FORUM PRAWNICZE

NUMER 3 (47)
2018

Spis treści

ARTYKUŁY

Andrzej Dziadzio

3 **Między ideą a praktyką ustrojową: o drodze Austrii do sądu konstytucyjnego**

Christoph-Eric Mecke

17 **Dyskurs o zasadniczej myśli prawniczej w „Themis Polskiej" (1828–1830) na tle programu historycznej szkoły prawa w Niemczech**

Rafał Łukasiewicz

42 **Dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda***

Andrzej Jezusek

57 **Społeczna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania**

Adrian Wrocławski

81 **Problematyka opiniowania sądowo-lekarskiego w polskim procesie karnym na tle zarysu jego historii**

ARTYKUŁ RECENZYJNY

Kamil Sorka

100 **Prawo handlowe starożytności przedrzymskiej oczyma dogmatyka. Uwagi na marginesie książki Marco Ciana *Le antiche leggi del commercio***

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) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy 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 przesyłać 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 3 (47) | 2018
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 Indiany (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: Patryk Walczak – Uniwersytet Jagielloński
Zastępcy sekretarza redakcji:
Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
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 Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
prof. UwB dr hab. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Ewa Popielarz
Skład: Janusz Świnarski
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

Andrzej Dziadzio

Między ideą a praktyką ustrojową: o drodze Austrii do sądu konstytucyjnego

Andrzej Dziadzio

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Powszechnej Historii Państwa i Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Komitetu Nauk Prawnych PAN. Specjalizuje się w historii ustroju i prawa monarchii habsburskiej oraz dziejach Galicji.

andrzej.dziadzio@uj.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-8448-2734

Between the Idea and the Systemic Practice. On the Way of Austria to the Constitutional Court

The aim of the article is to show that the concentrated system of constitutional protection in the republic of Austria – commonly referred to as the Kelsen system – was a legacy of the systemic practice and legal thought from the times of the Habsburg monarchy. The model of constitutional protection adopted in 1920 was based principally on the legal structures of old Austria, adapted to the new federal state system. The analysis of legal grounds of the jurisdiction of the Constitutional Tribunal suggests that there occurred a transfer of legal solutions to the republican constitutional order rather than the emergence of a new type of constitutional judiciary that would protect the objective constitutional order by means of abstract control of the constitutionality of law. The control of the constitutionality of law in Austria at the time was, in principle, concrete. The article also provides justification for the idea that it is Georg Jellinek to whom we owe the idea of abstract control of the constitutionality of law. Even though it was revitalized by H. Kelsen, it did not become part of the constitutional protection model in the First Austrian Republic.

Słowa kluczowe: sąd konstytucyjny, abstrakcyjna i konkretna kontrola konstytucyjności prawa, Georg Jellinek, Hans Kelsen

Key words: constitutional court, abstract and concrete control of the constitutionality of law, Georg Jellinek, Hans Kelsen

1. Wprowadzenie

Europejski system ochrony konstytucji, odmienny od amerykańskiej rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, zwykło się nazywać „kelsenowskim". Powszechne jest zatem przekonanie, że zasługą Hansa Kelsena było wypracowanie nowej, oryginalnej koncepcji sądownictwa konstytucyjnego, która stała się alternatywą dla *judicial rewiev*. Podstawowe założenia tej koncepcji sprowadza się obecnie do kilku punktów. Na trzy

cechy modelu kelsenowskiego należy zwrócić uwagę. Po pierwsze, podkreśla się, że istota modelu austriackiego opiera się na pomyśle Kelsena powierzenia badania zgodności ustaw z konstytucją w ręce jednego, wyodrębnionego z sądownictwa powszechnego organu państwowego. Stąd określa się go scentralizowanym lub skoncentrowanym. Po drugie, przyjmuje się dość powszechnie, że w tym scentralizowanym systemie kontrola norm ma charakter przede wszystkim abstrakcyjny, czyli badanie konstytucyjności prawa odbywa się w oderwaniu od konkretnej sprawy. Po trzecie, w modelu kelsenowskim niekonstytucyjna norma prawna jest eliminowana z porządku prawnego na mocy orzeczenia sądu konstytucyjnego[1].

Celem niniejszego opracowania nie jest oczywiście przeprowadzenie głębokiej dekonstrukcji tego powszechnego wyobrażenia o kelsenowskim modelu ochrony konstytucji. Należy natomiast postawić pytanie, na ile model ten był oryginalnym pomysłem Kelsena[2], a w którym punkcie bazował na wcześniejszych austriackich rozwiązaniach ustrojowych i poglądach na istotę kontroli konstytucyjności prawa. Ostatni bowiem z wymienionych wyżej elementów kelsenowskiego wzorca skutecznej ochrony konstytucji był przecież kontynuacją poglądów przedstawicieli europejskiej nauki prawa, którzy dowodzili, że niekonstytucyjna norma prawna jest nieważna (Emmanuel-Joseph Sieyès, Robert von Mohl, Léon Duguit). Pragnę więc zastanowić się nad ewolucją austriackiej koncepcji ochrony konstytucji w dwóch niejako płaszczyznach: z jednej strony praktyki ustrojowej monarchii austriackiej od 1867 r., poprzez kształt ustroju I Republiki austriackiej w latach 1918–1920; z drugiej strony ze względu na obecność idei sądownictwa konstytucyjnego w austriackiej doktrynie prawa państwowego. Takie ujęcie pytania o drogę Austrii do sądu konstytucyjnego pozwoli ustalić, w jakim stopniu austriacki model ustrojowy po 1867 r. zdeterminował powstanie trybunału konstytucyjnego, jako jedynego organu uprawnionego do badania konstytucyjności prawa, a w jakim zakresie przyczyniła się do tego nauka prawa państwowego.

Pierwsza zatem z postawionych tez byłaby następująca: skoncentrowany system ochrony konstytucji w Austrii był dziedzictwem praktyki ustrojowej i myśli prawnej z czasów monarchii habsburskiej. Drugi pogląd, jaki znajdzie poniżej uzasadnienie, głosi, że ideę abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności prawa zawdzięczamy Georgowi Jellinkowi[3] i wprawdzie re-

1 Zob. na ten temat P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa, Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007, s. 118 i n.

2 Hans Kelsen (1881–1973) urodził się w Pradze w rodzinie żydowskiej. Zmarł w Berkeley w Kalifornii. Jego ojciec Adolf Kelsen pochodził z Brodów w Galicji. W przeciwieństwie do ojca Georga Jellinka nie był głęboko wierzącym człowiekiem, należał do loży masońskiej „Humanitas". Natomiast Hans Kelsen podczas studiów przyjął chrzest. W 1885 r. rodzina Kelsena przeprowadziła się do Wiednia. Tam, podobnie jak Jellinek, Kelsen uczęszczał do Uniwersyteckiego Gimnazjum, które ukończył w 1900 r. Pierwotnie Kelsen chciał studiować filozofię, ale zdecydował się ostatecznie na studia prawnicze. Ukończył je ze stopniem doktora w 1906 r. W 1908 r. uczestniczył w Heidelbergu w seminarium Georga Jellinka. W 1911 r. habilitował się z prawa państwowego i filozofii prawa na Wydziale Prawa Uniwersytetu Wiedeńskiego. W roku 1917 został profesorem nadzwyczajnym, a w 1919 – po śmierci Edmunda Bernatzika – uzyskał profesurę zwyczajną z prawa państwowego i administracyjnego. W tym samym roku został powołany przez kanclerza Karla Rennera na konsultanta do opracowania konstytucji austriackiej. Od roku 1921 do 1930 był sędzią Trybunału Konstytucyjnego. Po usunięciu Kelsena z Trybunału Konstytucyjnego – za obronę m.in. prawa katolików pozostających w separacji do zawarcia małżeństwa cywilnego, którym władze administracyjne udzielały, na podstawie Kodeksu cywilnego ABGB, dyspensy od pozostawania w związku małżeńskim – został profesorem w Kolonii. W 1933 r. ze względu na swe żydowskie pochodzenie musiał opuścić Niemcy; przeniósł się do Genewy, a następnie do Pragi, gdzie na niemieckim uniwersytecie wykładał prawo narodów. W 1940 r. emigrował do Stanów Zjednoczonych. Informacje za: W. Brauneder (Hrsg.), *Juristen in Österreich*, Wien 1987, s. 290 i n.

3 Georg Jellinek (1851–1911) urodził się w Lipsku w rodzinie żydowskiej. Jego ojciec Adolf Jellinek był rabinem najpierw w Lipsku, a następnie w Wiedniu. Reprezentował liberalny odłam wiedeńskiej gminy wyznaniowej, m.in. w latach 80. XIX w. Adolf Jellinek otwarcie występował przeciwko planom konserwatywnego rządu wzmocnienia katolickiego charakteru szkoły. W Wiedniu Georg Jellinek uczęszczał do Akademickiego Gimnazjum. Po zdaniu matury w 1867 r. rozpoczął studia prawnicze na Uniwersytecie Wiedeńskim,

witalizował ją Kelsen, ale nie stała się ona częścią modelu ochrony konstytucji w I Republice Austriackiej. Kontrola konstytucyjności prawa w Austrii w tamtym czasie miała charakter co do zasady konkretny. Pierwszym trybunałem konstytucyjnym w Europie, który przeprowadzał abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności prawa, był czechosłowacki sąd konstytucyjny z 1920 r.[4]

2. Skoncentrowany system ochrony konstytucji w państwie Habsburgów

Pierwszy model instytucjonalnego zabezpieczenia konstytucji był dziełem liberałów austriackich, którzy w 1867 r. wprowadzili do ustroju monarchicznego państwa zasady i instytucje odpowiadające wymaganiom państwa prawa (*Rechtsstaat*), jakich nie udało się urzeczywistnić w dobie Wiosny Ludów (1848/1849). Z inicjatywy liberałów doszło do zagwarantowania w konstytucji praw zasadniczych obywateli (*Grundrechte*) i związania nimi aparatu administracyjnego za sprawą powołanych do życia organów ochrony sądowo-konstytucyjnej i sądowo-administracyjnej. Ustawy zasadnicze z 1867 r.[5], które tworzyły tzw. Konstytu-

Ideę abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności prawa zawdzięczamy Georgowi Jellinkowi i wprawdzie rewitalizował ją Kelsen, ale nie stała się ona częścią modelu ochrony konstytucji w I Republice Austriackiej.

ale przeniósł się wkrótce do Lipska w celu podjęcia studiów filozoficznych. W 1872 r. uzyskał doktorat z filozofii, a po powrocie do Wiednia w 1874 r. otrzymał doktorat z prawa. W 1879 r. habilitował się z filozofii prawa na Uniwersytecie Wiedeńskim. W 1882 r. uzyskał na Wydziale Prawa *venia legendi* z prawa narodów i został powołany na stanowisko profesora nadzwyczajnego. Wzrost antysemickich nastrojów w Wiedniu spowodował, że nie otrzymał zgody rządu na objęcie stanowiska profesora zwyczajnego. W 1891 r. został powołany na stanowisko profesora zwyczajnego prawa państwowego na Uniwersytecie w Heidelbergu, gdzie powstały jego dwa najważniejsze dzieła: *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892) i *Allgemeine Staatslehre* (1900). Żoną Georga Jellinka była Camilla Wertheim, która przed zawarciem z nim małżeństwa wystąpiła z Kościoła katolickiego. Niedługo przed śmiercią Jellinek i jego żona przeszli na luteranizm, aby mogli być pochowani wspólnie z dziećmi, które wcześniej przyjęły chrzest. Informacje za: T. Olechowski, *Von Georg Jellinek zu Hans Kelsen* (w:) E. Röhrlich (Hrsg.), *Migration und Innovation um 1900. Perspektiven auf das Wien der Jahrhundertwende*, Wien 2016, s. 376 i n.

4 Zob. na ten temat: J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939). Verfassungsidee-Demokratieverständniss-Nationalitätenproblem*, Frankfurt am Main 2009. Kontrola konstytucyjności ustaw w modelu czechosłowackim, inaczej niż w austriackim, była całkowicie oderwana od konkretnej sprawy administracyjnej czy sądowej. Sąd konstytucyjny w Czechosłowacji przeprowadzał abstrakcyjną następczą kontrolę ustaw na wniosek sześciu konstytucyjnych organów, tj. obu izb parlamentu (Izby Posłów i Senatu), Najwyższego Sądu Administracyjnego, Sądu Najwyższego, Sądu Wyborczego i Sejmu Rusi Zakarpackiej. Konstrukcja ochrony sądowo-konstytucyjnej w ujęciu czechosłowackim zmierzała wyłącznie do zabezpieczenia obiektywnego porządku prawno-konstytucyjnego. W tym modelu kontrola konstytucyjności ustaw miała niejako tylko uboczny skutek dla ochrony podmiotowych praw obywateli. Cel ochrony obiektywnego porządku prawnego polegał wyłącznie na uznaniu niekonstytucyjnej ustawy za nieważną i tego rodzaju wyrok sądu konstytucyjnego nie oddziaływał na rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie. Wniosek o zbadanie zgodności ustawy z konstytucją przez uprawnione podmioty wymagał podjęcia uchwały bezwzględną większością głosów.

5 Konstytucja grudniowa z 1867 r. nie była jednolitym aktem. Tworzyły ją następujące ustawy zasadnicze uchwalone 21 grudnia 1867 r. (sankcję cesarską uzyskały dzień później): Ustawa zasadnicza o powszechnych prawach obywateli, Ustawa zasadnicza o ustanowieniu Trybunału Państwa, Ustawa zasadnicza o władzy sędziowskiej, Ustawa zasadnicza o peł-

cję grudniową, ustanowiły zatem dwie instytucje dla ochrony publicznych praw podmiotowych: Trybunał Państwa (*Reichsgericht*) i Trybunał Administracyjny (*Verwaltungsgerichtshof*). Obok tych dwóch trybunałów prawa publicznego istniał jeszcze Trybunał Stanu (*Staatsgerichtshof*), powołany do sądzenia ministrów pociągniętych do odpowiedzialności konstytucyjnej przez izby Rady Państwa (*Reichsrat*).

Na straży przestrzegania przez władzę publiczną powszechnych praw obywateli austriacka Konstytucja grudniowa postawiła Trybunał Państwa. Trybunał rozpoznawał zażalenia obywateli na decyzje administracyjne, które w ich przekonaniu naruszały prawa poręczone przez konstytucję. Natura prawno-ustrojowa Trybunału Państwa była niejako hybrydowa: łączył bowiem w sobie elementy sądu administracyjnego i konstytucyjnego. Orzeczenia Trybunału Państwa w zakresie ochrony praw konstytucyjnych nie miały charakteru kasacyjnego, ale deklaratoryjny. W wyroku Trybunał stwierdzał tylko, czy decyzja administracyjna naruszyła prawa konstytucyjne skarżącego lub czy naruszenie nie miało miejsca. Organ administracyjny nie był więc związany prawnie wyrokiem Trybunału Państwa, ale tylko moralnie[6]. Ochronę publicznych praw podmiotowych zapewniał w Austrii od 1876 r. Trybunał Administracyjny, który posiadał uprawnienia kasacyjne.

Trybunał Państwa otrzymał także funkcję sądu kompetencyjnego, rozstrzygającego spory kompetencyjne m.in. między administracją a sądami, między organami administracji autonomicznej i rządowej. Występował więc w podwójnej roli: jako sąd rozjemczy (*Schiedsgericht*) w zakresie sporów prawa publicznego oraz jako trybunał kompetencyjny (*Competenzgerichtshof*). Trybunału Państwa w takim ujęciu miał pełnić rolę „zwornika konstytucji" (*Schlußstein der Verfassung*). Mimo założenia, że zadaniem Trybunału Państwa miała być całościowa ochrona konstytucji, nie został on wyposażony ani w prawo kontroli zgodności ustaw z konstytucją, ani w prawo rozstrzygania sporów kompetencyjnych między ustawodawstwem państwowym i krajowym. Ograniczenie kompetencji Trybunału Państwa było świadomym działaniem twórców Konstytucji grudniowej. Uznali oni bowiem przekazanie Trybunałowi Państwa kompetencji do badania konstytucyjności ustaw za niebezpieczne z uwagi na – jak stwierdzono – „niekompletny stan ustroju państwa i smutne doświadczenia przeszłości". Nie wykluczali jednak powrotu do tej koncepcji w przyszłości[7].

nieniu władzy rządowej i wykonawczej, Ustawa zasadnicza o reprezentacji państwa. Polskie teksty ustaw są zawarte w: S. Starzyński, *Kodeks prawa politycznego, czyli austriackie ustawy konstytucyjne 1848–1903*, Lwów 1903, s. 411 i n.

6 Zob. na temat orzecznictwa Trybunału Państwa: A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii 1867–1914. Władza. Obywatel. Prawo*, Kraków 2001, s. 59 i n. Trybunał Państwa orzekał także w zakresie innych roszczeń publiczno-prawnych, których nie można było dochodzić na zwykłej drodze prawa (sądowej lub administracyjnej). Powództwa tego rodzaju mogły wytaczać poszczególne kraje monarchii, gminy, a także indywidualne osoby względem państwa. W tej dziedzinie Trybunał Państwa wydawał wyroki zasądzająco-rewizyjne.

7 Odstąpienie od pomysłu stworzenia z Trybunału Państwa sądu *sensu stricto* konstytucyjnego Wydział Konstytucyjny Izby Posłów w 1867 r. uzasadniał tak: „Bei der Unfertigkeit unserer Verfassungszustände und mit Rücksicht auf die traurigen Erfahrungen der Vergangenheit erschien aber jede Antasung der gesetzgeneden Gewalt der Vertretungskörper, jede Unterordnung derselben unter einen Richterspruch gefährlich und musste diese Frage der Zukunft überlassen bleiben". Cytat pochodzi z rozprawy G. Jellinka, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien 1885, s. 65. Jak się wydaje, twórcy Konstytucji grudniowej, odrzucając ideę Trybunału Państwa jako sądu konstytucyjnego, wskazywali na fakt, że tworzenie nowych instytucji mogło się odbywać wyłącznie w granicach istniejącego ustroju państwa. A granicę tę wyznaczała przede wszystkim zasada monarchiczna. System rządów monarchicznych zakładał, że monarcha (cesarz) był wyłącznym dzierżycielem władzy państwowej. Zob. na ten temat: Ch. Schmetterer, *Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber, Vom Absolutismus zum Konstitutionalismus*, „Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs" 2012, t. 2, s. 381–395. Monarchę uważano za jedynego ustawodawcę, gdyż rola izb parlamentu sprowadzała się do współdziałania w określeniu treści prawa. Parlament pełnił bardziej rolę reprezentanta społeczeństwa wobec monarchy niż odrębnego organu władzy ustawodawczej. Ustrój Austrii uznano zatem za niekompletny i niedokończony, bo nie został przeprowadzony podział na władzę ustawodawczą i wykonawczą w znaczeniu monteskiuszowskim. Liberałowie austriaccy w reformowaniu państwa nie wyszli więc poza propozycje

Jak wynika z powyższego, myśl o utworzeniu jednego centralnego organu sądowego w celu zapewnienia kompleksowej ochrony konstytucji towarzyszyła już twórcom austriackiej Konstytucji grudniowej w 1867 r. Natomiast w Austrii, podobnie jak w Niemczech, nie zyskał akceptacji pogląd o prawie sądów powszechnych do odmowy zastosowania ustawy sprzecznej z konstytucją. Sądy w Austrii mogły tylko badać ważność wydanych rozporządzeń[8]. Wprawdzie na czwartym zjeździe prawników niemieckich w Moguncji w 1863 r. po burzliwej dyskusji została podjęta uchwała, że sędzia w konkretnym przypadku powinien rozstrzygać, czy ustawa została uchwalona w sposób zgodny z konstytucją. Mimo to uchwały zjazdu pozostały bez praktycznego znaczenia[9].

Myśl o utworzeniu jednego centralnego organu sądowego w celu zapewnienia kompleksowej ochrony konstytucji towarzyszyła już twórcom austriackiej Konstytucji grudniowej w 1867 r.

Z czasem niemiecka nauka prawa państwowego podzieliła pogląd Paula Labanda, że rozproszony system ochrony konstytucyjności prawa zagraża bezpieczeństwu stosunków prawnych. Laband odrzucał stanowisko zakładające, że ustawa dla sądu może być niewiążąca, a dla wszystkich innych podmiotów, tj. urzędów czy poddanych, jest wiążąca zawsze. Jego zdaniem za absolutną należało przyjąć zasadę, że ustawa jest wobec wszystkich, którzy jej podlegają, albo obowiązująca, albo nieobowiązująca. Uważał, że szkodzi bezpieczeństwu prawnemu i porządkowi państwowemu sytuacja, w której każdy, w każdym przypadku, na własne ryzyko podejmowałby się badania, czy ustawa doszła do skutku w sposób zgodny z konstytucją. Stanowisko Labanda stało się rozstrzygającym argumentem dla Jellinka na rzecz koncepcji sądu konstytucyjnego jako wyłącznego organu powołanego do badania zgodności uchwalanego prawa z konstytucją[10]. Do idei przekształcenia Trybunału Państwa w Trybunał Konstytucyjny, odsuniętej w czasie przez liberałów austriackich, powrócił Georg Jellinek w 1885 r., pisząc broszurę pod znamiennym tytułem *Trybunał Konstytucyjny dla Austrii* (*Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*).

ustrojowe cesarza Franciszka Józefa I, które zawierała oktrojowana w Ołomuńcu konstytucja z 1849 r. Zaproponowana przez nich wersja Trybunału Państwa w 1867 r. opierała się na analogicznych rozwiązaniach konstytucji ołomunieckiej. Liberałowie obawiali się, że naruszenie zasady monarchicznej może spowodować odrzucenie przez cesarza uchwalonej konstytucji, czego Austria doświadczyła już w przeszłości. Powrót do idei sądu konstytucyjnego stał się zatem możliwy dopiero po upadku monarchii. Zapewne wzgląd na zasadę rządów monarchicznych był powodem tego, że Jellinek proponował prewencyjną, a nie następczą kontrolę konstytucyjności prawa.

8 Zob. art. 7 Ustawy zasadniczej z 21 grudnia 1867 r. o władzy sądowniczej, który stwierdzał: „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachten Gesetze steht den Gerichten nicht zu. Dagegen haben die Gerichte über die Gültigkeit von Verordnungen in gesetzlichem Instanzenzuge zu entscheiden", RGBL 1867/144.

9 Zob. K. Heller, *Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart*, Wien 2010, s. 70 i n. Warto zaznaczyć, że przeciwko przyznaniu sądom prawa badania konstytucyjności ustaw wypowiadał się na zjeździe Moritz von Stubenrauch, jeden z ówczesnych prominentnych austriackich znawców prawa państwowego. Zakaz badania konstytucyjności ustaw przez sądy powszechne wprowadziła już konstytucja pruska z 1850 r.

10 G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, dz. cyt., s. 22.

3. Istota ochrony konstytucyjności prawa w poglądach Georga Jellinka

Nowatorskie podejście Jellinka do kwestii badania konstytucyjności prawa polegało na tym, że wskazał na rolę trybunału konstytucyjnego jako strażnika demokratycznych reguł parlamentarnej gry politycznej. Uznał bowiem, że opozycja w sytuacji ustawodawczego dyktatu większości parlamentarnej powinna dysponować prawem złożenia do sądu konstytucyjnego wniosku o zbadanie, czy uchwalona ustawa parlamentu była zgodna konstytucją[11]. W ten sposób mniejszość parlamentarna uzyskałaby ochronę prawną przed polityczną majoryzacją ze strony rządowej większości. Z obserwacji życia parlamentarnego Austrii wyprowadził Jellinek wniosek, że także władza ustawodawcza może dopuszczać się „parlamentarnego bezprawia" (*parlamentarisches Unrecht*). W dramatycznym niemal tonie pisał, że w żadnym innym państwie projekty rządowe ustaw nie były tak kontestowane przez opozycję, jak właśnie w Austrii; że prawie każdej ważnej ustawie stawiany był zarzut niekonstytucyjności[12]. Analiza kilku przypadków austriackiego ustawodawstwa uprawniła zatem Jellinka do stwierdzenia, że większość parlamentarna uchwalała ustawy zgodne z jej polityczną wolą, ale w sposób sprzeczny z konstytucją.

Nowatorskie podejście Jellinka do kwestii badania konstytucyjności prawa polegało na tym, że wskazał na rolę trybunału konstytucyjnego jako strażnika demokratycznych reguł parlamentarnej gry politycznej.

Przyczynę tego stanu rzeczy upatrywał Jellinek w tym, że w Austrii istniał konflikt między ustawodawcą konstytucyjnym a zwykłym. Mianowicie Ustawa zasadnicza o reprezentacji państwa z 21 grudnia 1867 r. przewidywała, że do zmiany ustaw zasadniczych, tworzących Konstytucję grudniową, konieczna była większość 2/3 głosów izb parlamentu. Ale jednocześnie regulamin izby postanawiał, że do kompetencji prezydenta izby należało ustalenie, czy projekt ustawy prowadził do zmiany konstytucji, czy nie. Od decyzji prezydenta izby zależało, czy ustawa była przyjmowana kwalifikowaną większością 2/3 głosów, czy zwykłą. Jeśli prezydent izby i większość parlamentarna uznały, że projekt ustawy nie powodował zmiany Konstytucji grudniowej, to mniejszość parlamentarna, mając od-

11 Podobny mechanizm kontroli konstytucyjności ustawy przez *jury constitutionnaire* na wniosek mniejszości izby parlamentarnej przeciwko decyzji większości przewidywał w 1795 r. Emmanuel-Joseph Sieyès. Zob. Müssig U. (ed.), *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity. From Old Liberties to New Precedence*, Passau 2018, s. 368. Różnica wyrażała się jednak w tym, że Sieyès uzasadnienie dla swej koncepcji sądu konstytucyjnego wyprowadzał wprost z zasady nadrzędności konstytucji. Chodziło mu o ochronę obiektywnego porządku konstytucyjnego, także w formie *actio popularis* obywateli. Natomiast dla Jellinka potrzeba powołania sądu konstytucyjnego wynikała z konieczności ochrony trybu przyjmowania ustaw przez parlamentarną większość w zgodzie z konstytucją oraz z poszanowania prawa opozycji do współudziału w kształtowaniu treści uchwalanego prawa. W koncepcji Sieyèsa *jury constitutionnaire* była instytucją reprezentacyjną, organem bardziej politycznym niż sądowym; trybunał konstytucyjny w ujęciu Jellinka był sądem złożonym z dożywotnich sędziów zawodowych. Poza tym Sieyès przewidywał następczą kontrolę konstytucyjności ustaw, a Jellinek prewencyjną.

12 Tamże, s. 20.

mienne zdanie, nie była w stanie skutecznie obronić swego stanowiska. Z tego powodu Jellinek doszedł do przekonania, że mniejszość parlamentarna powinna dysponować środkiem prawnym przeciwko antykonstytucyjnym działaniom większości.

Głos Jellinka w sprawie utworzenia trybunału konstytucyjnego nie odbił się szerokim echem ani w świecie polityki, ani nauki[13]. Po pierwsze dlatego, że przedstawiona przez niego koncepcja sądu konstytucyjnego nie miała waloru czysto naukowego podejścia, ale była

Jellinek proponował przekształcenie austriackiego Trybunału Państwa w trybunał konstytucyjny, który na wniosek opozycji parlamentarnej sprawdzałby, czy projekt ustawy zawierał przepisy zmieniające konstytucję. Trybunał konstytucyjny miał być „długim ramieniem" opozycji w walce z politycznym dyktatem większości. Jellinek postulował prewencyjną i abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności uchwalanego prawa, która prowadziłaby do wstrzymania procesu ustawodawczego na wniosek opozycji.

Jellinek proponował zatem przekształcenie austriackiego Trybunału Państwa w trybunał konstytucyjny, który na wniosek opozycji parlamentarnej sprawdzałby, czy projekt ustawy zawierał przepisy zmieniające konstytucję. Jednym słowem, trybunał konstytucyjny miał być „długim ramieniem" opozycji w walce z politycznym dyktatem większości. Jellinek postulował prewencyjną i abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności uchwalanego prawa, która prowadziłaby do wstrzymania procesu ustawodawczego na wniosek opozycji. Trybunał konstytucyjny miałby – jego zdaniem – działać natychmiast po przedłożeniu sprawy i w ciągu krótkiego terminu byłby zobowiązany do wydania publicznego wyroku. Sądził, że orzeczenia trybunału nie byłyby szkodliwe dla pozycji ustrojowej izb parlamentu, trybunał bowiem działałby bardziej w charakterze rozjemcy niż organu posiadającego imperium władzy państwowej.

pomyślana przede wszystkim jako koło ratunkowe rzucone liberałom w walce z parlamentarną konserwatywną większością o zachowanie prawnego *status*

13 Jak napisał Jellinek: „Słowiańsko-feudalno-klerykalna większość ery rządów Taaffego oczywiście wystąpiła przeciwko mnie; nie mogąc przedłożyć najmniejszego kontrargumentu, odpowiedziała zniewagami" (tłum. własne). Zob. A.J. Noll, *Georg Jellinek's Forderung nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich* (w:) S.L. Paulson, M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, s. 274. Koncepcja Jellinka prewencyjnej kontroli konstytucyjności prawa spotkała się z negatywną oceną Heinricha Jacques'a. Uważał on bowiem, że w ten sposób partyjna agitacja wejdzie na salę rozpraw, a wyrok sądu powinien być oderwany od politycznych uwarunkowań. Zob. G. Stourzh, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit Altösterreich in den Schriften Georg Jellineks* (w:) S.L. Paulson, M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek*..., dz. cyt., s. 257.

quo ante. Liberałowie obawiali się bowiem, że nowy, konserwatywny rząd za pomocą zwykłych ustaw dokona stopniowego demontażu Konstytucji grudniowej. Po drugie, opisane naruszenia konstytucji przez rządzącą większość parlamentarną nie były tak rażące i jednoznaczne, jak przedstawiał to Jellinek, który w krytycznej ocenie ustawodawstwa prawicowego rządu w pełni przyjmował liberalny punkt widzenia[14].

Jakie zatem stwierdzone przez Jellinka antykonstytucyjne działania prawicowego rządu uzasadniały – jego zdaniem – konieczność przyznania Trybunałowi Państwa uprawnień sądu konstytucyjnego? Posłużę się jednym z czterech podanych przykładów, ponieważ na jego tle można zobaczyć cały złożony kontekst sytuacji politycznej Austrii w połowie lat 80. XIX w. Otóż po utracie władzy w 1879 r. niemiecko-liberalna mniejszość złożyła w Izbie Posłów wniosek o uchwalenie ustawy wykonawczej do art. 19 Ustawy zasadniczej o powszechnych prawach obywateli. Według treści tego artykułu wszystkie mniejszości etniczne monarchii były równouprawnione i miały nienaruszalne prawo strzeżenia swej narodowości i języka. Dalej przepis deklarował, że państwo uznaje równouprawnienie wszystkich języków krajowych w szkole, urzędzie i życiu publicznym. Inicjatywa ustawodawcza liberałów zmierzała więc do wydania ustawy, która zachowując język niemiecki jako państwowy, miała określić przepisy o używaniu języków krajowych w szkolnictwie, administracji i życiu publicznym.

Cel wniosku ustawodawczego liberałów był jasny. Chodziło o przywrócenie językowi niemieckiemu statusu państwowego, ponieważ ranga języka niemieckiego w życiu państwowym Austrii zmalała do tego stopnia, że stał się on w rzeczywistości jednym z wielu języków krajowych. Przyczynił się do tego przede wszystkim Trybunał Państwa, który przyjął w swym orzecznictwie pogląd o bezpośrednim stosowaniu normy konstytucyjnej o równouprawnieniu wszystkich języków krajowych. Trybunał prezentował od samego początku linię orzeczniczą korzystną dla obywateli, którzy domagali się respektowania prawa do posługiwania się językiem narodowym we wszystkich sferach życia publicznego. W zdecydowanej większości przypadków Trybunał orzekał o naruszeniu prawa poręczonego w art. 19 Ustawy zasadniczej o powszechnych prawach obywateli. Liberałowie przez proponowaną ustawę zmierzali zatem pośrednio do powstrzymania przyjaznej mniejszościom narodowym wykładni przepisów konstytucji, jakiej dokonywał Trybunał Państwa. Ustawowe określenie języka niemieckiego jako urzędowego miało zatem służyć zabezpieczeniu dominacji Niemców w strukturach administracyjnych państwa. Nic więc dziwnego, że większość parlamentarna, złożona także z posłów reprezentujących interesy słowiańskich mniejszości, zinterpretowała wniosek opozycji jako sprzeczny z konstytucyjną normą i w głosowaniu *a limine* odrzuciła go.

Inicjatywa liberałów austriackich była szczególnie groźna dla interesów Galicji, ponieważ od 1869 r. na mocy rozporządzeń rządowych językiem urzędowym w stosunkach zewnętrznych i wewnętrznych administracji był język polski. Dlatego właśnie politycy polscy byli *spiritus movens* akcji politycznej, która doprowadziła ostatecznie do storpedowania inicjatywy ustawodawczej liberałów[15]. Faktyczną osią

14 Zob. A. Dziadzio, *Idea Trybunału Konstytucyjnego Georga Jellinka* (w:) M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli (red.), *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013, s. 184–185; tenże, *Weltliche oder konfessionelle Schule? Der Streit um den Religionsunterricht in der Donaumonarchie nach der Ära des Liberalismus*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2017, t. 10, z. 1, s. 38 i n.

15 Dowiadujemy się o tym z pamiętników Stanisława Madeyskiego, który otrzymał od prezesa Koła Polskiego w austriackiej Izbie Posłów Kazimiera Grocholskiego zadanie przygotowania prawnej opinii co do zasadności przedłożonego wniosku. Madeyski za sprawą Grocholskiego wszedł w skład komisji parlamentarnej powołanej do oceny wniosku liberałów i został jej przewodniczącym. Grocholski udzielił Madeyskimu wyraźnej instrukcji: rolą jego jako referenta komisji na forum parlamentu miało być wykazanie, że regulowanie spraw narodowościowych i językowych nie należało do kompetencji Rady Państwa. Gdy Madeyski po przestudiowaniu austriackiego ustawodawstwa stwierdził, że jednak Rada Państwa posiadała kompetencje ustawodawcze w tej dziedzinie, podzieliwszy się swoim „odkryciem" z Grocholskim, otrzymał od niego następującą reprymendę: „Na to Grocholski zadaje mi pytanie: a kto się pana pyta, do kogo kompetencja w tej

sporu między większością a mniejszością parlamentarną – jak słusznie zauważył Jellinek – była kwestia prawna odnosząca się do tego, czy Izba Posłów miała kompetencję ustawodawczą do regulowania kwestii językowych i narodowościowych. Dlatego domagał się

połowie XIX w. polegał na tym, że antykonstytucyjne działania większości parlamentarnej *de facto* broniły praw mniejszości narodowych przeciwko planom liberalnej opozycji powrotu do polityki centralizacji i germanizacji.

Paradoks politycznej sytuacji Austrii w drugiej połowie XIX w. polegał na tym, że antykonstytucyjne działania większości parlamentarnej *de facto* broniły praw mniejszości narodowych przeciwko planom liberalnej opozycji powrotu do polityki centralizacji i germanizacji.

on, aby spór dotyczący interpretacji konstytucji był rozstrzygany wiążąco przez Trybunał Państwa. Koalicja rządząca, odrzucając inicjatywę ustawodawczą liberałów, postąpiła arbitralnie i wbrew konstytucji, sprawy narodowościowe wchodziły bowiem w zakres ustawodawczych uprawnień parlamentu austriackiego. Ale podobnie jak Trybunał Państwa wychodziła ona z założenia, że art. 19 Ustawy zasadniczej o powszechnych prawach obywateli stanowił samoistną podstawę do regulowania stosunków narodowościowych, bez konieczności wydawania ustawy wykonawczej. Paradoks politycznej sytuacji Austrii w drugiej

sprawie należy? Wystarczy, jeżeli pan wykażesz, że nie należy do Rady Państwa. A gdy mu odrzekłem, że jako prawnikowi, docentowi Uniwersytetu trudno mi milcząco przyznać się do tego, jakobym nie wiedział, gdzie leży kompetencja, odpowiedział Grocholski: pan tu nie jesteś ani prawnikiem, ani docentem tylko referentem, który reprezentuje pewne stronnictwa polityczne (…). W polityce mówi się wtedy dopiero, kiedy tego potrzeba. Tutaj potrzeby takiej nie ma. A przecież przez to, że pan czegoś nie powiesz nie wynika, że pan tego nie wiesz". Bliżej na ten temat zob. A. Dziadzio, Orzeczenia *austriackiego Trybunału Państwa w ocenie polskiej nauki prawa (XIX/XX w.)*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 2007, t. 10, s. 220–221.

4. Droga republiki niemiecko-austriackiej do sądu konstytucyjnego

Tak czy inaczej, przedstawiona przez Jellinka koncepcja sądu konstytucyjnego, o wyraźnej liberalnej proweniencji, nie spotkała się z pozytywnym odzewem ani ze strony „żelaznego pierścienia prawicy", ani żadnego późniejszego konserwatywnego austriackiego rządu przed 1918 r. Dopiero upadek monarchii i powstanie niemiecko-austriackiego państwa wysunęły na plan pierwszy kwestię utworzenia trybunału konstytucyjnego w ramach dyskusji nad podstawami ustrojowymi nowego państwa. Postanowieniem Tymczasowego Zgromadzenia Narodowego (*Provisorische Nationalversammlung*) z 30 października 1918 r. zostały utrzymane w mocy ustawy i instytucje dawnej Austrii, w tym także Trybunał Państwa, ale tylko przejściowo, do czasu wprowadzenia nowego ustawodawstwa[16].

16 Zob. *Beschluß der Provisorichen Nationalversammlung vom 30. October 1918 über die grundgelegenden Einrichtungen der Staatsgewalt*, § 16 (w:) Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich am 15. November 1918, nr 1, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=sgb&datum=1918 (dostęp: 3.11.2018).

Zgodnie z tą zapowiedzią 25 stycznia 1919 r. została wydana Ustawa o utworzeniu niemiecko-austriackiego Trybunału Konstytucyjnego, który przejął wszystkie zadania dawnego Trybunału Państwa. Pozostały także w mocy obowiązującej przepisy o jego wewnętrznej organizacji. Republika niemiecko-austriacka w pierwszym etapie budowy ustroju państwa utrzymała bez zmian model ochrony konstytucji z czasów habsburskich[17]. Trybunał Państwa stał się wprawdzie Trybunałem Konstytucyjnym, jak tego chciał Jellinek, ale bez możliwości badania zgodności ustaw z konstytucją.

Dopiero pierwsza systemowa zmiana kompetencji austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 14 marca 1919 r. nawiązywała wprost do koncepcji Jellinka, który za istotną funkcję sądu konstytucyjnego uważał rozsądzanie konfliktów między ustawodawstwem państwowym (związkowym) a krajowym. Ustawa o reprezentacji narodu (*Volksvertretung*) wprowadziła bowiem prewencyjną kontrolę konstytucyjności ustaw krajowych przez Trybunał Konstytucyjny na wniosek rządu federalnego. Na rząd krajowy ustawa nałożyła obowiązek przedkładania rządowi państwa wszystkich uchwalonych ustaw krajowych przed ich ogłoszeniem. W ciągu 14 dni od zawiadomienia o uchwalonej ustawie krajowej rząd centralny mógł złożyć skargę do Trybunału Konstytucyjnego uzasadnioną jej niekonstytucyjnością. Ogłoszenie ustawy krajowej mogło nastąpić dopiero, gdy Trybunał uznał jej zgodność z konstytucją. Trybunał Konstytucyjny miał wydać orzeczenie w ciągu miesiąca[18].

Natomiast na podstawie ustawy z 3 kwietnia 1919 r. Trybunał Konstytucyjny przejął kompetencje dawnego Trybunału Stanu (*Staatsgerichtshof*), stając się odtąd w I Republice Austriackiej instytucją powołaną także do rozpoznawania skarg o pociągnięcie do odpowiedzialności konstytucyjnej najwyższych urzędników państwowych i krajowych[19]. Ustawa zmieniła również charakter prawny wyroków Trybunału Konstytucyjnego wydawanych w sprawach o naruszenie przez administrację praw konstytucyjnych obywateli. Wyrok Trybunału stwierdzający naruszenia prawa skarżącego wiązał odtąd prawnie organ administracyjny. Wyrok Trybunału miał skutek kasacyjny, a nie wyłącznie deklaratoryjny[20].

5. Trybunał Konstytucyjny z 1920 r. a abstrakcyjna kontrola konstytucyjności ustawy

Najpoważniejsza zmiana funkcji Trybunału Konstytucyjnego, w porównaniu z dawnym Trybunałem Państwa, polegająca na przyznaniu mu prawa do ba-

17 *Gesetz vom 25. Jänner über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes. Staatsgesetzblatt den Staat Deutschösterreich*, 18 Stück, nr 48. W paragrafie 1 ustawa stwierdzała wprost: „Zur Erfüllung der dem ehemaligen östereichschen Reichsgerichte zugewiesenen Aufgaben wird für das Staatsgebiet Republik Deutschöstereich in Wien ein Verfassungsgerichtshof errichtet". Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=sgb&datum=191 (dostęp: 3.11.2018).

18 *Gesetz vom 14. März 1919 über Volksvertretung*, art. 15 (w:) Staatsgesetzblatt den Staat Deutschösterreich am 15. März 1919, nr 179, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=sgb&datum=1918 (dostęp: 3.11.2018).

19 Zob. także *Ustawa konstytucyjna z 1920 r.*, art. 142 (w:) Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich am 5. October 1920, nr 450, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=sgb&datum=1920&pos=83&size=45 (dostęp: 3.11.2018).

20 Zob. *Gesetz vom 3. April 1919, womit die Aufgabe des ehemaligen Statsgerichtshofes auf den Deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshof übertragen und das Gesetz vom 25. Jänner 1919*, Staatsgesetzblatt, nr 48, über die Errichtung eines Deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshof abgeändert und ergänzt wird, nr 212, art. II ustęp 5, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=sgb&datum=1918 (dostęp: 3.11.2018). Zmiana ta bez wątpienia był pokłosiem dyskusji, jaka przetoczyła się w Austrii w 1913 r. w związku z wyrokiem Trybunału Państwa, w którym stwierdzono, że nieuchylony przez organ administracyjny zakaz działalności „politycznego klubu wolnomyślicieli" nadal pozostawał w mocy, mimo jego wyroku o niezgodności tego zakazu z konstytucyjną gwarancją wolności zrzeszania się. Tuż przed wybuchem wojny coraz głośniej domagano się przyznania wyrokom Trybunału Państwa mocy kasacyjnej na wzór uprawnień Trybunału Administracyjnego. Zob. dokładnie na ten temat: A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii…*, dz. cyt., s. 85–87.

dania zgodności ustaw z konstytucją, wynikała jednak w 1920 r. przede wszystkim z konieczności zabezpieczenia federacji. Odżyła w ten sposób w republikańskiej Austrii dawna myśl Jellinka, że państwo federacyjne bez sądu konstytucyjnego nie jest państwem prawa w ścisłym znaczeniu. W związku z tym Trybunał Konstytucyjny miał pełnić przede wszystkim rolę strażnika konstytucyjnego podziału kompetencji ustawodawczych między federacją a krajami związkowymi[21]. Zgodnie z przepisami konstytucji austriackiej Trybunał Konstytucyjny kontrolował zgodność ustawy krajowej z konstytucją federalną na wniosek rządu państwa. Z kolei z inicjatywy rządu krajowego oceniał konstytucyjność ustawy federalnej[22]. Należy zatem zauważyć, że w badaniu konstytucyjności ustaw z inicjatywy bądź rządu krajowego, bądź federalnego nie chodziło o stwierdzenie zgodności lub sprzeczności materialnej treści ustawy z konstytucją. Istota orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego polegała w tym przypadku na rozstrzygnięciu kwestii, jakiemu organowi władzy ustawodawczej – federalnemu czy krajowemu – służy prawo do wydania konkretnej regulacji prawnej[23]. Tego rodzaju badanie konstytucyjności prawa przez Trybunał Konstytucyjny nie było zatem *sensu stricto* kontrolą o charakterze abstrakcyjnym. Przesłankę bowiem do jej zainicjowania stanowiło naruszenie uprawnień kompetencyjnych określonych w konstytucji organów władzy publicznej[24].

Najpoważniejsza zmiana funkcji Trybunału Konstytucyjnego, w porównaniu z dawnym Trybunałem Państwa, polegająca na przyznaniu mu prawa do badania zgodności ustaw z konstytucją, wynikała w 1920 r. przede wszystkim z konieczności zabezpieczenia federacji. Odżyła w ten sposób w republikańskiej Austrii dawna myśl Jellinka, że państwo federacyjne bez sądu konstytucyjnego nie jest państwem prawa w ścisłym znaczeniu.

21 Zob. w tej kwestii: C. Jabloner, *Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Zuge des Staatsumbaues 1918 bis 1920*, „Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs" 2011, t. 2, s. 213 i n.

22 *Gesetz vom 1. October 1920, womit Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird Bundesverfassungsgesetz* (w:) Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich am 5. October 1920, nr 450. Zob. art. 140, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=sgb&datum=1920&pos=83&size=45 (dostęp: 3.11.2018).

23 T. Öhlinger, *Die Verfssungsgerichtsbarkeit in Österreich. Der Wandel von Funktionen un Methoden in einer neuzig-jährigen Geschichte* (w:) Ch. Boulanger, A. Schulze, M. Wrase (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts*, Baden-Baden 2013.

24 Zob. *Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes. Neue Folge*, 1924, t. 4, nr 328, E.v. 27 Juni 1924, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=vfb&datum=0004&page=139&size=45 (dostęp: 3.11.2018).
W niniejszej sprawie wniosek złożył rząd krajowy o uchylenie noweli do ustawy państwowej o ubezpieczeniach chorobowych, jako niezgodnej z konstytucją na tej podstawie, że kon-

Prawo do zbadania konstytucyjności ustawy federalnej lub krajowej przysługiwało Trybunałowi Konstytucyjnemu także z urzędu, ale tylko w przypadku, gdyby taka ustawa stanowiła przesłankę do wydania orzeczenia w konkretnej sprawie. Trybunał Konstytucyjny mógł więc z urzędu, w osobnym postępowaniu, przeprowadzić kontrolę konstytucyjności ustawy, np. w dniu ogłoszenia przez kanclerza lub władze krajowe, chyba że Trybunał określił inny termin utraty ważności ustawy, który nie mógł przekraczać sześciu miesięcy.

Z tego ogólnego opisu kompetencji austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 1920 r. wynika konkluzja, że przeprowadzał on co do zasady konkretną następczą kontrolę konstytucyjności prawa[26]. Nie

Z ogólnego opisu kompetencji austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 1920 r. wynika konkluzja, że przeprowadzał on co do zasady konkretną następczą kontrolę konstytucyjności prawa.

wtedy, gdyby wyrok w sprawie wniesionego zażalenia na naruszenie prawa poręczonego przez konstytucję zależał od tego, czy ustawa stanowiąca podstawę decyzji administracyjnej była zgodna, czy też sprzeczna z konstytucją[25]. Na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego ustawa sprzeczna z konstytucją podlegała uchyleniu. Wyrok o uchyleniu ustawy wchodził w życie przebiła się wówczas do świadomości austriackich elit politycznych i prawniczych idea sądu konstytucyjnego Jellinka. Jak była o tym mowa wcześniej, wizja sądu konstytucyjnego Jellinka zakładała abstrakcyjną kontrolę zgodności ustaw z konstytucją na wniosek parlamentarnej mniejszości w celu uzyskania ochrony przed politycznym dyktatem rządzącej większości, wykraczającym poza ramy porządku konstytucyjnego. Nie podnosił jej wówczas także Kelsen[27], który do

stytucja nie zmieniła dotychczasowego podziału kompetencji między państwem a krajami w dziedzinie ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń zdrowotnych.

25 Zob. *Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes. Neue Folge*, 1924, t. 4, nr 259, E.v. 22 Jänner 1924. Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=vfb&datum=0004&page=56&size=45 (dostęp: 3.11.2018). W tej sprawie została wniesiona skarga na decyzję o wydaleniu z terenu gminy z uzasadnieniem, że naruszyła ona konstytucyjne prawo do wyboru miejsca zamieszkania i prawa do przesiedlania się. Trybunał Konstytucyjny z urzędu zbadał zgodność ustawy stanowiącej podstawę decyzji o wydalenie z konstytucją, ponieważ jak stwierdził: „bildet die Verfassungsmäßigkeit der beiden in dem Urteilspruch angefürten Gesetzesstellen eine Voraussetzung für das vom Verfassungsgerichtshof zu fällende Erkenntniss". Wprawdzie Trybunał Konstytucyjny w osobnym postępowaniu rozstrzygał ogólnie ujętą kwestię zgodności przepisów ustawy z konstytucją, ale zawsze w powiązaniu z rozpoznawaną konkretną sprawą.

26 Nowelizacja ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 1929 r. uzupełniła zakres sprawowanej przezeń konkretnej kontroli konstytucyjności ustaw przez przyznanie Sądowi Najwyższemu i Trybunałowi Administracyjnemu prawa złożenia wniosku o zbadanie konstytucyjności ustawy krajowej lub federalnej, o ile taka ustawa stanowiła przesłankę wydania orzeczenia w konkretnej sprawie. Zob. § 60 *Bundesverfassungsgesetz vom 7 December 1929, betreffend einige Abänderungen des Bundesverfasungsgesetz vom 1. October 1920*, (w:) BGBL 392/1929, Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts und Gesetzestexhte, http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=bgb&datum=1929&page=1363&size=45 (dostęp: 3.11.2018).

27 W 1923 r. Kelsen pisał, że wektorem jego prac nad projektem konstytucji było zachowanie z dawnych instytucji wszystkiego, co przydatne w nowych warunkach, oraz kontynuacja ustrojowo-prawnych instytucji w największym możliwym stopniu. Zob. T. Olechowski, *Das Bundes-Verfassungsgesetz*

myśli Jellinka powrócił dopiero w 1929 r., gdy przyszło mu odpierać zarzut, że sądownictwo konstytucyjne godzi w zasadę demokracji[28].

W książce *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* Kelsen pisał: „Specyfika konstytucyjnej formy państwa, której istota leży w tym, że zmiana konstytucji związana jest ze zwiększoną większością, oznacza, że pewne fundamentalne kwestie mogą być rozwiązane tylko z udziałem mniejszości (…) Zgodność ustaw z konstytucją jest dlatego w największym interesie mniejszości, obojętnie jakiego jest rodzaju, czy chodzi o klasową, narodową, czy religijną, której interesy są chronione w jakikolwiek sposób przez konstytucję (…) Jeśli istoty demokracji nie postrzega się jako bezgranicznego panowania większości, lecz jako stały kompromis między reprezentowanymi w parlamencie większościowymi i mniejszościowymi grupami, wtedy sądownictwo konstytucyjne jest szczególnie zdatnym środkiem do urzeczywistnienia jej idei"[29]. W tym krótkim wywodzie Kelsen odwołał się wprost do argumentacji Jellinka, który – jako pierwszy – ochronę praw mniejszości powiązał z przestrzeganiem konstytucji przez większość parlamentarną i postulował kontrolę konstytucyjności ustaw przez niezależny organ państwowy na wniosek opozycji. Dziś powszechnie argumentację tę przytacza się jako *ultima ratio* w dyskusji o demokratycznej legitymacji sądu konstytucyjnego[30].

W tym krótkim wywodzie Kelsen odwołał się wprost do argumentacji Jellinka, który – jako pierwszy – ochronę praw mniejszości powiązał z przestrzeganiem konstytucji przez większość parlamentarną i postulował kontrolę konstytucyjności ustaw przez niezależny organ państwowy na wniosek opozycji.

6. Podsumowanie

W podsumowaniu należy stwierdzić, że model ochrony konstytucji przyjęty w 1920 r. przez I Republikę austriacką opierał się w głównej mierze na instytucjach prawno-ustrojowych z czasów habsburskich, które zostały dostosowane do nowej, federacyjnej formy ustrojowej państwa[31]. Analiza podstaw

(1920) (w:) H. Fischer (Hrsg.), *100 Jahre Republik. Meilensteine und Wendepunkte in Österreich 1918–2018*, Wien 2018, s. 46.

28 Poglądy Kelsena na demokrację nie były stałe ani niezmienne. W 1920 r., czyli w czasie przygotowywania projektu konstytucji, Kelsen rozumiał demokrację podobnie jak Jean-Jacques Rousseau, który zasadę podziału władz odrzucał jako niedemokratyczną. Zob. T. Olechowski, *Die dritte Flughafenpiste und das Ende des Kelsen-Merklschen Verwaltungsmodells* (w:) F. Kronschläger i in., *Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts*, Wien 2018, s. 1.

29 R.Ch. van Ooyen, *Bundesverfassungsgericht und politische Theorie. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2015, s. 42 (tłum. własne).

30 O argumentach Kelsena przeciwko zarzutom o braku legitymacji sądu konstytucyjnego z uwagi na zasadę suwerenności parlamentu i podziału władzy pisał M. Granat, *Legitymacja sądu konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, „Przegląd Sejmowy" 1999, t. 4 (33), s. 15 i n.

31 Republikański Trybunał Konstytucyjny, podobnie jak Trybunał Państwa, orzekał o roszczeniach publiczno-prawnych, których nie można było dochodzić na zwykłej drodze prawa (§ 137), rozpoznawał konflikty kompetencyjne, z tym jednak, że przekazano mu np. rozstrzyganie sporu o właściwość

prawnych jurysdykcji Trybunału Konstytucyjnego przekonuje, że doszło w tym przypadku bardziej do transferu konstrukcji prawnych doby monarchicznej niż do powstania nowego typu sądownictwa konstytucyjnego, które chroniłoby obiektywny porządek konstytucyjny za pomocą abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności prawa, jak ma to miejsce współcześnie. W szczególności Trybunał Konstytucyjny I Republiki Austriackiej nie posiadał prawa kontroli ustaw na wniosek parlamentarnej mniejszości, tak jak to proponował najpierw Jellinek, a później Kelsen. Kontrola konstytucyjności prawa w Austrii w tamtym czasie miała charakter co do zasady konkretny.

Bibliografia

Brauneder W. (Hrsg.), *Juristen in Österreich*, Wien 1987.

Dziadzio A., *Idea Trybunału Konstytucyjnego Georga Jellinka* (w:) M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli (red.), *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013.

Dziadzio A., *Monarchia konstytucyjna w Austrii 1867–1914. Władza. Obywatel. Prawo*, Kraków 2001.

Dziadzio A., *Weltliche oder konfessionelle Schule? Der Streit um den Religionsunterricht in der Donaumonarchie nach der Ära des Liberalismus*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2017, t. 10, z. 1, s. 31–70.

Dziadzio A., *Orzecznictwo austriackiego Trybunału Państwa w ocenie polskiej nauki prawa (XIX/XX w.)*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 2007, t. 10, s. 215–228.

Granat M., *Legitymacja sądu konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, „Przegląd Sejmowy" 1999, t. 4 (33), s. 9–19.

Heller K., *Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von Anfängen bis zur Gegenwart*, Wien 2010.

Jabloner C.., *Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Zuge des Staatsumbaues 1918 bis 1920*, „Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs" 2011, t. 2, s. 223–225.

Jellinek G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien 1885.

Mikuli P., *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa, Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007.

Müssig U. (ed.), *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity. From Old Liberties to New Precedence*, Passau 2018.

Noll A.J., *Georg Jellinek's Forderung nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich* (w:) S.L. Paulson, M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000.

Olechowski T., *Von Georg Jellinek zu Hans Kelsen* (w:) E. Röhrlich (Hrsg.), *Migration und Innovation um 1900. Perspektiven auf das Wien der Jahrhundertwende*, Wien 2016.

Olechowski T., *Das Bundes-Verfassungsgesetz (1920)* (w:) H. Fischer (Hrsg.), *100 Jahre Republik. Meilensteine und Wendepunkte in Österreich 1918–2018*, Wien 2018.

Olechowski T., *Die dritte Flughafenpiste und das Ende des Kelsen-Merklschen Verwaltungsmodells* (w:) F. Kronschläger i in., *Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts*, Wien 2018.

Ooyen R.Ch. van, *Bundesverfassungsgericht und politische Theorie. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2015.

Osterkamp J., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939). Verfassungsidee-Demokratieverständniss-Nationalitätenproblem*, Frankfurt am Main 2009.

Őhlinger T., *Die Verfssungsgerichtsbarkeit in Österreich. Der Wandel von Funktionen un Methoden in einer neuzig-jährigen Geschichte* (w:) Ch. Boulanger, A. Schulze, M. Wrase (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts*, Baden-Baden 2013.

Schmetterer Ch., *Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber, Vom Absolutismus zum Konstitutionalismus*, „Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs" 2012, t. 2, s. 381–395.

Starzyński S., *Kodeks prawa politycznego, czyli austriackie ustawy konstytucyjne 1848–1903*, Lwów 1903.

Stourzh G., *Verfassung und Verfassungswirklichkeit Altösterreich in den Schriften Georg Jellineks* (w:) S.L. Paulson, M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000.

z Trybunałem Administracyjnym, więc miał on zdanie ostateczne (spory między Trybunałem Państwa a Trybunałem Administracyjnym orzekały senaty mieszane), orzekał także z powodu naruszenia praw konstytucyjnych przez organy władzy administracyjnej. Natomiast inaczej niż wcześniej Trybunałowi Konstytucyjnemu przysługiwało badanie zgodności rozporządzeń i aktów niższej rangi z konstytucją na wniosek sądów w konkretnych sprawach. Odmiennie niż dawniej pełnił Trybunał Konstytucyjny także funkcję Trybunału Stanu.

Artykuł stanowi rozszerzoną wersję referatu wygłoszonego na naukowym seminarium zorganizowanym w ramach II Okrągłego Stołu Prawa Konstytucyjnego przez prof. Mirosława Granata na Uniwersytecie im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego w Warszawie.

