego mogą zatem w pewnych sytuacjach brać pod uwagę kryteria takie jak płeć, wyznawany światopogląd czy orientacja seksualna³⁰.

30 W polskim prawie stanowionym podstawą prawną tego wyłączenia jest art. 18^b § 4 kodeksu pracy. W amerykańskim porządku prawnym kluczowym orzeczeniem Sądu Najwyższego w tym zakresie jest wyrok w sprawie *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012).

Trzecia przesłanka (3) testu legitymizacyjnego dotyczy statusu normy światopoglądowej, która jest narażona na konflikt z ogólną regulacją prawną. W tym przypadku pytamy o rangę, jaką posiada rozważana norma na gruncie doktryny światopoglądowej wyznawanej przez określoną osobę. Zasadne wydaje się przekonanie, że im ta ranga jest wyższa, tym silniejsze jest roszczenie o wprowadzenie wyłączenia. Kluczowe dla określenia statusu normy w powyższym sensie jest to, czy stanowi ona centralny czy peryferyjny element danego światopoglądu, a także to, czy wymóg jej przestrzegania ma charakter obligatoryjny czy fakultatywny. Innymi słowy, trzecia przesłanka nakazuje rozważenie, czy stosowanie się do określonej normy światopoglądowej jest koniecznym warunkiem bycia dobrym czy też sumiennym wyznawcą danego światopoglądu³¹.

Powyższy wymóg może stanowić istotny problem dla orędowników handlowej klauzuli sumienia. W sprawach przywoływanych w drugiej części artykułu przedsiębiorcy odmawiający wykonania usługi deklarowali się jako wyznawcy religii chrześcijańskich, a swój sprzeciw uzasadniali przekonaniem o niemoralności praktyk homoseksualnych. Trzeba jednak wyraźnie zaznaczyć, że w żadnym z wymienionych przypadków nie mieliśmy do czynienia ze zmuszaniem kogokolwiek do brania udziału w praktykach homo-

seksualnych. Trudno za formę takiego uczestnictwa uznać samo przygotowanie bukietu kwiatów na potrzeby uroczystości zawarcia związku partnerskiego albo wydrukowanie materiałów promocyjnych dla organizacji LGBT. Nie wydaje się tym samym, aby realizacja tego rodzaju zleceń naruszała jakiekolwiek centralne lub obligatoryjne obowiązki nakładane na wyznawców przez religie chrześcijańskie. Żadna ze znanych nam religii nie nakłada zakazu utrzymywania kontaktów handlowych z osobami pozostającymi w związku homoseksualnym bądź z organizacjami LGBT³².

Zatem odpowiedź na pytanie, czy dobry chrześcijanin może stosować się do zakazu dyskryminacji na rynku usług (pozostając przy tym dobrym chrześcijaninem), wydaje się pozytywna. Ta okoliczność znacząco osłabia roszczenie o wprowadzenie handlowej klauzuli sumienia. Istnieją, jak sądzę, dwa argumenty, którymi można podważać prezentowane stanowisko. Oba są jednak w moim przekonaniu nietrafne.

Po pierwsze, orędownik handlowej klauzuli sumienia może w powyższej sytuacji twierdzić, że to nie umiejscowienie danej normy światopoglądowej w oficjalnej doktrynie powinno stanowić kryterium oceny statusu tejże normy. Światopogląd można bowiem ujmować w sposób bardziej subiektywny i wywodzić stąd, że taka subiektywna interpretacja jakiejś doktryny nie musi pokrywać się, na przykład, z oficjalnym stanowiskiem kościoła w danej sprawie. Odnosząc ten postulat do interesującej nas sytuacji, moglibyśmy zatem stwierdzić, że w przywołanych wcześniej przypadkach przedsiębiorcy powoływali się na własną, specyficzną interpretację religii chrześcijańskiej, dla której zasadnicze znaczenie ma nieutrzymywanie kontaktów handlowych z osobami homoseksualnymi i organizacjami LGBT. Taka odpowiedź nie jest jednak przekonująca. Wątpliwe jest przede wszystkim, czy tego rodzaju „subiektywne interpretacje światopoglądów” są przekonaniem, które korzystają z ochrony, jaką zapewnia wolność sumienia. Zasada wolności sumienia nakłada bowiem na władze publiczne obowiązek poszanowania przekonań szczególnego rodzaju – sądów sumienia – czyli przekonań, które decydują o tożsamości moralnej osoby

31 W podobny sposób kwestię znaczenia statusu rozważanej normy na gruncie danej doktryny światopoglądowej ujmuje Tomasz Żuradzki. Różnica między prezentowanym tutaj stanowiskiem a podejściem Żuradzkiego polega moim zdaniem na tym, że kwestia statusu danej normy światopoglądowej powinna być brana pod uwagę na etapie stanowienia prawa, a nie jego stosowania. Na doniosłość wymogu odpowiedniej rangi przekonań moralnych w kontekście instytucji klauzuli sumienia zwracał także uwagę sędzia Andrzej Wróbel w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie K 12/14, pisząc, że „zachowanie sprzeczne z sumieniem to nie jest zwykłe zachowanie sprzeczne z jakimkolwiek przekonaniem moralnym, lecz tylko takie, które zagraża – uformowanym przez sumienie – tożsamości i integralności osoby”. Por. T. Żuradzki, *Uzasadnienie sprzeciwu sumienia: lekarze, poborowi i żołnierze*, „Internetowe Czasopismo Filozoficzne Diametros” 2016, nr 47, s. 114–120; zdanie odrębne sędziego TK Andrzeja Wróbla do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015, K 12/14.

32 Ta okoliczność była jedną z decydujących o rozstrzygnięciu, jakie wydał Sąd Najwyższy Ontario w sprawie *Brockie*.

i spełniają pewne minimalne wymagania dotyczące racjonalności, moralności i koherencji³³. Niewątpliwie sądami sumienia w powyższym sensie są przekonania legitymizowane przez tradycyjne religie oraz rozległe doktryny moralne (jak na przykład utilitaryzm lub kantyzm). Nie jest jednak tak, że każde przeświadczenie osoby o tym, co jest słuszne bądź niesłuszne, spełnia powyższy warunek, a w związku z tym nie każde jest chronione przez zasadę wolności sumienia. Warto również odnotować, że w przypadkach wyżej w tekście omówionych usługodawcy nie wskazywali żadnych swoistych (czy też „subiektywnych”) argumentów legitymizujących ich sprzeciw, lecz powoływali się ogólnie na Biblię i prawdy religii chrześcijańskiej, co uzasadnia możliwość oceniania ich decyzji z perspektywy oficjalnej wykładni tej religii.

Po drugie, zasadność handlowej klauzuli sumienia można utrzymywać, twierdząc, że przynajmniej w niektórych przypadkach wykonanie usługi na rzecz kogoś, kto dopuszcza się grzesznej praktyki, stanowi formę pomocnictwa w tejże praktyce (a tym samym pomocnictwo w popełnieniu grzechu). Przykładowo hotelarz, który udostępnia pokój parze homoseksualistów, sam nie bierze udziału w niemoralnej praktyce, ale pomaga innym dokonywać nagannych uczynków. Podobnie jak drukarz, który poprzez współpracę z organizacją LGBT przyczynia się do promowania niemoralnych treści i zachęcania do grzesznych praktyk. Także ten argument jest jednak w moim przekonaniu nietrafny. Przede wszystkim warto zwrócić uwagę, że jego siła perswazyjna opiera się na bardzo szczególnym rozumieniu pomocnictwa, które jest bliskie karnoprawnemu odczytaniu tej kategorii (pomocnictwo jako ułatwienie innej osobie popełnienia czynu zabronionego). Nie jest jednak jasne, dlaczego takie ujęcie pomocnictwa powinno być stosowane w rozważanym przez nas kontekście. Jak wspomniałem wyżej, za decydujące dla stwierdzenia, do czego dana doktryna światopoglądowa zobowiązuje jej wyznawcę, powinno się raczej uznawać treść (to jest nakazy i zakazy) samej doktryny. Można mieć zatem wątpliwości, czy religijne światopoglądy posługują się kategorią

pomocnictwa w sensie zbliżonym do doktryny prawa karnego, a jeżeli rzeczywiście tak jest, to czy tenże zakaz pomocnictwa w niemoralnej praktyce stanowi centralne i obligatoryjne zobowiązanie na gruncie tej doktryny³⁴. Co więcej, przyjęcie tak szerokiego rozumienia pomocnictwa w niemoralnej praktyce jako okoliczności uzasadniającej korzystanie z handlowej klauzuli sumienia mogłoby legitymizować również przypadki powołania się na tę instytucję, które jawią się nam jako nieusprawiedliwione. Przy takiej interpretacji rozważanej koncepcji powinniśmy uznawać za zakazane – z perspektywy chrześcijanina – nie tylko wynajęcie mieszkania parze homoseksualnej, ale również działanie taksówkarza, który dowozi homoseksualnych partnerów do tego mieszkania, albo działanie specjalisty, który naprawia awarie w tym mieszkaniu. Tego rodzaju aktywności mogą bowiem ułatwiać realizowanie praktyk homoseksualnych. Warto zauważyć, że bardzo podobny problem w kontekście medycznej klauzuli sumienia był przedmiotem orzeczenia sądów brytyjskich. W sprawie *R. v. Salford Health Authority, ex parte Janaway* Izba Lordów uznała, że sekretarka nie dopuszcza się pomocnictwa w dokonaniu zabiegu aborcyjnego, uczestnicząc jedynie w wymianie komunikacji między lekarzami³⁵. Możemy zatem stwierdzić, że przy tak szerokim rozumieniu pomocnictwa niemal

33 Szerzej do zagadnienia sądów sumienia odnoszę się w przygotowywanej monografii pod roboczym tytułem *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*.

34 Interesującej analizy dotyczącej statusu moralnego pomocnictwa na gruncie doktryny prawa naturalnego dostarcza D. Sulmasy, który zwraca przede wszystkim uwagę na fakt, że kwestia pomocnictwa jest niezwykle zniuansowanym zagadnieniem dla prawnonaturalistów. Odróżnia on pomocnictwo formalne i materialne – to pierwsze ma miejsce, gdy osoba pomagająca w dokonaniu niemoralnego działania podziela intencję sprawcy, drugie – dotyczy sytuacji, w których nie mamy do czynienia z tego rodzaju niewłaściwym nastawieniem psychicznym pomocnika do działania sprawcy, a ocena moralna danego przypadku zależy od różnych czynników, takich jak bliskość (*proximity*), pomoc z perspektywy niemoralnego działania oraz związek przyczynowy między pomocą a niemoralnym działaniem (to, czy akt pomocnictwa był czynnikiem warunkującym niemoralne działanie). Por. D.P. Sulmasy, *What is Conscience and Why Is Respect for It so Important?*, „Theoretical Medicine and Bioethics” 2008, vol. 29, s. 135–149.

35 *R. v. Salford Health Authority, ex parte Janaway*, UKHL 17 (1988).

każda usługa bądź przysługa wyświadczona parze homoseksualnej stanowiłaby czyn niedopuszczalny z perspektywy doktryny religijnej.

Handlowa klauzula sumienia nie budzi natomiast wątpliwości w odniesieniu do czwartego pytania (4) testu legitymizacyjnego. Stosownie do tej przesłanki – moc roszczenia o wprowadzenie wyłączenia światopoglądowego jest słabsza, jeżeli w wyniku takiej regulacji część obywateli zostanie niesprawiedliwie uprzywilejowana w stosunku do innych osób. Sytuacja, w której obywatele powołujący się na sprzeciw sumienia znajdują się w korzystniejszym położeniu, jest niewskazana, ponieważ może godzić w społeczne poczucie sprawiedliwości. Na przykład, gdyby nie istniała instytucja służby zastępczej, poborowi uprawnieni do zwolnienia ze służby wojskowej byłiby w sposób niesprawiedliwy uprzywilejowani w stosunku do osób nieposiadających takiego prawa. Na tych ostatnich ciążyłby bowiem obowiązek wypełniania bardzo wymagających powinności, które nie dotyczyłyby tej pierwszej grupy. Jednakże trudno uznać, aby handlowa klauzula sumienia w jakiś istotny sposób faworyzowała osoby uprawnione do korzystania z tej instytucji. Możliwość selekcionowania klientów w oparciu o ich cechy osobiste nie jest czymś, co stawałoby przedsiębiorców uprawnionych do takich działań w korzystniejszym położeniu w stosunku do pozostałych usługodawców.

Więcej komplikacji od przesłanki czwartej stwarza kwestia piąta (5), to jest odpowiedź na pytanie dotyczące liczebności osób uprawnionych do korzystania z wyłączenia światopoglądowego. Kwestia liczby jest o tyle istotna, że zbyt duże grono osób korzystających z danego wyłączenia może niweczyć cel ogólnej regulacji i czynić fikcją jej obowiązywanie. Odwołując się jeszcze raz do przykładu poboru wojskowego, możemy przyjąć, że z dużą dozą prawdopodobieństwa instytucja ta zostałaby sparaliżowana, gdyby wszyscy poborowi dysponowali prawem uchylenia się od obowiązku służby wojskowej. Poszczególne instytucje stanowiące wyłączenia światopoglądowe powinniśmy zatem uznać za legitymizowane, o ile nie uprawniają one zbyt wielu obywateli³⁶.

36 Warto odnotować, że na potrzebę uwzględniania tego warunku w projektowaniu wyłączeń światopoglądowych wskazują

Oczywiście rozstrzygnięcie powyższej kwestii będzie odmienne w zależności od sytuacji społecznej rozważanego społeczeństwa. Wydaje się jednak, że przynajmniej w polskim kontekście przesłanka ta przemawiałaby przeciwko wprowadzeniu handlowej klauzuli sumienia. Biorąc pod uwagę, ilu obywateli deklaruje się jako wyznawcy religii chrześcijańskich, możemy powiedzieć, że w efekcie uchwalenia tej regulacji uprawnienie do sprzeciwu sumienia w stosunkach handlowych uzyskałaby zdecydowana większość społeczeństwa. Rzecz jasna nie sposób precyzyjnie oszacować, ile osób skorzystałoby z tej możliwości – niemniej nie można wykluczyć, że byłoby ich tak wiele, że obowiązywanie zakazu dyskryminacji stałoby się fikcją (przynajmniej w niektórych miejscach). Taki stan jest niepożądany i to co najmniej z kilku powodów. Przede wszystkim przy braku efektywnej regulacji antydyskryminacyjnej urzeczywistniłyby się zagrożenia, którym ta regulacja ma zapobiegać. Osoby dyskryminowane na rynku usług byłyby w związku z tym narażone na szkody materialne oraz krzywdy o charakterze psychicznym i godnościowym. Co więcej, sytuacja, w której obowiązywanie norm prawnych (w założeniu mających stosować się do wszystkich obywateli) staje się fikcją, jest generalnie niekorzystna z punktu widzenia społecznego. Może prowadzić do podważenia autorytetu państwa oraz osłabienia poszanowania prawa, może też zachwiać wiarą w równość wobec prawa ze strony mniejszości społecznej, która nie jest uprawniona do wyłączenia od powszechnego obowiązku.

4. Podsumowanie

Mając na uwadze przeprowadzone rozważania, należy stwierdzić, że ani argumentacja odwołująca się do wolności gospodarczej, ani argument odwołujący się do wolności sumienia nie uzasadniają dopuszczalności odmowy wykonania usługi przez przedsiębiorcę ze względu na cechy osobiste klienta. Pierwsza ze wspomnianych strategii zakłada bardzo szczególną wizję wolności gospodarczej, która jest niespójna

także zdeklarowani zwolennicy szerokiej ochrony wolności sumienia: K. Vallier, *The Moral Basis of Religious Exemptions*, „Law and Philosophy” 2016, vol. 35, nr 1, s. 15–16; K. Brady, *The Distinctiveness of Religion in American Law: Rethinking Religious Clause Jurisprudence*, Cambridge 2015, s. 248.

z koncepcją tej wolności realizowaną we współczesnych państwach demokratycznych. Druga strategia, sprowadzająca się do postulatu wprowadzenia handlowej klauzuli sumienia, jest nieskuteczna z uwagi na istotne okoliczności przemawiające przeciwko tej regulacji. Trzy przesłanki rozważanego w artykule testu legitymizacyjnego przemawiają za taką konkluzją – są to (1) duże znaczenie celu, jaki realizuje zakaz dyskryminacji na rynku usług, (2) relatywnie

Cohen G.A., *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge 1995.
 Failing M.A., *Remembering Mrs. Murphy: A Remedies Approach to the Conflict between Gay/Lesbian Renters and Religious Landlords*, „Capital University Law Review” 2001, vol. 29, s. 383–431.
 Garnett R.W., *Wrongful Discrimination? Religious Freedom, Pluralism, and Equality (w:) Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe*, eds. T.S. Shah, T.F. Farr, J. Friedman, Oxford 2016, s. 67–86.



Ani argumentacja odwołująca się do wolności gospodarczej, ani argument odwołujący się do wolności sumienia nie uzasadniają dopuszczalności odmowy wykonania usługi przez przedsiębiorcę ze względu na cechy osobiste klienta.

niska ranga normy światopoglądowej, która wchodzi w konflikt z tym zakazem, a także (3) szeroki zakres osób oraz usług, które kwalifikowałyby się do korzystania z tego wyłączenia (choć ocena tego ostatniego warunku może być różna w zależności od konkretnego społeczeństwa, w którym byłaby przeprowadzana).

Niniejszy artykuł został opracowany w ramach projektu badawczego „Zasada neutralności światopoglądowej”, finansowanego ze środków Narodowego Programu Rozwoju Humanistyki Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego (0120/NPRH3/H21/82/2014). Dziękuję Pawłowi Banasiowi, Ewie Matejkowskiej i Rafałowi Michalczakowi za uwagi zgłoszone do wcześniejszych wersji tekstu.

Bibliografia

Brady K., *The Distinctiveness of Religion in American Law: Rethinking Religious Clause Jurisprudence*, Cambridge 2015.
 Ciszewski W., *Wyłączenia światopoglądowe jako przedmiot dyskusji teoretycznoprawnej – próba systematyzacji*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 34, s. 59–73.

Herzog L., *Inventing the Market. Smith, Hegel and Political Theory*, Oxford 2013.
 Koppelman A., *A Zombie in the Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial*, „Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review” 2015, vol. 7, s. 77–96.
 Koppelman A., Barrington Wolff T., *A Right to Discriminate? How the Case of Boy Scouts of America v. James Dale Warped the Law of Free Association*, New Haven 2009.
 Koppelman A., *Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law*, „Southern California Law Review” 2015 vol. 88, s. 619–660.
 Laycock D., *Afterword (w:) Same-sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, eds. D. Laycock, A. Picarello, Wilson R.T., New York 2008, s. 189–207.
 Miller D., *Liberalism, Equal Opportunities and Cultural Commitments (w:) Multiculturalism Reconsidered*, ed. P. Kelly, Cambridge 2002, s. 46.
 Nagel T., *Libertarianism without Foundations*, „The Yale Law Journal” 1975, vol. 85, nr 1, s. 136–149.
 Nozick R., *Anarchia, państwo, utopia*, przeł. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Warszawa 2010.
 Nussbaum M.C., *The New Religious Intolerance. Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Cambridge 2012.

- Pearson M., *Religious claims vs. non-discrimination rights: another plea for difficulty*, „Rutgers Journal of Law and Religion” 2013, vol. 15, s. 47–71.
- Quong J., *Cultural Exemptions, Expensive Tastes and Equal Opportunities*, „Journal of Applied Philosophy” 2006, vol. 23, nr 1, s. 53–71.
- Schwartzman M., *What If Religion Is Not Special?*, „University of Chicago Law Review” 2012, vol. 79, s. 1351–1427.
- Sulmasy D.P., *What is Conscience and Why Is Respect for It so Important?*, „Theoretical Medicine and Bioethics” 2008, vol. 29, s. 135–149.
- Vallier K., *The Moral Basis of Religious Exemptions*, „Law and Philosophy” 2016, vol. 35, nr 1, s. 1–28.
- Waldron J., *The Harm in Hate Speech*, London 2012.
- Żuradzki T., *Uzasadnienie sprzeciwu sumienia: lekarze, poborowi i żołnierze*, „Internetowe Czasopismo Filozoficzne Diametros” 2016, nr 47, s. 114–120.

Interpolacje „Digestów” justyniańskich. Rys historyczno-metodologiczny



Kamil Sorka

Doktorant w Katedrze Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Laureat Programu „Diamantowy Grant” Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

✉ kamil.sorka@uj.edu.pl

Interpolations in the Justinians' 'Digest'. Historical and Methodological Remarks

The aim of the paper is to present the history of the research of Justinian's Digest's interpolations as a methodological issue. The emperor admitted that his dependents were also to make necessary 'amendments' in classical jurists' texts when drafting the 'Digest.' When it was rediscovered in the 11th century, it was dealt with like the Bible. That is why no critical attempts were possible. Only the scholars of mos gallicus docendi made such ones. The situation changed during the 19th century, mainly due to the works of Otto Gradenwitz: to find any possible interpolation became the most important duty of Romanists. In effect, too many propositions of conjectures actually replaced any fair interpretation. That led to a profound crisis of confidence to the foundation text of Roman law research. The interpolationism was generally criticized in the 1920's and 1930's, but the question of its role in interpretations of Roman law sources is still not without influence on contemporary legal research in Roman law.

1. Wstęp

Badanie prawa rzymskiego w przeważającej mierze opiera się na analizie fragmentów dzieł jurystów zebranych w „Digestach” – słynnym pomniku prawa sporządzonym na polecenie cesarza Justyniana Wielkiego, panującego w Konstantynopolu w latach 527–565. Władca ten postawił przed sobą trzy cele programowe swoich niezwykle długich rządów: odbicie terenów byłego Cesarstwa zachodniorzymskiego z rąk barbarzyńców, konsekwen-

tne zaprowadzenie katolicyzmu wśród poddanych (nawet za cenę prześladowań heretyków) oraz selekcjonowanie całości dotychczasowych źródeł prawa w jeden spójny w założeniu zbiór¹.

Jedynym dziełem klasycznej jurysprudencki rzymskiej, które do-

¹ Por. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 58; T. Giaro (w.): W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 87.

tarło do nas niemal w całości bez pośrednictwa „Digestów” justyniańskich, pozostają „Instytucje” Gaiusa odnalezione w 1816 roku w Weronie i uzupełnione o późniejsze odkrycia papirolologiczne². Co do wszystkich innych tekstów prawników z rzymskich jesteśmy wręcz skazani na świadectwo „Digestów”. Jedynie czasami możemy porównać pojedynczy tekst zawarty w „Digestach” z jego przekazem zawartym w innym zbiorze poklasycznym, np. *Pauli Sententiae*, *Ulpiani Epitomae*, *Fragmenta Vaticana* czy *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. Nasuwa się zatem proste pytanie: jakie prawo rzymskie poznajemy poprzez lekturę „Digestów”? To, które obowiązywało za czasów działalności poszczególnych prawników, na przykład Labeona, Juliana czy Afrykanusa, czy może jego obraz widziany oczami kompilatorów z VI wieku po Chrystusie?

Pytanie jest o tyle ważne, że od wiarygodności przekazu „Digestów” justyniańskich zależy w dalszej perspektywie sens badań romanistycznych w ogóle. Na przełomie XIX i XX wieku doszło pod tym względem do sytuacji paradoksalnej. Nurt, który za swój podstawowy cel przyjął solidne oparcie się na źródłach i wręcz filologicznej krytyce tekstu, doprowadził do głębokiego kryzysu zaufania znawców prawa rzymskiego do aksjomatów własnej dyscypliny. Sztandarowe hasło tego nurtu stanowiła metoda interpolacjonistyczna, polegająca zasadniczo na identyfikowaniu i oznaczaniu elementów zmienionych przez kompilatorów justyniańskich w tekstach jurystów przede wszystkim w trakcie sporządzania monumentalnej antologii, jaką stanowią „Digesta”³.

Wydawać by się mogło, że zagadnienie interpolacji już dawno temu solidnie przemyślano, wyczerpująco przedyskutowano i ostatecznie zamknięto. W tym przekonaniu utwierdza nas fakt, że w polskiej literaturze romanistycznej niemal nie pojawiają się głosy na temat metody interpolacjonistycznej oraz możliwości i granic jej stosowania w analizie źródeł prawa

antycznego. Wyjątkiem pozostał niedługi tekst Władysława Bojarskiego pt. *Remarks on Textual Reconstruction in Roman Law* z 1996 r., będący swoistym manifestem tzw. domniemania autentyczności źródeł⁴. Polscy autorzy opracowań lub monografii chętnie co do metodologii poprzestają na przytoczeniu poglądu tego toruńskiego badacza jako słusznego i niekwestionowanego, definitywnego i obowiązującego. Jednak po przeszło 20 latach od ukazania się tego ważnego w konsekwencjach opracowania warto powrócić do pytania o metody i dorobek interpolacjonizmu, z kilku wskazanych poniżej powodów.

2. Przyczyny i charakter interwencji komisji justyniańskiej w teksty jurystów

„Digesta”, uważane dziś za najważniejszą część kompilacji justyniańskiej (obok „Kodeksu” oraz „Instytucji”), zostały technicznie podzielone na 50 ksiąg, w których pomieszczono wybór pism poważanych jurystów żyjących od II w. przed Chr. do IV w. po Chr.⁵ Mowa zatem o bardzo długim czasie, w którym prawo podlegało głębokim przeobrażeniom: niektóre instytucje dawno wyszły z użycia, inne tak mocno zmieniły swój charakter, że z trudem zostałyby rozpoznane przez wcześniejszych prawników. Justynian wykazał się niezwykłym szacunkiem dla dorobku jureprudenckiego, nawet nieaktualnego z punktu widzenia bieżącej polityki prawa. Jak sam oznajmiał w konstytucji *Tanta* (§ 10) wprowadzającej „Digesta”: *Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo...* („taki zaś mieliśmy szacunek dla starożytności, że w żaden sposób nie mogliśmy znieść, aby imiona jurystów popadły w zapomnienie...”)⁶. Co

2 Na temat historii tekstu „Instytucji” Gaiusa, np. J. Baviera (w:) J. Furlani, J. Baviera, *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars altera: Auctores*, Florentiae 1940, s. 5–7, 195, 201.

3 Niewątpliwie dokonano również wielu zmian w tekstach konstytucji cesarskich, pomieszczonych w „Kodeksie” justyniańskim. Celowo pomijam jednak tutaj to zagadnienie jako odrębny, szczególnie przedmiot badań.

4 W. Bojarski, *Remarks on Textual Reconstruction in Roman Law* (w:) *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, red. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Varsovie 1996, s. 83–89.

