

**Część I. Analiza w aspekcie
ponadgałęziowym.**

**Zakaz nadużycia prawa jako
zasada ogólna porządku prawnego**

Rozdział I. Nadużycie prawa w ujęciu filozofii i teorii prawa

§ 1. Rys historyczno-filozoficzny

I. Uwagi wprowadzające

Konstrukcja nadużycia prawa jest wypadkową dwóch zasadniczych idei w historycznym rozwoju prawa jako zjawiska społecznego.

Po pierwsze, chodzi o poszukiwanie najbardziej fundamentalnych wartości w prawie, jakimi są sprawiedliwość i słusność. Niezależnie od wyznawanej filozofii prawa, skłaniającej się bardziej ku pozycjom pozytywistycznym czy naturalno-prawnym, nikt nie może zaprzeczyć, że immanentną cechą i zarazem pewną wadą przepisów prawa jest ich „sztywność” wynikająca z generalnego i abstrakcyjnego charakteru. Życie społeczne było, jest i będzie zawsze znacznie bogatsze niż przewiduje to prawodawca, a prognozy tego ostatniego co do rozwoju stosunków społecznych nigdy nie będą w pełni trafione. Sztywna, bo abstrakcyjna norma wynikająca z przepisu prawa, nie jest w stanie uwzględnić wyjątkowych, nietypowych sytuacji społecznych. W takich przypadkach realizacja idei słusności i sprawiedliwości wymaga korekty wskazań wynikających z normy postępowania wywiedzionej wyłącznie z tekstu prawnego.

Konieczność korekty wynika też z faktu, że dynamika życia społecznego będzie zawsze większa niż potencjalna szybkość reakcji prawodawcy. Trafne rozwiązania prawne z czasem przestają przystawać do zmienionej rzeczywistości społecznej. Zanim dojdzie do interwencji prawodawcy, konieczne jest nadanie im takiej treści, aby odpowiadały nowym wymogom społeczno-gospodarczym.

Korektę zapewnia to, co charakterystyczne dla wszystkich klauzul generalnych – „otwieranie” porządku prawnego na pozaprawne kryteria ocen zachowań podmiotów prawa, celem uelastycznienia porządku normatywnego i nadania lepszej dynamiki procesom stosowania prawa.

Po drugie, w klauzuli nadużycia prawa ujawnia się pewna intuicja społeczno-prawna, oczywiście zmienna w czasie i przestrzeni, ale obecna już od czasów rzymskich¹. Intuicja ta każe stawiać pewne bariery wolności jednostki, ograniczać swobodę korzystania z praw, jeżeli chcemy zapewnić możliwość realizacji wolności także przez inne jednostki, zorganizować życie społeczne tak, aby umożliwić pokojowe koegzystowanie jednostek. Wszak, jak ujął to *Immanuel Kant*, prawo jest ogółem warunków, pod którymi wolność (dosł. samowola, *Willkür*) jednej osoby może zostać pogodzona z wolnością (*Willkür*) drugiej, zgodnie z ogólnym prawem wolności².

Niewątpliwie taką barierą jest konstrukcja nadużycia prawa. Dochodzimy tu do pewnego paradoksu, który wyraża się w tym, że „zakazując nadużywania prawa podmiotowego, system normatywny deklaruje swą dezaprobatę względem działań, na które skądinąd pozwala”³. Uprzedzając nieco tok rozważań trzeba w tym miejscu zasygnalizować, że paradoks ten próbuje rozwiązać jedna z teorii nadużycia prawa (tzw. teoria wewnętrzna). Płyne z niej konkluzja, że prawo nie pozwala jednak na pewne sposoby korzystania z prawa, a zatem paradoks pozostaje w tym ujęciu tylko w wersji językowej (mam prawo, ale ponieważ go nadużywam, nie mogę z niego w taki sposób korzystać). Problem nadużycia nie dotyczy więc samej, ujętej abstrakcyjnie, normy prawnej, z której wywodzi się prawo podmiotowe, ile jej zastosowania w konkretnym przypadku. Innymi słowy, nie chodzi o granice normatywne (zakres) uprawnienia, ile o dopuszczalność sposobu korzystania z tego uprawnienia w określonych okolicznościach, czy z określoną intencją⁴.

¹ Por. *F. Longchamps de Berier*, Nadużycie prawa – u początków problemu, w: *H. Izdebski, A. Stępkowski* (red.), Nadużycie prawa, Warszawa 2003, s. 48; zob. też dalej, § 1 pkt III.2.