Christoph-Eric Mecke

Dyskurs o zasadniczej myśli prawniczej w „Themis Polskiej" (1828–1830) na tle programu historycznej szkoły prawa w Niemczech

Christoph-Eric Mecke

Doktor nauk prawnych, wykładowca w Brunswick European Law School Ostfalia w Wolfenbüttel oraz na Uniwersytecie im. Leibniza w Hanowerze (Niemcy). W pracy badawczej zajmuje się historią teorii, filozofii i dogmatyki prawa szczególnie w XIX w. oraz studiami prawnoporównawczymi głównie w dziedzinie prawa cywilnego.

mecke@jura.uni-hannover.de

https://orcid.org/0000-0002-3273-782X

Discourse on Fundamental Legal Issues in „Themis Polska" (1828–1830) in Light of the Programme of the Historical School of Jurisprudence in Germany

Shortly before the suppression of the November Uprising of 1830/31, jurisprudence in the Kingdom of Poland underwent a phase of renewal driven by a new generation of well-trained young legal scholars. In 1828 they founded "Themis Polska", the first law journal in Poland to take a scientific approach in reference to its famous French precursor "Thémis". The new professional journal quickly became a public platform for debate among legal scholars in the Kingdom of Poland on the past, present and future of Polish law. Three fundamental questions engaged the jurists of the time. Firstly, the role of Roman law in the Polish history. In light of the Western European reception of Roman law, a fundamental subject of discussion at the core of this was the question as to what role Roman law should play in Poland of the future. Secondly, following contemporary controversies in Germany under the new watchwords "nation" and "history", the question of the relationship between history, philosophy and the dogmatics of law had also been raised in Polish jurisprudence. The third question referred to the future codification of Polish civil law. This discussion also followed on from the famous codification debate that had taken place in Germany fifteen years earlier.

Słowa kluczowe: Themis Polska, prawo rzymskie w Polsce, teoria i praktyka prawa, narodowa kodyfikacja prawa, historyczna szkoła prawa w Niemczech

Key words: Themis Polska, Roman law in Poland, theory and practice of law, national codification of law, Historical School of Jurisprudence in Germany

1. Założenia programowe „Themis Polskiej" mające na celu ożywienie polskiej nauki prawa

W roku 1828 w Królestwie Polskim ukazał się pierwszy zeszyt „Themis Polskiej", „pierwsz[ego] polskojęzyczn[ego] czasopism[a] o aspiracjach naukowych" w dziedzinie prawa[1]. W chwili wydania pierwszego numeru pisma młodzi redaktorzy z pewnością nie domyślali się, jak mało czasu miało im być dane na w miarę wolną, publiczną dyskusję o przyszłości polskiego prawa, a jak dużo mimo to uda im się osiągnąć aż do wybuchu powstania listopadowego. Kiedy zaledwie po trzech latach prac publikacyjnych, z opóźnieniem spowodowanym działaniami wojskowymi po wybuchu powstania, w roku 1831 lub 1832 ukazał się ostatni tom czasopisma, merytorycznie ukończony w większej części jeszcze w listopadzie 1830 r.[2], redaktorzy „Themidy Polskiej", jak pismo to nazywano w ówczesnym brzmieniu, z dumą mogli spojrzeć na osiem tomów obejmujących niemal 3 tys. drukowanych stron. Już sam fakt stworzenia pisma o tak dużej objętości jest godny podziwu. Jednak biorąc pod uwagę jedynie liczbę stron pierwszej serii „Themis Polskiej", nie można by w sposób odpowiedni docenić tego wielkiego wyczynu młodego pokolenia prawników Królestwa Polskiego, które wykształcenie zdobywało w latach 20. XIX w. na nowo założonym Uniwersytecie Warszawskim, a często również za granicą, podczas studiów uzupełniających głównie w Niemczech i we Francji[3]. Nawet jeśli nie każdy artykuł opublikowany na łamach czasopisma był na jednakowo wysokim poziomie naukowym oraz biorąc pod uwagę, że ze względu na pozycję „Themidy" jako pierwszego i jedynego *stricte* prawniczego czasopisma jego redaktorzy mieli do zaspokojenia całkiem różne – z jednej strony teoretyczne, a z drugiej praktyczne – oczekiwania czytelników, to i tak śmiało można powiedzieć, że wraz z pojawieniem się pierwszej serii tego pisma rodziła się polska nauka prawa, która w sposób bezpośredni włączyła się do ówczesnych prawno-metodologicznych i prawno-historycznych dyskusji na szczeblu europejskim. Był to także świadomie obrany cel i zamierzenie redaktorów „Themis Polskiej", wyznaczone już w momencie publikacji pierwszego zeszytu – po długim okresie, w którym nauka prawa za czasów pierwszej Rzeczypospolitej Polskiej traciła lub nigdy nie mogła uzyskać praktycznego znaczenia dla orzecznictwa. Szczególnie „sądy ziemskie nie potrzebowały nigdy jurystów wykształconych na uniwersytecie"[4], mimo że – lub właśnie dlatego że – prawo ziemskie było „prawem warstwy rządzącej i odgrywające główną rolę w życiu społecznym"[5]. Ten brak postępującej akademizacji sądownictwa polskiego w pierwszej

1 Zob. również W. Witkowski, *Szczytna prudenta godność – „Themis Polska" i twórczość w niej Aleksandra Thisa*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 2006, nr 9(2), s. 406 („stała się pierwszą publiczną trybuną dla różnorakich poglądów").

2 Zob. P.Z. Pomianowski, *Początki polskiego czasopiśmiennictwa prawniczego. Seria pierwsza „Themis Polskiej"*, Warszawa 2015, s. 83 i n., na temat datowania wydania ostatniego zeszytu, które „okazuje się niełatwe". W. Witkowski, *Themis Polska – die erste polnische Rechtszeitschrift (1828–1830)* (w:) M. Stolleis, T. Simon (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt am Main 2006, s. 160 i n., wskazuje na „bibliografię prawniczą polską XIX i XX" Adolfa Suligowskiego (Warszawa 1911), według którego ósmy tom został opublikowany w 1832 r., po ukończeniu jeszcze w 1831 r. ostatniego, czwartego zeszytu pisma. Publikacja nastąpiła za zgodą władz carskich, pod redakcją Romualda Hubego, który jako ostatni z redaktorów przebywał wtedy jeszcze w Warszawie.

3 Trafnie wyraża to nawet już sam tytuł artykułu W. Witkowskiego, *Nowe pokolenie prawników Królestwa Polskiego I połowy XIX wieku*, „Rejent" 2000, nr 10, s. 186, o tworzącej się po 1820 r. nowej grupie „młodych prawników – zaczynając[ej] karierę w wymiarze sprawiedliwości i jednocześnie prezentując[ej] wyraźne ambicje naukowe". Zob. również: W. Witkowski, *Szczytna prudenta godność…*, dz. cyt., s. 393–396, 401 oraz S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa 2011, s. 46–62; B. Hordecki, J. Sobczak, *Trzy Themis Polskie*, „Themis Polska Nova" 2011, nr 1 (1), s. 15, 17. O Karolu Boromeuszu Aleksandrze Hoffmanie i Romualdzie Hubem jako pomysłodawcach i organizatorach całego przedsięwzięcia wydawniczego oraz o całym składzie zespołu redakcyjnego i o autorach szczegółowo P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 57–72.

4 J. Kodrębski, *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990, s. 13.

5 Tamże, s. 27. Zob. również J. Sondel, *Aleksander Mickiewicz i jego poglądy na tle sporu z początków XIX wieku na temat roli prawa rzymskiego w dawnej Polsce*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2004, s. 16.

Rzeczypospolitej, spowodowany nie tylko, choć w dużej mierze, przez szlachtę[6], był chyba najważniejszą przyczyną istnienia na początku XIX w. innego stanu prawniczego na terenach polskich, a innego na przykład w Niemczech. Podkreśla to wybitny uczony prawnik Jan Kodrębski: „istotną rolę odgrywała tu kwestia związana z nieistnieniem w dawnej Rzeczypospolitej stanu czy zawodu prawniczego. Na Zachodzie Europy z recepcją prawa rzymskiego, jako prawa uczonego i wymagającego nauki uniwersyteckiej, związane jest powstanie zwłaszcza we Francji i Niemczech – odrębnego stanu prawniczego (…). W Polsce do powstania takiego stanu nie dochodzi na skutek – między innymi – wyraźnej wrogości szlachty do prawników od niej niezależnych. Stanowiska sądowe obsadzali ludzie (…) nie będący zawodowymi prawnikami. (…) w Polsce szlachta zapewniwszy sobie władzę ustawodawczą, chciała zatrzymać również władzę sądową, nie przekazując jej ani królewskim urzędnikom, ani niezależnym od niej fachowcom”[7].

Również założyciele pierwszej serii „Themis Polskiej” byli świadomi tego faktu. Ci młodzi prawnicy, powracający z ówczesnych centrów nauki prawa za granicą, pragnęli raz na zawsze zmienić ten stan i nadrobić „opóźnienie cywilizacyjne Polski”[8], jak pisał niedawno Jan Kodrębski i jak już w 1814 r. publicznie ubolewał Jan Wincenty Bandtkie (1783–1846)[9]. Do pracy Bandtkiego *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraiu* (…), opartej na dwóch prelekcjach wygłoszonych przez uczonego 3 i 4 października 1814 r. w Warszawskiej Szkole Prawa i Administracji, nawiązywał bezpośrednio programowy artykuł wstępny pierwszego zeszytu „Themis Polskiej” z roku 1828[10]:

„Nie potrzeba tam [w pierwszej Rzeczypospolitej Polskiej] było nauki prawa (…). Nie mieliśmy nigdy prawa, któreby do urzędów sądowniczych wymagało stopni akademickich lub iakichkolwiek dowodów usposobienia”[11].

„(…) od czasu iak naukę prawa przywiązano do maiątku i urodzenia, od czasu iak uznano, iż ten tylko iest uczonym i do usług publicznych zdolnym, w kim krew szlachecka płynie; iedném słowem od czasu iak urzędy sądownicze stały się obieralne, iak sędziowie i mecenasi *rodzić* się zaczęli (…), nauka prawa, stawszy się niepotrzebną, sama przez się znikła”[12].

„Ztąd pisząc historyą nauki prawa w naszym kraiu, trzeba pisać nie historyą iéy wzrostu, ale historyą przeszkód z którémi walczyła, i nareszcie upadku”[13].

Brak postępującej akademizacji sądownictwa polskiego w pierwszej Rzeczypospolitej spowodowany był nie tylko, choć w dużej mierze, przez szlachtę.

6 M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003, s. 130 i n.

7 J. Kodrębski, *Prawo rzymskie*…, dz. cyt., s. 29 i n.

8 Tamże, s. 28.

9 J.W. Bandtkie, *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraiu w szczególności, a o użytku onéyże w ogólności*, Warszawa 1814, s. 14–15, 22, 37.

10 K.B. Hoffman, *O stanie nauki prawa w naszym kraiu*, „Themis Polska” 1828, t. 1, s. 12. Co prawda ten pierwszy artykuł pierwszego zeszytu nowego czasopisma nie jest podpisany pełnym nazwiskiem Hoffmana, lecz jedynie kryptonimem „H – n”, ale wszystko wskazuje na to, że autorem wstępnego artykułu „Themis Polskiej” jest Karol Boromeusz Aleksander Hoffman, obok redaktora głównego Romualda Hubego drugi redaktor, bez którego „nie byłoby „Themis Polskiej””. Zob. S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme*…, dz. cyt., s. 47–50. Według P.Z. Pomianowskiego, *Początki*…, dz. cyt., s. 262, Hoffman opublikował trzy pierwsze artykuły pod powyższym kryptonimem, zaś dwa ostatnie w siódmym tomie pod pełnym nazwiskiem jako „K.A. Hoffman”.

11 K.B. Hoffman, *O stanie nauki*…, dz. cyt., s. 13.

12 Tamże, s. 15.

13 Tamże, s. 10.

Osobnej rozprawy wymagałoby rostrzygnięcie, czy „historia nauki prawa" od czasów elekcyjnych rzeczywiście była jedynie „historyą (…) upadku" i degeneracji[14]. Faktem natomiast jest, że młodzi redaktorzy „Themis Polskiej" pod koniec lat 20. XIX w. mocno odczuli to „opóźnienie cywilizacyjne Polski"[15] w porównaniu do innych krajów Europy kontynentalnej, w których studia z prawa rzymskiego stały się istotnym czynnikiem przyśpieszającym rozwój samej nauki prawa zarówno w odniesieniu do praw miejskich, jak i w zakresie profesjonalizacji praktyki prawniczej w sądach i w administracji państwowej[16]. Nic więc dziwnego, że twórcy „Themis Polskiej" pragnęli przyczynić się do najrychlejszego i skutecznego podźwignięcia polskiej nauki na poziom ówczesnych dyskusji prawno-metodologicznych w Europie, a na tej podstawie – do zbliżenia teorii i nauki prawa ku praktyce sądowniczej i administracyjnej[17]. Co prawda – jak czytamy w artykule wstępnym pierwszego zeszytu „Themis Polskiej": „Nie mamy dotąd Hugonów, Savignich, Thibautów i tylu innych sławy européyskiéy mężów (…)", „ale z liczby wychodzącéy corocznie z Akademii młodzieży (…) śmiało wnosić możemy, iż skoro tylko miéysca usługom administracyi kraiowéy poświęcone użyteczneми indywiduami wedle życzenia zapełnione zostaną, otworzy się nowy w młodzieży popęd do szukania sławy w głębszém rozebraniu teoryi (…). Obyśmy raz wyszli z rzędu kazuistów, obyśmy stawali zawsze na punkcie, z któregoby ogół i razem wszystkie szczegóły nauk odkryć i poiąć można (…); oby nakoniec stan prawniczy, przybieraiąc rzymskiéy powagi, był organem tworzącym potrzebę i życie ustaw kraiowych (…)"[18].

Wydaje się, iż wymienione powyżej postulaty prawno-metodologiczne z artykułu wstępnego „Themis Polskiej", stanowiącego jednocześnie „program pisma"[19], a zatem wyjście „z rzędu kazuistów", w stosowaniu prawa stawanie „zawsze na punkcie, z któregoby ogół i razem wszystkie szczegóły nauk odkryć (…) można" oraz przybranie przez „stan prawniczy" „rzymskiéy powagi" – nieprzypadkowo były bardzo zbliżone do tego, czego w swoim programowym manifeście *O powołaniu naszych czasów…* z roku 1814[20] domagał się niemiecki uczony prawnik Friedrich Carl von Savigny (1779–1861).

Twórcy „Themis Polskiej" pragnęli przyczynić się do najrychlejszego i skutecznego podźwignięcia polskiej nauki na poziom ówczesnych dyskusji prawno-metodologicznych w Europie.

14 Według P.Z. Pomianowskiego, *Początki…*, dz. cyt., s. 54, 65, 133, w artykule epoka „jagiellońska została (…) odmalowana w jasnych barwach – w kontraście do czasów elekcyjnych".

15 J. Kodrębski, *Prawo rzymskie…*, dz. cyt., s. 28.

16 Lista abonentów, z których według badań Piotra Z. Pomianowskiego zdecydowana większość pochodziła ze środowiska praktyków prawniczych (P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 73 i n.), świadczy o tym, że również wielu praktyków wspierało projekt wydawców tego czasopisma.

17 B. Hordecki, J. Sobczak, *Trzy Themis Polskie*, dz. cyt., s. 15.

18 K.B. Hoffman, *O stanie nauki…*, dz. cyt., s. 29 i n.

19 P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 48 i n., który wskazuje na to, że program „nowego pisma był zasadniczo odmienny od założeń, które przyświecały twórcom czasopism prawniczych wcześniej funkcjonujących na ziemiach dawnej Rzeczypospolitej".

20 P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 114, konstatuje, że „Savigny należał do grona autorów najczęściej powoływanych na łamach „Themis Polskiej"", jednak „jego poglądy nie były w warszawskim środowisku prawniczym nazbyt popularne". Fakt, że najbardziej znane założenia Savigny'ego dotyczące źródeł prawa w środowisku warszawskim spotkały się z pewną rezerwą, nie może jednak dziwić, gdyż ówczesny stan prawniczy i związana z nim rola prawników były w Warszawie i w Berlinie całkiem odmienne (o tym niżej – pkt. 3 i 4).

Na temat rozbieżności między prawem natury i praktyką sądową, co według uczonego nastąpiło w Niemczech za czasów racjonalizmu XVII i XVIII w., Savigny pisał: „I właśnie to zbliżenie teorii i praktyki jest punktem wyjścia dla poprawy wymiaru sprawiedliwości, w czym przede wszystkim winniśmy sięgać do Rzymian po naukę; także nasza teoria musi stać się bardziej praktyczna i nasza praktyka bardziej naukowa niż dotąd”[21].

dencji humanistycznej czasów odrodzenia[23]. W tej narracji prawo rzymskie, a szczególnie *Digesta* Justyniana, czyli kompilacja kazusów rostrzygniętych przez rzymskich prawników, stało się narzędziem służącym do podniesienia rodzimej kultury prawniczej w ówczesnych krajach europejskich. Nic więc dziwnego, że przedmiotem rozpraw na łamach „Themis Polskiej” było również wielokrotnie prawo rzymskie oraz jego

Prawo rzymskie stało się narzędziem służącym do podniesienia rodzimej kultury prawniczej w ówczesnych krajach europejskich.

Narracją swą Savigny wpisywał się w długą tradycję myśli prawnej, wyrażanej swego czasu przez Gottfrieda Wilhelma Leibniza (1646–1716) w postulacie *theoria cum praxi*[22], a sięgającej już nawet jurysprudencji zarówno historyczne, jak i współczesne znaczenie dla polskiej kultury prawa[24].

Redaktorzy „Themis Polskiej”, którzy w głównej części sami byli już absolwentami założonego w 1816 r. Uniwersytetu Warszawskiego[25], byli przekonani, że po upadku Rzeczpospolitej szlacheckiej i po utworzeniu uczelni wyższej z wydziałem prawa nadszedł wreszcie czas, żeby również w Polsce pójść drogą europejskich sąsiadów, zamiast powracać do stanu z okresu dawnej Rzeczypospolitej[26]. Patrząc z tej perspektywy, rozbio-

21 F.K. von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa. Z języka niemieckiego przełożył i wstępem opatrzył Kazimierz Opałek*, Warszawa 1964, s. 144. „(…) teoria i praktyka nie są właściwie dla nich [dla prawników rzymskich] czymś różnym; teoria jest przeprowadzona aż do stadium bezpośredniego praktycznego zastosowania, a praktyka jest stale uszlachetniana przez ujęcie naukowe. W każdej zasadzie prawnej widzą prawnicy rzymscy od razu przypadki [kazusy], do których ona się stosuje, a w każdym przypadku [kazusie] zarazem określającą go zasadę i wykazują niedoścignione mistrzostwo w łatwości, z jaką przechodzą od tego, co ogólne, do tego, co konkretne, i na odwrót” (tamże, s. 70 i n.).

22 Również w Niemczech niezbyt znany jest fakt, że Leibniz, będący zarówno doktorem nauk filozoficznych, jak i prawnych, był świetnym znawcą i wielbicielem prawa rzymskiego. Ostro krytykował jedynie sposób jego przekazu za pomocą kodyfikacji justyniańskiej. Leibniz pragnął ją zreformować w ramach własnego projektu *Corpus iuris Reconcinnatum* (nieznane w klasycznej łacinie słowo *re-concinnare* oznacza ‘złożyć od nowa’, ‘ukształtować od nowa’) (zob. S. Meder, *Der unbekannte Leibniz. Die Entdeckung von Recht und Politik durch Philosophie*, Wien–Köln–Weimar 2018, s. 35, 289). Swój programowy postulat: *theoria cum praxi*, w dziedzinie prawa Leibniz uważał za realizowany przez prawników rzymskich z końca republiki rzymskiej i początku pryncypatu, a więc najlepszego okresu jurysprudencji. Ostatecznie projekt Leibniza nie doczekał się realizacji.

23 S. Meder, *Der unbekannte Leibniz…*, dz. cyt., s. 280–290 (zwłaszcza 282, 285, 289), który wskazuje na to, że Savigny kilkakrotnie bezpośrednio nawiązywał w tym kontekście do Leibniza i że z kolei ten ostatni powoływał się na Lorenzo Valla (1405/07–1457), przedstawiciela włoskiego humanizmu i współzałożyciela nowoczesnej krytyki tekstu.

24 P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 137–144.

25 Według Pomianowskiego główni współpracownicy redakcji w początkowej fazie wydawania pisma byli wszyscy absolwentami Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego (P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 64). Zob. również W. Witkowski, *Szczytna prudenta godność…*, dz. cyt., s. 393 i n.

26 P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 55, nazywa „ugruntowanie przekonania, że powrotu do starego już nie ma, (…) jednym z zasadniczych celów pisma”.

ry Polski w sposób paradoksalny zdawały się być pod tym kątem nawet swego rodzaju „zaletą" dla prawno-kulturowego rozwoju w Polsce: „Nieszczęsną koleią rzeczy ludzkich potrzeba było Polsce ponieść śmierć polityczną, żeby zyskać zdrowsze życie cywilne, bliższe ducha wieku i bytu innych Europy narodów, którym klęski, cywilizacyi nie tamowały"[27]. „I w rzeczy saméy gdzież więcéy nauka prawa kwitnąć nie powinna, ieżeli nie w Polsce, która tylu zmianom politycznym uległa, w któréy każdy nowy rząd nowe zaprowadzał prawa; W któréy teraz znaiomość wszystkich prawie sławniéyszych Europy prawodawstw iest nieodbitą każdego prawnika potrzebą?"[28]

Szczególna, chociaż nie jedyna rola w tym dyskursie przypadła prawu cywilnemu[29]. Nie jest to zaskakujące, ponieważ akurat ta dziedzina prawa ulegała wówczas przełomowemu rozwojowi – od praw cywilnych, zróżnicowanych jeszcze tradycyjnie wedle danego systemu podmiotów prawnych w hierarchii feudalnej, ku nowemu, jednolitemu systemowi prawa cywilnego, opartemu na zasadach równości i wolności każdego podmiotu prawa.

W Europie na przełomie XVIII i XIX w. w krótkim czasie kolejno weszły w życie trzy tak zwane wielkie europejskie kodyfikacje: w 1794 r. w Prusach Powszechne prawo krajowe dla państw pruskich (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), w 1804 r. we Francji Kodeks cywilny Francuzów (*Code civil des Français*), zwany czasowo również Kodeksem Napoleona (*Code Napoléon*) i pod tą nazwą wprowadzony w 1808 r. w Księstwie Warszawskim, oraz w 1812 r. austriacki Powszechny kodeks cywilny (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Spośród wymienionych kodyfikacji kodeks pruski – z porażającą liczbą ponad 19 tys. artykułów – najbardziej odzwierciedlał panujący wtedy jeszcze duch racjonalistycznej kazuistyki i paternalizmu XVIII w.[30], podczas gdy kodeks francuski z około 2500 artykułami, opartymi na rewolucyjnych zasadach równości i wolności, zarówno pod względem metodologicznym, jak i merytorycznym, w największym stopniu wyznaczał przyszłość społeczeństw obywatelskich, powstających w wielu krajach europejskich w XIX w. Powstanie wspomnianych wyżej kodyfikacji nie oznaczało jednak wcale końca dyskusji prawniczych o odpowiednim prawie cywilnym, lecz dopiero ich początek – szczególnie tam, gdzie brakowało jeszcze kodyfikacji prawa cywilnego na szczeblu ogólnonarodowym i gdzie obowiązywały zamiast tego kodyfikacje wprowadzone przez obce władze, tak jak częściowo na pewnych terenach niemieckich[31] i na terenach Polski w poszczególnych zaborach. Dyskusje te nie zamilkły również w Królestwie Polskim, nawet po uchwaleniu przez Sejm w 1825 r. Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego, który derogował Kodeks Napoleona w zakresie prawa osobowego, małżeńskiego, rodzinnego i opiekuńczego[32].

Osiem tomów pierwszej serii „Themis Polskiej" odzwierciedla nie tylko cały szereg ówczesnych za-

27 K.B. Hoffman, *O stanie nauki…*, dz. cyt., s. 27, gdzie następnie (na stronach 27 i 28) konkretyzuje: „Dźwignęła się zaraz nauka prawa w tych częściach Polski, które przeszły pod berła szczycące się porządniéyszą administracyą kraiową. Szkoły akademiczne Krakowska i Lwowska, pod rządem austryiackim zostaiące, co do nauki prawa i medycyny naypożądaniéy zaczęły kwitnąć (…). W częściach rządowi pruskiemu uległych, lubo nie było głównéy nauk szkoły, ułatwionym został młodzieży do usług publicznych sposobić się chcącéy, przystęp do Uniwersytetów Wrocławskiego, Królewieckiego i Berlińskiego, ktore iuż zyskały Européyską sławę. Z téy to epoki wyszło tylu światłych rodakow, którzy w pamiętnéy epoce odrodzenia się naszéy oyczyzny narodowym instytucyom rękę podali, i dziś zaszczytnie w rozmaitych gałęziach administracyi kraiowéy nad ich rozwinięciem pracuią".

28 Tamże, s. 28 i n.

29 S. Milewski, *„Themis Polska" – „Żywioły nauki prawa"*, cz. 2, „Palestra. Pismo adwokatury polskiej" 2003, nr 1–2, s. 106.

30 Ze względu na to, iż przez cały XIX w. Niemcom nie udało się stworzyć kodyfikacji na szczeblu ogólnonarodowym, kodeks pruski obowiązał w pruskich częściach Niemiec aż do 31 grudnia 1899 r., zanim 1 stycznia 1900 r. we wszystkich landach niemieckich wszedł w życie ogólnoniemiecki kodeks cywilny (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Pod względem techniki legislacyjnej kodeks pruski mógłby być dzisiaj odstraszającym przykładem ducha legislacyjnego, według którego wszechwładny ustawodawca stara się uregulować wszystko (np. nawet karmienie dziecka piersią matki) do tego stopnia szczegółowo, że nauka prawa i adwokatura mogłyby się wydawać w dużej mierze zbędne.

31 W niektórych zachodnich regionach Niemiec nawet jeszcze do 31 grudnia 1899 r. obowiązywał francuski kodeks cywilny.

32 S. Płaza, *Historia Państwa i Prawa Polskiego. Zarys wykładu*, cz. 2: *Polska pod zaborami*, Katowice 1971, s. 53.

gadnień prawnych w dziedzinie prawa cywilnego, karnego i procesowego, lecz również różne ówczesne nurty dyskusji o zasadniczych kwestiach prawno-metodologicznych[33]. Ograniczając się do artykułów programowych, które ukazały się na łamach „Themis Polskiej" i pod względem prawno-metologicznym i prawno-politycznym związane były bezpośrednio lub pośrednio z dyskursami prowadzonymi za granicą, rozpoznać można przynajmniej trzy różne, a jednocześnie związane ze sobą, zasadnicze wątki dyskursu polskiej myśli prawniczej. Głównym i „najstarszym" z nich, gdyż sięgającym przynajmniej początku XIX w., był spór o historyczną rolę prawa rzymskiego w Polsce i o ówczesne znaczenie tego prawa dla profesjonalizacji sądownictwa w Królestwie Polskim (por. pkt 2 niniejszego artykułu). Drugi nurt dyskusji dotyczył stosunku między dogmatyką, historią i filozofią prawa po odkryciu historii i narodowości jako czynników zasadniczych dla tworzenia ówczesnej kultury, w tym też kultury prawa (por. pkt 3). Z kolei trzeci spór odnosił się do przyszłości polskiego prawa, a mianowicie do pytania, czy i jeżeli tak, to kiedy i w jakim kształcie w Królestwie Polskim miałaby zostać wprowadzona narodowa kodyfikacja prawa cywilnego (por. pkt 4). Wszystkie trzy nurty dyskusji na łamach pierwszej serii „Themis Polska" nawiązywały do ówczesnej sytuacji prawnej w krajach zachodnioeuropejskich, zwłaszcza w Niemczech, a dwa ostatnie odwoływały się nawet bezpośrednio do tez programowych historycznej szkoły prawa założonej w Niemczech przez Friedricha Carla von Savigny'ego w latach 1814–1815. Szkoła ta znalazła wówczas zarówno w Niemczech, jak i w Polsce, a także w wielu innych krajach świata[34] licznych, zaangażowanych zwolenników[35] z jednej i nie mniej przekonanych do swoich racji krytyków z drugiej strony.

2. Spór o historyczną rolę prawa rzymskiego w Polsce i jego znaczenie dla profesjonalizacji sądownictwa w Królestwie Polskim

Dyskurs na temat roli prawa rzymskiego w Polsce nie rozpoczął się co prawda na łamach „Themis Polskiej"[36] i nie został też tam zakończony, ale w czasopiśmie tym znalazł swój punkt kulminacyjny przed wybuchem powstania listopadowego, po którym nie tylko zamknięto uniwersytet w Warszawie, lecz również na długi czas stłamszono publiczną dyskusję na temat zagadnień prawnych[37].

Czy – a jeżeli tak, to kiedy i w jakim kształcie – w Królestwie Polskim wprowadzić narodową kodyfikację prawa cywilnego?

Wcześniejszą dyskusję o roli prawa rzymskiego otworzył Tadeusz Czacki (1765–1813) w 1800 r., twierdząc, że znaczenie prawa rzymskiego, w odróżnieniu od praw skandynawskich, było dla prawa polskiego

33 Mówi o tym w swojej pracy doktorskiej P.Z. Pomianowski, *Początki*..., dz. cyt., s. 105–250.

34 Zob. na temat recepcji myśli prawnej Savigny'ego w wymiarze globalnym dwa tomy zbiorowe, które ukazały się w ostatnich latach: J. Rückert, T. Duve (Hrsg.), *Savigny international?*, Frankfurt am Main 2015; S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global 1814–2014. „Vom Beruf unsrer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, Göttingen 2016.

35 W kontekście ponadnarodowych procesów transferu ideowego nie tylko w przypadku polskiej nauki pojęcie „zwolennik" wymaga jednak pewnej relatywizacji (zob. przyp. 88).

36 Zob. również: S. Milewski, *„Themis Polska"*..., dz. cyt., s. 103–105.

37 Oczywiście również „Themis Polska" podlegała przed wydaniem kolejnych zeszytów, podobnie jak każde inne ówczesne czasopismo w Europie, kontroli cenzury. Każdy zeszyt zawiera uwagę: „Za pozwoleniem Cenzury Rządowéy".

jedynie marginalne[38]. Twierdzenie to wywołało długoletnią dysputę[39], która w latach 20. XIX w. zaowocowała nawet konkursem na uczelniach w Wilnie (1822) i w Warszawie (1822, 1825). Konkurs w Wilnie wygrali Franciszek Morze (1802–1852) i brat Adama Mickiewicza, Aleksander Mickiewicz (1801–1871), którzy w swoich rozprawach podawali co prawda „liczne przykłady oddziaływania prawa rzymskiego na prawo polskie"[40], ale w ogólnych konkluzjach – podobnie jak Czacki – dochodzili do wniosku, że prawo rzymskie nie miało w Polsce funkcji prawa pomocniczego[41]. W Warszawie natomiast w drugim konkursie, w 1825 r., wyróżniony został Jan Nepomucen Janowski (1803–1888), który tak jak jego nauczyciel i wpływowy pierwszy dziekan Wydziału Prawa UW Bandtkie twierdził, że prawo rzymskie „miało charakter systemu pomocniczo stosowanego w razie braku odnośnego przepisu lub jego niejasności w prawie polskim"[42]. W tym duchu Janowski replikował w 1828 r. również na łamach „Themis Polskiej", odnosząc się w swoich słowach bezpośrednio do Morzego i Mickiewicza: „Czyż P. *Bandtkie* albo ia gdzie powiedziałem, żeby ono miało u nas *obowiązywać* w całém znaczeniu tego wyrazu? bynaymniéy; utrzymuiemy tylko, że było pomocniczém i mamy na to dowody (…)"[43]. „Nie znayduiemy wprawdzie w żadnéy ustawie kraiowéy, w żadnym pisarzu, w żadnym przywileiu tych wyrazów: „*prawo Rzymskie iest w Polsce pomocniczém;*" ale cóż ztąd? Kiedy rzecz sama iest, mniéysza o wyrazy. (…) Trudno poiąć dlaczego Alex. *Mićkiewicz* i Fran. *Morze* w ciągu uczonych swych rozpraw wykazawszy w szczegołach wiele śladow wpływu prawa Rzymskiego na prawa Litewskie i Polskie, w końcu ich wcale co innego wnoszą"[44].

Krytycy tezy o subsydiarnym obowiązywaniu prawa rzymskiego w historii polskiego prawa w rzeczywistości nie kwestionowali, że prawo rzymskie miało na szczeblu lokalnym, również za czasów pierwszej Rzeczypospolitej Polskiej, pewne znaczenie w jurysdykcji miejskiej[45], nie kwestionowali także z góry kulturowego znaczenia prawa rzymskiego. Żądali jednak – jak na przykład już w 1816 r. historyk Joachim Lelewel (1786–1861) – „aby [Bandtkie] odróżnił wzorowość prawa dla prawodawców od obowiązywania sposobem pomocnym dla narodu"[46]. Z drugiej strony również obrońcy tezy o mocy obowiązującej prawa rzymskiego w polskiej historii uznawali, że „obowiązywania subsydiarnego" prawa rzymskiego w Polsce nie można porównywać z subsydiarnym obowiązywaniem tego prawa w Niemczech. Tak wypowiadał się Janowski w swoim wyżej wymienionym artykule: „co należy rozumieć przez *prawo pomocnicze 'jus subsidiarium'*? (…) Nie zapuszczaiąc się w źródłosłowowe wywody, dosyć iest powiedzieć: że to, co iest prawem wyraźnie przepisane, ma niczém niewzruszoną moc obowiązuiącą; to zaś, co sam tylko zwyczay ustalił, potrzeba lub inna iaka tym podobna przyczyna wprowadziła i w pewnym względzie upoważniła, lubo nie ma takowéy mocy obowiązuiącéy, może iednak śmiało pomocniczém bydź nazywane. Tak się też rzecz miała u nas z prawem Rzymskiém. (…) Nikt nie zaprzeczał i nikt zaprzeczać nie będzie,

38 T. Czacki, *O Litewskich i Polskich Prawach, o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 Roku wydaném*, t. 1–2, Warszawa 1800–1801; tenże, *Czy prawo rzymskie było zasadą praw polskich i litewskich i czy z północnymi narodami mieliśmy wiele wspólnych praw i zwyczajów? Rozprawa czytana w Krzemieńcu na otwarcie r. szkoln. w Gimnazjum Wołyńskim*, Wilno 1809.

39 Zob. chociażby: J. Kodrębski, *Wacław Aleksander Maciejowski jako romanista*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 1974, t. 26, z. 1, s. 211, 216–218, 220f.; S. Godek, *Spór o znaczenie prawa rzymskiego w dawnej Rzeczypospolitej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2002, t. 54, z. 1, s. 110–123.

40 J. Sondel, *Aleksander Mickiewicz…*, dz. cyt., s. 16, 19 i n.

41 S. Godek, *Spór…*, dz. cyt., s. 113 i n.; J. Sondel, *Ze studiów nad prawem rzymskim w Polsce piastowskiej*, Warszawa–Kraków 1978, s. 15 i n.; tenże, *Aleksander Mickiewicz…*, dz. cyt., s. 16.

42 J. Sondel, *Aleksander Mickiewicz…*, dz. cyt., s. 14.

43 J.N. Janowski, *Kilka słów w odpowiedzi na uwagi nad moią rozprawą w drugim poszycie Themidy Polskiéy umieszczone pod napisem: „Prawo Rzymskie iakim sposobem w Polsce w sprawach kryminalnych użyte było?"*, „Themis Polska" 1828, t. 2, s. 103.

44 J.N. Janowski, *Kilka słów…*, dz. cyt., s. 117 i n.

45 J. Kodrębski, *Wacław Aleksander Maciejowski…*, dz. cyt., s. 220, wskazując na W.A. Maciejowskiego.

46 J. Lelewel, *Prawo Rzymskie iakim sposobem w Polsce w sprawach kryminalnych użyte było?*, „Themis Polska" 1828, t. 3, s. 105, gdzie Lelewel nawiązuje do własnego artykułu, który ukazał się już w 1816 r. w czasopiśmie „Tygodnik Wileński".

że inaczéy się rzecz miała z prawem Rzymskiém we Włoszech, we Francyi i w Niemczech (…)”[47].

Faktycznie sama moc prawnego obowiązywania prawa rzymskiego w Niemczech jako powszechnego prawa zwyczajowego (*Gemeines Recht*) w oparciu o kompilację stworzoną przez bizantyjskiego cesarza Justyniana I nie była w gruncie rzeczy mniejsza niż moc lokalnych statutów lub innych praw zwyczajowych. Ze względu na odmienną historię prawa w Polsce ważniejszy jest ponadto fakt, że w jurysprudencji niemieckiej, już od czasów tworzenia Sądu Kameralnego Rzeszy (*Reichskammergericht*) w 1495 r., prawo rzymskie stosowane było coraz częściej nawet w takich kazusach, dla których właściwie istniałyby terytorialne i lokalne prawa zwyczajowe, jakie musiałyby teoretycznie derogować subsysdiarnie obowiązujące prawo rzymskie, jeśli w trakcie rozprawy sądowej strony lub ich adwokaci powołaliby się i udowodniliby sędziom istnienie prawa lokalnego. Sukces prawa rzymskiego w Niemczech, które jako takie nigdy nie zostało wprowadzone, ale i nie było zabronione aktem ustawodawczym centralnej władzy Rzeszy, w dużej mierze polega też na tym, że wykształceni w prawie rzymskim sędziowie niemieccy nie znali często lokalnego prawa zwyczajowego i wbrew regule *iura novit curia* nie musieli go znać, jeżeli w trakcie przewodu sądowego nie udowodniono im przez stronę istnienia takiego prawa[48]. W zakresie niemieckiego prawa cywilnego kompilacja Justyniana obowiązywała zatem co prawda teoretycznie tylko w sposób subsydiarny, ale praktycznie od czasów recepcji prawa rzymskiego w XVI w. odgrywała coraz większą rolę w sądownictwie, jak również w administracjach władz terytorialnych i miejskich. Co więcej, prawo rzymskie miało decydujący wpływ na wszystkie partykularne kodyfikacje prawa cywilnego w XVIII i XIX w. nie tylko w Niemczech[49]. Ponadto prawo rzymskie, aż do

Obrońcy tezy o mocy obowiązującej prawa rzymskiego w polskiej historii uznawali, że „obowiązywania subsydiarnego” prawa rzymskiego w Polsce nie można porównywać z subsydiarnym obowiązywaniem tego prawa w Niemczech.

47 J.N. Janowski, *Kilka słów…*, dz. cyt., s. 103–104.

48 S. Meder, *Rechtsgeschichte*, Köln–Weimar–Wien 2017, s. 187 i n. Przed Sądem Kameralnym Rzeszy w *Sacrum Romanum Imperium Nationis Germanicae* strony procesowe musiały najpierw udowodnić istnienie wszystkich lokalnych praw, do których chciały się odwoływać w swojej prawnej argumentacji. W przeciwnym wypadku sąd ich nie uwzględniał i stosował z urzędu prawo rzymskie, którego istnienia nie trzeba było udowadniać. Mimo iż w kolejnych wiekach książęta wywalczyli dla swoich księstw zwolnienie z obowiązku kierowania spraw do Sądu Kameralnego Rzeszy (*privilegium de non appellando*), istniejącego formalnie aż do 1806 r., a na coraz większej części terytoriów niemieckich sąd ten tracił funkcję najwyższej instancji sądownictwa Rzeszy, to jednak rozwój ten nie przysporzył znaczenia prawom lokalnym. Również w sądownictwach i administracji terytorialnej oraz miejskiej było coraz więcej wykształconych profesjonalnie (tj. w prawie rzymskim) prawników i coraz mniej sędziów i urzędników mianowanych jedynie z racji ich szlacheckiego pochodzenia. W tej – w porównaniu z Polską – wcześniejszej profesjonalizacji niemieckiego sądownictwa i administracji na wszystkich szczeblach za pomocą prawa rzymskiego tkwi głębsza przyczyna odrębnego rozwoju prawnego w Rzeszy i I Rzeczypospolitej.

49 Nawet pierwsza tak zwana kodyfikacja prawa natury w Niemczech, tj bawarski *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*

końca XIX w. całkowicie dominowało w nauce prawa cywilnego na niemieckich uniwersytetach[50]. Głębszej przyczyny stosowania prawa rzymskiego w jurysdykcji niemieckiej nie należy jednak upatrywać w przepisach procesowych, lecz w fakcie, że wraz z rozwojem handlu i początkiem tworzenia się państw terytorialnych z centralnymi administracjami poszczególnych

Prawo rzymskie wykazywało w praktyce prawnej na różnych szczeblach swoją prawnokulturową przewagę nad wszystkimi prawami pochodzenia niemieckiego.

księstw niemieckich coraz potrzebniejsze stawało się prawo dojrzałe i zróżnicowane. Tym samym prawo rzymskie wykazywało w praktyce prawnej na różnych szczeblach swoją prawnokulturową przewagę nad wszystkimi prawami pochodzenia niemieckiego.

Na tym też tle należy oceniać skargi młodych polskich autorów „Themis Polskiej", zwłaszcza tych, którzy w latach 20. XIX w. wracali ze studiów uzupełniających z Niemiec[51]. Rozpowszechnione było wśród nich przekonanie, że szczególnie polska nauka prawa cywilnego oddaliła się od nauki zachodnioeuropejskiej: „My naypóźnieysi w oświacie europeyskiey ieszcze nie tak rychło do tego punktu udoskonalenia doydziemy, na którym sąsiaduiące z nami narody iuż stanęły"[52]. Tak na łamach „Themidy Polskiej" w 1829 r. podsumowuje to przekonanie rozpowszechnione w Królestwie Polskim wśród prawników „nowego pokolenia"[53] znany do dziś, również w Niemczech, uczony prawnik Wacław Aleksander Maciejowski (1792–1883)[54]. Był on nieco starszy od głównych autorów „Themis Polskiej" i należał już wówczas do grona nauczycieli akademickich. Z kolei jeden z głównych autorów „Themidy", Karol August Heylman (1796–1872)[55], w przedostatnim wydaniu pisma łączy nawet pierwsze postępy polskiej nauki prawa – na drodze ku zbliżeniu jej do nauki zachodnioeuropejskiej – z działalnością akademicką Maciejowskiego w Warszawie, pisząc: „znamienitą zasługę *przez wprowadzenie doskonalszéy metody w nauczaniu prawa Rzymskiego* [otrzymuje] *P. Wacł. Alex. Maciejowski* Prof. Uniwers. który nadto *otworzył drogę do gruntownego poznania ducha i [k]sztaltu prawa Rzymskiego* (…)"[56]. Właśnie w braku wiedzy na temat „ducha i kształtu" prawa rzymskiego Heyl-

z 1756 r., zawierała w dużej mierze prawo rzymskie, podobnie jak później pruski *Landrecht* z 1794 r., a także francuski *Code civil* z 1804 r. lub austriacki Kodeks cywilny z roku 1811. Już Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) traktował prawo rzymskie częściowo jako *ratio scripta*. Stosunek między prawem rzymskim a prawem natury nie został przez niego oceniony jako sprzeczny, lecz jako uzupełniający się, a częściowo nawet identyczny.

50 Dominacja prawa rzymskiego była aż do końca XIX w. do tego stopnia silna, że nawet w dziedzinie prawa rodzinnego, gdzie prawo rzymskie zastępowane było w Niemczech najczęściej niemieckimi prawami lokalnymi lub prawami kościelnymi, w zakresie nauki akademickiej na niemieckich uczelniach oraz w sposobie argumentacji orzecznictwa prawo rzymskie faktycznie odgrywało w dalszym ciągu decydującą rolę. Zob. o tym zapomnianym dzisiaj nawet w Niemczech fakcie: S. Meder, C.-E. Mecke, *Otto Gradenwitz' Berliner Familienrechtsvorlesung von 1892 nach einer Mitschrift von Salvatore Riccobono im Kontext von Spätpandektistik und Familienrechtspolitik am Vorabend des BGB* (w:) M. Avenarius i in. (Hrsg.), *Juristischer Methodentransfer im späten 19. Jahrhundert. Rätsel zwischen Heidelberg, Palermo und Berlin*, Tübingen 2018, s. 166–171, 178–181.

51 W. Witkowski, *Szczytna prudenta godność…*, dz. cyt., s. 394.

52 W.A. Maciejowski, *Ogłoszenie prenumeraty*, „Themis Polska" 1829, t. 5, s. 416.

53 Zob. przyp. 4.

54 O nim B. Hordecki, J. Sobczak, *Trzy Themis Polskie*, dz. cyt., s. 22 i obszernie J. Bardach, *Wacław Akeksander Maciejowski i jego współcześni*, Wrocław 1971.

55 O nim B. Hordecki, J. Sobczak, *Trzy Themis Polskie*, dz. cyt., s. 21.

56 K.A. Heylman, *Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraiu naszym*, „Themis Polska" 1830, t. 7, s. 138, koniec przyp. 1.

man oraz jego koledzy reprezentujący nowe pokolenie prawników w Warszawie, szczególnie Karol Boromeusz Aleksander Hoffman (1798–1875)[57], Cyprian Zaborowski (1799–1866)[58] czy Romuald Hube (1803–1890)[59], upatrywali głębszej przyczyny przewagi nauki zachodnioeuropejskiej, której profesjonalny poziom jeszcze na tyle rozwinięty, aby mógł zastąpić łacinę w jej funkcji języka fachowego prawników[62]. Z drugiej strony słowa Helymana wskazują na istniejące wówczas rzeczywiście zasadnicze różnice w naukach prawa cywilnego. Ilustrują to wyraźnie listy Maciejowskiego do Savigny'ego przebywającego w Berlinie,

Oby polska nauka się zaprawiała „nietylko na samey konsekwencyi Jurekonsultów Rzymskich, ale oraz na dowcipie i bystrości rozumu Włochów, Francuzów, Niemców, Anglików"!

polska nauka miała teraz nadrobić, żeby być zaprawioną „nietylko na samey *konsekwencyi* Jurekonsultów Rzymskich, ale oraz na *dowcipie* i *bystrości rozumu* Włochów, Francuzów, Niemców, Anglików (…)"[60].

Z jednej strony cytowane powyżej słowa Heylmana odzwierciedlają niezaprzeczalne idealizowanie zachodnioeuropejskiej nauki prawa, co wyraźnie odbiega od oceny jej własnych przedstawicieli, jak chociażby Savigny'ego, który w 1814 r. wskazywał na istniejące już wtedy kodyfikacje prawa cywilnego w Prusach, Francji i Austriii jako dowód na to, że nie tylko Niemcy, lecz żaden zachodnioeuropejski naród nie był jeszcze zdolny do stworzenia narodowych kodyfikacji prawa cywilnego[61]. Ponadto w ocenie Savigny'ego szczególnie język niemiecki nie był pisane przez Maciejowskiego w latach 20. XIX w., już po jego powrocie z Wrocławia, Berlina i Getyngi do Warszawy[63]. Maciejowski narzeka w nich nie tylko na

57 O nim S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme…*, dz. cyt., s. 47–50; B. Hordecki, J. Sobczak, *Trzy Themis Polskie*, dz. cyt., s. 20. Zob. również wyżej przyp. 11.

58 O nim S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme…*, dz. cyt., s. 55; B. Hordecki, J. Sobczak, *Trzy Themis Polskie*, dz. cyt., s. 23.

59 S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme…*, dz. cyt., s. 47–51.

60 K.A. Heylman, *Myśli o nauce prawa…*, dz. cyt., s. 137, przyp. 1.

61 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 130. O tym nie tylko narodowym, lecz europejskim wymiarze stanowiska Savigny'ego często się zapomina. Zob. C.-E. Mecke, *Savignys Programmschrift* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global…*, dz. cyt., s. 489 i n.

62 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 86, o tym, że język niemiecki „nie nadaje się" jeszcze do wypracowania kodyfikacji. Jest to według Savigny'ego „jeszcze jedną oznak[ą], że cofnęliśmy się w tej dziedzinie myśli". Niedojrzałość języka niemieckiego była dla Savigny'ego dalszym dowodem na brak dojrzałości niemieckiego ducha narodu w przeciwieństwie do ducha rzymskiego. Przykrym rezultatem tego braku „dojrzałości" niemieckiej myśli prawnej był dla Savigny'ego pruski *Landrecht*, czyli powszechny kodeks obowiązujący w pruskich landach od 1 czerwca 1794 r. do 31 grudnia 1899 r. W pierwszych latach pracy w Berlinie jako profesor zatrudniony przez państwo pruskie Savigny odmówił nawet prowadzenia zajęć na temat kodeksu pruskiego, nazywając go w liście z 22 listopada 1816 r. do Achima von Arnima „pod względem formalnym i merytorycznym (…) paćkaniną" (przeł. C.-E. Mecke) – list Savigny'ego opublikowany w: A. Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny. Professorenjahre in Berlin 1810–1842. Mit 317 Briefen aus den Jahren 1810–1841 und 33 Abbildungen*, Berlin 1929, s. 210 (nr 319).

63 Zob. W. Kessler, *Wacław Aleksander Maciejowski und Savigny* (w:) E. Donnert (Hrsg.), *Europa in der Frühen Neuzeit*, t. 3, Weimar–Köln–Wien 1997, s. 574–578, zawierające opublikowane drukiem – chociaż nie zawsze z prawidłową datą – niemieckojęzyczne listy Maciejowskiego. Oryginały listów Maciejowskiego pisanych wyśmienitym niemieckim

swoją osobistą sytuację zawodową i brak znajomości języka łacińskiego wśród studentów prawa w Warszawie. W liście z 1821 r. relacjonuje również spory z tymi siłami społecznymi, które najchętniej nadal życzyłyby sobie, żeby również w Królestwie Polskim w dalszym ciągu – tak jak za dawnych czasów polsko-litewskiej Rzeczypospolitej[64] – „połowa urzędników wymiaru sprawiedliwości nie była rekrutowana jak do tej pory w dotychczas przyjęty sposób, lecz żeby sędziowie (we wszystkich instancjach) według staro-rzymskiego i staropolskiego zwyczaju wybierani byli przez województwa"[65], a zatem bez jakiegokolwiek fachowego wykształcenia uniwersyteckiego. „Rada Stanu zrobiła jednak zastrzeżenie, że tacy wybierani panowie musieliby się poddać egzaminowi; co (chociaż nie bez szemrania) przyjęto"[66].

Właśnie w tym celu, aby móc ostatecznie wygrać z takimi „szemrzącymi" siłami, również Maciejowskiego wysłano kilka lat wcześniej z inicjatywy jego nauczyciela Jana Wincentego Bandtkiego, który sam studiował już na uniwersytecie w Halle, z oficjalnym stypendium Komisji Rządowej Obrządków Religijnych i Oświecenia Publicznego najpierw do Karla Augusta Dominikusa Unterholznera (1787–1831) – ucznia Savigny'ego we Wrocławiu, potem do samego Savigny'ego w Berlinie, a na koniec do Gustava Hugo (1764–1844) w Getyndze. Tam właśnie polski naukowiec uzyskał tytuł doktora i nawiązał ważny dla jego dalszego rozwoju naukowego kontakt z Karlem Friedrichem Eichhornem (1781–1854)[67].

Wobec odmiennej sytuacji i odmiennej roli nauki prawa w Niemczech i w Polsce w ciekawym okresie zakładania uniwersytetu w Berlinie (1810) i krótko przed założeniem uniwersytetu w Warszawie (1816) symboliczny jest już niemal fakt, że dwóch czołowych uczonych – Jan Wincenty Bandtkie w Warszawie i Friedrich Carl von Savigny[68] w Berlinie – wystąpiło jesienią 1814 r. ze swoimi manifestami na temat nauki prawa, podyktowanymi w każdym przypadku innymi względami i zmierzającymi też do całkiem odmiennych celów w danym kontekście nauk prawa. Savigny w swoim słynnym, wygłoszonym w Berlinie manifeście pt. *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*[69] propagował, w odróżnieniu od jego ówczesnego przeciwnika – Antona Friedricha Justusa Thibauta (1772–1840)[70], naukę prawa rzymskiego,

znajdują się w spuściźnie naukowej Savigny'ego przechowywanej obecnie w bibliotece uniwersyteckiej w Marburgu. Wszystkie tłumaczenia cytowanych fragmentów tych listów na język polski dokonane przez autora niniejszego artykułu opierają się bezpośrednio na rękopisach.

64 P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 18 i n.

65 W.A. Maciejowski w liście z 8 marca 1821 r. do F.C. von Savigny'ego (przeł. C.-E. Mecke), Biblioteka Uniwersytecka w Marburgu, dział rękopisów, sygn. HS 725/845, http://savigny.ub.uni-marburg.de/cgi-bin/digigny/b3723 (dostęp: 25.09.2018).

66 W.A. Maciejowski w liście z 8 marca 1821 r. do F.C. von Savigny'ego (przeł. C.-E. Mecke), Biblioteka Uniwersytecka w Marburgu, dział rękopisów, sygn. HS 725/845, http://savigny.ub.uni-marburg.de/cgi-bin/digigny/b3723 (dostęp: 25.09.2018). Siedem lat później Maciejowski relacjonuje w poczytnym wówczas w Niemczech czasopiśmie fachowym, jaką cezurę stanowiło założenie Uniwersytetu Warszawskiego w 1816 r., który zaostrzył warunki już dla samej immatrykulacji studentów – W.A. Maciejowski, *Über das juristische Studium in Polen*, „Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur" 1828, t. 8, s. 343–354.

67 J. Bardach, *Wacław Aleksander Maciejowski…*, dz. cyt., s. 44–66 (64), wskazując na własne słowa Maciejowskiego w jego podaniu z 11 maja 1819 r. skierowanym do Komisji Rządowej w sprawie nabycia uprawnienia do podjęcia wykładów na Uniwersytecie Warszawskim.

68 P. Szymaniec, *Jan Wincenty Bandtkie a Friedrich Karl von Savigny. Dwa manifesty badań historycznych nad prawem z roku 1814* (w:) E. Tuora-Schwierskott (red.), *Rozwój prawa w stosunkach polsko-niemieckich. Niemiecko-Polskie Stowarzyszenie Prawników. Księga pamiątkowa z okazji 25-letniego jubileuszu*, Regensburg 2015, s. 203–215; tenże, *Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831* (w:) M. Marszał, J. Przygodzki (red.), *Pro publico bono – idee i działalność*, Wrocław 2016, s. 101–124.

69 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 47–185.

70 W czwartym aneksie do drugiego wydania swojego słynnego manifestu *O potrzebie powszechnego prawa cywilnego dla Niemiec* z 1814 r. Thibaut pisze: „i zaszkodziło niezmiernie naszej umiejętności i [narodowej] odrębności, że my [Niemcy] ocenialiśmy wszystko wedle miary decyzji rzymskich, tak jak by rzymscy prawnicy epoki klasycznej mieli odpowiedzi na zapytania obywateli Niemiec". Zob. *Thibauts Nachträge zu seiner Schrift 2. Ausgabe 1814* (w:) H. Hattenhauer (Hrsg.),

która zarówno w teorii akademickiej, jak i w praktyce sądowniczej zastąpić miała kodyfikację w zakresie prawa cywilnego oraz – o ile tylko możliwe – wpływać również na każdy pojedynczy akt ustawodawczy w tej dziedzinie. Bandtkie postawił sobie natomiast o wiele skromniejszy, jednak bardziej podstawowy cel. W swoich dwóch przemówieniach, opublikowanych jeszcze w 1814 r. pod jednolitym tytułem *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraiu w szczególności, a o użytku onéyże w ogólności*, wygłoszonych w Szkole Prawa i Nauk Administracyjnych w Warszawie, przyszły pierwszy dziekan walczyć musiał o konsekwetną akademizację polskiego sądownictwa. W swoich wystąpieniach Bandtkie przeciwstawiał się spotykanemu jeszcze wciąż zjawisku, które opisywał następująco: „(…) w dobréy wierze dziś ieszcze u nas powtarza: że sędzia, byle poczciwy, może się obeyśdź bez nauki, zasięgaiąc prawideł wyroku nie z xięgi prawodawcy, lecz z swego serca”[71].

Dlatego też Hoffman podkreślał kilkanaście lat później w „Themis Polskiej” – w związku z założeniem w 1808 r. Szkoły Prawa i Nauk Administracyjnych jako „piérwsz[ej] szkoł[y] prawa na wzór Paryzkiéy” oraz wprowadzonymi „Kommissy[ami] examinacyin[ymi] do urzędów kraiowych”[72], jak również w związku z założeniem uniwersytetu w Warszawie – że od „tych trzech instytucyi datuie się u nas epoka odrodzenia się nauki prawa, a raczéy początek nadziei utworzenia kiedyś szkoły, która (…) postawi nas na równym stopniu z innemi narodami Europy”[73].

Mając na uwadze tę sytuację, można sobie zadać pytanie, dlaczego dyskurs o historycznej roli prawa rzymskiego w Polsce nawet w latach 20. XIX w. był jeszcze tak intensywny, że Jan Nepomucen Janowski w swojej replice *Kilka słów w odpowiedzi na uwagi* [Lelewela] *nad moią rozprawą w drugim poszycie Themidy Polskiéy umieszczone pod napisem: „Prawo Rzymskie iakim sposobem w Polsce w sprawach kryminalnych użyte było?”* musiał apelować do swoich czytelników: „Sine ira et studio”[74]. Pytanie to jest tym bardziej uzasadnione, że stanowiska uczestników ówczesnego sporu o znaczenie historyczne prawa rzymskiego w Polsce nie były – jak już widzieliśmy – aż tak sprzeczne, jak mogłoby się to w pierwszym momencie wydawać. Przynajmniej jedna odpowiedź jest pewna: dyskusja o historii prawa polskiego na początku XIX w. nie była dyskusją czysto akademicką o historii, lecz tak naprawdę również dysputą o teraźniejszości. Podobnie jak w Prusach po całkowitej, militarnej i politycznej klęsce w 1806 r. w walce z Napoleonem, która poważnie zakwestionowała wszystkie instytucje państwa pruskiego, a ostatecznie nawet rację jego bytu, również w Polsce po rozbiorach nadszedł czas ponownej samoorientacji. Proces ten dokonał się na początku XIX w. pod dwoma nowymi hasłami tworzącymi myślenie polityczne całego XIX w. w Europie, mianowicie pod hasłem „naród” – w jego nowym, społeczno-politycznym znaczeniu, będącym dziedzictwem Wielkiej Rewolucji Francuskiej – oraz pod hasłem „historia”[75] w jego nowym, ewolucyjnym sensie, pojawiającym się w Europie kontynentalnej pierwotnie w filozofii idealizmu niemieckiego i w historycznej szkole prawa.