5 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie...*, s. 88–89.

6 *Tanta* to incipit i zarazem nazwa konstytucji Justyniana, mocą której ogłosił on i nadał moc obowiązującą „Digestom”. Jeśli inaczej nie zaznaczono, tłumaczenia pochodzą od autora. Tekst konstytucji *Tanta* za: *Corpus iuris civilis. Institutiones et Digesta*, eds. P. Krüger, T. Mommsen, Dublino/Turici 1966 (przedruk).

więcej, temu zbiorowi zadawnionych opinii koryfeuszów jurysprudencki cesarz nadał (*Tanta*, § 19) moc obowiązującą: *nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur...* („w sądzie czy innym sporze, gdzie ustawy są konieczne, niech nie próbuje czegoś cytować czy wykazywać w oparciu o inne księgi niż

i pozbawiony sprzeczności – *Tanta*, § 15: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec inuenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet...* („w tym zbiorze praw żadne sprzeczne ze sobą regulacje nie będą ubiegać się o miejsce dla siebie ani żadne nie zostaną znalezione, jeśli tylko zbada się z wnikliwym nastawieniem umysłu powody wystąpienia różnic między nimi”)¹⁰. Jest zatem oczywiste, że prawodawca musiał zdecydować



Interpolacjami nauka nazwała poprawki kompilatorów justyniańskich w tekstach klasycznych prawników rzymskich.

te nasze *Instytucje*, *Digesta* oraz konstytucje przez nas zebrane lub wprowadzone”). W rzeczywistości jednak – jak wykazały badania papirologiczne – praktycy czasów justyniańskich spośród elementów kompilacji justyniańskiej wykorzystywali zasadniczo jedynie „Kodeks”, będący zbiorem konstytucji cesarskich⁷. Cesarz był w pełni świadom faktu, że mnóstwo materiału zebranego przez kompilatorów dotyczy nieaktualnego stanu prawnego. Niektóre instytucje obecne w rozważaniach kompilowanych prawników zniósł zresztą sam Justynian przez swoje własne prawodawstwo. Należało więc uwzględnić to w „Digestach”. Poza tym ze względu na dyskursywny charakter prac jurysprudencki rzymskiej⁸ rozstrzygnięcia jurystów niejednokrotnie przeciwstawiały się sobie, żeby dopiero po pewnym ucieraniu stanowisk osiągać przynajmniej w pewnym zakresie *opinio communis*⁹. Natomiast Justynian założył, że jego zbiór powinien być spójny

się na interwencje w materiale źródłowym, do czego nie tylko się przyznał, lecz wręcz zalecił działającym na jego polecenie kompilatorom – *Tanta*, § 10: *multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformati sunt (...) Nominibus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus* („liczne i znaczące są kwestie, które zostały zmienione przez wzgląd na pożytek (...), więc choć pozostawiono stare imiona jurystów, cokolwiek było stosowne i konieczne dla zachowania prawdy praw, to za pomocą naszych poprawek zachowaliśmy”).

Interpolacjami nauka nazwała poprawki kompilatorów justyniańskich w tekstach klasycznych prawników rzymskich. Wyszukiwanie tych poprawek to interpolacjonizm w nauce prawa rzymskiego. Wyraz *interpolare* oznacza w dosłownym znaczeniu „na nowo farbować”, zaś ogólniej – „przerabiać”, „odnawiać”, „przekształcać”¹¹. Już jednak Marek Tulliusz Ciceron,

7 H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie...*, s. 87, przypis.

8 Por. T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej (w:) Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 roku*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 17–18.

9 F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, s. 61 i n.

10 Tłumaczenie tego fragmentu podaję za: *Digesta Iustiniani = Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład*. Vol. 1. Księgi 1–4, red. T. Palmirski, zespół: K. Hilman, M. Hładyszewska, T. Palmirski, H. Wolanin, J. Zabłocki, współpr. J. Reszczyński, Kraków 2013, s. 148–149.

11 *Oxford Latin Dictionary*, ed. P.G.W. Glare, Oxford 1968, hasło *interpolo*, s. 946; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla*

występując przeciw Gajuszowi Werresowi, byłemu namiestnikowi Sycylii oskarżonemu o zdzierstwa, użył tego słowa w znaczeniu przenośnym jako „fałszować pisma”¹². Zaiste, znamienita dwuznaczność! Znakomicie oddaje ona wieloznaczność ocen zmian wprowadzanych przez kompilatorów. Po raz pierwszy zwrot *interpolare* jako fałszowanie pism pojawił się w kontekście prawniczym w swego rodzaju wprowadzeniu do „Kodeksu Teodozjańskiego” z 438 roku¹³. Tekst „Kodeksu” w wydaniu Theodora Mommsena rozpoczyna się od tzw. *Gesta Senatus Romani de Theodosiano publicando*, czyli od opisu działań rzymskiego senatu przy promulgacji „Kodeksu Teodozjańskiego”¹⁴. Konsulowie odpowiedzialni za to wydarzenie skrupulatnie odnotowali treść rozwlekłych wiwatów senatorów. Wśród różnych aklamacji padły również słowa *ne interpolentur constituta, plures codices fiant* („aby konstytucje nie były psute, niech zostanie sporządzona większa liczba kodeksów”) oraz *ne constituta interpolentur, omnes codices litteris conscribantur* („aby konstytucje nie były psute, niech wszystkie kodeksy będą opatrzone literami”¹⁵). W jednym i drugim przypadku chodziło zatem o podjęcie czynności zmierzających do możliwie dobrego zachowania tekstów konstytucji cesarskich od ewentualnych błędów czy zmian.

Faktem pozostaje, że żadna z konstytucji wprowadzających do poszczególnych części kompilacji justyniańskiej nie zawiera już słowa *interpolare*¹⁶.

prawników i historyków, Kraków 2009, hasło *interpolo*, s. 515; Słownik łacińsko-polski, t. 3, red. M. Plezia, Warszawa 2007, hasło *interpolo*, s. 228.

12 Cic. Ver. 2,1,61,158; A Latin dictionary founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary, eds. Ch.T. Lewis, Ch. Short, Oxford 1958, hasło *interpolo*, s. 983.

13 M. Kaser, *Ein Jahrhundert der Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen* (w:) tegoż, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, s. 113.

14 *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis*. Vol. 1. Pars 2, ed. T. Mommsen, Berolini 1962 (reprint wyd. 1), s. 1-4.

15 Prawdopodobnie chodzi o oznaczenie każdego autentycznego egzemplarza Kodeksu Teodozjańskiego w celu odróżnienia go od odpisów, przeróbek czy parafraz.

16 J.H.A. Lokin, *The End of an Epoch. Epilegomena to a Century of Interpolation Criticism* (w:) *Collatio iuris Romani. Études*

W rozumieniu samych kompilatorów praca ich miała na celu jedynie poprawne, czytelne i aktualne zredagowanie tekstu. Jednakże w oczach filologa zmiany te bywają raczej psuciem tekstu. Właśnie przejawy owego psucia, jakie na polecenie cesarza pojawiły się w tekstach kompilacji, rzucają niejednokrotnie cień podejrzenia na świadectwo „Digestów”: czy aby poprzez tę interwencję konkretny pogląd danego jurysty nie został w swojej treści zmieniony? Problem tym większy, że Justynian zakazał komentowania tekstu swojej kompilacji¹⁷. Chciał zapewne uchronić tekst normatywny przed filtrem interpretacji w procesie stosowania prawa. W przekonaniu samego cesarza interpretacja mogłaby wszak odbierać jego dziełu faktyczną moc obowiązującą, skoro ostatnie słowo i tak miałyby zawsze doktryna oraz sądownictwo. W takim podejściu Justynian nie pozostał zresztą osamotniony¹⁸. Prawda jednak, że nie zachowały się żadne ówczesne komentarze, które umożliwiałyby oddzielenie warstwy prawa klasycznego i prawa justyniańskiego w tekstach kompilacji.

Innym obok interpolacji określeniem na zmiany wprowadzone w tekstach oryginalnych na polecenia Justyniana są *emblemata Triboniani* – pojęcie ukute od imienia Tryboniana, przewodniczącego komisji kompilatorskiej. Nieprzypadkowo nazwa zjawiska tak mocno podkreśla rolę prawej ręki cesarza. To bowiem Trybonian, sprawujący urząd kwestora, uważany skądinąd za najlepiej wykształconą osobę swoich czasów¹⁹, stał za szeroko zakrojoną akcją prawodawczą cesarza, w szczególności zaś za bieżącą redakcją „Digestów”. Jedynie w rzadkich, szczególnych przypadkach cesarz podejmował osobistą interwencję. Wydaje się zatem, że również konstytucje wprowadzające do odpowiednich części kompilacji wyszły spod pióra tego wybit-

dédiées a Hans Ankum a l'occasion de son 65e anniversaire, t. 1, eds. R. Feenestra, A.S. Hartkamp, J.E. Spruit, P.J. Sijpesteijn, L.C. Winkel, Amsterdam 1995, s. 261.

17 *Tanta*, § 21, *Deo auctore*, § 12.

18 Por. przykład Napoleona, który w reakcji na wydanie pierwszego komentarza do jego *Code civil* miał wykrzyknąć: „Mój kodeks przepadł!”, za: T. Giaro (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie...*, s. 112. Dalej idące porównanie Justyniana i Napoleona w: T. Honoré, *Tribonian*, London 1978, s. 26.

19 T. Honoré, *Tribonian...*, s. 256.

nego – zaufanego i współpracownika Justyniana²⁰. Zdaniem brytyjskiego uczonego Tony’ego Honoré nie należy jednak obwiniać ambitnego urzędnika i świetnego prawnika o ingerencję w teksty oryginalne. Nie, żeby tych zmian nie dokonywał: owszem, nie podlega to dyskusji. Skąd zatem u intelektualisty i uczonego podobna bezceremonialność w traktowaniu tekstów największych sław jurysprudencji? Otóż Trybonian – jak wywodzi T. Honoré – we własnym ugruntowanym przekonaniu był do podobnych zmian całkowicie uprawniony na mocy decyzji cesarskich zawartych w konstytucjach wprowadzających²¹. Justynian natomiast taką władzę dzierżył, gdyż została mu przekazana przez naród rzymski w drodze tzw. *lex regia* – „ustawy królewskiej”²². Skoro zaś to sam cesarz dokonał redakcji „Digestów”, a mocą konstytucji wprowadzającej nadał pomieszczonym tam pismom prawników moc obowiązującą, niewątpliwie czuł się uprawniony ingerować w zawartość tychże pism tak, aby ich treść odpowiadała jego polityce. Co więcej, cesarz mógł przecież zmieniać nawet rozstrzygnięcia swoich poprzedników. Świadczy o tym już przykład Teodozjusza II, który w trakcie przygotowywania swojego kodeksu nie zawahał się ingerować w tekst konstytucji poprzedników, nawet tak poważanych jak Konstantyn Wielki.

3. „Polowanie na interpolacje”

Gdy na Zachodzie „Digesta” odkryto na nowo w połowie XI wieku, były traktowane w sposób godny tekstu świętego czy wręcz objawionego – w sposób porównywalny powagą do Pisma Świętego²³. Nic dziwnego, że nie przedarła się nawet myśl o badaniach krytycznych tekstu. Dopiero wraz z Odrodzeniem dała o sobie znać odpowiednia wrażliwość filologiczna i źródłowa. Od tego też momentu quasi-sakralny autorytet kompilacji zaczął być podawany w wątpliwość²⁴. Wśród renesansowych tropicieli interpolacji wymienia się zwykle czołowych przedstawicieli prądu tzw. humanizmu prawniczego: Jakuba Cujaciusa, Antoniego Fabra,

Jana Jakuba Wissenbacha czy Chrystiana Meistera²⁵. Podejmowali już wtedy krytykę stylu Tryboniana i starali się wychwytywać ewentualne zmiany w tekście²⁶. Pomimo rozmachu i rzetelności ich prac, zwłaszcza Cujaciusa i jego ucznia Fabra, większość ówczesnych badaczy prawa rzymskiego opowiadała się przeciw celowemu doszukiwaniu się interpolacji²⁷.

Sytuacja zmieniła się dopiero w XIX wieku, głównie za sprawą Włocha Ilario Alibrandiego oraz Niemców – Friedolina Eisele i Otto Gradenwitza²⁸. Zdaniem ostatniego z wymienionych można o interpolację podejrzewać każde słowo, które często powtarza się w tekście kompilacji, a nie należy do słownictwa łaciny danego okresu ani języka używanego przez jurystów; co więcej, podejrzenie się uprawdopodobnia, gdy analogiczne teksty z tym samym słowem zostały wcześniej uznane przez naukę za interpolowane²⁹. Podobnie F. Eisele, spośród różnych metod pomocnych do wykrywania interpolacji szczególnie cenił analizę gramatyczną, stylistyczną oraz leksykalną³⁰. Wyraźnie widać więc, że badania romanistyczne w coraz większej mierze polegały na badaniach raczej filologicznych niż dogmatycznych czy historycznych. Pod koniec XIX stulecia krytyka interpolacjonistyczna stała się powszechnie uznaną dziedziną romanistyki, praktykowaną przez niemal wszystkie poważniejsze autorytety naukowe.

Identyfikacja konkretnego tekstu jako zmienionego przez kompilatorów zawsze była trudnym zadaniem. Dlatego wielu wybitnych romanistów przedstawiało w pracach metodologicznych całe katalogi cech tekstu sugerujących lub mających świadczyć o tym, że został

20 Tamże, s. 111–114.

21 Tamże, s. 247 i n.

22 *Deo auctore*, § 7.

23 F. Schulz, *History...*, s. 330 i n.

24 M. Kaser, *Ein Jahrhundert...*, s. 119.

25 E. Albertario, *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” (dalej: „ZSS”) 1910, vol. 31, s. 158 i n.; G. Schieman, *interpolation, critique of (w): Brill’s New Pauly. Encyclopaedia of the Ancient World*, t. 6, eds. H. Cancik, H. Schneider, Leiden–Boston 2005, hasło, szp. 865.

26 T. Honoré, *Tribonian...*, s. 249.

27 L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, s. 855.

28 Tamże, s. 856.

29 O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, „ZSS” 1888, vol. 9, nr 1, s. 46.

30 F. Eisele, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, „ZSS” 1886, vol. 7, s. 18–19.

on poddany interpolacji – z niem. *Indizien*³¹. Znamiona te zwykle dzielono na formalne i rzeczowe. Pierwsze z nich to takie formy języka, którymi dany jurysta najprawdopodobniej się nie posługiwał lub którymi w ogóle nie posługiwano się w czasach jego działalności. Należą do nich m.in. greczyzny (np. zretoryzowany lub poetycki styl, użycie *pluralis maiestatis* typowe dla tonu władzy cesarskiej, charakterystyczne słowa, np. *ipsius* zamiast klasycznego *eius* jako kalka greckiego

ryczne, logiczne, logiczno-prawnicze, prawodawcze, systematyczne (metodologiczne), egzegetyczne, filologiczne oraz dyplomatyczne. Kryterium tekstualne polega na porównywaniu różnych świadectw i decydowaniu, które z nich wierniej oddaje myśl oryginalną – wypowiedzi jurystów lub cesarzy, które zostały przytoczone w więcej niż jednym miejscu „Digestów”, względnie w „Digestach” oraz „Instytucjach” justyniańskich lub w „Digestach” i źródle przedjustyniań-

Pod koniec XIX stulecia krytykę interpolacjonistyczną praktykowały wszystkie poważniejsze autorytety romanistyki.

αὐτοῦ, czy zbiór konkretnych wyrazów lub konstrukcji używanych przez kancelarię Justyniana w miejsce klasycznych odpowiedników, jak związek przyczynowy z *quod* w miejsce *accusativus cum infinitivo*. Problem ze znamionami formalnymi polega głównie na tym, że – pozbawione szerszego kontekstu – dają złudzenie filologicznej ścisłości i są dość łatwo zauważalne, natomiast niewiele w istocie dowodzą – każde z nich nie-trudno podważyć³². Jak ostrzegał William Buckland, obecność takiego znamienia „jest niczym więcej, jak tylko punktem wyjścia: trzeba więcej niż kiepskiej gramatyki tekstu i silnego przekonania czytelnika, by uzasadnić materialną interpolację”³³.

Znamiona rzeczowe oznaczyć dużo trudniej. Wśród kryteriów ich poszukiwania Leopold Wenger skrupulatnie wymienił w monografii *Die Quellen des römischen Recht* nie mniej niż dziewięć: tekstualne, histo-

skim. Zdecydowanie rzadziej natomiast występuje taki dublet między „Digestami” i „Kodeksem”, gdyż konstytucje cesarskie z zasady nie cytują pism jurystów³⁴. Kryterium historyczne poszukuje anachronizmów, logiczne – absurdów logicznych. Zwolennicy kryterium logiczno-prawniczego doszukiwali się interpolacji w tekstach, gdzie norma ogólna doznaje ograniczeń czy wyjątków, szczególnie przy użyciu zwrotów: *nisi*, *nisi si*, *nisi forte*. Znamię prawodawcze polega na przypisywaniu juryście stanowczego twierdzenia ogólnego, które w rzeczywistości wyraża wolę cesarza Justyniana. Tak zwłaszcza wtedy, gdy pojawiają się formy *generaliter definendum est* czy *generaliter observandum est*. Przy obu ostatnich kryteriach widać mocne powiązanie elementu formalnego i rzeczowego. Natomiast kryterium metodologiczne zwraca uwagę na szczególną sprzeczność między *inscriptio* danego tekstu „Digestów” a jego treścią. Przykładem może być dzieło Ulpiana *De officio consulis*. Jeśli dany tekst, pochodzący z monografii Ulpiana, mówi nie o konsulu, lecz o urzędniku lub sędzim, możemy być pewni, że doszło do interpolacji. Siódme kryterium – egzegetyczne – poszukuje sprzeczności. Pozostaje zatem mocno powiązane z kryterium tekstualnym. Dwa

31 Wśród nich warto wymienić przede wszystkim: W. Kalb, *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, wyd. 2, Nürnberg 1888, s. 63–84; F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916; L. Wenger, *Die Quellen...*, s. 860–864; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt*, München 1988, s. 154–182.

32 M. Kaser, *Ein Jahrhundert...*, s. 126.

33 W.W. Buckland, *Interpolations in the Digest*, „Yale Law Journal” 1924, vol. 33, nr 4, s. 346.

34 Por. F. Schulz, *Einführung...*, s. 53 wraz z podanymi tam przykładami.

ostatnie kryteria zbliżają się do znamion formalnych – dotyczą bowiem formy językowej i historii przekazu tekstu w zachowanych kodeksach³⁵.

W trakcie poszukiwań znamion materialnych można zauważyć następującą prawidłowość: teksty pomieszczone w *sedes materiae* zostały opracowane przez kompilatorów na tyle skrupulatnie, że zwykle trudno odnaleźć w nich jawną sprzeczność. Ewentualne sprzeczności zdecydowanie łatwiej zaobserwować przy lekturze tekstów spoza *sedes materiae*.

Za prawdziwy krok milowy należy uznać częściowe uwzględnienie domniemywanych interpolacji w edycji „Digestów” justyniańskich wydanych przez T. Mommsena jako *editio maior*. Niemiecki noblista zastrzega się we wstępie, że zazwyczaj nie oznaczał interpolacji kompilatorów, ponieważ nie należy to do zadań wydawcy tekstu krytycznego: *interpolationes auctorum Iustinianorum plerumque non indicavi: ea enim opera, ut dixi, non tam digestorum editoris est quam eorum qui in iure antiquo investigando operam collocant*³⁶ („przeważnie nie oznaczałem interpolacji autorów justyniańskich: to zadanie należy bowiem, jak powiedziałem, nie tyle do obowiązków wydawcy *Digestów*, co do badaczy prawa starożytnego”). Z tego zastrzeżenia nie można jednak w żaden sposób wnioskować o sprzeciwie Mommsena wobec badań interpolacyjnych w ogóle, wręcz przeciwnie. Wydawca zdecydował się oznaczać interpolacje, które utrudniają rozumienie tekstu: *ubi propter eam ipsam interpolationem verba quae nunc legimus vel hanc cernerem vel alia ratione offensionem habere, talia quoque adnotavi*³⁷ („oznaczyłem również te [miejsca], gdzie moim zdaniem słowa, które dziś odczytujemy, mają rozziw lub inną wadę ze względu na samą interpolację”). Ważne natomiast, że uczony odciął się od gramatycznych i stylistycznych dociekań, w które później popadli radykalni interpolacjoniści: *cavi autem, ne ad modum Haloandri auctorum verba ad ordinarias grammaticae leges ita exigere, ut magistri castigant puerorum scriptiones scholasticas*³⁸ („wystrzegalem

się jednak, aby na wzór Haloandra nie pilnować tak zgodności słów autorów z regułami gramatyki, jak nauczyciele karząc szkolne pisma dzieci”). Podobne stanowisko zostało podtrzymane również we wstępie do *editio minor* „Digestów”³⁹. Natomiast późniejsze przedruki tej *editio* (pierwszy w roku 1954) zasadniczo pomijają interpolacjonistyczne uwagi Paula Krügera, jakie sporządził i wpisał do *editio* po śmierci T. Mommsena. Powody tego posunięcia zdradził we wstępie do przedruku Wolfgang Kunkel: zmienił się stan badań interpolacyjnych, a zresztą po wydaniu „Indeksu interpolacji”⁴⁰ oznaczanie ich w edycji tekstu źródłowego stało się zbędne⁴¹.

Wspomniany przez W. Kunkela słynny *Index interpolationum* to trzypięciotomowa praca zbiorowa czołowych romanistów zbierająca podejrzenia doktryny o interpolacje poszczególnych tekstów „Digestów” w porządku linearnym, a więc wedle kolejności ich położenia w kompilacji. „Indeks” stał się prawdziwym zwieńczeniem badań interpolacyjnych i cennym źródłem bibliograficznym do niemal każdego z tekstów. Niezwykle ważna pozostaje dla pracy romanisty również *Palingenesia iuris civilis* Otto Lenela jako uznana i autorytatywna próba rekonstrukcji całych dzieł jurystów klasycznych na podstawie fragmentów zamieszczonych przez kompilatorów w „Digestach”. Znamienne, że O. Lenel zaznaczał w „Palingenezji” podejrzenia o interpolacje. Czynił to z dużą dozłą ostrożności, choć wyrażał uznanie dla prac F. Eiselego i O. Gradenwitza⁴². We wstępie do kolejnego wydania innej ze swych słynnych i niezwykle przydatnych prac – dojrzałej rekonstrukcji edyktu pretorskiego – O. Lenel nieco prześmiewczo określił zapędy inter-

35 L. Wenger, *Die Quellen...*, s. 860–864.

36 T. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berolini 1871, s. 78–79.

37 Tamże.

38 Tamże.

39 H. Krüger, T. Mommsen, *Corpus iuris civilis. Institutiones et Digesta*, Berolini 1893, s. III.

40 *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, eds. E. Levy, E. Rabel, t. 1, Weimar 1929; t. 2, Weimar 1931; t. 3, Weimar 1935. Zespół, poza wymienionymi wcześniej O. Gradenwitzem i O. Lenelem, mógł się pochwalić takimi nazwiskami, jak B. Kubler, P. Koschaker, E. Rabel, L. Wenger czy M. Wlassak.

41 W. Kunkel (w): *Corpus iuris civilis. Institutiones et Digesta. Editio undevicesima lucis ope expressa*, eds. P. Krüger, T. Mommsen, Dublino–Turici 1966, s. III.

42 O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, t. 1, Lipsiae 1889, *Praefatio*, pkt VII.

polacyjne niektórych uczonych, którzy w istocie boją się konsekwencji własnych badań⁴³.

Początkowo efektywna i owocna metoda interpolacyjna osiągnęła na początku XX wieku swój punkt krytyczny. Zdaniem niektórych badaczy żaden

todykę G. Beselera, który przy całym kunszcie filologicznym uczynił z niej narzędzie negacji, niedającej w zamian pozytywnych twierdzeń. Trudno się dziwić, że większość poprawek proponowanych przez Beselera współczesna romanistyka odrzuca jako nieuzasadnio-



Początkowo efektywna i owocna metoda interpolacyjna osiągnęła na początku XX wieku swój punkt krytyczny.

niemal passus w *Corpus Iuris Civilis* nie był wolny od zmian kompilatorów, a zatem utracono szansę odczytania myśli konkretnego prawnika na podstawie jego tekstu; przekazany fragment miałby wyrażać jedynie stanowisko prawa justyniańskiego z VI wieku⁴⁴. Emblematyczny pod tym względem jest przykład Gerharda von Beselera, którego poszukiwania naukowe sprowadzały się niemal wyłącznie do tropienia interpolacji⁴⁵. Zauważył to już współczesny mu Ludwik Mitteis⁴⁶. Zdaniem tego austriackiego uczonego metodologia prac niemieckiego kolegi z istoty zawiera element negatywny, przywołujący na myśl historię słynnego Herostratesa⁴⁷. Podobnie krytykował L. Mitteis me-

ne⁴⁸. Otto Lenel w artykule z 1925 roku określił całe opisane powyżej zjawisko – poniekąd zogniskowane w osobie G. Beselera – jako „polowanie na interpolacje” (*Interpolationenjagd*) i oczywiście poddał je zdecydowanej oraz dogłębnej krytyce⁴⁹.

Warto pamiętać, że słynne myśliwskie skojarzenie co do metody interpolacyjnej miał jako pierwszy Wilhelm Kalb, który jako filolog klasyczny zajął się językiem rzymskich jurystów⁵⁰. Na tym jednak nie koniec. Jak ironicznie wskazał E. Albertario, podobne sformułowanie, za pomocą którego W. Kalb piętnował nadużycia metodologiczne, już znacznie wcześniej posłużyło współczesnym Fabra i jego uczniów do piętnowania jakichkolwiek badań interpolacyjnych⁵¹. Sam Heineccius pisał w ten sposób: *Merito dubites an haec ex animi sententia scripserit laudatissimus Huberus, quo nemo ab insano illo antinomias et Tribonanismos venandi studio magis umquam abhorruit* („Słusznie powątpiewasz, czy znakomity Huberus napisał

tomność; nie znajdując odpowiedniego po temu twórczego sposobu, zdecydował się podpalić jeden z siedmiu cudów świata – świątynię Artemidy w Efezie.

43 O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, s. VII.

44 Por. M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972, s. 13–14.

45 *Opus magnum* G. von Beselera stanowią jego uwagi interpolacyjne zebrane w pięciu zeszytach: G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Erstes Heft*, Tübingen 1910; *Zweites Heft*, Tübingen 1911; *Drittes Heft*, Tübingen 1913; *Viertes Heft*, Tübingen 1920; *Fünftes Heft*, Leipzig 1931.