² „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann” *I. Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, Band VI, Berlin 1968, s. 230.

³ *A. Stępkowski*, Nadużycie prawa, s. 49. Autor powołuje trafną i zwięzłą tezę francuskiego teoretyka prawa *F. Terré*: „la loi ne peut défendre ce quelle permet” [prawo nie może zabraniać tego, na co pozwala] (*Introduction generale au droit*, Paris 1996, s. 379). Podobnie *F. Longchamps de Bériér*, Nadużycie prawa w świetle, s. 7.

⁴ Tak trafnie *F. Longchamps de Bériér*, Nadużycie prawa w świetle, s. 8 i 280.

II. Filozoficzne korzenie koncepcji nadużycia prawa

1. Uwagi wprowadzające

Jak wspomniałem wyżej, historyczno-filozoficznych źródeł koncepcji nadużycia prawa można upatrywać w poszukiwaniu idei słuszności w prawie. Mieści się ona w kręgu poszukiwań metod reakcji na negatywne konsekwencje formalizmu, „usztyniającego” porządek prawny. W konstrukcji nadużycia prawa chodzi właśnie o korektę prawa, które w danym przypadku pozwala na korzystanie z uprawnień w sposób prowadzący do niesprawiedliwości.

Interesuje mnie ten aspekt rozważań o słuszności, który odnosi się do niej jako do instrumentu korygującego prawo. Nie rozważam relacji między koncepcjami słuszności w prawie a prawem natury – jest to bowiem inne spojrzenie, z innej perspektywy – słuszności generalnej; mnie interesuje słuszność indywidualna.

2. Filozofia grecka

Filozoficznych korzeni idei słuszności w prawie upatruje się przede wszystkim w rozważaniach *Arystotelesa* nad ideą wyrażoną pojęciem *epikeia*, tłumaczonej jako słuszność, sprawiedliwość lub prawość.

Choć to *Arystoteles* nadał swym rozważaniom kształt spójnej teorii, problem relacji między prawem i sprawiedliwością jest wyraźnie dostrzegalny również w rozważaniach *Platona*⁵. Już nauczyciel *Arystotelesa* zauważał problem niedoskonałości prawa wynikającej z jego ogólności. Daje temu wyraz w następującym fragmencie „*Polityka*”: „[...] prawo w żaden sposób nie może objąć jasno i dokładnie tego, co jest najlepsze i najsprawiedliwsze równocześnie dla wszystkich, i dlatego nie może nakazywać tego, co najlepsze. Bo ludzie są jedni do drugich niepodobni i niepodobne do siebie są ich czyny, i w sprawach ludzkich, żeby tak powiedzieć, nic nigdy nie stoi spokojnie, dlatego żadna prosta ustawa w żadnej sprawie nie może pozwolić żadnej umiejętności ustanawiać czegokolwiek we wszystkich wypadkach i na zawsze. [...] prawodawca, który stoi na czele i prowadzi trzody w zakresie tego, co sprawiedliwe i w spra-

⁵ Jak wskazuje *H. Piętka*, pojęcie słuszności można odnaleźć już w filozofii przedsokratycznej, m.in. u Demokryta, a nawet filozofów wcześniejszych. Wzmianki te miały jednak luźny charakter, a pierwsze naukowe opracowania koncepcji słuszności pojawiają się dopiero w okresie filozofii klasycznej (Słuszność w teorii i praktyce, Warszawa 1929, s. 47–48).

wach umów wzajemnych, nigdy nie potrafi każdemu z osobna oddać tego, co mu się należy, kiedy wydaje polecenie dla wszystkich naraz”⁶.