Na tym tle można stwierdzić, że autorzy publikujący w „Themis Polskiej”, reprezentujący różne poglądy, jak choćby Heylman, Hoffman i Hube, przynajmniej pod jednym względem byli tego samego zdania. Ówczesne zacofanie polskiego sądownictwa i odsunięcie polskiej nauki prawa od prawa rzymskiego było według nich spowodowane tym, że w Polsce nie rządził sam „naród” – i to nie dopiero od czasów rozbiorów, lecz również wcześniej, za czasów Rzeczypospolitej szlacheckiej. Dlatego w pierwszym programowym artykule pierwszego zeszytu „Themis Polskiej” z 1828 r. pt. *O stanie nauki prawa w naszym kraiu* czytamy: „Prawodawstwo nie przeszło w ręce narodu, ale w ręce garstki uprzywileiowanéy rycerstwa, co przywłaszczywszy sobie imię narodu, przez trzy wieki nad tém tylko pracowała, by z iednéy strony maiestat królewski z ostatków władzy czynienia dobrze

Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Hans Hattenhauer, München 1973, s. 194 (przeł. C.-E. Mecke).

71 J.W. Bandtkie, *Uwagi…*, dz. cyt., s. 6 i n.

72 K.B. Hoffman, *O stanie nauki…*, dz. cyt., s. 28.

73 Tamże.

74 J.N. Janowski, *Kilka słów…*, dz. cyt., s. 101.

75 Zob. chociażby R. von Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868*, Göttingen 1998, s. 69: „Powrót do historii jest zatem hasłem naszego wieku” (przeł. C.-E. Mecke).

obedrzyć, a z drugiéy cisnąc żelaznym iarzmem całą massę mieszkańców; dopóki nie wtrąciła oyczyzny w przepaść, z którey ią ani światło nowego wieku, ani usiłowania cnotliwych wydźwignąć nie potrafiły. Nie potrzeba tam było nauki prawa, gdzie iednomyślnym celem każdéy nieledwie ustawy było osobiste dobro prawodawców, a ucisk klass niższych na wieczne omartwienie skazanych. Tym samym trybem szła i władza wykonawcza. Nie mieliśmy nigdy prawa, któreby do urzędów sądowniczych wymagało stopni akademickich lub iakichkolwiek dowodów usposobienia"[76].

Podobnie jak w Prusach po całkowitej, militarnej i politycznej klęsce w 1806 r. w walce z Napoleonem, która poważnie zakwestionowała wszystkie instytucje państwa pruskiego, a ostatecznie nawet rację jego bytu, również w Polsce po rozbiorach nadszedł czas ponownej samoorientacji.

Powyższe potępienie I Rzeczypospolitej było przynajmniej o tyle ahistoryczne, o ile przed rewolucją francuską „naród" nigdzie w Europie nie był aktywnym czynnikiem życia politycznego. Jednak istotna różnica w rozwoju prawno-historycznym na przykład w Niemczech polegała na tym, że niemiecka szlachta nie odrzucała z góry prawa rzymskiego, a wręcz przeciwnie – coraz więcej książąt większych księstw Rzeszy zaczęło dość wcześnie korzystać z niego dla swoich własnych celów w walce z cesarzem o władzę polityczną w Rzeszy, przykładowo zatrudniając w administracji i sądach księstw niemieckich prawników biegłych w prawie rzymskim.

Z pojęciem narodu w latach 20. XIX w. ściśle związane było odkrycie historii jako procesu ewolucyjnego, który sięga aż do danej teraźniejszości[77] i legitymizuje ją w przeciwieństwie do ahistorycznego i uniwersalnego prawa natury. W Polsce, ze względu na brak suwerennego państwa i import obcych praw, np. francuskiego kodeksu cywilnego, zrodziło się dyskutowane głównie w Warszawie pytanie, jak ma wyglądać przyszłe prawo polskie, które ze względu na wyższą rację historyczną powinno być tak naprawdę narodowe i nie odzwierciedlać jedynie aktualnych interesów jednej warstwy społecznej. W tym kontekście również pytanie, czy prawo rzymskie w ogóle i jeżeli tak, to w jakim stopniu, obowiązywało już w polskiej historii prawa, miało znaczenie również dla kwestii, jaką rolę powinno odgrywać ono w przyszłym prawie polskim. Nawiązując bezpośrednio do ówczesnej dyskusji w Niemczech, Romuald Hube pisze w „Themis Polskiej": „(…) historya (…) uczy nas dla czego prawa tak a nie inaczéy rozwiiały się, i iak dalece instytucye prawne połączone są z duchem, charakterem, moralnością narodu. Przez historyą przychodzimy do poznania stanu obecnego, za pomocą rozważania wieków upłynionych; na téy drodze poznanie teraźnieyszości przybiera pewną nieomylność, upoważnaiąc nas nawet do czynienia

76 K.B. Hoffman, *O stanie nauki…*, dz. cyt., s. 13.

77 Zob. chociażby: G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. 1, Leipzig 1841, § 34, s. 103, który jako przedstawiciel historycznej szkoły prawa dokonuje rozróżnienia między podejściem antykwarycznym i historycznym do przeszłości: „Badanie antykwaryczne ogranicza się do starodawnych, przeszłych okoliczności, z kolei historyczne ma w równej mierze [*sic!*] do czynienia z okolicznościami współczesnymi, z tym że są one rozumiane jako będące w trakcie procesu powstawania" (przeł. C.-E. Mecke). Już samo słowo „historia" w ujęciu historycznej szkoły prawa było zatem wyrazem jej programatyki.

wniosków, w przyszłości nawet znaczenie mieć mogących. Tak powstała w Niemczech nauka historyi praw Rzymskich i praw starożytnych Niemieckich"[78].

Odnosząc się do wszystkich dotychczasowych szkół prawa, nie tylko Hube odrzucał tradycyjne nurty prawa natury, które w Europie kontynentalnej epoki racjonalizmu do końca XVIII w. stawiały jedynie na ludzki rozum o charakterze uniwersalnym, nie uwzględniając przy tym szczególnej roli historii i szczególnych cech narodu. W XIX w. pod wpływem nurtu historycznego w Niemczech, a później we Francji lub w Polsce i w innych krajach, szybko okazało się jednak, że „historia" jako pojęcie normatywne i miara dla przyszłego rozwoju wiąże się z całkiem różnymi poglądami i w taki sposób staje się przyczyną nowych sporów zasadniczych na temat przyszłego prawa[79]. Spory te powstały zarówno w Niemczech, jak i w Królestwie Polskim, gdzie na łamach „Themis Polskiej" pod koniec lat 20. XIX w. rozgorzał drugi, opisany poniżej dyskurs na temat stosunku historii do filozofii prawa oraz dogmatyki prawa cywilnego.

3. Spór o stosunek między dogmatyką, historią i filozofią prawa

W pierwszym ćwierćwieczu XIX w. również w polskiej nauce prawa wzmacniała się wśród uczonych świadomość, że „nie iesteśmy Francuzami ani Niemcami ale Polakami. Należy więc przedewszystkiém poznać historyą tego szczegółu narodowego życia (…)"[80].

Podobnie jak w niemieckiej nauce prawa na początku XIX w., tak również w Polsce zanikały stopniowo – choć nie całkowicie – tradycyjne koncepcje prawa natury w duchu XVIII w., które jako właściwy przedmiot nauki, czyli filozofii prawa, uznawały jedynie uniwersalne prawo natury w przeciwieństwie do rzekomo merytorycznie przypadkowego prawa stanowionego. W 1820 r., wróciwszy właśnie z Wrocławia, Berlina i Getyngi do Warszawy, Maciejowski narzekał w różnych listach do Savigny'ego na pozostałych obrońców tradycyjnego prawa natury: „Czcigodny nauczycielu, nie uwierzy Pan, z jak licznymi przeszkodami muszę tutaj walczyć! Jest tylu ludzi, którzy są tak zapatrzeni na prawo natury, że potępiają studia wszelkich pozostałych nauk prawa. Z ludźmi tego pokroju popadłem teraz rzeczywiście w konflikt (…)"[81].

Szybko okazało się, że „historia" jako pojęcie normatywne i miara dla przyszłego rozwoju staje się przyczyną nowych sporów zasadniczych na temat przyszłego prawa.

78 R.Hube, *O stanie nauki prawa w naszych czasach*, „Themis Polska" 1828, t. 3, s. 12.

79 K. Opałek, J. Wróblewski, *Historyzm w polskim prawoznawstwie początków XIX w.* (w:) „Studia i Materiały z Dziejów Nauki Polskiej. Seria A" 1966, z. 9, s. 182, słusznie wskazali na odmienność różnych nurtów pod ogólnym „prądem [historyzmu] panującym, w ówczesnej nauce prawa". Rzeczywiście „historyzm w polskiej nauce prawa nie jest prostą recepcją poglądów szkoły Savigny'ego i Puchty, lecz wyrasta ze specyficznej polskiej sytuacji". W takim samym stopniu należy być jednak świadomym, że również w samej niemieckiej nauce nie ma w XIX w. jednolitego historyzmu, lecz różniące się od siebie, a w przypadku stosunku filozofii heglowskiej oraz szkoły Savigny'ego i Puchty częściowo nawet sprzeczne jego formy.

80 C. Z.[aborowski], *Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: „Upominek pogrobowy ś. p. Kazimierza Pliszki Podlasianina, rzecz o sukcessyi czyli uwagi nad prawem przyrodzoném do spadku" w Warszawie w Drukarni XX. Piiarów 1827 r.*, „Themis Polska" 1829, t. 6, s. 238.

81 List Maciejowskiego do Savigny'ego z 15 września 1820 r., rękopis w języku niemieckim, znajdujący się w spuściźnie

Z kolei niecałe dziesięć lat później August Heylman mógł już, nie tylko w odniesieniu do Niemiec, skonstatować, że „dziś hystorya zaymuie pierwsze miéysce w nauce prawa stanowionego”[82].

Należy jednak podkreślić, że jeśli uczeni, jak np. Romuald Hube, chwalili w tym kontekście „wyższość niezaprzeczoną” szkoły „prawa Niemieckiéy nad wszystkie dotychczasowe szkoły”[83], to nawiązywali przy tym paradoksalnie do czegoś, co w formie jednej zwartej szkoły w samych Niemczech w ogóle nie istniało. Hube sam, jako były słuchacz zarówno wykładów Savigny'ego, jak i Hegla[84], z pewnością wiedział o tym, że założona w Niemczech przez Savigny'ego historyczna szkoła prawa i heglowska filozofia prawa nie tylko nie tworzyły żadnej wspólnej szkoły, lecz pozostawały nawet w nieprzejednanej, wzajemnej wrogości do siebie. Hube wrogości tej nie widział, charakteryzując historyczną szkołę prawa jako „konieczne stadium przejściowe” w myśleniu o podstawach prawa na drodze ku faworyzowanej przez niego filozofii Hegla i Eduarda Gansa (1797–1839)[85]. Hube zakładał bowiem, że jedyną różnicą jest przy tym aspekt, że historyczna szkoła prawa nawiązuje do faktycznego zwyczaju w historii, filozofia Hegla natomiast do rozsądku: „Jakże więc są karłowate wyobrażenia tych, którzy hołduiąc zacieśnionym widokom ubiegłéy przeszłości, ciągle dziś ieszcze powtarzaią, iż iedyném i wyłączném źródłem praw ludzkich iest zwyczay! Szkoła historyczna niemiecka, wbrew historyi, do sytu znudziła iuż świat apologiami zwyczaiu”[86].

Zarówno w Niemczech, jak i w ówczesnej polskiej nauce prawa tego rodzaju ataki na historyczną szkołę prawa mobilizowały automatycznie jej obrońców. Na łamach „Themis Polskiej” szczególnie August Heylman dał się poznać jako oponent Hubego i obrońca Savigny'ego, co z drugiej strony nie oznacza, że podzielał on wszystkie przekonania tego ostatniego[87]. Heylman wskazywał całkiem słusznie, że historyczna szkoła prawa ani nie zamierzała zaprzeczać znaczeniu ludzkiego rozumu dla rozwoju prawa, ani nie chciała pozbawiać obowiązującego prawa wszelkiego znaczenia jako instancji aksjologicznej, czy też ograniczać prawo do samych faktów, takich jak zwyczaj: „szkoła historyczna nie zaprzecza bytu rozumu oderwanego, całemu rodowi ludzkiemu wspólnego (…). Lecz filozofowie twierdzą, że z iedności rozumu wypływa iedność prawodawstwa rozumnego. Temu zaprzecza naymocniéy szkoła historyczna (…)”[88].

Pod ogólnym i tylko pozornie wspólnym szyldem „historii” ukrywały się więc w Polsce, podobnie jak w Niemczech, całkiem różne koncepcje, które przyczyniły się do porównywalnego dyskursu na temat pojęcia rozumu i jego stosunku do historii. Istotne różnice w dyskusjach w Polsce i w Niemczech istniały jednak w ocenie zasadniczego stosunku między

Savigny'ego w dziale rękopisów biblioteki uniwersyteckiej w Marburgu (sygn. HS 725:846, http:/savigny.ub.uni-marburg.de/cgi-bin/digigny/b3724 [dostęp: 25.09.2018], przeł. C.-E. Mecke).

82 A. Heylman, *Wywód zasad ogólnych nauki prawa i prawodawstwa*, „Themis Polska” 1830, t. 7, s. 5.

83 R. Hube, *O stanie nauki…*, dz. cyt., s. 12.

84 Zob. G. Jędrejek, *Wpływ Fryderyka C. von Savigny'ego na prawo rzymskie w Polsce w XIX wieku*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2000, t. 52, s. 270, który cytuje fragmenty ówczesnego pamiętnika Hubego o wykładach i bardzo odmiennych osobowościach Savigny'ego i Hegla.

85 Może dlatego W. Witkowski, *Themis Polska…*, dz. cyt., s. 162, charakteryzuje jeszcze dzisiaj R. Hubego mylnie jako zwolennika historycznej szkoły prawa.

86 R. Hube, *Niektóre uwagi nad historyą nauki prawa*, „Themis Polska” 1830, t. 7, s. 169.

87 Ani wywody Heylmana, ani rozprawy innych autorów, takich jak Zaborowski, Hofman lub Maciejowski, na łamach „Themis Polska” nie potwierdzają mocno upraszczającego twierdzenia Jana Kodrębskiego, że „jedyny ówczesny organ prawniczy, „Themis Polska” był w rękach zwolenników szkoły historyczno-prawnej” (tak: J. Kodrębski, *Wacław Aleksander Maciejowski…*, dz. cyt., s. 208). Można by nawet wręcz przeciwnie zadać pytanie, czy w Polsce w sensie ścisłym istnieli w ogóle „zwolennicy” Savigny'ego, czy raczej tylko tacy uczeni prawa, którzy – w sposób typowy dla wszystkich procesów ponadnarodowego transferu ideowego – w większej lub mniejszej mierze raczej w sposób eklektyczny wybierali z programu Savigny'ego to, co wydawało się im odpowiednie dla odmiennych warunków w Królestwie Polskim. Przede wszystkim jednak twierdzenie takie lekceważy innowacyjny charakter czasopisma jako publicznej platformy dla bezprecedensowego, twórczego dyskursu polskich uczonych prawa o zasadniczych kwestiach polskiego prawa, a nie jako biuletynu relacjonującego jedynie w sposób wtórny wydarzenia i dyskusje zagraniczne.

88 A. Heylman, *Wywód zasad…*, dz. cyt., s. 8.

Pod ogólnym i tylko pozornie wspólnym szyldem „historii" ukrywały się w Polsce, podobnie jak w Niemczech, całkiem różne koncepcje, które przyczyniły się do porównywalnego dyskursu na temat pojęcia rozumu i jego stosunku do historii.

przeszłością i teraźniejszością. Według koncepcji historycznej szkoły prawa związek ten był nie tylko bliski, lecz w rozwijającym się w sposób ewolucyjny prawie również nierozłączny[89]. Według Georga Friedricha Puchty (1798–1846), słynnego „bezpośredniego" ucznia Savigny'ego, każde historyczne badanie prawa jest równocześnie w takim samym stopniu badaniem prawa obowiązującego współcześnie – i odwrotnie[90].

Z kolei w Polsce nawet sam Heylman nie podzielał poglądów historycznej szkoły prawa w tej kwestii, rozróżniając kategorycznie historię od dogmatyki i filozofii prawa – tak jak czynił to wcześniej Gustav Hugo, bezpośredni prekursor historycznej szkoły prawa, jednak jeszcze nie jej przedstawiciel[91]. Przyczyna tego jest oczywista. W warunkach polskich, pod zaborami obowiązywały wprowadzone wówczas przed niezbyt długim czasem obce ustawodawstwa, niemające żadnego związku z polską historią, a ponadto brakowało prawa rzymskiego jako czynnika łączą-

89 Wydarzenia takie, jak na przykład rewolucja francuska, historyczna szkoła prawa oceniała jako naruszające rozwój prawa. Ówczesnym hasłem tej koncepcji były słowa, które programowo weszły też do tytułu czasopisma założonego przez Savigny'ego „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" („Czasopismo Historycznej Nauki Prawa"). Kiedy w 1861 r., chyba nieprzypadkowo w roku śmierci Savigny'ego, brzmienie tego tytułu zmieniono na „Zeitschrift für Rechtsgeschichte" („Czasopismo Historii Prawa"), to właśnie ta zmiana była wyrazem zmiany koncepcji: oddzielnego badania historii prawa z jednej strony oraz obecnie obowiązującego prawa z drugiej.

90 Zob. przyp. 78.

91 Co prawda Friedrich Carl von Savigny rzeczywiście „korzystał z dorobku starszego o piętnaście lat profesora z Getyngi Gustawa (…) Hugo", jak trafnie stwierdza P.Z. Pomianowski, *Początki…*, dz. cyt., s. 113 i n., jednak w żadnym przypadku nie oznacza to, że Savigny miałby być obok Hugo jedynie „najbardziej znanym przedstawicielem szkoły" historycznej, którego poglądy „wywowały [tylko] największy oddźwięk" – jak wydaje się sugerować Pomianowski. W rzeczywistości Savigny'ego i Hugo dzielą zasadnicze przesłanki zarówno ze względu na teorię ewolucji prawa i ustalenie stosunku między historią, filozofią i dogmatyką prawa, jak i ze względu na metodologię zastosowania prawa. Nawet stanowiska odnośnie znaczenia zwyczaju dla prawa są u Savigny'ego i Hugo – wbrew pozorom – kategorycznie odmienne. Zob. C.-E. Mecke, *Savignys Programmschrift* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global…*, dz. cyt., s. 442 i n., 464–467, 476. Pomianowski ma rację, jeżeli ubolewa, że w polskiej literaturze brakuje do dziś monografii na temat szkoły historycznej w Niemczech oraz – jak można by jeszcze dodać – na temat jej recepcji lub krytyki przez polskich uczonych prawa w XIX i XX w. Na ten dezyderat badań naukowych wskazywał również G. Jędrejek, *Teoria prawa niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w świetle piśmiennictwa polskiego z XIX wieku*, „Czasy Nowożytne. Periodyk poświęcony dziejom polskim i powszechnym od XV do XX wieku" 2000, z. VIII (IX), s. 175–194; tenże, *Wpływ…*, dz. cyt., s. 259–275; tenże, *Kilka uwag dotyczących oceny niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w polskiej nauce prawa*, „Czasy Nowożytne. Periodyk poświęcony dziejom polskim i powszechnym od XV do XX wieku" 2000, z. XI (XII), s. 74, oraz wcześniej już Stanisław Salmonowicz w recenzji książki *Olivier Motte, Savigny et la France, Berne 1983*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 1986, t. 38, s. 240–242 (242).

cego historię z teraźniejszością prawa. Dlatego nawet Heylman traktował historię praw europejskich i ich badanie przez polskich prawników tylko pragmatycznie, wbrew koncepcji Savigny'ego, jako zbiór przykładowych praw i potencjalne „źródło" „udoskonaleni[a] własnego prawa obowiązującego"[92].

Pod tym względem bliższy koncepcji historycznej szkoły prawa był – pierwotnie – tylko Maciejowski, zapowiadając na początku 1829 r. badanie historyczne, które „zaś daléy sięgnąć zechce, śledzić będzie początków tych zasad (…). Zasady więc prawodawstw naszych albo z ducha narodowego początek swóy wywodzą, albo z zasad prawodawstw obcych, mianowicie germańskich, tudzież z prawa kanonicznego, iako powszechnego niegdyś całemu chrześcia[j]ństwu, nakoniec i z Rzymskiego"[93].

Zapowiadana przez Maciejowskiego tymi słowami praca nie została przez niego jednak nigdy napisana. W latach 1832–1835 Maciejowski opublikował co prawda swoje czterotomowe dzieło pod tytułem *Historja prawodawstw słowiańskich*, które błyskawicznie przełożono również na język niemiecki, ale uczony skupił się w nim na prawie słowiańskim, obierając w miejsce polskiej pojęcie „słowiańsk[iej] narodowoś[ci]" oraz pojęcie „duch[a] słowiańskiego prawa", które według niego i tak od początków historii prawa miało mieć pod względem moralnym i cywilizacyjnym przewagę nad cywilizacyjnie prymitywnymi i okrutnymi prawami germańskimi[94]. Jeszcze sto lat później polski historyk prawa Jan Adamus krytykował „naiwną etymologię" Maciejowskiego jako „lekceważenie roli języka i narodowości" dla rozwoju prawa. Nawet bezpośredni przedstawiciel historycznej szkoły prawa nie mógłby wcześniej wyrazić tego bardziej trafnie[95].

92 A. Heylman, *Wywód zasad…*, dz. cyt., s. 52.

93 W.A. Maciejowski, *Ogłoszenie…*, dz. cyt., s. 418.

94 W.A. Maciejowski, *Slavische Rechtsgeschichte […]. Zweiter Theil*, Stuttgart–Leipzig 1836, s. XI, 5.

95 J. Adamus, *W.A. Maciejowski und das Programm der slavischen Rechtsgeschichte*, „Przewodnik Historyczno-Prawny" 1933, nr 3, s. 116 i n. Zob. również K. Opałek, J. Wróblewski, *Historyzm…*, dz. cyt., s. 187, na temat ówczesnego „wyimaginowanego obrazu Słowiańszczyzny, mającej się odróżniać od sąsiednich plemion „miłością, swobód i pokoju", „duchem domowego pożycia" i „spokojności domowej", której wszelkie walki były narzucane z zewnątrz".

4. Spór na temat narodowej kodyfikacji prawa cywilnego

Czynniki „języka i narodowości" odgrywały ważną rolę również w trzecim, zasadniczym dyskursie, tym razem o przyszłej polskiej kodyfikacji prawa cywilnego. Po upadku Napoleona dyskusja o przyszłym prawie cywilnym zrodziła się zarówno w Niemczech, jak i w utworzonym w 1815 r. Królestwie Polskim, choć okoliczności polityczne i prawnoźródłowe w obu tych państwach były wręcz przeciwstawne[96]. W Niemczech, w krótkim okresie lat 1813–1814 ogólnoniemiecka kodyfikacja prawa cywilnego wydawała się pod względem politycznym możliwa do urzeczywistnienia, co u jednych uczonych prawa, np. Antona Friedricha Justusa Thibauta, budziło nadzieję, a u innych, jak u Savigny'ego – mocne obawy[97]. Mimo zasadniczo różnych przekonań co do potrzeby i treści przyszłej kodyfikacji prawa cywilnego Savigny i Thibaut, jako główni oponenci powstałego dyskursu o przyszłym prawie cywilnym, byli jednak w jednym aspekcie tego samego zdania. Nie chcieli żadnej zmiany „z góry", czyli narzuconej przez władze feudalne, lecz jedynie

96 P.Z. Pomianowski, *Główne nurty ideologiczno-metodologiczne w środowisku Warszawskich prawników przed wybuchem powstania listopadowego*, „Zeszyty Prawnicze" 2011, nr 11(4), s. 412, całkiem słusznie wskazuje na to, że odrzucenie projektu narodowej kodyfikacji prawa cywilnego w ówczesnych Niemczech i w Polsce kongresowej miałoby „zupełnie inne skutki praktyczne", ponieważ w Królestwie Polskim, abstrahując od zmian ustawowych z 1818 r. i 1825 r., obowiązywał Kodeks Napoleona, natomiast na większości terenów niemieckich nie. Zob. również C.-E. Mecke, *Savignys Programmschrift* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global…*, dz. cyt., s. 481 i n.

97 W lecie 1814 r. Thibaut opublikował po raz pierwszy swoje pismo *O potrzebie ogólnego prawa cywilnego dla Niemiec* (w niemieckim oryginale: *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*). Wiązał je z nadzieją na szybkie opracowanie jednolitej niemieckojęzycznej kodyfikacji, która miałaby być uchwalona we wszystkich pojedynczych państwach niemieckich. Szybka reakcja Savigny'ego w formie manifestu *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa* spowodowana była głównie obawą tego uczonego przed usunięciem prawa rzymskiego w dziedzinie prawa cywilnego z niemieckiej nauki i sądownictwa.

zmian zrodzonych „z dołu", czyli wypływających z narodu, z tym że Thibaut miał przy tym na myśli naród w całości, podczas gdy Savigny chciał, żeby w sprawach prawa cywilnego naród reprezentowany był głównie przez uczonych w prawie rzymskim, i to jedynie przez, w jego oczach, najznamienitszych spośród nich[98]. W Polsce jednak pierwotna inicjatywa rzekomo narodowej kodyfikacji prawa cywilnego, która miała zastąpić francuski kodeks cywilny, pochodziła z 1814 r., a więc z okresu jeszcze przed oficjalnym utworzeniem Królestwa Polskiego. Koncepcja ta stworzona została zatem za przyzwoleniem ówczesnej najwyższej władzy państwowej, czyli rosyjskiego cara Aleksandra I, a pod względem politycznym skierowana była przeciwko antyfeudalnemu duchowi równości w prawie cywilnym. Jeszcze w 1829 r. anonimowy autor chwalił na łamach „Themis Polskiej", „że wiekopomnéy pamięci Alexander I. Wskrzesiciel Królestwa Polskiego, i nadawca konstytucyi, w piérwszéy chwili osiągnienia tego królestwa, chciał mieć nasz naród od *obcych* praw uwolnionym; że w tym celu zaraz 1814 r. komitet *cywilny* ustanowił i iemu zlecił, ażeby *kodex Napoleona* i *procedura* iak nayrychléy, ile bydź może, zniesionemi były (…)"[99].

Po dokonaniu pierwszych zmian w dziedzinie prawa cywilnego, szczególnie po zastąpieniu sekularnego prawa osobowego i rodzinnego pochodzenia francuskiego Kodeksem cywilnym Królestwa Polskiego z 13 czerwca 1825 r., wśród uczonych prawa rozpoczął się publiczny dyskurs o potrzebie dalszych zmian w prawie cywilnym. Dyskusja na łamach „Themis Polskiej" nawiązywała bezpośrednio do dyskursu kodyfikacyjnego w Niemczech, w tym – czy to afirmatywnie, czy też krytycznie – do szczegółów manifestu Savigny'ego z roku 1814. Heylman wskazuje w 1830 r. *expressis verbis* na to, „że iuż podobny spór jaki tu powstaie [*sic!*], toczył się w Niemczech po oswobodzeniu onych z panowania Napoleona"[100].

Dyskusja na łamach „Themis Polskiej" nawiązywała bezpośrednio do dyskursu kodyfikacyjnego w Niemczech, w tym – czy to afirmatywnie, czy też krytycznie – do szczegółów manifestu Savigny'ego z roku 1814.

Głównymi oponentami w polskiej dyskusji o przyszłej treści polskiego prawa cywilnego byli na łamach „Themis Polskiej" ponownie Romuald Hube i August Heylman[101]. Obydwaj – i nie tylko oni – nawiązywali w swoich wypowiedziach do centralnych fragmentów[102] i pojęć[103] zawartych w słynnym manifest-

98 Savigny był niezadowolony, że „u nas każdy nazywa się prawnikiem (…), kto studiował prawo. Takich prawników jest od liku w całych Niemczech, a tworzą oni bardzo mieszane towarzystwo". F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840, § 19, s. 85 (przeł. C.-E. Mecke).

99 Anonim, *Wyrzut Rzutowi Oka na Upominek Pliszki o Sukcessyi*, „Themis Polska" 1829, t. 6, s. 146 i n.

100 K.A. Heylman, *Myśli o nauce prawa…*, dz. cyt., s. 112.

101 Zob. szczegółowo na temat tego sporu w kontekście niemieckiej debaty kodyfikacyjnej na początku XIX w.: C.-E. Mecke, *Savignys Programmschrift* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global…*, dz. cyt., s. 472–490, i krótko również: G. Jędrejek, *Teoria prawa…*, dz. cyt., s. 190–193 oraz W. Witkowski, *Szczytna prudenta godność…*, dz. cyt., s. 404, 406.

102 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 58.

103 Tamże, s. 57 („polityczny" *versus* „techniczny" element prawa), s. 58 („zwyczajowy").

cie Savigny'ego, choć różnie je interpretowali[104]. Nie była to jednak wyłącznie polska specjalność. Również w Niemczech specyficzny język Savignyego wywoływał liczne nieporozumienia, przykładowo kiedy Savigny rozróżniał „polityczny" i „techniczny element" prawa cywilnego[105] czy mówił o ustawodawstwie arbitralnym[106]. W kwestii samego pojęcia prawa zwyczajowego nawet F.K. von Savigny przyznał, że użycie określenia „drog[a] (…) zwyczajow[a]" na powstawanie prawa jest co prawda „powszechnie" stosowane, ale w odniesieniu do czasów rozwiniętej kultury prawnej, np. z XIX w., jest ono używane „w niezupełnie ścisły sposób"[107]. Albowiem w rozumieniu historycznej szkoły prawa to właśnie nie faktyczny zwyczaj uzasadnia moc obowiązującą tego prawa, lecz ogólne, prawne przekonanie wśród ludzi (*opinio necessitatis*) w pierwotnych okresach rozwoju prawa lub – i to jest istotna zmiana w porównaniu z tamtym okresem – przekonanie prawne wśród uczonych prawa, w dużej mierze zastępujące w okresie postępu cywilizacyjnego praw, np. w XIX w., przekonanie ludzi niewykształconych w prawie. Dlatego Heylman w tym względzie całkiem słusznie bronił Savigny'ego przed atakiem Hubego, który argumentując bardziej na podstawie dialektycznej filozofii prawa Hegla i Gansa, zarzucał historycznej szkole prawa apologię zwyczaju i ogólną wrogość wobec wszelkiego ustawodawstwa. Trafnie ujął to Heylman: „Wszak pod prawem stanowioném rozumiemy to co Niemcy nazywaią *positives Recht*. Gdyby więc Savigny chciał był naganić *prawo stanowione*, niewątpliwie byłby użył wyrazu: „positives Recht" miasto wyrażenia zupełnie odmiennego"[108].

Rzeczywiście w niektórych dziedzinach, np. w prawie postępowania cywilnego, za cichym porozumieniem z Thibautem, Savigny w trybie pilnym żądał reformy prawa drogą ustawową. Mało tego, nawet w dziedzinie prawa cywilnego w niektórych aspektach uważał ustawy za niezbędne, na przykład dla rozstrzygania „kwestii [naukowo] spornych"[109] lub dla reformy feudalnych reliktów w pruskim prawie własności, dotyczących rolników na folwarkach lokalnej szlachty[110]. Kwestią, którą w 1814 r. i w latach późniejszych Savigny natomiast kategorycznie odrzucał, była pełna kodyfikacja, czyli całościowe ustawodawstwo w dziedzinie prawa cywilnego na niekorzyść prawa rzymskiego jako najważniejszego przypadku prawa zwyczajowego w ówczesnych Niemczech.

Mowa Savigny'ego o „arbitraln[ych] akt[ach] ustawodawcy" (*Willkühr des Gesetzgebers*)[111] nie dotyczy więc wszelkich ustaw, lecz tylko tych, których treści nie są adekwatne do prawa narodowego, co według Heylmana Polacy żyjący wówczas w zaborach pod władzą obcych praw powinniby najlepiej wiedzieć: „Owszem każdy przypomniawszy sobie, od iakich założeń Savigny wychodzi, powié że pod dowolnemi prawodawcy ustawami, należy rozumieć prawa narzucone, iakiemi są np. obce kodexa w Polsce lub prawa z góry nadane a niezgodne z potrzebą i uczuciem narodu, choćby i były wymyślone przez filozofów a priori. Dla tych przyczyn szkoła historyczna od początku swoiego była przekonaną, że prawo stanowione, das positive Recht, nie zawsze iest wypadkiem dowolno-

104 A. Heylman, *Wywód zasad…*, dz. cyt., s. 15 i n.; R. Hube, *Niektóre uwagi…*, dz. cyt., s. 193, przyp. 1, ale również C. Z[aborowski], *Jurysprudencya sądu kassacyinego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucyi kassacyinéy z ogólném życiem prawném w kraju*, „Themis Polska" 1829, t. 6, s. 366.

105 Zob. O. Behrends, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen* (w:) O. Behrends, W. Henkel (Hrsg.), *Gesetz und Dogmatik. 3. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart am 29. und 30. April 1988"*, Göttingen 1989, s. 20, 26–28, gdzie Behrends wskazuje na niewłaściwe rozumienie pojęć używanych przez Savigny'ego nawet jeszcze wśród znanych przedstawicieli dzisiejszej nauki prawa w Niemczech.

106 Zob. przyp. 112.

107 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 58.

108 A. Heylman, *Wywód zasad…*, dz. cyt., s. 18.

109 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 147: „Wprowadzenie ustawowego rozstrzygania kontrowersji umożliwiłoby odparowanie głównego zarzutu, który uznawano dotąd za przesądzający definitywnie o praktycznej nieprzydatności prawa rzymskiego".

110 O. Behrends, *Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts* (w:) O. Behrends, M. Diesselhorst, W.E. Voss (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach 1985, s. 281–284.

111 F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, s. 14; F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 58.

ści, i że polega na zwyczaiach, a nawet na *zwyczaiach wyrozumowanych, które właśnie stanowią osnowę*, tak nazwanego i wiele znaczącego żywiołu technicznego (das technische Element)”[112].

Podobnie jak w Niemczech, również w Polsce dyskusja o właściwym momencie dla nowej kodyfikacji była tak naprawdę dyskusją o odpowiednej *treści* przyszłego prawa[113]. Wśród tych, którzy nie chcieli zachowywać kodeksu francuskiego, jedni – jak np. Hube – żądali szybkiego wprowadzenia nowej kodyfikacji na gruncie porównania obowiązujących ówcześnie praw i eklektycznego wyboru najlepszych rozwiązań prawnych dla Polski. Wobec oponentów Hube w sposób stanowczy wyrażał swoje stanowisko: „każden naród iest zdolny utworzyć *dla siebie* prawo i to *w każdym* czasie (…)”[114]. W ten sposób w Warszawie powtórzył się podobny spór o „powołaniu” ówczesnego czasu do stworzenia własnego ustawodawstwa, jaki kilka lat wcześniej miał miejsce w Berlinie, kiedy w 1821 r. do niemieckiego dyskursu kodyfikacyjnego włączył się w końcu nawet filozof Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831), krytykując postawę Savigny’ego w dobitnych słowach: „Odmawianie wykształconemu narodowi (…) zdolności stworzenia [własnego] kodeksu, (…) byłoby największym pohańbieniem, jakiego naród ten mógłby doznać”[115].

Podobnie jak w Niemczech, również w Polsce dyskusja o właściwym momencie dla nowej kodyfikacji była tak naprawdę dyskusją o odpowiedniej treści przyszłego prawa.

Jednak nie tylko w Niemczech, lecz również w Polsce byli też uczeni prawa, którzy jak na przykład Heylman[116] lub Zaborowski[117] uważali, że do stworzenia nowej kodyfikacji w Polsce czas jeszcze nie „dojrzał”. Chcieli oni raczej nawiązywać do polskiej tradycji prawa, a w tym celu badać najpierw dogłębnie przeszłość polskiego prawa. Przeciwko stanowisku Hubego i w bezpośrednim nawiązaniu do jego wyżej cytowanej wypowiedzi Heylman pisał w 1830 r. na łamach „Themis Polskiej”: „Jakoż nie zgadzam się wcale z zdaniem autora i mniemam przeciwnie, że nie w każdym czasie naród posiada usposobienie do prawodawstwa (…)”[118]. „Obecna chwila zatém nie zdaie się bydź powołaną do utworzenia prawodawstwa doskonałego i narodowego (…)”[119].

112 A. Heylman, *Wywód zasad…*, dz. cyt., s. 18 i n.

113 Wydaje się zatem, iż Piotr Pomianowski polski dyskurs ocenił zbyt surowo, twierdząc ogólnie, że rozprawy „powstające w Warszawie były przeważnie odbiciem idei zapoczątkowanych na Zachodzie” (P.Z. Pomianowski, *Główne nurty…*, dz. cyt., s. 415 i n.). Dyskurs o przyszłej kodyfikacji narodowej prawa cywilnego był czysto polską dyskusją o charakterze naukowym i prawno-politycznym. Pozostawał natomiast – tak samo jak podobne kontrowersje w Niemczech – w kontekście europejskim. Ówcześni polscy uczeni prawa byli tego faktu tak samo świadomi jak ich koledzy w Niemczech lub we Francji. Właśnie takie czasopisma, jak „Themis Polska”, francuski „Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte” lub niemieckie pismo „Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft”, były ważną, choć nie jedyną, drogą transferu ideowego w ówczesnej Europie.

114 R. H[ub]e, *Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuzkiego*, „Themis Polska” 1829, t. 5, s. 298, przyp. 1.

115 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, H. Reichelt (Hrsg.), Frankfurt am Main–Berlin–Wien 1972, § 211, s. 187 (przeł. C.-E. Mecke).

116 A. Heylman, *Myśli o nauce prawa…*, dz. cyt., s. 111, 139.

117 C. Zaborowski, *Jurysprudencya sądu kassacyinego…*, dz. cyt., s. 58.

118 A. Heylman, *Myśli o nauce prawa…*, dz. cyt., s. 111.

119 Tamże, s. 139.

Ciekawy jest przy tym fakt, iż nawet ci, którzy chcieli w Polsce zamienić całą kodyfikację Napoleona na narodową kodyfikację prawa cywilnego, w jednej ważnej kwestii byli tego samego zdania co oponent Savigny'ego w sporze kodyfikacyjnym w Niemczech – Thibaut. Podobnie jak ów uczony oraz w przeciwieństwie do Savigny'ego polscy uczeni, niezależnie od osobistych poglądów, nie chcieli nikogo wykluczać z publicznych dyskusji o reformie prawa cywilnego. Tak jak Thibaut w 1814 r.[120] Heylman celowo nawet apelował do wszystkich obywateli, aby włączać się do publicznej dyskusji i aby „w zaciszy domowéy zgłębiać podane proiekta przez uważanie i ocenienie onych w styczności i związku z wewnętrznem uczuciem, z życiem i potrzebą rzeczywistą rodzin i narodu; aby każdy gorliwszy i światleyszy miał swobodę do wypracowania i udzielania swoich postrzeżeń (…)"[121]. Dla Savigny'ego zachęta taka, dająca w zasadzie każdemu zainteresowanemu przyszłą ustawą głos w dyskusji, była z kolei koszmarnym wyobrażeniem, prowadzającym bezpośrednio do nieprofesjonalnego dyletantyzmu. Odstraszającym przykładem z najnowszej przeszłości były dla Savignyego francuskie dyskusje legislacyjne „członków Rady Państwa" przy opracowaniu kodeksu cywilnego. Według werdyktu Savigny'ego „w mowie i w piśmie zachowują się jak dyletanci (…) Ten przypadek dowodzi (…) w pełni tego, co wyżej powiedziano o niebezpieczeństwach zbytecznego i niekompetentnego ustawodawstwa"[122].

Savigny'emu brakowało natomiast kompletnie wymaganej przez Thibauta i rozumianej dosłownie „pokory" uczonych prawa wobec „pospolitego rozumu" zwykłych ludzi, nieznających języka łacińskiego[123]. Brakowało mu również świadomości, że prawo dopiero wtedy ma szansę na akceptację społeczną, jeżeli jest wynikiem ogólnospołecznej dyskusji. Właśnie tej ostatniej żądali w drugiej i trzeciej dekadzie XIX w. tacy uczeni prawa, jak Thibaut w Niemczech oraz na przykład Heylman w Polsce.

> **Prawo dopiero wtedy ma szansę na akceptację społeczną, gdy jest wynikiem ogólnospołecznej dyskusji.**

5. Podsumowanie

Reasumując, można stwierdzić, że czasopismo „Themis Polska", ukazujące się od 1828 r., było pierwszym polskim pismem o aspiracjach naukowych zawierającym nie tylko artykuły omawiające pojedyncze zagadnienia prawne, lecz także zajmujące się samą naukowością prawa, czyli charakterem i zasadniczymi przesłankami nauki prawnej, oraz jej znaczeniem dla prawoznawstwa i dla wszystkich zawodów prawniczych, szczególnie dla praktyki sądowniczej. Wśród artykułów, które ukazały się na łamach „Themis Polskiej", znalazły się również rozprawy odzwierciedlające przynajmniej trzy nurty dyskursów o charakterze zasadniczym, pozostających jednocześnie

120 A.F.J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814, (przedruk w:) H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*, München 1973, s. 81. Zob. również C.-E. Mecke, *Savignys Programmschrift* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global…*, dz. cyt., s. 485 i n.

121 K.A. Heylman, *Myśli o nauce prawa…*, dz. cyt., s. 142.

122 F.K. von Savigny, *O powołaniu…*, dz. cyt., s. 102.

123 Tak wypowiadał się Thibaut, zwracając się bezpośrednio przeciwko Savigny'emu w osiemnastym aneksie do opublikowanego również jeszcze w 1814 r. drugiego wydania swojego słynnego manifestu *O potrzebie powszechnego prawa cywilnego dla Niemiec*. Zob. *Thibauts Nachträge zu seiner Schrift 2. Ausgabe 1814* (w:) H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*, München 1973, s. 199.

w pośrednim lub częściowo nawet bezpośrednim związku z ówczesnym dyskursem wśród niemieckich uczonych prawników.

Do pierwszego nurtu dyskusji należy trwający już od 1800 r. spór na temat prawa rzymskiego w Polsce. Podobnie jak dyskusja mająca miejsce w Niemczech od 1814 r. o znaczeniu prawa rzymskiego dla przyszłego prawa i praktyki sądowniczej na terenach niemieckich, tak ówczesny spór o znaczenie prawa rzymskiego dla prawa cywilnego i karnego w Polsce nie miał jedynie wątku historycznego. W gruncie rzeczy w dyskursie tym chodziło również o wizję przyszłego prawa polskiego i metodę jego zastosowania w pojedynczym kazusie. Drugi omówiony tu spór to dyskurs na temat stosunku między dogmatyką, historią i filozofią prawa, czyli dyskurs dotyczący podstawy legitymacji prawa. W sporze tym na łamach „Themis Polskiej" ujawniają się wyraźnie dwa przeciwstawne fronty powstałe w nawiązaniu do ówczesnego dyskursu niemieckiego między szkołą historyczną prawa a heglowską filozofią prawa. Z kolei odnośnie do trzeciej dyskusji, czyli sporu o narodową kodyfikację prawa cywilnego, można stwierdzić, iż nawiązywała ona w sposób krytyczny lub też apologetyczny nawet bezpośrednio do słynnego, wydanego niemal 15 lat wcześniej manifestu Savigny'ego o braku „dojrzałości" czasów mu współczesnych do wypracowania ustawodawstwa i nauki prawa.

Żywa dyskusja prowadzona w Polsce przez uczonych prawa pod koniec lat 20. XIX w. jednoznacznie przyczyniła się do rozkwitu polskiej nauki. Niestety rozwój ten nie trwał długo. Po stłumieniu powstania listopadowego nastąpiły represje ze strony rosyjskiego imperium, które uniemożliwiły polskim naukowcom dalszą wolną dyskusję publiczną. Dyskurs na temat przyszłości polskiego prawa na łamach czasopisma „Themis Polska" z końca lat 20. XIX w. nie poszedł jednak na marne. Ożył ponownie w latach 60. XIX w., szczególnie z chwilą, kiedy najpierw w zaborze austriackim, na słynnych uniwersytetach w Krakowie i Lwowie, przywrócono oficjalnie polszczyznę i kiedy to na przykład „pandektystyczny ośrodek romanistyczny" uczelni lwowskiej można było zaliczyć „do jednych z najlepszych w Europie"[124]. Co prawda nawet jeszcze po uzyskaniu przez Polskę niepodległości, czyli w okresie międzywojennym, pojawiły się pojedyncze głosy uczonych, którzy – podobnie jak niegdyś Savigny i jego zwolennicy w Niemczech – podawali w wątpliwość, czy „czas" (innymi słowy – nauka prawa w danym czasie) „dojrzał" już do wypracowania polskiego kodeksu cywilnego[125], ale głosy te były wtedy już anachroniczne. Jedynie jeszcze wybuch drugiej wojny światowej wstrzymał – po raz ostatni – prace przygotowawcze dla stworzenia polskiej kodyfikacji prawa cywilnego obowiązującej jednolicie w całym kraju.

Bibliografia

Adamus J., *W.A.Maciejowski und das Programm der slavischen Rechtsgeschichte*, „Przewodnik Historyczno-Prawny" 1933, nr 3, s. 92–125.

Anonim [K……icz], *Wyrzut Rzutowi Oka na Upominek Pliszki o Sukcessyi*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1829, t. 6, s. 145–167.

Bandtkie J.W., *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraiu w szczególności, a o użytku onéyże w ogólności*, Warszawa 1814.

Bardach J., *Wacław Akeksander Maciejowski i jego współcześni*, Wrocław 1971.

Behrends O., *Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts* (w:) O. Behrends, M. Diesselhorst, W.E. Voss (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach 1985, s. 257–321.

Behrends O., *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen* (w:) O. Behrends, W. Henkel (Hrsg.), *Gesetz und Dogmatik. 3. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart am 29. und 30. April 1988"*, Göttingen 1989, s. 9–36.

Czacki T., *O Litewskich i Polskich Prawach, o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 Roku wydaném*, t. 1–2, Warszawa 1800–1801.

Czacki T., *Czy prawo rzymskie było zasadą praw polskich i litewskich i czy z północnymi narodami mieliśmy wiele wspólnych praw i zwyczajów? Rozprawa czytana w Krzemieńcu na otwarcie r. szkoln. w Gimnazjum Wołyńskim*, Wilno 1809.

Godek S., *Spór o znaczenie prawa rzymskiego w dawnej Rzeczypospolitej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2002, t. 54, z. 1, s. 105–141.

124 G. Jędrejek, *Wpływ…*, dz. cyt., s. 267.

125 G. Jędrejek, *Teoria prawa…*, dz. cyt., s. 193, ze wskazówką dotyczącą wypowiedzi Alfonsa Parczewskiego, który jeszcze w 1925 r. uważał, że czas jest zdecydowanie niekorzystny dla wypracowania polskiej kodyfikacji kodeksu cywilnego.

Hegel G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen in seinem Handexemplar und den mündlichen Zusätzen. Herausgegeben und eingeleitet von Helmut Reichelt*, Frankfurt am Main–Berlin–Wien 1972.

Heylman A. *Wywód zasad ogólnych nauki prawa i prawodawstwa*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1830, t. 7, s. 1–55.

Heylman A., *Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraiu naszym*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1830, t. 7, s. 109–144.

Hoffman K.B. [H – n], *O stanie nauki prawa w naszym kraiu*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1828, t. 1, s. 1–30.

Hordecki B., Sobczak J., *Trzy Themis Polskie*, „Themis Polska Nova" 2011, nr 1 (1), s. 9–44.

Hube R., *O stanie nauki prawa w naszych czasach*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1828, t. 3, s. 1–17.

H[ub]e R., *Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuzkiego*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1829, t. 5, s. 297–339.

Hube R., *Niektóre uwagi nad historyą nauki prawa*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1830, t. 7, s. 156–207.

Janowski J.N., *Kilka słów w odpowiedzi na uwagi nad moią rozprawą w drugim poszycie Themidy Polskiéy umieszczone pod napisem: „Prawo Rzymskie iakim sposobem w Polsce w sprawach kryminalnych użyte było?"*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1828, t. 2, s. 101–119.

Jędrejek G., *Teoria prawa niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w świetle piśmiennictwa polskiego z XIX wieku*, „Czasy Nowożytne. Periodyk poświęcony dziejom polskim i powszechnym od XV i XX wieku" 2000, z. VIII (IX), s. 175–194.

Jędrejek G., *Wpływ Fryderyka C. von Savigny'ego na prawo rzymskie w Polsce w XIX wieku*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2000, t. 52, s. 259–275.

Jędrejek G., *Kilka uwag dotyczących oceny niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w polskiej nauce prawa*, „Czasy Nowożytne. Periodyk pośięcony dziejom polskim i powszechnym od XV do XX wieku" 2000, z. XI (XII), s. 59–74.

Jhering R. von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß herausgegeben und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen von Okko Behrends*, Göttingen 1998, s. 19–92.

Kessler W., *Wacław Aleksander Maciejowski und Savigny* (w:) E. Donnert (Hrsg.), *Europa in der Frühen Neuzeit. Festschrift für Günter Mühlpfordt*, t. 3, Weimar–Köln–Wien 1997, s. 571–578.

Kodrębski J., *Wacław Aleksander Maciejowski jako romanista*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 1974, t. 26, z. 1, s. 197–223.

Kodrębski J., *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990.

Kuryłowicz M., *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003.

Lelewel J., *Prawo Rzymskie iakim sposobem w Polsce w sprawach kryminalnych użyte było?*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1828, t. 1, s. 97–139.

Maciejowski W.A., *Über das juristische Studium in Polen*, „Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur" 1828, t. 8, s. 343–354.

Maciejowski W.A., *Ogłoszenie prenumeraty*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1829, t. 5, s. 413–423.

Maciejowski W.A., *Slavische Rechtsgeschichte. In vier Theilen. Aus dem Polnischen übersetzt von F.J. Buss […] und […] von M. Navrocki […]. Zweiter Theil*, Stuttgart–Leipzig 1836.

Mecke C.-E., *Savignys Programmschrift „Vom Beruf unsrer Zeit" im zeitgenössischen Kontext polnischer Rechtswissenschaft (1800–1830)* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global 1814–2014. „Vom Beruf unsrer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, Göttingen 2016, s. 419–492.

Meder S., *Rechtsgeschichte*, Köln–Weimar–Wien 2017.

Meder S., *Der unbekannte Leibniz. Die Entdeckung von Recht und Politik durch Philosophie,* Wien–Köln–Weimar 2018.

Meder S., Mecke C.-E. (Hrsg.), *Savigny global 1814–2014. "Vom Beruf unsrer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, Göttingen 2016.

Meder S., Mecke C.-E., *Otto Gradenwitz' Berliner Familienrechtsvorlesung von 1892 nach einer Mitschrift von Salvatore Riccobono im Kontext von Spätpandektistik und Familienrechtspolitik am Vorabend des BGB* (w:) M. Avenarius i in. (Hrsg.), *Juristischer Methodentransfer im späten 19. Jahrhundert. Rätsel zwischen Heidelberg, Palermo und Berlin / Circolazione di modelli metodologici fra giuristi di fine Ottocento. Enigmi fra Heidelberg, Palermo e Berlino*, Tübingen 2018, s. 157–213.

Milewski S., *„Themis Polska" – „Żywioły nauki prawa"*, cz. 2, „Palestra. Pismo adwokatury polskiej" 2003, nr 1–2, s. 103–107.

Milewski S., Redzik A., *Themis i Pheme. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa 2011.

Opałek K., Wróblewski J., *Historyzm w polskim prawoznawstwie początków XIX w.* (w:) „Studia i Materiały z Dziejów Nauki Polskiej. Seria A" 1966, z. 9, s. 177–193.

Płaza S., *Historia Państwa i Prawa Polskiego. Zarys wykładu*, cz. 2: *Polska pod zaborami*, Katowice 1971.

Pomianowski P.Z., *Seria pierwsza „Themis Polskiej" jako pismo poświęcone praktyce prawa*, „Studia Iuridica" 2009, nr 1, s. 135–144.

Pomianowski P.Z., *Główne nurty ideologiczno-metodologiczne w środowisku Warszawskich prawników przed wybuchem powstania listopadowego*, „Zeszyty Prawnicze" 2011, nr 11(4), s. 405–417.

Pomianowski P.Z., *Początki polskiego czasopiśmiennictwa prawniczego. Seria pierwsza „Themis Polskiej"*, Warszawa 2015.

Puchta G.F., *Cursus der Instituionen. Erster Band. Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk*, Leipzig 1841.

Rückert J., Duve T. (Hrsg.), *Savigny international?*, Frankfurt am Main 2015.

Salmonowicz S., *Olivier Motte, Savigny et la France, Berne 1983*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 1986, t. 38, s. 240–242.

Savigny F.C. von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_gesetzgebung_1814 (dostęp: 15.03.2019).

Savigny F.K. von, *O powołowaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa. Z języka niemieckiego przełożył i wstępem opatrzył Kazimierz Opałek*, Warszawa 1964, s. 47–185.

Savigny F.C. von, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840.

Sondel J., *Ze studiów nad prawem rzymskim w Polsce piastowskiej*, Warszawa–Kraków 1978.

Sondel J., *Aleksander Mickiewicz i jego poglądy na tle sporu z początków XIX wieku na temat roli prawa rzymskiego w dawnej Polsce*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2004, s. 9–24.

Stoll A. (Hrsg.), *Friedrich Karl v. Savigny. Professorenjahre in Berlin 1810–1842. Mit 317 Briefen aus den Jahren 1810–1841 und 33 Abbildungen*, Berlin 1929.

Szymaniec P., *Jan Wincenty Bandtkie a Friedrich Karl von Savigny. Dwa manifesty badań historycznych nad prawem z roku 1814* (w:) E. Tuora-Schwierskott (red.), *Rozwój prawa w stosunkach polsko-niemieckich. Niemiecko-Polskie Stowarzyszenie Prawników. Księga pamiątkowa z okazji 25-letniego jubileuszu*, Regensburg 2015, s. 203–215.

Szymaniec P., *Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831* (w:) M. Marszał, J. Przygodzki (red.), *Pro publico bono – idee i działalność*, Wrocław 2016, s. 101–124, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79163/08_P-Szymaniec_Nauka-prawa.pdf (dostęp: 15.03.2019).

Thibaut A.J.F., *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814, (przedruk w:) H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*, München 1973, s. 61–94.

Thibaut A.J.F., *Aneks do manifestu „O potrzebie ogólnego prawa cywilnego dla Niemiec"* (przedruk w:) H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*, München 1973, s. 193–199.

Witkowski W., *Nowe pokolenie prawników Królestwa Polskiego I połowy XIX wieku*, „Rejent" 2000, nr 4 (108), s. 186–210.

Witkowski W., *Szczytna prudenta godność – „Themis Polska" i twórczość w niej Aleksandra Thisa*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 2006, nr 9 (2), s. 393–406.

Witkowski W., *Themis Polska – die erste polnische Rechtszeitschrift (1828–1830)* (w:) M. Stolleis, T. Simon (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt am Main 2006, s. 141–171.

Z.[aborowski] C., *Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: „Upominek pogrobowy ś. p. Kazimierza Pliszki Podlasianina, rzecz o sukcessyi czyli uwagi nad prawem przyrodzoném do spadku" w Warszawie w Drukarni XX. Piiarów 1827 r.*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1829, t. 6, s. 212–233 (pomyłka w druku, właściwie s. 212–241).

Z.[aborowski] C., *Jurysprudencya sądu kassacyinego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucyi kassacyinéy z ogólném życiem prawném w kraju*, „Themis Polska. Pismo nauce i praktyce prawa poświęcone" 1829, t. 6, s. 361–379.

Obszerniejsza wersja niniejszego artykułu wraz z wprowadzeniem niemieckiego czytelnika w tematykę stanu prawnego w Polsce rozbiorowej na początku XIX w. ukazała się w niemieckojęzycznym tomie wydanym po konferencji pt. „Savigny global", która odbyła się w Hanowerze w 2014 r.: C.-E. Mecke, *Savignys Programmschrift „Vom Beruf unsrer Zeit" im zeitgenössischen Kontext polnischer Rechtswissenschaft (1800–1830)* (w:) S. Meder, C.-E. Mecke (Hrsg.), *Savigny global 1814–2014. „Vom Beruf unsrer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, Göttingen 2016, s. 419–492. Przytaczane w niniejszej pracy cytaty z polskich tekstów z XIX w. nie zostały uwspółcześnione, lecz podane w pisowni oryginalnej. Poprawiono jedynie ewidentne błędy literowe.

Rafał Łukasiewicz

Dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Rafał Łukasiewicz

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego. Interesuje się prawem cywilnym i rodzinnym.

rlukasiewicz@ur.edu.pl

https://orcid.org/0000-0003-4054-7492

Gamete Donation between Family Members – de lege lata *and* de lege ferenda

In the Polish legal system there are no legal regulations concerning a non-anonymous gamete donation and an intra-family gamete donation. The purpose of this article is to analyze if the intra-family gamete donation should be mandated in the Polish family law. It is necessary to point out that in some cases this legal construction could be valuable. In the first part of the article the typology of intra-family gamete donation is presented. In the second part, there are the results of research into the benefits and dangers of the intra-family gamete donation. Thereafter, it is analyzed how this kind of legal regulation could be implemented in the Polish legal system.