46 L. Mitteis, *Zur Interpolationenforschung*, „ZSS” 1912, vol. 33, nr 1, s. 180 i n. Por. też krytyka metody G. Beselera z filologicznego punktu widzenia: E. Kalinka, *Digestenkritik und Philologie. Philologische Anmerkungen zu Beselers Methode*, „ZSS” 1927, vol. 47, nr 1, s. 319 i n.

47 Ponieważ sam wydzźwięk tego nieco poetyckiego porównania nie schlebia berlińskiemu interpolacjiście, przypomnijmy, że żyjący w IV wieku przed Chr. Herostrates słynął z obsesyjnej żądzy bycia zauważonym i zapamiętanym przez po-

48 Por. W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, hasło *Beseler Gerhard von*, s. 293.

49 O. Lenel, *Interpolationenjagd*, „ZSS” 1925, vol. 45, nr 1, s. 17–38. W tym samym czasie swój sprzeciw wyraził też angielski uczoney W. Buckland: tenże, *Interpolations...*, s. 343–364.

50 W. Kalb, *Jagd nach Interpolationen in den Digesten. Sprachliche Beiträge zur Digestenkritik*, Nürnberg 1897, s. 3.

51 E. Albertario, *Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni*, Pavia 1913, s. 7.

to z własnego przekonania. Nigdy nikt bardziej od niego nie odstraszał owym szalonym zamiłowaniem do polowania na sprzeczności i trybonianizmy⁵².

Zdaniem O. Lenela współcześni mu badacze przywykli „nie ufać fundamentom, na których budowała wcześniejsza romanistyka”, zrywając w ten sposób ciągłość badań⁵³. Sam zresztą chyba przyznawał się poniekąd do winy, skoro w tym swoistym metodologicznym rachunku sumienia używał pierwszej osoby liczby mnogiej, przemawiając w imieniu szerszego grona romanistów. A główny problem polegał na tym, że pod pretekstem dbałości o rekonstrukcję tekstów źródłowych romanistyka paradoksalnie odeszła od kontaktu z nimi. Hipotez badawczych, które w jakiś sposób nie pasowały do obrazu wynikającego ze źródeł, nie musiała odrzucać; wystarczyło ostrzej – albo subtelniej – oskarżyć o interpolację niepasujący do tezy tekst z „Digestów”. Wszak źródła mogą przekazywać błędne, bo zafalszowane tryboniańskimi zmianami świadectwo. Tą drogą dyskusję merytoryczną nie-rzadko odkładano na rzecz niekończących się sporów tekstualnych⁵⁴.

4. Współczesna romanistyka o interpolacjach

Stanowisko O. Lenela dało impuls do dalej idącej krytyki badań interpolacyjnych. Wśród bardziej stanowczych głosów prym wiodli Paul Kretschmar oraz Max Kaser⁵⁵. Dzięki rozwojowi badań nad prawem poklasycznym, czyli tzw. wulgarnym, udało się wykazać błąd ostrej dychotomii: teksty oryginalne – interpolacje. Stanowi ona pochodną przeciwstawiania prawa klasycznego prawu justyniańskiemu, co przedstawia obraz nieco skrzywiony. Dzieje prawa rzymskiego okazują się zdecydowanie bardziej skomplikowane, skoro część zmian w tekstach klasycznych

wprowadzono jeszcze przed panowaniem Justyniana. Ingerowano w pisma jurystów klasycznych i pod koniec III wieku, i w ciągu wieku IV po Chr., kiedy na potrzeby dydaktyczne czy praktyczne dokonywano wyciągow bądź streszczeń z dawnych pism. Działo się to zarówno na terenie Cesarstwa zachodniorzymskiego, jak i wschodniorzymskiego, gdzie szczególnie Bejrut słynął świetną szkołą prawa⁵⁶. Należałoby więc raczej mówić nie tyle o „psuciu” tekstu przez podwładnych Justyniana, co o całej historii poszczególnych tekstów, które trzeba badać diachronicznie na każdym z etapów przekazu⁵⁷. W żadnym razie nie można mechanicznie przypisywać każdej alteracji w tekście kompilatorom. Należy raczej zakładać, że starali się docierać do jak najbardziej wiarygodnych źródeł i z nich czerpać⁵⁸. I trudno zgłaszać pretensje dotyczące jakości krytyki źródłowej w VI wieku po Chr.

Jak zauważył W. Kalb, nie jest też możliwe, aby kompilatorzy w ciągu trzech, czterech lat – nie dłużej zabrała im redakcja „Digestów” – dokonali tak wielu poprawek merytorycznych, świadomie zmieniających istotę tekstu, jak rysowali to zwolennicy szerokich badań interpolacji⁵⁹. Przeciwnie, większość poprawek to czysto mechanicznie podstawianie aktualnych w VI wieku instytucji w miejsce ich starszych odpowiedników. Tak na przykład *fideiussio* jako generalne poręczenie pojawiała się w miejsce archaicznej i dostępnej jedynie obywatelom rzymskim *sponsio*⁶⁰; *pignus* jako zastaw ręczny zastąpił archaiczną *fiducia* – antyczny prototyp przewłaszczenia na zabezpieczenie⁶¹.

Niezwykle ważnym osiągnięciem w przełamaniu kryzysu badań romanistycznych okazał się podział interpolacji na formalne i materialne⁶². Pierwsze polegają na czysto językowych zmianach bez uszczerb-

52 J.G. Heineccius, *De secta Tribonianomastigum* (w:) tegoż, *Operum ad universam iurisprudentiam, philosophiam et litteras humaniores pertinentium*, t. 3, Geneva 1748, s. 179; por. E. Albertatio, *Contributi...*, s. 7, przyp. 1.

53 O. Lenel, *Interpolationen jagd...*, s. 17.

54 Tamże.

55 Zob. P. Kretschmar, *Kritik der Interpolationenkritik*, „ZSS” 1939, vol. 59, nr 1, s. 102–218; M. Kaser, *Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung*, „ZSS” 1952, vol. 69, nr 1, s. 60–101.

56 Por. F. Schulz, *History...*, s. 265–266, 300–301.

57 Por. F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.

58 P. Kretschmar, *Kritik...*, s. 213.

59 W. Kalb, *Die Jagd...*, s. 5. Tak też W. Buckland, *Interpolations...*, s. 344.

60 F. Schulz, *The History...*, s. 322.

61 S. Riccobono, *interpolazioni* (w:) *Novissimo Digesto Italiano*, t. 8, eds. A. Azara, E. Eula, Torino 1961, hasło, s. 887.

62 M. Kaser, *Zur Methodologie...*, s. 36–46; A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, t. 1, red. L. Labruna, Napoli 1968, s. 583–585.

ku dla treści i znaczenia tekstu: tak działo się przez glosy, parafrazy, wyliczenia, pominięcia itp.⁶³ Drugie przeciwnie – zmieniają znaczenie, ale bywają dzielone na innowacyjne i nieinnowacyjne. Tylko interpolacje materialne innowacyjne prowadzą do rzeczywistych odmienności prawnych, a w konsekwencji przekazują potomnym obraz prawa justyniańskiego i utrudniają poznanie wcześniejszych od niego regulacji. Natomiast interpolacje materialne nieinnowacyjne polegają tylko na zmieszaniu czy pomyleniu różnych norm lub instytucji, ale jednak należących do prawa rzymskiego⁶⁴. Celem tych podziałów jest założenie swoistego ciągu domniemań: najpierw należy wykazać nieoryginalność tekstu, następnie materialność interpolacji, wreszcie innowacyjność interpolacji materialnej⁶⁵. W ten sposób okazuje się, że znacząca część interpolacji nie oznacza zmiany pierwotnej treści tekstu⁶⁶. Proponowane podziały starają się nieco złagodzić dramaturgię pytania o interpolacje, sprowadzając je do mniejszej skali zmian tekstu. Trudno jednak nie zauważyć granic tej metody, wszak – jak pisał już Franz Wieacker – sam podział na interpolacje formalne i materialne w istocie zakłada brak wpływu tych pierwszych na treść interesującego nas tekstu⁶⁷.

Dziś dość powszechnie przyjmuje się za obowiązujące stanowisko M. Kasera z jego późniejszej pracy *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*⁶⁸. Zdaniem niemieckiego uczonego można sformułować dwie zasady odnośnie do postępowania w sprawie interpolacji, jakkolwiek banalne mogłyby się wydawać. Po pierwsze, nie powinno się z góry wykluczyć żadnej zmiany analizowanego tekstu na którymś z etapów jego przekazu; na wstępie operujemy jedynie prawdopodobieństwami, z których korzystanie wymaga ostrożności. Po drugie, każdy tekst jest zupełnie indywidualny i wymaga zbadania wszystkimi dostępnymi środkami krytyki źródłowej, bez jakiegokolwiek schematyzacji. Fraza „tej wypowiedzi nie mógł napisać jurysta kła-

syczny” tradycyjnie używana przez radykalnych interpolacjonistów, poczynając od O. Gradenwitza⁶⁹, okazuje się nadmiernym uproszczeniem⁷⁰.

Te przedłożone w 1972 roku założenia M. Kasera stały się wyrazem szukania nowego, stonowanego impulsu do badania interpolacji. Nie ma co odrzucać sporej części dorobku interpolacjonistów, zachowuje bowiem aktualność mimo faktu, że ich badania doprowadziły ostatecznie do głębokiej zapaści w romanistyce⁷¹. Nie sposób natomiast powrócić do stanu świadomości źródłowej sprzed epoki poszukiwań interpolacyjnych. W szczególności porażką okazałby się powrót do dogmatycznej metody pandektystycznej, która w istocie odrzucała perspektywę historyczną rozwoju prawa rzymskiego⁷². Co więcej, niejednokrotnie wybitni romanisci zwracali uwagę na to, że pozytywny dorobek metody interpolacjonistycznej bywa zapoznawany: kolejne pokolenia romanistów przyjmują do wiadomości popełnione błędy, ale nie opierają własnych badań na nieraz doniosłych odkryciach przedstawicieli owego nurtu. Włoski uczony Antonio Guarino ostrzegał przed tym zjawiskiem już w 1973 roku⁷³. Z kolei F. Wieacker niedługo po opublikowaniu metodologicznego manifestu M. Kasera podkreślał w tonie polemicznym znaczenie badania form tekstu jako jedyne medium do poznania jego treści⁷⁴. Pojawiły się wszelako również głosy wieszczące definitywny i zasłużony koniec interpolacjonizmu⁷⁵.

Warto zwrócić uwagę na szczególne przewinienie interpolacjonistów. Popęlnienie go grozi każdemu interpretatorowi źródeł. Nawet daleko posunięta krytyka interpolacjonistyczna stylizowała się na neutralną, skoro dążyła do możliwie dokładnej i rzetelnej rekonstrukcji tekstów jurystów klasycznych. W rzeczywistości bardziej radykalni jej przedstawiciele raczej narzucali

63 M. Kaser, *Zur Methodologie...*, s. 37.

64 A. Guarino, *L'esegesi...*, s. 584.

65 Tamże.

66 M. Kaser, *Zur Methodologie...*, s. 98.

67 F. Wieacker, *Textkritik und Sachforschung. Positionen in der gegenwärtigen Romanistik*, „ZSS” 1974, vol. 91, s. 21–26.

68 M. Kaser, *Zur Methodologie...*, s. 100–101.

69 Por. cały rozdział zatytułowany dokładnie w ten sposób określaniem zagadnienia w: O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, s. 19–42.

70 M. Kaser, *Zur Methodologie...*, s. 95–96.

71 Por. W. Bojarski, *Remarks...*, s. 87–88.

72 M. Kaser, *Zur Methodologie...*, s. 102.

73 Por. A. Guarino, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna* (w:) tegoż, *Pagine di diritto romano I*, Napoli 1993, s. 406.

74 F. Wieacker, *Textkritik...*, s. 26 i n.

75 J.H.A. Lokin, *The End...*, s. 271–272.

swoje własne pomysły źródłom, zamiast szczerze zadawać im pytania nurtujące ich samych oraz pokolenie prawników, z którego wyrastali. W ten sposób metoda interpolacyjna w swojej przebrzmiałej, skrajnej wersji stała się narzędziem stronnictwa, a zatem w jakiś sposób zideologizowanego odczytywania źródeł w zależności od założeń interpretatora⁷⁶. Również współczesny badacz musi wystrzegać się podobnego błędu metodologicznego. Toteż pojawiają się głosy słusznie wzywające do ostrożności w formułowaniu zarzutu interpolacji studiowanego tekstu⁷⁷.

W polskiej romanistyce pogląd o konieczności badań interpolacyjnych nie cieszył się poważaniem – czy to w XIX, czy też w XX wieku, czyli w epoce największych triumfów tej metody w romanistyce światowej⁷⁸. Jedynie lubelski romanista Adam Wiliński poświęcił tej dziedzinie osobny tekst przy okazji wydania *Index interpolationum* do „Kodeksu” justyniańskiego⁷⁹. Autor, co prawda, docenił samą inicjatywę kontynuowania tradycji poprzednika – *Index interpolationum* do „Digestów” – zadawał wszelako sceptyczne pytanie o sensowność takiego przedsięwzięcia po solidnie zdyskredytowanym okresie *Interpolationenjagd*; dyplomatycznie unikał na nie odpowiedzi⁸⁰.

Bodaj najbardziej stanowczy głos w kwestii interpolacji zabrał toruński uczony Władysław Bojarski w artykule *Remarks on Textual Reconstruction in Roman Law*⁸¹. Nie wolno pominąć jego cennych i od-

ważnych uwag, jako że wydają się być podzielane przez ogół rodzimych uczonych. Wygląda wręcz na to, że poglądy W. Bojarskiego wywarły decydujący wpływ na kształtowanie się podejścia metodologicznego w polskiej romanistyce obecnych czasów. A postawa powołanego autora jest znacznie bardziej nieufna wobec doświadczeń nurtu interpolacyjnego niż M. Kasera – o F. Wieackerze czy A. Guarino nie wspominając. Władysław Bojarski uważał wręcz, że koniecznie należy zaprzestać krytyki interpolacyjnej tekstów *Corpus Iuris Civilis*. Swoje dość radykalne stanowisko uzasadnił kilkoma argumentami⁸².

Po pierwsze, juryści rzymscy różnili się w swoich ocenach, a ten sam prawnik mógł po prostu zmieniać pogląd w jakiejś kwestii w trakcie swej działalności. Dlatego też – zdaniem W. Bojarskiego – nie ma sensu podtrzymywanie dualizmu: „jurysta klasyczny” i „kompilator justyniański”. W tym punkcie pogląd polskiego romanisty wydaje się tożsamy z wypowiedziami zagranicznych kolegów.

Po drugie, powinno się *a priori* zakładać, że ewentualne interpolacje są rzadkie i nieznaczące. W związku z tym dla nauki prawa rzymskiego w ogóle nie jest konieczne badanie losu tekstów jurystów, zanim weeszły w skład „Digestów” justyniańskich. W każdym zaś razie trudno odczytać to twierdzenie inaczej niż polemikę z nurtami kładącymi nacisk na krytykę źródeł – na czele z *Textstufengeschichte*.

Po trzecie, skoro dążenia romanistów nurtu interpolacyjnego doprowadziły niemal do katastrofy (*the results have been almost catastrophic*), to nawet „dążenie do nowego impulsu dla świeżego, umiarkowanego szukania interpolacji” jest już niebezpieczne i może przyczynić się do kolejnego kryzysu, być może jeszcze bardziej wstrząsającego podstawami romanistyki.

Dalej, rekonstruowanie tekstu zwykle nie przynosi definitywnego rozwiązania zagadki autentyczności badanego fragmentu. Nie może zresztą przynieść, gdyż kształt rekonstrukcji bywa przedmiotem mniejszych kontrowersji niż podejrzenie interpolacji. Nauka prawa rzymskiego zamienia się wówczas w jałowe, czysto antykwaryczne spory i przestaje być potrzebna czy atrakcyjna. W końcu trzeba sobie zadać

76 F. Longchamps de Brier, *Summum ius summa iniuria. O ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2005, vol. 5, nr 1, s. 52–53.

77 Por. J. Urbanik, *Kilka uwag na temat domniemyanych interpolacji justyniańskich* (w:) *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Bojarskiego*, red. E. Gajda, A. Sokala, Toruń 2001, s. 269.

78 W. Bojarski, *Remarks...*, s. 84. Wyjątkiem pod tym względem był I. Koschembar-Łyskowski. Por. bibliografię: K. Szczygielski, *Romanistyka polska w latach 1918–1945*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2010, vol. 10, nr 2, s. 366–381; M. Zabłocka, *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002; też, *Romanistyka polska w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku*, Warszawa 2013.

79 A. Wiliński, *Probleme moderner Textkritik des Corpus Iuris Civilis*, „Helikon” 1969–1970, vol. 9–10, s. 811–816.

80 Tamże, s. 812–814.

81 W. Bojarski, *Remarks...*, s. 86–89.

82 Tamże, s. 89.

pytanie, co dokładnie jest przedmiotem badań romanistyki. Polski uczony w sposób pragmatyczny zdaje się odpowiadać: badanie prawa rzymskiego, którego obraz uzyskujemy przez lekturę i medytację nad tekstami takimi, jakie otrzymaliśmy w spuściźnie dziejów.

Wreszcie, zdaniem W. Bojarskiego, prawo rzymskie jako przedmiot uniwersytecki znajduje się w niepewnym położeniu, zawsze zaś dla studentów stanowi materię trudną. W tej sytuacji – jak wyraża się sam

równie bezkrytyczny. Wyraził to słowami: „przedstawione przez W. Bojarskiego argumenty znakomicie uzasadniają przyjęcie domniemania autentyczności zawartych w justyniańskich *Digestach* tekstów, ale wyrażony przezeń pogląd uznaję za zbyt radykalny, albowiem jest bezsporne, że w okresie poklasycznym zmieniono niektóre teksty klasyczne”⁸⁵.

Ważnym zadaniem dla kolejnego pokolenia zdaje się wypracowanie dla tezy W. Bojarskiego przekonującego

Władysław Bojarski proklamował tzw. domniemanie autentyczności badanego tekstu źródłowego zawartego w „*Digestach*”.

uczony – to *inform students of possible vicissitudes of jurists' or emperors' texts would be to cut off the branch on which one is sitting*. Wypowiedź kończy proklamacja tzw. domniemania autentyczności tekstu. Warto przytoczyć ją *in extenso*: *the texts in the 'Corpus Iuris Civilis' should be treated as genuine and as originating from the authors named in the inscriptions*.

Domniemanie proponowane przez W. Bojarskiego wydaje się być powszechnie przyjmowane w polskiej romanistyce. Niewątpliwie stanowi użyteczny punkt wyjścia dla badań źródłowych – właśnie bez popadania od razu na początku w jałowe dysputy tekstualne. Jako takie stanowi znaczące osiągnięcie metodologiczne i dużą zasługę toruńskiego uczonego. W opinii niektórych jego uczniów: Andrzeja Sokali i Ewy Gajdy to ważne zdanie, wybitne i powszechnie podzielane oraz powoływane⁸³. Sokala uzupełnił tezę swojego mistrza: jedynie w wypadkach ewidentnych przekształceń tekstu można mówić o interpolacjach⁸⁴. Inny uczeń – Wojciech Dajczak – nie był wobec poglądu mistrza

uzasadnienia i przedstawienia sposobu jej rozumienia. Nie należy się bowiem spodziewać *sui generis* końca historii interpolacjonizmu⁸⁶. Nawet w kręgu wytyczonym przez domniemanie autentyczności tekstu nie ucieknijemy od pytania, w jaki sposób domniemanie to może zostać obalone. W udzieleniu odpowiedzi na powyższe pytanie pomaga lekcja historii: dobra znajomość doświadczeń, osiągnięć i niepowodzeń interpolacjonistów. Wszak największym ich błędem było zerwanie z tradycją, której w końcu sami stali się częścią.

5. Zakończenie

W badaniach nad źródłami prawa rzymskiego rysuje się wyraźny moment niepewności. Z jednej strony można uchwycić hasła zraccjonalizowanego poglę-

83 A. Sokala, E. Gajda, *Władysław Bojarski (1931–2000)* (w:) *Quinque Doctores. Kierownicy Katedry Prawa Rzymskiego UMK (1945–2000)*, red. A. Sokala, W. Mossakowski, E. Gajda, Toruń 2014, s. 90.

84 A. Sokala, *Meretrix i jej pozycja w prawie rzymskim*, Toruń 1998, s. 6.

85 W. Dajczak, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998, s. 14, przyp. 25.

86 Tematyka interpolacjonistyczna nadal budzi żywe zainteresowanie, np. J.G. Wolf, *Interpolationes in den Digesten*, „*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” 2013, vol. 79, s. 3–80; Gradenwitz, *Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik* / Gradenwitz, *Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert* / *Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento*, Hrsg. M. Avenarius, Ch. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro, Tübingen 2018.

biania perspektywy tekstualnej, z drugiej zaś – powrotu do czasów niewinności krytyczno-źródłowej. Nie warto kwestionować całości dorobku uczonych przełomu XIX i XX wieku, który pośrednio przyczynił się choćby do rozwinięcia tak ważnego kierunku, jak *Textstufengeschichte* w ujęciu F. Wieackera. Nie wypada ignorować użyteczności *Index interpolationum* czy uwag O. Lenela z jego prac rekonstrukcyjnych. Uznane niemal za kanoniczne uwagi M. Kasera nie

się od wątpliwości co do wiarygodności tekstu może się stać powrót do ciasnej pandektystyki. Pandektystyki, która chciała widzieć prawo rzymskie jako system, spójny i kompletny, ale nieistniejący nigdy w rzeczywistości.

Jak odnosić się dzisiaj do spuścizny interpolacjonizmu? Holenderski romanista Jan Lokin twierdził, że badacz prawa rzymskiego niedysponujący odpowiednim wykształceniem klasycznym, a dotyczy to



Powinniśmy bezstronnie wysłuchiwać racji zwolenników domniemania autentyczności tekstów, jak i najgorliwszych interpolacjonistów.

podejmują w istocie miazdzącej krytyki interpolacjonizmu, gdyż ograniczają się do zniuansowania spojrzenia diachronicznego i pogłębienia własnych metod krytyki źródeł. A niemiecki romanista pod koniec lat 70. sygnalizował nagłą już potrzebę nowego wydania kompilacji justyniańskiej z uwzględnieniem późniejszych wyników krytyki tekstualnej⁸⁷.

Z ducha inne stanowisko przeważa w polskiej nauce pod wpływem wypowiedzi W. Bojarskiego. Wydaje się z niej przebijać dziwny lęk przed załamaniem badań prawa rzymskiego przez kryzys zaufania do tekstu fundacyjnego, jakim są „Digesta” justyniańskie. Zatem za zachowawczą postawą wybitnego uczonego stoi głównie swego rodzaju pragmatyzm: lepiej nie pytać o podłoże historyczne tekstu, lecz korzystać z niego przy takich założeniach, które umożliwią jak najowocniejszą jego lekturę.

Wciąż utrzymuje status prowokacji pytanie: czy w ten sposób nie rezygnuje się z ważnej funkcji historyka prawa? Winien on przecież opisywać prawo rzymskie nie tylko (a może nawet nie przede wszystkim) synchronicznie, dogmatycznie, ale diachronicznie, czyli w rozwoju historycznym. Jeśli nauka prawa rzymskiego pojmowana w sposób czysto dogmatyczny pozostanie w ogóle atrakcyjna, to ceną za uwolnienie

większości romanistów, powinien bardzo ostrożnie podchodzić do własnych ocen na temat stylu czy gramatyki tekstów „Digestów” justyniańskich, o ile nie dysponuje alternatywnym świadectwem tekstu z czasów przedjustyniańskich⁸⁸. W związku z tym w artykule z połowy lat 90. ubiegłego wieku obwieszczał z nieukrywaną satysfakcją koniec epoki interpolacjonizmu. Wydawał się łączyć fakt coraz słabszej znajomości języka łacińskiego i subtelności jego stylistyki z koniecznością zaprzestania dociekań interpolacyjnych. Trudno jednak nie dostrzec dwuznaczności takiej argumentacji. O ile bowiem współczesny system edukacji niemal uniemożliwia nabycie biegłości w łacinie na poziomie znanym w XIX wieku, o tyle większy respekt powinien w nas budzić rozważania – choćby tylko te stylistyczne – interpolacjonistów z przełomu XIX i XX wieku. Wolno nie ufać ich metodologii, ale nie sposób odmawiać im głębokiego wyczucia łaciny, wręcz żyzności z nią, o którym dziś nie możemy nawet marzyć. W przeciwnym wypadku powielać będziemy zachowania lisa ze znanej bajki Fedrusa. Nie mogąc z powodu wysokości dosięgnąć winogron, głośno obwieścił, że są niedojrzałe i cierpkie⁸⁹.

87 M. Kaser, *Ein Jahrhundert...*, s. 145, przypis.

88 J.H.A. Lokin *The end...*, s. 268.

89 *Phaedr.* 4,3.

W oczekiwaniu na nowe impulsy pozostaje podejmować próby uniknięcia zarówno postawy naiwnego odrzucenia pytań o wiarygodność tekstu „Digestów” justyniańskich, jak i nieufności posuniętej do niszczącego sceptycyzmu. Wiąże nas w tym zakresie – odwołując się do myśli A. Wilińskiego⁹⁰ – tak dobrze znana zasada *audiat et altera pars*. Powinniśmy bezstronnie wysłuchiwać przy każdym badaniu źródeł racji podanych zarówno przez zwolenników domniemania autentyczności tekstów, jak i najgorliwszych interpolacjonistów. Niewątpliwie pytanie o stosunek do badań interpolacjonistycznych nie jest li tylko sprawą techniczną. To fundamentalna kwestia i pytanie o tożsamość oraz przedmiot romanistyki jako nauki. Nigdy więc dość rozważyć i ostrożności w formułowaniu sądów w tej dziedzinie. Być może jeszcze bardziej symptomatyczne i niepokojące jest milczenie wobec starego pytania o interpolację justyniańskie.