Z rozbudowanej teorii słuszności w ujęciu *Arystotelesa* z punktu widzenia analizowanej problematyki nadużycia prawa najistotniejsze jest dostrzeżenie ontologicznej przypadłości prawa, jaką jest jego „sztywność” oraz tego, że prawość (słuszność) jest instrumentem niezbędnej korektury sprawiedliwości stanowionej. Oddaje to następujący fragment z „Etyki nikomachejskiej”: „(...) prawość, choć jest czymś lepszym od pewnego rodzaju sprawiedliwości, sama jest czymś sprawiedliwym i jest czymś lepszym od sprawiedliwości nie dlatego, że się od niej różni rodzajem. A więc sprawiedliwość i prawość są tym samym i choć obie są szlachetne, to jednak prawość stoi wyżej. Wątpliwość zaś rodzi się stąd, że to, co prawe, jest wprawdzie sprawiedliwe, jednakże nie w znaczeniu sprawiedliwości stanowionej, lecz jest korekturą sprawiedliwości stanowionej. Pochodzi to stąd, że wszelkie prawo jest ogólne, o niektórych zaś rzeczach nie można wydać trafnego sądu w sposób ogólny. Gdzie więc należy wydawać o czymś orzeczenia ogólne, ale nie można tego czynić w sposób trafny, tam ustawa dotyczy większości wypadków, zdając sobie sprawę z błędności takiego postępowania. Niemniej jednak postępuje trafnie: błąd bowiem nie tkwi tu ani w ustawie, ani w ustawodawcy, lecz w naturze rzeczy, bo taki jest właśnie materiał, którym operują wszelkie poczynania praktyczne. Jeśli więc ustawa orzeka o czymś ogólnie, a zdarzy się wypadek, który nie podpada pod to orzeczenie, to słuszną jest rzeczą by tam, gdzie ustawodawca coś opuścił i przez sformułowanie ogólne popełnił błąd, uzupełnić ten brak, orzekając tak, jakby ustawodawca sam orzekł, gdyby był przy tym obecny, i jakby sam postanowił był, gdyby był z góry znał dany wypadek. Dlatego prawość jest sprawiedliwością, a nawet czymś lepszym od pewnego rodzaju sprawiedliwości, choć nie od sprawiedliwości samej w sobie, lecz od błędu wynikającego z ogólnego sformułowania. I to właśnie jest istotą prawości, że jest korekturą prawa, tam gdzie ono niedomaga na skutek ogólnego sformułowania”⁷.

Obydwaj wielcy klasycy filozofii upatrują źródła problemu w tym samym – w ogólności prawa, które sprawia, że nie jest ono w stanie uwzględniać bogactwa przypadków życiowych, jednakże sposób rozwiązania problemu jest, jak się wydaje inny – w ujęciu platońskim słuszność jest rozważana jako odstęp-

⁶ *Platon*, *Polityk*, 294A-B, 294E-295, w: *Platon*, *Sofista*. *Polityk*, tłum. W. Witwicki, Kęty 2002, s. 122.

⁷ *Etyka Nikomachejska* V, 10, 1137b, w: *Arystoteles*, *Etyka nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 2007, s. 189.

stwo od prawa, natomiast *Arystoteles* nie podważa sensu i racjonalności prawa pisanego. Słuszność jest więc w tym ujęciu instrumentem korygującym prawo tam, „gdzie ono nie domaga na skutek ogólnego sformułowania”⁸. Jak zauważa *Tadeusz Banaszczyk*, w ujęciu *Stagiryty*, „prawdziwa sprawiedliwość niekiedy odchyła się od sprawiedliwości pisanej, ale nie od bezwzględnej, lecz jedynie od tej, która zawodzi ze względu na swą przesadną ścisłość. W takich wypadkach należy odwołać się do słuszności, która koryguje i prostuje niesprawiedliwość ciasnej sprawiedliwości”⁹.

Mechanizm słusznościowej korektury ścisłego prawa nie jest pozbawiony wad, z uwagi na pewien relatywizm ocen stanowiących fundament słuszności. Źródłem tego relatywizmu jest fakt, że słuszność jest swego rodzaju wewnętrznym głosem każdego człowieka, który pozwala mu wytworzyć własny ideał stosunków społecznych, niezależny od panujących idei prawnych. W konsekwencji poglądy na słuszność będą różne u każdego człowieka, kształtują je bowiem nie tylko cechy i przeżycia wewnętrzne (psychiczne), ale i panujące poglądy moralne i systemy prawa, a także tradycja historyczno-kulturowa¹⁰.

3. Filozofia rzymska

Pragmatyzm rzymskiego myślenia nadał greckim teoriom słuszności rys zdecydowanie bardziej praktyczny¹¹.

Prawnicy rzymscy nie widzieli potrzeby badania teoretycznych podstaw idei słuszności. Przejawy funkcjonowania słuszności w szeroko pojętym „życiu prawnym” były im znane z codziennej obserwacji praktyki. Uznawali więc słuszność za coś oczywistego, nie wymagającego dowodu celowości swego istnienia¹². Rzymska paremia, *summum ius summa iniuria*, była w istocie przy-

⁸ Podobnie: *T. Banaszczyk*, Pojęcie sprawiedliwości u *Arystotelesa*, *Studia Filozoficzne* 1973, Nr 1(83), s. 166: „Platon głosząc oceny nie liczył się z ustrojem, zaś *Arystoteles* aprobuje ustrój (w którym przypadło mu żyć) z przyjemnymi ocenami i etykę swoją dostosowuje do założeń i wymogów ustroju (...)”.