Słowa kluczowe: dawstwo komórek rozrodczych, dawstwo anonimowe, dawstwo jawne, wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych

Key words: gamete donation, anonymous donation, non-anonymous donation, intra-family gamete donation

1. Wstęp

Medycznie wspomagana prokreacja przez wiele lat stanowiła obszar, który nie był unormowany prawnie w sposób adekwatny do występujących w tym względzie potrzeb społecznych. Rezultatem żywych dyskusji i sporów co do kształtu prawnej regulacji tych zagadnień jest Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (tj. Dz.U. 2017, poz. 865, dalej: u.l.n.), która jednak pod wieloma względami jest w doktrynie poddawana krytyce[1]. W polskiej

1 Zob. m.in. T. Gardocka, *Opinia na temat projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2015, nr 4, s. 157–163; J. Haberko, *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 4, s. 3–15; taż, *Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75? K.r.o.*, „Metryka" 2015, nr 1,

doktrynie prawniczej nie dokonano dotychczas analizy problematyki dawstwa komórek rozrodczych między członkami rodziny. Zagadnienie to stanowić będzie przedmiot niniejszego artykułu. W publikacji posłużono się metodą formalno-dogmatyczną oraz prawno-porównawczą.

Aktualne rozwiązania normatywne przewidują jedynie możliwość skorzystania z anonimowego dawstwa komórek rozrodczych, co jednoznacznie wyklucza możliwość dawstwa wewnątrzrodzinnego. Dotkniętej problemem niepłodności parze może zależeć na tym, aby dziecko poczęte dzięki zastosowaniu metod medycznie wspomaganej prokreacji było spokrewnione genetycznie z obojgiem rodziców, nawet wówczas, gdy dochodzi do zapłodnienia heterologicznego. Wartość ta, sama w sobie, nie powinna budzić większych wątpliwości. Pojawiają się one jednak przy uwzględnieniu interesów pozostałych zaangażowanych w wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych podmiotów, zwłaszcza dziecka oraz dawcy komórki rozrodczej[2].

Celem niniejszego artykułu jest rozważenie zasadności wprowadzenia w prawie polskim instytucji wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych. Punktem wyjścia jest postawienie tezy, że tego rodzaju konstrukcja prawna jest w pewnych przypadkach wartościowa. W pierwszej kolejności przedstawiona zostanie typologia wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych. Zabieg ten służyć ma późniejszemu zawężeniu postulowanego zakresu tej instytucji do ściśle określonych przypadków. W dalszej kolejności podjęta zostanie próba skonfrontowania zasad rządzących tą instytucją z aktualnie obowiązującymi zasadami prawa rodzinnego oraz poglądami doktryny, w tych aspektach, które wydają się najbardziej kontrowersyjne. Z zakresu analizy wyłączona została problematyka surogacji wewnątrzrodzinnej. Publikacja niniejsza stanowi wstęp do dalszych badań prowadzonych w tym zakresie.

2. Typologia wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych

Ustawa o leczeniu niepłodności nie przewidziała w swoich regulacjach dopuszczalności wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych. Warto jednak zwrócić uwagę, że przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny było stosowane jako jeden z modeli dawstwa oferowanego przez ośrodki leczenia niepłodności[3]. W ustawie o leczeniu niepłodności wyróżniono dawstwo partnerskie oraz dawstwo inne niż partnerskie.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n. dawstwo partnerskie oznacza przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę-mężczyznę w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni pozostającej z dawcą w związku mał-

s. 175–194; J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2015, nr 4, s. 126–163; R. Łukasiewicz, *Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane* (w:) J. Mazurkiewicz, P. Mysiak (red.), *Nasciturus pro iam nato habetur. O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, Wrocław 2017, s. 146–167; M. Marszewski, *Zapłodnienie post mortem w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, „Medycyna i Prawo" 2015, nr 4, s. 98–114; M. Radkowska-Walkowicz, *„To wielkie zwycięstwo polskiej wolności"? Nowa ustawa regulująca leczenie metodą in vitro w Polsce w perspektywie antropologicznej*, „Medycyna i Prawo" 2016, nr 1, s. 123–140; A. Stępkowski, *Opinia prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2015, nr 4, s. 164–182; *Opinia o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności*, Sąd Najwyższy, Biuro Studiów i Analiz, https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatposiedzeniatematy/2480/drukisejmowe/3245-002.pdf (dostęp: 20.01.2018).

2 Relacje te można ująć w postaci dwóch układów. W skład pierwszego wchodzą: biorczyni, mąż biorczyni oraz dawca komórki rozrodczej. W skład drugiego wchodzą: dawca komórki rozrodczej, przyszli rodzice i dziecko. Szerzej: H. Van Parys i in., *Constructing and Enacting Kinship in Sister-to-Sister Egg Donation Families. A Multi-family Member Interview Study*, „Sociology of Health and Illness" 2017, t. 39, nr 6, s. 848.

3 A. Krawczak, A. Damska, *Bocian sprawdza kliniki. Pierwszy Pacjencki Monitoring Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności*, s. 64, http://www.nasz-bocian.pl/pliki/monitoring_pacjencki_NB_2015.pdf (dostęp: 20.01.2018); A. Krawczak, *Ustawa a potrzeba poznania własnego dziedzictwa genetycznego przez dzieci urodzone dzięki dawstwu niepartnerskiemu*, „Medycyna i Prawo" 2017, nr 4, s. 48.

żeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczyni; w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczyni. Dawstwo inne niż partnerskie nie zostało zdefiniowane w analizowanej ustawie. Zgodnie jednak z uzasadnieniem Ustawy o leczeniu niepłodności obejmuje ono sytuacje, w których co najmniej jedna z komórek rozrodczych pochodzi od anonimowego dawcy[4]. Równocześnie należy wskazać, że na mocy art. 30 ust. 1 pkt 1 u.l.n. komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie, gdy pobranie następuje na rzecz anonimowej biorczyni. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych musiałoby wobec tego polegać na przemodelowaniu konstrukcji dawstwa innego niż partnerskie. Dawstwo komórki rozrodczej przez członka rodziny *prima facie* sprzeczne byłoby bowiem z zasadą anonimowości dawcy, od której ustawodawca *de lege lata* nie przewiduje wyjątków.

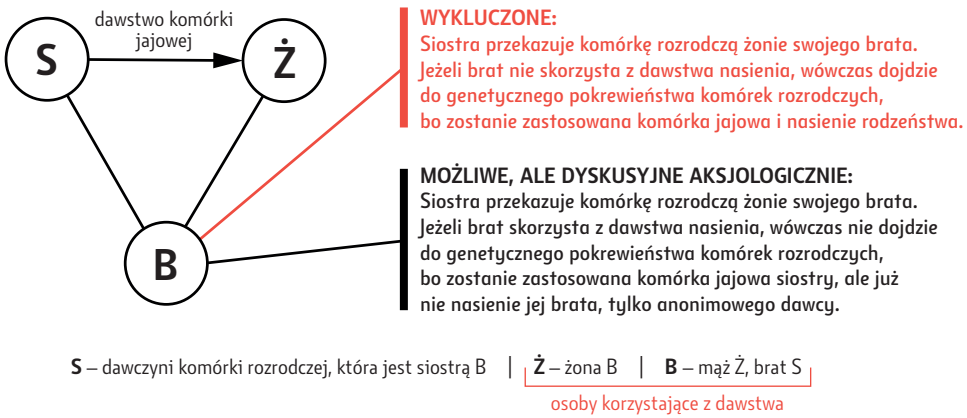
W kontekście przedstawionych definicji należy wskazać, że dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny, w przyjętym w niniejszym artykule znaczeniu, nie dotyczy tych podmiotów, które przez związek małżeński zakładają rodzinę (art. 23 k.r.o.), gdyż tego rodzaju dawstwo mieści się w pojęciu dawstwa partnerskiego. Dawstwo między członkami rodziny będzie dotyczyć zatem wszystkich innych konfiguracji między osobami należącymi do jednej rodziny (krewnych, powinowatych), przy czym rodzina będzie rozumiana szeroko[5].

Wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych obejmuje wiele zróżnicowanych stanów faktycznych, które trudno jest podzielić według jednego kryterium,

Przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny było stosowane jako jeden z modeli dawstwa oferowanego przez ośrodki leczenia niepłodności.

4 Uzasadnienie do projektu ustawy o leczeniu niepłodności, druk sejmowy nr 3245, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/230033/230073/230074/dokument146213.pdf (dostęp: 2.02.2018).

5 Należy zauważyć, że w prawie polskim brak jest definicji legalnej pojęcia „rodzina", a próby określenia kręgu podmiotów wchodzących w skład rodziny pokazują, że trudno wskazać jednoznacznie zakres desygnatów tego pojęcia. Należy równocześnie zaznaczyć, że w obrębie prawa rodzinnego przez rodzinę rozumie się na ogół tzw. rodzinę małą. Szerzej m.in.: B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 7, s. 352–361; L. Garlicki (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016, s. 500–502; M. Kosek, *Pojęcie rodziny w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych* (w:) M. Kosek, J. Słyk (red.), *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Warszawa 2008, s. 229–247; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, Warszawa 2012, s. 767–768; M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 29–36; tenże, *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP (uwagi do Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.)*, „Rejent" 1997, s. 104–105; T. Smyczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 11/12, s. 191–192; Z. Strus, *Znaczenie art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra" 2014, nr 9, s. 241–242. W nawiązaniu do pojęcia „dawstwo wewnątrzrodzinne" należy wskazać na wartościową analizę zwrotu „rodzinny": P. Telusiewicz, *Służebna rola zwrotu „rodzinny" w przepisach prawa polskiego*, Lublin 2013.



uwzględniającego wielowątkowość towarzyszących temu zagadnieniu problemów. W tym miejscu należy podkreślić, że nie wszystkie powyżej przedstawione rodzaje dawstwa wewnątrzrodzinnego są godne zaaprobowania. Ich prezentacja stanowi jednak próbę, choćby ograniczonego, usystematyzowania technicznych możliwości, jakie daje dawstwo wewnątrzrodzinne. Pozwoli to doprecyzować zakres niniejszej publikacji oraz udzielić odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu ustawodawca powinien rozważyć możliwość dopuszczenia stosowania metod medycznie wspomaganej prokreacji z zastosowaniem komórek rozrodczych w ramach rodziny.

Pierwszym, wskazywanym powszechnie w literaturze zagranicznej kryterium jest podział ze względu na stopień pokrewieństwa lub powinowactwa. W tym względzie można wskazać na wewnątrzpokoleniowe oraz międzypokoleniowe dawstwo komórek rozrodczych[6]. Do pierwszej grupy należy zaliczyć m.in. dawstwo nasienia między braćmi, dawstwo komórki jajowej między siostrami czy dawstwo nasienia w przypadku, gdy niepłodny jest mąż siostry dawcy[7]. W takiej sytuacji siostra dawcy może korzystać z dawstwa komórki jajowej albo nie. Jeżeli nie skorzysta ona z dawstwa anonimowego, wówczas zastosowanie komórek rozrodczych jej brata jest wykluczone z racji na pokrewieństwo genetyczne komórek rozrodczych. Podobna sytuacja może mieć miejsce w przypadku dawstwa komórki jajowej w razie niepłodności żony brata dawczyni (patrz schemat poniżej)[8]. Do drugiej grupy, a więc dawstwa międzypokoleniowego, można zaliczyć m.in. dawstwo nasienia między ojcem i synem, dawstwo komórki jajowej między matką i córką, dawstwo nasienia w razie, gdy niepłodny jest mąż

6 Zob. m.in. E. Vayena, S. Golombok, *Challanges in Intra-Family Donation* (w:) M. Richards, G. Pennings, J.B. Appleby (eds.), *Reproductive Donation. Practice, Policy and Bioethics*, Cambridge 2012, s. 168; The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Family Members as Gamete Donors and Surrogates*, „Fertility and Sterility" 2012, t. 98, nr 4, s. 797; D. de Wert i in., *Intrafamilial Medically Assisted Reproduction*, „Human Reproduction" 2011, t. 26, nr 3, s. 504.

7 W artykule niekiedy mowa o niepłodności męża lub niepłodności żony, a więc o niepłodności po stronie mężczyzny lub po stronie kobiety. Nie zmienia to faktu, że ustawę o leczeniu niepłodności należy interpretować, biorąc pod uwagę definicję niepłodności Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), zgodnie z którą niepłodność odnosi się do heteroseksualnej pary, a nie do jednostki. F. Zegers-Hochschild i in., *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary of ART Terminology 2009*, „Fertility and Sterility" 2009, t. 92, nr 5, s. 1522.

8 W prawie polskim także w odniesieniu do kobiety, która jest dawcą komórki jajowej, używa się zwykle ogólnego terminu „dawca komórek rozrodczych". W art. 28 u.l.n. ustawodawca posłużył się jednak pojęciem „dawczyni komórki jajowej". Dla czytelności prezentacji warto posługiwać się terminem „dawczyni" w przypadkach, gdy uwaga dotyczy wyłącznie dawczyni komórki jajowej, a nie dawcy komórek rozrodczych w ogóle.

córki dawcy, czy dawstwo komórki jajowej w razie, gdy niepłodna jest żona syna dawczyni. Oba ostatnie przypadki będą mogły mieć miejsce jedynie wówczas, gdy dzieci dawców skorzystają z dawstwa anonimowego, gdyż w przeciwnym wypadku wystąpi genetyczne pokrewieństwo między komórkami rozrodczymi.

Drugim kryterium może być podział ze względu na relacje prawno-rodzinne występujące między dawcą komórki rozrodczej a podmiotem, którego komórka rozrodcza ma być przez dawcę zastąpiona. W odniesieniu do dawstwa wewnątrzrodzinnego można wskazać na dawstwo między krewnymi albo między powinowatymi. Do pierwszej grupy będzie należeć np. dawstwo nasienia między ojcem a synem, dawstwo komórki jajowej między matką a córką czy dawstwo komórek rozrodczych między rodzeństwem (siostrami, braćmi). Do drugiej grupy należy zaliczyć np. dawstwo nasienia w razie, gdy niepłodny jest mąż siostry dawcy, dawstwo komórki jajowej w razie, gdy niepłodna jest żona brata dawczyni, dawstwo nasienia w razie, gdy niepłodny jest mąż córki dawcy, czy dawstwo komórki jajowej w razie, gdy niepłodna jest żona syna dawczyni.

Trzecim kryterium może być podział ze względu na istnienie albo brak genetycznego pokrewieństwa komórek rozrodczych zastosowanych w ramach medycznie wspomaganej prokreacji. Brak genetycznego pokrewieństwa między komórkami rozrodczymi nastąpi chociażby w przypadku dawstwa między siostrami lub braćmi. Do pokrewieństwa komórek rozrodczych nie dojdzie także wówczas, gdy mężczyzna przekazuje do dawstwa nasienie w przypadku niepłodności męża jego siostry, ale tylko wówczas, gdy równocześnie skorzystano z anonimowego dawstwa komórki jajowej. Wówczas genetycznym ojcem dziecka będzie brat kobiety, która je urodzi, a genetyczną matką anonimowa dawczyni komórki jajowej. Pokrewieństwo między komórkami rozrodczymi nastąpi m.in. w przypadku, gdy komórka jajowa dawczyni ma być zastosowana w razie niepłodności żony jej brata, a nie skorzystano z anonimowego dawstwa nasienia (patrz schemat powyżej). Rodzicami genetycznymi urodzonego w tej sposób dziecka byłoby rodzeństwo, co jest oczywiście sprzeczne z powszechnie obowiązującymi standardami prawa rodzinnego.

Czwartym kryterium może być podział ze względu na ocenę etyczną zastosowania poszczególnych rodzajów dawstwa komórek rozrodczych wewnątrz rodziny. Z natury rzeczy zakłada ono pewną subiektywność przedstawionych ocen. Do pierwszej grupy należy zaliczyć te przypadki wewnątrzrodzinnego dawstwa, które w doktrynie nie wywołują większych sporów co do ich dopuszczalności. Mowa tutaj przede wszystkim o dawstwie nasienia między braćmi albo między ojcem a synem oraz dawstwie komórki jajowej między siostrami albo między matką i córką. Do drugiej grupy należy zaliczyć przypadki, w których dawstwo wewnątrzrodzinne nie może nastąpić ze względu na genetyczne pokrewieństwo komórek rozrodczych. Zakazy takie występują zarówno na obszarze prawa cywilnego, jak i prawa karnego i wiążą się z wykluczeniem związków kazirodczych. Zaliczyć tu można np. dawstwo nasienia brata w celu zastosowania go w ramach medycznie wspomaganej prokreacji w sytuacji niepłodności męża jego siostry, gdy nie korzysta ona z dawstwa komórki jajowej. Do trzeciej grupy należy zaliczyć graniczne przypadki dawstwa wewnątrzrodzinnego, w których choć nie występuje niebezpieczeństwo genetycznego pokrewieństwa między komórkami rozrodczymi, to jednak pojawiają się pewne wątpliwości natury aksjologicznej. Mowa tutaj przede wszystkim o sytuacjach, gdy dawstwo komórki rozrodczej następuje na rzecz osoby, która pozostaje w związku małżeńskim z krewnym dawcy. Równocześnie pozostający w związku z tą osobą krewny dawcy korzysta z dawstwa anonimowego. W ten sposób urodzone dziecko jest genetycznie spokrewnione z dawcą komórki rozrodczej, należącym do rodziny oraz dawcy komórki rozrodczej uzyskanej z dawstwa anonimowego. Tak stanie się np. gdy dawca nasienia przekaże je do zastosowania w metodzie zapłodnienia pozaustrojowego, której poddaje się jego siostra wraz z mężem, przy czym zastosowana komórka jajowa nie pochodzi od siostry dawcy, ale od anonimowej dawczyni.

Poniższa analiza dotyczyć będzie zasadności wprowadzenia w prawie polskim możliwości dawstwa wewnątrzrodzinnego, które spełnia następujące kryteria:

- Jest dawstwem wewnątrzpokoleniowym.
- Jest dawstwem między krewnymi.
- Jest dawstwem, w którym nie występuje genetyczne pokrewieństwo między komórkami rozrodczymi.

– Jest dawstwem, które nie budzi wątpliwości ze względów aksjologicznych.

Wskazane zawężenie rozważanej problematyki podyktowane jest chęcią udowodnienia zasadności wprowadzenia w prawie polskim możliwości wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych w tych przypadkach, które rodzić mogą najmniej kontrowersji. Brak uregulowania normatywnego dawstwa wewnątrzrodzinnego sam w sobie jest zagadnieniem budzącym szereg wątpliwości. Obrona stanowiska, zgodnie z którym konstrukcja prawna wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych jest warta uwzględniania, ma stanowić jedynie otwarcie dyskusji w tym względzie. Propozycja powyższa ma jednak charakter wyjściowy i stanowi pewien przyczynek do dyskusji nie tylko co do samego wprowadzenia wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych, ale także jego zakresu.

3. Sytuacja dawcy komórki rozrodczej w przypadku dawstwa wewnątrzrodzinnego

Analizę należy rozpocząć od ustalenia pozycji osoby, która jest dawcą nasienia albo komórki jajowej. W tym obszarze występuje szereg niebezpieczeństw, które mogą prowadzić do zanegowania możliwości wprowadzenia wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych. W doktrynie powszechnie wskazuje się na niebezpieczeństwo pozostawania takiej osoby pod presją – albo wynikającą z wewnętrznego przekonania o konieczności pomocy rodzinie, albo wynikającą z nacisków pozostałych członków rodziny[9]. Może ona przybrać zarówno postać presji emocjonalnej, jak i materialnej.

Zawężenie proponowanego ujęcia dawstwa wewnątrzrodzinnego tylko do dawstwa wewnątrzpokoleniowego wynika z potrzeby wyeliminowania ekonomicznego podporządkowania dawcy oraz biorczyni, chociażby w relacji matka–córka[10]. O wiele trudniej jest jednak chronić potencjalnych dawców komórek rozrodczych przed naciskami o charakterze emocjonalnym. Prośba ze strony siostry o przekazanie komórki jajowej stawia taką osobę w niekomfortowej sytuacji, gdyż ewentualna odmowa może być odebrana jako brak lojalności w stosunku do rodzeństwa.

Problemy związane z dawstwem komórek rozrodczych między członkami rodziny pojawiają się nie tylko na etapie przed zastosowaniem metody medycznie wspomaganej prokreacji, a przede wszystkim już po urodzeniu dziecka. W literaturze podnosi się występujące niekiedy trudności z zaakceptowaniem przez dawców odmiennej roli społecznej pełnionej względem dziecka, która różni się przecież od prawdy genetycznej[11]. Jedynie przykładowo można wskazać na sytuację, w której genetyczna matka dziecka w jego życiu pełni rolę „tylko" ciotki. Napięcie związane z przyjęciem drugorzędnej roli społecznej względem dziecka, którego dawca jest genetycznym rodzicem, może zintensyfikować się chociażby w przypadku problemów z niepłodnością, które dotkną dawcę już po urodzeniu dziecka poczętego przy wykorzystaniu jego komórek rozrodczych[12].

Zagrożenia pojawiające się na tle wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych należy skonfrontować z prowadzonymi na ten temat badaniami. Przeprowadzone analizy statystyczne, pomimo swojego wycinkowego charakteru, pokazują, że w zdecydowanej większości przypadków wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych jest rozwiązaniem, które nie prowadzi do konfliktów między dawcą a biorczynią i jej mężem[13]. Dane statystyczne pokazują,

9 E.S. Glazer, E.W. Sterling, *Having Your Baby Through Egg Donation*, Londyn 2013, s. 102; E. Vayena, S. Golombok, *Challenges in Intra-Family Donation…*, dz. cyt., s. 174–175. Badania pokazują jednak, że dawcy nie odczuwają w tym zakresie presji: S. Yee, J.A. Hitkari, E.M. Greenblatt, *A Follow-Up Study of Women Who Donated Oocytes to Known Recipient Couples for Altruistic Reasons*, „Human Reproduction" 2007, t. 22, nr 7, s. 2047.

10 L.A. Marshall, *Intergenerational Gamete Donation. Ethical and Societal Implications*, „American Journal of Obstetrics and Gynecology" 1998, t. 178, nr 6, s. 1172–1173; The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Family Members…*, dz. cyt., s. 800; A. Krawczak, *In vitro. Bez strachu, bez ideologii*, Warszawa 2016, s. 352–353.

11 Szerzej: The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Family Members…*, dz. cyt., s. 798.

12 H. Van Parys i in., *Constructing…*, dz. cyt., s. 861; L.A. Marshall, *Intergenerational Gamete Donation…*, dz. cyt., s. 1173.

13 R. Lessor, *All in the Family. Social Processes in Ovaria Egg Donation Between Sisters*, „Sociology of Health and Illness" 1993, t. 15, nr 3, s. 409, 410; V. Jadva i in., *A Longitudinal Stu-*

że w większości przypadków występuje harmonijna relacja między biorczynią oraz jej mężem a dawcą komórek rozrodczych, w żadnym zaś przypadku nie odnotowano poważnego konfliktu ani wrogości. Co więcej, nawet wówczas, gdy występowało niezadowolenie z relacji między rodzicami dziecka a dawcą komórek rozrodczych, nie wpływało ono na relacje między dzieckiem a dawcą[14].

4. Sytuacja dziecka urodzonego wskutek zastosowania dawstwa wewnątrzrodzinnego

Podstawową zasadą polskiego prawa rodzinnego jest zasada dobra dziecka. Nie powinno budzić sprzeciwu stwierdzenie, że wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych może być oceniane rozmaicie z punktu widzenia realizacji zasady dobra dziecka. W doktrynie przyjmuje się, że ochrony przewidzianej dla dziecka nie stosuje się w odniesieniu do zarodków nieimplementowanych, a zatem tym bardziej komórek rozrodczych, z których nie powstał jeszcze zarodek[15].

Nie może to jednak prowadzić do ignorowania faktu, że skonstruowane przez ustawodawcę regulacje dotyczące medycznie wspomaganej prokreacji muszą uwzględniać fakt, iż w konsekwencji ich zastosowania urodzi się dziecko.

Niewykluczone jest przyjęcie stanowiska, że dobro dziecka nie stoi na przeszkodzie zastosowania wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych. Potwierdza to bliższa analiza wpływu zastosowania tego rodzaju dawstwa na możliwość utrzymania, choćby w niepełnym zakresie, wiedzy dziecka o swoim pochodzeniu genetycznym. Należy bowiem pamiętać, że w wielu ustawodawstwach odchodzi się od pełnej anonimowości dawców, przy czym warto podkreślić, że rozwiązania w tym zakresie mogą być bardziej lub mniej wyważone, np. w zakresie dostępu do danych identyfikujących dawców[16].

Przeprowadzone analizy statystyczne, pomimo swojego wycinkowego charakteru, pokazują, że w zdecydowanej większości przypadków wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych jest rozwiązaniem, które nie prowadzi do konfliktów między dawcą a biorczynią i jej mężem.

W literaturze powszechnie dostrzega się wagę problemu prawa dziecka do poznania swojego pochodzenia

dy of Recipients' Views and Experiences of Intra-Family Egg Donation, „Human Reproduction" 2011, t. 26, nr 10, s. 2777; A. Winter, J.C. Daniluk, *A Gift from the Heart. The Experiences of Women Whose Egg Donation Helped Their Sisters Become Mothers*, „Journal of Counseling and Development" 2004, t. 82, s. 486–490; H. Van Parys i in., *Constructing…*, dz. cyt., s. 859.

14 V. Jadva i in., *A Longitudinal Study…*, dz. cyt., s. 2780–2781.

15 J. Haberko, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy" 2008, nr 10, s. 17–31; taż, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 95–109; Z. Czernik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego In vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi* de lege lata *i* de lege ferenda*)*, „Nowe Prawo" 1990, nr 10–12, s. 105. Por. M. Safjan, *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, „Studia Prawnicze" 1988, nr 3, s. 131.

16 Szerzej m.in.: S. Allan, *Donor Conception and the Search for Information. From Secrecy and Anonymity to Openness*, Nowy Jork 2017.

biologicznego[17]. Podjęcie badań nad wewnątrzrodzinnym dawstwem komórek rozrodczych wymaga analizy co najmniej dwóch niezwykle istotnych problemów.

Po pierwsze należy rozważyć, czy instytucja dawstwa komórek rozrodczych między członkami rodziny jest wartościowa w punktu widzenia możliwości utrzymania w ramach jednej, szeroko rozumianej rodziny więzi genetycznej z dzieckiem, które ma się urodzić.

Po drugie należy poddać analizie problem ujawniania dziecku informacji o tym, że zostało ono urodzone wskutek zastosowania dawstwa komórek rozrodczych oraz że dawcą był członek jego rodziny.

tycznych tak urodzonego dziecka zarówno z ojcem, jak i matką. W przypadku skorzystania przez kobietę z dawstwa komórki jajowej pochodzącej od jej siostry dziecko będzie poczęte przy zastosowaniu nasienia męża biorczyni oraz komórki jajowej jej siostry. Jest to niewątpliwie wartość sama w sobie, gdyż likwiduje występujące na obszarze dawstwa anonimowego opisane w doktrynie problemy. Jawność danych dotyczących dawców komórek rozrodczych ma, zdaniem zwolenników takiego zapatrywania, zaletę polegającą na wykluczeniu możliwości zaistnienia przypadkowych małżeństw między krewnymi. Pozwala również uzy-

Można twierdzić, że dobro dziecka nie stoi na przeszkodzie zastosowania wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych.

Jak już podkreślono, wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych mogłoby realizować niezwykle istotną potrzebę rodziców dotkniętych problemem niepłodności. Mowa o utrzymaniu związków genetycznych. Podjęcie badań nad wewnątrzrodzinnym dawstwem komórek rozrodczych wymaga analizy co najmniej dwóch niezwykle istotnych problemów.

Po pierwsze należy rozważyć, czy instytucja dawstwa komórek rozrodczych między członkami rodziny jest wartościowa w punktu widzenia możliwości utrzymania w ramach jednej, szeroko rozumianej rodziny więzi genetycznej z dzieckiem, które ma się urodzić.

Po drugie należy poddać analizie problem ujawniania dziecku informacji o tym, że zostało ono urodzone wskutek zastosowania dawstwa komórek rozrodczych oraz że dawcą był członek jego rodziny.

skać informacje medyczne dotyczące rodziny dziecka, a tym samym umożliwia skuteczniejsze jego leczenie[18]. Doniosłą rolę ma także fakt, że dziecko może poznać historię swojej rodziny, a tym samym w pełniejszym stopniu kształtować poczucie własnej tożsamości.

Przede wszystkim należy zauważyć, że ani przy dawstwie anonimowym, ani przy dawstwie wewnątrzrodzinnym nie można nakazać rodzicom dziecka ujawnienia przed nim faktu poczęcia wskutek zastosowania medycznie wspomaganej prokreacji[19]. Ponadto osoby decydujące się na skorzystanie z dawstwa komórki rozrodczej chcą osiągnąć ściśle określony cel, którym jest urodzenie się dziecka. W związku z brakiem w polskim porządku prawnym dawstwa wewnątrzrodzinnego nie mają oni innego wyboru niż zastosowanie dawstwa anonimowego.

Podstawowa wątpliwość sprowadza się do pytania, czy dawstwo wewnątrzrodzinne byłoby konstrukcją

17 Zob. m.in. L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2008, z. 4, s. 947–984; M. Działyńska, *Pochodzenie dziecka od rodziców* (w:) T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 135–147; A. Dyoniak, *Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embrionu*, „Nowe Prawo" 1989, z. 1, s. 38–50; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 284–299; L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos)*, „Państwo i Prawo" 1990, z. 10, s. 64–79; M. Szałajko, *Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki*, „Rodzina i Prawo" 2014, nr 28, s. 40–63; K. Szczucki, *Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej* (w:) L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010, s. 184–198; Z. Radwański, *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasiennienia matki*, „Studia Iuridica Silesiana" 1979, nr 5, s. 171–185; A. Zielonacki, *Prawo do znajomości własnego pochodzenia*, „Studia Prawnicze" 1993, z. 1, s. 99–109.

18 Zob. m.in. M. Safjan, *Prawo…*, dz. cyt., s. 30; L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo…*, dz. cyt., s. 68; Z. Radwański, *Stanowisko prawne…*, dz. cyt., s. 181.

19 L. Firth, *Beneath the Rhetoric. The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation*, „Bioethics" 2001, t. 15, nr 5/6, s. 476–481.

prawną służącą dobru dziecka. Przy założeniu, że określone osoby skorzystają z dawstwa komórki rozrodczej (zapłodnienia heterologicznego), warto zastanowić się, jak kształtuje się pozycja prawna dziecka poczętego dzięki zastosowaniu dawstwa anonimowego, a jak w razie zastosowania dawstwa wewnątrzrodzinnego. Zarówno w jednym, jak i drugim przypadku rodzice dziecka mogą albo zataić informację o dawstwie, albo ujawnić ją dziecku. W pierwszej kolejności badaniu zostaną poddane sytuacje, w których rodzice ujawnili dziecku fakt skorzystania z dawstwa komórki rozrodczej.

W razie skorzystania z dawstwa anonimowego dziecko urodzone dzięki jego zastosowaniu może poznać tylko dane nieidentyfikujące dawcę komórki rozrodczej. Zgodnie z art. 38 ust. 2 u.l.n. osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w wyniku dawstwa innego niż partnerskie komórek rozrodczych lub dawstwa zarodka, ma prawo zapoznać się z informacjami dotyczącymi dawcy wymienionymi w art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n. po osiągnięciu pełnoletności. Wskazane w powyższym przepisie dane to: rok i miejsce urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka oraz informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka – wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Dziecko w żadnym wypadku nie będzie mogło poznać danych identyfikujących dawcę komórki rozrodczej, w tym jego imienia i nazwiska, adresu zamieszkania. Tutaj warto aprobująco odnieść się do samego podziału danych na identyfikujące i nieidentyfikujące. Wątpliwości mogą dotyczyć przede wszystkim zakresu gromadzonych i udostępnianych danych nieidentyfikujących, który mógłby być szerszy, oraz braku *de lege lata* możliwości uzyskania zgody dawcy na udostępnienie jego danych identyfikujących.

W przypadku zastosowania dawstwa wewnątrzrodzinnego dziecko mogłoby poznać zarówno dane identyfikujące, jak i nieidentyfikujące. Ujawnienie przez rodziców samego faktu skorzystania z dawstwa byłoby często równoznaczne ze wskazaniem, który członek rodziny był dawcą. W doktrynie wskazano jednak również na przypadki tzw. „częściowego ujawniania", które polegają na ujawnieniu samego faktu skorzystania z medycznie wspomaganej prokreacji, ale bez wskazania, kto był dawcą komórki rozrodczej[20]. Biorąc pod uwagę polskie rozwiązania, zastosowanie „częściowego ujawnienia" niekoniecznie wiele by zmieniało. Poznanie przez dziecko samej daty urodzenia dawcy mogłoby mu sugerować pochodzenie komórek rozrodczych od konkretnego członka rodziny. W kontekście dawstwa wewnątrzrodzinnego pojawiałby się oczywiście problem ujawnienia danych identyfikujących dawcę oraz ochrony jego prawa do utrzymania tego rodzaju informacji w tajemnicy.

Warto także porównać sytuację dziecka, które nie wie o fakcie skorzystania z dawstwa komórki rozrodczej w razie dawstwa anonimowego oraz wewnątrzrodzinnego. Nie powinno budzić sprzeciwu stwierdzenie, że zakres niewiedzy dziecka przy dawstwie anonimowym jest szerszy niż w przypadku dawstwa wewnątrzrodzinnego. Dziecko, które urodziło się wskutek zastosowania komórki rozrodczej pobranej od członka rodziny, co prawda nie wie o tym, że jego genetycznym rodzicem jest np. ciotka lub wujek, posiada natomiast zgodne z prawdą informacje co do przynależności do szerzej rozumianej rodziny. Ma to kluczowe znaczenie w istotnych dla wielu ludzi kwestiach, takich jak chociażby utożsamianie się z historią i tradycją rodzinną, pochodzeniem etnicznym i społecznym czy wyznawaną religią. W przypadku dziecka poczętego dzięki dawstwu anonimowemu jego poczucie przynależności do rodziny z punktu widzenia powyższych kryteriów przynajmniej częściowo nie jest zgodne z prawdą.

5. *Dawstwo wewnątrzrodzinne w polskim systemie prawa* – de lege ferenda

Powyższe uwagi miały na celu uzasadnienie *a priori* słuszności wprowadzenia do polskiego porządku prawnego instytucji dawstwa komórek rozrodczych między członkami rodziny (dawstwa wewnątrzrodzinnego). Poniższa analiza będzie miała na celu umiejscowienie tej konstrukcji normatywnej w polskim systemie prawa.

Przez wiele lat dominował pogląd, że anonimowość dawców komórek rozrodczych i zarodków stanowi

20 V. Jadva i in., *A Longitudinal Study…*, dz. cyt., s. 2781.

immanentną cechę dawstwa komórek rozrodczych czy dawstwa zarodków[21]. W ostatnich latach w niektórych państwach wprowadzane są rozwiązania prawne, które przewidują brak anonimowości dawcy[22]. Należy przy tym podkreślić, że wszelkie próby ujawniania danych pozwalających na identyfikację takich osób wbrew ich woli należy ocenić krytycznie[23].

wewnątrzrodzinne i tzw. dawstwo „ze wskazaniem") a dawcą, który jest tym osobom nieznany.

W odniesieniu do tzw. dawstwa „ze wskazaniem" występuje realne zagrożenie nielegalnego handlu komórkami rozrodczymi[26]. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym mogły mieć miejsce przypadki uzyskiwania korzyści majątkowych w zamian za

Mało prawdopodobne jest, aby członkowie rodziny dokonywali nieformalnych transakcji komórkami rozrodczymi, gdyż dawstwo takie ma raczej podłoże altruistyczne.

W niektórych państwach problem anonimowości dawców został rozwiązany przez zastosowanie modelu dwuścieżkowego. Polega on na możliwości wyboru przez dawców oraz przez osoby korzystające z dawstwa komórek rozrodczych jednego z dwóch modeli – dawstwa anonimowego albo dawstwa nieanonimowego[24]. Alternatywa dotyczy wyboru między dawcą anonimowym i dawcą, który nie jest znany, ale może być w przyszłości zidentyfikowany[25]. Poza wskazanymi rodzajami dawstwa niektóre systemy prawne przewidują możliwość wyboru między dawcą, który jest znany osobom korzystającym z dawstwa (dawstwo przekazanie komórek rozrodczych do dawstwa, na co wskazuje popularność forów internetowych, w których znajdują się tego typu ogłoszenia[27]. Ustawa o leczeniu niepłodności przewiduje tylko dawstwo na rzecz ano-

21 Z. Radwański, *Stanowisko prawne…*, dz. cyt., s. 180.

22 L. Firth, *Gamete Donation and Anonymity. The Ethical and Legal Debate*, „Human Reproduction" 2001, t. 16, nr 5, s. 819; taż, *Beneath the Rhetoric…*, dz. cyt., s. 474–476; M. Dennison, *Revealing Your Sources. The Case for Non-Anonymous Gamete Donation*, „Journal of Law and Health" 2008, t. 21, nr 1, s. 7–12. Szerzej: S. Allan, *Donor Conception…*, dz. cyt.

23 *Wyrok Wyższego Sądu Krajowego (OLG) w Hamm (Westfalia, Niemcy) z dnia 6 lutego 2013 r., I-14U 7/12*, https://openjur.de/u/599587.html (dostęp: 20.01.2018).

24 G. Pennings, *The 'Double Track' Policy for Donor Anonymity*, „Human Reproduction" 1997, t. 12, nr 12, s. 2839–2844.

25 Tamże, s. 2839; A.M. Bravermen, S.L. Corson, *Factors Related to Preferences in Gamete Donor Sources*, „Fertility and Sterility" 1995, t. 63, nr 3, s. 545–549.

26 L. Gardocki, *Organizowanie adopcji a handel dziećmi*, „Palestra" 1994, nr 11, s. 44–46; M. Pomarańska-Bielecka, *Komercyjny obrót dziećmi w celach adopcyjnych*, „Edukacja Prawnicza" 2009, nr 3, s. 3–8; M. Pomarańska-Bielecka, *Adopcja ze wskazaniem i zagrożenia z nią związane. O granicy między handlem dziećmi a stosowną korzyścią majątkową należną rodzinie biologicznej oddającej dziecko do adopcji*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka" 2015, t. 14, nr 2, s. 88–112. Co do nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, która miała wyeliminować przypadki handlu dziećmi, towarzyszące tzw. adopcji ze wskazaniem: J. Gajda, *„Adopcja ze wskazaniem" w świetle art. 119[1a] kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Metryka" 2016, nr 1, s. 45–64; R. Łukasiewicz, *Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem a problem handlu dziećmi*, „Monitor Prawniczy" 2016, nr 3, s. 122–126; A. Wilk, *Co nowego w przysposobieniu? Nowelizacja prawa o przysposobieniu*, „Metryka" 2015, nr 2, s. 183–192.

27 Zob. np. https://robimydzieci.com (dostęp: 20.01.2018). Na temat handlu komórkami jajowymi w poprzednim stanie prawnym m.in. K. Nowosielska, *Handel komórkami rozrodczymi kwitnie – będzie karany*, http://www.rp.pl/Prawo-karne/310159887-Handel-komorkami-jajowymi-kwitnie---bedzie-karany.html (dostęp: 20.01.2018).

nimowej biorczyni, tym samym wyklucza tego rodzaju sytuacje. Ponadto przepisy prawno-karne zawarte w ustawie o leczeniu niepłodności wyrażają dążenie ustawodawcy do wyeliminowania takich przypadków.

Postulowane wewnątrzrodzinne dawstwo komórek rozrodczych nie wiąże się ze wskazanymi wyżej zagrożeniami. Mało prawdopodobne jest, aby członkowie rodziny dokonywali nieformalnych transakcji komórkami rozrodczymi, gdyż dawstwo takie ma raczej podłoże altruistyczne. Można zatem proponować, aby tzw. dawstwo „ze wskazaniem" było ograniczone jedynie do analizowanego w niniejszym artykule dawstwa wewnątrzrodzinnego i to w określonym wyżej zakresie, a więc aby było dawstwem wewnątrzpokoleniowym, dawstwem między krewnymi, dawstwem, w którym nie występuje genetyczne pokrewieństwo między komórkami rozrodczymi, oraz dawstwem, które nie budzi wątpliwości ze względów aksjologicznych. Oczywiście nie wyklucza to dyskusji nad rozszerzeniem zakresu dawstwa „ze wskazaniem" czy dawstwa wewnątrzrodzinnego. Wskazane wyżej rozwiązanie ma być jedynie propozycją takiego uregulowania, które zminimalizuje niebezpieczeństwa, jakie mogą występować na tle dawstwa komórek rozrodczych od znanych dawców.

Dostęp do danych dotyczących dawców komórek rozrodczych powinien być *de lege ferenda* uzależniony od dwóch kryteriów – rodzaju dawstwa oraz zgody dawcy. Dostęp do danych identyfikujących i nieidentyfikujących obejmowałby dawstwo wewnątrzrodzinne oraz dawstwo anonimowe, jeżeli dawca wyraził zgodę na udostępnienie swoich danych małoletniemu po uzyskaniu przez niego pełnoletności. Brak dostępu do danych identyfikujących dotyczyłby sytuacji dawstwa anonimowego przy braku wyrażenia zgody na ujawnienie tych informacji[28]. Rozwiązanie to pozwala w sposób wyważony chronić interes dziecka do poznania informacji o swoim pochodzeniu oraz interes dawcy, który decydował się na dawstwo swoich komórek rozrodczych, zachowując anonimowość. Dziecko mogłoby uzyskać dane o rodzicu genetycznym dopiero po osiągnięciu pełnoletności. Ze względu na to, że po wielu latach dawca mógł zmienić stanowisko co do zachowania swojej anonimowości, należy pozostawić mu możliwość wyrażenia zgody na ujawnienie swoich danych identyfikujących również po dokonanym dawstwie.

Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego instytucji wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych mogłoby prowadzić do daleko idących komplikacji. W tym miejscu należy przypomnieć, że społeczne i prawne role pełnione przez poszczególnych członków rodziny nie odpowiadają w pełni prawdzie genetycznej. Okazuje się, że przy legalizacji dawstwa komórek rozrodczych między członkami rodziny reguły rządzące prawem filiacyjnym, które wykluczają związki kazirodcze, mogłyby zostać naruszone. Pokrewieństwo jako przeszkoda zawarcia małżeństwa zostało w prawie polskim ujęte w sposób wąski. Zgodnie z art. 14 § 1 k.r.o. nie mogą zawrzeć ze sobą małżeństwa krewni w linii prostej, rodzeństwo ani powinowaci w linii prostej. Prawo polskie nie wyklucza więc np. małżeństwa między kuzynami. Wskutek zastosowania wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych mogłoby dojść do małżeństwa osób, których genetyczną matką jest ta sama osoba. Problem ten, choć nie ma dużej doniosłości praktycznej (rzadko dochodzi do małżeństw między kuzynami), pokazuje jednak na możliwość wystąpienia niespójności polskich przepisów prawnych w sytuacji wprowadzenia postulowanej konstrukcji prawnej. Z sytuacją tą można mieć do czynienia wówczas, gdy osoby poczęte dzięki

28 Tego rodzaju rozwiązanie występuje w niektórych państwach w przypadku przysposobienia oraz urodzeń anonimowych. Zob. m.in.: Child Welfare Information Gateway, *Access to Adoption Records*, Waszyngton 2012, s. 3–6; J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia i jej ochrona w polskim prawie cywilnym*, Przemyśl–Rzeszów 2012, s. 248, 277; D. Łukasz i in., *Ustawodawstwo związane z pozostawieniem noworodka przez matkę w celu adopcji z uwzględnieniem anonimowości matki w wybranych państwach europejskich*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2007, nr 4, s. 150–152; A.N. Schulz, *Poszanowanie życia prywatnego a „anonimowe urodzenie" dziecka w świetle orzeczenia Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie Pascale Odievre przeciw Francji (wyrok z 13 lutego 2003 r., skarga nr 42326/98)*, „Przegląd Prawa Europejskiego" 2004, nr 4, s. 94–101; K. Warecka, *Godelli przeciwko Włochom (wyrok ETPC z dnia 25 września 2012 r., skarga nr 33783/09)*, LEX/el. 2014; K. Gałka, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 25 września 2012 r., 33783/09*, LEX/el. 2014; M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012*, LEX 2013, s. 231.W odniesieniu do dawstwa: G. Pennings, *The 'Double Track'*…, dz. cyt., s. 2842.

dawstwu komórki rozrodczej od członka rodziny nie wiedzą o tym fakcie. Rozstrzygnięcie problemu małżeństw między genetycznym rodzeństwem w razie wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych wymaga dokonania szerszych uwag ogólnych.

Zgodnie z art. 76 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2016.2064 j.t., dalej: p.a.s.c.) osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo składa pisemne zapewnienie, że nie wie o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa. W analizowanym przypadku nupturienci będący kuzynami są w istocie genetycznym rodzeństwem. Nie zachodzi jednak przeszkoda małżeńska wobec tego, że w świetle prawa nie są oni krewnymi w linii prostej ani rodzeństwem. Zgodnie z art. 5 k.r.o. kierownik urzędu stanu cywilnego, który dowiedział się o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie zamierzonego małżeństwa, odmówi przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński lub wydania zaświadczenia, o którym mowa w art. 4^1 k.r.o., a w razie wątpliwości zwróci się do sądu o rozstrzygnięcie, czy małżeństwo może być zawarte. Nie jest pewne, czy kierownik USC mógłby w praktyce zastosować odmowę, o której mowa w art. 5 k.r.o. Analizę należy rozpocząć od dawstwa innego niż partnerskie, następnie przechodząc do nieuregulowanego w polskim porządku prawnym dawstwa wewnątrzrodzinnego.

Przede wszystkim należy zauważyć, że kierownik USC dysponuje informacją o zastosowaniu dawstwa komórki rozrodczej tylko w przypadku uznania ojcostwa na podstawie art. 75^1 k.r.o.[29] Zgodnie z art. 19 ust. 2 pkt. 5a p.a.s.c. w rejestrze stanu cywilnego prowadzi się rejestr uznań, w którym gromadzi się informacje, że oświadczenie konieczne do uznania ojcostwa zostało złożone przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo zarodka powstałego z komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo z dawstwa zarodka. Zgodnie z art. 63 ust. 12 p.a.s.c. protokół jest dołączany do akt zbiorowych aktu urodzenia i podlega udostępnieniu na wniosek osoby, której akt dotyczy, po osiągnięciu przez nią pełnoletności, lub na żądanie sądu.

W rejestrze stanu cywilnego nie gromadzi się natomiast danych o zastosowaniu komórek rozrodczych pochodzących od dawcy w innych przypadkach. W razie domniemania pochodzenia dziecka od męża matki fakt zastosowania dawstwa komórki rozrodczej nie jest dokumentowany w aktach zbiorowych aktu urodzenia, a tym samym dziecko nie ma możliwości ujawnienia dawstwa w sposób analogiczny, jak to się dzieje przy uznaniu na podstawie art. 75^1 k.r.o. Poza tym wątpliwości wywołuje to, czy konstrukcja uznania ojcostwa z art. 75^1 k.r.o. zawsze dotyczy w istocie uznania ojcostwa. Należy pamiętać, że dawstwo inne niż partnerskie może polegać nie tylko na dawstwie nasienia, ale także dawstwie komórki jajowej. Przepisy Ustawy o leczeniu niepłodności (art. 21 ust. 1 pkt 2, art. 21 ust. 1 pkt 3, art. 32 ust. 2 pkt 6 ppkt b) są skonstruowane w taki sposób, że zastosowanie dawstwa innego niż partnerskie w odniesieniu do pary niepozostającej w związku małżeńskim wymaga złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 75^1 k.r.o., niezależnie od tego, czy chodzi o dawstwo nasienia, dawstwo komórki jajowej, czy dawstwo zarodka. Jest to kolejna przyczyna, dla której posłużenie się konstrukcją uznania ojcostwa w sytuacjach dawstwa innego niż partnerskie jest błędne. Właściwsze byłoby wyrażenie zgody na dawstwo nasienia, dawstwo komórki jajowej albo dawstwo zarodka, która *de lege ferenda* byłaby prawnie relewantna w kontekście późniejszego uregulowania prawnego ojcostwa mężczyzny, który ją wyraża.

Postulować należy ujednolicenie regulacji w zakresie umieszczania w aktach zbiorowych aktu urodzenia informacji dotyczącej skorzystania z dawstwa komórek rozrodczych. Stanowiłaby ona *de lege ferenda* podstawę do uzyskania informacji, o których mowa w art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n. Pozwalałoby to także wzmocnić spójność norm polskiego systemu prawa. Należy przypomnieć, że przysposobiony może uzyskać dane o tym, że przysposabiający nie są jego genetycznymi, rodzicami przez wydanie mu po osiągnięciu

29 Konstrukcję uznania ojcostwa z art. 75^1 k.r.o. należy ocenić krytycznie. Jak trafnie zauważa J. Haberko: „Analizowana sytuacja od uznania ojcostwa różni się nie tylko tym, że oświadczenie składa się niezgodnie z prawdą biologiczną, ale także tym, że składa się je z zastrzeżeniem terminu, warunkowo oraz bez odniesienia do podmiotu, w stosunku do którego relacja rodzinnoprawna w postaci ojcostwa ma powstać i przy nieustalonym macierzyństwie" (J. Haberko, *Uznanie ojcostwa*…, dz. cyt., s. 189).

pełnoletności odpisu zupełnego dotychczasowego aktu urodzenia wraz z dokumentami z akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego albo odpisu zupełnego aktu urodzenia w przypadku braku sporządzenia nowego aktu. Choć osoba poczęta dzięki dawstwu komórki rozrodczej może uzyskać informacje o poczęciu jej w ten sposób przez złożenie odpowiedniego wniosku do ministra właściwego do spraw zdrowia, wydaje się, że tego rodzaju dysonans w możliwości uzyskania danych o braku pochodzenia genetycznego od swoich prawnych rodziców może mieć daleko idące konsekwencje. Odmienną kwestią pozostaje natomiast fakt, że przysposobiony uzyskuje dostęp do danych identyfikujących, natomiast dziecko poczęte dzięki zastosowaniu dawstwa komórek rozrodczych – jedynie dane nieidentyfikujące.

Jako przykład może posłużyć sytuacja, kiedy dziecko domyśla się, że nie jest genetycznym synem swojego ojca, którym w świetle prawa jest mąż jego matki. Po uzyskaniu odpisu zupełnego swojego aktu urodzenia u kierownika urzędu stanu cywilnego dowiaduje się, że nie był adoptowany. Nie wyklucza to jednak tego, że mogło nastąpić anonimowe dawstwo nasienia, o czym osoba ta nie dowie się w urzędzie stanu cywilnego. Może to doprowadzić do zaniechania dalszych poszukiwań. Wydaje się, że urząd stanu cywilnego powinien być miejscem, w którym można uzyskać informację o braku pochodzenia genetycznego od rodzica zarówno w przypadku przysposobienia, jak i dawstwa anonimowego. Inną kwestią natomiast pozostaje dostęp do dalszych danych (identyfikujących i nieidentyfikujących), który w odniesieniu do przysposobienia i dawstwa anonimowego nie jest w prawie polskim jednolity.

W sytuacji zastosowania wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych informacja o fakcie skorzystania z dawstwa powinna znaleźć się w aktach zbiorowych aktu urodzenia. Problem ewentualnego kazirodztwa w przypadku zastosowania dawstwa między członkami rodziny należałoby rozwiązać przez ogólne regulacje, o których była wyżej mowa. Zaproponowanie szczegółowego unormowania, skonstruowanego tylko dla mało prawdopodobnych w praktyce sytuacji musiałoby napotkać na zarzut kazuistyki. Mając to na uwadze, należałoby przyjąć rozwiązanie, zgodnie z którym kierownik USC mógłby w przypadku małżeństwa między rodzeństwem sprawdzać w dokumentach z akt zbiorowych aktu urodzenia, czy nastąpiło dawstwo komórki rozrodczej, i w sytuacji wątpliwości odmówić wydania zaświadczenia o braku okoliczności wyłączających zawarcie związku małżeńskiego lub przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński.

6. Wnioski

Dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny jest zagadnieniem wpisującym się w szerszy kontekst dyskusji na temat „otwierania się" instytucji dawstwa komórek rozrodczych. Rozważenie problematyki dawstwa wewnątrzrodzinnego musiało odbyć się przez nawiązanie do bardziej ogólnych problemów. Uregulowanie prawne tej materii powinno nastąpić po dogłębnych badaniach nie tylko z zakresu prawa, ale także psychologii czy socjologii. Zaproponowany kształt dawstwa wewnątrzrodzinnego stanowi jedynie rozwiązanie wyjściowe. Skonstruowane zostało ono przy założeniu konieczności wprowadzenia tej instytucji, przy zminimalizowaniu występujących na jej tle potencjalnych niebezpieczeństw. W kontekście zachodzących w innych krajach europejskich zmian wydaje się, że ewolucja instytucji dawstwa komórek rozrodczych zmierza w kierunku tzw. modelu dwuścieżkowego lub jawności dawstwa. Polska ustawa o leczeniu niepłodności normuje dawstwo komórek rozrodczych, zakładając jego anonimowość. Wobec tego ustawa wyeliminowała występujące wcześniej w praktyce przypadku dawstwa „ze wskazaniem" oraz dawstwa wewnątrzrodzinnego. Wydaje się, że kwestią czasu jest powrót do dyskusji nad modelem dawstwa w Polsce. Warto byłoby przy tej okazji rozważyć zasadność wprowadzenia wewnątrzrodzinnego dawstwa komórek rozrodczych w polskim porządku prawnym.

Bibliografia

Allan S., *Donor Conception and the Search for Information. From Secrecy and Anonymity to Openness*, Nowy Jork 2017.

Banaszak B., Zieliński M., *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 7, s. 352–361.

Bosek L., *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2008, z. 4, s. 947–984.

Bravermen A.M., Corson S.L., *Factors Related to Preferences in Gamete Donor Sources*, „Fertility and Sterility" 1995, t. 63, nr 3, s. 545–549.

Czarnik Z., Gajda J., *Ochrona prawna dziecka poczętego In vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi* de lege lata *i* de lege ferenda*)*, „Nowe Prawo" 1990, nr 10–12, s. 104–118.

Child Welfare Information Gateway, *Access to Adoption Records*, Waszyngton 2012.

Dennison M., *Revealing Your Sources. The Case for Non-Anonymous Gamete Donation*, „Journal of Law and Health" 2008, t. 21, nr 1, s. 7–12.

Dyoniak A., *Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embrionu*, „Nowe Prawo" 1989, z. 1, s. 38–50.

Działyńska M., *Pochodzenie dziecka od rodziców* (w:) T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 135–147.

Firth L., *Beneath the Rhetoric. The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation*, „Bioethics" 2001, t. 15, nr 5/6, s. 476–481.

Firth L., *Gamete Donation and Anonymity. The Ethical and Legal Debate*, „Human Reproduction" 2001, t. 16, nr 5, s. 818–824.

Gajda J., *„Adopcja ze wskazaniem" w świetle art. 119[1a] kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Metryka" 2016, nr 1, s. 45–64.

Gajda J., *Tajemnica przysposobienia i jej ochrona w polskim prawie cywilnym*, Przemyśl–Rzeszów 2012.

Gałka K., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 25 września 2012 r., 33783/09*, LEX/el. 2014.

Gardocka T., *Opinia na temat projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2015, nr 4, s. 157–163.

Gardocki L., *Organizowanie adopcji a handel dziećmi*, „Palestra" 1994, nr 11, s. 44–46.

Garlicki L. (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016, s. 500–502.

Glazer E.S., Sterling E.W., *Having Your Baby Through Egg Donation*, Londyn 2013.

Haberko J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010.

Haberko J., *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy" 2008, nr 10, s. 17–31.

Haberko J., *Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75? K.r.o.*, „Metryka" 2015, nr 1, s. 175–194.

Haberko J., *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 4, s. 3–15.

Jadva V. i in., *A Longitudinal Study of Recipients' Views and Experiences of Intra-Family Egg Donation*, „Human Reproduction" 2011, t. 26, nr 10, s. 2777–2782.

Kosek M., *Pojęcie rodziny w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych* (w:) M. Kosek, J. Słyk (red.), *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Warszawa 2008, s. 229–247.

Krawczak A., Damska A., *Bocian sprawdza kliniki. Pierwszy Pacjencki Monitoring Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności*, http://www.nasz-bocian.pl/pliki/monitoring_pacjencki_NB_2015.pdf (dostęp: 20.01.2018).

Krawczak A., *In vitro. Bez strachu, bez ideologii*, Warszawa 2016.

Krawczak A., *Ustawa a potrzeba poznania własnego dziedzictwa generycznego przez dzieci urodzone dzięki dawstwu niepartnerskiemu*, „Medycyna i Prawo" 2017, nr 4, s. 37–53.

Lessor R., *All in the Family. Social Processes in Ovaria Egg Donation Between Sisters*, „Sociology of Health and Illness" 1993, t. 15, nr 3, s. 393–431.

Lipski J., *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2015, nr 4, s. 126–163.

Łukasiewicz R., *Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane* (w:) J. Mazurkiewicz, P. Mysiak (red.), *Nasciturus pro iam nato habetur. O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, Wrocław 2017, s. 146–167.

Łukasiewicz R., *Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem a problem handlu dziećmi*, „Monitor Prawniczy" 2016, nr 3, s. 122–126.

Łukasz D. i in., *Ustawodawstwo związane z pozostawieniem noworodka przez matkę w celu adopcji z uwzględnieniem anonimowości matki w wybranych państwach europejskich*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2007, nr 4, s. 150–152.

Marshall L.A., *Intergenerational Gamete Donation. Ethical and Societal Implications*, „American Journal of Obstetrics and Gynecology" 1998, t. 178, nr 6, s. 1171–1176.

Marszewski M., *Zapłodnienie post mortem w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, „Medycyna i Prawo" 2015, nr 4, s. 98–114.

Mączyński A., *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, Warszawa 2012, s. 767–768.

Nazar M., *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP (uwagi do Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.)*, „Rejent" 1997, s. 100–125.

Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.

Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012*, LEX 2013.