Bibliografia

- Albertario E., *Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni*, Pavia 1913.
- Albertario E., *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1910, vol. 31, s. 158–175.
- Beseler G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Erstes Heft*, Tübingen 1910; *Zweites Heft*, Tübingen 1911; *Drittes Heft*, Tübingen 1913; *Viertes Heft*, Tübingen 1920; *Fünftes Heft*, Leipzig 1931.
- Bojarski W., *Remarks on Textual Reconstruction in Roman Law* (w:) *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, red. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Varsovie 1996, s. 83–89.
- Buckland W.W., *Interpolations in the Digest*, „Yale Law Journal” 1924, vol. 33, nr 4, s. 343–364.
- Corpus iuris civilis. Institutiones et Digesta*, ed. P. Krüger, T. Mommsen, Dublino–Turici 1966.
- Dajczak W., *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérrier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Digesta Iustiniani=Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. Vol. 1. Księgi 1–4*, red. T. Palmirski, zespół: K. Hilman, M. Hłady-szewska, T. Palmirski, H. Wolanin, J. Zabłocki, współpr. J. Reszczyński, Kraków 2013.
- Eisele F., *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1886, vol. 7, s. 15–31.
- Furlani J., Baviera J., *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars altera: Auctores*, Florentiae 1940.
- Giaro T., *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej* (w:) *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 roku*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 13–27.
- Gradenwitz O., *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887.
- Gradenwitz O., *Interpolationen in den Pandekten*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1888, vol. 9, nr 1, s. 177–183.
- Gradenwitz, *Riccobono und die Entwicklung der Interpolationen-kritik/Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert/Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento*, Hrsg. M. Avenarius, Ch. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro, Tübingen 2018.
- Guarino A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, t. 1, red. L. Labruna, Napoli 1968.
- Heineccius J.G., *Operum ad universam iurisprudentiam, philosophiam et litteras humaniores pertinentium*, t. 3, Geneva 1748.
- Honoré T., *Tribonian*, London 1978.
- Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, eds. E. Levy, E. Rabel, t. 1, Weimar 1929; t. 2, Weimar 1931; t. 3, Weimar 1935.
- Kalb W., *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, Nürnberg 1888.
- Kalb W., *Jagd nach Interpolationen in den Digesten. Sprachliche Beiträge zur Digestenkritik*, Nürnberg 1897.
- Kalinka E., *Digestenkritik und Philologie. Philologische Anmerkungen zu Beselers Methode*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1927, vol. 47, nr 1, s. 319–354.
- Kaser M., *Ein Jahrhundert der Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen* (w:) tegoż, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien–Köln–Graz 1986, s. 112–154.
- Kaser M., *Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1952, vol. 69, nr 1, s. 60–101.

90 A. Wiliński, *Probleme...*, s. 816.

- Kaser M., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972.
- Kretschmar P., *Kritik der Interpolationenkritik*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1939, vol. 59, nr 1, s. 102–218.
- Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013.
- Lenel O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927.
- Lenel O., *Interpolationenjagd*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1925, vol. 45, nr 1, s. 17–38.
- Lenel O., *Palingenesia iuris civilis*, t. 1, Lipsiae 1889.
- Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998.
- Lokin J.H.A., *The End of an Epoch. Epilegomena to a Century of Interpolation Criticism* (w:) *Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, t. 1, eds. R. Feenstra, A.S. Hartkamp, J.E. Spruit, P.J. Sijpesteijn, L.C. Winkel, Amsterdam 1995, s. 261–273.
- Longchamps de Bérier F., *Summum ius summa iniuria. O ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2005, vol. 5, nr 1, s. 51–68.
- Mitteis L., *Zur Interpolationenforschung*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1912, vol. 33, nr 1, s. 180–211.
- Mommsen T., *Digesta Iustiniani Augusti*, Berolini 1871.
- Oxford Latin Dictionary*, ed. P.G.W. Glare, Oxford 1968.
- Riccobono S., *interpolazioni* (w:) *Novissimo Digesto Italiano*, t. 8, eds. A. Azara, E. Eula, Torino 1961, hasło, s. 885–887.
- Schiemann G., *interpolation, critique of* (w:) *Brill's New Pauly. Encyclopaedia of the Ancient World*, t. 6, eds. H. Cancik, H. Schneider, Leiden–Boston 2005, hasło, s. 865–866.
- Schulz F., *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916.
- Schulz F., *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946.
- Słownik łacińsko-polski*, t. 3, red. M. Plezia, Warszawa 2007.
- Sokala A., *Meretrix i jej pozycja w prawie rzymskim*, Toruń 1998.
- Sokala A., Gajda E., *Władysław Bojarski (1931–2000) (w:) Quinque doctores. Kierownicy Katedry Prawa Rzymskiego UMK (1945–2000)*, red. A. Sokala, W. Mossakowski, E. Gajda, Toruń 2014, s. 81–100.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009.
- Szczygielski K., *Romanistyka polska w latach 1918–1945*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2010, vol. 10, nr 2, s. 355–411.
- Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis. Vol. 1. Pars 2*, ed. T. Mommsen, Berolini 1962 (reprint wyd. 1).
- Urbanik J., *Kilka uwag na temat domniemanych interpolacji justyniańskich* (w:) *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Bojarskiego*, red. E. Gajda, A. Sokala, Toruń 2001, s. 269–278.
- Wenger L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953.
- Wieacker F., *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jusriprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt*, München 1988.
- Wieacker F., *Textkritik und Sachforschung. Positionen in der gegenwärtigen Romanistik*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1974, vol. 91, s. 1–40.
- Wieacker F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.
- Wiliński A., *Probleme moderner Textkritik des Corpus Iuris Civilis*, „Helikon” 1969–1970, vol. 9–10, s. 811–816.
- Wolf J.G., *Interpolationes in den Digesten*, „Studia et Documenta Historiae et Iuris” 2013, vol. 79, s. 3–80.
- Zabłocka M., *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002.
- Zabłocka M., *Romanistyka polska w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku*, Warszawa 2013.

Wyrok w sprawie Ratko Mladicia na tle dotychczasowego orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii



Aleksandra Nieprzecka

Doktorantka w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant adwokacki Krakowskiej Izby Adwokackiej, autorka kilku publikacji z zakresu prawa karnego międzynarodowego.

✉ aleksandra.nieprzecka@student.uj.edu.pl

Judgement in the Ratko Mladić Case and the Prior Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

On 22 November 2017 the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia delivered its judgement in the Ratko Mladić case. The former Bosnian Serb general was found not guilty of count 1 of genocide (referring to the events that took place in the Municipalities) and guilty of all the other counts, in particular genocide committed in Srebrenica. Although this judgement is not final, its significance should not be underestimated. The trial of Ratko Mladić was one of the longest, most exhausting and complicated cases in the entire history of the Yugoslavian Tribunal. At the same time, this judgement was the crowning achievement of the Tribunal. Therefore, it seems necessary to interpret the judgment in the context of the entire prism of the jurisprudence of the Yugoslavian Tribunal in similar cases.

1. Wprowadzenie

Wyrokiem z dnia 22 listopada 2017 roku¹ Izba Orzekająca Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (ang. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*,

ICTY)² (dalej: MTKJ lub Trybunał jugosłowiański) uznała, że oskarżony Ratko Mladić winien jest popełnienia większości z zarzucanych mu przestępstw.

2 Pełna nazwa: International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.

1 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment IT-09-92-T, 22 November 2017.

nych mu zbrodni i wymierzyła mu karę dożywotniego pozbawienia wolności³. Nie ulega wątpliwości, że orzeczenie to wymaga komentarza, a ze względu na doniosłe znaczenie i objętość tej sprawy właściwym sposobem jego omówienia byłoby kompleksowe opracowanie – jak przykładowo publikacja Timothy'ego Watersa dotycząca procesu Slobodana Miloševića⁴. Równocześnie jednak z wielu powodów nie jest w tym momencie ani możliwe, ani celowe, by do wyroku wydanego w sprawie Ratko Mladicia odnieść się w sposób pełny i szczegółowy. Wyrok Izby Orzekającej MTKJ nie jest bowiem prawomocny, a obrońca tuż po jego ogłoszeniu zapowiedział wniesienie apelacji⁵, przy czym należy podkreślić, że ewentualne postępowanie odwoławcze nie będzie już toczyło się przed MTKJ, albowiem zastąpi go Mechanizm Narodów Zjednoczonych dla Międzynarodowych Trybunałów Karnych⁶. Nie można również nie zauważać, że sprawa Mladicia należy do najbardziej skomplikowanych i obszernych w historii Trybunału jugosłowiańskiego. Można tę złożoność wyrazić za pomocą liczb: postępowanie dotyczy 106 samodzielnych czynów zabronionych objętych aktem oskarżenia (o 90 mniej niż w jego początkowej wersji)⁷; przesłuchano 592 świadków

przez ponad 400 godzin⁸, w czasie 530 dni procesu⁹; Izba Orzekająca dopuściła 9914 dowodów, takich jak raporty z ekshumacji, mapy, fotografie, rozkazy i polecenia¹⁰, a do tego zbiory faktów przysądzonych na wniosek Prokuratora¹¹ oraz okoliczności bezspornych, które Prokurator i obrona przedstawiły we wspólnych wnioskach¹².

Mając na uwadze powyższe, łatwo stwierdzić, że skomentowanie całego wyroku w sprawie Mladicia wykracza poza ramy artykułu naukowego, w tym również poza ramy tego tekstu. Należy jednak wyeksponować wybrane kwestie, które były przedmiotem rozstrzygnięcia. Na wyrok w tej sprawie warto popatrzeć przede wszystkim przez pryzmat dotychczasowego orzecznictwa MTKJ, w szczególności zaś orzeczeń wydanych w procesach prowadzonych przeciwko członkom czterech związków przestępczych objętych aktem oskarżenia¹³. Tego rodzaju spojrzenie jest tym bardziej uzasadnione, że wyrok w sprawie Ratko Mladicia jest jednym z ostatnich rozstrzygnięć MTKJ, który zakończył swoje prace pod koniec 2017 roku¹⁴, a w konsekwencji orzecznictwo mogące sta-

3 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 4, par. 5214–5216.

4 T. Waters, *The Milošević Trial: An Autopsy*, Oxford 2014.

5 *Ratko Mladić convicted of war crimes and genocide at UN tribunal*, „The Guardian”, <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/22/ratko-mladic-convicted-of-genocide-and-war-crimes-at-un-tribunal> (dostęp 18.12.2017).

6 The UN Mechanism for International Criminal Tribunals (dalej: MICT) ustanowiony przez Radę Bezpieczeństwa ONZ rezolucją nr 1966 z dnia 22 grudnia 2010 r. ma za zadanie przejęcie jurysdykcji i funkcji Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii po wygaśnięciu ich mandatów.

7 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Initial Indictment, IT-95-5-I, 24 July 1995; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Initial Indictment, IT-95-18-I, 14 November 1995; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Amended Indictment, IT-95-5/18-I, 10 October 2002; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution's Second Amended Indictment, IT-09-92-I, 1 June 2011; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Third Amended Indictment, IT-09-92-PT, 20 October 2011; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the

Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011.

8 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 4, par. 5251.

9 Tamże, vol. 1, par. 16.

10 Tamże, vol. 4, par. 5256.

11 Tamże, vol. 4, par. 5262, 5271–5277.

12 Tamże, vol. 4, par. 5261.

13 Zob. m.in. *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Judgement, IT-95-5/18-T, 24 March 2016; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-T, 27 September 2006; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-A, 17 March 2009; *Prosecutor v. Biljana Plavšić* Sentencing Judgement, IT-00-39&40/1-S, 27 February 2003; *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-T, 27 March 2013; *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-A, 30 June 2016; *Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović* Judgement, IT-03-69-T, 30 May 2013; *Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović* Judgement, IT-03-69-A, 9 December 2015; *Prosecutor v. Vojislav Šešeljić* Judgement, IT-03-67-T, 31 March 2016.

14 Oficjalna ceremonia zamknięcia odbyła się 21 grudnia 2017 roku w Hadze, zob. <http://www.icty.org/en/in-focus/icty-legacy-dialogues/icty-closing-ceremony> (dostęp 23.12.2017).

nowić przedmiot porównania jest niezwykle bogate i niemal kompletne¹⁵. Na tak nakreślonej płaszczyźnie rozważań należy, rzecz jasna, poszukiwać odpowiedzi na pytanie, czy okoliczności uznane za udowodnione w procesie Ratko Mladicia korespondują z ustaleniami dokonanymi przez inne składy MTKJ na kanwie poprzednich spraw.

Nie można także zapominać, że sprawy rozpatrywane przez MTKJ leżą w kręgu zainteresowania szeroko rozumianej opinii publicznej. Sposób rozstrzygnięcia

pierwszego z zarzutów ludobójstwa. Meliha Mrdžić, której ojciec i brat zostali zamordowani w Višegradzie, po ogłoszeniu wyroku powiedziała dziennikarzowi, że wydany przez MTKJ wyrok ponownie ją wiktyimizował¹⁶. Podobną opinię wyraziła również Amela Meduseljac, ofiara gwałtu dokonanego przez żołnierzy w Višegradzie¹⁷, przy czym podkreślić należy, że czyny popełnione w tej miejscowości nie tylko nie zostały objęte zarzutem popełnienia zbrodni ludobójstwa, od którego Ratko Mladic został uniewinniony,



Wyrok w sprawie Mladicia spotkał się z niezwykle emocjonalną reakcją ofiar zbrodni popełnionych na terenie byłej Jugosławii, które z oburzeniem przyjęły jego uniewinnienie od pierwszego z zarzutów ludobójstwa.

kwestii odpowiedzialności Ratko Mladicia spotkał się z niezwykle emocjonalną reakcją ofiar zbrodni popełnionych na terenie byłej Jugosławii, które z oburzeniem przyjęły uniewinnienie serbskiego generała od

ale w ogóle nie wskazano ich w podstawie faktycznej aktu oskarżenia przeciwko niemu¹⁸.

Na drugim biegunie znajdują się burzliwe reakcje samych oskarżonych. W momencie odczytywania rozstrzygnięcia przez Izbę Orzekającą MTKJ Ratko Mladic krzyczał „oni kłamią, oni kłamią” (*they are lying, you are lying*), w konsekwencji czego został usunięty

Symbolicznie działalność MTKJ wieńczyły również liczne konferencje i sympozja, by wymienić chociażby wykłady współorganizowane przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii oraz Grotius Centre for International Legal Studies of Leiden Law School w Hadze, które odbyły się w październiku i listopadzie 2017 r. oraz zorganizowane w maju 2017 r. w Norymberdze przez International Nuremberg Principles Academy.

- 15 Nie wszystkie postępowania zostały prawomocnie zakończone przez MTKJ, część z nich będzie prowadzona dalej przez Mechanizm Narodów Zjednoczonych dla Międzynarodowych Trybunałów Karnych. Aktualnie postępowania w sprawach Radovana Karadžića, Vojislava Šešelja, Jovicy Stanišića oraz Franko Simatovića znajdują się pod jurysdykcją MICT i prowadzone są pod sygnaturami, odpowiednio: MICT-13-55, MICT-16-99, MICT-15-96. Jak wskazano wyżej, również postępowanie odwoławcze w sprawie Ratka Mladicia – jeśli zostanie zainicjowane – będzie się toczyło przed MICT.

- 16 „The international community made me a victim a second time (...). They make it seem like we killed ourselves, raped ourselves, slaughtered ourselves. I feel so hurt, I can't describe it”, zob. J. Masters, *Ratko Mladic guilty of genocide, sentenced to life in prison*, 22 November 2017, <http://edition.cnn.com/2017/11/22/europe/ratko-mladic-verdict/index.html> (dostęp 23.12.2017).

- 17 „Our mission as a rape survivor association was to stop victims from feeling like victims (...). But it's getting worse from year to year and it will get especially worse after this verdict”, zob. tamże.

- 18 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladic* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 37–39, zestawienia A–B (Schedules A–B).

z sali rozpraw i nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku¹⁹. Gdy z kolei 29 listopada 2017 roku ogłoszono wyrok Izby Odwoławczej MTKJ w sprawie *Prosecutor v. Prlić et al.*²⁰, jeden ze współoskarżonych (Slobodan Praljak) powiedział, że nie zgadza się z orzeczeniem, po czym wypił truciznę. Zmarł po przewiezieniu do szpitala²¹. Mimo prawomocnego skazania wielu oskarżonych protestuje, gdy używa się wobec nich określenia „zbrodniarz wojenny” czy „sprawca ludobójstwa” i wydaje się, że za taką postawą kryje się coś więcej niż tylko niechęć do uznania własnych zbrodni, brak wyrzutów sumienia czy skruchy. Oskarżenia przed MTKJ kwestionują nie tylko merytoryczną i formalną prawidłowość wydawanych w ich sprawach wyroków, ale również część ogólnych zasad przypisania odpowiedzialności zaadoptowanych w praktyce orzeczniczej Trybunału jugosłowiańskiego.

2. Zbrodnie objęte aktem oskarżenia

W akcie oskarżenia prokurator domagał się pociągnięcia Ratko Mladicia do odpowiedzialności karnej za zbrodnie wskazane w art. 3–5 statutu MTKJ²², tj. ludobójstwo, zbrodnie wojenne (naruszenia praw lub zwyczajów wojny) oraz zbrodnie przeciwko ludzkości zmaterializowane poprzez następujące czyny: zabójstwa, eksterminację, deportację i przymusowe prze-

siedlanie ludności cywilnej; akty przemocy, których podstawowym celem było szerzenie terroru wśród ludności cywilnej; bezprawne ataki na cywilów; prześladowania oraz wzięcie zakładników²³.

Pierwszy zarzut ludobójstwa odnosił się do prześladowań dokonywanych w okresie od 31 marca 1992 r. do 31 grudnia 1992 r. w celu częściowego wyniszczenia grup bośniackich muzułmanów oraz bośniackich Chorwatów. Najbardziej skrajne z tych prześladowań miały miejsce w miejscowościach Foča, Ključ, Kotor Varoš, Prijedor, Sanski Most oraz Vlasenica²⁴. Drugi zarzut ludobójstwa dotyczył natomiast wydarzeń w Srebrenicy od 11 lipca 1995 r. do listopada 1995 r., w szczególności zabójstw, ciężkich uszczerbków na zdrowiu oraz przesiedleń ludności, które popełniano w celu wyniszczenia społeczności bośniackich muzułmanów²⁵.

19 Zob. *Trial Chamber's judgment in the case Prosecutor v. Ratko Mladić*, 22 November 2017, transkrypcja, <http://www.icty.org/x/cases/mladic/trans/en/171122IT.htm> (dostęp 25.12.2017).

20 *Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Čorić, Berislav Pušić* Judgement, IT-04-74-A, 29 November 2017.

21 *Statement on passing of Slobodan Praljak*, 29 November 2017, <http://www.icty.org/en/press/statement-on-passing-of-slobodan-praljak> (dostęp 25.12.2017).

22 Statut MTKJ został przyjęty rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 827 z dnia 25 maja 1993 r. i został znowelizowany 9 razy: rezolucją nr 1166 z dnia 13 maja 1998 r.; rezolucją nr 1429 z dnia 30 listopada 2000 r.; rezolucją nr 1411 z dnia 17 maja 2002 r.; rezolucją nr 1431 z dnia 14 sierpnia 2002 r.; rezolucją nr 1482 z dnia 19 maja 2003 r.; rezolucją nr 1597 z dnia 20 kwietnia 2005 r.; rezolucją nr 1660 r. z dnia 28 lutego 2006 r.; rezolucją nr 1837 z dnia 29 września 2008 r. oraz rezolucją nr 1877 z dnia 7 lipca 2009 r. (SC/Res/25.05.1993 z późn. zm.).

23 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 35–90. Zob. także A. Szpak, *Zbrodnie w Srebrenicy i Sarajewie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym ds. Zbrodni w b. Jugosławii. Casus Ratko Mladicia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, z. 4, s. 79–80.

24 Pierwszy zarzut ludobójstwa obejmował między innymi: zabójstwa bośniackich muzułmanów i Chorwatów wymienione w zestawieniach A–B (*Schedules A–B*) załączonych do aktu oskarżenia (zestawienie A dotyczyło zabójstw niepowiązanych z osadzeniem w obozach dla internowanych, a zestawienie B – zabójstw związanych z nieludzkim traktowaniem w obozach), spowodowanie ciężkich uszczerbków na zdrowiu tysięcy bośniackich muzułmanów i bośniackich Chorwatów umieszczonych w specjalnych obozach dla internowanych, tortury, zgwałcenia, inne akty przemocy i nieludzkiego traktowania dokonane w tych obozach. Zestawienie C (*Schedule C*), dotyczące istniejących obozów i ośrodków dla internowanych, również stanowiło załącznik do aktu oskarżenia. Zob. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 35–39.

25 Zabójstwa dokonane w Srebrenicy objęte aktem oskarżenia zostały wskazane w zestawieniu E (*Schedule E*), stanowiącym załącznik do aktu oskarżenia. Zob. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 40–46.

Trzeci zarzut dotyczył kwalifikowanego jako zbrodnia przeciwko ludzkości prześladowania (*persecution*) bośniackich muzułmanów i bośniackich Chorwatów w okresie od marca 1992 r. do 30 listopada 1995 r. w miejscowościach Banja Luka, Bijeljina, Foča, Ilidža, Kalinovik, Ključ, Kotor Varoš, Novi Grad, Pale, Prijedor, Rogatica, Sanski Most, Sokolac, Trnovo oraz Vlasenica, a także w Srebrenicy²⁶. Pod pojęciem „prześladowanie” rozumiane były następujące czyny zabronione: zabójstwa, tortury, pobicia, przemoc fizyczna i psychiczna, zgwałcenia oraz inne akty przemocy seksualnej, okrutne i niehumanitarne traktowanie, przymusowe przesiedlenia, deportacja, bezprawne pozbawienie wolności, zmuszanie do pracy, posługiwanie się ludźmi jako żywymi tarczami, zabór i niszczenie prywatnego i publicznego mienia, w tym dóbr kultury i miejsc kultu religijnego, oraz stosowanie surowych i dyskryminujących środków, w tym pozbawienie swobody przemieszczania się, usunięcie z zajmowanych stanowisk, bezprawne aresztowania i przeszkadzanie oraz pozbawienie prawa do sądu²⁷.

Zarzuty czwarty i piąty stanowiły eksterminacja oraz zabójstwo kwalifikowane jako zbrodnie przeciwko ludzkości, a skorelowany z nimi zarzut szósty – zabójstwo jako naruszenie praw i zwyczajów wojny. Odnosiły się one do zbrodni popełnianych w okresie od 12 maja 1992 r. do 30 listopada 1995 r. na bośniackich muzułmanach i Chorwatach w miejscowościach Banja Luka, Bijeljina, Foča, Ilidža, Kalinovik, Ključ, Kotor Varoš, Novi Grad, Pale, Prijedor, Rogatica, Sanski Most, Sokolac, Trnovo oraz Vlasenica²⁸, na bośniackich muzułmanach w Srebrenicy²⁹ oraz na ludności cywilnej i innych osobach, które nie brały czynnego udziału w działaniach zbrojnych na obszarze Sarajewa³⁰.

Siódmym i ósmym zarzutem sformułowanym w akcie oskarżenia przeciwko Ratko Mladiciowi były kwalifikowane jako zbrodnie przeciwko ludzkości deportacja i niehumanitarne traktowanie poprzez przymusowe przesiedlenia ludności cywilnej (bośniackich muzułmanów i bośniackich Chorwatów) w okresie między marcem 1992 r. a 30 listopada 1995 r.³¹ Z kolei naruszenia praw i zwyczajów wojny poprzez szerzenie terroru i bezprawne ataki na ludność cywilną w okresie od kwietnia 1992 r. do listopada 1995 r. stanowiły odpowiednio zarzuty dziewiąty i dziesiąty³². Ostatnim (jedenastym) zarzutem objętym aktem oskarżenia było naruszenie praw i zwyczajów wojny poprzez przetrzymywanie ponad 200 członków sił pokojowych ONZ w charakterze zakładników od około 16 maja 1995 r. do 19 czerwca 1995 r. m.in. w Pale, Sarajewie, Banja Luce i Goražde³³.

3. Podstawa odpowiedzialności przyjęta w akcie oskarżenia

Jako podstawy przypisania Ratko Mladiciowi odpowiedzialności karnej wskazane zostały art. 7 ust. 1 statutu MTKJ (planowanie, podżeganie do zbrodni, wydanie rozkazu dokonania zbrodni, popełnienie zbrodni, pomocnictwo – *planning, instigating, ordering, commission of crime, aiding and abetting*)³⁴ oraz art. 7 ust. 3 statutu MTKJ (odpowiedzialność dowódcy za zbrodnie popełnione przez podwładnych – *criminal responsibility of the superior*)³⁵. Należy podkreślić, że terminy „popełnienie zbrodni” oraz „popełnić zbrodnię” (*crime commission* oraz *commit a crime*) nie były rozumiane jako własnoręczne jej dokonanie

31 Tamże, par. 67–74.

32 Tamże, par. 75–81.

33 Tamże, par. 82–86.

34 „A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime”.

35 „The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof”.

26 *Prosecutor v. Ratko Mladic* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 47–59.

27 Tamże, par. 59.

28 Tamże, par. 62–63.

29 Zabójstwa dokonane w Srebrenicy objęte aktem oskarżenia zostały wskazane w zestawieniu E (*Schedule E*) stanowiącym załącznik do aktu oskarżenia. Zob. tamże, par. 65–66.

30 Zabójstwa dokonane w Sarajewie objęte aktem oskarżenia zostały wskazane w Zestawieniu F i G (*Schedule F–G*) stanowiącym załącznik do aktu oskarżenia. Zob. tamże, par. 64.

(wypełnienie wszystkich elementów zbrodni przez samego oskarżonego), lecz jej popełnienie w ramach udziału w związku przestępnym (*joint criminal enterprise – JCE*)³⁶. Oznacza to, że zachowanie oskarżonego oceniane było w kategorii wkładu w realizację celu

1991 r. do 30 listopada 1995 r.³⁹ Oprócz Ratko Mladicia członkami tego związku przestępnego mieli być między innymi: Radovan Karadžić, Momčilo Krajišnik, Slobodan Milošević, Biljana Plavšić, Nikola Koljević, Mićo Stanišić, Momčilo Mandić, Jovica



Popełnienie zbrodni nie było rozumiane jako własnoręczne jej dokonanie, lecz jej popełnienie w ramach udziału w związku przestępnym, co oznacza, że zachowanie oskarżonego oceniane było w kategorii wkładu w realizację celu kryminalnego związku przestępnego.

kryminalnego związku przestępnego, czyli innymi słowy – osobistego przyczynienia się do popełnienia zbrodni (*contribution to the crimes for which the accused is found responsible*)³⁷. Prokurator powinien wykazać, że ów wkład był znaczny (*significant*), ale nie musiał stanowić fizycznego dokonania zbrodni, samodzielnie lub we współsprawstwie³⁸.