⁹ *T. Banaszczyk*, Pojęcie sprawiedliwości, s. 165. Nawiązując do *Arystotelesa* i św. *Tomasza Ch. Perelmann* pisze: „Prawość sędziego łagodzi niedoskonałe prawa obowiązujące w wypadkach zwykłych, ale nie w wypadkach nietypowych” (*O sprawiedliwości*, Warszawa 1959, s. 120).

¹⁰ *T. Banaszczyk*, Pojęcie sprawiedliwości, s. 165.

¹¹ *H. Piętka* zauważa, że „praktyczny sposób myślenia, właściwy umysłowości rzymskiej, nie sprzyjał rozwojowi oryginalnych koncepcji teoretycznych; taki stan rzeczy zmusił Rzymian do oparcia się o teoretyczne podłoże nauki greckiej, jednak pojęcia, zapożyczone od Greków, nie stały się dla nauki rzymskiej przedmiotem oderwanych dociekań filozoficznych, lecz zawsze znajdowały się w bardzo ścisłym związku z praktycznymi celami naukowego myślenia, zawsze przeto musiały być zgodne z wymogami praktycznego życia” (*Słuszność*, s. 53).

¹² Tamże, s. 64.

słowiem, zachowanym dla potomności dzięki powołaniu przez Cyncerona¹³. Świadczy to o nader „życiowym” podejściu do słuszności. Słuszność ma być dyrektywą codziennego życia społecznego i prawnego, nie ma potrzeby prowadzenia na jej temat suchych wywodów teoretycznych. Zbędne jest potwierdzanie czegoś oczywistego, odczuwanego praktycznie intuicyjnie.

Greckie koncepcje słuszności zostały wykorzystane w procesie rozwoju prawa rzymskiego, wymuszonym nader konserwatywnym charakterem tego prawa.

Prawo rzymskie stworzone zostało na etapie względnie prymitywnego stopnia kultury i gospodarki. Rozwój państwa, jego kultury i gospodarki wymuszał ewolucję prawa, dokonywaną obok, czy niemal wbrew sztywnemu prawu pozytywnemu. Elementem tej ewolucji był autonomiczny czynnik normatywny w postaci ingerencji pretora, a także wpływu opinii prawnej. Obydwa te czynniki wykorzystywały element słuszności jako korektury sztywnego prawa pozytywnego. W ten sposób zakorzeniły się w prawie rzymskim wpływy słuszności, która z czasem stała się „*ius aequum*”, a więc uznaną została za źródło prawa pozytywnego¹⁴.

Słuszność w ujęciu rzymskiej „filozofii” prawa służyła trzem podstawowym funkcjom: po pierwsze stanowiła miarę krytycznej oceny prawa pozytywnego, a więc czynnik jego rozwoju. Po drugie, stanowiła podstawę wykładni prawa. Po trzecie wreszcie, pojawiała się jako norma uzupełniająca prawo pozytywne¹⁵.

Z uwagi na pragmatyczne podejście, prawników rzymskich nie interesowało tworzenie spójnych koncepcji teoretyczno-prawnych, swoje uwagi teoretycznoprawne umieszczali dość swobodnie w różnych fragmentach swych dzieł poświęconych dogmatyce prawa. Wyjątkiem jest w tym względzie *Cynceron*, który podjął zdecydowanie bardziej usystematyzowane rozważania nad słusznością w aspekcie filozoficzno- czy teoretycznoprawnym.

Najbardziej charakterystycznym i znanym rysem poglądów *Cyncerona* na słuszność w prawie jest przytoczone przez niego rzymskie przysłowie *summum ius summa iniuria*. Przysłowie, które z czasem stało się paremią prawną, wyrażało ideę prawa, które może być niedoskonałe i niesłuszne, zachowując mimo to nazwę prawa. *Cynceron* nie podważał supremacji prawa

¹³ Tamże, s. 68.

¹⁴ Tamże, s. 53–54. Podobnie A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 110.

¹⁵ Tamże, s. 64.

pozytywnego, widział jednak potrzebę korygowania konsekwencji płynących z nazbyt rygorystycznego kierowania się literą prawa¹⁶.