Nowosielska K., *Handel komórkami rozrodczymi kwitnie – będzie karany*, http://www.rp.pl/Prawo-karne/310159887-Handel-

-komorkami-jajowymi-kwitnie---bedzie-karany.html (dostęp: 20.01.2018).

Opinia o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności, Sąd Najwyższy, Biuro Studiów i Analiz, https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatposiedzeniatematy/2480/drukisejmowe/3245-002.pdf (dostęp: 20.01.2018).

Pennings G., *The 'Double Track' Policy for Donor Anonymity*, „Human Reproduction" 1997, t. 12, nr 12, s. 2839–2844.

Pomarańska-Bielecka M., *Adopcja ze wskazaniem i zagrożenia z nią związane. O granicy między handlem dziećmi a stosowną korzyścią majątkową należną rodzinie biologicznej oddającej dziecko do adopcji*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka" 2015, t. 14, nr 2, s. 88–112.

Pomarańska-Bielecka M., *Komercyjny obrót dziećmi w celach adopcyjnych*, „Edukacja Prawnicza" 2009, nr 3, s. 3–8.

Radkowska-Walkowicz M., *„To wielkie zwycięstwo polskiej wolności"? Nowa ustawa regulująca leczenie metodą in vitro w Polsce w perspektywie antropologicznej*, „Medycyna i Prawo" 2016, nr 1, s. 123–140.

Radwański Z., *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasiennienia matki*, „Studia Iuridica Silesiana" 1979, nr 5, s. 171–185.

Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.

Safjan M., *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, „Studia Prawnicze" 1988, nr 3, s. 117–148.

Schulz A.N., *Poszanowanie życia prywatnego a „anonimowe urodzenie" dziecka w świetle orzeczenia Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie Pascale Odievre przeciw Francji (wyrok z 13 lutego 2003 r., skarga nr 42326/98)*, „Przegląd Prawa Europejskiego" 2004, nr 4, s. 94–101.

Smyczyński T., *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 11/12, s. 185–194.

Stecki L., Winiarz J., Gajda J., *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos)*, „Państwo i Prawo" 1990, z. 10, s. 64–79.

Stępkowski A., *Opinia prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2015, nr 4, s. 164–182.

Strus Z., *Znaczenie art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra" 2014, nr 9, s. 241–242.

Szałajko M., *Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki*, „Rodzina i Prawo" 2014, nr 28, s. 40–63.

Szczucki K., *Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej* (w:) L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010, s. 184–198.

Telusiewicz P., *Służebna rola zwrotu „rodzinny" w przepisach prawa polskiego*, Lublin 2013.

The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Family Members as Gamete Donors and Surrogates*, „Fertility and Sterility" 2012, t. 98, nr 4, s. 797–803.

Van Parys H. i in., *Constructing and Enacting Kinship in Sister-to-Sister Egg Donation Families. A Multi-family Member Interview Study*, „Sociology of Health and Illness" 2017, t. 39, nr 6, s. 847–862.

Vayena E., Golombok S., *Challanges in Intra-Family Donation* (w:) M. Richards, G. Pennings, J.B. Appleby (eds.), *Reproductive Donation. Practice, Policy and Bioethics*, Cambridge 2012.

Warecka K., *Godelli przeciwko Włochom (wyrok ETPC z dnia 25 września 2012 r., skarga nr 33783/09)*, LEX/el. 2014.

Wert D. de i in., *Intrafamilial Medically Assisted Reproduction*, „Human Reproduction" 2011, t. 26, nr 3, s. 504–509.

Wilk A., *Co nowego w przysposobieniu? Nowelizacja prawa o przysposobieniu*, „Metryka" 2015, nr 2, s. 183–192.

Winter A., Daniluk J.C., *A Gift from the Heart. The Experiences of Women Whose Egg Donation Helped Their Sisters Become Mothers*, „Journal of Counseling and Development" 2004, t. 82, s. 483–495.

Yee S., Hitkari J.A., Greenblatt E.M., *A Follow-Up Study of Women Who Donated Oocytes to Known Recipient Couples for Altruistic Reasons*, „Human Reproduction" 2007, t. 22, nr 7, s. 2040–2050.

Zegers-Hochschild F. i in., *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary of ART Terminology 2009*, „Fertility and Sterility" 2009, t. 92, nr 5, s. 1520–1524.

Zielonacki A., *Prawo do znajomości własnego pochodzenia*, „Studia Prawnicze" 1993, z. 1, s. 99–109.

Orzecznictwo

Uzasadnienie do projektu ustawy o leczeniu niepłodności, druk sejmowy nr 3245, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/230033/230073/230074/dokument146213.pdf (dostęp: 2.02.2018).

Wyrok Wyższego Sądu Krajowego (OLG) w Hamm (Westfalia, Niemcy) z dnia 6 lutego 2013 r., I-14U 7/12, https://openjur.de/u/599587.html (dostęp: 20.01.2018).

Andrzej Jezusek

Społeczna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania

Andrzej Jezusek

Absolwent studiów magisterskich w zakresie stosunków międzynarodowych (na Wydziale Studiów Międzynarodowych i Politycznych UJ) oraz prawa (na Wydziale Prawa i Administracji UJ). W 2013 r. uzyskał stopień doktora nauk prawnych w zakresie prawa karnego. Od 2014 r. prowadzi samodzielną praktykę adwokacką.

biuro@jezusekkancelaria.pl

https://orcid.org/0000-0003-3992-9733

Social Inadequacy of the Act as the Basis of the Unlawfulness of Attempts

The aim of the study is to answer a question, what determines the unlawfulness of attempts. According to the author, attempts take place only if a behavior of a perpetrator either already has violated the precautionary rules that determine the content of the norm underlying the offense at the stage of accomplishment, or has not violated this rule, but situates on the foreground of its violation, creating a situation that allows immediate undertaking of behavior contrary to this rule. This means that the essence of the unlawfulness of attempts is the social inadequacy of the perpetrator's behavior, because such behavior, evaluated from the ex ante perspective, creates a socially unacceptable danger to the specific legal good. This property of behavior is the material content of its illegality. Formally, a breach of precautionary rules or a direct attempt to breach them is a requirement of the violation of the norm, which underlies criminal liability for attempted crime. From the dogmatic perspective, behavior which has not met the above-mentioned condition, does not realize the element of any attempted crime in the form of "a direct act done towards committing the offence" and for that reason such behavior cannot be considered as an attempt within the meaning of the Polish penal code.

Słowa kluczowe: usiłowanie, zamiar, bezprawność, dobro prawne
Key words: attempt, intent, illegality, legal good

W nauce prawa karnego kwestią sporną pozostaje uzasadnienie bezprawności usiłowania przestępstwa. W literaturze wyartykułowano w tym zakresie wiele różnych poglądów, które zasadniczo mogą zostać przyporządkowane dwóm konkurującym ze sobą teoriom[1]: przedmiotowej (obiektywnej), upatrującej uzasadnienia bezprawności usiłowania w nara-

1 Zob. szczegółowe omówienie owych poglądów w Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 15–108.

żeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo, oraz podmiotowej (subiektywnej), wedle której podstawą bezprawności usiłowania jest naganny stosunek psychiczny sprawcy do dobra prawnego, a więc niebezpieczność woli sprawcy. Przyjęcie określonej teorii bezprawności usiłowania wpływa na kształt prawia[3]. W tym kontekście problem uzasadnienia bezprawności przypadków, w których dokonanie przestępstwa było z góry wyłączone, ma kluczowe znaczenie przy formułowaniu określonej teorii bezprawności zachowania sytuowanego na bezpośrednim przedpolu dokonania przestępstwa.

W literaturze przedmiotu przedstawiono dualistyczne teorie bezprawności usiłowania, odmiennie uzasadniające bezprawność usiłowania udolnego i nieudolnego, jednak dąży się do sformułowania jednej koncepcji, która musi objąć wszystkie przypadki usiłowania przewidziane w ustawie, w tym te najbardziej redukujące elementy bezprawności.

wielu rozwiązań normatywnych odnoszących się do tej instytucji prawnej, przy czym najważniejszym polem sporów pomiędzy przedstawicielami powyższych teorii pozostaje kwestia możliwości ukarania za przypadek, w którym zachowanie sprawcy nie mogło doprowadzić do dokonania przestępstwa: obiektywiści zawężają zakres odpowiedzialności karnej jedynie do przypadków tzw. niebezpiecznego usiłowania nieudolnego, subiektywiści przyjmują odpowiedzialność karną za wszystkie przypadki usiłowania nieudolnego.

Co prawda w literaturze przedmiotu przedstawiono dualistyczne teorie bezprawności usiłowania, odmiennie uzasadniające bezprawność usiłowania udolnego i nieudolnego[2], jednak generalnie dąży się do sformułowania jednej koncepcji, która siłą rzeczy musi wspólnym mianownikiem objąć wszystkie przypadki usiłowania przewidziane w ustawie, w tym te, które charakteryzuje największa redukcja elementów bezprawności.

Polski Kodeks karny zawiera przepis statuujący odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne. Artykuł 13 § 2 k.k. stanowi, że usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, iż dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Ze względu na treść powyższego przepisu większość polskich karnistów przyjmuje, że polska regulacja prawna usiłowania jest oparta na teorii subiektywnej, przy czym zwolennicy tego poglądu opowiadają się za jej różnymi wersjami[4]. Wszakże można także wskazać grono wybitnych przed-

2 Np. koncepcja usiłowania niebezpiecznego i intencjonalnego w ujęciu H. Alwarta i E. Schmidhäusera – szerzej zob. Z. Jedrzejewski, *Bezprawie usiłowania…*, dz. cyt., s. 99–104.

3 Zob. R. Bloy, *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft" 2001, t. 113, nr 1, s. 77.

4 Zob. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 294; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 285; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 196; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 367–368, L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 109.

stawicieli nauki prawa karnego, którzy opowiedzieli się za poglądem, iż w przypadku usiłowania nieudolnego czyn sprawcy atakuje dobro prawne poprzez sprowadzenie potencjalnego niebezpieczeństwa jego naruszenia[5]. I tak Ryszard Dębski zaznacza, iż należy odróżnić dobro prawne rozumiane jako pewien przedmiot idealny od konkretnego przedmiotu zamachu: usiłowanie nieudolne nie zagraża konkretnym nośnikom dobra prawnego, lecz jest zachowaniem typowo niebezpiecznym dla dobra prawnego, co przesądza o jego ujemnym wartościowaniu i karalności. Tak rozumiane niebezpieczeństwo można odnosić wyłącznie do wartości społecznych ujętych abstrakcyjnie[6]. W opinii Jacka Giezka podstawą karalności usiłowania nieudolnego jest społeczna nieadekwatność zachowania polegająca na naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym, które wymagają unikania zachowań typowo uruchamiających przebieg kauzalny prowadzący do naruszenia dobra prawnego. Z tego względu zachowanie sprawcy usiłowania nieudolnego jest generalnie niebezpieczne i społecznie szkodliwe[7]. Z kolei zdaniem Andrzeja Zolla w przypadku usiłowania nieudolnego należy ocenić plan sprawcy. Jeżeli w ocenie obiektywnego obserwatora może on doprowadzić do zamierzonego przez sprawcę rezultatu, próbę jego realizacji można ocenić jako potencjalnie niebezpieczną dla dobra prawnego[8].

Jak więc rozstrzygnąć spór w kwestii charakteru usiłowania nieudolnego? Wydaje się, że zacząć należy od ustalenia, dlaczego ukaraniu nie podlegają przypadki tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolnego. Pogląd ten został wypracowany jeszcze w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 r., który przewidywał, że nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania (art. 28 § 3 k.k. z 1932 r.)[9]. Podobnego zapisu zabrakło w późniejszych kodyfikacjach prawa karnego, jednak dość powszechnie twierdzi się, że przypadki usiłowania bezwzględnie nieudolnego nie zasługują na ukaranie[10]. Ustalenie przyczyn wyłączenia odpowiedzialności karnej za takie przypadki usiłowania pozwoli określić granice karalności usiłowania nieudolnego i tym samym może się okazać pomocne w rozstrzygnięciu sporu o istotę bezprawności tego stadium popełnienia przestępstwa.

1. Uzasadnienie wyłączenia karalności usiłowania bezwzględnie nieudolnego: brak zagrożenia dla dobra prawnego z perspektywy ex ante

Niektórzy autorzy, w zgodzie z teoriami subiektywnymi, przyjmują znamienność zachowania sprawcy dopuszczającego się usiłowania bezwzględnie nieudolnego, a jedynie proponują zakwalifikowanie tego typu przypadków jako czyny charakteryzujące się znikomą

5 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2012, s. 238–239; R. Zawłocki, *Komentarz do art. 13 k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz do art. 1–31*, t. 1, Warszawa 2011, s. 561, 616; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013, s. 189; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepubl., s. 412; E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 233; D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2011, s. 317.

6 R. Dębski, *Karalność usiłowania nieudolnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1999, nr 2, s. 114–116.

7 J. Giezek, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", Sectio G, 2013, nr 2, s. 49–50.

8 A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* (w:) J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 18.

9 W nauce niemieckiej wyróżnia się usiłowanie wynikłe z „ciężkiej głupoty" sprawcy (*grob unverständiger Versuch*), które polega na działaniu sprzecznym z powszechną wiedzą kauzalną, oraz usiłowanie nierealne (*irrealer, abergläubischer Versuch*), polegające na próbie wykorzystania sił nadprzyrodzonych. Pierwsze jest czynem karalnym, sąd jest jedynie uprawniony do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Jeżeli chodzi o usiłowanie nierealne, to jego status jest sporny, jednakże najczęściej przyjmuje się, że nie wypełnia ono znamion usiłowania, ponieważ przedmiotem zamiaru nie jest zachowanie oparte na kauzalności i ludzkim działaniu, a tylko takie zachowanie może uchodzić za czyn zabroniony. Zob. K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002, s. 551–553.

10 Ł. Pasternak, *Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2013, nr 1, s. 107.

społeczną szkodliwością[11] albo zalecają odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 14 § 2 k.k.[12] Pierwsza z zaprezentowanych koncepcji pomija, że stopień społecznej szkodliwości ocenia się zawsze *ad casu*, przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danego czynu. Stąd ocena stopnia społecznej szkodliwości nie nadaje się do generalnego wyłączenia odpowiedzialności za określoną kategorię czynów zabronionych. Również druga z proponowanych okoliczności nie znajduje oparcia w ustawie. Także i w tym wypadku sąd musi podjąć decyzję *ad casu*, przy czym w przeciwieństwie do oceny stopnia karygodności czynu sąd winien uwzględnić znacznie szerszy zakres okoliczności (zob. art. 53–55 k.k.), np. dotyczących osoby sprawcy, które mogą przemawiać za wymierzeniem mu kary.

Kolejna grupa autorów wyłącza znamienność przypadków usiłowania bezwzględnie nieudolnego. Wśród wielu koncepcji[13] wyróżnia się podgląd Zolla, w myśl którego zachowanie sprawcy kwalifikowane jako usiłowanie bezwzględnie nieudolne nie stanowi ataku na dobro prawne[14]. Zapatrywanie to spotkało się z uwagą, iż cechą konstytutywną każdego usiłowania nieudolnego jest brak ataku na dobro prawne, przeto ta właściwość nie nadaje się do wyróżnienia kategorii czynów kwalifikowanych jako usiłowanie bezwzględnie nieudolne[15]. Powyższy zarzut jest nietrafny, ponieważ Zoll klasyfikuje usiłowanie nieudolne karalne jako przestępstwo abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, natomiast przypadkom usiłowania bezwzględnie nieudolnego odmawia tego przymiotu. W świetle jego koncepcji zachowanie kwalifikowane jako usiłowanie względnie nieudolne jest potencjalnie niebezpieczne dla dobra prawnego, dlatego jego przedsięwzięcie przez sprawcę stanowi zamach na to dobro i podlega karze. Natomiast usiłowanie bezwzględnie nieudolne nie wiąże się z chociażby abstrakcyjnym narażeniem dobra prawnego na niebezpieczeństwo, przeto jego przedsięwzięcie przez sprawcę nie stanowi zamachu na dobro prawne, a w rezultacie nie może wyczerpać znamion tego stadium popełnienia przestępstwa. Dla koncepcji Zolla większy problem stanowi zarzut sformułowany przez Andrzeja Spotowskiego, wedle którego pojęcie zamachu implikuje wytworzenie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, podczas gdy art. 13 § 2 k.k. przyjmuje jako cechę charakterystyczną usiłowania nieudolnego brak możliwości dokonania czynu zabronionego, a w konsekwencji także brak możliwości naruszenia dobra prawnego. Powstaje więc pytanie, jak ten sam czyn (usiłowanie względnie nieudolne) może zostać uznany za sprowadzający niebezpieczeństwo dla dobra przy jednoczesnej konkluzji, iż w jego przypadku naruszenie dobra było wykluczone (*verba legis* „dokonanie jest niemożliwe")[16].

Wydaje się, że powyższy problem należy rozwiązać w następujący sposób. Ocena, czy dane zachowanie zagraża określonemu dobru prawnemu, może być dokonana z perspektywy *ex ante*, biorąc za punkt odniesienia obserwatora zachowania sprawcy, przy uwzględnieniu okoliczności dostrzegalnych w chwili popełniania czynu, albo przez organ postępowania karnego z perspektywy *ex post*, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności związanych z czynem, ustalonych w postępowaniu karnym. W pierwszym przypad-

11 J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 353.

12 L. Gardocki, *Prawo karne*, dz. cyt., s. 109.

13 Zdaniem A. Wąska usiłowanie bezwzględnie nieudolne jest niekaralne ze względu na przyjęty przez sprawcę sposób działania, który jest niezdatny do popełnienia czynu zabronionego, co ma nie mieścić się w dwóch dopuszczonych przez ustawę postaciach usiłowania nieudolnego karalnego. A. Wąsek, *Komentarz do art. 13 k.k.* (w:) O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, Gdańsk 2005, s. 220. Z kolei J. Majewski i R. Zawłocki wskazują, że brak jest zamiaru wymaganego przez ustawę dla usiłowania, bowiem czyn objęty zamiarem nie narusza reguł postępowania z dobrem prawnym [J. Majewski, *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych", „absolutnie nieudolnych" i im podobnych* (w:) Ł. Pohl (red.) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 356–358] i tym samym jest bezpieczny dla dobra prawnego (R. Zawłocki, *Komentarz do art. 13 k.k.*, dz. cyt., s. 616).

14 A. Zoll, *Komentarz do art. 13 k.k.* (w:) A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2007, s. 214.

15 J. Majewski, *O (braku)…*, dz. cyt., s. 356.

16 A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 107, 109–110.

ku mamy do czynienia z prognozą: probabilistycznym sądem o zdatności określonego zachowania do wywołania niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. W drugim przypadku z diagnozą: ustaleniem, czy określone zachowanie rzeczywiście zagroziło dobru prawnemu. Ocena zachowania dokonana z tych dwóch płaszczyzn może być odmienna[17]. Tak więc można w sposób racjonalny argumentować, iż zachowanie, które nie mogło w danych okolicznościach doprowadzić do naruszenia dobra prawnego, było jednakże dla tego dobra niebezpieczne. Warunkiem jest nadanie tym ustaleniom odmiennego charakteru, tj. traktowanie pierwszego z nich jako diagnozy, a drugiego jako prognozy.

W tym miejscu warto przywołać zapatrywanie na charakter usiłowania nieudolnego wyrażone przez Hansa Joachima Hirscha. Autor ten dokonał podziału usiłowania nieudolnego na takie, które jest dla dobra prawnego niebezpieczne (usiłowanie właściwe), oraz takie, które można określić jako bezpieczne (usiłowanie niewłaściwe). Zdaniem Hirscha przypadków niebezpiecznego usiłowania nieudolnego nie należy odróżniać od przypadków usiłowania udolnego. Problem stanowią przypadki bezpiecznego usiłowania nieudolnego, tzn. takie sytuacje, w których zachowanie sprawcy z obiektywnego punktu widzenia *ex ante* nie powoduje ryzyka urzeczywistnienia skutku przestępnego[18]. Zachowanie takie powinno pozostać bezkarne[19].

Propozycja Hirscha wprost nawiązuje do młodszej teorii obiektywnej opracowanej przez Franza von Liszta i rozwiniętej przez Roberta von Hippela. Koncepcje przedmiotowe (obiektywne) swój początek biorą z prac Paula Johanna Anselma von Feuerbacha, którego zdaniem ukaranie sprawcy znajduje uzasadnienie, gdy bezprawie zostało rzeczywiście wyrządzone, zaś zachowanie staje się bezprawne, gdy narusza lub zagraża dobru prawnemu. W starszej teorii obiektywnej wyróżniono usiłowanie bezwzględnie i względnie nieudolne, przy czym to ostatnie uważano za niebezpieczne i karalne, zaś ocena niezdatności zachowania była dokonywana w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku w oparciu o nieostre kryteria, co prowadziło do niesprawiedliwych rozstrzygnięć, w których karalność usiłowania zależała w gruncie rzeczy od przypadkowych okoliczności[20]. Krytyka starszej teorii obiektywnej doprowadziła do jej modyfikacji przez Liszta: podstawą karalności usiłowania jest niebezpieczeństwo czynu sprawcy, które polega na stworzonej przez jego działanie obiektywnej możliwości realizacji istoty czynu, przy czym ocena, czy zachodzi takie niebezpieczeństwo, ma charakter konkretny, tj. odnosi się do konkretnego czynu, a nadto musi być dokonana w momencie działania (*ex ante*) i uwzględniać tylko te okoliczności, które są ogólnie rozpoznawalne lub znane sprawcy[21]. Hippel sprecyzował, że chodzi o ocenę doświadczonego i obiektywnego obserwatora zachowania sprawcy: sędzia ma wejść w położenie takiej osoby i ocenić z tej perspektywy, czy dokonanie czynu zabronionego było możliwe. Usiłowanie jest niebezpieczne i karalne, gdy dokonanie czynu z tego punktu widzenia wydaje się możliwe; usiłowanie nie jest niebezpieczne ani karalne, gdy dokonanie jest praktycznie wyłączone. Niepewność podmiotu oceniającego co do rezultatu zachowania sprawcy oznacza istnienie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego[22].

Również we współczesnej nauce niemieckiej, opierając się na kryteriach oceny *ex ante*, wyodrębnia się

17 Zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 65–67.

18 H.J. Hirsch, *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim prawie karnym* (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo, kara, polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 268 i n.

19 Tak również, jakkolwiek wychodząc z odmiennych założeń, M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997, s. 452–458. Krytykę koncepcji obu autorów przeprowadził R.D. Herzberg, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, „Goltdammer's Archiv für Strafrecht" 2001, nr 6, s. 258–259, 260–262. Zarzuty Herzberga odnoszą się głównie do ich niezgodności z niemiecką regulacją prawną, która wymaga, aby sprawca według swojego wyobrażenia (*nach seiner Vorstellung*) bezpośrednio zmierzał do dokonania, co mocno subiektywizuje to znamię, a nadto przewiduje wprost karalność *grob unverständiger Versuch*.

20 Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania…*, dz. cyt., s. 25–33, 41.

21 F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1914, s. 205, 212–213. Zob. także R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin–Heidelberg 1932, s. 157–158.

22 R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, dz. cyt., s. 158.

wśród czynów stanowiących usiłowanie nieudolne dwie kategorie zachowań, tj. przypadki niebezpiecznego usiłowania nieudolnego oraz przypadki bezpiecznego usiłowania nieudolnego. To odróżnienie jest przyjmowane także przez autorów uznających *de lege lata* na gruncie niemieckiego Kodeksu karnego karalność obu powyższych kategorii przypadków usiłowania nieudolnego[23].

Absorpcja przez polską naukę prawa karnego założeń wypracowanych przez młodszą teorię obiektywną napotyka na poważną przeszkodę. Otóż wyróżnienie dwóch kategorii usiłowania nieudolnego następuje w oparciu o ocenę niebezpieczności zachowania dokonaną z perspektywy *ex ante*: z tej perspektywy odróżniamy usiłowanie niebezpieczne od usiłowania bezpiecznego. Tymczasem w polskiej nauce prawa karnego[24] dość powszechnie przyjmuje się, że z perspektywy *ex ante* należy ocenić zachowanie sprawcy po to, aby odróżnić usiłowanie udolne od usiłowania nieudolnego, przy czym za usiłowanie nieudolne uważa się zachowanie sprawcy, które od samego początku było skażone takim błędem w postępowaniu, iż w danych warunkach nie mogło doprowadzić do dokonania. Ocena *ex ante* nie służy więc odróżnieniu przypadków usiłowania nieudolnego niebezpiecznego od usiłowania nieudolnego bezpiecznego, lecz odróżnieniu usiłowania udolnego od usiłowania nieudolnego. Odmienne stanowisko przedstawił bodajże jedynie Igor Andrejew, wedle którego usiłowanie okazuje się usiłowaniem nieudolnym *ex post*, zaś w chwili czynu nie różni się od usiłowania zwykłego[25].

Za koniecznością oceny udolności zachowania z perspektywy *ex ante* ma przemawiać argument, iż z perspektywy oceny *ex post* każde usiłowanie jest nieudolne ze względu na brak dokonania, co oznacza, że także w przypadku usiłowania udolnego została popełniona jakaś nieprawidłowość[26]. Takiemu zapatrywaniu należy zarzucić, iż opiera się na błędzie logicznym. Brak dokonania czynu zabronionego ma miejsce, gdy wyczerpanie znamion przestępstwa w chwili przedsięwzięcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania było niemożliwe, jak i wówczas, gdy wyczerpanie znamion było możliwe, jakkolwiek nie przesądzone[27]. Oznacza to, że z faktu niedokonania czynu zabronionego nie można wywodzić wniosku, iż dokonanie od samego początku było niemożliwe.

23 Np. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, s. 335–336.

24 Zob. W. Wolter, *Nauka…*, dz. cyt., s. 279; A. Marek, *Prawo…*, dz. cyt., s. 195; S. Śliwiński, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 313.

25 I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 187.

26 Tak K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 368; J. Raglewski, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna*, „Prokurator i Prawo" 2003, nr 12, s. 34. Również w literaturze niemieckiej twierdzi się niekiedy, że z perspektywy *ex post* każde usiłowanie, które nie doprowadziło do dokonania, jawi się jako bezpieczne. Tacy autorzy albo stosują kryterium oceny niebezpieczeństwa z perspektywy *ex ante* (C. Roxin, *Strafrecht…*, dz. cyt., s. 334–335, 446–451), albo w ogóle podważają zasadność rozróżniania dwóch form usiłowania, wskazując, że z perspektywy *ex ante* każde usiłowanie jest subiektywnie udolne (G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, New York–Berlin 1983, s. 594).

27 Odmiennie R.D. Herzberg: „Denn wenn jemand mit seinem Versuch erfolglos bleibt, dann musste er, unter den gegebenen Umstände, erfolglos bleiben". Jedyna różnica między usiłowaniem, które uchodzi za udolne, a usiłowaniem nieudolnym polega na tym, że w przypadku tego pierwszego człowiek, znając nawet wszystkie okoliczności faktyczne określonego zachowania, nie jest w stanie w oparciu o dostępną wiedzę rozpoznać braku możliwości dokonania czynu zabronionego. R.D. Herzberg, *Zur Ultima-ratio-Maxime, zum rechtswidrigen Versuch und zum Verhältnis von Rechstswidrigkeit und Strafbarkeit* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012, s. 408. Powyższy pogląd nie odpowiada polskiej regulacji, bowiem zgodnie z nim każde usiłowanie należałoby uznać za nieudolne, co nie świadczy jeszcze o jego wadliwości. Przede wszystkim jednak powyższe zapatrywanie wydaje się nietrafne. *Ex post* można oczywiście ustalić przebieg przyczynowy prowadzący do określonego rezultatu. Niemniej jednak, ustalając możliwość zajścia takiego przebiegu w chwili podjęcia bezpośredniego zmierzania, trzeba się odwołać nie tylko do wszystkich okoliczności faktycznych zachowania, lecz także do praw przyczynowych, które z określonym zdarzeniem mogą wiązać cały szereg możliwych konsekwencji lub po prostu mieć charakter probabilistyczny. Niepewność co do rezultatu działania sprawcy nie wynika więc tylko z ułomności wiedzy ludzkiej, lecz także z natury samej przyczynowości.

Powyższy błąd ma źródło w pominięciu dynamicznego charakteru usiłowania. W miarę zaawansowania sprawcy w realizacji jego zamiaru prawdopodobieństwo dokonania czynu zabronionego może rosnąć lub maleć. Na pewnym etapie wskutek rozwoju wydarzeń wyczerpanie znamion przestępstwa może być już przesądzone albo wykluczone. Nie oznacza to jednak, że w chwili podjęcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania czynu zabronionego wyczerpanie istoty czynu było nieuniknione albo brak było możliwości realizacji zamiaru. Stąd trzeba określić moment czasowy, w którym dla przyjęcia usiłowania nieudolnego dokonanie czynu zabronionego musi być wyłączone. Tym momentem czasowym powinna być chwila, w której sprawca podjął zachowanie kwalifikowane jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania. Czym innym jest jednak określenie momentu, w którym ma być spełniony ów warunek, a czym innym perspektywa czasowa, z której następuje ocena, czy w określonej chwili dokonanie czynu zabronionego było niemożliwe.

Formułowany w polskiej literaturze wymóg, aby usiłowanie było nieudolne od początku, należy rozumieć w ten sposób, że w chwili wkroczenia w etap bezpośredniego zmierzania czyn sprawcy nie powodował zagrożenia dla dobra prawnego. Ocena, czy w chwili przystąpienia do usiłowania ten warunek się ziścił, może być jednak dokonana z dwóch różnych perspektyw czasowych, tj. *ex ante* i stanowić tym samym prognozę niebezpieczności usiłowania, oraz *ex post* i stanowić diagnozę relacji, w jakiej w rzeczywistości znajdował się czyn sprawcy wobec dobra prawnego.

Ocena zachowania sprawcy dokonana z perspektywy *ex ante* przez obiektywnego i rozsądnego obserwatora, znającego jego zamiar i dysponującego jego wiedzą szczególną, powinna służyć odróżnieniu zachowań bezprawnych od zachowań legalnych, w tym także niekaralnego usiłowania bezwzględnie nieudolnego od karalnego usiłowania względnie nieudolnego. Siłą rzeczy taka prognoza będzie się odwoływała do pewnych generalizacji, schematów myślowych zsocjalizowanych przez członków społeczności i nie będzie uwzględniała wszystkich okoliczności danego konkretnego zachowania. Bezpośrednie zmierzanie, które ocenione *ex ante* jawiło się jako niebezpieczne, w danych konkretnych warunkach może być od początku skazane na niepowodzenie, co będzie wynikać z oceny jego niebezpieczeństwa dokonanej *ex post*.

Ocena, czy usiłowanie od początku było nieudolne, może być dokonana z dwóch różnych perspektyw czasowych, tj. *ex ante* i stanowić tym samym prognozę niebezpieczności usiłowania, oraz *ex post* i stanowić diagnozę relacji, w jakiej w rzeczywistości znajdował się czyn sprawcy wobec dobra prawnego.

Ocena *ex post* winna uwzględnić wszystkie okoliczności konkretnego zachowania ustalone w postępowaniu karnym, w tym także te, które w chwili podjęcia bezpośredniego zmierzania były dla sprawcy nierozpoznawalne[28]. Odróżnieniu usiłowania udolnego od nieudolnego służy więc diagnoza, a nie prognoza, dokonana przez sąd w chwili orzekania na podstawie wszystkich okoliczności towarzyszących zachowaniu sprawcy. Przy ocenie niebezpieczeństwa zachowania można wziąć pod uwagę okoliczności zaistniałe w czasie akcji przestępczej – pozwoli to ustalić przeszkody stojące na drodze prowadzącej do dokonania przestępstwa. Jednak nacisk należy położyć na stan

28 Zob. K. Buchała, *Prawo*..., dz. cyt., s. 369.

rzeczy istniejący w chwili przedsięwzięcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania przestępstwa, a w szczególności należy ustalić, czy w świetle stanu rzeczy z tej chwili późniejsze zaistnienie faktora uniemożliwiającego dokonanie przestępstwa było przesądzone, czy jedynie możliwe. W tym drugim przypadku, nawet w razie wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia przeszkody, należałoby przyjąć usiłowanie udolne.

2. Społeczna nieadekwatność zachowania jako prawidłowe rozwiązanie zagadnienia badawczego (modyfikacja warunku bezprawności usiłowania zaproponowanego przez młodszą teorię obiektywną)

2.1. Mankamenty warunku bezprawności usiłowania w postaci oceny zachowania jako niebezpiecznego z perspektywy ex ante

Przyglądając się bliżej zaprezentowanemu powyżej postulatowi, łatwo spostrzec, że ujmuje on zakres niekaralnego usiłowania nieudolnego znacznie szerzej, niż wynikało to z art. 28 § 3 k.k. z 1932 r. Warunkiem wyłączającym ukaranie sprawcy było działanie pod wpływem błędu wynikającego z zabobonu lub ciemnoty, a więc wyłącznie ze względu na błąd sprawcy co do praw przyrody[29]. Zgodnie z zaprezentowanym postulatem wyłączenie bezprawności może wynikać także z błędu sprawcy co do okoliczności faktycznych, o ile rzeczywisty stan rzeczy był rozpoznawalny w chwili podjęcia przez sprawcę zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania przestępstwa. Za przykład działania sprawcy pod wpływem błędu ontologicznego może służyć czyn osoby, która pod wpływem silnych emocji, działając w zamiarze zabicia człowieka, wbija nóż w ciało nieboszczyka, mimo iż oznaki śmierci były już wyraźnie dostrzegalne[30].

Następnie trzeba przyznać, że ocena zachowania jako niebezpiecznego z perspektywy *ex ante* nie jest wystarczającym kryterium pozwalającym wyznaczyć przypadki usiłowania nieudolnego, które zasługują na ukaranie, jeżeli podstawą bezprawności usiłowania nieudolnego ma być zamach na dobro prawne. Już twórcom młodszej teorii obiektywnej zarzucono, że w świetle jej założeń odpowiedzialności karnej za nieudolne usiłowanie kradzieży portfela może podlegać jego właściciel, o ile z perspektywy *ex ante* okoliczność ta nie byłaby obiektywnie rozpoznawalna. Nie można przecież w takim przypadku racjonalnie twierdzić, że zachowanie sprawcy stwarzało chociażby potencjalne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego. Należy raczej mówić o wrażeniu niebezpieczeństwa, poczuciu prawdopodobieństwa naruszenia dobra prawnego[31].

Oprócz (a) przedsięwzięcia przez sprawcę „zamachu" na własne dobro prawne można wskazać następujące przypadki, w których *ex ante* brak zagrożenia dla dobra prawnego nie jest obiektywnie rozpoznawalny, jednakże nie zasługują one na ukaranie, jeżeli przyjąć, że podstawą odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne jest atak na dobro prawne:

(b) sprzedaż biżuterii wykonanej ze szlachetnego metalu po zaniżonej cenie przez sprawcę przekonanego, że jest ona wykonana z materiału udającego metal szlachetny, przy czym w swoim przekonaniu wprowadzającego w błąd swojego kontrahenta co do tej okoliczności;

(c) zniszczenie cudzej rzeczy bez wiedzy, że odpowiada to woli jej właściciela, lub wykonanie zabiegu przez lekarza mylnie sądzącego, że działa bez zgody pacjenta;

(d) współżycie przez sprawcę z kobietą, o której błędnie sądzi, że jest jego córką, ewentualnie współ-

29 Wyłączenie karalności wyłącznie w przypadku błędu o charakterze nomologicznym przyjmował W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 109. W literaturze niemieckiej błąd nomologiczny jest zasadniczo wiązany z usiłowaniem nieudolnym ze względu na błąd sprawcy wynikły z ciężkiej głupoty (*grob unverständiger Versuch*), który obejmuje szerszą kategorię przypadków niż tylko te, w których sprawca odwołał się do sił nadprzyrodzonych, np. próbę zestrzelenia samolotu przy użyciu wiatrówki. Przypadki, w których sprawca próbuje skorzystać z sił nadprzyrodzonych, są określane mianem usiłowania nierealnego (*irrealer, abergläubischer Versuch*). Zob. K. Kühl, *Strafrecht*…, dz. cyt., s. 551–553.

30 Powyższą konsekwencję zdaje się akceptować J. Giezek, który sytuacje nieudolności usiłowania wynikające z zabobonu lub niedostatecznej wiedzy kauzalnej uznaje za jedynie część przypadków nieprowadzących do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne. Zob. J. Giezek, *Formy*…, dz. cyt., s. 50.

31 Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania*…, dz. cyt., s. 41.

życie przez sprawcę z osobą, o której błędnie sądzi, że nie skończyła 15 roku życia[32].

Zauważmy, że okoliczności, co do których błądzi sprawca, są istotne dla oceny, czy dojdzie do wyczerpania czynu zabronionego, lecz pozostają obojętne dla sprawcy. Poza przypadkiem określonym w pkt (a) sprawca dokonałby czynu nawet wówczas, gdyby one nie zachodziły, tj. jego świadomość prawidłowo odzwierciedlała rzeczywistość, np. sprawca z pkt (c) podjąłby współżycie z kobietą także wówczas, gdyby wiedział, że nie jest ona jego córką. Sprawca wolałby nawet, aby owe okoliczności nie ziściły się. Formułując myśl bardziej ogólnie, mowa tutaj o przypadkach, w których sprawca jest w stanie zrealizować swój „zamiar" i osiągnąć zamierzony skutek bez wyczerpania znamion czynu zabronionego, a więc i zaatakowania dobra prawnego, a jednie pod wpływem mylnego postrzegania rzeczywistości uroił sobie okoliczności odzwierciedlające znamiona przestępstwa. Łatwo zauważyć, że opisane sytuacje różnią się od klasycznych przypadków usiłowania nieudolnego, w których realizacja zamiaru sprawcy byłaby równoznaczna z wyczerpaniem znamion czynu zabronionego, do czego jednak nie może dojść z przyczyn obiektywnych i od sprawcy niezależnych. Po jednej stronie są przypadki, w których „zamiar" sprawcy może zostać zrealizowany, przy czym jego urzeczywistnienie odbywa się bez uszczerbku w dobrach prawnych. Sprawca jest w stanie wykonać i często wykonuje planowany czyn, który jednak nie jest czynem zabronionym. Po drugiej – przypadki, w których zamiar sprawcy nie może zostać zrealizowany (dokonanie planowanego czynu jest wyłączone), przy czym gdyby sprawca miał możliwość zrealizowania zamiaru, jego czyn wiązałby się z naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego oraz wyczerpaniem znamion.

Jak więc zmodyfikować kryterium wypracowane przez młodszą teorię obiektywną tak, aby wykluczyć możliwość zaliczenia powyższych sytuacji w poczet przypadków usiłowania nieudolnego zasługującego na ukaranie? Właściwym rozwiązaniem problemu jest odwołanie się do koncepcji reguł postępowania z dobrem prawnym opracowanej w związku rozwojem nauki prawa karnego o nieumyślności i przypisaniu skutku.

32 Przypadki te rozważa także Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania*…, dz. cyt., s. 202.

2.2. Naruszenie lub bezpośrednie zmierzanie do naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (społeczna nieadekwatność czynu) jako podstawa bezprawności usiłowania

Ocena prognostyczna dokonywana z perspektywy *ex ante* ma na celu ustalenie, czy określone zachowanie może prowadzić do naruszenia dobra prawnego. W rezultacie wyznacza ona zakres zachowań, które potencjalnie prowadzą do naruszenia dobra prawnego. Aby *ex ante* określić, czy dane zachowanie może być niebezpieczne dla dobra prawnego, trzeba odwołać się do wiedzy kauzalnej, zawierającej informację o jego możliwych następstwach. Wiedza o powiązaniach przyczynowych pozwala formułować dyrektywy techniczne (normy celowościowe) wskazujące, jak uniknąć spowodowania uszczerbku w dobru prawnym albo jak takiemu uszczerbkowi zapobiec. Jednakże nie każde zachowanie zalecane przez dyrektywę celowościową staje się obowiązkiem prawnym, ponieważ w danej sytuacji faktycznej niebezpieczeństwo wystąpienia skutku stwarzane przez zachowanie odmienne nie jest oceniane jako nadmierne – bądź też takie zachowanie z innego powodu jest oceniane jako społecznie pożyteczne. Na oceny utylitarne nakładają się oceny aksjologiczne. W prawie karnym tak wyselekcjonowane dyrektywy techniczne są znane jako reguły postępowania z dobrem prawnym (reguły ostrożności)[33].

W art. 13 § 1 k.k. ustawodawca zabronił pod rygorem pociągnięcia do odpowiedzialności karnej przejawiania zachowań bezpośrednio zmierzających do dokonania czynu zabronionego. W przypadku przestępstw materialnych ustawodawca stypizował skutek, którego należy uniknąć, zazwyczaj nie precyzując sposobu zachowania się sprawcy. Z tego powodu reguły postępowania z dobrem prawnym wyznaczają zachowanie nakazane lub zakazane przez normę prawną[34]. Sprzeczność zachowania z normą prawną nie oznacza jeszcze dokonania czynu zabronionego. Czyn zabroniony będzie dokonany z chwilą nastąpienia skutku. Oznacza to, że w przypadku przestępstw

33 Zob. K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 121–122, a także M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność*…, dz. cyt., s. 31, 51, 54–55.

34 M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność*…, dz. cyt., s. 51–52.

materialnych usiłowanie przestępstwa może polegać bądź na bezpośrednim zmierzaniu do naruszenia reguły postępowania dookreślającej treść normy sankcjonowanej leżącej u podstaw przestępstwa dokonanego (np. wycelowaniu pistoletu w kierunku innej osoby), bądź na naruszeniu samej reguły postępowania (np. oddaniu strzału z pistoletu w kierunku innej osoby), o ile oczywiście skutek nie nastąpi. W przypadku przestępstw formalnych dokonanie następuje z chwilą wyczerpania znamienia czasownikowego. W takim wypadku reguła postępowania z dobrem prawnym egzemplifikuje w konkretnych okolicznościach treść zakazu lub nakazu wysłowionego przez znamię czasownikowe, stąd jej przekroczenie zazwyczaj będzie oznaczało dokonanie przestępstwa[35]. Zasadniczo w przypadku przestępstw formalnych usiłowanie może polegać na bezpośrednim zmierzaniu do naruszenia takiej reguły postępowania.

Treść reguł postępowania z dobrem prawnym określa się na chwilę popełnienia czynu (a więc *ex ante*), zasadniczo przy uwzględnieniu wiedzy dostępnej sprawcy w tym momencie, jednakże sąd o ich przekroczeniu przez czyn określonej osoby formułuje się *ex post*, podczas prawnokarnego wartościowania danego zachowania, co pozwala uwzględnić także okoliczności istniejące już w chwili czynu, lecz wówczas nierozpoznawalne, o ile oczywiście nie sprzeciwiałoby się to podstawowemu celowi tej figury prawnej, tj. rozgraniczeniu zachowań społecznie adekwatnych od zachowań ocenianych negatywnie i nieakceptowalnych. Takie postąpienie nie sprzeciwia się motywacyjnej funkcji normy prawnej, ponieważ przekroczenie reguł postępowania z dobrem prawnym jest kluczowym, lecz nie jedynym warunkiem, jaki musi się ziścić, by stwierdzić sprzeczność z prawem określonego zachowania. Innym fundamentalnym warunkiem bezprawności jest obiektywna rozpoznawalność postępowania nakazanego lub zakazanego w danych konkretnych okolicznościach. Tak więc społeczna nieadekwatność zachowania prowadzi do jego bezprawności tylko wówczas, gdy była ona *ex ante* obiektywnie rozpoznawalna. Nie zachodzi natomiast relacja odwrotna: wadliwe przyjęcie przez sprawcę, iż dopuszcza się naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, nie oznacza naruszenia normy prawnej nawet wówczas, gdy błąd był obiektywnie nie do uniknięcia, bowiem reguły postępowania z dobrem prawnym mają charakter obiektywny[36], a w konsekwencji urojenie ich przekroczenia nie prowadzi do społecznej nieadekwatności zachowania.

Treść reguł postępowania z dobrem prawnym określa się na chwilę popełnienia czynu, jednak sąd ich naruszenie przez czyn określonej osoby ocenia *ex post*, podczas prawnokarnego wartościowania danego zachowania.

W rezultacie kryterium społecznej nieadekwatności zachowania (jego sprzeczności z regułami postępowania z dobrem prawnym) modyfikuje krąg relewantnych prawnie czynów w porównaniu do kryterium oceny ich niebezpieczeństwa z perspektywy *ex ante*. Wynika to z uwzględnienia w procesie oceny legalności czynu niektórych okoliczności obiektywnie nierozpoznawalnych w chwili popełnienia czynu, a także pominięcia niektórych okoliczności obiektywnie rozpoznawalnych i wskazujących na ryzyko dla dobra prawnego, które

35 Tamże, s. 187.

36 Tamże, s. 191.

jednak nie przekracza poziomu społecznie akceptowalnego. Stąd nie wszystkie zachowania, które ocenione z perspektywy *ex ante* stwarzały niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, można równocześnie uznać za społecznie nieadekwatne i zabronione. W moim przekonaniu wskazane powyżej szczególne przypadki usiłowania nieudolnego zaliczają się do wymienionych wyżej kategorii zachowań z następujących powodów.

(b) Reguły postępowania z dobrem prawnym mają na celu jego ochronę. Dlatego nie zakazują one podejmowania zachowań dla tych dóbr korzystnych, nawet jeżeli *ex ante* wiążą się dla nich z pewnym niebezpieczeństwem. Na przykład zabieg lekarski, mimo związanego z nim ryzyka, obiektywnie zmierza do ochrony zdrowia ludzkiego. W rezultacie nie mamy tutaj do czynienia z atakiem na dobro prawne[37]. Tym bardziej za zamach na dobro prawne nie może uchodzić czyn, który jest dla dobra korzystny i bezpieczny. Słusznie więc Andrejew wskazał, że lekarz, który w nadziei przedłużenia choroby stosuje w swoim mniemaniu niewłaściwe leczenie, nie odpowiada za usiłowanie nieudolne, jeżeli chory wskutek leczenia ozdrowieje. Mimo nagannego zamiaru zachowanie takiego lekarza było społecznie użyteczne[38]. Stąd także zachowanie, które z obiektywnego punktu widzenia pomnaża majątek innej osoby, nie jest społecznie nieadekwatne, nawet pomimo nagannego zamiaru sprawcy dążącego do spowodowania szkody w tym majątku. (a) W przypadku „kradzieży" własnej rzeczy lub jej zniszczenia sprawca korzysta z przysługującego mu prawa podmiotowego. Również w takiej sytuacji nie mamy do czynienia z atakiem na dobro prawne (własność), lecz z korzystaniem z dobra przez jego dysponenta. Zachowanie, które z przedmiotowego punktu widzenia polega na wykonywaniu prawa podmiotowego, nie może zostać uznane za bezprawne, tym bardziej nie może stanowić podstawy odpowiedzialności karnej. Odmiennie prezentuje się sytuacja, gdy sprawca atakuje własne dobra prawne, którymi jednak nie może swobodnie dysponować (np. życie, zdrowie). W takim wypadku można sensownie mówić o spowodowaniu uszczerbku w dobru prawnym, jednakże we współczesnych systemach prawa karnego nie formułuje się reguł postępowania z dobrami prawnymi, które byłyby adresowane do ich dysponentów[39]. Z tego powodu zamach skierowany przez sprawcę na własne dobro prawne nie może zostać zakwalifikowany jako zmierzający do przekroczenia takich reguł. (c) Również ingerencja w dobro prawne innej osoby za jej zgodą nie stanowi ataku na to dobro, o ile zgoda jest prawnie relewantna. Nieświadomość wyrażenia zgody nie zmienia faktu, że w takim wypadku mamy do czynienia z wykonywaniem prawa podmiotowego przez dysponenta dobra prawnego, tyle tylko, że dysponent dobra korzysta przy tej czynności z „pomocy" innej osoby (sprawcy)[40].

Najwięcej trudności sprawia wyjaśnienie przypadków opisanych w pkt (d): dlaczego mężczyzna, który współżył z kobietą, mylnie przypuszczając, że jest jego córką, ma uniknąć odpowiedzialności? Otóż wydaje się, że w przypadku niektórych dóbr prawnych reguły postępowania nie wymagają zachowania ostrożności. W przypadku takich dóbr społecznie nieadekwatne byłoby jedynie takie zachowanie, które w danych konkretnych okolicznościach z pewnością prowadziłoby do naruszenia dobra prawnego. Podstawowa różnica z regułami postępowania nakazującymi zachować ostrożność polegałaby na tym, że te ostatnie czyniłyby społecznie nieadekwatnymi także zachowania, które potencjalnie mogły spowodować naruszenie dobra prawnego. W tym miejscu pojawia się oczywiście pytanie o kryterium pozwalające odróżnić kategorię dóbr prawnych, w stosunku do których reguły postępowania zakazują podejmowania chociażby potencjalnie niebezpiecznych zachowań, od kategorii dóbr, w stosunku do których reguły postępowania nie nakazują zachowania ostrożności. Moim zdaniem można wymienić dwie wskazówki: stypizowanie przypadków nieumyślnego naruszenia dobra prawnego oraz określenie w prawie karnym typów abstrakcyjnego narażenia danego dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Aktualizacja chociażby jednej z nich w przypadku danego dobra prawnego prowadziłaby do wniosku, że ustawodawca wymaga od osoby wchodzącej w kontakt z tym dobrem prawnym zachowania ostrożności. Pomocna mogłaby być także

37 Tamże, s. 63.

38 I. Andrejew, *Ustawowe*…, dz. cyt., s. 188–189.

39 Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność*…, dz. cyt., s. 58.

40 Tamże, s. 57–58.

analiza przepisów z innych dziedzin prawa niż prawo karne i ustalenie stopnia intensywności ochrony danego dobra prawnego przez regulację pozakarną.

Wracając do występku z art. 201 k.k., należy zauważyć, że ma on charakter umyślny, a ustawodawca nie przewidział jego nieumyślnej odmiany. Nie spenalizował także zachowań, które stwarzałyby tylko abstrakcyjne ryzyko urzeczywistnienia znamion tego występku. Oznacza to, że ustawodawca nie wymaga od mężczyzny podejmującego współżycie z kobietą zachowania ostrożności i weryfikowania, czy nie jest ona przypadkiem jego bliską krewną. Tym samym godzi się z zachowaniami wiążącymi się jedynie z potencjalną możliwością realizacji znamion tego występku. Sprzeczne z normą prawną jest wyłącznie zachowanie, które w danych konkretnych warunkach prowadzi do wyczerpania znamion czynu zabronionego z art. 201 k.k. Konsekwentnie podjęcie współżycia z inną osobą przy błędnym przekonaniu, że jest to osoba bliska, nie jest społecznie nieadekwatne i nie może rodzić odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne, nawet wówczas gdy błąd sprawcy był obiektywnie nierozpoznawalny.

2.3. Niektóre zagadnienia wiążące się z przyjęciem społecznej nieadekwatności czynu jako podstawy bezprawności usiłowania

a) Oceny społecznej adekwatności czynu w odniesieniu do zindywidualizowanego nośnika dobra prawnego w konkretnym układzie faktycznym

O naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym można mówić wyłącznie w odniesieniu do zindywidualizowanego nośnika dobra prawnego w konkretnym układzie faktycznym[41]. Występuje tutaj dość istotna różnica w stosunku do dokonywania prognozy niebezpieczeństwa zachowania z perspektywy *ex ante*, która opiera się na uogólnieniach i daleko posuniętych generalizacjach, przy czym zasadniczo uwzględnia jedynie gatunkowe właściwości nośników dóbr prawnych. Dlatego pisze się niekiedy, że nie mamy tutaj do czynienia z narażeniem na niebezpieczeństwo skonkretyzowanych nośników dóbr prawnych, lecz z narażeniem określonej wartości rozumianej abstrakcyjnie[42]. W przypadku reguł ostrożności badamy nieadekwatność zachowania ze względu na jego stosunek do konkretnych nośników dóbr prawnych, co wymaga uwzględnienia przy wydawaniu oceny indywidualnych cech tych przedmiotów, na które sprawca skierował swój zamach, jak również konkretnych okoliczności faktycznych czynu. Wszakże nie wszystkich, ale tylko tych, które mają znaczenie dla określenia społecznej adekwatności zachowania, a trzeba pamiętać, że społecznie nieadekwatne mogą być już zachowania jedynie potencjalnie niebezpieczne.

> **O naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym można mówić wyłącznie w odniesieniu do zindywidualizowanego nośnika dobra prawnego w konkretnym układzie faktycznym.**

Ta ostatnia właściwość reguł postępowania z dobrem prawnym umożliwia sensowne mówienie o ich naruszeniu w odniesieniu do nośnika dobra prawnego, którego istnienie sprawca sobie uroił, o ile błąd sprawcy z perspektywy *ex ante* nie był obiektywnie rozpoznawalny[43]. Za przykład może posłużyć oddanie

41 Zob. A. Barczak-Oplustil, *Przegląd orzecznictwa SN i sądów apelacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2004, nr 2, s. 205.

42 Zob. R. Dębski, *Karalność…*, dz. cyt., s. 114.

43 M. Bielski (*Obiektywna przypisywalność…*, dz. cyt., s. 224–225) uważa, że podjęte zachowanie może zostać uznane za

strzału do osoby leżącej w łóżku, która przed oddaniem strzału zmarła, jeżeli nie wykazywała ona oznak śmierci, które rozpoznałby obiektywny obserwator zdarzenia. W takiej sytuacji osoba, do której oddano strzał, mogła wciąż żyć, przy czym prawdopodobieństwo, iż mamy do czynienia z żywą osobą, było duże. Stąd zachowanie sprawcy wobec owej osoby było nieadekwatne społecznie, mimo iż zindywidualizowane dobro prawne już uprzednio wygasło.

b) Tożsama treść reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku usiłowania udolnego i nieudolnego

W literaturze można spotkać się z zapatrywaniem, że podłożem usiłowania nieudolnego, w przeciwieństwie do usiłowania udolnego, jest wadliwe rozpoznanie przez sprawcę elementów rzeczywistości w zakresie wyznaczonym przez znamiona czynu zabronionego[44]. Dlatego w przypadku usiłowania nieudolnego sprawca narusza inną regułę postępowania z dobrem prawnym niż sprawca usiłowania udolnego, mianowicie taką, która aktualizuje się w razie urojenia sobie przez sprawcę przedmiotu, na którym można popełnić czyn zabroniony, lub środka zdatnego do jego popełnienia[45]. Istotę problemu można wyjaśnić na przykładzie osoby naciskającej spust rewolweru wymierzonego w inną osobę, w którym jednak brak jest naboi. Niewątpliwie osoba, która wie o tym fakcie, nie dopuszcza się naruszenia reguły postępowania z życiem ludzkim. Twierdzi się natomiast, że osoba, która sobie tego faktu nie uświadamia, postępuje w sposób społecznie nieadekwatny. Stąd sprawca usiłowania nieudolnego narusza inną regułę postępowania z dobrem prawnym niż ta, której naruszenia dopuszcza się sprawca przestępstwa dokonanego lub usiłowania udolnego.

Zaistniałe zagadnienie należy rozwiązać odmiennie. Otóż wydaje się, że nieadekwatność zachowania w powyższym przykładzie wynika z braku weryfikacji faktu, czy pistolet jest nabity. Sprawca przed wycelowaniem pistoletu w inną osobę i naciśnięciem spustu powinien upewnić się, że bębenek rewolweru jest pusty, przy czym samo przekonanie sprawcy, że jest on pusty, nie czyni owego zachowania prawidłowym, o ile nie miało ono racjonalnych podstaw. Gdyby jednak pistolet był uzbrojony, taka osoba odpowiadałaby przecież za nieumyślne spowodowanie śmierci. Co paradoksalne, naganność zachowania sprawcy usiłowania nieudolnego i przestępstwa nieumyślnego wynika z tej samej okoliczności, tj. dopuszczenia się zachowania potencjalnie niebezpiecznego bez wymaganej weryfikacji stanu wiedzy sprawcy co do występowania w danej konkretnej sytuacji okoliczności wyłączających ryzyko naruszenia dobra prawnego lub obniżających je w stopniu wystarczającym do uznania zachowania za społecznie akceptowalne. Brak weryfikacji stanu wiedzy w pierwszym wypadku prowadzi do braku nastąpienia pożądanego przez sprawcę rozwoju wydarzeń, w drugim wypadku – do nastąpienia niepożądanego przez sprawcę rozwoju wydarzeń, niemniej naganność zachowania wynika z naruszenia tej samej reguły postępowania z dobrem prawnym. Takiemu zapatrywaniu można zarzucić, iż nie sposób od osoby dążącej do naruszenia dobra prawnego sensownie oczekiwać, by powzięła środki ostrożności w kontakcie z tym dobrem prawnym. Jest

sprzeczne z regułą postępowania odniesioną do nośnika dobra prawnego, który w chwili czynu nie istnieje. Wystarczy, że będzie on istnieć w chwili wystąpienia skutku. Warunkiem jest, aby wystąpienie takiego nośnika w przyszłości było obiektywnie rozpoznawalne. Tak również A. Barczak-Oplustil, *Kilka uwag na temat konieczności istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.) *Państwo prawa…*, dz. cyt., s. 496–499. Tak więc wystąpienie w chwili czynu skonkretyzowanego nośnika dobra prawnego nie jest warunkiem uznania zachowania za społecznie nieadekwatne w odniesieniu do tego nośnika. Co oczywiste, jeżeli po zakończeniu czynu z jakichś powodów określony nośnik dobra prawnego jednak nie wystąpi, zachowanie sprawcy nie może stracić powyższej kwalifikacji ze skutkiem wstecznym. Jeżeli sprawca działał z zamiarem zniszczenia takiego nośnika dobra prawnego, poniesie on odpowiedzialność za usiłowanie (udolne bądź nieudolne, w zależności od powodów, dla których nośnik dobra prawnego nie wystąpił). Konsekwentnie należy twierdzić, że zachowanie sprawcy jest społecznie nieadekwatne, jeżeli naruszył on regułę postępowania z nośnikiem dobra prawnego, którego istnienie w chwili czynu sobie uroił, o ile jego błąd był obiektywnie nierozpoznawalny.