W akcie oskarżenia Ratko Mladiciowi zarzucono udział w czterech związkach przestępnych. Celem nadrzędnego związku przestępnego (*overarching JCE*) było usunięcie bośniackich muzułmanów oraz bośniackich Chorwatów z części terytorium Bośni i Hercegowiny, do której rościli sobie prawa bośniaccy Serbowie, miał trwać w okresie od października

Stanišić, Franko Simatović, Željko Ražnatović oraz Vojislav Šešelj⁴⁰, jak również liderzy bośniackich Serbów, ich władze na szczeblach krajowym i lokalnym, członkowie Serbskiej Partii Demokratycznej (*Srpska Demokratska Stranka – SDS*), żołnierze Armii Jugosławii (*Vojska Jugoslavije*) oraz Jugosłowiańskiej Narodowej Armii (*Jugoslovenska Narodna Armija*). Równocześnie akt oskarżenia zakładał alternatywne, że część osób nie należała do kręgu uczestników związku przestępnego, lecz została wykorzystana do dokonania zbrodni służących realizacji celu przedsięwzięcia kryminalnego⁴¹.

Ponadto prokurator zarzucał również Mladiciowi udział w trzech związkach przestępnych dodatkowych (*additional JCEs*), które były nakierowane odpowiednio na: szerzenie terroru wśród ludności cywilnej w Sarajewie (od 13 maja 1992 r. do listopada 1995 r.); eliminację bośniackich muzułmanów w Srebrenicy (od 11 lipca 1995 r. do 1 listopada 1995 r.) oraz wzięcie

36 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 4; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 1, par. 10.

37 *Prosecutor v. Duško Tadić* Judgment, IT-94-1-A, 15 July 1999, par. 221; *Prosecutor v. Milorad Krnojelac* Decision on Form of Second Amended Indictment, IT-97-25, 11 May 2000, par. 15.

38 *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgment, IT-00-39-A, 17 March 2009, par. 695.

39 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 5–6.

40 Tamże, par. 10.

41 Tamże, par. 11.

personelu ONZ jako zakładników (od maja do czerwca 1995 r.)⁴². Cele związków przestępnych dodatkowych były skorelowane z realizacją celu nadrzędnego⁴³.

Niezależnie od popełnienia zbrodni w ramach uczestnictwa w związku przestępnym prokurator zarzucał również Ratko Mladiciowi planowanie zbrodni, podżeganie i pomocnictwo do ich popełnienia oraz wydanie rozkazu dokonania zbrodni, a także wskazywał na art. 7 ust. 3 statutu MTKJ jako dodatkową podstawę przypisania odpowiedzialności karnej za zbrodnie popełnione przez podległych mu bezpośrednio i pośrednio członków sił zbrojnych. Ratko Mladić jako zwierzchnik Armii Republiki Serbskiej (*Vojska Republike Srpske* – VRS) sprawował kontrolę nad żołnierzami VRS oraz innych serbskich sił zbrojnych wcielonych lub podległych VRS, które brały udział w popełnianiu zarzucanych mu zbrodni⁴⁴. Ta ostatnia podstawa przypisania odpowiedzialności została powiązana nie tyle z bezprawnymi działaniami Ratko Mladicia, co z nienależytym wykonywaniem przez niego obowiązków dowódcy.

4. Podobne sprawy

Odpowiedź na pytanie, czy wyrok wydany przez Izbę Orzekającą w procesie Ratko Mladicia wpisuje się we wcześniejszą linię orzeczniczą MTKJ, rozpocząć należy od identyfikacji spraw podobnych do sprawy Ratko Mladicia pod względem zawartości i budowy aktu oskarżenia⁴⁵, mając na uwadze, że stan faktyczny

i zarzuty wskazane w tym dokumencie wyznaczają granice przedmiotowe rozpoznania sprawy przez MTKJ. Według przyjętych w tym artykule kryteriów podobieństwo aktów oskarżenia sprowadza się do podobieństwa stanów faktycznych, zarzutów oraz podstawy przypisania odpowiedzialności z art. 7 statutu MTKJ.

Akt oskarżenia przeciwko Ratko Mladiciowi najbardziej przypomina akt oskarżenia dotyczący Radovana Karadžicia⁴⁶. W znaczącej części podstawa faktyczna wskazana w obu dokumentach się pokrywa, zaś przyjęte kwalifikacja prawna oraz formy odpowiedzialności z art. 7 statutu MTKJ są tożsame, choć osobisty wkład w realizację celów związku przestępnego oraz nienależyte wykonanie obowiązków przełożonego zostały, rzecz jasna, opisane odrębnie dla każdego z oskarżonych⁴⁷. Wiele podobieństw do aktu oskarżenia przeciwko Ratko Mladiciowi można także dostrzec w ak-

69-T, 30 May 2013; *Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović* Judgement, IT-03-69-A, 9 December 2015; *Prosecutor v. Vojislav Šešelj* Judgement, IT-03-67-T, 31 March 2016; *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić* Judgement, IT-02-60-T, 17 January 2005; *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić* Judgement, IT-02-60-A, 9 May 2007; *Prosecutor v. Radislav Krstić* Judgement, IT-98-33-T, 2 August 2001; *Prosecutor v. Radislav Krstić* Judgement, IT-98-33-A, 19 April 2004; *Prosecutor v. Momir Nikolić* Sentencing Judgement, IT-02-60/1-T, 2 December 2003; *Prosecutor v. Momir Nikolić* Judgement on Sentencing Appeal, IT-02-60/1-A, 8 March 2006; *Prosecutor v. Dragan Obrenović* Sentencing Judgement, IT-02-60/2-S, 10 December 2003; *Prosecutor v. Zdravko Tolimir* Judgement, IT-05-88/2-T, 12 December 2012; *Prosecutor v. Zdravko Tolimir* Judgement, IT-05-88/2-A, 8 April 2015; *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.* Judgement, IT-05-88-T, 10 June 2010; *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.* Judgement, IT-05-88-A, 30 January 2015.

46 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011 oraz *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Prosecution's Marked-Up Indictment, IT-95-5/18-PT, 19 October 2009.

47 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 13, 33–34; *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Prosecution's Marked-Up Indictment, IT-95-5/18-PT, 19 October 2009, par. 14, 34–35.

42 Tamże, par. 7.

43 Tamże, par. 7.

44 Tamże, par. 32.

45 Niezależnie od powyższego celowe wydaje się również odwołanie do orzeczeń dotyczących osób, którym zarzucano udział w związkach przestępnych objętych aktem oskarżenia w sprawie Ratko Mladicia lub wkład w praktyczną realizację celów tych związków przestępnych: *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Judgement, IT-95-5/18-T, 24 March 2016; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-T, 27 September 2006; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-A, 17 March 2009; *Prosecutor v. Biljana Plavšić* Sentencing Judgement, IT-00-39&40/1-S, 27 February 2003; *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-T, 27 March 2013; *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-A, 30 June 2016; *Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović* Judgement, IT-03-

cie oskarżenia sformułowanym w sprawie Slobodana Miloševića⁴⁸ – to postępowanie zakończyło się jednak bez orzeczenia *meriti* z uwagi na śmierć oskarżonego dnia 11 marca 2006 roku⁴⁹, przez co trudno uczynić je punktem odniesienia.

Akty oskarżenia w pozostałych postępowaniach dotyczących osób oskarżonych o popełnienie zbrodni zarzucanych również Ratko Mladiciowi, w tym uczestników związków przestępczych, miały co do zasady węższy zakres, zarówno pod względem podstawy faktycznej, jak i ilości stawianych zarzutów. Z tego powodu do wyroków wydawanych w tych sprawach będzie można się odwoływać jedynie w pewnym ograniczonym stopniu⁵⁰. Dla przykładu, akt oskarżenia przeciwko Momčilo Krajišnikowi oraz Biljanu Plavšić obejmował zdarzenia w Bratunacu, Višegradzie, Nevesinje i Novim Gradzie, których nie objęto aktem oskarżenia w sprawie Ratko Mladicia, jednakże nie dotyczył zbrodni popełnionych w Srebrenicy oraz Sarajewie ani wzięcia zakładników, które stanowiły kluczowe elementy podstawy faktycznej aktu oskarżenia oraz wyroku w sprawie Ratko Mladicia⁵¹. Nie można również tracić z pola widzenia, że zgodnie z *plea agreement* podstawy odpowiedzialności Biljana Plavšić zostały ograniczone wyłącznie do faktów uzgodnionych między prokuratorem a oskarżoną, zakwalifikowanych łącznie jako zbrodnia prześladowania, do

której popełnienia przyznała się Biljana Plavšić⁵². Na marginesie zauważyć należy, że przyjęty w stosunku do tej oskarżonej mechanizm redukcji zarzutów w zamian za przyznanie do winy nie był zjawiskiem odosobnionym w praktyce MTKJ⁵³.

5. Struktura i podstawa faktyczna orzeczenia

Wracając jednak do rozważań związanych ściśle z orzeczeniem wydanym w sprawie Ratko Mladicia, wskazać należy, że przyjęta wcześniej jako kryterium podobieństwa aktów oskarżenia triada: stan faktyczny – zarzuty – podstawa przypisania odpowiedzialności z art. 7 statutu MTKJ znalazła odzwierciedlenie w strukturze analizowanego wyroku⁵⁴. W pierwszej części tego orzeczenia wskazane są okoliczności faktyczne uznane przez Trybunał za udowodnione, przy czym Izba Orzekająca MTKJ uporządkowała ustalenia według ich wstępnej kwalifikacji przyjętej

48 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladic* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011 oraz *Prosecutor v. Slobodan Milošević* Amended Indictment, IT-02-54-T, 22 November 2002.

49 *Prosecutor v. Slobodan Milošević* Order Terminating the Proceedings, IT-02-54-T, 14 March 2006.

50 Zob. jednak A. Szpak, *Zbrodnie w Srebrenicy...*, s. 80–90, w zakresie porównania procesu Ratko Mladicia ze sprawami Stanislava Galicia oraz Radislava Krsticia, którzy zostali pociągnięci do odpowiedzialności odpowiednio za zbrodnie w Sarajewie oraz Srebrenicy.

51 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladic* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, zestawienia A–B, D–G (*Schedules A–B, D–G*) oraz *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik and Biljana Plavšić* Amended Consolidated Indictment, IT-00-39 & 40-PT, 7 May 2002, zestawienia A–B (*Schedules A–B*).

52 Por. *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik and Biljana Plavšić* Amended Consolidated Indictment, IT-00-39 & 40-PT, 7 May 2002; *Prosecutor v. Biljana Plavšić* Plea Agreement, IT-00-39&40-PT, 30 September 2002; *Prosecutor v. Biljana Plavšić* Factual Basis for Plea of Guilt, IT-00-39&40-PT, 30 September 2002.

53 Zob. A. Nieprzecka, *Porozumienia procesowe w praktyce trybunałów ad hoc – uwagi krytyczne*, złożone do druku w „Czasopiśmie Prawa Karnego i Nauk Penalnych”; A. Tieger, M. Shin, *Plea Agreements in the ICTY. Purpose, Effects and Propriety*, „Journal of International Criminal Justice” 2005, vol. 3, s. 666–679; J.N. Clark, *Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation*, „The European Journal of International Law” 2009, vol. 20, nr 2, s. 415–436; M.P. Scharf, *Trading Justice for Efficiency. Plea-Bargaining and International Tribunals*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, vol. 2, nr 4, s. 1070–1081; R. Henham, M. Drumbl, *Plea Bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „Criminal Law Forum” 2005, vol. 16, nr 1, s. 49–87.

54 Pomijam w analizie takie części orzeczenia, jak: informacje wstępne dotyczące oskarżonego, wprowadzenie, historia proceduralna czy przytoczenie przepisów mających zastosowanie, które również wkomponowane są w treść orzeczenia, jednak pełnią raczej funkcję porządkującą i nie mają w mojej ocenie decydującego znaczenia z perspektywy struktury orzeczeń MTKJ.

w akcie oskarżenia z odesłaniem do zarzutów, przez pryzmat których te okoliczności faktyczne zostały ocenione w dalszej części orzeczenia. Przykładowo, Izba Orzekająca, uznając, że 4 listopada 1992 roku żołnierze VRS zabili co najmniej 150 nieuzbrojonych bośniackich muzułmanów przetrzymywanych w szkole w Grabovicy, wskazała, że czyny te zostały wzięte pod uwagę przy ocenie zarzutów 1. oraz 3–6 (tj. ludobójstwa, prześladowania, eksterminacji i zabójstwa jako zbrodni przeciwko ludzkości oraz zabójstwa jako zbrodni wojennej)⁵⁵. Identycznym zabiegiem (choć bez odesłań wewnętrznych) Izba Orzekająca MTKJ posłużyła się w wyroku w sprawie Momčilo Krajišnika⁵⁶. Analogiczną technikę zastosowano też w wyroku w sprawie Radovana Karadžicia, przy czym zamiast odesłania do zarzutów umieszczonego na końcu kolejnych rozważań, zarzuty zostały pokrótce wymienione i opisane na początku każdej jednostki redakcyjnej⁵⁷. W innych wyrokach MTKJ przedstawienie faktów uznanych za udowodnione niejednokrotnie łączono z ustaleniami w przedmiocie zarzutów⁵⁸.

Dopuszczalne jest stwierdzenie, że w wyroku w sprawie Mladicia na podstawie faktyczną ustaleń dotyczących zbrodni złożyły się cztery kategorie zdarzeń. W pierwszej kategorii mieszczą się wszystkie wydarzenia związane z wzięciem i przetrzymywaniem zakładników w okresie od maja do czerwca 1995 roku⁵⁹. Pomimo że zakładnicy byli przetrzymywani w różnych miejscowościach, w tym m.in. w oddalonych od siebie o blisko 200 km Banja Luce i Sarajewie, wskazanie tych zdarzeń nie nastręcza trudności z uwagi na podobieństwo zachowań poddawanych wartościowaniu oraz ich

zbieżność czasową. Wyraźne wyróżnienie tej kategorii jest dodatkowo uzasadnione tym, że jako jedyną część stanu faktycznego sprawy Ratko Mladicia zdarzenia te poddawano ocenie wyłącznie z perspektywy pojedynczego zarzutu wskazanego w akcie oskarżenia, mianowicie zarzutu jedenastego⁶⁰.

Dla wyodrębnienia pozostałych kategorii podstawowe znaczenie ma przede wszystkim miejsce popełnienia czynów zabronionych, tj. odpowiednio Sarajewo⁶¹, Srebrenica⁶² oraz inne miasta i gminy w Bośni i Hercegowinie⁶³, w wyroku w sprawie Ratko Mladicia określane łącznie jako „miejscowości/gminy” (*Municipalities*). Na kanwie analizowanego orzeczenia termin ten oznaczał Banja Lukę, Bijeljinę, Fočę, Ilidżę, Kalinovik, Ključ, Kotor Varoš, Novi Grad, Pale, Prijedor, Rogaticę, Sanski Most, Sokolac, Trnovo oraz Vlasenicę⁶⁴. W przypadku wydarzeń związanych z oblężeniem Sarajewa w ślad za omawianym wyrokiem⁶⁵ i innymi orzeczeniami MTKJ⁶⁶ można wprowadzić jeszcze dodatkowy podział na zdarzenia powiązane z ostrzałem artyleryjskim (*shelling*) oraz

55 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 1, par. 892.

56 Przykładowo w odniesieniu do zdarzeń w Banja Luce *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgment, IT-00-39-T, 27 September 2006, par. 375–392, 717–721.

57 Przykładowo w odniesieniu do zdarzeń w Rogaticy zob. *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Judgment, IT-95-5/18-T, 24 March 2016, par. 935–937.

58 Przykładowo w odniesieniu do zdarzeń w Prijedorze zob. *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgment, IT-08-91-T, 27 March 2013, par. 495–703.

59 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 3, par. 2216–2318.

60 Tamże, vol. 3, par. 2317.

61 Tamże, vol. 2, par. 1850–2215.

62 Tamże, vol. 3, par. 2319–3007.

63 Tamże, vol. 1, par. 349–1017; vol. 2, par. 1018–1849.

64 Celowe wydaje się przywołanie w ramach niniejszego artykułu nazw tych szesnastu – innych niż Srebrenica i Sarajewo – miast i gmin, które wskazano w podstawie faktycznej aktu oskarżenia, tym bardziej że nazwy te pominięto chociażby w podsumowaniu wyroku Izby Orzekającej w sprawie Ratko Mladicia przygotowanym dla mediów (zob. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment Summary, IT-09-92-T, 22 November 2017). Por. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 1, par. 14.

65 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, zestawienia F–G (*Schedules F–G*); *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 2, par. 1850–2215.

66 Por. *Prosecutor v. Stanislav Galić* Judgment and Opinion, IT-98-29-T, 5 December 2003; *Prosecutor v. Stanislav Galić* Judgment, IT-98-29-A, 30 November 2006; *Prosecutor v. Dragomir Milošević* Judgment, IT-98-29/1-T, 12 December 2007; *Prosecutor v. Dragomir Milošević* Judgment, IT-98-29/1-A, 12 November 2009.

bezpośrednim ostrzałem ludności z dowolnej broni palnej małego kalibru (*sniping*)⁶⁷.

Trybunał wielokrotnie używał pojęcia *Municipalities*, traktując je jak termin zdefiniowany, odnoszący się do miast i regionów, w których – zgodnie z aktem oskarżenia sformułowanym w danej sprawie – miały zostać popełnione zbrodnie⁶⁸. Należy mieć jednak świadomość, że skądinąd uzasadniona i racjonalna praktyka stosowania terminów zdefiniowanych i odesłań wewnętrznych może mieć negatywny wpływ na społeczny odbiór orzecznictwa MTKJ, ponieważ zewnętrzny odbiorca nie zawsze wie, jakie zdarze-

bójstwa tak, jakby został uniewinniony od zbrodni w Višegradzie – którymi były bezpośrednio poszkodowane – podczas gdy zdarzeń w tym mieście nie uwzględniono w ogóle w podstawie faktycznej aktu oskarżenia w jego sprawie⁷⁰.

6. Ustalenia dotyczące podstawy przypisania

W wyroku w sprawie Ratko Mladića ustalenia dotyczące zarzutów objętych aktem oskarżenia zostały wyraźnie wyodrębnione w osobnym rozdziale, zawierającym analizę poszczególnych elementów zbrodni



Praktyka stosowania terminów zdefiniowanych i odesłań wewnętrznych może mieć negatywny wpływ na społeczny odbiór orzecznictwa MTKJ, gdyż zewnętrzny odbiorca nie zawsze wie, jakie zdarzenia objęto aktem oskarżenia w danej sprawie.

nia objęto aktem oskarżenia w danej sprawie. Takie przypuszczenie wydają się potwierdzać przywołane wcześniej wypowiedzi Melihy Mrdžić i Ameli Meduseljac⁶⁹, które wskazywały, że traktują uniewinnienie serbskiego generała od pierwszego z zarzutów ludo-

objętych aktem oskarżenia. Rozważania te mają o tyle doniosłe znaczenie, że w postępowaniu przed MTKJ, jak też przed siostrzanym Trybunałem dla Rwandy⁷¹ (dalej: MTKR lub Trybunał dla Rwandy) skazanie (*conviction*) dotyczy konkretnych zbrodni objętych zarzutami aktu oskarżenia i nie rozciąga się na podstawę przypisania odpowiedzialności dekodowaną z art. 7 statutu MTKJ⁷². Innymi słowy, o rozstrzygnięciu o winie decyduje zachowanie oskarżonego oraz nastawienie psychiczne (*actus reus* i *mens rea*), natomiast forma udziału w popełnieniu zbrodni (tj.

67 Jeśli chodzi o przyjętą w niniejszym artykule definicję pojęcia *sniping*, to jest ona zgodna z orzecznictwem MTKJ, zob. *Prosecutor v. Stanislav Galić* Judgement and Opinion, IT-98-29-T, 5 December 2003, par. 182–184; *Prosecutor v. Stanislav Galić* Judgement, IT-98-29-A, 30 November 2006, par. 196–200.

68 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017; *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Judgement, IT-95-5/18-T, 24 March 2016; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-T, 27 September 2006; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-A, 17 March 2009; *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-T, 27 March 2013; *Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-A, 30 June 2016.

69 Zob. J. Masters, *Ratko Mladić*...

70 Por. *Prosecutor v. Ratko Mladić* Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011, par. 37–39 oraz zestawienia A–B (Schedules A–B).

71 Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (ang. *International Criminal Tribunal for Rwanda*, ICTR).

72 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 4, par. 5165 oraz cytowane tam orzecznictwo.

podstawa odpowiedzialności z art. 7 statutu MTKJ) wpływa na zwiększenie lub obniżenie zawartości bezprawia już przypisanej danej zbrodni⁷³.

Powyższe twierdzenie nie oznacza oczywiście, że kwestia formy uczestnictwa w popełnieniu zbrodni nie podlega szczegółowym ustaleniom. Przeciwnie – podstawa odpowiedzialności musi zostać udowodniona ponad uzasadnioną wątpliwość⁷⁴. Ustaleniami w tym zakresie rządzą jednak pewne dodatkowe zasady. Zacząć należy od tego, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą MTKJ osobie skazanej za jedną zbrodnię może zostać przypisana odpowiedzialność na kilku niezależnych podstawach z art. 7 ust. 1 statutu MTKJ⁷⁵. Oznacza to, że w teorii nie ma przeszkód, by uznać jedną osobę za winną popełnienia tej samej zbrodni w ramach uczestnictwa w związku przestępnym i jednocześnie jako podżegacza lub pomocnika do tej zbrodni, przy czym multiplikacja podstaw przypisania musi służyć oddaniu pełnej charakterystyki zachowania oskarżonego oraz kryminalnej zawartości tego zachowania.

W wyroku MTKR w sprawie *Prosecutor v. Emmanuel Ndinabahizi* na poziomie przypisania odpowiedzialności podżeganie połączono z pomocnictwem do zbrodni eksterminacji. W postępowaniu apelacyjnym Izba Odwoławcza MTKR uznała taką kumulację podstaw przypisania za uzasadnioną z uwagi na złożoność zachowania oskarżonego, które łączyło w sobie elementy obu form uczestnictwa w zbrodni, z których żadna nie miała charakteru dominującego⁷⁶. Jednocześnie, jak wynika z wyroku Izby Odwoławczej MTKJ w sprawie *Vlastimira Dordevicia*⁷⁷, w przypadku gdy uczestnictwo w związku przestępnym odzwierciedla

całokształt zachowania oskarżonego, niezastosowanie zasady konsumpcji do podstaw przypisania odpowiedzialności stanowić może zarzut apelacyjny.

Jeśli chodzi o wzajemną relację podstaw przypisania dekodowanych z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 statutu MTKJ, wskazać należy, że zasadniczo nie jest dopuszczalne przyjęcie obu tych podstaw jednocześnie w odniesieniu do tych samych zarzutów opartych na tym samym stanie faktycznym. Jeśli w danej sprawie spełnione zostaną przesłanki obu form odpowiedzialności z art. 7 statutu, to Izba Orzekająca Trybunału powinna przypisać odpowiedzialność na podstawie art. 7 ust. 1, zaś odpowiedzialność przełożonego potraktować jako okoliczność obciążającą przy wymiarze kary (*aggravating circumstance*)⁷⁸.

Wskazać należy, że orzeczenie dotyczące Ratko Mladicia jest zgodne z naszkicowanymi powyżej zasadami przypisania odpowiedzialności. W odniesieniu do ujętych alternatywnie w akcie oskarżenia form uczestnictwa w zbrodni z art. 7 ust. 1 statutu MTKJ Izba Orzekająca ustaliła ponad uzasadnioną wątpliwość, że Ratko Mladić popełnił zbrodnie objęte zarzutami 2–11, biorąc udział w związkach przestępnych. W ocenie Trybunału ta forma odpowiedzialności odzwierciedla całokształt kryminalnej zawartości zachowania Ratko Mladicia, dlatego też na zasadzie konsumpcji odstąpiono od kumulatywnego przypisania pozostałych form z art. 7 ust. 1 (tj. planowania, podżegania, wydania rozkazu dokonania zbrodni oraz pomocnictwa)⁷⁹. Z kolei zaniechania Ratko Mladicia jako dowódcy wojskowego uzasadniające jego odpowiedzialność w świetle art. 7 ust. 3 rozpatrywano w kategorii okoliczności obciążającej⁸⁰.

Gdyby pokusić się o ocenę, czy takie rozstrzygnięcie kwestii podstaw odpowiedzialności było przewidywalne, to przynajmniej w odniesieniu do zastosowania zasady konsumpcji odpowiedź musiałaby być pozytywna. Jako zasadę można bowiem przyjąć, że konstrukcja związku przestępnego zawiera w sobie

73 Por. *Prosecutor v. Emmanuel Ndinabahizi* Judgment, ICTR-01-71-A, 16 January 2007, par. 122.

74 *Prosecutor v. Emmanuel Ndinabahizi* Judgment, ICTR-01-71-A, 16 January 2007, par. 122; *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 4, par. 5165–5167.

75 *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević* Judgment, IT-05-81/1-A, 27 January 2014, par. 831 oraz cytowane tam orzecznictwo MTKR.

76 *Prosecutor v. Emmanuel Ndinabahizi* Judgment, ICTR-01-71-A, 16 January 2007, par. 123.

77 *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević* Judgment, IT-05-81/1-A, 27 January 2014, par. 832–833.

78 *Prosecutor v. Tihomir Blaškić* Judgment, IT-95-14-A, 29 July 2004, par. 91; *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević* Judgment, IT-05-81/1-A, 27 January 2014, par. 939.

79 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 4, par. 5135.

80 Tamże, vol. 4, par. 5184–5193.

elementy wszystkich pozostałych form uczestnictwa w zbrodni dekodowanych z art. 7 ust. 1 statutu MTKJ. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału MTKJ pod terminem „wkład w realizację celu przestępnego” (*contribution to the common plan/common criminal objective*) rozumiane mogą być również zachowania spełniające przesłanki podżegania lub pomocnictwa⁸¹. Jeśli dołożyć do tego twierdzenie przyjęte w samym orzeczeniu w sprawie Ratko Mladicia, że związek przestępny jest postacią popełnienia zbrodni (*commission*)⁸², to nasuwa się oczywisty wniosek, że jako forma sprawcza, choć niewymagająca własnoręcznego dokonania zbrodni, konstrukcja związku przestępnego powinna konsumować inne formy z art. 7 ust. 1 statutu MTKJ. Równocześnie – ze względów wskazanych powyżej – wyłącza ona przypisanie na podstawie art. 7 ust. 3 statutu MTKJ.