44 J. Majewski, *O różnicy…*, dz. cyt., s. 31.

45 Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność…*, dz. cyt., s. 410–411.

to jednak uwaga, którą dałoby się podnieść odnośnie do każdego przestępstwa umyślnego, które polega przecież na świadomym korzystaniu z nieostrożnych metod działania. Należy więc pamiętać, że system prawa karnego nie nakłada obowiązku zachowania ostrożności, a jedynie zakazuje zachowań nieostrożnych[46]. A z takim zachowaniem niewątpliwie mamy do czynienia w przypadku osoby, która naciska na spust pistoletu skierowanego w innego człowieka bez uprzedniego upewnienia się, że w magazynku nie ma naboi lub iż broń jest w inny sposób zabezpieczona przed oddaniem strzału.

c) Rola zamiaru w koncepcji przyjmującej społeczną nieadekwatność czynu jako podstawę bezprawności usiłowania

Współczesne teorie obiektywne uzasadniają karalność usiłowania w oparciu o dwa elementy: subiektywny (naganny zamiar) i obiektywny (niebezpieczeństwo dla dobra prawnego)[47]. Trzeba więc zadać pytanie, czy i ewentualnie jaką rolę może pełnić zamiar w uzasadnieniu bezprawności usiłowania w koncepcji dopatrującej się naganności tej formy popełnienia przestępstwa w społecznej nieadekwatności czynu.

W zaproponowanej w niniejszym opracowaniu koncepcji można mówić o bezprawnym usiłowaniu, gdy sprawca albo naruszył regułę postępowania z dobrem prawnym, albo bezpośrednio zmierza do jej naruszenia. Zachowanie naruszające reguły postępowania z dobrem prawnym jest niewątpliwie społecznie nieadekwatne i naganne. A jaki efekt da zastosowanie kryterium społecznej nieadekwatności do zachowania bezpośrednio zmierzającego do naruszenia reguły postępowania z dobrem prawnym? Włodzimierz Wróbel wyjaśnił, że nieadekwatność takiego zachowania wynika z sensu społecznego, jaki wiąże się z taką czynnością, a mianowicie może ona służyć przedsięwzięciu czynności bezpośrednio skierowanej ku naruszeniu dobra prawnego. Na przykład dokument fałszuje się po to, aby następnie posłużyć się nim w obrocie prawnym. Ryzyko takiego rozwoju wypadków może w określonych okolicznościach nie mieścić się w granicach społecznej tolerancji[48]. Sytuacja nie przedstawia się jednak tak prosto. Wskazany przez krakowskiego uczonego przykład trafia do przekonania, ponieważ trudno wyobrazić sobie legalny sposób skorzystania ze sfałszowanego dokumentu. Z wielkim prawdopodobieństwem będzie on służył przestępczej działalności. Problem w tym, że inne zachowania mogące zostać zakwalifikowane jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego, stwarzają niekiedy warunki do podjęcia także legalnej czynności. Na przykład uzbrojony człowiek zbliżający się do innej osoby z odbezpieczonym pistoletem może to czynić w celu jej zabicia, ale także w celu zapewnienia jej ochrony.

Zachowanie uzbrojonej osoby zbliżającej się do innego człowieka zostanie zakwalifikowane jako społecznie nieadekwatne ze względu na ryzyko, jakie stwarza w związku z motywacją tej osoby. To właśnie determinacja sprawcy w dążeniu do realizacji nagannego celu sprawia, że czynności stwarzające warunki umożliwiające natychmiastowe przejście do realizacji znamion przestępstwa stają się nieakceptowalne społecznie. W odbiorze społecznym takie zachowania niekoniecznie zostałyby ocenione jako nieadekwatne, mimo wiążącego się z nimi ryzyka przejścia do zachowania naruszającego regułę postępowania z dobrem prawnym, gdyby sprawca działał z inną motywacją. Negatywne usposobienie sprawcy do określonego nośnika dobra prawnego stanowi jedno ze źródeł niebezpieczeństwa jego zachowania. Zamiar ulega tutaj pewnemu uprzedmiotowieniu: w świetle zobiektywizowanych generalizacji dotyczących życia społecznego jego wystąpienie znacząco podnosi ryzyko wiążące się z określonymi typami zachowań i czyni je społecznie nieadekwatnymi.

Kontynuując ten wątek, należy wskazać, że naganny zamiar przy usiłowaniu pełni bardziej złożoną rolę niż przy dokonaniu przestępstwa. W razie dokonania przestępstwa nie interesuje nas zasadniczo fakt, iż zamiar sprawcy był czynnikiem prowadzącym do wyczerpania znamion. Interesuje nas rezultat działania sprawcy oraz psychiczna relacja sprawcy wobec tego rezultatu. Istotne jest więc to, iż sprawca był pozytywnie usposobiony do faktu wyczerpania przedmiotowych zna-

46 Zob. W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, niepubl, pkt 5.3.3.

47 Zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra…*, dz. cyt., s. 300–302.

48 Zob. W. Wróbel, *Znamiona normy…*, dz. cyt., pkt 5.2.4.

mion przestępstwa. Stąd, ze względów aksjologicznych, przyjmujemy zwiększoną karygodność takiego zachowania. Natomiast w przypadku usiłowania zamiar dokonania czynu zabronionego pełni podwójną rolę. Z jednej strony obrazuje on niewłaściwe usposobienie sprawcy do możliwości naruszenia przez niego dobra prawnego, do czego wszakże nie dochodzi. Z drugiej strony stanowi motor napędowy działania sprawcy i tym samym obiektywny czynnik zwiększający ryzyko dla dobra prawnego wynikające z zachowania sprawcy, tj. ze stworzenia warunków umożliwiających natychmiastowe naruszenie reguły postępowania z dobrem. W konsekwencji należy stwierdzić, że w koncepcji upatrującej podstawy bezprawności usiłowania w społecznej nieadekwatności czynu zamiar jest jedną z okoliczności uzasadniających bezprawie tej formy popełnienia przestępstwa, jednakże nie ma on samodzielnego charakteru. Stanowi jedynie faktor, który z obiektywnego punktu widzenia zwiększa stopień niebezpieczeństwa wynikający z zachowania sprawcy, i tym samym prowadzi do przyjęcia jego społecznej nieadekwatności.

W przypadku usiłowania zamiar dokonania czynu zabronionego pełni podwójną rolę. Stanowi motor napędowy działania sprawcy i tym samym obiektywny czynnik zwiększający ryzyko dla dobra prawnego wynikające z zachowania sprawcy.

d) Społeczna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania a błąd co do podmiotu czynu zabronionego

Zaproponowana koncepcja bezprawności usiłowania wyjaśnia także brak karalności przypadków, w których sprawca uroił sobie, że jest podmiotem zdatnym do popełnienia przestępstwa indywidualnego. W przypadku takich przestępstw norma prawna nakłada obowiązek pewnego zachowania na kategorię osób spełniających określone właściwości. W rezultacie obowiązek dostosowania zachowania do reguł postępowania z dobrem prawnym dookreślających treść takiej normy spoczywa wyłączenia na osobach spełniających te właściwości; tylko takie osoby mogą te reguły naruszyć lub zmierzać do ich naruszenia[49]. Osoba, która nie charakteryzuje się wymaganymi właściwościami, nie jest adresatem normy prawnej, nie jest więc zdolna do naruszenia reguł postępowania dookreślających treść tej normy, a w rezultacie nie jest także możliwe bezpośrednie zmierzanie przez taką osobę do ich naruszenia. Jeżeli *extraneus* błędnie przyjmie, że posiada wymagane ustawą właściwości, może jedynie sobie uroić naruszenie reguły postępowania z dobrem prawnym. Z przedmiotowego punktu widzenia jego zachowanie jest jednak społecznie adekwatne i zgodne z prawem. W płaszczyźnie normatywnej sytuacja *extraneusa* jest więc tożsama z sytuacją osoby, która dopuściła się przestępstwa urojonego (zachowanie ocenione przedmiotowo nie narusza i nie zmierza do naruszenia reguły postępowania, a więc jest zgodne z prawem; bezprawność jest wyłącznie urojona) i istotnie różni się od sprawcy karalnego usiłowania nieudolnego (zachowanie z punktu widzenia przedmiotowego albo zmierza do naruszenia reguły

49 Tę właściwość usiłowania nieudolnego ze względu na błąd co do podmiotu dostrzega także niemiecka nauka prawa karnego. Część jej przedstawicieli wręcz twierdzi, iż w przypadku urojenia okoliczności charakteryzujących podmiot przestępstwa mamy do czynienia z przestępstwem urojonym. Zob. C. Roxin, *Strafrecht*..., dz. cyt., s. 449.

postępowania, albo już tę regułę narusza, a więc jest bezprawne; błąd sprawcy dotyczy jedynie możliwości dokonania czynu zabronionego). Dlatego błędy leżące u podstaw powyższych sytuacji, mimo swojego niejednorodnego charakteru, nie powinny prowadzić do zróżnicowanych konsekwencji prawnych.

3. Zasadność koncepcji upatrującej podstawy bezprawności usiłowania w społecznej nieadekwatności czynu w perspektywie polskiej regulacji prawnej

Trzeba sobie oczywiście zadać pytanie, czy powyższe wywody mają walor wyłącznie teoretyczny, czy też znajdują oparcie w obowiązującej regulacji prawnej. Moim zdaniem można wskazać argumenty konstytucyjne i dogmatyczne przemawiające za przyjęciem obiektywizującego podejścia do odpowiedzialności za usiłowanie czyniące podstawą bezprawności usiłowania albo naruszenie reguły postępowania z dobrem prawnym, albo bezpośrednie zmierzanie do naruszenia takiej reguły.

3.1. Argument konstytucyjny

Artykuł 31 ust. 3 konstytucji przewiduje między innymi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Kara może zostać wymierzona jedynie za zachowanie bezprawne, naruszające zakaz karny, zaś norma wyrażająca zakaz karny ingeruje w wolność człowieka. W rezultacie jej obowiązywanie musi znaleźć uzasadnienie w świetle wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 konstytucji, tj. zachowanie sprzeczne z zakazem musi atakować wymienione w tym przepisie dobra indywidualne lub zbiorowe. Słusznie z art. 31 ust. 3 konstytucji wywodzi się obowiązywanie w płaszczyźnie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine periculo sociali*[50]. Subiektywne koncepcje usiłowania nie są kompatybilne z powyższą regułą, ponieważ postulują uznanie za bezprawne zachowania nie z powodu jego niewłaściwej relacji do jednej z wartości określonych w art. 31 ust. 3 konstytucji, lecz z powodu wadliwej treści zamiaru sprawcy. W konsekwencji w niektórych sytuacjach za zakazane zostałoby uznane zachowanie, które nie jest szkodliwe. Również samo niebezpieczeństwo określonej osoby nie uzasadnia jeszcze szkodliwości przejawianego przez nią zachowania, za które ma być wymierzona kara. W świetle art. 31 ust. 3 konstytucji w takim przypadku mogłoby zostać uznane za uzasadnione zastosowanie środków ochrony społecznej o charakterze prewencyjnym, np. detencji do czasu ustania niebezpieczeństwa. Środki tego typu stanowią reakcję na niebezpieczeństwo, którego źródłem jest określona osoba, a nie na jej bezprawne zachowanie, nie wymagają więc stwierdzenia naruszenia przez nią normy prawnej, co jest warunkiem *sine qua non* pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, przy czym całkowicie odmienne są przesłanki i reguły stosowania środków represyjnych oraz środków o charakterze prewencyjnym. Stosowanie tych drugich, ze względu na brak winy (zarzucalnej naganności zachowania), musi być ostatecznością znajdującą uzasadnienie w naglącej potrzebie ochrony tylko najistotniejszych dóbr prawnych.

3.2. Argumenty dogmatyczne

Przechodząc do argumentów o naturze dogmatycznej, należy wpierw ustalić relację między jednostkami redakcyjnymi art. 13 k.k. Dość rozpowszechnione jest stanowisko, że usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania i musi spełniać wszystkie znamiona określone w art. 13 § 1 k.k.[51] W takim ujęciu art. 13 § 2 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 13 § 1[52]. W literaturze występuje także pogląd odmienny, wedle którego regulacja dotycząca usiłowania udolnego (art. 13 § 1 k.k.) nie ma wprost zastosowania do usiłowania nieudolnego[53]. Usiłowanie nieudolne stanowi „samoistną postać zjawiskową przestępstwa zachodzącą wtedy, gdy niemożliwe jest zaistnienie innej postaci z powodu braku znamienia istoty czynu, co do które-

50 Zob. szerzej A. Zoll, *Odpowiedzialność…*, dz. cyt., s. 11–14, 18; E. Plebanek, *Materialne…*, dz. cyt., s. 106–109, 262.

51 Tak m.in. K. Buchała, *Prawo…*, dz. cyt., s. 370–371; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, dz. cyt., s. 235.

52 J. Raglewski, *Usiłowanie…*, dz. cyt., s. 46.

53 Zob. S. Śliwiński, *Polskie…*, dz. cyt., s. 317; R. Zawłocki, *Komentarz do art. 13 k.k.*, dz. cyt., s. 613–614.

go sprawca jest w błędzie”[54]. Przystając do tego nurtu nauki, Jarosław Majewski argumentuje, że w art. 13 § 2 k.k. posłużono się słowem „także”, co ma wskazywać, że zachowania opisane w tej jednostce redakcyjnej nie są objęte znamionami określonymi w art. 13 § 1 k.k., a nadto, iż pogląd konkurencyjny prowadzi do odpowiedzialności w przypadku błędu co do znamienia podmiotu czynu zabronionego i znamion modalnych na zasadach przewidzianych dla usiłowania udolnego. Co więcej, skoro dokonanie czynu zabronionego ma być niemożliwe, to niepodobna przyjąć, że sprawca bezpośrednio zmierza do jego dokonania. Stąd należy twierdzić, że art. 13 § 2 k.k. rozszerza formułę karalnego usiłowania, wprowadzając odmienną niż przewidziana w art. 13 § 1 k.k. formę popełnienia przestępstwa, do której znamion nie zalicza się bezpośredniego zmierzania do jego dokonania, a jedynie zamiar dokonania czynu zabronionego, zachowanie polegające na uzewnętrznieniu takiego zamiaru oraz brak możliwości dokonania czynu zabronionego z powodów określonych w tej jednostce redakcyjnej. W tej perspektywie usiłowanie nieudolne nie jest odmianą usiłowania, o którym mowa w art. 13 § 1[55].

Zgadzam się, że art. 13 § 2 k.k. nie stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 13 § 1 k.k. Nie podzielam jednak poglądów wyrażonych przez Majewskiego, w szczególności w zakresie, w jakim zmierzają do wykazania, że znamiona określone w art. 13 § 1 k.k. nie stanowią znamion usiłowania nieudolnego. W świetle argumentacji przedstawionej przez wspomnianego uczonego za zupełnie arbitralny należy uznać pogląd, że na znamiona usiłowania nieudolnego składają się zamiar dokonania czynu zabronionego oraz jego uzewnętrznienie. W kwestii zamiaru należy wskazać, że w art. 13 § 2 k.k. mowa jedynie o błędzie sprawcy co do zdatności środka lub przedmiotu, z czego można wnioskować, że sprawca usiłowania nieudolnego działa ze świadomością, iż istnieje przedmiot, na którym można popełnić czyn zabroniony, lub że użyty przez niego środek jest zdatny do popełnienia czynu zabronionego. Z omawianego przepisu nie wynika konieczność posiadania przez sprawcę świadomości zachodzenia pozostałych znamion czynu zabronionego. Nawet jeżeli w jakiś sposób uzasadnimy obowiązywanie takiego wymogu, sprawca może działać ze świadomością możliwości zachodzenia wszystkich lub części znamion czynu zabronionego, co oznacza, że może działać bez zamiaru (świadoma nieumyślność). Brak jest jakichkolwiek ustawowych podstaw do przyjęcia wymogu, aby sprawca swoim zachowaniem uzewnętrznił zamiar, a co więcej – tak określone, niepisane znamię usiłowania nieudolnego znacząco w stosunku do usiłowania udolnego przesuwa granicę karalności na przedpolu naruszenia dobra prawnego, bowiem obejmuje ono także czynności przygotowawcze.

Należy zauważyć, że ustawodawca posługuje się jedynie terminem „usiłowanie”, przy czym także na określenie zachowania opisanego w art. 13 § 2 k.k. Co więcej, tylko w art. 13 § 1 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną za tę formę popełnienia przestępstwa. W art. 13 § 2 k.k. mowa jedynie o elementach charakteryzujących usiłowanie nieudolne, bez nakazu pociągnięcia jego sprawcy do odpowiedzialności karnej. Jeżeli art. 13 § 1 k.k. nie miałby zastosowania do usiłowania nieudolnego, o jego karalności można byłoby wnioskować jedynie z art. 14 § 2 k.k., przewidującego w takim wypadku możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary. *Notabene* ustawowe zagrożenie za usiłowanie w jego obu odmianach zostało jednolicie określone w art. 14 § 1 k.k.

Artykuł 13 § 1 k.k. stanowi przepis zrębowy służący odtworzeniu normy sankcjonującej, nakazującej sądowi pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby, która popełniła przestępstwo w stadium usiłowania. Jednocześnie przepis ten zawiera kontekstową definicję tego terminu, która jednak jest niepełna i musi zostać uzupełniona o elementy wynikające z art. 13 § 2 k.k.[56] Należy podkreślić, że przepis ten stanowi, że „usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe”, przy czym chodzi niewątpliwie o usiłowanie, o którym mowa w art. 13 § 1 k.k. Wskazuje na to także art. 14 § 1 k.k. Natomiast słowo „także” sugeruje, że art. 13 § 2 k.k. określa przypadki usiłowania nieobjęte formułą określona w art. 13 § 1 k.k., z czego należy

54 A. Marek, *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 1, s. 100.

55 J. Majewski, *O różnicy…*, s. 27–30.

56 Tak też, jak się zdaje, Ł. Pasternak, *Usiłowanie…*, dz. cyt., s. 95.

wnioskować, że w przypadku zachowania, o którym mowa w tej ostatniej jednostce redakcyjnej, dokonanie czynu zabronionego jest możliwe[57]. Wynika to stąd, iż sprawca z art. 13 § 1 k.k. nie znajduje się w błędzie co do braku możliwości dokonania. W innym przypadku nie byłoby koniecznie wskazywanie przez ustawodawcę, że także w takiej sytuacji zachodzi usiłowanie. Można rozważyć dwie sytuacje, w których sprawca nie znajduje się w błędzie co do braku możliwości dokonania. Pierwsza, w której dokonanie jest niemożliwe i sprawca o tej sytuacji wie. W takiej jednak sytuacji zachowanie sprawcy nie może zostać uznane za bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego w zamiarze jego popełnienia. Sprawca mógłby jedynie świadomie pozorować bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego. Dlatego należy taką ewentualność odrzucić. Druga sytuacja ma miejsce wówczas, gdy dokonanie jest możliwe i sprawca co do tej okoliczności nie błądzi. W rezultacie do znamion usiłowania należy zaliczyć możliwość dokonania czynu zabronionego. Jest to znamię niepisane, jakkolwiek mające normatywne zakotwiczenie w art. 13 § 2 k.k., z którego wnioskujemy o jego ustanowieniu przez ustawodawcę. Nadto ze względu na treść art. 13 § 2 k.k. należy przyjąć, że zostało ono określone alternatywnie: z art. 13 § 1 i 2 k.k. można zrekonstruować pełny zakres znamion usiłowania, na który składają się: zamiar dokonania czynu zabronionego, bezpośrednie zmierzanie do jego dokonania, brak dokonania czynu zabronionego oraz możliwość dokonania czynu zabronionego albo brak takiej możliwości, ale jedynie wówczas, gdy wynika z błędu sprawcy co do środka lub przedmiotu. Należy podkreślić, że oba przepisy wspólnie konstruują instytucję usiłowania, przy czym art. 13 § 2 precyzuje i uzupełnia pod względem semantycznym treść normy sankcjonującej rekonstruowanej z art. 13 § 1 k.k. Ustawowe zagrożenie za tę formę popełnienia przestępstwa przewidziano w art. 14 § 1 k.k. Mamy tutaj do czynienia z jedną normą sankcjonującą i jednym typem czynu zabronionego (co oczywiste, w odniesieniu do tego samego typu rodzajowego przestępstwa)[58]. Doktrynalnie można jednak wyróżnić dwie odmiany usiłowania: usiłowanie udolne (znamiona z art. 13 § 1 k.k. oraz możliwość dokonania czynu zabronionego, o czym wnioskujemy z art. 13 § 2 k.k.) oraz usiłowanie nieudolne (znamiona statuowane w art. 13 § 1 i 2 k.k.). Tak wyróżnione odmiany usiłowania pozostają ze sobą w relacji rozłączności. Przyjmując powyższe podejście wykładnicze, unikamy rozszerzenia karalności o przypadki usiłowania nieudolnego wynikającego z błędu sprawcy co do znamienia podmiotu czynu zabronionego lub znamion modalnych.

Powyższy wywód zmierzał do wykazania, że bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego stanowi znamię również usiłowania nieudolnego. Jeżeli zaś pozostaje ono w zespole znamion tej figury prawnej, to otrzymujemy ustawowe zakotwiczenie wymogu, by każde usiłowanie, w tym także usiłowanie nieudolne, było zachowaniem społecznie nieadekwatnym, naruszającym reguły postępowania z dobrem prawnym lub bezpośrednio zmierzającym do ich naruszenia. Zacząć należy od wskazania, że w polskiej nauce znamię czynnościowe usiłowania rozumie się przedmiotowo[59]. Rację ma Lech Gardocki, wskazując, iż „definicja usiłowania (…), odwołując się do elementu bezpośredniości zmierzania ku dokonaniu, ma charakter obiektywny, ale nie w postaci skrajnej, jak to jest przy koncepcji „początku dokonania""[60]. W przeciwieństwie do regulacji niemieckiej polski Kodeks karny nie przewiduje, iżby ocena zachowania sprawcy uwzględniała wyobrażenie sprawcy o realizowanym przestępstwie. Zachowanie sprawcy ma wedle obiektywnych ocen zmierzać do dokonania czynu zabronionego, a więc do urzeczywistnienia zachowania o znamionach opisanych w ustawie karnej (art. 115 § 1 k.k.), składających się na określony typ czynu zabronionego.

57 Zob. J. Raglewski, *Usiłowanie*…, dz. cyt., s. 45.

58 Pełny zakres znamion usiłowania podlega odtworzeniu w oparciu o co najmniej dwa przepisy: art. 13 k.k. i przepis statuujący odpowiedzialność za przestępstwo dokonane w części szczególnej Kodeksu karnego albo w prawie pozakodeksowym. W odniesieniu do różnych przestępstw otrzymamy różne zestawy znamion i wyinterpretujemy odmienne normy sankcjonujące.

59 Zdecydowana większość nauki odczytuje to znamię w oparciu o kryteria przedmiotowe. Zob. m.in. G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie (problem bezpośredniości)*, Warszawa 1965, s. 58 i n.

60 L. Gardocki, *Prawo karne*, dz. cyt., s. 107.

Następnie trzeba się zgodzić z Majewskim, gdy wskazuje, że wymóg wyczerpania znamion czynu zabronionego może być spełniony wyłącznie przez zachowanie przekraczające normę prawną (sankcjonowaną), z którą dany typ jest sprzężony. Typ czynu zabronionego jest przecież wzorcem karalnego naruszenia normy sankcjonowanej. Zaś treść zakresu normowania normy sankcjonowanej dookreślają reguły postępowania z dobrem prawnym, które wskazują zachowanie wymagane w danych, konkretnych okolicznościach w odniesieniu do skonkretyzowanego nośnika dobra prawnego[61]. Stąd o bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego można mówić wyłącznie wówczas, gdy zachowanie sprawcy albo już naruszyło regułę postępowania z dobrem prawnym, albo znajduje się na bezpośrednim przedpolu jej naruszenia. Rację ma Piotr Zakrzewski, pisząc: „(…) zarówno przy usiłowaniu udolnym, jak i przy usiłowaniu nieudolnym zachowanie sprawcy musi być kierunkowo nastawione na przekroczenie owych reguł postępowania. Innymi słowy, musi „bezpośrednio zmierzać" do dokonania czynu zabronionego. Właśnie nierealizowanie przez zachowanie [tj. usiłowanie nierealne – przyp. A.J.] przesłanki „bezpośredniego zmierzania" nie pozwala na zakwalifikowanie tego zachowania jako usiłowania nieudolnego"[62]. Wynika stąd, że zachowanie sprawcy, które wedle wyobrażenia sprawcy bezpośrednio zmierza do dokonania czynu zabronionego, lecz nie spełnia powyższego warunku, nie podlega karze ze względu na dekompletację znamion usiłowania (niewyczerpanie znamienia bezpośredniego zmierzania do dokonania). Może ono uchodzić za usiłowanie jedynie w cudzysłowie.

Zachowanie realizujące znamię bezpośredniego zmierzania w zaproponowanym powyżej ujęciu może w niektórych sytuacjach faktycznych być z góry skazane na niepowodzenie. Powyżej starałem się uzasadnić pogląd, że ustalenia dotyczące braku możliwości dokonania czynu zabronionego, który to wymóg służy odróżnieniu usiłowania udolnego od niebezpiecznego usiłowania nieudolnego, powinny być dokonywane przez organ postępowania z perspektywy *ex post* przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności konkretnego czynu. W istocie, jeżeli sąd ustali, że brak było możliwości dokonania czynu zabronionego, to zachowanie sprawcy z perspektywy *ex post*, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności konkretnego czynu, nie będzie się jawiło jako bezpośrednio zmierzające do jego dokonania. Wszakże przy badaniu, czy dane zachowanie wyczerpało określone znamię, Sąd nie jest obowiązany do uwzględnienia wszystkich okoliczności ustalonych w sprawie. Przeciwnie, powinien

O bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego można mówić wyłącznie, gdy zachowanie sprawcy albo już naruszyło regułę postępowania z dobrem prawnym, albo znajduje się na bezpośrednim przedpolu jej naruszenia.

61 J. Majewski, *O różnicy…*, dz. cyt., s. 50; tenże, *O (braku)…*, dz. cyt., s. 356–358.

62 P. Zakrzewski, *Przesłanka „bezpośredniości zmierzania" przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2011, nr 4, s. 89. Również Ł. Pohl przyjmuje, że w przypadku usiłowania nierealnego nie mamy do czynienia z obiektywnym zmierzaniem do dokonania czynu zabronionego. Zob. Ł. Pohl, *Prawo…*, dz. cyt., s. 189.

poprzestać jedynie na tych okolicznościach, które są relewantne dla oceny, czy badany czyn zrealizował to znamię. Moim zdaniem Sąd przy badaniu, czy czyn wyczerpał znamię bezpośredniego zmierzania, powinien przyjąć perspektywę osoby, która posiada wiedzę wyłącznie o okolicznościach relewantnych dla stwierdzenia, czy obserwowane zachowanie było obiektywnie ukierunkowane na naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym. Reguły postępowania z dobrem prawnym mają w zdecydowanej większości charakter ostrożnościowy, obejmują zachowania, które jedynie potencjalnie zagrażają dobru prawnemu. Ich przekroczenie nie przesądza o wyczerpaniu znamion przestępstwa ani nawet nie musi się wiązać z możliwością jego dokonania z perspektywy *ex post*. Tak więc przy wykorzystaniu kryterium niezgodności zachowania z regułami postępowania z dobrem prawnym badane zachowanie może jawić się sądowi jako społecznie nieadekwatne i zmierzające do dokonania czynu zabronionego, nawet jeżeli ten sam sąd równocześnie ustali, że z perspektywy *ex post* dokonanie przestępstwa było z góry wyłączone.

Dodać należy jeszcze kilka uwag o relacjach między przedstawioną tutaj koncepcją wykładniczą a obiektywnym przypisaniem skutku. Koncepcja społecznej nieadekwatności zachowania stanowi modyfikację młodszej teorii obiektywnej, która za istotę bezprawności usiłowania przyjmowała stworzenie przez zachowanie sprawcy niebezpieczeństwa dla dobra prawnego ocenianego z perspektywy *ex ante*. Znajdowała ona silne uzasadnienie w teorii adekwatnego związku przyczynowego[63]. Owa koncepcja wyróżniała dwojakiego rodzaju więzy kauzalne: pierwsze – odnoszące się do konkretnych wypadków związki przyczynowe, drugie – uogólnione powiązania przyczynowe o charakterze abstrakcyjnym, mające charakter generalizacji wskazujących, iż określone okoliczności mają w sobie obiektywną tendencję do nastąpienia skutku, przy czym ocenę owej tendencyjności dokonywano z perspektywy *ex ante*, przy wykorzystaniu figury niezależnego obserwatora wyposażonego w średnią wiedzę ontologiczną i nomologiczną, z uwzględnieniem szczególnej wiedzy sprawcy. Powiązania drugiego rodzaju ujmowały przyczynowość w kategoriach pewnej potencjalności. Łatwo zauważyć, że przypadki niebezpiecznego usiłowania nieudolnego obejmowały wypadki, które w świetle owych generalizacji cechowały się tendencyjnością do wywołania skutku, chociażby związek przyczynowy nie mógł nastąpić. Niebezpieczeństwo nastąpienia skutku miało charakter potencjalny[64]. Natomiast popularność teorii subiektywnych wiąże się z uzyskaniem przewagi przez teorię ekwiwalencji[65], która ujmowała przyczynowość naturalistycznie: związek przyczynowy mógł zachodzić tylko wówczas, gdy nastąpił skutek. W rezultacie teoria ekwiwalencji odrzucała potencjalną przyczynowość jako wynik wyłącznie analizy myślowej, a nie cechę konkretnego zdarzenia. Ponieważ w usiłowaniu skutek nie nastąpił, brak w nim jakiejkolwiek przyczynowości. Z tej perspektywy brak jest różnicy między usiłowaniem udolnym, w którym skutek potencjalnie mógł nastąpić, a usiłowaniem nieudolnym, w którym wystąpienie skutku było wykluczone. Każde usiłowanie jest ze swej natury nieudolne, ponieważ nie doprowadziło do wystąpienia skutku. Jako że wszystkie warunki mają równą wartość kauzalną, przyczyn nieudolności nie można wartościować. Dla prawnokarnej oceny zdarzenia różnice te są bez znaczenia[66].

Współczesne prawo karne odrzuca teorię ekwiwalencji. Została ona zastąpiona przez koncepcję obiektywnego przypisania skutku, która stanowi zmodyfikowaną, poprawioną pod względem metodologicznym i rozbudowaną teorię adekwatnego związku przyczynowego. W świetle teorii obiektywnego przypisania skutek może być sprawcy przypisany tylko wówczas, jeżeli urzeczywistniło się w nim niebezpieczeństwo wynikające z zachowania sprawcy, które było społecznie nieadekwatne (sprzeczne z regułami postępowania z dobrem prawnym), o ile wystąpienie skutku było obiektywnie rozpoznawalne z perspektywy *ex ante*. Koncepcja obiektywnego przypisania odmiennie wartościuje przebiegi przyczynowe, w zależności od tego,

63 Na teorię adekwatności jako argument uzasadniający trafność młodszej teorii obiektywnej powoływał się R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, dz. cyt., s. 159.

64 Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania…*, dz. cyt., s. 38–39.

65 Zob. R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, dz. cyt., s. 157.

66 Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania…*, dz. cyt., s. 57–58.

czy były one z perspektywy *ex ante* rozpoznawalne dla sprawcy i wiązały się naruszeniem przez niego reguły postępowania z dobrem prawnym. Zachowanie jest społecznie nieadekwatne i naganne wtedy, gdy wiązało się z nieakceptowalnym społecznie ryzykiem naruszenia dobra prawnego, zaś nastąpienie skutku jest przypisywalne tylko wówczas, gdy pozostawał on w związku normatywnym z nagannym zachowaniem[67]. Tak więc teoria obiektywnego przypisania doprowadziła do odżycia pojęcia potencjalnej przyczynowości, z tym że obecnie stanowi ono kryterium oceny społecznej adekwatności zachowania, a co za tym idzie, jest przesłanką jego naganności i bezprawności. Z tego też powodu nieadekwatność zachowania, polegająca na naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym lub bezpośrednim zmierzaniu do naruszenia tych reguł, powinna stanowić nieprzekraczalną granicę bezprawności także w przypadku usiłowania przestępstw materialnych[68].

Dodać trzeba, że przebiegi przyczynowe niespełniające powyższego warunku są prawnokarnie irrelewantne, nawet jeżeli sprawca działał z zamiarem naruszenia dobra prawnego. Weźmy przykład mężczyzny, który został ostrzeżony przez lekarza żony, że stan jej zdrowia uniemożliwia podróżowanie samolotem. Jednakże mąż życzy sobie zgonu żony, więc funduje jej wycieczkę zagraniczną, której elementem jest lot samolotem. W razie nastąpienia pożądanego przez niego skutku w powyższych okolicznościach nie zostanie on mu przypisany, ponieważ jego zachowanie nie narusza przyjętych reguł postępowania. Wyłączenie odpowiedzialności za spowodowanie skutku opiera się na wyłączeniu bezprawności zachowania ze względu na brak jego społecznej nieadekwatności. Okoliczność ta uniemożliwia także pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności za usiłowanie udolne, którego naganność opiera się przecież na właściwościach przedmiotowych zachowania, a nie na nagannych procesach psychicznych. Do rozważenia pozostaje możliwość zakwalifikowania omawianego przypadku jako usiłowania nieudolnego, co jednak wymagałoby stwierdzenia, że dokonanie czynu zabronionego (sprowadzenie skutku) było niemożliwe. Biorąc pod uwagę, iż skutek nastąpił, proponowana kwalifikacja byłaby, ujmując rzecz oględnie, nieintuicyjna. Trzeba więc stwierdzić, że ze względu na brak bezprawności zachowania pozostaje ono bezkarne. Tym bardziej bezkarne powinno pozostać takie zachowanie, które nie narusza reguł postępowania z dobrem prawnym i nie sprowadza skutku, mimo iż sprawca działał z zamiarem jego spowodowania.

Teoria obiektywnego przypisania doprowadziła do odżycia pojęcia potencjalnej przyczynowości, z tym, że obecnie stanowi ono kryterium oceny społecznej adekwatności zachowania, a co za tym idzie, jest przesłanką jego naganności i bezprawności.

4. Podsumowanie

O usiłowaniu możemy mówić tylko wówczas, gdy zachowanie sprawcy albo już narusza reguły postępowania dookreślające treść normy sankcjonowanej leżącej u podstaw przestępstwa w stadium dokona-

67 Zob. szerzej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, dz. cyt., s. 199–207.

68 „Auch passt zu der den Tatbestand konstituierenden Lehre von der objektiven Zurechnung nur der gefährliche Versuch, der ein unerlaubtes Risiko schafft, das beim ungefährlichen Versuch gerade fehlt", C. Roxin, *Strafrecht*…, dz. cyt., s. 337.

nia, do którego wszakże nie dochodzi, albo co prawda jeszcze nie narusza takiej reguły postępowania, lecz sytuuje się na bliskim przedpolu jej naruszenia, stwarzając sytuację umożliwiającą natychmiastowe przedsięwzięcie zachowania sprzecznego z tą regułą postępowania. Powyższy warunek dotyczy obu odmian usiłowania, także usiłowania nieudolnego. Oznacza to, że istotą naganności usiłowania jest nieadekwatność społeczna zachowania sprawcy, polegająca na podjęciu przez sprawcę zachowania, które z perspektywy *ex ante* stwarza nieakceptowalne społecznie niebezpieczeństwo dla określonego nośnika dobra prawnego. Ta właściwość zachowania stanowi materialną treść jego bezprawności. Od strony formalnej naruszenie reguł postępowania lub bezpośrednie zmierzanie do ich naruszenia jest warunkiem przyjęcia, że badane zachowanie przekroczyło normę sankcjonowaną (zakaz karny) leżącą u podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie. W aspekcie dogmatycznym zachowanie, które nie spełnia owego warunku, nie wyczerpuje znamienia „bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego" i nie może zostać uznane za usiłowanie w rozumieniu Kodeksu karnego.

W proponowanym ujęciu naganny zamiar nie jest niezależną od społecznej nieadekwatności czynu podstawą bezprawności usiłowania, niemniej jednak powinien on zostać ujęty w treści normy sankcjonowanej leżącej u podstaw odpowiedzialności za to stadium popełnienia przestępstwa, jeżeli za trafną uznamy przedstawioną powyżej sugestię, iż w przypadku co najmniej niektórych zachowań kwalifikowanych jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego wystąpienie zamiaru stanowi faktor zwiększający niebezpieczeństwo działania sprawcy ponad akceptowalną przez społeczeństwo miarę. Nadto należy mieć na względzie, iż w takich przypadkach treść przeżyć psychicznych sprawcy jest pomocna w interpretacji określonego zachowania jako bezpośrednio zmierzającego do naruszenia reguły postępowania. Na przykład czyn polegający na wejściu do cudzego domu jawi się jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania kradzieży właśnie z uwagi na cel, który przyświeca sprawcy. Motywacja sprawcy stanowi tutaj pewien kontekst, w ramach którego dokonujemy oceny przedmiotowych elementów zachowania sprawcy. W rezultacie bez jej znajomości rozpoznanie obiektywnego charakteru czynu jest niemożliwe albo znacznie utrudnione.

W literaturze zwolenników zdobywa sobie pogląd, że usiłowanie nieudolne stanowi przestępstwo abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo[69]. Powyższe zapatrywanie spotkało się z krytyką Spotowskiego, zdaniem którego usiłowanie nieudolne nie jest typem przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia, ponieważ w przypadku takich przestępstw brak niebezpieczeństwa jest wyjątkiem od reguły, a nie regułą, jak w razie usiłowania nieudolnego[70]. Wydaje się, że powyższe zastrzeżenia nie są do końca uzasadnione. Zarówno w przypadku usiłowania nieudolnego, jak i przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo wystarczającym warunkiem odpowiedzialności karnej jest wywołanie przez sprawcę potencjalnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, a różnica zauważona przez Spotowskiego wynika z techniki legislacyjnej zastosowanej przez ustawodawcę. Nadto owa różnica nie ujawni się, jeżeli instytucję usiłowania potraktujemy jednolicie w odniesieniu do danego przestępstwa stypizowanego w części szczególnej Kodeksu karnego, tj. jako jeden typ czynu zabronionego, którego znamiona odtworzono z art. 13 k.k. i przepisu statuującego przestępstwo w stadium dokonania, z tym że jedno z tych znamion zostało przez ustawodawcę określone alternatywnie. Podobnie jak przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia mogą się zdarzyć przypadki, w których zachowanie wyczerpujące znamiona, ocenione z perspektywy *ex post*, nie będzie stwarzało żadnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego (usiłowanie nieudolne). Obok nich będzie można wskazać przypadki, w których takie zachowanie, ocenione w perspektywie *ex post*, będzie stwarzało realne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego lub nawet – w przypadku usiłowania ukończonego przestępstwa naruszenia dobra prawnego – sprowadzi bezpośrednie niebezpieczeństwo dla

69 W literaturze niemieckiej: H. Otto, *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004, s. 261; A. Esser, *komentarz do art. 22 n.k.k.* (w:) A. Schönke i in., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, s. 420 (w ujęciu tego autora dotyczy to zwykłego usiłowania nieudolnego, gdy błąd sprawcy nie wynika „aus groben Unverstand").

70 A. Spotowski, *Funkcja…*, dz. cyt., s. 110.

dobra prawnego. Ogólną cechą usiłowania pozostanie jednak niebezpieczność zachowania, potencjalne ryzyko naruszenia dobra prawnego.

Usiłowanie przestępstwa od przestępstw abstrakcyjnego narażenia odróżnia natomiast to, że dla stwierdzenia, czy określone zachowanie wyczerpało znamię bezpośredniego zmierzania, organ postępowania będzie zmuszony ustalić, czy naruszyło lub bezpośrednio zmierzało do naruszenia reguły postępowania ze skonkretyzowanym dobrem prawnym. Znamię to ma charakter nieostry, a w rezultacie wymaga od organu dokonania oceny, czy badane zachowanie z perspektywy *ex ante* było w wystarczającym stopniu niebezpieczne dla określonego nośnika dobra prawnego, tj. czy w danych konkretnych okolicznościach było nieadekwatne społecznie i tym samym zasługuje na ukaranie jako usiłowanie przestępstwa. W ten sposób ta figura prawna wykazuje pewne podobieństwo do tzw. przestępstw z właściwości (*Eignungsdelikt*), których cechą charakterystyczną jest właśnie konieczność każdorazowego wykazania, że zachowanie sprawcze było potencjalnie zdatne do naruszenia dobra prawnego chronionego przez dany przepis ustawy karnej[71]. Inną poważną różnicą jest treść zamiaru sprawcy, który nie jest ukierunkowany na spełnienie przedmiotowych właściwości usiłowania polegających na potencjalnym narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo, lecz na dokonanie czynu zabronionego, co w niektórych przypadkach może oznaczać zamiar naruszenia dobra prawnego. Czynnik ten uzasadnia znacznie surowszą niż w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia represję karną. Nadto w razie stwierdzenia, że w perspektywie *ex post* zachowanie jednakże nie zagrażało dobru prawnemu, sąd ma możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia (art. 14 § 2 k.k.), co także odróżnia usiłowanie od przestępstw abstrakcyjnego narażenia.

71 Zob. tamże, s. 168–173.

Bibliografia

Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959.

Barczak-Oplustil A., *Przegląd orzecznictwa SN i sądów apelacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2004, nr 2, s. 87–111.

Bielski M., *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepubl.

Bloy R., *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft" 2001, t. 113, nr 1, s. 76–111.

Buchała K., *Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971.

Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.

Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994.

Dębski R., *Karalność usiłowania nieudolnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1999, nr 2, s. 101–117.

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2009.

Giezek J., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", Sectio G, 2013, nr 2, s. 41–57.

Giezek J. (red.), *Przestępstwo, kara, polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006.

Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.

Górniok O. i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, Gdańsk 2005.

Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2011.

Herzberg R.D., *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, „Goltdammer's Archiv für Strafrecht" 2001, nr 6, s. 257–272.

Hippel R. von, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin–Heidelberg 1932.

Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, New York–Berlin 1983.

Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000.

Kardas P., Sroka T., Wróbel W. (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012.

Köhler M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997.

Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz do art. 1–31*, t. 1, Warszawa 2011.

Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002.

Liszt F. von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1914.

Majewski J. (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007.

Marek A., *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1968, nr 1, s. 95–103.

Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2009.

Otto H., *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004.

Pasternak Ł., *Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2013, nr 1, s. 95–110.

Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009.

Pohl Ł. (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.

Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013.

Raglewski J., *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna*, „Prokurator i Prawo" 2003, nr 12, s. 89–103.

Rejman G., *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie (problem bezpośredniości)*, Warszawa 1965.

Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003.

Schönke A. i in., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001.

Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.

Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.

Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009.

Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.

Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 2012.

Wróbel W., *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, niepubl.

Zakrzewski P., *Przesłanka „bezpośredniości zmierzania" przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2011, nr 4, s. 77–90.

Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2007.

Adrian Wrocławski

Problematyka opiniowania sądowo-lekarskiego w polskim procesie karnym na tle zarysu jego historii

Adrian Wrocławski

Adwokat, prowadzi zajęcia w Zakładzie Prawa Dowodowego i Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Interesuje się prawem karnym, kryminalistyką oraz medycyną sądową i z tej dziedziny przygotowuje rozprawę doktorską.

✉ adrian.wroclawski@outlook.com

https://orcid.org/0000-0003-2184-9110

The Issue of Medico-legal Assessment Regarding Polish Criminal Proceedings Based on its Historical Outline

The article tackles the issue of medico-legal assessment regarding Polish criminal proceedings based on its historical outline. Ever since medieval times, the only people entitled to perform these assessments were experts in medicine. In time, as forensic medicine began to develop as a separate field of science, they became an elite group of expert witnesses. With appropriate knowledge, the assessment of the consequences brought onto a victim of the committed criminal act would be undoubtfully facilitated. However, it does not actually apply to legal provisions. Regulations regarding criminal proceedings are full of imperfections and, as a result, forensic physicians are being replaced with doctors, who have not obtained the required expertise. This leads to further incorrect assessments, which prevent from reaching the tangible truth, results in the misconstruction of facts and the incorrect assignment of legal qualifications. If the legislator does not react promptly in that matter, the liability of the perpetrator for the committed crimes might be assigned in a random manner.

Słowa kluczowe: opiniowanie sądowo-lekarskie, medycyna sądowa, biegli, wiedza specjalna

Key words: medico-legal assessment, forensic medicine, expert witness, special knowledge

Podstawą funkcji gwarancyjnej prawa karnego jest zasada *nullum crimen sine lege*, dzięki której każdy człowiek może mieć pewność, że penalizacja określonych ujemnych zachowań będzie mieć miejsce jedynie w oparciu o precyzyjnie opisany w ustawie zespół znamion. Ustalenie w procesie karnym faktu wypełnienia bądź niewypełnienia tychże znamion – co przesądza o sprawstwie czynu – wiąże się nierzadko z koniecznością dokonania „identyfikacji" niektórych z nich za pomocą wiedzy specjalnej, posiadanej wy-

łącznie przez biegłych. Do znamion takich zaliczają się w szczególności będące tematem niniejszej pracy znamiona skutków, w postaci ciężkich, średnich i lekkich uszkodzeń ciała opisanych obecnie w art. 156 § 1 oraz art. 157 § 1 i 2 k.k. Regulacje te mają szczególną specyfikę, ponieważ posługują się znamionami ocennymi – nieostrymi, które *ab initio* naznaczone są subiektywizmem i stanowią szerokie pole dla wykładni o charakterze swobodnym[1]. Wobec powyższego, jak podaje Władysław Wolter, przy ustalaniu wypełnienia przez sprawcę tego rodzaju znamion nie wystarczy samo rozpoznanie faktów, ale konieczne jest również dokonanie odpowiednich ocen[2]. Można zatem już w tym miejscu postawić tezę, iż poczynienie działań gwarantujących prawidłowe ustalenia faktyczne w procesie jest możliwe wyłącznie w oparciu o opinię sporządzoną przez biegłego legitymującego się odpowiednimi wiadomościami specjalnymi z pogranicza medycyny i prawa. Polski ustawodawca wyróżnia co prawda biegłego medyka sądowego, lecz nie jest w tym zakresie konsekwentny, dopuszczając też możliwość opiniowania przez lekarzy innych specjalności. Zatem czy każdy lekarz może się podjąć opiniowania w sprawach o przestępstwa? Pytanie to jest istotne, gdyż właśnie na wspomnianym biegłym i jego ocenie będzie spoczywać odpowiedzialność za ewentualne pociągnięcie sprawcy czynu do odpowiedzialności.

1. Początek i rozwój opiniowania sądowo-lekarskiego na ziemiach polskich

Spoglądając na powyższe zagadnienie przez pryzmat historii, zauważymy, że już od najdawniejszych czasów kwestie związane z oceną zdrowia i życia były zarezerwowane dla znawców medycyny. Na terenie dzisiejszej Polski regulacje procesowe prawa miejskiego (w szczególności Weichbildu magdeburskiego i Zwierciadła saskiego) znały funkcję biegłego lekarza i przewidywały jego uczestnictwo w sprawach o zranienia, a nade wszystko w przypadkach zgonów będących skutkiem doznanych urazów[3]. Polska zaś „wersja" *Constitutio Criminalis Carolina*, pióra Bartłomieja Groickiego, w art. LXXXIX statuowała obecność jednego albo dwóch chirurgów bądź felczerów (balwierzy) w trakcie dokonywania oględzin zmarłego, wymagając, aby „wszelkie rany iego y obrażenia z wielką pilnością y tak iako się naidzie, Pisarz ma to wszystko pilnie zterminować"[4]. Stąd też już pod koniec XV w., najpierw w Poznaniu, a następnie w Toruniu i Gdańsku, prowadzili działalność „fizycy miejscy" pełniący jednocześnie obowiązki lekarzy sądowych[5]. Z kolei w przypadku procesu ziemskiego, który opierał się przede wszystkim na zasadzie skargowości[6], dokument nie przewidywał potrzeby powoływania biegłych do obdukcji sądowych. Miało to uzasadnienie w fakcie, że jeśli osoba zraniona stawała przed sądem osobiście, członkowie prezydium naocznie przekonywali się o rozległości, miejscu i rodzaju obrażeń, a także o stopniu związanego z nimi zagrożenia dla ogólnego stanu zdrowia poszkodowanego[7]. Przykładem tego typu praktyk mógł być środek dowodowy w postaci świadectwa urzędowego, gdy w wypadku zranienia szlachcica wzywano woźnego sądowego w celu obejrzenia ran, dokonywanego w asyście dwóch świadków stanu szlacheckiego[8]. Próby nowelizacji prawa ziemskiego w postaci stworzenia projektu Korektury Taszyckiego w 1532 r. czy Kodeksu Zamoyskiego z 1776 r. nie przyniosły efektu, skutkiem czego aż do rozbiorów prawo ziemskie było reprezentowane przez statuty wiślicko-piotrkowskie. Niemniej jednak rozwijająca się wówczas medycyna sądowa również i w prawie ziemskim zaakcentowała swą obecność, poprzez przeprowadzenie oględzin ciał zmarłych królów Stefana

1 I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 97.

2 W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 94.

3 P. Szczerbicz, *Seculum Saxonum, albo prawo saskie i magdeburskie, porządkiem obiecadła z łacińskich i niemieckich egzemplarzów zebrane. A na polski język z pilnością i wiernie przełożone*, Lwów 1581, s. 347; tenże, *Ius municipale, to iest prawo mieyskie maydeburskie nowo z lacińskiego y z niemieckiego na polski ięzyk z pilnością y wiernie przełożone*, Lwów 1581, s. 166.

4 B. Groicki, *Postępek sądów około karania na gardle*, Kraków 1559, s. 45–46.

5 Z. Marek, M. Kłys, *Opiniowanie sądowo-lekarskie i toksykologiczne*, Kraków 1998, s. 13.

6 K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1981, s. 203.

7 F. Giedroyć, *Ekspertyza lekarska w dawnych sądach polskich (do końca XVIII stulecia)*, Warszawa 1896, s. 44.

8 J. Bardach, *Historia państwa i prawa polski do połowy*, t. 1: *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1964, s. 551.

Batorego w 1586 r. czy Jana III Sobieskiego w 1696 r. Istotne *novum* można natomiast dostrzec w projekcie Kodeksu Zamoyskiego z 1776 r., który jako pierwsza polska kodyfikacja regulował konieczność powołania osoby z wiedzą lekarską do dokonania obdukcji i sekcji zwłok[9]. W roku 1792 r. Ludwik Perzyna wydał zaś książkę *Nauka cyrulicka*, uważaną za pierwszy polski podręcznik medycyny sądowej. Pozycja ta omawia zarówno sposoby przeprowadzania sekcji zwłok, jak i badanie osób żywych[10].

Rozbiory Polski spowodowały wprowadzenie na jej ziemie kodeksów państw zaborczych, które reprezentowały różne koncepcje regulujące kary za przestępstwa związane z uszkodzeniami ciała. Wprowadzenie obcych kodyfikacji, które nierzadko wymieniały konieczność powoływania lekarzy jako biegłych, dało impuls do właściwego rozwoju medycyny sądowej.

Rozbiory Polski spowodowały wprowadzenie na jej ziemie kodeksów państw zaborczych, które reprezentowały różne koncepcje regulujące kary za przestępstwa związane z uszkodzeniami ciała. Wprowadzenie obcych kodyfikacji, które nierzadko wymieniały konieczność powoływania lekarzy jako biegłych, dało impuls do właściwego rozwoju medycyny sądowej. Efektem tych zmian było wprowadzenie wykładów dotyczących nowo powstałej na Uniwersytecie Wileńskim od 1808 r., Uniwersytecie Warszawskim od 1825 r. i w Akademii Krakowskiej od 1804 r.[11]

W zakresie regulacji procesowych pod zaborami pierwszą wprowadzoną na ziemiach polskich kodyfikacją była pruska ordynacja procesowa z 1717 r., która obowiązywała początkowo na terenie I zaboru pruskiego. Rozciągając ją następnie na ziemie II i III zaboru pruskiego, uwzględniono jednakże niektóre odstępstwa na rzecz ludności polskiej[12]. Ze względu na krótki okres obowiązywania wspomnianego dokumentu znacznie istotniejsza z punktu widzenia niniejszej pracy jest oparta na zasadach procesu inkwizycyjnego Pruska ordynacja kryminalna z 1805 r. (nowelizowana w latach 1846–1852), która wprowadzała szczegółowe regulacje dotyczące opiniowania w sprawach o uszczerbki na zdrowiu. W przypadkach bowiem odniesienia przez pokrzywdzonego obrażeń zagrażających życiu bądź też jeśli zranienia powodowały dłuższą niedyspozycję, niezbędne było powołanie fizyka lub lekarza aprobowanego albo drugiego,

9 A. Zamoyski, *Zbiór praw sądowych na mocy konstytucyi roku 1776 przez J.W. Andrzeja Zamoyskiego IX Kanclerza Koronnego, Kawalera Orderu Orła Białego ułożony y na seym roku 1778 podany*, t. 2, Warszawa 1778, s. 193.

10 W. Grzywo-Dąbrowski, *Podręcznik medycyny sądowej*, Warszawa 1948, s. 22.

11 L. Wacholz, *Medycyna sądowa na podstawie nowego ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1933, s. 1–2.

12 S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 2, Kraków 1997, s. 159.

również „potwierdzonego lekarza ran – chirurga”[13]. Ponadto w przypadku zgonu poszkodowanego biegli mieli dokonać oględzin zewnętrznych i wewnętrznych w celu ustalenia użytych do spowodowania obrażeń narzędzi, sposobu działania sprawcy, a także przyczyny śmierci, a następnie wydać opinię uwzględniającą sformułowane odgórnie pytania. W wypadku, gdy opinia nasuwała wątpliwości, jak również w sytuacji wystąpienia rozbieżności pomiędzy protokołem obdukcyjnym a wydaną w sprawie opinią, sędzia powinien wystąpić o wykonanie opinii uzupełniającej. Jeżeli natomiast pomimo przeprowadzonych wyżej czynności nie udało się dokonać rozstrzygnięcia sprzeczności, wówczas sąd miał obowiązek zasięgnięcia opinii Collegii Medici Prowincji, a w sprawach o dużym znaczeniu – Collegii Medici w Berlinie. Co interesujące, wspomniana kodyfikacja określała kwalifikacje biegłych lekarzy i felczerów, którzy musieli legitymować się doświadczeniem i upoważnieniem do wykonywania zawodu wydanym przez kolegium lekarskie i chirurgiczne[14].

Wprowadzenie w 1877 r. nowego kodeksu postępowania karnego Rzeszy (*Strafprozessordnung*)[15] poskutkowało zdecydowanie mniej kazuistycznym niż wcześniej modelem opiniowania w zakresie uszczerbków na zdrowiu. Biegłym mogła być każda osoba posiadająca odpowiednią wiedzę – wiadomości specjalne – a jej powołanie spoczywało na organie procesowym, który ustalał liczbę biegłych, przy uwzględnieniu praktykowanego przez nich zawodu oraz posiadanych zdolności. W przypadku sporządzenia przez biegłego opinii niepełnej bądź niekompletnej ustawa umożliwiała zasięgnięcie ponownej opinii tych samych lub innych biegłych bądź wystąpienie do wyspecjalizowanych instytucji publicznych. Ponadto oprócz biegłych ustanawianych z wyboru organu procesowego występowali również biegli urzędowi, którzy musieli być powołani zawsze wówczas, gdy przepisy tak stanowiły (odstąpienie od tego wymogu było możliwe jedynie w szczególnych, uzasadnionych okolicznościach). Zaliczali się do nich m.in. lekarze sądowi mianowani jako urzędnicy lekarscy. W przypadku dokonywania oględzin zwłok i ich otwarcia wymagana była obecność dwóch lekarzy, a w razie potrzeby – również lekarza, który leczył zmarłego. W wypadkach natomiast podejrzenia otrucia przewidziano, że w pośmiertnym badaniu zwłok powinien również uczestniczyć chemik.

Procesowe rozwiązania, wprowadzone na terenie zaboru austriackiego przez Franciszkanę, wskazywały na potrzebę powołania biegłych w przypadku zaistnienia konieczności zaczerpnięcia wiadomości specjalnych – „wiadomości lub kunsztu w sztuce biegłych potrzeba wymagać będzie”[16]. Dotyczyło to przede wszystkim dokonania oględzin osób rannych i zabitych, ze szczególnym uwzględnieniem powstałych obrażeń, ich liczby, następstw i zagrożeń z nimi związanych, a także użytego narzędzia i sposobu działania sprawcy. Nowelizacja procedury postępowania karnego nastąpiła na mocy patentu cesarskiego wprowadzającego w dniu 29 lipca 1853 r. kodyfikację procesową, zastępującą kodeks z 1850 r. powstały na fali Wiosny Ludów i opierający się na rozwiązaniach francuskich[17]. Wspomniana procedura powracała swoimi rozwiązaniami do Franciszkany z 1803 r., a jej nowelizacja nastąpiła dopiero w 1873 r. na mocy projektu stworzonego przez profesora Uniwersytetu Wiedeńskiego Juliusza Glasera[18]. Była to Ustawa o postępowaniu karnym z dnia 23 maja 1873 r.[19], która w swych regulacjach ogólnych stanowiła, iż sędzia śledczy miał prawo wezwać do oględzin znawców, jeżeli sprawa wymagała wyjaśnienia okoliczności mającej doniosłość w procesie przez osoby. „które na podstawie swych naukowych, technicznych i przemysłowych wiadomości dają większą rękojmię, jak sędzia który swoimi fachowemi wiadomościami nie byłby w stanie wyjaśnić znacze-

13 I. Stawiarski, *Ordynacya Kryminalna Pruska*, Warszawa 1828, s. 52–66.

14 Tamże, s. 55.

15 *Ustawa postępowania karnego z dnia 1 lutego 1877 r.*, Dz.U. Rzeszy, nr 253.