7. Podobieństwo rozstrzygnięcia

Ostatnią kwestią, na którą chciałabym zwrócić uwagę w tej perspektywie, jest podobieństwo samego rozstrzygnięcia o winie – oczywiście z zastrzeżeniem, że orzeczenie w sprawie Mladicia nie jest prawomocne, a więc ustalenia Izby Orzekającej MTKJ mogą zostać całkowicie zrewidowane. Podkreślić należy, że nie jest to tylko teoretyczna możliwość, by wspomnieć choćby orzeczenie Izby Odwoławczej MTKJ w sprawie Momčilo Krajišnika, którym uchylono wyrok I instancji w całości w zakresie skazania za zbrodnie przeciwko ludzkości – zabójstwa i eksterminacji (zarzuty 4–5) oraz częściowo w odniesieniu do skazania za prześladowania, deportację i nieludzkie traktowanie poprzez przymusowe przesiedlenia, kwalifikowane jako zbrodnie przeciwko ludzkości (zarzuty 3, 7–8)⁸³. Izba Odwoławcza MTKJ zmieniła również wyrok Izby Orzekającej MTKJ poprzez uniewinnienie Vidoje Blagojevicia od zarzutu współudziału w zbrodni lu-

dobójstwa (*complicity in genocide*)⁸⁴, zaś w odniesieniu do Radislava Krsticia przyjęła odmienne podstawy przypisania odpowiedzialności, na przykład zamiast popełnienia ludobójstwa w ramach udziału w związku przestępnym – pomocnictwo do ludobójstwa⁸⁵.

Izba Orzekająca MTKJ uznała Ratko Mladicia za winnego na podstawie art. 7 ust. 1 statutu MTKJ popełnienia zbrodni określonych w zarzutach 2–8 oraz uniewinniła go od pierwszego z zarzutów ludobójstwa⁸⁶. W wyroku z 22 listopada 2017 roku Izba Orzekająca MTKJ – podobnie jak w wydanym wcześniej wyroku w sprawie Radovana Karadžicia⁸⁷ – przyjęła, że nie udowodniono ponad uzasadnioną wątpliwość (*beyond reasonable doubt*), iż bezpośredni wykonawcy czynów objętych pierwszym zarzutem ludobójstwa działali w celu wyniszczenia grup bośniackich muzułmanów i bośniackich Chorwatów⁸⁸. Innymi słowy MTKJ przyjął, że w odniesieniu do zbrodni popełnionych w *Municipalities* nie udało się wykazać specjalnego zamiaru, który konstituuje zbrodnię ludobójstwa⁸⁹ po stronie osób, które fizycznie popełniały te zbrodnie. Nie oznacza to jednak, że czyny te pozostały bezkarne – zakwalifikowano je jako zbrodnie przeciwko ludzkości oraz naruszenie praw i zwyczajów wojny. Jednocześnie tak jak Radovanowi Karadžiciowi⁹⁰ –

81 *Prosecutor v. Milorad Krnojelac* Decision on Form of Second Amended Indictment, IT-97-25, 11 May 2000, par. 15; *Prosecutor v. Mitar Vasiljević* Judgement, IT-98-32-A, 25 February 2004, par. 100; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-A, 17 March 2009, par. 695.

82 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 1, par. 10.

83 *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Judgement, IT-00-39-A, 17 March 2009, par. 820.

84 *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić* Judgement, IT-02-60-A, 9 May 2007, par. 119–124.

85 *Prosecutor v. Radislav Krstić* Judgement, IT-98-33-A, 19 April 2004, par. 87–88.

86 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 4, par. 5214–5216.

87 *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Judgement, IT-95-5/18-T, 24 March 2016, par. 6071. Zaznaczyć jednak należy, że również i ten wyrok nie jest prawomocny.

88 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 3, par. 3536.

89 Na temat zamiaru popełnienia ludobójstwa zob. m.in. D.L. Nersessian, *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, „Texas International Law Journal” 2002, vol. 37, nr 2, s. 231–276; L. May, *Genocide*, Cambridge 2010, s. 115–137; M.A. Hoare, *Genocide in the Former Yugoslavia: A Critique of Left Revisionism's denial*, „Journal of Genocide Research” 2003, vol. 5, nr 4, s. 543–563.

90 *Prosecutor v. Radovan Karadžić* Judgement, IT-95-5/18-T, 24 March 2016, par. 6071.

Ratko Mladiciowi została przypisana odpowiedzialność karna za ludobójstwo w Srebrenicy dokonane w ramach związku przestępczego⁹¹.

8. Podsumowanie

Na zakończenie warto postawić pytanie, jak patrzy na model odpowiedzialności przyjmowany przez MTKJ osoba z zewnątrz – która o prawie (a zwłaszcza o prawie międzynarodowym) wie niewiele, informacje zaś o sprawie Mladicia czerpie przede wszystkim z mediów, a do samego wyroku zapewne nigdy nie

treść rozstrzygnięcia, które w daleko idącym uproszczeniu można by opisać następująco: MTKJ skazał Ratko Mladicia na karę dożywotniego pozbawienia wolności za ludobójstwo popełnione w Srebrenicy oraz inne zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne popełnione w byłej Jugosławii. Jednocześnie Trybunał uniewinnił go od popełnienia pierwszego z zarzutów ludobójstwa⁹². Taki opis nie oddaje jednak wieloaspektowości orzeczenia w sprawie Ratko Mladicia. Nie odzwierciedla też omówionej powyżej triady: stan faktyczny – zarzuty – podstawa przypi-

Model odpowiedzialności karnej przyjęty przez MTKJ, oparty na konstrukcji związku przestępczego, jest nazbyt rozbudowany i nieklarowny, przez co prowadzi do rozstrzygnięć nieakceptowanych zarówno przez ofiary, jak i oskarżonych.

sięgnię. Tak naszkicowana perspektywa pozwala odebrać się od ról procesowych (oskarżonego, obrońcy, poszkodowanego, oskarżyciela), które w szczególnie sposób rzutują na odbiór orzeczenia. Jest oczywiste, że ofiary i ich rodziny oczekiwać będą skazania za wszystkie zarzucane zbrodnie, surowej kary oraz publicznego napiętnowania wyrządzonego zła, podczas gdy oskarżeni i ich obrońcy w ewentualnym wyroku skazującym poszukiwać będą możliwości jego uchylenia lub złagodzenia, błędnych ustaleń, uchybień proceduralnych, mało przekonujących argumentów, wadliwego uzasadnienia, niewspółmierności kary itp.

Odmienny wydaje się sposób postrzegania orzeczeń Trybunału przez osoby trzecie. Nie jest on wprawdzie wolny od pewnych wstępnych założeń, uprzedzeń czy emocji, jednak bez wątpienia jest to spojrzenie bardziej zerojedynkowe. Obserwator zewnętrzny w stosunku do uczestników procesu patrzy przede wszystkim na

sania odpowiedzialności z art. 7 statutu MTKJ, która w mojej ocenie ma kluczowe znaczenie dla zrozumienia orzeczeń Trybunału jugosłowiańskiego.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że dla większości zewnętrznych odbiorców (i przynajmniej dla części oskar-

91 *Prosecutor v. Ratko Mladić* Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017, vol. 3, par. 3554.

92 Dla porównania spojrzeć można na medialne informacje, które pojawiły się po ogłoszeniu omawianego wyroku. Por. chociażby: „Rzecznik Bałkanów” winny ludobójstwa w Bośni. Przed wyrokiem usunięto go z sali sądowej, „Gazeta.pl” z 22 listopada 2017 r., <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,22679778,rzecznik-balkanow-winnny-ludobojstwa-w-bosni-reszte-zycia-spedzi.html> (dostęp 29.12.2017); „Jedne z najbardziej ohydnych zbrodni znanych ludzkości”. Mladić skazany za ludobójstwo, portal TVN24, 22 listopada 2017 r., <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/ratko-mladic-skazany-na-dozywocie,792278.html> (dostęp 29.12.2017); *Ratko Mladić winny ludobójstwa*. „Rzecznik Bałkanów” skazany na dożywocie, „Do Rzeczy” z 22 listopada 2017 r., <https://dorzeczy.pl/swiat/48039/Ratko-Mladic-winnny-ludobojstwa-Rzecznik-Balkanow-skazany-na-dozywocie.html> (dostęp 29.12.2017); J. Masters, *Ratko Mladić...*

zonych oraz znacznej większości ofiar) model odpowiedzialności karnej przyjęty w orzecznictwie MTKJ, a oparty w przeważającej mierze na konstrukcji związku przestępnego, jest nazbyt rozbudowany i nieklarowny, a ponadto nierzadko prowadzi do nieakceptowanych społecznie rozstrzygnięć, przy czym ów brak społecznej akceptacji występuje zarówno po stronie ofiar i ich rodzin, jak i oskarżonych. Sposób formułowania zarzutów przyjmowany w aktach oskarżenia i atrybowany przez Trybunał jugosłowiański także nie wpływa korzystnie na przejrzystość oraz sugestywność orzeczeń, które odzwierciedlać mają złożoność przyjętej przez prokuratora kwalifikacji prawnej. Wszystko to przyczynia się do tego, że rozstrzygnięcia MTKJ są dla części odbiorców niezrozumiałe, co powinno skłaniać do pewnej refleksji nad ich strukturą oraz całokształtem postępowania przed Trybunałem jugosłowiańskim.

Bibliografia

- Clark J.N., *Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation*, „The European Journal of International Law” 2009, vol. 20, nr 2, s. 415–436.
- Henham R., Drumbl M., *Plea Bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „Criminal Law Forum” 2005, vol. 16, nr 1, s. 49–87.
- Hoare M.A., *Genocide in the Former Yugoslavia: A Critique of Left Revisionism's Denial*, „Journal of Genocide Research” 2003, vol. 5, nr 4, s. 543–563.
- „Jedne z najbardziej ohydnych zbrodni znanych ludzkości”. Mladić skazany za ludobójstwo, portal TVN24, 22 listopada 2017 r., <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiate,2/ratko-mladic-skazany-na-dozywocie,792278.html> (dostęp 18.12.2017).
- Masters J., *Ratko Mladić guilty of genocide, sentenced to life in prison*, 22 November 2017, <http://edition.cnn.com/2017/11/22/europe/ratko-mladic-verdict/index.html> (dostęp 23.12.2017).
- May L., *Genocide*, Cambridge 2010.
- Nersessian D.L., *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, „Texas International Law Journal” 2002, vol. 37, nr 2, s. 231–276.
- Nieprzecka A., *Porozumienia procesowe w praktyce trybunałów ad hoc – uwagi krytyczne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 2, w druku.
- Ratko Mladić convicted of war crimes and genocide at UN tribunal, „The Guardian”, <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/22/ratko-mladic-convicted-of-genocide-and-war-crimes-at-un-tribunal> (dostęp 18.12.2017).
- Ratko Mladić winny ludobójstwa. „Rzeźnik Bałkanów” skazany na dożywocie, „Do Rzeczy” z 22 listopada 2017 r., <https://dorzeczy.pl/swiat/48039/Ratko-Mladic-winny-ludobojstwa-Rzeznik-Balkanow-skazany-na-dozywocie.html> (dostęp 18.12.2017).
- „Rzeźnik Bałkanów” winny ludobójstwa w Bośni. Przed wyrokiem usunięto go z sali sądowej, „Gazeta.pl” z 22 listopada 2017 r., <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,22679778,rzeznik-balkanow-winnny-ludobojstwa-w-bosni-reszta-zycia-spedzi.html> (dostęp 18.12.2017).
- Scharf M.P., *Trading Justice for Efficiency. Plea-Bargaining and International Tribunals*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, vol. 2, nr 4, s. 1070–1081.
- Szpak A., *Zbrodnie w Srebrenicy i Sarajewie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym ds. Zbrodni w b. Jugosławii. Casus Ratko Mladicia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, z. 4, s. 79–91.
- Tieger A., Shin M., *Plea Agreements in the ICTY. Purpose, Effects and Propriety*, „Journal of International Criminal Justice” 2005, vol. 3, s. 666–679.
- Waters T., *The Milošević Trial: An Autopsy*, Oxford 2014.

Orzecznictwo

- Prosecutor v. Biljana Plavšić* Factual Basis for Plea of Guilt, IT-00-39&40-PT, 30 September 2002.
- Prosecutor v. Biljana Plavšić* Plea Agreement, IT-00-39&40-PT, 30 September 2002.
- Prosecutor v. Biljana Plavšić* Sentencing Judgement, IT-00-39&40/1-S, 27 February 2003.
- Prosecutor v. Dragan Obrenović* Sentencing Judgement, IT-02-60/2-S, 10 December 2003.
- Prosecutor v. Dragomir Milošević* Judgement, IT-98-29/1-T, 12 December 2007.
- Prosecutor v. Dragomir Milošević* Judgement, IT-98-29/1-A, 12 November 2009.
- Prosecutor v. Duško Tadić* Judgement, IT-94-1-A, 15 July 1999.
- Prosecutor v. Emmanuel Nindabahizi* Judgement, ICTR-01-71-A, 16 January 2007.
- Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić* Judgement, IT-04-74-A, 29 November 2017.
- Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović* Judgement, IT-03-69-T, 30 May 2013.
- Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović* Judgement, IT-03-69-A, 9 December 2015.
- Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin* Judgement, IT-08-91-T, 27 March 2013.

Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin Judgement, IT-08-91-A, 30 June 2016.

Prosecutor v. Milorad Krnojelac Decision on Form of Second Amended Indictment, IT-97-25, 11 May 2000.

Prosecutor v. Mitar Vasiljević Judgement, IT-98-32-A, 25 February 2004.

Prosecutor v. Momčilo Krajišnik and Biljana Plavšić Amended Consolidated Indictment, IT-00-39 & 40-PT, 7 May 2002

Prosecutor v. Momčilo Krajišnik Judgement, IT-00-39-T, 27 September 2006.

Prosecutor v. Momčilo Krajišnik Judgement, IT-00-39-A, 17 March 2009.

Prosecutor v. Momir Nikolić Sentencing Judgement, IT-02-60/1-T, 2 December 2003.

Prosecutor v. Momir Nikolić Judgement on Sentencing Appeal, IT-02-60/1-A, 8 March 2006.

Prosecutor v. Radislav Krstić Judgement, IT-98-33-T, 2 August 2001.

Prosecutor v. Radislav Krstić Judgement, IT-98-33-A, 19 April 2004.

Prosecutor v. Radovan Karadžić Prosecution's Marked-Up Indictment, IT-95-5/18-PT, 19 October 2009.

Prosecutor v. Radovan Karadžić Judgement, IT-95-5/18-T, 24 March 2016.

Prosecutor v. Ratko Mladić Initial Indictment, IT-95-5-I, 24 July 1995.

Prosecutor v. Ratko Mladić Initial Indictment, IT-95-18-I, 14 November 1995.

Prosecutor v. Ratko Mladić Amended Indictment, IT-95-5/18-I, 10 October 2002.

Prosecutor v. Ratko Mladić Prosecution's Second Amended Indictment, IT-09-92-I, 1 June 2011.

Prosecutor v. Ratko Mladić Third Amended Indictment, IT-09-92-PT, 20 October 2011.

Prosecutor v. Ratko Mladić Prosecution Submission of the Fourth Amended Indictment and Schedules of Incidents, IT-09-92-PT, 16 December 2011.

Prosecutor v. Ratko Mladić Judgment, IT-09-92-T, 22 November 2017.

Prosecutor v. Slobodan Milošević Amended Indictment, IT-02-54-T, 22 November 2002.

Prosecutor v. Slobodan Milošević Order Terminating the Proceedings, IT-02-54-T, 14 March 2006.

Prosecutor v. Stanislav Galić Judgement and Opinion, IT-98-29-T, 5 December 2003.

Prosecutor v. Stanislav Galić Judgement, IT-98-29-A, 30 November 2006.

Prosecutor v. Tihomir Blaškić Judgement, IT-95-14-A, 29 July 2004.

Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić Judgement, IT-02-60-T, 17 January 2005.

Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić Judgement, IT-02-60-A, 9 May 2007.

Prosecutor v. Vlastimir Đorđević Judgement, IT-05-81/1-A, 27 January 2014.

Prosecutor v. Vojislav Šešelj Judgement, IT-03-67-T, 31 March 2016.

Prosecutor v. Vujadin Popović et al. Judgement, IT-05-88-T, 10 June 2010.

Prosecutor v. Vujadin Popović et al. Judgement, IT-05-88-A, 30 January 2015.

Prosecutor v. Zdravko Tolimir Judgement, IT-05-88/2-T, 12 December 2012.

Prosecutor v. Zdravko Tolimir Judgement, IT-05-88/2-A, 8 April 2015.

Wyrok MTKJ w sprawie Ratko Mladicia, *Trial Chamber's judgement in the case Prosecutor v. Ratko Mladić*, 22 November 2017, transkrypcja, <http://www.icty.org/x/cases/mladic/trans/en/171122IT.htm> (dostęp 25.12.2017).

Anti-suit injunctions w świetle polskiego oraz europejskiego prawa procesowego



Dominika Szafran

Doktorantka w Instytucie Prawa Cywilnego (Zakład Postępowania Cywilnego) na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, aplikantka radcowska w Okręgowej Izbie Radców Prawnych we Wrocławiu. Jej zainteresowania naukowe koncentrują się wokół arbitrażu, mediacji i innych form polubownego rozstrzygania sporów cywilnych.

✉ dominika.szafran@uwr.edu.pl

Anti-suit Injunctions in the Light of Polish and European Procedural Law

The article describes the institution originating in common law states – anti suit injunctions. First, the author analyses the possibility of using this institution in European countries, including Poland. Then, the most important judgements of the European Court of Justice were described. In two of them ECJ stated that anti-suit injunctions are contrary to European Union law, especially with the mutual trust rule. The third judgement is more controversial, because ECJ allowed using anti-suit injunctions by arbitration courts. In conclusion, the author analyses the views of the Polish legal doctrine on anti-suit injunctions and the possibility of using them in Polish courts.

1. Pojęcie oraz geneza anti-suit injunctions

Instytucja *anti-suit injunctions* wywodzi się z systemu *common law*. Jest ona jedną z najbardziej kontrowersyjnych instytucji prawa procesowego, gdyż jej zastosowanie oddziałuje pośrednio na jurysdykcję innych sądów. Analiza tego instrumentu prawnego wydaje się zasadna z uwagi na fakt, że wielokrotnie stała się przedmiotem zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał lub TSUE), a także polskiej doktryny. Ponadto w ostatnim czasie mieliśmy do czynienia z zastosowaniem podobnego mechanizmu również przez sąd polski – w ramach postępowania zabezpieczającego.

Anti-suit injunction jest nakazem zakończenia lub zakazem wszczęcia postępowania wydawanym przez sąd. Może polegać także na nakazaniu stronie cofnięcia wniesionego wcześniej powództwa. Celem wydawania *anti-suit injunctions* jest zapobiegnięcie sytuacji, kiedy pomiędzy dwiema tymi samymi stronami toczą się równoległe postępowania przed dwoma sądami oraz zapobieżenie lub wstrzymanie postępowania przed sądem, który nie jest właściwy w sprawie¹. Orzekanie zakazów jest elementem dyskrecjonalnej

1 M.L. Moses, *The principle and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge 2012, s. 95.

władzy sędziego. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że adresatem orzeczenia zawierającego zakaz procesowy jest wskazany w nim uczestnik postępowania. Przede wszystkim takie orzeczenie nie jest skierowane do innego sądu i nie wiąże go². Najczęściej sąd stosuje ten instrument w sytuacji, gdy interes stron wynikający z zawartej umowy jurysdykcyjnej lub arbitrażowej został zagrożony. Ponadto można skorzystać z zakazów procesowych w przypadku, gdy w innym państwie toczy się niewłaściwe lub uporczywe dla jednej ze stron postępowanie. Pomimo że

W sytuacji, gdy sąd dojdzie do przekonania, że w rozpoznawanej przed nim sprawie zostało wszczęte postępowanie przed sądem państwa obcego, może wydać orzeczenie, w którym nakazuje stronie zakończenie sporu w innym państwie lub zakazuje jej wszczęcia tam postępowania⁴.

W kontekście sądownictwa arbitrażowego taka instytucja ma szczególne znaczenie, gdyż pozwala jednej ze stron zapisu na sąd polubowny uniemożliwić drugiej wszczęcie postępowania przed sądem państwowym. Ma ona za zadanie dać jednej ze stron

W kontekście sądownictwa arbitrażowego instytucja *anti-suit injunctions* ma szczególne znaczenie, gdyż pozwala jednej ze stron zapisu na sąd polubowny uniemożliwić drugiej wszczęcie postępowania przed sądem państwowym.

sam termin wszedł do powszechnego użycia dopiero w XX w., geneza tej instytucji sięga wieku XV i wywodzi się z zakazów prowadzenia postępowania sądowego wydawanych przez kanclerza w przypadku, gdy istniało ryzyko, że spór prowadzony będzie w złej wierze³. Podstawą prawną do wydawania zakazów procesowych w Wielkiej Brytanii jest obecnie *Supreme Court Act* (1981). Z kolei przy orzekaniu zakazu w związku z zawarciem przez strony umowy o arbitraż podstawą jest *Arbitration Act* (1996).

Anti-suit injunction może zapobiegać zjawisku tzw. *forum shopping*, które występuje przede wszystkim w państwach, gdzie brak jest pojęcia zawisłości sporu w rozumieniu polskich przepisów prawa procesowego.

realną możliwość skorzystania z zawartego zapisu na sąd polubowny i zminimalizować ryzyko wytoczenia powództwa przed niewłaściwym sądem. Strona, która obawia się, że pomimo istnienia umowy o arbitraż mogłoby dojść do postępowania przed sądem powszechnym, ma możliwość zwrócenia się do sądu o wydanie odpowiedniego zakazu, który ma na celu zapewnienie wykonania obowiązku stron wynikającego z umowy o arbitraż w postaci niewszczęcia postępowania przed sądem państwowym, którego przedmiotem byłby stosunek prawny objęty zapisem na sąd polubowny.

W literaturze wskazuje się na wiele wad *anti-suit injunctions*. Przede wszystkim wątpliwości budzi fakt, że zakazy procesowe oddziałują pośrednio na jurysdykcję innych sądów. Ponadto stosowanie *anti-suit injunctions* stoi w sprzeczności z zasadą wzajemnego

2 J. Balcarczyk, *Anti-suit injunctions a prawo europejskie: Wielka Brytania a reszta Europy na tle rozporządzenia 44/2001*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. 10, s. 36.

3 B.A. Garner, *Garner's Dictionary of Legal Usage*, Oxford 2011, s. 65.

4 *Kodeks postępowania cywilnego*, red. A. Marciniak, seria „Duże Komentarze Becka”, t. 4, *Komentarz do art. 1096–1217*, Warszawa 2016, s. 25.

zaufania, która jest fundamentem współpracy sądowej w sprawach cywilnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Zasada ta została wyrażona wprost w pkt 26 preambuły do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych⁵, gdzie wskazano, że: „Wzajemne zaufanie do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w Unii usprawiedliwia zasadę, zgodnie z którą orzeczenia wydane w państwie członkowskim powinny być uznawane we wszystkich państwach członkowskich bez potrzeby przeprowa-

dosowania sposobu faworyzowania stron w tych jurysdykcjach, które taką możliwość przewidują, w kontraście do systemów, w których opcji takiej nie ma”⁷.

2. Anti-suit injunctions w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Zagadnienie związane z dopuszczalnością stosowania *anti-suit injunctions* było wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału. Przede wszystkim poddawano analizie zgodność omawianej instytucji z regulacjami europejskiego prawa cywilnego procesowego. Najbardziej znaczące z punktu widzenia



Zagadnienie związane z dopuszczalnością stosowania *anti-suit injunctions* było wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a w jednym z orzeczeń analizowano zastosowanie *anti-suit injunctions* w związku z postępowaniem przed sądem polubownym.

dzania specjalnego postępowania (...).” Co prawda, wyżej przytoczony fragment odnosi się do kwestii uznawania i wykonywania orzeczeń, jednak bez wątpienia zasada wzajemnego zaufania znajduje zastosowanie także do innych aspektów współpracy sądowej pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Kolejnym istotnym argumentem przeciwników *anti-suit injunctions* jest potencjalna sprzeczność tej instytucji z wyrażonym w art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁶ prawem do rzetelnego procesu. Wskazuje się, że „szansa uzyskania *anti-suit injunctions* może być widziana jako

praktyki są opisane poniżej trzy orzeczenia TSUE.

Jednym z pierwszych orzeczeń, w którym Trybunał analizował instytucję *anti-suit injunctions*, był wyrok w sprawie *Gregory Paul Turner przeciwko Felix Fareed Ismail Grovit* z dnia 27 kwietnia 2004 r.⁸ W orzeczeniu tym TSUE odpowiedział na pytanie prejudycjalne Izby Lordów (ang. *House of Lords*). Pytanie zostało zadane w związku z następującym stanem faktycznym: pracownik jednej z brytyjskich spółek, po rozwiązaniu z nim wskutek wypowiedzenia stosunku pracy, domagał się przed sądem angielskim odszkodowania. Sąd zasądził odszkodowanie na rzecz powoda, pomimo że w trakcie rozstrzygania sporu pojawiły się wątpliwości dotyczące jurysdykcji zgłoszone w formie zarzutu

5 Dz.Urz. UE L 351/1 z 20.12.2012.

6 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5, i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).

7 J. Balcarczyk, *Anti-suit injunctions*..., s. 40.

8 Wyrok TSUE z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie C-159/02, *Gregory Paul Turner przeciwko Felix Fareed Ismail Grovit*.

przez stronę pozwaną. Następnie to pracodawca pozwał byłego pracownika o zapłatę odszkodowania za niewykonanie obowiązków – przed sąd w Madrycie. W tym czasie były pracownik złożył wniosek do sądu brytyjskiego o wydanie *anti-suit injunction* zobowiązującego pracodawcę do zaniechania prowadzenia postępowania zawisłego przed hiszpańskim sądem. Wniosek został uwzględniony, a wątpliwości co do zgodności decyzji sądu z regulacjami prawa europejskiego pojawiły się przy rozpoznawaniu zażalenia pozwanego. Trybunał, odpowiadając na pytanie *House of Lords*, uznał, że analizowana instytucja stoi w sprzeczności z podstawową zasadą prawa europejskiego odnoszącą się do współpracy państw członkowskich w zakresie wymiaru sprawiedliwości – zasadą wzajemnego zaufania. Zasada ta była wielokrotnie powoływana przez TSUE na kanwie wielu rozpoznawanych przezeń spraw. Oznacza ona, że sądy każdego państwa członkowskiego dysponują takimi samymi kwalifikacjami w zakresie wykładni i stosowania postanowień europejskiego prawa procesowego cywilnego, co powoduje, że zagadnienie jurysdykcji krajowej nie musi być poddawane ponownemu badaniu przez sąd państwa wykonania orzeczenia⁹. W świetle powyższego Trybunał stwierdził, że należy uznać, iż instytucji *anti-suit injunctions* nie można pogodzić z ówczesnie obowiązującym prawem europejskim. Stanowisko to było poddawane krytyce przez przedstawicieli brytyjskiej nauki prawa procesowego. Przedstawiciele doktryny stali bowiem na stanowisku, że analizowana instytucja zapobiega ryzyku prowadzenia w jednej sprawie dwóch równoległych postępowań i w konsekwencji wydania dwóch sprzecznych orzeczeń, co w istocie wzmacnia mechanizm wprowadzony przez obowiązującą ówczesnie Konwencję brukselską z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych¹⁰.