16 *Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa*, Kraków 1804.

17 Zob. M. Gondek, *Austriacka procedura karna z 1853 i 1873 roku w praktyce orzeczniczej sądów krakowskich*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2013, t. 16, s. 245–266.

18 T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2004, s. 756.

19 *Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23-go maja 1873 r. razem z odnoszęcemi się do niej ustawami i rozporządzeniami objaśniona przez Prof. Dra Józefa Rosenblatta*, Kraków 1889.

nia spostrzeżeń leżących poza jego sferą zawodową"[20]. W zależności od wagi sprawy wezwany mógł zostać jeden (przypadek mniejszej wagi) lub dwóch biegłych, z tym że Reskrypt Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 marca 1886 r. wymagał od sądów, aby w celu minimalizacji kosztów wzywać opiniodawców jedynie w uzasadnionych wypadkach. Ich wybór należał do sędziego śledczego, chyba że znawcy danego zawodu byli ustanowieni sądownie. Zgodnie z aktami wykonawczymi do ustawy profesorów wydziału lekarskiego, jak i profesorów chemii nie należało wzywać do pełnienia roli biegłego, chyba że było to niezbędne ze względu na okoliczności. Lekarze powiatowi rządowi oraz weterynarze powiatowi rządowi obowiązani byli natomiast stawiać się na każde wezwanie sądu, aby zabrać głos w charakterze znawców. Wyjątkiem od powyższej zasady były: możliwość zaistnienia niebezpieczeństwa w razie zwłoki, doznanie innych przeszkód, jak również podejrzenie o stronniczość. Organ procesowy był uprawniony do powtórzenia oględzin z udziałem wcześniej ustanowionych bądź nowo powołanych znawców, jeżeli ich opinie wydane w czasie trwania czynności procesowych różniły się od siebie albo też były niejasne bądź ze sobą sprzeczne, a niemożliwe było usunięcie wymienionych wad na drodze ponownego przesłuchania. Jeżeli znawcami byli lekarze lub chemicy, w powyżej wymienionych przypadkach możliwe było zwrócenie się o opinię do danego wydziału lekarskiego.

Ustawa z 1873 r. wprowadzała regulacje szczególne w zakresie postępowania w przypadkach zabójstw lub uszkodzeń cielesnych. Oględziny zwłok następowały każdorazowo w przypadku podejrzenia zbrodni lub występku i obejmowały ich część zewnętrzną oraz wewnętrzną. Do przeprowadzenia określonych w dokumencie czynności konieczne było wezwanie dwóch specjalistów, którymi mogli być tylko lekarze, z czego jeden musiał posiadać specjalizację z zakresu chirurgii. Jak podaje Piotr Stebelski, rolę tę mógł pełnić lekarz sądowy bądź urzędowy – publiczny[21]. Jeżeli natomiast zachodziło podejrzenie, że śmierć nastąpiła w wyniku otrucia, organ śledczy zobowiązany był powołać dodatkowo dwóch chemików, a jeśli zmarły przed śmiercią chorował, niezbędne było wezwanie lekarza, który ową chorobę leczył. W trakcie oględzin sporządzano dokładny opis położenia zwłok i stanu ich zachowania. Odnotowywano miejsce, w którym ciało zostało znalezione, a także spisywano wszystkie obrażenia i ślady dokonanego przestępstwa wraz z identyfikacją sposobu działania sprawcy oraz użytych przedmiotów – narzędzi. Skutkiem oględzin było wydanie opinii, która miała na celu wskazanie najbardziej prawdopodobnej przyczyny śmierci, a w wypadku

W trakcie oględzin sporządzano dokładny opis położenia zwłok i stanu ich zachowania. Odnotowywano miejsce, w którym ciało zostało znalezione, a także spisywano wszystkie obrażenia i ślady dokonanego przestępstwa wraz z identyfikacją sposobu działania sprawcy oraz użytych przedmiotów – narzędzi.

20 P. Stebelski, *Komentarz do austriackiego postępowania karnego*, Kraków 1901, s. 201.

21 Tamże, s. 213.

ujawnienia obrażeń cielesnych – ustalenie, czy zostały one zadane przez inną osobę, czy możliwe było zapobieżenie śmierci denata, czy zmarły przyczynił się do powstania ran itp.

Oględziny osób żywych nie wymagały powoływania tak rozbudowanego składu znawców, jaki obowiązywał w wypadku przeprowadzania oględzin zwłok. Dopuszczalny był udział zarówno dwóch lekarzy, jak i dwóch chirurgów, a w wypadku oględzin ciała kobiety – powierzenie czynności akuszerom (bądź akuszerkom, w przypadkach mniej ważnych). Oględziny te musiały zmierzać do ustalenia przyczyn powstałych obrażeń ciała, stopnia ich zaawansowania, następstw, jakie się z nimi wiążą, a także zastosowanych środków, narzędzi i sposobu działania sprawcy.

Najważniejszą obowiązującą na terenach zaboru rosyjskiego kodyfikacją procesową była Ustawa o postępowaniu karnym z 1864 r. stanowiąca efekt reformy przestarzałego systemu procesu karnego, uregulowanego przez tom XV, część II *Swodu Zakonow* z 1832 r. Generalne zasady wzywania biegłych, opublikowane w ramach wspomnianej regulacji, dotyczyły sytuacji, gdy „dla dokładnego zrozumienia zachodzących w sprawie okoliczności, konieczne są specyalne w tym względzie wiadomości lub doświadczenie w nauce, kunsztach, rzemiośle lub w innem jakiem zajęciu". Mogli być nimi „doktorzy, farmaceuci, professorowie, nauczyciele, technicy, artyści, rzemieślnicy, kassyerzy i osoby, które ciągłemi zajęciami w jakiej bądź służbie lub jej gałęzi, nabędą szczególnego doświadczenia"[22]. W przypadku wydania przez powołanych biegłych sprzecznych opinii bądź wystąpienia wątpliwości organ procesowy mógł zwrócić się o wydanie nowej opinii do innych znawców z danej dziedziny. Szczególnie interesującym elementem omawianego dokumentu jest rozdział dotyczący sądowo-lekarskich czynności biegłych, które zwracają uwagę swoją szczegółowością. Oględziny zwłok, a także osób żywych (pokrzywdzonego, jak i „obwinionego"), celem ustalenia posiadanych obrażeń i ich rodzajów, a także oceny stanu zdrowia, mogły być przeprowadzane przez powołanego lekarza sądowego, którego obowiązki wykonywał właściwy lekarz powiatowy, miejski lub policyjny. W wypadkach, gdy niemożliwe było stawiennictwo lekarza sądowego, organ państwowy mógł wezwać każdego innego lekarza – zarówno wojskowego, cywilnego, jak i prowadzącego własną praktykę. Istotne okoliczności sprawy pozwalały również wezwać kilku lekarzy, w tym tego, który leczył zmarłą osobę, jeżeli niezbędne było ustalenie okoliczności jej choroby i zastosowanego leczenia. Organ procesowy zobowiązany był udzielić dokonującemu oględzin lekarzowi wszelkich zebranych informacji o zmarłym, a także wpisać do protokołu wszelkie uwagi osób uczestniczących w czynnościach oraz udzielane przez lekarza sądowego wyjaśnienia. Procedura karna nakładała na lekarza sądowego obowiązek stosowania się do założeń medycyny sądowej, a także obejrzenia „powierzchni ciała zmarłego, jego wklęsłości i otworów, stawów, całości kości i stanu wewnętrznych organów", objaśnienia wszystkim obecnym w trakcie oględzin „o znaczeniu każdej plamy, znaku, rany, uszkodzenia i chorobliwych przemian", a także określenia, jaki jest stopień „zgnilizny i pochodzące ztąd zjawiska". Istotną czynnością lekarza sądowego, która następowała po dokonaniu badania ran, skutków pobicia, gwałtu itp., było określenie rodzaju uszkodzenia ciała i jego wpływu na zdrowie osoby badanej, a także sposobu powstania obrażeń i użytych przez sprawcę środków lub narzędzi, jak również czasu powstania obrażeń. W przypadku wystąpienia sprzeczności w wydanej opinii lub wątpliwości co do jej trafności organ państwowy był zobligowany do przedstawienia opinii urzędowi lekarskiemu, który mógł samodzielnie rozstrzygnąć wątpliwości, zażądać od lekarza sądowego dodatkowych wyjaśnień bądź też dokonać powtórnych oględzin, w tym ekshumacji.

2. Opiniowanie sądowo-lekarskie w polskim prawie procesowym

Odzyskanie przez Polskę niepodległości wiązało się z zastąpieniem dotychczas obowiązujących regulacji państw zaborczych przez uchwalony w dniu 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego. Nowo powstały dokument stanowił, iż w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych wzywa się biegłych, którymi

22 *Ustawa postępowania sądowego karnego* (w:) *Ustawy sądowe obowiązujące w Gubernijach Królestwa Polskiego na mocy najwyżej zatwierdzonego 19 lutego 1875 roku postanowienia o zastosowaniu ustaw sądowych z 20 listopada 1864 roku do warszawskiego okręgu sądowego*, t. 2, Sankt Petersburg 1873.

mogli być nie tylko biegli sądowi, lecz również każdy, kto uprawia określony zawód i posiada wiedzę w danej dziedzinie (biegli *ad hoc*). Formuła wyżej wspomnianego przepisu nie tylko wskazywała na konieczność posiadania przez biegłego formalnego prawa do wykonywania zawodu, ale również wymagała jego czynnego uprawiania[23]. Instytucję biegłych sądowych regulowało wydane w oparciu o art. 651 *in fine* k.p.k. z 1928 r. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 grudnia 1928 r. (Dz.U. 1928, nr 104, poz. 945), którego celem miało być ułatwienie ich powoływania przy jednoczesnym zapewnieniu, że przed wpisaniem na listę kwalifikacje biegłego zostały sprawdzone[24]. Ustawa procesowa z 1928 r. wymagała wezwania biegłego sądowego – w miarę możliwości medyka sądowego – wyłącznie do czynności oględzin zwłok. W przypadku podejrzenia śmierci gwałtownej zarządzano wykonanie oględzin wewnętrznych (otwarcie zwłok) oraz w miarę możliwości należało wezwać biegłego lekarza, który jako ostatni udzielał pomocy zmarłemu. Jeżeli śmierć przypuszczalnie nastąpiła na skutek otrucia, narządy wewnętrzne były poddawane oględzinom przez biegłego chemika, a w razie potrzeby do takiego badania wzywano również lekarza. Specjalizacja biegłego – chociaż nie wymieniono jej w samej ustawie, tak jak ma to miejsce w przypadku obecnie obowiązującego dokumentu – została szczegółowo określona w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych z dnia 15 lipca 1929 r. o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok ludzkich (Dz.U. MS. 1929, nr 14). Rozporządzenie to stanowiło, iż do wykonywania oględzin należy wzywać biegłych sądowych, w następującej kolejności względem posiadanych kwalifikacji:

a) profesorów i docentów medycyny sądowej uniwersytetów państwowych oraz adiunktów i asystentów uniwersyteckich zakładów medycyny sądowej;
b) lekarzy, którzy stale pełnią przy sądach obowiązki biegłych sądowych;
c) lekarzy powiatowych lub lekarzy, którzy złożyli egzamin na lekarza powiatowego.

W przypadku braku wykwalifikowanych biegłych, opisanych w powyższym wyszczególnieniu, dopuszczalne było wezwanie innych lekarzy. Oględziny osób żyjących nie musiały być dokonywane przez biegłego sądowego – mógł je wykonać biegły spoza listy. W przypadku wydania niejasnej lub sprzecznej opinii (ustnej lub pisemnej) sąd mógł zarządzić ponowne przesłuchanie tych samych biegłych lub wezwać innych na ich miejsce.

Dalsze zmiany na gruncie prawa procesowego nastąpiły wraz z wejściem w życie Kodeksu postępowania karnego z 1969 r., który wprowadzał – w przypadku stwierdzenia przez organ procesu okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy wymagającej wiadomości specjalnych – konieczność zasięgnięcia w pierwszej kolejności opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego albo zakładu specjalistycznego lub powołanej do tego instytucji. Wprowadzenie ustawowo wyrażonej wyższości opinii instytucjonalnych nad opiniami biegłych indywidualnych było zabiegiem intencjonalnym, a u jego podstaw miało leżeć zagwarantowanie wysokiej jakości tych pierwszych (m.in. dzięki dobrze wykształconej kadrze, specjalistycznej aparaturze, wdrażaniu nowych metod badawczych)[25]. Ponadto do wydania opinii mogli zostać powołani biegli sądowi (jeden lub kilku) bądź też biegli *ad hoc*, którymi były osoby „mające odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie". Czynność oględzin zewnętrznych i wewnętrznych zwłok była obligatoryjna w przypadku podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci, a otwarcia zwłok należało dokonać z udziałem lekarza, w miarę możliwości biegłego sądowego. W razie konieczności możliwe było wezwanie lekarza, który jako ostatni udzielił pomo-

23 L. Peiper, *Kodeks postępowania karnego*, Kraków 1933, s. 14–15; S. Bauman, *Wykład procedury karnej w zarysie*, Lwów 1935, s. 51.

24 A. Kegel, Z. Kegel, *Przepisy o biegłych sądowych, tłumaczach i specjalistach. Komentarz*, Kraków 2004, s. 32.

25 Szerzej na ten temat zob. T. Widła, *Ocena dowodu z opinii biegłego*, Katowice 1992, s. 25. Nadmienić przy tym należy, że pogląd wyższości biegłych „instytucjonalnych" nad indywidualnymi, wynikający z takiego uszeregowania ich w przepisie art. 176 k.p.k., nie był jednolicie akceptowany w literaturze. Krytykiem takiego stanowiska już na etapie projektu k.p.k. z 1968 r. był m.in. Marian Cieślak [zob. M. Cieślak, *Kilka uwag o dowodzie z biegłych w projekcie k.p.k. z 1968 r.*, „Palestra" 1969, nr 1 (133), s. 30–33].

cy zmarłemu. Wejście w życie omawianego kodeksu uchyliło również rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 lipca 1929 r. o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok ludzkich. Opinia niejasna lub sprzeczna z innymi opiniami uprawniała organ do zasięgnięcia opinii instytutu, zakładu lub instytucji albo ponownego wezwania tych samych biegłych lub powołania innych.

Obecnie obowiązująca kodyfikacja procesowa z 1997 r. wyróżnia biegłych sądowych (z listy), biegłych *ad hoc*, a także instytucje naukowe lub specjalistyczne. Znawcy mogą być powoływani w sytuacjach, gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga uwzględnienia wiadomości specjalnych. Ponadto ustawodawca wyodrębnił osobną grupę biegłych – medyków sądowych, których obecność powinna mieć miejsce „w miarę możności", w celu dokonania oględzin i otwarcia zwłok, o czym traktuje art. 209 § 2 i 4 k.p.k., a także w celu zbadania podejrzanego lub oskarżonego i przeprowadzenia oględzin zewnętrznych jego ciała, o czym traktuje art. 74 § 2 pkt. 1 i § 4 k.p.k. w zw. z § 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. (Dz.U. 2005, nr 33, poz. 299). Wymienione przepisy wykonawcze stanowią, że oględziny zewnętrzne ciała oraz inne badania podejrzanego lub oskarżonego niepołączone z naruszeniem integralności ciała, ze względu na zakres badania, powinny być dokonywane wyłącznie przez lekarza posiadającego specjalizację w dziedzinie medycyny właściwej. Tak zgromadzony materiał dowodowy powinien być utrwalany i analizowany zgodnie z aktualną wiedzą w zakresie kryminalistyki i medycyny sądowej.

Oględziny zwłok i ich otwarcie na gruncie obowiązujących przepisów stanowią niejako kontynuację czynności zarezerwowanej dla biegłych medyków sądowych. Praktyka ta została zapoczątkowana wraz z wejściem w życie Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. i utrwalona cytowanym powyżej Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych z dnia 15 lipca 1929 r. Wejście w życie z dniem 1 stycznia 1970 r. Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. doprowadziło do uchylenia tegoż rozporządzenia, bez jednoczesnego wprowadzenia w jego miejsce kontynuatora[26]. Biorąc pod uwagę fatalną redakcję przepisów o oględzinach i otwarciu zwłok, opisanych w art. 188 § 2 Kodeksu postępowania karnego z 1969 r., stanowiły one krok wstecz w stosunku do przepisów kodyfikacji z 1928 r. Ustawodawca, najprawdopodobniej dążąc do scalenia w jednym przepisie obu powyższych czynności procesowych, niefortunnie – bo oprócz wykonywania oględzin zewnętrznych zwłok – wyznaczył organ procesowy również do wykonywania ich oględzin wewnętrznych (a więc sądowo-lekarskiej sekcji zwłok)[27]. W myśl powyższego przepisu obowiązek uczestnictwa biegłego sądowego (którym nie musiał być medyk sądowy) wymagany był jedynie w przypadku oględzin wewnętrznych. Do oględzin zewnętrznych wezwanie biegłego nie było konieczne.

Zmiana opisanego powyżej stanu rzeczy nastąpiła dopiero wraz z wejściem w życie obecnie obowiązującego Kodeksu postępowania karnego, w ramach którego obecność biegłego stała się ponownie obowiązkowa, zarówno przy oględzinach zewnętrznych, jak i wewnętrznych. Oględziny zewnętrzne dokonywane są, w zależności od fazy postępowania, przez prokuratora lub sąd, przy udziale biegłego lekarza, w miarę możliwości specjalizującego się w medycynie sądowej. Odstępstwem od tej zasady jest możliwość wykonywania oględzin w zastępstwie prokuratora przez policję, co może mieć miejsce w wypadkach niecierpiących zwłoki, lecz pod rygorem obowiązkowego i niezwłocznego poinformowania prokuratora. Nowością było również uszczegółowienie czynności oględzin w tym zakresie, iż dokonywane muszą być na miejscu znalezienia zwłok, a ich przemieszczanie do czasu przybycia biegłego oraz prokuratora lub sądu może nastąpić tylko w razie konieczności. Przepis statuujący procedurę otwarcia zwłok nie uwzględniał obecności biegłego lekarza specjalizującego się w medycynie sądowej, aż do 1 lipca 2015 r., kiedy

26 Szerzej na ten temat zob. Z. Gąszczyk-Ożarowski, Cz. Chowaniec, *Sądowo-lekarska sekcja zwłok. Wybrane zagadnienia prawne. Rozporządzenie z 1929 roku o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok ludzkich*, „Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki" 2010, t. 60, nr 1, s. 59–62.

27 Szerzej na ten temat zob. T. Widła, *Ocena dowodu…*, dz. cyt., s. 30.

weszła w życie nowelizacja z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013, nr 1247). Do tego czasu, na mocy regulacji z 1969 r., otwarcia zwłok miał dokonywać biegły, którego specjalizacja nie była precyzyjnie wskazana.

3. Udział biegłego medyka sądowego w czynnościach dowodowych

Należy w tym miejscu zauważyć, że wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego przepisu o powoływaniu biegłego specjalizującego się w medycynie sądowej konstytuuje obecność tegoż biegłego w czasie dokonywania oględzin zewnętrznych i wewnętrznych zwłok jedynie „w miarę możności". Pomimo iż, jak wskazuje się w doktrynie, odstępstwo od tej reguły powinno mieć miejsce tylko wyjątkowo, w przypadku wystąpienia niemożliwych do przezwyciężenia trudności[28], trzeba podkreślić, że sformułowanie występujące w dokumencie jest jednak wysoce niefortunne. Z semantycznego punktu widzenia trudno założyć, że stawiennictwo wspomnianego wyżej biegłego stanowi zasadę. Omawiany zwrot – jak zauważył Sąd Apelacyjny w Gdańsku – nakłada na organ postępowania jedynie obowiązek dołożenia starań o stworzenie takiej możliwości[29], a zatem należy go rozumieć jako postulat ustawodawcy[30]. Powołanie na biegłego medyka sądowego nie ma więc charakteru wiążącego dla organów postępowania. W praktyce prowadzi to do dużej dowolności w zakresie doboru biegłych, którzy będą brać udział w oględzinach, a więc w jednej z najważniejszych czynności, niepowtarzalnej w całym procesie karnym.

Znacznie trudniejsza sytuacja prawna występuje jednak w przypadku badania i opiniowania sądowo-lekarskiego osób żywych. Oględziny zewnętrzne i wewnętrzne zwłok, a także ciała podejrzanego zostały bowiem przez ustawodawcę objęte „w miarę możliwości" koniecznością obecności biegłego medyka sądowego. W przypadku badań osób żywych takich regulacji natomiast nie ma, gdyż czynności te regulują jedynie i ogólnie art. 207 § 1 i 208 k.p.k. Przepisy te stanowią, że w razie potrzeby dokonuje się oględzin miejsca, osób lub rzeczy, a w przypadku tych ostatnich, gdy czynność obejmuje oględziny i badania ciała, które mogą wywołać uczucie wstydu, czynności medyczne wykonuje osoba tej samej płci, chyba że łączą się z tym szczególne trudności, a osoby odmiennej płci mogą być obecne tylko w razie konieczności. Ponadto w przypadku gdy karalność czynu zależy od stanu zdrowia pokrzywdzonego, nie może on sprzeciwić się oględzinom i badaniom niepołączonym z zabiegiem chirurgicznym lub obserwacją

Powołanie medyka sądowego na biegłego nie ma charakteru wiążącego dla organów postępowania. W praktyce prowadzi to do dużej dowolności w zakresie doboru biegłych, którzy będą brać udział w oględzinach, a więc w jednej z najważniejszych czynności, niepowtarzalnej w całym procesie karnym.

28 D. Gruszecka (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 514.

29 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 kwietnia 2018 r., sygn. akt V ACa 471/16, LEX nr 2354170.

30 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 18 października 2007 r., sygn. akt I SA/Rz 600/07, LEX nr 1005668.

w zakładzie leczniczym (art. 192 § 1 k.p.k.). Podobnie też możliwe jest poddanie świadka oględzinom ciała i badaniom lekarskim.

Jako że wymienione wyżej przepisy wprost nie stanowią o wymogu posiadania odpowiedniej specjalizacji lekarskiej, należy uznać to za istotny błąd ustawodawcy. Spośród bowiem wielu rodzajów śladów, jakie mogą wystąpić na ciele bądź odcisnąć piętno na funkcjonowaniu organizmu na skutek popełnionego przestępstwa, szczególną grupą są obrażenia ciała, ponieważ to one samoistnie stanowią o przestępności danego czynu, a także o trybie jego ścigania. Tym samym oględziny ciała w zakresie opisanym powyżej stanowią jedną z najważniejszych czynności dowodowych w całym procesie karnym, decydując zarówno o pociągnięciu do odpowiedzialności sprawcy czynu, jak również o ostaniu się wniesionego aktu oskarżenia (prywatnego czy publicznego). Za literaturą przedmiotu należy zatem podkreślić, że oględziny ciała powinny być przeprowadzane przez medyka sądowego dysponującego najwłaściwszą wiedzą do oceny ujawnionych obrażeń[31].

Jak wynika z praktyki, nie należy do rzadkości praktyka dopuszczania przez organ procesowy w sprawach o przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu dowodu z opinii biegłego, który nie posiada specjalizacji z zakresu medycyny sądowej. W sytuacji badania i oględzin oskarżonego (art. 74 § 2 i 4 k.p.k.) oraz oględzin i otwarcia zwłok (art. 209 § 2 i 4 k.p.k.) odstępstwo od powołania biegłego medyka sądowego powinno teoretycznie mieć miejsce jedynie w wyjątkowych okolicznościach, lecz niefortunny zwrot „w miarę możliwości" tego nie gwarantuje. W przypadku badania pokrzywdzonego ustawa w ogóle nie przewiduje natomiast takiej konieczności. W praktyce zatem ustawodawca otworzył organom procesowym możliwość swobodnego powoływania biegłych o różnych i dowolnych specjalizacjach lekarskich.

W sytuacji badania i oględzin oskarżonego (art. 74 § 2 i 4 k.p.k.) oraz oględzin i otwarcia zwłok (art. 209 § 2 i 4 k.p.k.), odstępstwo od powołania biegłego medyka sądowego powinno teoretycznie mieć miejsce jedynie w wyjątkowych okolicznościach, lecz niefortunny zwrot „w miarę możliwości" tego nie gwarantuje. W przypadku badania pokrzywdzonego ustawa w ogóle nie przewiduje takiej konieczności.

Przykłady dowolności w powoływaniu biegłych i skutków takich decyzji wykazał w swoich badaniach Jerzy Kunz, analizując opinie wydane w latach 1991–1997 przez Katedrę i Zakład Medycyny Sądowej CM UJ w Krakowie dla sądów i prokuratur na terenie niemal całego kraju. Okazało się, że nawet w celu przeprowadzenia sądowo-lekarskiej sekcji zwłok zdarzało się, iż organy procesowe powoływały w charakterze biegłych m.in. lekarzy bez żadnych specjalizacji, lekarzy chirurgów, anestezjologów czy nawet interni-

31 T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 111; T. Widacki, *Kryminalistyka*, Warszawa 2008, s. 47.

stów[32]. Natomiast w przypadku lekarzy powoływanych w charakterze biegłych do opiniowania w sprawach o stopniu uszkodzenia ciała, w ponad 42% spraw nie mieli oni żadnych (*sic*!) specjalności. Skutkiem takich praktyk były oczywiście liczne błędy w wydawanych opiniach sądowo-lekarskich.

4. Pojęcie „wiadomości specjalnych" jako podstawy opiniowania sądowo-lekarskiego

Należy w tym miejscu postawić pytanie, czy dowód z opinii biegłego nieposiadającego specjalizacji z zakresu medycyny sądowej, a podejmującego się opiniowania stanu zdrowia pokrzywdzonego spełnia założenia art. 193 § 1 k.p.k., który stanowi o wymogu posiadania przez biegłego wiadomości specjalnych. Zagadnienie to należy rozstrzygnąć z uwzględnieniem faktu, że w odniesieniu do czynności oględzin brak jest ustawowego kryterium posiadania właściwej specjalizacji biegłego, a także że opiniodawcą może być zarówno osoba wpisana na listę biegłych, jak i biegły *ad hoc*. Ze względu na brak definicji ustawowej pojęcia „wiadomości specjalnych", które jest kluczem do zrozumienia roli instytucji biegłego w polskim prawie procesowym, niezbędne jest odwołanie się w tym zakresie do dorobku doktryny i orzecznictwa. Zdaniem Stanisława Śliwińskiego, publikującego na ten temat w latach powojennych, wiadomości specjalne to przede wszystkim takie, które nie przestały być związane z zagadnieniami fachowymi[33]. Wiedzy tej z założenia nie miał posiadać ogół społeczeństwa ani nie miała być ona znana przeciętnemu inteligentowi, lecz winna być zarezerwowana dla specjalistów w ściśle określonej dziedzinie[34]. Dziedzina ta miała być natomiast zdaniem Marii Lipczyńskiej potrzebna do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy karnej[35]. Jan Sehn, cytując przedwojenne orzecznictwo, zwracał zaś uwagę, że dowód z opinii biegłego jest zbyteczny, jeśli sąd sam może dokonać oceny danej okoliczności, jak każdy inteligentny człowiek[36], zaś wiadomości specjalne powinny być sumą zarówno wiedzy teoretycznej, jak i praktycznej[37]. Słusznie dodawał Marian Cieślak, iż kwestię wiadomości specjalnych należy oceniać przy uwzględnieniu przeciętnego stanu wiedzy w danym społeczeństwie, a więc zależna jest ona od postępów oświaty w najszerszym tego słowa znaczeniu[38]. Rozwój edukacji, a także kultury i nauki powoduje, że przeciętna inteligencja, a tym samym poziom, od którego zaczynają się wiadomości specjalne, ulegają z czasem podwyższeniu[39]. Mając na uwadze powyższe rozważania, Kazimierz Marszał przyjął, iż wiadomości te „nie są znane przeciętnemu członkowi społeczeństwa. Zdobywa się je w drodze uzyskania wykształcenia w określonej dziedzinie lub przez wykonywanie oznaczonego zawodu pozwalającego na zdobycie doświadczenia"[40]. Będą nimi zatem te informacje specjalistyczne z różnych dziedzin nauki, sztuki, techniki lub rzemiosła, które wykraczają poza powszechnie dostępną wiedzę ogólną lub prawniczą[41], a także te wiadomości, które składają się na dziedziny opiniodawcze nauk sądowych: medycyny i psychiatrii sądowej, psychologii sądowej, kryminalistyki (daktyloskopii, pismoznawstwa, mechanoskopii, balistyki itp.)[42]. Zdaniem Stefana Kalinowskiego za wiedzę specjalistyczną należy również uważać tę, która jest nabywana w celu wykonywania określonego zawodu wykraczającego poza wykształcenie ogólne i udokumentowana przede wszystkim świadectwem posiadania uprawnień zawodowych[43]. Orzecznictwo natomiast nie zalicza do wiadomości specjalnych tych,

32 J. Kunz, *Błąd w opiniach sądowo-lekarskich w sprawach przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu*, „Prawo i Medycyna" 2004, nr 3, s. 64–65.

33 S. Śliwiński, *Polski proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 665–666.

34 H. Popławski, Z. Wentland, *Opinia biegłego jako dowód*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" R. 15, 1960, nr 4, Warszawa 1960, s. 455.

35 M. Lipczyńska i in., *Polski proces karny*, Warszawa–Wrocław 1975, s. 198.

36 J. Sehn, *Praktyka wzywania biegłych*, „Problemy Kryminalistyki" 1959, nr 20, s. 516.

37 J. Sehn, *Dowód z biegłych w postępowaniu sądowy*, „Nowe Prawo" 1956, nr 4, s. 24.

38 M. Cieślak, *Kilka uwag o dowodzie…*, dz. cyt., s. 29.

39 T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000, s. 9.

40 K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, Warszawa 1988, s. 255.

41 R. Kmiecik (red), *Prawo dowodowe*, Kraków 2005, s. 154.

42 T. Widła, *Ocena dowodu z opinii biegłego*, Katowice 1992, s. 13.

43 S. Kalinowski, *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972, s. 18.

które dostępne są dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu i zasobie wiedzy ogólnej[44].

Biegłym sądowym może być zarówno osoba wpisana na listę, jak i osoba działająca *ad hoc*. Gwarantem posiadania przez opiniującego odpowiedniej wiedzy i umiejętności ma być w intencji prawodawcy Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. (Dz.U. 2005, nr 15, poz. 133) stanowiące, iż biegłymi sądowymi mogą być osoby, które m.in. posiadają teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w zakresie danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innej umiejętności, dla której mają być ustanowione, zaś wiadomości te powinny być potwierdzone dokumentami lub innymi dowodami. Wydanie oceny czy posiadanie tychże wiadomości przez biegłego zostało dostatecznie wykazane i należy do prezesa sądu prowadzącego listę biegłych. Rozwiązanie to – istniejące od lat w niezmienionym kształcie[45] – budziło i wciąż budzi szereg wątpliwości i kontrowersji, gdyż nie zapewniało i nie zapewnia miarodajnych mechanizmów kontroli nad kwalifikacjami biegłych, skutkiem czego nie są odosobnione opinie o ich niskiej jakości i wartości[46]. Obecnie w Polsce jedynie Instytut Ekspertyz Sądowych im. Profesora dr. Jana Sehna oraz Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji w Warszawie dysponują własną procedurą certyfikacji biegłych, gwarantującą posiadanie przez nich właściwego poziomu wiedzy. Natomiast w przypadku pozostałych biegłych jedynym warunkiem wpisu na listę jest – jak już wyżej wspomniano – wyłącznie przedłożenie odpowiednich dokumentów.

Destrukcyjny wpływ na prawdę materialną opinii sporządzanych przez niewykwalifikowanych biegłych, jest niepodważalny, jeśli nie zostaną one w procesie sądowym wykryte i wyeliminowane z materiału dowodowego.

Destrukcyjny wpływ na prawdę materialną opinii sporządzanych przez niewykwalifikowanych biegłych jest niepodważalny, jeśli nie zostaną one w procesie sądowym wykryte i wyeliminowane z materiału dowodowego. Wszakże, jak słusznie zauważył Jan Sehn, „kiepski biegły jest gorszy niż laik”[47]. Rażący przykład wadliwości rozporządzenia o biegłych przedstawił Ta-

44 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1976 r., sygn. akt II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10–11, poz. 133; Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 grudnia 1998 r., sygn. akt II AKz 191/98, KZS 1998, nr 12, poz. 37.

45 Instytucje biegłych sądowych regulowały kolejno rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości: z dnia 24 grudnia 1929 r. (Dz.U. 1928, nr 104, poz. 945), z dnia 12 października 1959 r. (Dz.U. 1959, nr 57, poz. 345), z dnia 8 czerwca 1987 r. (Dz.U. 1987, nr 18, poz. 112).

46 Projekt Forensic Watch (2014–2015): *Ocena kompetencji biegłych sądowych. Oczekiwania i rekomendacje*; T. Tomaszewski, *Kwalifikacje biegłych wydających opinie kryminalistyczne*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2000, t. 3, s. 345–355; M. Lipczyńska i in., *Polski proces karny*, Warszawa–Wrocław 1975, s. 200.

47 J. Sehn, *Dowód z biegłych w postępowaniu sądowym*, „Nowe Prawo” 1956, nr 4, s. 24; T. Widła, *Uwagi o przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłego*, „Palestra” 2002, nr 3–4, s. 70–71; E. Gruza, *O błędach i ich przyczynach w opiniach biegłych* (w:) A. Bulsiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Mariuszowi Kulickiemu, twórcy Katedry Kryminalistyki, z okazji 35-lecia powołania Katedry na Wydziale Prawa i Administracji UMK*, Toruń 2004, s. 182.

deusz Widła. W omawianym przez niego przypadku za specjalistę z zakresu ekspertyzy dokumentów został uznany kandydat, który swoje kwalifikacje poświadczył zaświadczeniem z banku. Z dokumentu wynikało, że mężczyzna był zatrudniony w dziale windykacji i miał w swojej pracy „do czynienia z dokumentami”[48]. Przykładem na niedoskonałość przepisów w kontekście niniejszej pracy mogą być natomiast przypadki podane przez Barbarę Świątek, która wskazuje, że jako biegłego z zakresu medycyny sądowej zdarzało się wpisywać na listę lekarzy odrębnych specjalizacji np. lekarza chirurga[49] czy też biegłych niemających nic wspólnego z medycyną sądową, którzy nie przeszli nawet żadnego w tym zakresie przeszkolenia[50]. Zdzisław Marek podawał natomiast, iż na listę biegłych wpisywano również lekarzy, którzy nie znali nawet podstaw (*sic*!) opiniowania, np. o stopniu uszkodzenia ciała[51]. Tego rodzaju przypadki są dowodem na to, że omawiane wyżej rozporządzenie nie funkcjonuje tak, jak należałoby tego oczekiwać, i nie gwarantuje posiadania przez biegłego „z listy” należytego poziomu wiadomości specjalnych.

Wobec powyższego, niezależnie od rozważanej dziedziny, kontrola posiadanych przez opiniodawcę wiadomości specjalnych zawsze należeć będzie do sądu jako „najwyższego biegłego”, oceniającego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przy wykorzystaniu reguły zawartej w art. 7 k.p.k., a także do pozostałych uczestników procesu, w ramach przysługujących im uprawnień – w szczególności przesłuchania biegłego i zadawania mu pytań. Słusznie bowiem stwierdził już ponad pół wieku temu Paweł Horoszowski, iż „gwarancją uniknięcia pomyłki wymiaru sprawiedliwości przez błędną opinię biegłego jest wysoki poziom przygotowania kryminalistycznego wszystkich osób, które badania biegłego kontrolują”. Do tego samego autora należą równie trafne słowa: „tylko dobrze z kryminalistyki przygotowani sędziowie, pracownicy śledczy i dochodzeniowi tudzież adwokaci potrafią odróżnić wyniki badań naukowych dobrze uzasadnionych od „pseudoekspertyzy””[52]. Każdorazowa weryfikacja opinii jest zatem niezbędna, albowiem „orzekanie na ślepo, to jest bez gruntownej znajomości siły dowodowej twierdzeń biegłego, graniczy z desperacją, z niedostatkiem wyobraźni, jakie mogą być następstwa ufności, że on (oni) się nie myli lub nie dopuszcza się niegodziwości. Przypomnę, że biegły nie jest samą kwintesencją doskonałości”[53]. W odniesieniu do medycyny sądowej natomiast, jako nauki nierozerwalnie związanej z procesem karnym, już w dwudziestoleciu międzywojennym Leon Wacholz zauważał, iż prawnik, który nie posiada przygotowania z medycyny sądowej, „nie może odpowiedzieć swojemu zadaniu, nie tylko jako sędzia śledczy, funkcjonaryusz prokuratoryi lub policyi, lecz także jako sędzia wyrokujący i obrońca, albowiem nie będzie w stanie podążyć w ślad za oceną lekarza znawcy, t.j. zrozumieć oceny jego i osądzić jej wartości”[54]. Stąd też rolą wszystkich uczestników procesu – którzy powinni stale podnosić swoje kwalifikacje – jest dbanie o jego właściwy merytoryczny poziom, a zwłaszcza o dowody z opinii biegłych, które są dowodami szczególnymi, gdyż opierają się na wiedzy specjalnej, a nie powszechnej – ogólnożyciową. Procesowym mechanizmem korekty i jednocześnie weryfikacji rzetelności opinii jest więc art. 201 k.p.k. stanowiący, że w przypadku gdy opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie, można wezwać ponownie tych samych biegłych lub powołać innych. Zastosowanie ma tu także art. 196 § 3 k.p.k., wedle którego, jeżeli ujawnią się powody osłabiające zaufanie do wiedzy lub bezstronności biegłego albo inne ważne powody, powołuje się innego biegłego.

48 T. Widła, *Uwagi o…*, dz. cyt., s. 71.

49 B. Świątek, *Lekarz – biegły w świetle praktyki medyka sądowego*, „Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki” 1997, t. 47, nr 2, s. 94.

50 B. Świątek, *Lekarz medycyny jako biegły sądowy* (w:) *Biegły w sądzie. Konferencja w 40. rocznicę śmierci Profesora Jana Sehna*, Kraków 2005, s. 32–33.

51 Z. Marek, *Ryzyko biegłego związane z opiniowaniem. Czy istnieje „czas ochronny” dla biegłych?*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1992, t. 42, nr 4, s. 216.

52 P. Horoszowski, *O właściwy poziom ekspertyzy pisma*, „Problemy Kryminalistyki” 1956, nr 5.

53 J. Gurgul, *Jeszcze w sprawie roli biegłego w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, s. 75.

54 L. Wacholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Kraków 1920, s. 4.

Konkludując wyżej przytoczone rozważania, można wyprowadzić ogólny wniosek, iż w obecnym stanie prawnym biegłego będą zawsze determinować posiadane wiadomości specjalne, bez względu na formalny charakter pełnionej przez niego w procesie sądowym funkcji. Weryfikacja tychże wiadomości specjalnych będzie natomiast ciążyć *de facto* wyłącznie na organie procesowym, który wykorzystując swoją własną wiedzę, będzie musiał ocenić, czy opinia spełnia wymogi k.p.k., a płynące z niej wnioski są miarodajne i dowodzą posiadania przez biegłego odpowiedniej wiedzy.

5. Specjalizacja lekarska jako gwarancja posiadania przez biegłego „wiadomości specjalnych"

Sytuacja wydaje się szczególnie złożona w odniesieniu do grupy biegłych wykonujących zawód lekarza. Przyczyną tego jest fakt istnienia licznych specjalizacji lekarskich. Zgodnie z art. 2 ust. 1 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997, nr 28, poz. 152) każdy lekarz, bez względu na specjalizację, ma prawo udzielania świadczeń zdrowotnych, takich jak badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich, a także wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich. Wyjątkiem od tej zasady będzie istnienie przepisów odrębnych, które wymagają określonej specjalizacji, czego przykładem może być Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii dla podmiotów wykonujących działalność leczniczą (Dz.U. 2013, nr 15) czy też wspomniany już § 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r., zgodnie z którym badania przeprowadza lekarz posiadający tytuł specjalisty w dziedzinie medycyny właściwej ze względu na zakres badań. Wobec powyższego uzasadnione wydaje się, iż angażowanie przez organ procesowy do roli biegłego lekarza nieposiadającego właściwej specjalizacji budzi poważne wątpliwości względem realizacji ustawowego wymogu posiadania wiadomości specjalnych. W świetle tych spostrzeżeń uwypukla się słabość niektórych definicji omawianego zwrotu, które nie pasują do wymagań prawa procesowego i realizowanych przez niego funkcji. Szczególnie widoczne jest to w przytoczonym wyżej opracowaniu Stefana Kalinowskiego, który zauważał, iż wiadomościami specjalnymi będą nawet te związane z nabyciem umiejętności wykonywanego zawodu, gdyż owe umiejętności wykraczają poza wiedzę ogólną. Oczywiście nie sposób przyznać temu racji w kontekście globalnym, jednakże uwzględniając potrzeby dowodowe w procesie sądowym, trudno zaprzeczyć, że wiedza specjalna powinna znacznie wykraczać poza poziom reprezentowany przez osoby posiadające podstawowe wykształcenie zawodowe. Zauważył to już w latach 20. XX w. jeden z ojców kryminalistyki Edmond Locard, podając, że biegły, oprócz posiadania odpowiedniego zaplecza wiedzy ogólnej, powinien przede wszystkim być wysoce wyspecjalizowany w swojej dziedzinie[55]. Stąd też wydaje się słuszne interpretowanie wiadomości specjalnych jako „dogłębnej wiedzy w określonej dziedzinie naukowej, zdobytej w procesie wykształcenia i szkolenia specjalistycznego i przeznaczonej do realizacji celów procesu karnego"[56]. Podążając tym tropem, staje się jasna waga specjalizacji lekarskiej biegłego powoływanego przez organ do danej sprawy, gwarantująca posiadanie wiadomości specjalnych. Tym bardziej że „posiadanie specjalizacji jest dowodem uzyskania przez lekarza lub lekarza dentystę wysokich kwalifikacji w określonej dziedzinie medycyny, a także formalnym warunkiem zajmowania niektórych stanowisk i pełnienia funkcji, jak np. ordynatora, konsultanta krajowego czy wojewódzkiego, lekarza sądowego, członka różnych komisji i zespołów egzaminacyjnych działających w dziedzinie kształcenia podyplomowego lekarzy"[57]. W przypadku medycyny sądowej proces uzyskiwania specjalizacji, zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 stycznia 2013 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystów (Dz.U. 2013, poz. 26), trwa pięć lat. Po jej uzyskaniu

55 E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Łódź 1937, s. 240–241.

56 J. Malewski, E. Kurapka, J. Juškevičiūtė, *Definicja wiadomości specjalnych i jej ewolucja* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Andrzeja Szwarca. Prace naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego*, Wrocław 2001, s. 159–171.

57 W. Preiss (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 335.

lekarz jest przygotowany do wydawania opinii w sprawach karnych[58], których zakres wymaga od biegłego pełnej i wszechstronnej umiejętności oceny skutków urazów i okoliczności ich powstania, a także poprawnego ustalania związków przyczynowo-skutkowych.

W kontekście przepisów Kodeksu postępowania karnego nie sposób zatem nadawać tej samej rangi lekarzom bez specjalizacji i lekarzom specjalizującym się w medycynie sądowej, co niestety jest obserwowane w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Sprzyja temu często niewłaściwie pojmowana ekonomika procesu, chęć uzyskiwania opinii w krótkim czasie, ułomność wspomnianych przepisów o biegłych czy wreszcie niezrozumienie przez organ procesowy doniosłości wypowiadania się lekarza sądowego w sprawach o uszczerbek na zdrowiu. Ten ostatni problem generuje zamiennie powoływanie do pełnienia funkcji biegłego osoby o różnym zakresie wiedzy i doświadczenia, na przykład anestezjologów, chirurgów[59], internistów czy lekarzy bez specjalizacji, którzy dopiero ukończyli studia[60].

Nauka medycyny sądowej jest wysoce specyficzną dziedziną, która posiada odrębny charakter od innych nauk medycznych i przenika się z wiadomościami z zakresu prawa, nauk przyrodniczych, technicznych i społecznych[61]. W przeciwieństwie do specjalistycznych i na ogół wąskich dziedzin klinicznych medycyna sądowa łączy na gruncie orzecznictwa wszystkie dyscypliny lekarskie i szereg nauk pozamedycznych[62]. Ponadto przyczyną jej wyodrębnienia był fakt, iż dla uzyskania prawidłowej opinii sądowo-lekarskiej potrzebna jest nie tylko wiedza medyczna, ale również zdolność prawidłowego rozumienia intencji, celów wymiaru sprawiedliwości, a także umiejętność redagowania opinii w taki sposób, aby informacja dotarła do adresata w sposób nieniekształcony[63]. Niezbędne jest również rozumienie określonych terminów, jak choćby związku przyczynowo-skutkowego, a wiedzy tej z reguły nie posiadają klinicyści[64]. Już w pierwszej połowie XIX w. Sergiusz Gromoff, w obowiązującym w Królestwie Polskim podręczniku akademickim, szeroko rozwodził się nad wysoką specjalizacją nauki medycyny sądowej, argumentując: „wszelako sama znajomość sztuki lekarskiej nie stanowi jeszcze za-

W kontekście przepisów kodeksu postępowania karnego, nie sposób zatem nadawać tej samej rangi lekarzom bez specjalizacji i lekarzom specjalizującym się w medycynie sądowej, co niestety jest obserwowane w praktyce wymiaru sprawiedliwości.

58 Szerzej zob. J. Berent, *Rola biegłych z zakresu medycyny sądowej w opiniowaniu dla potrzeb sądów i instytucji ubezpieczeniowych*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 2005, t. 55, nr 4, s. 247–250.

59 B.L. Świątek, *Lekarz – biegły…*, dz. cyt., s. 93–98; tenże, *Lekarz medycyny…*, dz. cyt., s. 31–41.

60 J. Kunz, *Błąd w opiniach…*, dz. cyt., s. 56–71.

61 J. Olbrycht, *Medycyna sądowa w procesie karnym*, Warszawa 1964, s. 3.

62 J. Berent, *Rola biegłych…*, dz. cyt., s. 248.

63 Tamże. Temat wymogów opinii sądowo-lekarskiej i jej specyficznego charakteru szeroko opisywał wydany 1859 r. w Królestwie Polskim podręcznik medycyny sądowej. Zob. A. Janikowski, *Zasady dochodzeń sądowo-lekarskich co do wieku płci, funkcyj płciowych i tożsamości osób*, Warszawa 1859, s. 22–28.

64 J. Dzida, *Granice kompetencji medyka sądowego przy współopiniowaniu z lekarzami innych specjalności*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 1996, t. 46, nr 3, s. 189.

kresu wiadomości Lekarza Sądowego"[65]. W okresie dwudziestolecia międzywojennego Leon Wacholz wskazywał, że „tylko ten lekarz może podołać dobrze zadaniu biegłego, który zaznajomił się dokładnie z teorią i praktyka z zakresu medycyny sądowej"[66]. Według Jana Olbrychta „praktykujący lekarz z zakresu medycyny sądowej osiąga wysokie kwalifikacje w drodze wieloletniej praktyki, której nie zastąpi ani intuicja ani powoływanie się na piśmiennictwo czy autorytety, ani kwieciste wywody"[67]. Ten sam autor, już po wojnie, jeszcze precyzyjniej wykazywał konieczność posiadania właściwej specjalizacji przez biegłego zajmującego się opiniowaniem skutków przestępstw powodujących uszczerbek na zdrowiu, gdyż „samo doświadczenie lekarskie i kliniczne nie wystarcza lekarzowi i nie gwarantuje wartości jego działalności pro foro. Wygłaszanemu przed laty twierdzeniu, że lekarz specjalista w danej dyscyplinie klinicznej może mimo nieznajomości zasad medycyny sądowej spełniać dobrze obowiązki biegłego sądowego, zadały kłam liczne znane przypadki"[68]. Podobnie też wypowiadał się Zdzisław Marek, podając, że „wielu z nas miało okazję przekonać się, że klinicyści, nawet najdoskonalsi, mogą być najgorszymi opiniodawcami jeśli nie współpracują z medykami sądowymi. Samodzielne opinie klinicystów ustalających związki przyczynowe przynoszą niejednokrotnie więcej szkody niż pożytku"[69]. Należy w tym miejscu dodać, iż oczywiste jest, że medyk sądowy musi korzystać z wiedzy klinicystów, szczególnie w ramach wydawania opinii zespołowych. Głosem decydującym o kwalifikacji doznanego uszczerbku, a także o związkach przyczynowych pomiędzy zdarzeniem a następstwem powinien jednak dysponować wyłącznie medyk sądowy[70]. Zdaniem Jerzego Kunza[71] nawet patomofrolog nie jest kompetentny, aby opiniować w przedmiotowych sprawach, chociaż jest to specjalizacja *de facto* najbliższa medycynie sądowej. Warto w tym miejscu również przytoczyć analizę przeprowadzoną w 2005 r. przez biegłych Katedry Medycyny Sądowej Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach (ówcześnie Śląskiej Akademii Medycznej w Katowicach), z której wynika, że odsetek nieprawidłowych opinii i błędnych ocen w odniesieniu do stopnia naruszenia czynności narządu ciała i rozstroju zdrowia wydanych w sprawach karnych przez biegłych innych specjalizacji oraz tych z list sądów okręgowych w Polsce czy powoływanych *ad hoc* wynosił aż 55%[72]. Jak wskazują autorzy przywołanych badań, źródłem tak wysokiego odsetka błędów w opiniowaniu jest przede wszystkim brak odpowiedniego przygotowania merytorycznego i wiedzy sądowo-lekarskiej biegłych, brak kontroli organu procesowego nad pracą i ostatecznymi opiniami biegłych, jak również powszechna akceptacja ich działalności przez organy procesowe czy też brak znajomości zasad opiniowania sądowo-lekarskiego (skutkowość, związek przyczynowy), rezultatem czego nie należą do wyjątków sytuacje, gdy lekarze odmiennych specjalizacji kwalifikowali odniesione przez pokrzywdzonych obrażenia ciała całkowicie niewłaściwie. Do podobnych wniosków doszedł również Jerzy Kunz, którego badania wykazały, że w przypadku sądów krakowskich w roku 1995 r. spośród 242 opinii o stopniu uszkodzenia ciała, które były wydawane przez powołanych *ad hoc* biegłych chirurgów, błędne było aż w 60%[73].

6. Wnioski i postulaty

Mając na uwadze powyższe rozważania, uznać należy, iż specjalizacja medycyny sądowej powinna

65 S. Gromoff, *Medycyna sądowa. Wykład krótki, zastosowany do użytku praktycznego i słuchaczów akademickich. Dzieło*, przeł. G. Buczyński, Warszawa 1837, s. 1–11.

66 L. Wacholz, *Medycyna sądowa na podstawie nowego ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1933, s. 1.

67 J. Olbrycht, *O poziom ekspertyz sądowo-lekarskich*, „Czasopismo Sądowo-Lekarskie" 1939, nr 2.

68 Tenże, *Medycyna sądowa…*, dz. cyt., s. 4.

69 Z. Marek, *Ryzyko biegłego związane z opiniowaniem. Czy istnieje „czas ochronny" dla biegłych?*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 1992, t. 42, nr 4, s. 217.

70 Z. Marek, M. Kłys, *Opiniowanie sądowo-lekarskie i toksykologiczne*, Kraków 1998, s. 17.

71 J. Kunz, *Błąd w opiniach sądowo-lekarskich w sprawach przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu*, Kraków 1999, s. 36.

72 Cz. Chowaniec, M. Chowaniec, A. Nowak, *Nieprawidłowości w opiniowaniu sądowo-lekarskim dotyczącym kwalifikacji obrażeń ciała i rozstroju zdrowia przez biegłych lekarzy nie będących medykami sądowymi*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 2005, t. 55, nr 4, s. 257–260.

73 J. Kunz, *Błąd w opiniach…*, dz. cyt., s. 69.

stanowić wyłączne kryterium decydujące o fakcie posiadania przez biegłego wiadomości specjalnych uprawniających do opiniowania uszczerbków na zdrowiu. Powoływanie przez organy procesowe „w zastępstwie" na biegłych lekarzy innych specjalności powinno być zatem rozpatrywane przez pryzmat naruszenia art. 193 k.p.k., a idąc jeszcze dalej – funkcji gwarancyjnej. Ma to znaczenie tym większe, że ze względu na charakter wiadomości specjalnych nie zawsze jest możliwe zweryfikowanie przez organ procesowy faktu ich posiadania przez biegłego, a to niesie ryzyko wadliwego rozpoznania znamion przestępstwa. Można się tylko domyślać, ile błędnych opinii w Polsce doprowadziło do nieprawidłowych w świetle medycyny wniosków, które z kolei wpłynęły na stany faktyczne spraw i przełożyły się na określone kwalifikacje prawne czynów. Wskazać również należy, iż świadomość powyższych wniosków miał także ustawodawca, gdyż nowelizując w 2013 r. art. 209 § 4 k.p.k., słusznie dostrzeżono konieczność zagwarantowania w trakcie otwarcia zwłok obecności lekarza specjalizującego się w medycynie sądowej, z powodu faktu, że dokonywanie tej czynności przez innego lekarza nierzadko prowadzi do błędnych ustaleń faktycznych[74]. Niestety brak sformułowania w przepisie wiążącego dla organów procesowych nakazu powoływania medyków sądowych, a także brak konieczności powoływania ich w ogóle – nawet „w miarę możliwości" – w odniesieniu do osób pokrzywdzonych, dowodzi niekonsekwencji tegoż przepisu. Należy zatem postulować o wprowadzenie w art. 209 § 2 i 4 obowiązku dokonywania oględzin i otwarcia zwłok wyłącznie przez biegłych medyków sądowych, podobnie jak badania przez nich osób pokrzywdzonych. Odstępstwo od takiej normy mogłoby być uzasadnione tylko szczególnymi przypadkami, wymagającymi każdorazowo uzasadnienia. Ustalenia poczynione bowiem w trakcie tych czynności niepowtarzalnych mają później przełożenie na cały proces karny.

Powoływanie przez organy procesowe „w zastępstwie" na biegłych lekarzy innych specjalności powinno być rozpatrywane przez pryzmat naruszenia art. 193 k.p.k., a idąc jeszcze dalej – funkcji gwarancyjnej.

Podsumowując niniejszą pracę, należy stwierdzić, iż od samego początku kształtowania się prawa dostrzegano istotną rolę medyków, którzy dzięki swojej wiedzy byli w stanie jako jedyni obiektywnie ocenić spowodowane przez sprawcę czynu zabronionego uszczerbki na zdrowiu. Wraz z rozwojem nauki i wyodrębnianiem się medycyny sądowej kolejne kodyfikacje zawężały grupę uprawnionych do opiniowania w wyżej omówionych sprawach do tych, którzy specjalizowali się w tej gałęzi wiedzy. Obecnie ustawodawca również dostrzega istotną rolę biegłego medyka sądowego, lecz nie jest w tej materii konsekwentny. A to właśnie biegły medyk sądowy, spajający swoją wiedzą elementy kryminalistyki, prawa karnego procesowego i materialnego, stanowi nieodłączną część procesu karnego, na równi z biegłym lekarzem psychiatrą, co do którego nie ma wątpliwości, iż nie może on być substytuowany przez lekarza biegłego innej specjalizacji bądź w ogóle jej nieposiadającego. Kategoryczna redakcja przepisu z art. 202 k.p.k. dotycząca wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego mówi wprost o biegłym psychiatrze, a takim jest lekarz posiadający specjalizację w rozumieniu Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza

74 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 68, http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870 (dostęp 1.12.2018).

dentysty (Dz.U. 1997, nr 28, poz. 152 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 stycznia 2013 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystów (Dz.U. 2013, poz. 26). Tym samym organ procesowy jest ustawowo związany specjalizacją biegłego, od której nie ma wyjątków.

Praca biegłego medyka sądowego stanowi praktyczną realizację funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Biegły ten ma fundamentalny wpływ na rezultat zleconych przez organ procesowy czynności dowodowych, których wadliwe przeprowadzenie może doprowadzić do błędnych ustaleń faktycznych i uniemożliwić pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej bądź też wywołać nieuzasadnioną reakcję karną wobec osoby, której błędnie przypisano realizację danego typu przestępstwa. W świetle powyższych rozważań uzasadniony wydaje się wniosek *de lege ferenda* o doprecyzowanie istniejących przepisów, tak by wyłącznie lekarz o specjalizacji medycyny sądowej mógł opiniować w sprawach o przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Podobnie jak czyni to ustawodawca w odniesieniu do lekarzy psychiatrów opiniujących o stanie zdrowia psychicznego.

Bibliografia

Andrejew I., *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968.

Bardach J., *Historia państwa i prawa polski do połowy*, t. 1: *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1964.

Bauman S., *Wykład procedury karnej w zarysie*, Lwów 1935.

Berent J., *Rola biegłych z zakresu medycyny sądowej w opiniowaniu dla potrzeb sądów i instytucji ubezpieczeniowych*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 2005, t. 55, nr 4, s. 247–250.

Gromoff S., *Medycyna sądowa. Wykład krótki, zastosowany do użytku praktycznego i słuchaczów akademickich. Dzieło*, przeł. G. Buczyński, Warszawa 1837.

Chowaniec Cz., Chowaniec M., Nowak A., *Nieprawidłowości w opiniowaniu sądowo-lekarskim dotyczącym kwalifikacji obrażeń ciała i rozstroju zdrowia przez biegłych lekarzy nie będących medykami sądowymi*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 2005, t. 55, nr 4, s. 257–260.

Cieślak M., *Kilka uwag o dowodzie z biegłych w projekcie k.p.k. z 1968 r.*, „Palestra" 1969, nr 1 (133), s. 29–34.

Dzida J., *Granice kompetencji medyka sądowego przy współopiniowaniu z lekarzami innych specjalności*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 1996, t. 46, nr 3, s. 187–190.

Gąszczyk-Ożarowski Z., Chowaniec Cz., *Sądowo-lekarska sekcja zwłok. Wybrane zagadnienia prawne. Rozporządzenie z 1929 roku o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok ludzkich*, „Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki" 2010, t. 60, nr 1, s. 63–67.

Giedroyć F., *Ekspertyza lekarska w dawnych sądach polskich (do końca XVIII stulecia)*, Warszawa 1896.

Gondek M., *Austriacka procedura karna z 1853 i 1873 roku w praktyce orzeczniczej sądów krakowskich*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 2013, t. 16, s. 245–266.

Groicki B., *Postępek sądów około karania na gardle*, Kraków 1559.

Gruszecka D. (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015.

Gruza E., *O błędach i ich przyczynach w opiniach biegłych* (w:) A. Bulsiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Mariuszowi Kulickiemu, twórcy Katedry Kryminalistyki, z okazji 35-lecia powołania Katedry na Wydziale Prawa i Administracji UMK*, Toruń 2004.

Grzywo-Dąbrowski W., *Podręcznik medycyny sądowej*, Warszawa 1948.

Gurgul J., *Jeszcze w sprawie roli biegłego w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 2, s. 70–78.

Hanausek T., *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.

Widacki J. (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2008.

Horoszowski P., *O właściwy poziom ekspertyzy pisma*, „Problemy Kryminalistyki" 1956, nr 5.

Janikowski A., *Zasady dochodzeń sądowo-lekarskich co do wieku płci, funkcyj płciowych i tożsamości osób*, Warszawa 1859.

Kalinowski S., *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972.

Kegel A., Kegel Z., *Przepisy o biegłych sądowych, tłumaczach i specjalistach. Komentarz*, Kraków 2004.

Kmiecik R. (red.), *Prawo dowodowe*, Kraków 2005.

Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa, Kraków 1804.

Kunz J., *Błąd w opiniach sądowo-lekarskich w sprawach przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu*, Kraków 1999.

Kunz J., *Błąd w opiniach sądowo-lekarskich w sprawach przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu*, „Prawo i Medycyna" 2004, nr 3, 56–71.

Lipczyńska M. i in., *Polski proces karny*, Warszawa–Wrocław 1975.

Locard E., *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Łódź 1937.

Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2004.

Malewski H., Kurapka E., Juškevičiūtė J., *Definicja wiadomości specjalnych i jej ewolucja* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci*

Profesora Andrzeja Szwarca. Prace naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001.

Marek Z., *Ryzyko biegłego związane z opiniowaniem. Czy istnieje „czas ochronny" dla biegłych?*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii" 1992, t. 42, nr 4.

Marek Z., Kłys M., *Opiniowanie sądowo-lekarskie i toksykologiczne*, Kraków 1998.

Marszał K., *Prawo karne procesowe*, Warszawa 1988.

Ocena kompetencji biegłych sądowych. Oczekiwania i rekomendacje, Projekt Forensic Watch 2014–2015.

Olbrycht J., *O poziom ekspertyz sądowo-lekarskich*, „Czasopismo Sądowo-Lekarskie" 1939, nr 2.

Olbrycht J., *Medycyna sądowa w procesie karnym*, Warszawa 1964.

Peiper L., *Kodeks postępowania karnego*, Kraków 1933.

Płaza S., *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 2, Kraków 1997.

Popławski H., Wentland Z., *Opinia biegłego jako dowód*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" R. 15, 1960, nr 4.

Preiss W. (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.

Sehn J., *Dowód z biegłych w postępowaniu sądowym*, „Nowe Prawo" 1956, nr 4.

Sehn J., *Praktyka wzywania biegłych*, „Problemy Kryminalistyki" 1959, nr 20.

Sójka-Zielińska K., *Historia praw*a, Warszawa 1981.

Stawiarski I., *Ordynacya kryminalna pruska*, Warszawa 1828.

Stebelski P., *Komentarz do austriackiego postępowania karnego*, Kraków 1901.

Szczerbicz P., *Ius municipale to iest prawo mieyskie maydeburskie nowo z lacińskiego y z niemieckiego na polski ięzyk z pilnością y wiernie przełożone*, Lwów 1581.

Szczerbicz P., *Seculum Saxonum, albo prawo saskie i majdeburskie, porządkiem obiecadła z łacińskich i niemieckich egzemplarzów zebrane. A na polski język z pilnością i wiernie przełożone*, Lwów 1581.

Śliwiński S., *Polski proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948.

Świątek B.L., *Lekarz – biegły w świetle praktyki medyka sądowego*, „Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki" 1997, t. 47, nr 2.

Świątek B., *Lekarz medycyny jako biegły sądowy* (w:) *Biegły w sądzie. Konferencja w 40. rocznicę śmierci Profesora Jana Sehna*, Kraków 2005.

Tomaszewski T., *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000.

Tomaszewski T., *Kwalifikacje biegłych wydających opinie kryminalistyczne*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki" 2000, t. 3.

Ustawy sądowe obowiązujące w Gubernijach Królestwa Polskiego na mocy najwyżej zatwierdzonego 19 lutego 1875 roku postanowienia o zastosowaniu ustaw sądowych z 20 listopada 1864 roku do warszawskiego okręgu sądowego, t. 2, Sankt Petersburg 1873.

Wacholz L., *Medycyna sądowa na podstawie nowego ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1933.

Wacholz L., *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Kraków 1920.

Widła T., *Ocena dowodu z opinii biegłego*, Katowice 1992.

Widła T., *Uwagi o przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłego*, „Palestra" 2002, nr 3–4.

Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.

Zamoyski A., *Zbiór praw sądowych na mocy konstytucyi roku 1776 przez J.W. Andrzeja Zamoyskiego IX Kanclerza Koronnego, Kawalera Orderu Orła Białego ułożony y na seym roku 1778 podany*, t. 2, Warszawa 1778.

Orzecznictwo

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 grudnia 1998 r., sygn. akt II AKz 191/98, KZS 1998, nr 12, poz. 37.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 kwietnia 2018 r., sygn. akt V ACa 471/16, LEX nr 2354170.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1976 r., sygn. akt II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10–11, poz. 133.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 18 października 2007 r., sygn. akt I SA/Rz 600/07, LEX nr 1005668.

Kamil Sorka

Prawo handlowe starożytności przedrzymskiej oczyma dogmatyka

Uwagi na marginesie książki Marco Ciana *Le antiche leggi del commercio*

Kamil Sorka

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

kamil.sorka@uj.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-0681-2865

The Pre-Roman Commercial Law Seen by the Dogmatic. Remarks on the Basis of the Book "Le antiche leggi del commercio" of Marco Cian

The paper presents remarks made after reading the book of the Italian commercial law scholar, Marco Cian. His work considers ancient commercial statutes as prototypes of commercial law as such. Contrarily, the traditional doctrine recognizes the beginning of commercial law merely in medieval times. It is hard to find in antiquity the concept of commercial law similar to the modern one as a separate branch of private law. However, the chieftains of small Hebrew tribes or Pharaohs wanted to affect somehow the production or trade with their laws. Marco Cian concentrates on ancient Egypt, Mesopotamian codes, and Hebrew law. His last chapter is dedicated to Greek laws. It is seriously disappointing that the book omits issues connected with Roman law. Despite the fact that Roman legal experience is especially productive and instructive in that aspect and included in the title literally, the author decided that it has already been studied well enough by scholars.

Słowa kluczowe: prawo handlowe, starożytność, Egipt, Mezopotamia, Izrael

Key words: commercial law, antiquity, Egypt, Mesopotamia, Israel

Ostry podział między dogmatyką prawniczą a historią prawa – dziedzictwo pozytywizmu prawniczego – czasami wydaje się nie do przekroczenia. Przepaść oddzielająca dziedziny bywa zresztą pogłębiana przez uczonych po obu stronach barykady. Dla historyka prawa pokusa ta jawi się zwykle w postaci bezpiecznego, neutralnego antykwaryzmu, wolnego tak od bieżących sporów, jak od poważ-

niejszego pożytku[1]. Dogmatycy natomiast, zajęci badaniem tekstu obowiązujących aktów prawnych, w najlepszym razie wspominają w swoich opracowaniach historię badanego zagadnienia, ale niejednokrotnie opierają się przy tym na koncepcjach z przebrzmiałych podręczników. Z drugiej strony upraszczające przenoszenie współczesnych instytucji w odległą przeszłość bywa zabiegiem kontrowersyjnym. Tym większą życzliwość budzi wydana w 2016 r. monografia z zakresu historii prawa handlowego pisana przez włoskiego znawcę tej dziedziny prawa Marco Ciana[2]. Już sama próba podjęcia szerszego spojrzenia historycznego na korzenie dziedziny, którą ten uczony z Padwy zajmuje się „zawodowo", zasługuje na uznanie. W polskiej literaturze badania skupiały się bowiem albo na porównaniu porządków prawnych antyku w ogóle, bez wyodrębniania prawa handlowego[3], albo na aspekcie handlowo-finansowym w prawie rzymskim[4].

1. Prehistoria prawa handlowego

W swojej pracy Marco Cian podjął zadanie polegające na wskazaniu ponadczasowych elementów późniejszego prawa handlowego w porządkach prawnych Egiptu i ludów Mezopotamii (rozdział I), Izraela (rozdział II) oraz polis greckich (rozdział III). W obrębie każdego z rozdziałów przybliża krótko specyfikę polityczno-społeczną danego regionu, charakter źródeł prawa, relacji obywateli z cudzoziemcami, stosunków finansowych oraz stosunków pracy, po czym podsumowuje całość narracji.

Już w kulturze Mezopotamii i Egiptu można wskazać pewne stałe wartości i rozwiązania, które sensownie da się określać jako „preprawo handlowe".

Głównym celem przy pisaniu pracy było wypełnienie luki w szukaniu początków prawa handlowego, definiowanego jako „prawo prywatne osobno zarezerwowane dla działalności produkcyjnych" (*attività produttive*) (s. 23). Zwykle bowiem uczeni uważają, że historyczny początek tej gałęzi prawa przypada na dojrzałe średniowiecze XIII w. Wtedy to w niezależnych republikach włoskich zaczyna istnieć jako osobny stan warstwa kupiecka wraz ze swoimi szczególnymi potrzebami, których nie mogły dłużej zaspokoić ogólne reguły prawa cywilnego (s. 16, 23).

Tymczasem według Ciana tradycyjny pogląd zapoznaje doniosły wkład, jaki w tę dziedzinę prawa wniosły porządki prawne starożytności, przy czym szczególnie pokrzywdzone bywają te nierzymskie. Należy się zatem zgodzić z Cianem, że można wskazać już w kulturze Mezopotamii i Egiptu pewne stałe wartości i rozwiązania, które sensownie da się określać jako „preprawo handlowe" czy też „prawo handlowe przed prawem handlowym" (s. 22). Niewątpliwie nie sposób podtrzymywać tezy o genetycznej więzi porządków prawnych starożytności i współczesnych. Nie oznacza to oczy-

1 Zob. T. Giaro, *Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej*, „Prawo Kanoniczne" 1994, z. 37, nr 3–4, s. 86.

2 M. Cian, *Le antiche leggi del commercio*, Bologna 2016, 312 ss.

3 Tak R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955 czy M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006.

4 Z nowszej literatury tytułem przykładu: J. Krzynówek, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa 2000; K. Chytła [Wyrwińska], *Ekonomiczne i prawne podłoże zawierania kontraktów kupna rzeczy przyszłej oraz kupna nadziei w starożytnym Rzymie*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2006, t. 6, nr 2, s. 73–84; A. Świętoń, *Status prawny rzemieślników pracujących w cesarskich manufakturach w późnym Cesarstwie Rzymskim (przełom IV i V wieku n.e.). Przegląd konstytucji zachowanych w C.Th. 10.20 i 10.22*, „Studia Prawnoustrojowe" 2010, t. 12, s. 231–241; P. Niczyporuk, *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, Białystok 2013.

wiście, że nonsensem jest budowanie jakichkolwiek powiązań, analogii i skojarzeń między porządkami prawnymi przeszłości i teraźniejszości. Rzecz w tym, że bezcelowe jest usilne poszukiwanie dogmatycznych sukcesji konkretnych instytucji w porządku chronologicznym. Co bowiem, jeśli nie sposób ich wykazać? A może w danym wypadku po prostu ich nie ma?

Pytania te to chleb powszedni każdego historyka prawa, w szczególności może romanisty. Nie zdarza się bowiem często sytuacja, kiedy potrafimy udokumentować ciągłe trwanie instytucji prawnej od, powiedzmy, Salwiusza Juliana do czasów współczesnych. Pomimo to nikt poważnie nie wątpi w celowość poznawania prawa rzymskiego, w tym kluczowych rozstrzygnięć Juliana, dla zrozumienia obowiązującego prawa prywatnego[5]. Podobieństwo rozwiązań prawnych w różnych kontekstach kulturowych, historycznych, geograficznych – właśnie szczególnie przy braku więzi genetycznej konkretnych instytucji – zwraca uwagę na stałe elementy doświadczenia ogólnoludzkiego. Owe stałe antropologiczne pozwalają odnajdywać w różnych porządkach prawnych to, co w nich pozostawało uniwersalne i wartościowe. Wydaje się, że głównym celem historii prawa jest poszukiwanie tych *loci communes* w dziejach porządków prawnych. Jest to o tyle możliwe, że – jak uczy doświadczenie – istnieje ograniczona liczba zachowań ludzi postawionych w podobnych sytuacjach.

W dalszych wywodach będę używał sformułowania „prawo handlowe" w znaczeniu rozszerzonym, odnosząc je do wszelkich norm mających istotne znaczenie dla życia gospodarczego. Inna sprawa, że aby w ogóle móc odnieść pojęcie prawa handlowego do kultur starożytnych, należy je rozumieć szerzej, niż przywykliśmy dzisiaj (s. 16–17, 96). Na przykład, zgodnie z wyżej przytoczoną definicją, prawo handlowe jest szczególną częścią prawa prywatnego. Tymczasem na marginesie warto zauważyć, że po raz pierwszy podział na prawo publiczne i prawo prywatne, dla nas tak naturalny, zaproponował wyraźnie dopiero Ulpian w swoim podręczniku, podsumowując długie doświadczenie rzymskiej państwowości[6]. W najlepszym zaś wypadku źródła pozwalają nam cofnąć te intuicje do czasów Cycerona, który – w krótkim dziele *Partitiones oratioriae* dedykowanym synowi – wprowadza podział prawa pisanego na publiczne i prywatne:

sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio[7].

W przypadku starożytnego Egiptu i Mezopotamii o tyle trudno mówić o prawie handlowym jako części prawa prywatnego, że działalność produkcyjna prowadzona była niemal wyłącznie przez „podmioty prawa publicznego", czyli pałace i świątynie (s. 29–30). Pokusa nominalizmu jest jednak w tym przypadku niewielka: nikt wszak nie uważa, że przed definicją Ulpiana prawo prywatne czy prawo publiczne jako samoistne byty nie istniały w rzeczywistości. Prosty przykład pokazuje jednak wyraźnie interpretacyjną elastyczność i otwartość, konieczne dla płodnego spojrzenia na rzeczywistość starożytną przez pryzmat pojęcia prawa handlowego. Dlatego właśnie dziwi fakt istotnego pominięcia dorobku prawa rzymskiego przez autora, tak przecież świadomego zasadności czerpania choćby z najodleglejszych tradycji prawnych. Być może reakcja na doktrynę tradycyjną, odrzucającą pogłębione spojrzenie historyczne, spowodowała swoistą dyskryminację pozytywną. Trudno bowiem inaczej określić skądinąd chwalebne dowartościowanie starożytności z pominięciem dorobku prawa rzymskiego.

2. Egipt i Mezopotamia – początki prawa handlowego

Początki „przedhistorycznego prawa handlowego" przypadły na przełom IV i III tysiąclecia przed Chrystusem zarazem w Mezopotamii, jak i w Egipcie

5 Sztandarowym przykładem tak pojętej nauki prawa rzymskiego jest *opus magnum* Reinharda Zimmermanna, *The Law of Obligations*, Oxford 1996.

6 D. 1,1,2 (Ulpian w ks. 1 Instytucji).

7 Cic. *Part.* 130. „(…) ale [wszystko] to, co właściwe prawu – zarówno elementy pisane, jak i niepisane – mieści się w prawie narodów lub zwyczaju przodków. Z kolei spośród elementów pisanych czymś innym jest to, co prywatne, a czymś innym to, co publiczne: publiczne [to] ustawa, uchwała senatu, przymierze; zaś prywatne [to] testament, nieformalne porozumienie, stypulacja".

(s. 32–33). W obu przypadkach decydujące znaczenie dla organizacji i regulacji życia gospodarczego miało rolnictwo oparte na mniej (Mezopotamia) lub bardziej (Egipt) regularnych wylewach wielkich rzek. Praca przy regulacji rzek wymagała dużych nakładów i skoordynowanych wysiłków. Stąd też wynika potrzeba scentralizowania silnej władzy. W nauce mówi się wręcz o tzw. gospodarce pałacowej. Poddani byli zobowiązani do regularnych świadczeń na rzecz pałacu, ten zaś wydzielał im i członkom administracji racje podstawowych produktów, jak jęczmień czy wełna (s. 80–81). W tym kontekście Cian przypomina dawny, bo sięgający XIX stulecia spór pomiędzy prymitywistami i modernistami (s. 36). Pierwsi uważali, że gospodarki starożytne opierały się na rolnictwie, a produkcja, handel czy operacje finansowe nie miały autonomicznego znaczenia i dlatego nie możemy w ogóle mówić o gospodarce w obecnym rozumieniu tego słowa. Z kolei moderniści uważali, że w zasadzie już w starożytności można dostrzec prototypy instytucji właściwych współczesnej gospodarce. Analogiczny spór podzielił również badaczy prawa greckiego (s. 216–217) oraz prawa rzymskiego[8].

Na temat prawa handlowego Egiptu czytelnik nie dowie się właściwie zbyt wiele: dysponujemy niewielką liczbą źródeł i do tego pochodzących z późnego okresu (s. 42). Najstarszym tekstem prawnym jest bowiem dekret Horemheba z XIV w. przed Chr., zachowany na stelli świątyni w Karnaku. Zawiera on surowe sankcje dla funkcjonariuszy królewskich i żołnierzy, którzy dopuścili się nadużyć wobec ludności lokalnej. Jedyne wzmianki o niektórych innych rozporządzeniach faraonów przekazali historycy greccy. Diodor Sycylijski podał na przykład informację, że faraon Bokchoris miał zakazać naliczania od pożyczki odsetek wyższych niż suma kapitału (s. 45)[9].

Dalej Cian ogranicza się do stwierdzenia faktu istnienia egipskich świadectw co do niektórych czynności prawnych. Z okresu Starego i Średniego Królestwa nauka dysponuje jedynie krótkimi odniesieniami do umów sprzedaży domu i pożyczki. Bardziej obiecujący pod względem ilościowym pozostaje okres Nowego Królestwa (druga połowa II tysiąclecia przed Chr.). Również zakres przedmiotowy odnotowanych czynności prawnych jest szerszy – dochodzi bowiem m.in. najem osłów czy niewolników, umowa o dzieło czy zlecenie (s. 46). Czytelnik nie odnajdzie jednak w książce tekstów źródłowych dotyczących wymienionych czynności, lecz jedynie ich odnotowanie i odniesienie do bogatej literatury przedmiotu. Autora nie interesuje również prawo Egiptu w okresach dominacji perskiej oraz ptolemejskiej. A przecież na szczególną uwagę w tym zakresie zasługiwałby sporządzony w języku demotycznym tzw. Kodeks z Hermopolis z III w. przed Chr. Odkryto go i wydano w 1975 r.[10] Ów zbiór prawa zawiera interesujące normy dotyczące m.in. umów dzierżawy, najmu i sprzedaży[11]. Współcześnie uczeni oddali spore zasługi dla badań nad tym tekstem, konfrontując go z jego – młodszym o pięć wieków – greckim tłumaczeniem[12].

Podobnie ma się sprawa z nieco późniejszym prawem Egiptu pod panowaniem rzymskim. Niestety Cian konsekwentnie pomija ten temat. Wydaje się, że uznał je po prostu za domenę prawa rzymskiego, które nie zostało osobno potraktowane w pracy. W ten sposób omówienie prawa starożytnego Egiptu okazuje się nieco ograniczone: dotyczy w zasadzie jedynie czasów najdawniejszych. W szczególności trudno wytłumaczyć pominięcie specyficznie egipskich źródeł prawa, jakimi są zachowane papirusy. Wszak papirologia prawnicza zajmuje się materiałem również sprzed epoki podboju przez Rzymian[13].

8 Szersze omówienie sporu i literatura na ten temat w: K. Wyrwińska, *Pecunia pecuniam parere non potest? O pieniądzu kredytowym w Rzymie okresu późnej republiki. Zarys problemu*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2014, nr 7, s. 30–32.

9 Diodor, *Biblioteka historyczna*, 1,79,2.

10 Pierwsze wydanie Kodeksu z Hermopolis: G. Mattha, *The Demotic Legal Code of Hermopolis West*, preface, additional notes, glossary G. Hughes, Kairo 1975.

11 Zob. M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006, s. 50–52.

12 A. Skalec, *Greckie tłumaczenie „demotycznego kodeksu z Hermopolis"*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2012, t. 64, nr 2, s. 277–289; taż, *Prawo sąsiedzkie w świetle papirusów z Egiptu grecko-rzymskiego*, Warszawa 2015, s. 24 i n., https://depotuw.ceon.pl/bitstream/handle/item/1248/Doktorat_Aneta_Skalec.pdf?sequence=1 (dostęp: 9.03.2018).

13 Zob. M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, dz. cyt., s. 24–25, 47–49 wraz z literaturą tam podaną.

Narracja przechodzi z kolei do przedstawienia prawa starożytnego Bliskiego Wschodu. Tutaj uderza obfitość materiału źródłowego pochodzącego z różnych okresów i od różnych ludów, ponadto spisanego w różnych językach. Autor przedstawia zatem krótko historię tekstów normatywnych (s. 46–58), poczynając od najstarszych zachowanych tekstów prawnych, sumeryjskich Kodeksów Ur-nammu (XXI/XX w. przed Chr.)[14] i Lipit-isztara, poprzez akadyjski Kodeks z Esznunny i ów najsłynniejszy – Hammurabiego[15] (XVIII w. przed Chr.), aż po zdecydowanie późniejsze zbiory prawa asyryjskiego i hetyckiego[16].

Osobnym, niełatwym problemem pozostaje ustalenie faktycznego charakteru ówczesnych zbiorów prawa w oczach jemu współczesnych. Z pewnością stanowiły one raczej kompilacje dotychczasowych norm niż kodeksy w oświeceniowym rozumieniu tego słowa (s. 52, 55)[17]. Niektórzy uczeni podkreślali, że np. Kodeks Hammurabiego jest najprawdopodobniej zbiorem rzeczywistych kazusów rozstrzygniętych przez władcę[18]. Marco Cian wysuwa zarazem tezę obecną również w polskim piśmiennictwie, że w dużej mierze pełniły one funkcję propagandową (s. 51)[19]. Przykładem mogą być normy-taryfikatory cen poszczególnych towarów, jak również swoista lista płac poszczególnych zawodów (s. 81–83). Ceny faktycznie stosowane w życiu gospodarczym nie odpowiadały jednak tym zadekretowanym przez władcę (wyjątek pod tym względem stanowi taryfikator zawarty w Kodeksie z Esznunny). Suweren chciał jednak, aby brzmienie przepisu sugerowało powszechny dobrobyt panujący w jego kraju, gdzie nawet najbiedniejszy obywatel był rzekomo w stanie spokojnie się utrzymać (s. 52). Można jednak dyskutować z wnioskiem wysuniętym przez Ciana. Być może bowiem władcy rzeczywiście pragnęli narzucić bardziej egalitarne ceny podstawowych towarów, jednak z przyczyn od nich niezależnych ich rozstrzygnięcia pozostały bez wpływu na żywą praktykę społeczną. Wobec analogicznej sytuacji stanął zresztą na początku IV w. cesarz Dioklecjan, kiedy – w obliczu zapaści gospodarczej – zdecydował się odgórnie, choć zarazem chyba nieskutecznie, uregulować maksymalne ceny i minimalne płace w państwie rzymskim[20].

W podrozdziale poświęconym prawu wewnętrznemu Bliskiego Wschodu (s. 62–94) Marco Cian przytacza wiele fragmentów tekstów źródłowych o charakterze normatywnym, a związanych z szeroko pojętym życiem ekonomicznym. Dobiera je według kryterium przedmiotowego i konfrontuje ze sobą. Oprócz wspomnianych taryfikatorów porównuje zatem normy dotyczące pożyczki i odsetek, spółki, płac oraz odpowiedzialności pracowników wykwalifikowanych za szkody wyrządzone przy pracy. Sięga przy tym do niemal każdego z wymienionych pomników prawa, choć zdecydowana większość tekstów pochodzi z Kodeksu Hammurabiego, zapewne z powodu rozległości zachowanego materiału.

Szczególnie dobrze udokumentowanym, a zarazem istotnym z punktu widzenia przedmiotowego typem umowy była pożyczka. W lekturze przepisów na temat pożyczki uderzają dwa wyraźne dążenia prawodawcy:

14 Przekład Kodeksów Ur-Nammu, Lipit-Isztara i Esznunny na język polski autorstwa znakomitego romanisty Cezarego Kunderewicza wraz komentarzem w: C. Kunderewicz, *Najstarsze prawa świata. Zbiór studiów*, Łódź 1990.

15 W rzeczywistości pierwsze pełne tłumaczenie Kodeksu na język polski z języka oryginału to: M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 1996. Najstarsze polskie tłumaczenie przepisów Kodeksu Hammurabiego w: D.H. Müller, *Ustawy Hammurabiego i ich stosunek do ustawodawstwa mojżeszowego jakoteż do dwunastu tablic*, Stryj 1905; jest jednak krytykowane z punktu widzenia wierności, zob. M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 6, przyp. 1 (dalej cytowane zawsze wydanie 2). Pełny tekst Kodeksu wraz z obszernym komentarzem, przełożony z języka czeskiego, w: J. Klima, *Prawa Hammurabiego*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1957.

16 Zob. więcej na temat historii, kompozycji i kontekstu społecznego tych zbiorów prawa w: M. Pędracki, *Przepisy prawne najstarszych „kodeksów" mezopotamskich ustanawiające kary dla ludzi wolnych*, „Analecta" 1997, nr 6/2 (12), s. 7–10, 12–13, 15–16, 18.

17 Tak samo M. Pędracki, *Przepisy prawne…*, dz. cyt., s. 7. Nieco inaczej M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, dz. cyt., s. 61–65.

18 C. Kunderewicz, *Najstarsze prawa świata*, Łódź 1990, s. 4; M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, dz. cyt., s. 62, 65.

19 Zob. *Kodeks Hammurabiego*, dz. cyt., s. 49–50.

20 H. Blümner, s.v. *Edictum Diocletiani* (w:) G. Wissowa (Hrsg.), *Paulys Real-Encyklopädie der classischen Altertumswissenschaft*, t. 5, nr 2, Stuttgart 1905, szp. 1948–1957.

do ochrony dłużnika oraz do zapewnienia równości stronom umowy (s. 70). Co ciekawe, różne zbiory prawa przyjmowały ten sam limit maksymalnych odsetek, to jest 20% lub 33,3% w zależności od tego, czy przedmiotem pożyczki było srebro czy jęczmień (s. 69). Ten ostatni też bowiem bywał środkiem płatniczym na Bliskim Wschodzie (s. 63). Sankcja za przekroczenie limitu była bardzo surowa – pożyczkodawca tracił nie tylko wszystkie odsetki, ale i kapitał (§ 91 Kodeksu Hammurabiego, s. 73). W inny sposób chroniony jest interes dłużnika poprzez swoistą przymusową *datio in solutum*. Według § 97, jeśli pożyczkobiorca nie miał srebra lub jęczmienia na spłatę pożyczki, to był uprawniony do przekazania w obecności świadków pożyczkodawcy jakiejkolwiek innej rzeczy o zbliżonej wartości, a ten nie mógł odmówić jej przyjęcia jako spłaty długu. Nie należy jednak, zdaniem Ciana, przypisywać prawodawcom intencji czysto humanitarnych. Wydaje się raczej, że starali się oni nie dopuścić do nierówności społecznych grożących rozpadem wspólnot (s. 71).

Wśród tekstów wchodzących w skład Pięcioksięgu centralne znaczenie z prawniczego punktu widzenia mają tzw. kodeksy: Przymierza (Wj 21 i n.), Świętości (przede wszystkim w Kpł 15) i Deuteronomiczny (szczególnie Pwt 15 i 22).

3. Izrael – prawo handlowe w świetle Tory

Podstawowym źródłem dla poznania historii Izraela pozostaje jego własne spojrzenie w przeszłość poprzez tradycję przekazywaną początkowo ustnie, a spisaną dopiero wiele wieków później. W przeciwieństwie do kultur Mezopotamii w tym przypadku badacz niemal w ogóle nie dysponuje zachowaną dokumentacją (s. 133), niewiele też pomagają wykopaliska archeologiczne. Autor rozpoczyna refleksję nad żydowskim prawem handlowym od uwag na temat długiego, niejednorodnego procesu formowania Biblii, zwracając przy tym szczególną uwagę na pięć ksiąg Tory jako rdzeń normatywny (s. 97–111). Przytacza więc poglądy współczesnej biblistyki na pytania m.in. o autorstwo Mojżesza czy datowanie powstania poszczególnych ksiąg. Wśród tekstów wchodzących w skład Pięcioksięgu niewątpliwie centralne znaczenie z prawniczego punktu widzenia mają tzw. kodeksy: Przymierza (Wj 21 i n.), Świętości (interesujący przede wszystkim w Kpł 15) i Deuteronomiczny (szczególnie Pwt 15 i 22)[21]. Podobnie jak wcześniejsze zbiory mezopotamskie, wymienione teksty zawierają jedynie kazuistyczne rozstrzygnięcia, bez szerszego uporządkowania ani dążenia do całościowej regulacji. Metodyczną refleksję prawniczą podjęły dopiero następne pokolenia, w formie ustnej tradycji, poprzez komentowanie tekstu świętego (tzw. Tora ustna w przeciwieństwie do Tory pisanej). Po raz pierwszy tradycja ta została zredagowana przez rabbiego Jehudę około 200 r. po Chr. jako Miszna (s. 130). Z kolei zbiór narosłych komentarzy zarówno do Tory, jak i do Miszny zredagowano pod tytułem Talmud w wersji babilońskiej i jerozolimskiej w V i VI w. (s. 131). W ten sposób zamknął się kanon klasycznych tekstów prawa żydowskiego.

Źródła należące do obu grup wykazują odmienną specyfikę. Księgi starotestamentalne dają obraz historycznie bliższy okresowi istnienia państw żydowskich, jednak przekazują informacje w sposób wyrywkowy,

21 Według czwartego wydania Biblii Tysiąclecia całość wymienionych Kodeksów obejmuje odpowiednio: Wj 20–23, Kpł 17–26, Pwt 12–26.

kazuistyczny i zwykle bez uzasadnienia. Poza tym, zanim ostatecznie zredagowano tekst Pięcioksięgu, jego treść przez długie wieki była nie tylko przekazywana ustnie, ale również reinterpretowana.

Na przykład słynny tekst Pwt 17, 14–20 dotyczy władzy królewskiej i jej ograniczeń. Pośrednio wskazuje zaś na elementy gospodarki pałacowej, z pewnością obecne w okresie królestw, jednak nie w takim stopniu, co w kulturze mezopotamskiej (s. 128–129). Ewidentnie ten tekst nie mógł powstać w okresie wędrówki Izraela z Egiptu. Redaktorzy nurtu deuteronomicznego chcieli raczej napiętnować nadużycia królów izraelskich i judzkich, które doprowadziły do katastrofy wygnania babilońskiego. Fakt ten właściwie uniemożliwia wiarygodne określenie, czy dana instytucja istniała oraz funkcjonowała w dany sposób w okresie plemiennym, monarchicznym, po wygnaniu babilońskim, czy też nigdy nie znalazła zastosowania.

Odmiennie ma się sprawa ze źródłami Tory ustnej, czyli Miszną i Talmudem w podwójnej wersji. Podstawową wadą tych zbiorów jest stosunkowo długi okres dzielący ich powstanie od momentu faktycznego funkcjonowania państw żydowskich, niezależnych od późniejszych wpływów hellenistycznych i rzymskich. Przedstawiają one już mocno przepracowany obraz prawa żydowskiego i – co za tym idzie – nie dają pewności, czy obraz z nich wynikający odpowiada prawu rzeczywiście stosowanemu w poprzedzających wiekach. Tradycja żydowska buduje co prawda pomost pomiędzy samym Mojżeszem, poprzez Jozuego, starszych, proroków, Wielkie Zgromadzenie, aż do poszczególnych uczonych wymienionych z imienia, których rozstrzygnięcia zostały zebrane właśnie w Misznie (s. 131)[22]. A zatem korzenie późniejszej refleksji prawniczej miałyby sięgać Objawienia na Synaju. Tekst Pięcioksięgu pozostawał zawsze zasadniczym przedmiotem komentarzy, a jedynie poniekąd przy okazji dojrzewał stopniowo owoc systematyzacji prawa. Przykładowo: fragment Księgi Wyjścia 22, 8–14 wymienia kazuistycznie kilka przypadków szkody, uprowadzenia, okaleczenia różnych zwierząt hodowlanych, danych na przechowanie lub w najem. W sytuacji najmu zaś wyróżnia z kolei kazus obecności lub nieobecności właściciela przy zdarzeniu, które doprowadziło do okaleczenia lub padnięcia zwierzęcia. Miszna natomiast – komentując ten tekst – rozwinęła w sposób metodyczny generalne zasady rozkładu ryzyka i zakres obowiązków najemcy zwierzęcia (s. 155), jak również pojęcie siły wyższej (s. 156). W podobny sposób można poddać analizie zasadniczo każdy tekst Tory.

Kompilacja ma charakter zdecydowanie dyskursywny: przedstawia w każdym punkcie wiele odmiennych punktów widzenia czy poglądów uczonych w Prawie. Bezwiednie nasuwa się skojarzenie z rzymską jurysprudencją i kompilacją tekstów jej wybranych przedstawicieli – „Digestami" justyniańskimi. Wszak również prawnik rzymski nie narzucał swojego punktu widzenia, ale argumentował proponowane rozstrzygnięcie bądź polegał na własnej *auctoritas*[23]. Dopiero pogląd, który został powszechnie przyjęty przez grono *iuris consulti*, stawał się ostatecznie *communis opinio* i stanowił element obowiązującego prawa[24]. I dalej: czym dla Miszny był tekst Pięcioksięgu, tym dla prawników rzymskich pozostawały przede wszystkim ustawy i edykt pretorski – tekstem wyjściowym do twórczego komentowania i aplikowania.

W dalszej części Cian przedstawia poszczególne rozwiązania prawne z dziedziny prawa handlowego, a zarazem charakterystyczne dla kultury i religii starożytnego Izraela (s. 138–186). Trzyma się przy tym konsekwentnie schematu: norma prawa Mojżeszowego – przepracowana norma obecna w Misznie. W ten sposób czytelnik może poznać dzieje, początki i późniejsze reinterpretacje, np. nakazu bezzwłocznej zapłaty pracownikowi najemnemu (s. 157)[25] czy swoistego hebrajskiego *iustum pretium*. Przepis Kpł 25, 14 zakazywał bowiem wyrządzania drugiemu Izraelicie szkody przy sprzedaży lub kupnie rzeczy. Konkretyzacja tej normy pojawia się już jedynie w Torze ustnej (s. 181). Późniejsza tradycja ustaliła, że szkoda ta ma miejsce, jeśli cena faktyczna różni się co najmniej o 1/6

22 Zob. *Sentencje Ojców. Pirke Awot*, t. 1, przeł. z hebrajskiego M. Friedman, z komentarzem P. Śpiewaka, Kraków 2015, s. 11–12.

23 Zob. T. Giaro, *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1989, z. 125, s. 32 i n.

24 Zob. G. 1,7; D. 1,2,2,5 (Pomponiusz w ks. pojedynczej Enchiridionu); D. 1,2,2,12 (tamże).

25 Kpł 19, 13; Pwt 24, 14–15.

od słusznej ceny. W takiej sytuacji poszkodowany miał prawo do rozwiązania umowy lub żądania wyrównania ceny w krótkim terminie *a tempore scientiae*. Miszna rozciągnęła również zastosowanie tej normy na wszystkie typy umów, szczególnie te zawierane przez zawodowego kupca. Co ciekawe, w kontekście tego samego tekstu Kpł 25, 14 wypracowano również wymóg przy kupnie sprzedaży świadczenia rzeczy o ujednoliconej, średniej jakości (s. 182–183).

W trakcie analizy różnych regulacji autor wielokrotnie zwraca uwagę na podstawową wartość, która odróżnia prawo Izraela od wcześniejszych praw Bliskiego Wschodu. Otóż Izraelici – dzieląc wspólne pochodzenie od Abrahama – mieli stanowić swoistą rodzinę. To zaś zakładało nie tylko dążenie do łagodzenia nierówności społecznych w imię integralności wspólnoty, ale daleko posuniętą solidarność społeczną (s. 138, 144). Stąd wynikał m.in. surowy zakaz udzielania oprocentowanych pożyczek współrodakowi, powtórzony aż trzykrotnie w Pięcioksięgu[26]. Doprawdy, bogactwo i rozległość wątków, które refleksja mądrościowa przemyślała pod wpływem normy o – *prima facie* – technicznym charakterze, budzi szczery szacunek (s. 170). Tytułem przykładu wystarczy zauważyć, że zakaz naliczania odsetek doprowadził do tego, iż zakazano również świadczenia ceny przed wydaniem towaru, jeśli nie ustalono jego wartości rynkowej, gdyż ewentualna różnica mogłaby być ekwiwalentem odsetek. Nie można było też pożyczyć zboża, gdyż w chwili zwrotu takiej pożyczki ceny zboża mogłyby się różnić i ta różnica znowuż była traktowana jako niedozwolone pobieranie odsetek. Oba przykłady pokazują, że pojęcie odsetek było rozumiane w tradycji żydowskiej bardzo szeroko: jako każde wynikające z zawarcia umowy polepszenie sytuacji kontrahenta, które zarazem nie było świadczeniem głównym drugiej strony.

Jeśli pomimo tych norm doszło do naruszenia równości członków wspólnoty, prawo Izraela brało osobę dłużnika w obronę poprzez anulowanie wszystkich długów w określonych odstępach czasu. Chodzi mianowicie o rok szabatowy i rok jubileuszowy[27]. Pierwszy z nich miał przypadać co siedem lat, drugi – co pół wieku. Trudno ustalić wzajemny stosunek obu instytucji (s. 171–174), jak również to, czy faktycznie znajdowały zastosowanie, czy też są raczej elementem idealizacji życia przodków w oczach późniejszych redaktorów (s. 177). Konsekwencją i przedłużeniem zniesienia długów było również wyzwolenie *ipso iure* wszystkich niewolników-Izraelitów. Skoro bowiem służyli swojemu współbratu, musieli dostać się w niewolę w ramach kary właśnie za niespłacone długi. Regulacja roku jubileuszowego przewidywała również – z tego samego motywu – powrót własności ziemi rodzinnej do zbywcy, o ile sprzedał ją przymuszony ciążącymi nań długami (s. 145–146).

Tak daleko posunięta solidarność w stosunku do innego Izraelity kontrastowała z kolei z jej zasadniczym brakiem, a nawet dystansem wobec pogan, tzn. innych narodów. Zbytnia poufałość mogłaby bowiem grozić pozyskaniem Żyda dla obcych wierzeń i doprowadzić go do bałwochwalstwa (s. 141). Dlatego też Miszna wypracowała cały zestaw zakazów w relacjach gospodarczych z cudzoziemcami, np. zakaz zawiera-

Czym dla Miszny był tekst Pięcioksięgu, tym dla prawników rzymskich pozostawały przede wszystkim ustawy i edykt pretorski – tekstem wyjściowym do twórczego komentowania i aplikowania.

26 Wj 22, 24; Kpł 25, 36–37; Pwt 23, 20–21.

27 Zob. W. Chrostowski, *Jubileusze w Starym Testamencie*, „Seminare" 2000, t. 16, s. 173 i n.

nia umów; świadczenia i przyjmowania świadczeń w obecności wizerunków bożków lub do trzech dni przed świętem pogańskim; zasadniczy zakaz kupowania wina, mleka, chleba oraz skór zwierzęcych. Brak solidarności z poganinem manifestował się natomiast m.in. poprzez brak zakazu pobierania od niego odsetek[28] oraz wyłączenie go spod reguł roku szabatowego i jubileuszowego (s. 172).

4. Grecja – prawo handlowe na usługach polis

Marco Cian w samym tytule rozdziału trzeciego (*La civiltà greca e il diritto delle „poleis"*) zaznacza różnorodność praw obowiązujących na terenach, które ogólnie określa się jako Grecję. Wynikała ona z istnienia wielu niezależnych od siebie miast-państw w miejsce scentralizowanego państwa obecnego na Bliskim Wschodzie i w Egipcie. Autor rozpoczyna przy tym znowu od ogólnego przedstawienia historii i gospodarki helleńskiej (s. 191–206) oraz źródeł do badania prawa handlowego (s. 209–214). Następnie przechodzi do omawiania instytucji w podrozdziałach poświęconych konkretnym dziedzinom życia gospodarczego, jak polityka gospodarcza, świadczenie usług, prawo finansowe czy prawo spółek (s. 214–269). Zasadniczo ogranicza się przy tym jedynie do Grecji okresu klasycznego (por. s. 203–204).

W przeciwieństwie do modelu bliskowschodniego gospodarka Greków opierała się na inicjatywie i własności prywatnej, jedynie wspomaganej przez państwo (s. 192).

Źródła dotyczące prawa handlowego poszczególnych greckich państewek są bardzo zróżnicowane. Autor wyróżnia kilka typów źródeł: bezpośrednie świadectwa ustaw lub dokumentów, cytowania ustaw, pisma historyków i myślicieli oraz utwory literackie. Najstarszym zachowanym materiałem jest ustawa miasta Dreros pochodząca z połowy VII stulecia przed Chr. (s. 194). W ogóle charakterystyczna dla Grecji jest spora liczba zachowanych tekstów normatywnych, szczególnie w porównaniu do dotkliwego braku dokumentów praktyki, wyroków czy tym bardziej refleksji prawniczej (s. 198–199).

Często możliwa jest rekonstrukcja normy prawnej na podstawie zachowanych mów (głównie ateńskich), jakie zostały napisane przez retorów na potrzeby konkretnego procesu sądowego. Szczególnie cenne informacje zawdzięczamy Hyperidesowi, Lizjaszowi oraz Demostenesowi (s. 212). Ten rodzaj źródeł wymaga jednak szczególnie wyczulonego zmysłu krytycznego: mówca reprezentował wszak interes jednej ze stron, nie miał więc na celu neutralnego opisu prawa, ale przedstawienie go w interpretacji korzystnej dla mocodawcy. Pomocą służą również świadectwa rozproszone w pismach historycznych oraz filozoficznych. Spośród pierwszych na uwagę zasługują Żywoty równoległe Plutarcha, a wśród nich szczególnie te Likurga i Solona. Cenne wskazówki nauka zawdzięcza także Arystotelesowi, głównie za sprawą *Polityki* oraz przypisywanego mu dzieła *Ustrój polityczny Aten*. Jeśli chodzi o utwory literackie, poematy homeryckie oraz hezjodejskie, pozostają one właściwie jedynym źródłem poznania społeczeństwa greckiego w okresie archaicznym (s. 213). Natomiast sztuki teatralne stanowią niezastąpione

Charakterystyczna dla Grecji jest spora liczba zachowanych tekstów normatywnych, szczególnie w porównaniu do dotkliwego braku dokumentów praktyki, wyroków czy tym bardziej refleksji prawniczej.

28 Pwt 23, 21.

medium poznania obyczajów kultywowanych raczej później, czyli w okresie klasycznym.

Marco Cian wydaje się najmocniej podkreślać jeden element wyróżniający grecką kulturę prawną od poprzednio omawianych: zorientowanie na handel (s. 219–220). Dlatego to właśnie w Grecji wypracowano wiele nowych rozwiązań obliczonych na ułatwienie, kontrolowanie oraz zabezpieczenie obrotu ekonomicznego. Do najważniejszych z pewnością należą: pożyczka morska (s. 221), osobne sądy zarezerwowane dla sporów pomiędzy kupcami (tzw. *dikai emporikai*, s. 221–222), cła państwowe na wwożenie lub wywożenie określonych towarów[29] (s. 241–242), przede wszystkim jednak stopniowe wprowadzanie monety jako środka płatniczego, począwszy od drugiej połowy VII w. przed Chr. (s. 226–234).

Niezwykle ciekawym wątkiem okazuje się aktywna polityka ekonomiczna *polis*, obliczona na potrzeby raczej konsumenta niż profesjonalisty (s. 223). Nie ograniczała się ona bowiem do nakładania ceł. Na przykład monetaryzacja doprowadziła do pierwszego udokumentowanego podatku od wymiany pieniężnej (s. 231–232). W innym miejscu przytoczona została norma zakazująca kupcom gromadzenia więcej niż 50 miar zboża. Cian nie wyklucza, że w zasadzie mamy tutaj do czynienia z prototypem prawa antymonopolowego (s. 237). Z kolei ateńskie instytucje urzędników *agoranomoi* i *metronomoi*[30] są określone przez autora jako „nadzór ochrony konkurencji *ante litteram*" (s. 242). Pierwsi mieli bowiem na celu kontrolowanie jakości towarów sprzedawanych na rynku, drudzy zaś pilnowali, aby miary i wagi używane przez kupców były prawidłowe. Jeszcze dalej sięgały uprawnienia *sitophylakes* („opiekunowie zboża"), których zadaniem było kontrolowanie cen zboża sprzedawanego na agorze (s. 237–238, 244)[31].

Jednakże również greckie *polis* nie przekroczyły horyzontu aksjologii zakreślonej już przez ustawodawstwo mezopotamskie, a obliczonej na utrzymywanie równowagi społecznej. Temu celowi służyły normy prawa handlowego. Przykładowo legendarny prawodawca Sparty, Likurg – według świadectwa Plutarcha – miał zabronić używania złotych i srebrnych monet, a wprowadzić obrót za pomocą żelaznych[32]. W istocie ustalił zatem odgórnie ceny i płace nominalne na poziomie uniemożliwiającym tezauryzację i w konsekwencji rozwarstwienie społeczeństwa (s. 229–230). Tak radykalny krok w stronę sławnej lacedemońskiej autarchii nie mógł spotkać się z naśladownictwem innych miast-państw, zwłaszcza skoncentrowanych na budowaniu siły ekonomicznej. Natomiast powszechnym zjawiskiem w myśli ustrojowej Grecji pozostała koncepcja równego podziału ziemi (s. 247–248). Każdy obywatel powinien być w stanie utrzymać siebie i swoją rodzinę bez popadania w zależność ekonomiczną. Ideałem było zatem fundacyjne rozdzielenie gruntów o równej powierzchni pomiędzy poszczególnych obywateli i ukształtowanie prawa sprzedaży oraz prawa spadkowego, aby ograniczyć rozdrabnianie i obrót nieruchomościami. Szczególnie Arystoteles w swojej *Polityce* zawarł cenne informacje o konkretnych działaniach podjętych w tym kierunku przez Solona oraz prawodawców mniejszych miast[33].

5. Rzym – wielki nieobecny?

Niemal każdej z wymienionych regulacji praw Bliskiego Wschodu, Egiptu, Izraela czy *polis* greckich da się przyporządkować analogiczne intuicje Kwirytów. Nie chodzi o to, aby na siłę doszukiwać się identycznych rozwiązań lub – tym bardziej – więzi genetycznej tam, gdzie jej być nie może. Niewątpliwie uderzająca pozostaje jednak ograniczoność kręgu sensownych rozwiązań konkretnych problemów prawnych, również z dziedziny życia gospodarczego oraz handlowego. Taryfikatory cen i płac, szeroko rozpowszechnione w zbiorach bliskowschodnich, nasuwają skojarzenie z edyktem cesarza Dioklecjana. Postawa prawodawców mezopotamskich jako żywo przypomina skutki *favor debitoris* jako zasady interpretacyjnej w prawie zobowiązań[34]. Biblijny zakaz

29 Najsłynniejszym przykładem pozostaje prawo Solona, ateńskiego męża stanu działającego w VI w. przed Chr. Miał on zakazać wywożenia artykułów rolnych, z wyjątkiem oliwy (s. 214).

30 *Const. Ath.* 51, 1–2.

31 Tamże, 51,3.

32 Plutarch, *Likurg* 9.

33 Arystoteles, *Polityka* II 1266b; VI 1319a.

34 Zob. D. 34,5,26 (Celsus w ks. 26 Digestów); D. 45,1,38,18 (Ulpian w ks. 49 Komentarza do dzieł Sabinusa).

pobierania odsetek w pośredni sposób doprowadził do wymogu świadczenia rzeczy zwykłej, przeciętnej jakości przy sprzedaży, a więc do poglądu, który wyraził również prześladujący Żydów cesarz Justynian[35]. Izraelski mędrzec – reinterpretując dany tekst objawiony w ramach szerokiego dyskursu – w niezwykły sposób upodabnia się do jurysty, a ateńscy *agoranomoi* mogliby wymienić się doświadczeniami z edylami kurulnymi w kwestiach dbania o porządek na agorze lub forum. Podobnie powtórzyć można wszystkie wymienione umowy o charakterze gospodarczym, jak pożyczka, depozyt, kupno sprzedaż, najem czy spółka. Skoro powyższe instytucje praw starożytnych budzą zainteresowanie, dlaczego również nie te podobne, ale rzymskie? Co ciekawe, także badacze np. Kodeksu Hammurabiego w sposób jednoznaczny przywoływali podobieństwa z ustawą XII tablic lub Kodeksem Justyniana, a trudno ich przecież podejrzewać o romanocentryzm[36]. Sam Cian zresztą kilkakrotnie nawiązuje do porządku prawnego Rzymu przy omawianiu wcześniejszych kultur (np. s. 203, 214 bez podania źródła, 264, 265).

Tytuł dzieła szeroko obejmuje całą starożytność bez ograniczeń, jednak autor zdecydował się nie poświęcać rzymskiemu prawu handlowemu osobnego rozdziału. Racje tego kroku przybliżył natomiast czytelnikowi częściowo we wstępie, nieco szerzej – w epilogu (s. 273–281). Autor kreśli zatem wizję Rzymu jako *sui generis* kamienia milowego między omawianymi porządkami prawnymi a porządkami nowożytnymi. Z jednej strony bowiem trwałość i rozwój ekonomiczny państwa rzymskiego w różnych formach ustrojowych umożliwiły mu wypracowanie rozwiązań przewyższających dotychczasowe, np. spółki publikanów czy *actiones adiecticiae qualitatis* (s. 275). Później rozwinie je myśl średniowieczna i nowożytna. Z drugiej jednak fragmentaryczność i niesystematyczność norm prawa handlowego oraz zakorzenienie rozwiązań prawnych w zupełnie odmiennym od obecnego porządku społecznym zbliża jeszcze mocniej prawo rzymskie do praw np. mezopotamskich niż do prawa współczesnego (s. 274–275).

Ujęcie prawa rzymskiego w proponowanym przez dogmatyka kształcie mogłoby być bardzo ożywcze. Tymczasem pominięcie go oznacza przede wszystkim nieuchronne zawężenie perspektywy badawczej.

Prawdę mówiąc, trudno zrozumieć myśl autora, jeśli chodzi o jego „pośredniczącą" wizję rzymskiego prawa handlowego. Przyznaje on zresztą, że nacisk chciał położyć na badanie praw babilońskich, biblijnych i greckich jako zaniedbanych i zarezerwowanych dla potrzeb jedynie erudycji, podczas gdy studium prawa rzymskiego i tak ma się dobrze (s. 280). Faktem jednak pozostaje, że tytuł książki jest nieco mylący. Wzmianka o „starożytnych ustawach handlowych" z pewnością przynajmniej w europejskim kręgu kulturowym musi przywoływać nieodparte skojarzenia z prawem rzymskim. Wszak to ono stanowi dla prawnika kontynentalnego stały punkt odniesienia. Trudno w takiej sytuacji nie potraktować nieobecności rzymskiego prawa handlowego jako poważnego braku pracy włoskiego badacza. Ujęcie prawa rzymskiego w proponowanej przez dogmatyka perspektywie mogłoby być bardzo ożywcze. Tymczasem pominięcie go oznacza przede wszystkim nieuchronne zawężenie perspektywy badawczej.

35 C. 8,53,35,1–2.

36 Zob. co do ustawy XII tablic: D.H. Müller, *Ustawy Hammurabiego…*, dz. cyt., *passim*; J. Klima, *Prawa Hammurabiego*, dz. cyt., s. 59; co do Kodeksu Justyniańskiego: M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, dz. cyt., s. 67.

6. Podsumowanie

Od strony metodologicznej trzeba zauważyć, że omawiana pozycja jest w istocie bardzo czytelną syntezą badań uczonych z całej plejady dziedzin, poczynając od epigrafii, poprzez asyriologię, na filozofii greckiej kończąc. Czytelnik nie odnajdzie tutaj niestety oryginalnych wersji powoływanych tekstów źródłowych, ale włoskie tłumaczenie wybranych fragmentów poświęconych instytucjom, które autor zaliczył do szeroko pojętego „prawa przedhandlowego". Czyżby z obawy o to, aby nie wystraszyć czytelnika? Ponoć z tych powodów należy wystrzegać się umieszczania w książkach wzorów matematycznych, jako że mogą silnie zredukować liczbę potencjalnych czytelników. Wydaje się zatem, że autorowi przyświecał w dużej mierze cel popularyzatorski.

Trzeba przyznać, że osiągnął go: udało mu się w czytelny sposób wydobyć zarówno prototypiczne elementy prawa handlowego, jak i specyficzne dla danej kultury wartości w kręgach tak odległych, jak despotyczna monarchia ludów Mezopotamii, Narodu Wybranego oraz demokratyczne Ateny Solona. Orientację w zróżnicowanej przecież tematyce zdecydowanie ułatwiają dołączone mapy starożytnego Bliskiego Wschodu, Izraela, Judy, Grecji wraz z wyspami, Sycylii oraz tzw. Wielkiej Grecji (s. 285–291). Brak natomiast osobnej mapy Egiptu. Tom zamyka obszerna bibliografia, podzielona między poszczególne rozdziały (s. 297–307).

Na zakończenie wykładu wygłoszonego 7 grudnia 2017 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego Marco Cian sformułował znamienną tezę, że w istocie nie zajmuje się historią prawa, ale prawem handlowym, do którego perspektywa historyczna nierozerwalnie należy. Takie podejście, podjęte w przedstawianej książce, niewątpliwie przekracza sztywny podział na historię prawa i dogmatykę prawniczą. Nowatorska propozycja prowadzi do porzucenia wygodnych nawyków myślowych i jako taka może nawet budzić niepokój. Zadaniem na przyszłość pozostaje budowanie podobnych pomostów, a przez to opracowanie nowej, całościowej wizji nauki prawa otwartej na doświadczeniach przeszłości, ale bez spłaszczającej naiwności metodologicznej. Z zadania tego Marco Cian wywiązał się znakomicie.

Bibliografia

Blümner H., s.v. *Edictum Diocletiani* (w:) G. Wissowa (Hrsg.), *Paulys Real-Encyklopädie der classischen Altertumswissenschaft*, t. 5, nr 2, Stuttgart 1905, szp. 1948–1957.

Chrostowski W., *Jubileusze w Starym Testamencie*, „Seminare. Poszukiwania Naukowe" 2000, t. 16, s. 5–22.

Chytła K., *Ekonomiczne i prawne podłoże zawierania kontraktów kupna rzeczy przyszłej oraz kupna nadziei w starożytnym Rzymie*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2006, t. 6, nr 2, s. 73–84.

Cian M., *Le antiche leggi del commercio*, Bologna 2016.

Giaro T., *Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej*, „Prawo Kanoniczne" 1994, z. 37, nr 3–4, s. 85–99.

Giaro T., *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1989, z. 125, s. 29–50.

Klima J., *Prawa Hammurabiego*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1957.

Krzynówek J., *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa 2000.

Kunderewicz C., *Najstarsze prawa świata. Zbiór studiów*, Łódź 1990.

Kuryłowicz M., *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006.

Mattha G., *The Demotic Legal Code of Hermopolis West*, preface, additional notes, glossary G. Hughes, Kairo 1975.

Müller D.H., *Ustawy Hammurabiego i ich stosunek do ustawodawstwa mojżeszowego jakoteż do dwunastu tablic*, Stryj 1905.

Niczyporuk P., *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, Białystok 2013.

Pędracki M., *Przepisy prawne najstarszych „kodeksów" mezopotamskich ustanawiające kary dla ludzi wolnych*, „Analecta" 1997, nr 6/2 (12), s. 7–41.

Sentencje Ojców. Pirke Awot, t. 1, przeł. z hebrajskiego M. Friedman, z komentarzem P. Śpiewaka, Kraków 2015.

Skalec A., *Greckie tłumaczenie „demotycznego kodeksu z Hermopolis"*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2012, t. 64, nr 2, s. 277–289.

Skalec A., *Prawo sąsiedzkie w świetle papirusów z Egiptu grecko-rzymskiego*, Warszawa 2015, https://depotuw.ceon.pl/bitstream/handle/item/1248/Doktorat_Aneta_Skalec.pdf?sequence=1 (dostęp: 9.03.2018).

Stępień M., *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 1996 (wyd. 2, Warszawa 2000).

Świętoń A., *Status prawny rzemieślników pracujących w cesarskich manufakturach w późnym Cesarstwie Rzymskim (przełom*

IV i V wieku n.e.). Przegląd konstytucji zachowanych w C.Th. 10.20 i 10.22, „Studia Prawnoustrojowe" 2010, t. 12, s. 231–241.

Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.

Wyrwińska K., *Pecunia pecuniam parere non potest? O pieniądzu kredytowym w Rzymie okresu późnej republiki. Zarys problemu*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2014, t. 7, z. 1, s. 29–38.

Zimmermann R., *The Law of Obligations*, Oxford 1996.