Kolejnym orzeczeniem, w którym TSUE odnosił się bezpośrednio do omawianej instytucji, był wyrok z dnia 12 lutego 2009 r. w sprawie C-185/07, *Allianz*

*SpA i Generali Assicurazioni Generali SpA przeciwko West Tankers Inc.*¹¹ Różnił się on od wcześniej omawianego tym, że dotyczył postępowania przed sądem polubownym. *West Tankers Inc.* oraz *Allianz SpA* łączyła umowa czarteru, w której umieszczono zapis na sąd polubowny. Statek należący do *West Tankers Inc.* wyrządził szkody wskutek uderzenia w przystań. Ubezpieczyciel pokrył część szkody, która mieściła się w sumie ubezpieczenia. O zapłatę pozostałej części zwrócił się do *West Tankers Inc.* Postępowanie zostało wszczęte przed sądem arbitrażowym w Londynie. Z kolei postępowanie dotyczące roszczenia regresowego zostało wszczęte w sądzie w Syrakuzach. Pozwany twierdził, że drugie postępowanie również powinno toczyć się przed sądem polubownym, gdyż klauzula arbitrażowa obejmuje wszelkie spory wynikające z umowy czarteru i wiąże również ubezpieczyciela. W związku z powyższym *West Tankers Inc.* wniósł o wydanie przez sąd angielski *anti-suit injunction* zakazującego prowadzenia postępowania przed sądem włoskim. Sąd uwzględnił wniosek, jednak przy rozpoznawaniu zażalenia powstały wątpliwości co do zastosowania orzeczenia w sprawie *Gregory Paul Turner przeciwko Felix Fareed Ismail Grovit* do postępowań arbitrażowych. W związku z tym zwrócono się z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. Trybunał jednoznacznie stwierdził, że w świetle prawa unijnego zakazy procesowe są niedopuszczalne, gdyż uniemożliwiają one sądom państw członkowskich wykonywanie jurysdykcji przyznanej im na mocy ówczesnie obowiązującego Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹² (tzw. Bruksela I). Ponadto Trybunał uznał, że każdy sąd ma prawo samodzielnie badać swoją jurysdykcję i może stwierdzić, czy jest właściwy do rozpoznania danej sprawy. Prawo unijne nie daje możliwości kontrolowania jurysdykcji jednego sądu państwa członkowskiego innemu sądowi państwa członkowskiego. Trybunał podkreślił także,

9 S. Żyrek, *Zasada wzajemnego zaufania w europejskim prawie procesowym cywilnym*, „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2016, nr 6 (28), s. 44.

10 J. Balcarczyk, *Anti-suit injunctions...*, s. 41.

11 Wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 12 lutego 2009 r. w sprawie C-185/07, *Allianz SpA i Generali Assicurazioni Generali SpA przeciwko West Tankers Inc.*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&num=C-185/07> (dostęp: 20.03.2018).

12 Dz.Urz. UE L 12 z 16.01.2001, s. 1, z późn. zm.

że zastosowanie *anti-suit injunction* może mieć negatywny wpływ na wzajemne zaufanie pomiędzy różnymi systemami prawnymi państw członkowskich Unii Europejskiej, co jest niedopuszczalne w świetle unijnego porządku prawnego. To, co było jednak najbardziej

nych orzeczeń arbitrażowych sporządzoną w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. (dalej: konwencja nowojorska)¹⁶, a dokładnie na sprzeczność z litewskim porządkiem publicznym orzeczenia wydanego przez Instytut Arbitrażowy Sztokholmskiej Izby Handlowej



W literaturze polskiej zdecydowanie przeważają głosy negatywnie odnoszące się do stosowania przez sądy *anti-suit injunctions*.

istotne w omawianym orzeczeniu, dotyczyło wniosku, że do postępowania przed sądem we Włoszech znajduje zastosowanie rozporządzenie Bruksela I, co odnosi się również do kwestii pobocznych, takich jak ważność klauzuli arbitrażowej. W literaturze wskazuje się, że stanowisko TSUE wyrażone w omawianym wyroku stanowiło „absolutny przełom w postrzeganiu wyjątku arbitrażowego”¹³. Orzeczenie to wzbudziło jednak liczne kontrowersje, zarówno w nauce, jak i wśród praktyków, którzy uznali, że takie podejście może zmniejszać skuteczność klauzul arbitrażowych, prowadzić do nadużyć w prowadzeniu postępowań sądowych, a nawet zwiększać ryzyko prowadzenia kilku postępowań przed różnymi sądami jednocześnie w tej samej sprawie¹⁴.

Innym orzeczeniem dotyczącym możliwości stosowania *anti-suit injunctions* jest wyrok TSUE z dnia 13 maja 2015 r. w sprawie C-536/13, *Gazprom* (przy udziale Republiki Litwy)¹⁵. Sprawa ta jest jednak inna, niż opisana powyżej, gdyż dotyczy kwestii uznania orzeczenia sądu polubownego stwierdzającego naruszenie zapisu na sąd polubowny oraz nakazującego wycofanie lub ograniczenie żądań w postępowaniu prowadzonym przez sąd powszechny. Sąd litewski odmówił uznania tego orzeczenia, powołując się na Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu zagranicz-

w Sztokholmie. Sprawa trafiła do Sądu Najwyższego w Wilnie, który zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Trybunał uznał, że sądownictwo polubowne pozostaje poza zakresem zastosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001. W związku z powyższym to od prawa krajowego danego państwa członkowskiego zależy, czy uzna orzeczenie sądu polubownego, w tym orzeczenie będące w istocie *anti-suit injunction*. Rozporządzenie Bruksela I nie odnosi się do kwestii uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych. Można zatem przyjąć, że jeśli prowadzenie postępowania przed sądem danego państwa członkowskiego naruszało zawarty pomiędzy stronami zapis na sąd polubowny, możliwe jest dopuszczenie zastosowania *anti-suit injunction*. Z powołanego wyroku wynika, że teoretycznie możliwe jest także uznanie zakazu prowadzenia postępowania wydanego przez sąd polubowny w państwie członkowskim Unii Europejskiej, o ile oczywiście sąd państwa członkowskiego takie orzeczenie uzna. Zdecydowanie bardziej prawdopodobne będzie jednak powołanie się przez państwo na klauzulę porządku publicznego na podstawie art. V ust. 2 pkt b) konwencji nowojorskiej.

3. *Anti-suit injunction z punktu widzenia polskiego systemu prawa*

W literaturze polskiej zdecydowanie przeważają głosy negatywnie odnoszące się do opisywanej instytucji. Maciej Tomaszewski określa stosowanie przez sądy

13 C. Mik, *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014, s. 252.

14 M.L. Moses, *The principle...*, s. 104.

15 Wyrok TSUE z dnia 13 maja 2015 r. w sprawie C-536/13, *Gazprom* (przy udziale Republiki Litwy).

16 Dz.U. z 1962 r., nr 9, poz. 41.

zakazów procesowych jako „szczególnie rażące”, gdyż konsekwencją ich zastosowania może być nie tylko wydanie zakazu wszczynania lub prowadzenia postępowania, ale także wysokie kary finansowe, a nawet kary pozbawienia wolności lub zajęcie mienia. Autor ten za jeszcze bardziej chybione uznaje wydawanie takich zakazów przez sądy polubowne¹⁷. W polskiej nauce można jednak spotkać także stanowisko wskazujące pozytywne aspekty omawianej instytucji. Wojciech Popiołek, opisując *anti-suit injunctions*, wskazuje, że „zarządzenia takie mają służyć do ochrony strony przed nadużyciami przeciwnika, który może być zainteresowany prowadzeniem procesu w państwie, z którym sprawa wykazuje nikły związek. Wydawane są także w celu wzmocnienia skuteczności klauzul arbitrażowych i prorogacyjnych”¹⁸.

Jeśli chodzi o możliwość zastosowania omawianej instytucji w polskim systemie prawnym, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wydaje się to możliwe jedynie w dwóch przypadkach. Na gruncie wskazanych orzeczeń TSUE wydaje się, że niedopuszczalne byłoby wydanie zakazu wszczynania postępowania przed sądem państwa członkowskiego, gdyż byłoby to sprzeczne z obowiązującymi regulacjami oraz zasadą wzajemnego zaufania. Odnosząc się jednak do ostatniego z opisanych orzeczeń, można wyobrazić sobie, że sąd polubowny znajdujący się na terytorium Polski wydałby *anti-suit injunction*, a sąd innego państwa członkowskiego uznałby takie orzeczenie, stosując konwencję nowojorską. Zdecydowanie bardziej prawdopodobna jest jednak sytuacja, kiedy sąd danego państwa odmówiłby wykonania takiego orzeczenia, powołując się na klauzulę porządku publicznego. W literaturze rozważa się jednak możliwość wydania postanowienia zawierającego jeden z wariantów zakazów procesowych w stosunku do strony postępowania toczącego się w państwie nienależącym do Unii Europejskiej oraz ewentualnie państw sygnatariuszy Konwencji o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywa-

niu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, podpisanej w Lugano dnia 30 października 2007 r.¹⁹ Na uzasadnienie takiej hipotezy powoływane jest orzeczenie sądu angielskiego *Shashoua v. Sharma*, w którym wstrzymał on postępowanie toczące się w Indiach, powołując się na jego sprzeczność z zawartym wcześniej zapisem na sąd polubowny²⁰.

Jako drugą możliwość ewentualnego zastosowania w Polsce omawianej instytucji podaje się użycie jej z uwzględnieniem ochrony zagranicznych postępowań arbitrażowych. Jak wynika bowiem z art. 1166 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, sąd powszechny w Polsce może udzielić zabezpieczenia także w przypadku, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Warto tu jeszcze wspomnieć o postanowieniu Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 czerwca 2016 r., IX GC 605/16²¹. W postanowieniu tym sąd udzielił zabezpieczenia stronie powodowej, która wniosła o ustalenie, czy oświadczenie woli o potrąceniu wierzytelności z wierzytelnością pozwanego było skuteczne. Pomiędzy tymi samymi stronami toczyło się postępowanie przed sądem polubownym o zapłatę (w którym pozwanym była spółka wnioskująca o udzielenie zabezpieczenia przez sąd powszechny), a sąd polubowny uznał się za niewłaściwy do rozpoznania zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwanego. Interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia uprawniony wykazał, wskazując, że brak zabezpieczenia może spowodować wydanie wyroku zasądzającego całą dochodzoną kwotę, co mogłoby doprowadzić do wszczęcia w następnej kolejności postępowania egzekucyjnego. W związku z powyższym – do momentu wydania wyroku ustalającego skuteczność oświadczenia o potrąceniu konieczne było wydanie postanowienia o zabezpieczeniu. Sąd przychylił się do wniosku i jako sposób zabezpieczenia nakazał stronie pozwanej złożenie do sądu arbitrażowego wniosku

17 M. Tomaszewski (w:) *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, seria „System Prawa Handlowego”, t. 8, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 336.

18 W. Popiołek (w:) *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. tegoż, seria „System Prawa Handlowego”, t. 9, Warszawa 2013, s. 321.

19 Dz.Urz. UE L 339 z 21.12.2007 r.

20 M. Ciemiński, A. Prokop, *Anti-suit injunctions w Polsce*, „e-Przegląd Arbitrażowy” 2011, nr 4, s. 29.

21 Postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 czerwca 2016 r., IX GC 605/16, http://arbitraz.laszczuk.pl/inne/Postanowienie_SO_IX_GC_605-16_Anti_arbitration_injunction_176796_20160830.pdf

o zawieszenie postępowania toczącego się w sprawie z jej powództwa przeciwko stronie powodowej oraz zakazanie jego cofnięcia na czas postępowania, wraz z zagrożeniem nakazania zapłaty przez stronę pozwaną na rzecz strony powodowej kwoty 200 000 zł za naruszenie zakazu. Ponadto sąd zakazał stronie pozwanej składania wniosku o stwierdzenie wykonalności wyroku sądu arbitrażowego, który zostanie wydany w sprawie z jej powództwa przeciwko stronie powodowej, na czas trwania postępowania, do czasu jego prawomocnego zakończenia wraz z zagrożeniem zapłaty kwoty 200 000 zł za naruszenie tego zakazu. Sąd postanowił również ustalić na czas postępowania, że oświadczenia woli o potrąceniu były skuteczne.

We wskazanym postanowieniu wyraźnie widoczne są elementy podobne do występujących w *anti-suit injunctions*. Sąd nakazał bowiem pozwanemu złożenie wniosku o zawieszenie postępowania oraz zakazał jego cofnięcia, co w praktyce pozbawiło go możliwości dochodzenia roszczenia na drodze postępowania przed sądem polubownym. Istotą *anti-suit injunctions* jest właśnie uniemożliwienie jednej ze stron dochodzenia roszczeń przed innymi sądami. Ponadto naruszenie zakazu zostało zagrożone surową karą pieniężną. Należy jednak mieć na uwadze, że sąd nie miał innej możliwości zabezpieczenia powództwa o ustalenie w sposób zapewniający realną ochronę. Skoro kognicja sądu polubownego nie obejmowała rozpoznania zarzutu potrącenia, to istniało znaczne ryzyko, że roszczenie powoda będzie uwzględnione i wyrok zasądający zostanie wydany. Mogłoby to w konsekwencji spowodować wszczęcie egzekucji i narażać na szkodę stronę przegrywającą postępowanie prowadzone przed sądem polubownym.

Na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia wniesiono zażalenie. Sąd drugiej instancji, rozpoznawszy je, zmienił zaskarżone postanowienie i oddalił wniosek strony powodowej o zabezpieczenie roszczenia²². W uzasadnieniu orzeczenia wskazał, że „tamowanie – w zakresie przyjętym przez Sąd Okręgowy w treści zaskarżonego postanowienia i to niezależnie od przyjętej zaskarżonym orzeczeniem formy zachowania pozwanego czy Sądu Polubownego – biegu postępowania przed Sądem Polubownym nie znajduje swego uzasadnienia w treści omawianych przepisów postępowania cywilnego”. Sąd apelacyjny jedynie na marginesie odniósł się jednak do sposobu zabezpieczenia roszczenia zastosowanego przez sąd okręgowy z uwagi na fakt, że orzeczenie podlegało uchyleniu z innych przyczyn. Warto jednak wskazać na konkluzję sądu II instancji, który podkreślił, że „pozostawienie sądowi swobody wyboru sposobu zabezpieczenia nie oznacza dowolności w tym zakresie. Sąd jest związany sformułowanym we wniosku żądaniem uprawnionego co do sposobu zabezpieczenia, którego treść łączyć się może wyłącznie z celem tego postępowania i w konsekwencji nie może dotyczyć sfery czynności procesowych drugiej strony przyznanej przez prawo, w ramach swobody podejmowanych przez nią czynności w sferze przysługujących jej środków prawnych w innym postępowaniu”. Wydaje się, że na gruncie przytoczonych powyżej poglądów doktryny oraz stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej takie rozstrzygnięcie należy uznać za słuszne.

4. *Podsumowanie*

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że instytucja *anti-suit injunctions* nie znajdzie zastosowania w krajach systemu kontynentalnego w takim kształcie, z jakim mamy do czynienia w państwach systemu *common law*. Przede wszystkim trudno wyobrazić sobie tak daleko posunięty rygoryzm w wymierzaniu sankcji za niezastosowanie się do orzeczenia sądu. Warto jednak podkreślić, że zarówno w orzecznictwie TSUE, jak i literaturze widoczne jest łagodzenie stanowiska co do zgodności *anti-suit injunctions* z prawem europejskim, przede wszystkim w odniesieniu do sądownictwa polubownego. W chwili obecnej brak jest jednak regulacji dopuszczającej wprost możliwość zastosowania opisywanej instytucji w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Należy zatem uznać, że na gruncie prawa europejskiego dopuszczenie *anti-suit injunctions* jest nie do pogodzenia z zasadą wzajemnego zaufania i tym samym niedozwolone. Warto jednak zwracać uwagę na wszelkie orzeczenia sądów państw członkowskich dotyczące postępowań wewnętrznych, w których wi-

22 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 listopada 2016 r., I ACz 1997/16, [http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/\\$N/15200000000503_I_ACz_001997_2016_Uz_2016-11-22_001](http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/$N/15200000000503_I_ACz_001997_2016_Uz_2016-11-22_001)

doczne są mechanizmy podobne do zakazów procesowych, gdyż stanowią one interesujący przypadek zapożyczania instytucji procesowych z państw systemu *common law* i stosowania ich w państwach opartych na systemie prawa stanowionego.

Bibliografia

- Balcarczyk J., *Anti-suit injunctions a prawo europejskie: Wielka Brytania a reszta Europy na tle rozporządzenia 44/2001*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. 10, s. 33–47.
- Ciemiński M., Prokop A., *Anti-suit injunctions w Polsce*, „e-Przegląd Arbitrażowy” 2011, nr 4, s. 22–29.
- Garner B.A., *Garner's Dictionary of Legal Usage*, Oxford 2011.
- Kodeks postępowania cywilnego*, red. A. Marciniak, seria „Duże Komentarze Becka”, t. 4, *Komentarz do art. 1096–1217*, Warszawa 2016.
- Mik C., *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014.
- Moses M.L., *The principle and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge 2012.
- Popiołek W. (w:) *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. tegoż, seria „System Prawa Handlowego”, t. 9, Warszawa 2013.
- Tomaszewski M. (w:) *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, seria „System Prawa Handlowego”, t. 8, wyd. 2, Warszawa 2015.
- Żyrek S., *Zasada wzajemnego zaufania w europejskim prawie procesowym cywilnym*, „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2016, nr 6, s. 38–64.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2017 r., II CSK 844/16



Paweł Rafałowicz

Doktorant w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego Uniwersytetu Wrocławskiego, asystent sędziego w I Wydziale Cywilnym Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

✉ pawel.rafalowicz@uwr.edu.pl

Comments on the Judgment of the Polish Supreme Court of 25 August 2017, II CSK 844/16

The Supreme Court considered the nature of the obligation to remedy damage caused as a punitive measure before the change of succession law that took place on July 1, 2015 and whether this obligation passes on to the heirs of the obliged deceased. The Court stated that this obligation is of a compensatory nature, because it is derived from civil law. This obligation is not strictly connected with the deceased and therefore - is subject to succession. The obligation to remedy damage caused passes on to the minors and that this is not a cause for the application of article 5 of the Civil Code, which pertains to the abuse of subjective rights.

Teza: Obowiązek wynikający z art. 46 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. nie był wyłącznie obowiązkiem prawnokarnym, takim jak na przykład obowiązek zapłaty grzywien i kar pieniężnych, lecz miał charakter cywilnoprawny. Obowiązki majątkowe, mimo braku wyraźnego wskazania normatywnego, posiadając charakter cywilnoprawny, należą do spadku.

1. Wstęp

W glosowanym wyroku Sąd Najwyższy już nie pierwszy raz zajmował się sporną kwestią dotyczącą charakteru obowiązku naprawienia szkody, o którym stano-

wi ustawa – Kodeks karny¹ (dalej: k.k.)². Tym razem problem, przed

- 1 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2204).
- 2 W różnych orzeczeniach Sąd Najwyższy dotychczas przyjmował różne poglądy. Represyjny charakter środka z art. 46 k.k. podkreślały m.in.: wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., II KK 171/15, KZS 2015, nr 10, poz. 16, KZS 2016, nr 5, poz. 1; wyrok SN z dnia 23 lipca 2009 r., V KK 124/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 1593; wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2014 r., V KK 76/14, KZS 2014, nr 7–8, poz. 23. Za charakterem kompensacyjnym natomiast opowiedziano się np. w postanowieniu SN z dnia 15 maja 2015 r.,

którym stanął skład orzekający, dotyczył dziedziczenia obowiązku odszkodowawczego ujętego jako środek karny w art. 46 k.k. przed nowelizacją kodeksu, tj. do dnia 1 lipca 2015 r.³ Sąd przede wszystkim odpowiedział na dwa istotne pytania: po pierwsze, jaki charakter ma art. 46 k.k., a po drugie, czy obowiązek zasądzony na podstawie tego przepisu wchodzi w skład spadku po zmarłym sprawcy przestępstwa. Odwołując się przede wszystkim do dyrektyw pozajęzykowych, w judykacie słusznie stwierdzono, że obowiązek ten ma charakter cywilnoprawny i jest dziedziczny. Wyrok ten ma istotne znaczenie praktyczne, zgodnie bowiem ze stanowiskiem Sądu Najwyższego spadkodawcy będą zobowiązani uczynić zadość obowiązkowi karnemu, który *de facto* nie został na nich nałożony.

2. Stan faktyczny i stanowiska sądów obu instancji

Wyrokiem karnym Sądu Rejonowego w S. z dnia 14 kwietnia 2003 r. K.W. (daleka krewna D.N.) została zobowiązana na podstawie art. 46 § 1 k.k. do naprawienia szkody poprzez zapłatę kwoty 271 699,98 zł na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w S. Zobowiązana K.W. zmarła 20 maja 2010 r., a spadek po niej nabyła D.N. i inni spadkobiercy. Następnie powyższemu wyrokowi karnemu postanowieniem Sądu Rejonowego w S. nadano klauzulę wykonalności przeciwko spadkobiercom K.W., w tym D.N. W związku z tym pozwana wniosła powództwo przeciwegzekucyjne przeciwko Skarbowi Państwa – Sądowi Okręgowemu w S. Sąd ten wyrokiem z dnia 2 grudnia 2015 r. powództwo uwzględnił. W uzasadnieniu wskazał, że orzeczony w 2003 r. obowiązek naprawienia szkody stanowił określony w art. 39 pkt 5 i art. 46 § 1 k.k. środek karny, a wynikający z niego obowiązek, jako ściśle związany ze skazaną wyrokiem karnym K.W. nie należał do spadku po niej. Jednakże sąd apelacyjny wyrokiem z dnia 9 czerwca 2016 r. zmienił wyrok sądu okręgowego i powództwo oddalił. Powołał się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2015 r., V CSK 482/14, zgodnie z którym możliwość orzekania o obowiązku

naprawienia szkody przez sąd karny na podstawie art. 46 § 1 k.k. nie oznacza, że zasądzone odszkodowanie traci cywilnoprawny charakter, w konsekwencji więc obowiązek ten wchodzi w skład spadku.

W skardze kasacyjnej powódka D.N. zarzuciła sądowi naruszenie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, poprzez wadliwe zakwalifikowanie środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody jako zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym. Jej zdaniem środek ten jest instytucją prawa karnego materialnego, do którego zastosowanie znajdują dyrektywy wymiaru kary, a nie przepisy prawa cywilnego. Skarżąca podniosła także zarzut naruszenia art. 922 § 2 k.k. poprzez wadliwe zakwalifikowanie obowiązku naprawienia szkody, wynikającego ze środka karnego, jako podlegającego dziedziczeniu. Zarzucając zaś ponadto naruszenie art. 5 k.c., wskazała, że jest osobą małoletnią i daleką krewną skazanej K.W., a w chwili popełnienia przez nią przestępstwa jeszcze się nie narodziła.

3. Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy zauważył, że umiejscowienie obowiązku naprawienia szkody w rozdz. V k.k. zatytułowanym „Środki karne” przez wiele lat wywoływało kontrowersje zarówno w doktrynie prawa karnego, jak i w orzecznictwie. Większość zagadnień związanych z orzekaniem i wykonywaniem orzeczeń nakładających obowiązek naprawienia szkody wynikała z niejednorodnego charakteru tego środka. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że cywilnoprawny charakter zobowiązania, które powstało z czynu będącego przestępstwem, podkreśla sam ustawodawca, wskazując w art. 46 § 1 k.k., że sąd karny orzeka o obowiązku naprawienia szkody w całości lub części, stosując przepisy prawa cywilnego; nie stosuje się tylko przepisów prawa cywilnego o możliwości zasądzenia renty i przedawnieniu roszczeń.

Potwierdzeniem wykładni art. 46 k.k., przyjmującej prymat funkcji kompensacyjnej nad funkcją represyjną, była nowelizacja przepisów kodeksu karnego dokonana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 36). Na jej podstawie z dniem 1 lipca 2015 r., wobec uchylenia art. 39 pkt 5 k.k., obowiązek naprawienia szkody został usunięty z katalogu

V CSK 482/14, Legalis 1337784 i uchwale SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 31/11, OSNC 2012/3/29.

3 Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

środków karnych. W znówelizowanym art. 46 § 1 k.k. wyraźnie ustanowiono, że sąd karny, nakładając obowiązek naprawienia szkody, stosuje przepisy prawa cywilnego. Na skutek dokonanych zmian regulacja przewidziana w art. 46 k.k. oparta jest na podstawowej zasadzie odpowiedzialności deliktowej zawartej w art. 415 k.c. Obowiązek naprawienia szkody wyrażonej przestępstwem przejął obecnie w całości funkcję powództwa adhezyjnego, czego konsekwencją była rezygnacja z tej instytucji.

Wobec braku wyraźnego wskazania ustawowego dotyczącego dziedziczności bądź niedziedziczności danego prawa lub obowiązku, wniosek taki musi być wyprowadzony z jego natury lub charakteru. Jednocześnie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na istnienie w systemie prawnym domniemania dziedziczności praw i obowiązków zmarłego, jeśli mają one charakter cywilny i majątkowy. Powołując się na literaturę i orzecznictwo, wskazał, że roszczenie o naprawienie szkody, jak i odpowiadający mu obowiązek są zasadniczo dziedziczne. Tylko wyjątkowo, ze względu na istotę i naturę prawa, którego realizacja ma na celu zaspokojenie interesu wyłącznie samego spadkodawcy, nie można ich dochodzić po śmierci poszkodowanego. Uznał przy tym, że okoliczności dotyczące osoby spadkodawcy (np. jego wina będąca podstawą powstania obowiązku odszkodowawczego) nie oznaczają ścisłego związku danego prawa lub obowiązku z osobą spadkodawcy i nie wyłączają przejścia ich w drodze dziedziczenia.

Sama okoliczność, że powódka jest osobą małoletnią, zdaniem składu orzekającego nie mogła stanowić podstawy do uznania, że żądanie strony powodowej jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.). Powódka nabyła bowiem spadek z dobrodziejstwem inwentarza, co oznacza, że odpowiada za długi spadkowe do wartości stanu czynnego spadku (art. 1031 § 2 k.c.).

4. Ocena stanowiska Sądu Najwyższego

4.1. Charakter prawny obowiązku naprawienia szkody

Jedno zdarzenie może stanowić przyczynę wszczęcia zarówno procesu karnego, jak i cywilnego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku zdarzeń,

które jednocześnie spełniają przesłanki do uznania ich za czyny niedozwolone w myśl ustawy – Kodeks cywilny⁴ (dalej: k.c.) oraz czyny zabronione według ustawy – Kodeks karny. Inne są jednak konstrukcyjne cele postępowania sankcjonujących to zdarzenie. W procesie cywilnym pokrzywdzeni mogą dochodzić naprawienia szkody w postaci zapłaty odszkodowania (za wyrządzone szkody majątkowe) lub zadośćuczynienia (za szkody niemajątkowe) na swoją rzecz. Z kolei proces karny nastawiony jest na wymierzenie określonej dolegliwości sprawcy, stanowiącej wyraz dezaprobaty dla dokonanego czynu.

Obowiązek naprawienia szkody nie jest środkiem wywodzącym się z prawa karnego, lecz z prawa cywilnego. Jest to bowiem rodzaj świadczenia, którego źródłem są delikty w rozumieniu cywilistycznym. Polski ustawodawca zdecydował się jednak wprowadzić do kodeksu karnego obowiązek naprawienia szkody. Jest to wynik rozwoju ideologii sprawiedliwości naprawczej, zgodnie z którą rozstrzygnięcie sądu karnego ma zapewniać osobom pokrzywdzonym przestępstwem restytucję doznanych szkód⁵.

Obowiązek naprawienia szkody pełni kilka funkcji społecznych:

1. funkcję kompensacyjną, polegającą na wyrównaniu szkody doznanej przez poszkodowanego i doprowadzenie do takiej sytuacji, jak gdyby zdarzenie wywołujące szkodliwe następstwa nie nastąpiło;
2. funkcję represyjną, wyrażającą się w zadaniu osobie odpowiedzialnej za szkodę dolegliwości związanej z ciążącym na niej obowiązkiem świadczenia odszkodowawczego;
3. funkcję prewencyjną i wychowawczą, polegającą na oddziaływaniu norm prawnych wyznaczających odpowiedzialność odszkodowawczą w kierunku kształtowania lub umacniania po-

4 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 459, 933, 1132).

5 A. Muszyńska, *Znaczenie „zachowania się pokrzywdzonego” dla orzeczenia naprawienia szkody: uwagi na tle modelu sprawiedliwości naprawczej (w:) Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Blachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 100–101.

staw ludzkich sprzyjających zapobieganiu wyrażaniu szkód⁶.

Dla rozstrzygnięcia trafności prezentowanego wyroku kluczowe jest ustalenie, która z tych funkcji ma znaczenie największe. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy sięgnąć także do prawa cywilnego – rzeczenia, z którego obowiązek ten się wywodzi.

odszkodowawczej, to jednak dla samego odpowiedzialnego za delikt obowiązek naprawienia szkody spełnia rolę represyjną i wychowawczą⁷.

W prawie karnym natomiast na pierwszy plan wysuwają się funkcje: ochronna, represyjna, prewencyjna i sprawiedliwościowa. Sens i cel tej gałęzi prawa sprowadza się do ukarania sprawcy poprzez wymie-



Sens obowiązku naprawienia szkody w prawie cywilnym najpełniej wyjaśnia funkcja kompensacyjna. Jednak dla sprawcy czynu niedozwolonego wydanie wyroku zasądającego od niego odpowiednią kwotę tytułem naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonego może być swojego rodzaju „karą”. Dlatego obowiązek naprawienia szkody dla samego odpowiedzialnego za delikt spełnia rolę represyjną i wychowawczą.

Ogólnym celem prawa cywilnego jest przede wszystkim ochrona własnych interesów podmiotów występujących we wzajemnych relacjach jako podmioty autonomiczne i równorzędne. Idąc za tą myślą, możemy dojść do wniosku, że sens obowiązku naprawienia szkody w prawie cywilnym najpełniej wyjaśnia funkcja kompensacyjna. Inne funkcje nie są istotne dla ogólnej regulacji odpowiedzialności odszkodowawczej, albowiem nie determinują one podstawowych rozstrzygnięć ustawowych. Niemniej jednak dla sprawcy czynu niedozwolonego wydanie wyroku zasądającego od niego odpowiednią kwotę tytułem naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonego stanowi dolegliwość, która polega na uszczupleniu jego majątku. W tym sensie może być dla niego swojego rodzaju „karą”. I choć ta funkcja nie przyświeca idei

zrzenia mu kary oraz innych środków, aby zarówno on sam, jak i inni członkowie społeczeństwa wiedzieli, że pewnego rodzaju zachowania nie są aprobowane przez państwo. W związku z tym zasadne staje się pytanie: Czy taki właśnie charakter przybrał obowiązek naprawienia szkody od chwili jego wprowadzenia do regulacji karnej?

Spór, którego dotyczy glosowane orzeczenie, odnosi się jednak do stanu prawnego przed 1 lipca 2015 r., kiedy to art. 46 k.k. umieszczony był w rozdziale „Środki karne”. W myśl tego artykułu sąd karny miał kompetencję do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody, mając jednocześnie zakaz stosowania przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczenia oraz możliwości zasądzenia renty.

Odnosząc się do kontekstu historycznego, zwróćmy uwagę, że pod rządami kodeksów karnych z 1932

6 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, seria „Podręczniki Prawnicze”, wyd. 12, Warszawa 2016, s. 98–99.

7 W. Daszkiewicz, *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 17–19.

i 1969 r. naprawienie szkody występowało jako środek probacyjny stosowany w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary, warunkowym umorzeniem postępowania, warunkowym zawieszeniem wykonania kary oraz warunkowym przedterminowym zwolnieniem przewidzianym w art. 94 k.k. z 1969 r.⁸

Największa zmiana nastąpiła 1 lipca 2015 r., kiedy to w życie weszła ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Aktualne brzmienie przepisu oraz jego umiejscowienie w rozdziale zatytułowanym „Przepadek i środki kompensacyjne” w zasadzie pozostają poza sporem – naprawienie szkody ma charakter kompensacyjny i może stanowić część naprawienia szkody, której dochodzić następnie można w procesie cywilnym. Świadczy o tym wnioskowy charakter tego środka oraz możliwość dochodzenia pozostałej części roszczeń w postępowaniu cywilnym. Widać zatem, że w prawie karnym pojawia się funkcja kompensacyjna, chociaż w ogólności i z samej natury ma ona charakter wtórny⁹.

Na marginesie warto nadmienić, że obecnie naprawienie szkody występuje jako obowiązek probacyjny stosowany w związku z warunkowym umorzeniem postępowania karnego oraz w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary. Nałożenie obowiązku naprawienia szkody w tych sytuacjach nie jest możliwe w razie orzeczenia go w charakterze odrębnego środka kompensacyjnego¹⁰.

Z językowego punktu widzenia argument, że obowiązek naprawienia szkody unormowany w prawie karnym jest innym obowiązkiem niż wynikający z prawa cywilnego, nie jest racjonalny. Kontrargumentem dla takiego założenia mógłby być fakt, że posługiwanie się identycznymi terminami w jednej gałęzi prawa nie oznacza zawsze, że na gruncie innej gałęzi jego znaczenie jest identyczne. Odwołując się zaś do kontekstu ustawy, można twierdzić, że skoro naprawienie szkody z art. 46 k.k. zostało umieszczo-

ne w rozdziale „Środki karne”, to oczywiste jest to, że ma ono taki sam charakter jak pozostałe środki karne, a na pewno charakter kompensacyjny nie odgrywa roli pierwszoplanowej¹¹. Dopiero zmiana ustawy z 1 lipca 2015 r. nadała art. 46 k.k. taki charakter, poprzez umieszczenie tego przepisu w rozdziale Va „Przepadek i środki kompensacyjne”.

Spójrzmy jednak na argumentację pozajęzykową analizowanego przepisu. Mianowicie powróćmy do celu wprowadzenia niniejszego obowiązku do polskiego prawa karnego. W uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego z 1997 r. wskazano, że reforma prawa i procesu karnego zmierza do istotnej zmiany statusu pokrzywdzonego. Założono w nim nową filozofię karania, odmienną od dotychczasowej, zdominowanej przez interes państwa, pomijającą znaczenie kompensacji i konieczności redukcji konfliktu między pokrzywdzonym a sprawcą, istniejącego na skutek popełnienia przestępstwa¹². Dlatego też uwzględniono poglądy doktryny akcentujące, że racjonalnie pojęta kara powinna umożliwiać sprawcy naprawienie szkody wynikającej z popełnionego przez niego przestępstwa¹³.

Mając to na uwadze, przyjrzyjmy się podstawowym narzędziom stosowanym w stosunku do sprawców przestępstw. Zarówno kary, jak i środki karne mają charakter indywidualny, tzn. nastawione są na sprawcę czynu i w zasadzie stanowią odwet za naganne zachowanie. W głównej mierze, oprócz kary grzywny, nawiązki czy obowiązku naprawienia szkody, mają charakter niepieniężny. Istotne z punktu widzenia głosowanego orzeczenia jest zatem porównywanie tych instrumentów prawa karnego, które mają charakter pieniężny.

8 D. Szeleszczuk, komentarz do art. 46 (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014, nb 2, s. 315.

9 A. Muszyńska, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010, s. 42–44.

10 Zob.: art. 67 k.k.; D. Szeleszczuk, komentarz do art. 46...

11 Tak jednak orzekł SN w wyroku z dnia 23 lipca 2009 r., V KK 124/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 1593.

12 Zob. uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego (w:) *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, oprac., red., I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997, s. 146–147.

13 A. Murzynowski, *Nałożenie obowiązku naprawienia skutków przestępstwa jako element nowej polityki karania*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 5, s. 715; Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia szkody jako środek polityki karnej*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 7, s. 60–61; M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 211.

Tak więc zapłata kary grzywny kierowana jest na rzecz Skarbu Państwa, co oznacza, że pokrzywdzony nie uzyskuje z tego żadnej rekompensaty (ma zatem charakter publicznoprawny). Co ważne, w momencie śmierci skazanego kara przestaje istnieć, albowiem w tej sytuacji sąd umarza postępowanie wykonawcze¹⁴. Z kolei środki karne realizują cele uboczne postępowania karnego, które nie mogą być w sposób dostateczny uwzględnione przez sąd w razie poprze-

szkody z kodeksu karnego z pewnością ma charakter cywilnoprawny i podobnie jak w prawie cywilnym – spełnia tę samą funkcję kompensacyjną. Nie ma on zatem ściśle penalnego charakteru jak kary i pozostałe środki karne¹⁶.

Pogląd ten wzmocniony może być także innymi argumentami natury prawnej. Po pierwsze, niezmiennym elementem normy dekodowanej z art. 46 k.k. był zakaz stosowania przepisów o przedawnieniu i rencie,

Obowiązek naprawienia szkody nigdy nie miał *de facto* charakteru odwetowego i nie był nastawiony na prewencję. Akcent tego środka przesunięty był w inną stronę – zainteresowanym nie był sam sprawca, lecz pokrzywdzony.

stania na wymierzeniu samej kary. Mają w zasadzie pełnić funkcję prewencyjną – o charakterze prewencji ogólnej i szczególnej. Nie mają także konkretnego adresata w postaci pokrzywdzonego, za wyjątkiem wynagrodzenia pokrzywdzonemu szkody wyrządzonej czynem zabronionym¹⁵. Tego rodzaju środek jest bowiem nakierowany na pokrzywdzonego i dotyczy bezpośrednio jego osoby.

Właśnie ten argument – w moim przekonaniu – jest uzasadnieniem poglądu, że obowiązek naprawienia szkody nigdy nie miał *de facto* charakteru odwetowego i nie był nastawiony na prewencję, ale na chociażby częściowe zrekompensowanie szkody drugiej osobie. Akcent tego środka przesunięty był w inną stronę – zainteresowanym nie był sam sprawca, lecz pokrzywdzony. Oznacza to, że obowiązek naprawienia

a to oznaczało, że kodeks karny w pozostałym zakresie odwoływał się do przepisów kodeksu cywilnego. W związku z tym skorzystanie z argumentu *a contrario* nakazuje ich bezpośrednie stosowanie. Po drugie art. 46 k.k. miał charakter wnioskowy, a więc typowy dla prawa cywilnego¹⁷.

Po trzecie, taką interpretację wzmocnia także brzmienie ustawy – Kodeks postępowania karnego¹⁸ (dalej: k.p.k.) sprzed nowelizacji¹⁹, umożliwiające prowadzenie powództwa adhezyjnego. Mianowicie warunkiem zasądzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia w wyroku karnym było istnienie w dacie wyrokowania szkody w całości lub w części. W związ-

14 Zob. art. 15 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 665, 666, 768, 1452, 2217).

15 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 440; uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego (w:) *Nowe kodeksy...*, s. 146–147.

16 Por. uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 31/11, OSNC 2012, nr 3, poz. 29.

17 S. Szyrmer, *Wybrane zagadnienia związane z orzekaniem obowiązku naprawienia szkody jako środka karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 1, s. 72.

18 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1904).

19 Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

ku z tym nie orzekało się ich, jeżeli szkoda została naprawiona przez sprawcę czynu albo inną osobę. Ponadto nie stanowił on przedmiotu wyrokuowania także wtedy, gdy roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa było przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono (art. 415 § 5 k.p.k.). Jeżeli jednak orzeczone środki karne nie pokrywały całej szkody, pokrzywdzony mógł dochodzić dodatkowych roszczeń w postępowaniu cywilnym (art. 415 § 6 k.p.k.). Zatem, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, już te przepisy potwierdzały, że w obowiązku naprawienia szkody chodzi nie tylko o represję wobec sprawcy czy jego resocjalizację, ale także, a nawet przede wszystkim, o naprawienie wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody²⁰.

Po czwarte, tak przyjętą wykładnię można tylko wzmacnić brzmieniem art. 107 § 1 i 2 k.p.k. Nakazują one bowiem uznawać judykaty nakładające obowiązek naprawienia szkody za orzeczenia co do roszczeń majątkowych, jeżeli nadają się one do egzekucji w myśl przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Ponadto egzekucja wyroku nakazującego realizację obowiązku naprawienia szkody następuje nie z urzędu, ale na żądanie osoby uprawnionej – w tym przypadku pokrzywdzonego²¹.

Istotnym kontrargumentem dla takiej interpretacji przepisów jest to, że do art. 46 k.k. przed 1 lipca 2015 r. stosowało się odpowiednio przepis dotyczący dyrektywy wymiaru kar i środków karnych, tj. art. 53 k.k. Oznaczało to, że dolegliwość wynikająca ze stosowania tego środka karnego nie mogła przekraczać chociażby stopnia winy ani stopnia społecznej szkodliwości oraz spełniała funkcje zapobiegawcze, wychowawcze i prewencyjne. Sąd mógł orzec obowiązek naprawienia szkody w części, wbrew cywilnoprawnej zasadzie dążenia do kompensacji całości szkody²². To jednak nie przesądza jeszcze o tym, że obowiązek naprawienia szkody miał charakter wyłącznie represyjny. Przywołany argument może jednak

wskazywać na słuszność poglądu, że funkcja represyjna występowała oprócz funkcji kompensacyjnej. Nie zmienia to jednak faktu, że zaprezentowane powyżej okoliczności silnie przekonują o przyjęciu przede wszystkim charakteru kompensacyjnego art. 46 k.k.²³ Przypomnijmy też, że i obowiązek naprawienia szkody z kodeksu cywilnego spełnia *per se* również funkcję prewencyjną, chociaż normy prawa cywilnego tego nie akcentują. Ponadto przypomnijmy, że uzależnienie wysokości obowiązku naprawienia szkody z art. 53 k.k. umożliwiało zastosowanie konstrukcji powództwa adhezyjnego.

4.2. Obowiązek naprawienia szkody jako element spadku

Uznając zatem słuszność poglądu Sądu Najwyższego o przede wszystkim kompensacyjnym charakterze naprawienia szkody z art. 46 k.k., należy odpowiedzieć także na pytanie, czy obowiązek ten wchodzi do masy spadkowej po zmarłym sprawcy przestępstwa. Jediną wskazówkę w tym zakresie stanowi art. 922 k.c. Zgodnie z nim prawa i obowiązki majątkowe zmarłego przechodzą na spadkodawców z chwilą jego śmierci. Do spadku nie wchodzi prawa i obowiązki zmarłego ściśle związane z jego osobą, jak również prawa, które z chwilą jego śmierci przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami. Wydaje się zatem, że art. 922 k.c. wprowadza swoiste domniemanie, zgodnie z którym obowiązki majątkowe o charakterze prywatnoprawnym²⁴ przechodzą na spadkobierców, zaś wyłączenie ich z masy spadkowej musi być uzasadnione ściśle osobistym charakterem obowiązku.

Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że wyrażenie „ściśle związane z osobą zmarłego” nie może być rozumiane jako uprawnienie czy obowiązek obciążający zmarłego²⁵. Przeczyłoby to samej istocie dziedziczenia. Sens niedziedzicznych obowiązków majątkowych po-

20 Uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 31/11, OSNC 2012, nr 3, poz. 29.

21 R. Giętowski, *Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i jej znaczenie w praktyce*, „Palestra” 2003, nr 11–12, s. 130.

22 D. Szeleszczuk, komentarz do art. 46..., nb 7, s. 317.

23 Zob. szerzej R. Giętowski, *Hierarchia...*, s. 128–138.

24 Do spadku nie należą prawa i obowiązki majątkowe o charakterze publicznoprawnym. Zob. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., IV CK 215/03, LEX nr 152889; wyrok NSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2011 r., II GSK 586/10, LEX nr 1083305.

25 Uchwała SN z dnia 19 listopada 1996 r., III CZP 114/96, OSNC 1997, nr 3, poz. 25.

lega na tym, że wraz ze śmiercią spadkodawcy kończą się określone stosunki majątkowe. W wyrażeniu tym chodzi zatem o takie uprawnienia i obowiązki, które wykonać może tylko spadkobierca – ze względu na właściwości stosunków, których był stroną. Zresztą samo zastosowanie słowa „ściśle” już kieruje myśli na dość wyjątkowy charakter tego odstępowania od reguły wyrażonej w art. 922 k.c.

Naprawienie szkody ma charakter pieniężny. Czy ma jednak charakter osobisty? Przyjęcie takiego założenia

Należy także wskazać, że słusznie Sąd Najwyższy nie zastosował art. 5 k.c. w zakresie dziedziczenia tego obowiązku przez małoletnią powódkę. W prawie cywilnym jest bowiem dopuszczalne odrzucenie spadku, co w stanie faktycznym będącym podstawą wydania orzeczenia nie miało miejsca. Niezastosowanie tej możliwości powoduje *ex lege* ten skutek, że następuje dziedziczenie długów spadkowych. Brak skorzystania z prawa do odrzucenia spadku nie może przynieść pozytywnych konsekwencji nawet wobec



Skoro spadkodawca miał obowiązek naprawienia szkody, czego nie uczynił, to w sprzeczności z charakterem kompensacyjnym tego środka byłoby uznanie, że pokrzywdzony po jego śmierci nie będzie mógł dążyć do zaspokojenia swojego roszczenia.

powodowałoby, że śmierć pokrzywdzonego niweczyłaby kompensację szkody. Skoro zatem spadkodawca miał obowiązek naprawienia szkody, czego nie uczynił, to w sprzeczności z charakterem kompensacyjnym tego środka byłoby uznanie, że pokrzywdzony nie będzie mógł po jego śmierci dążyć do zaspokojenia swojego roszczenia. Takie zapatrywanie nie stoi w sprzeczności z wizją ochrony spadkobierców. Podkreślić bowiem należy, że dziedzic, przyjmując spadek wprost lub też z dobrodziejstwem inwentarza, jednocześnie bierze na siebie odpowiedzialność za długi spadkowe. Oznacza to, że jego obowiązkiem jest uregulowanie sytuacji zmarłego po jego śmierci.

Na aprobataę zasługuje przyjęty w orzeczeniu pogląd, że wina nie stanowi przesłanki „ściśłego” związania z osobą zmarłego. Gdyby bowiem tak było, to nie można byłoby uznać za dziedziczne obowiązków naprawienia szkody wynikających z deliktów, które też, na mocy art. 415 k.c., oparte są na zasadzie winy. Co więcej, takie zapatrywanie niweczyłoby dziedziczność wszelkich długów spadkowych, w których konieczny był jakikolwiek pierwiastek osobisty spadkodawcy.

osób małoletnich. Prawo cywilne nie zna bowiem niedziedziczenia długów przez małoletnich. Ponadto taką ochronę do dnia 18 października 2015 r.²⁶, dotychczas wyjątkową, regulował art. 1015 § 2 k.c., na podstawie którego dziecko dziedziczyło spadek z dobrodziejstwem inwentarza. Przyjęcie założenia, w myśl którego pokrzywdzony nie może żądać zapłaty z tytułu naprawienia szkody od małoletniego z uwagi na sprzeczność tego z „zasadami współżycia społecznego”, zakwestionowałoby istnienie w ogóle regulacji art. 1015 § 2 k.c. Taka interpretacja przepisów w świetle art. 5 k.c. jest jednak niedopuszczalna.

5. Podsumowanie

Powyższe rozważania prowadzą do przekonania, że głosowane rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego jest trafne i ma swoje uzasadnienie zarówno w tekście ustawy, jak i w racjach słusznościowych. W moim

26 Ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 539).

przekonaniu od początku wprowadzenia aktualnie obowiązującego kodeksu karnego istniała funkcja kompensacyjna, chociaż w zasadzie nie spełniała roli pierwszoplanowej. Nawet przed wejściem w życie nowelizacji kodeksu karnego w 2015 r. była ona wyrazem próby realizowania sprawiedliwości naprawczej. Przede wszystkim taką funkcję pełnił szeroko skomentowany obowiązek naprawienia szkody. Nie oznacza to jednak, że ten środek karny nie ma charakteru represyjnego. Jednakże w tym przypadku wyjątkowo rola ta nie miała takiego znaczenia jak w przypadku kar i pozostałych środków karnych.

Zmiany aksjologiczne prawa karnego, które zwiększyły zabezpieczenie interesów osób pokrzywdzonych czynami przestępczymi, jednocześnie spowodowały skutek – być może niekoniecznie zamierzony przez prawodawcę – w postaci dziedziczenia obowiązku naprawienia szkody. Trzeba przy tym mocno zaakcentować, że nie jest to równoznaczne z zezwoleniem na dziedziczenie kary, albowiem art. 46 k.k. do katalogu kar nigdy nie należał. W moim przekonaniu argument odsyłający do kontekstu, w którym przepis ten został umieszczony, oraz stosowanie do niego dyrektyw wymiaru kary powinny ugiąć się przed wieloma mocniejszymi według mnie argumentami, wyłaniającymi się z analizy szeregu innych przepisów i natury samego obowiązku naprawienia szkody. Jednocześnie komentowane rozstrzygnięcie w żaden sposób nie godzi w interesy majątkowe spadkobierców, którzy mają prawny obowiązek odpowiadać za długi spadkowe spadkodawcy, do których zapłata określonej kwoty pieniężnej z całą pewnością należy.

Wydawane przed zapadnięciem komentowanego orzeczenia judykaty w odmienny sposób kwalifikowały obowiązek naprawienia szkody. W tak ważnej kwestii, zarówno dla pokrzywdzonego, jak i spadkobierców sprawcy przestępstwa, obecny stan orzecznictwa powodował, że od poglądu sądu uzależniony był skład masy spadkowej oraz rzeczywiście rekompensata szkód. Taki stan rzeczy trudno było akceptować. Zatem wyzwaniem stojącym przed wymiarem sprawiedliwości jest zaaprobowanie niniejszego rozstrzygnięcia i w konsekwencji ujednolicenie linii orzeczniczej, zarówno Izby Cywilnej, jak też Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych, na rzecz przyjęcia słuszności komentowanego orzeczenia.

Bibliografia

- Cieślak M., O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 195–213.
- Daszkiewicz W., *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972.
- Giętkowski R., *Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i jej znaczenie w praktyce*, „Palestra” 2003, nr 11–12, s. 128–138.
- Gostyński Z., *Obowiązek naprawienia szkody jako środek polityki karnej*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 7, s. 59–69.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014.
- Murzynowski A., *Nalożenie obowiązku naprawienia skutków przestępstwa jako element nowej polityki karania*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 5, s. 711–726.
- Muszyńska A., *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010.
- Muszyńska A., *Znaczenie „zachowania się pokrzywdzonego” dla orzeczenia naprawienia szkody: uwagi na tle modelu sprawiedliwości naprawczej (w:) Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 97–107.
- Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, oprac., red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997.
- Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, seria „Podręczniki Prawnicze”, wyd. 12, Warszawa 2016.
- Szeleszczuk D., komentarz do art. 46 (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014.
- Szyrmer S., *Wybrane zagadnienia związane z orzekaniem obowiązku naprawienia szkody jako środka karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 1, s. 69–89.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, wyd. 2, Kraków 2013.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 459, 933, 1132).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst. jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2204).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 665, 666, 768, 1452, 2217).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1904).

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

Ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 539).

Orzecznictwo

Uchwała SN z dnia 19 listopada 1996 r., III CZP 114/96, OSNC 1997, nr 3, poz. 25.

Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., IV CK 215/03, LEX nr 152889.

Wyrok SN z dnia 23 lipca 2009 r., V KK 124/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 1593.

Wyrok NSA z dnia 8 czerwca 2011 r., II GSK 586/10, LEX nr 1083305.

Uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 31/11, OSNC 2012, nr 3, poz. 29.

Wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2014 r., V KK 76/14, KZS 2014, nr 7–8, poz. 23.

Postanowienie SN z dnia 15 maja 2015 r., V CSK 482/14, Legalis 1337784.

Wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., II KK 171/15, KZS 2015 nr 10, poz. 16, KZS 2016, nr 5, poz. 1.