W ujęciu rzymskim słusność mieści się zatem w prawie. Jak zauważa ks. *Remigiusz Sobański*, „Splot greckiej *epikeia* i rzymskiej *aequitas* spowodował, że słusność stała się narzędziem już nie modyfikacji prawa, lecz jego łagodnej interpretacji. [...] Nie przeciono nadrzędności słusności, ale zakładano, że słusność mieści się w prawie: prawo jest wcieleniem słusności, „*aequitas constituta*” napisze *Cyceron*, którą za pomocą interpretacji należy ukazać”¹⁷.

4. Recepcja idei słusności w filozofii średniowiecznej i nowożytnej

W swej bogatej analizie filozoficznego ujęcia słusności *Henryk Piętka* prezentuje przegląd poglądów filozofów średniowiecznych i nowożytnych na ten temat. Streszczanie tej prezentacji nie wnosiloby żadnej wartości do niniejszej pracy. Ograniczę się więc jedynie do dwóch kluczowych przykładów.

Recepcja arystotelesowskiej idei słusnościowej korektury prawa stanowionego widoczna jest w poglądach *Świętego Tomasza*. Akwinata potępia bezkrytyczne uleganie prawu pozytywnemu („niewolniczą” uległość w stosunku do litery prawa). Za rzecz dobrą i godną polecenia uważa zastosowanie słusności, polegającej na uwzględnieniu postulatów sprawiedliwości i dobra (korzyści) powszechnego. Słusność nie podważa prawa pozytywnego (sprawiedliwości legalnej), jest raczej jej uzupełnieniem. Nie należy wydawać wyroku zgodnie z literą prawa, kiedy prawo okazuje się niewystarczające, ale trzeba szukać pomocy w prawości, pozostając w zgodzie z intencją ustawodawcy. Nie można na to pozwolić, by wskutek nazbyt dosłownej interpretacji, która prowadzi do surowości, przepisy, mądrze ustanowione i mające służyć ludziom obracały się na ich szkodę¹⁸.

Z punktu widzenia analizowanych w niniejszej pracy problemów cenną podbudowę filozoficzną mogą być również poglądy *Hugo Grocjusza*. Ewidentny jest w nich wpływ koncepcji arystotelesowskich: sztywności i szablonowości jako immanentnej cechy porządku prawnego oraz konieczności jego korekty. Fundamentem koncepcji *Grocjusza* jest oczywiście idea prawa natury: cele, do których osiągnięcia człowiek został przez naturę powołany, mogą być urzeczywistnione jedynie przy pomocy norm, trzymających na wodzy swawolę

¹⁶ Tamże, s. 66–69.

¹⁷ R. Sobański, Słusność w prawie, PiP 2001, z. 8, s. 5.

¹⁸ H. Piętka, Słusność, s. 79 i 82; Ch. Perelmann, O sprawiedliwości, s. 120–121.

jednostek. Te normy są rozwinięciem pewnych naczelných założeń prawa natury, a właściwie naczelných praw samej natury. Normy prawa, nawet najdoskonalszego, charakteryzuje jednak skończoność, ograniczoność, generalność i szablonowość wzorów postępowania. Właściwości te pozostają w sprzeczności z cechami życia ludzkiego, charakteryzującego się nieograniczonym bogactwem różnorodnych zdarzeń. Powstaje więc rozdzźwięk między dość sztywnym szablonem norm a indywidualizmem i różnicowaniem czynów ludzkich. Niedoskonałość norm jest ich immanentną cechą, wynika z niedoskonałości i zmienności materii, która na skutek swej różnorodności i mnogości nigdy nie da się ująć w szablonowe wzory. Zatem najdoskonalsze nawet normy (prawa natury, a nawet prawa Bożego) wymagają korekty, uzupełnienia swej ogólnikowości, przez decyzje słusznościowe, uwzględniające różnicowanie postępów ludzkich. Źródłem tych decyzji są naczelne założenia i zasady prawa natury. Pozostaje tu jednak pewien element subiektywizmu – badanie zasad natury opiera się na intuicyjnym badaniu idei wrodzonych, będących źródłem obiektywnej mądrości. Podobnie jak poprzednicy, *Grocjusz* nie podważa porządku prawa stanowionego – istota słuszności znajduje się w rozumie i woli ustawodawcy. Ustawodawca bierze treść ustawy z naczelných zasad (prawa) natury, mają one dać słuszne uzupełnienie tej ustawy¹⁹.

5. Podważenie wartości prawa „słusznościowego” u Immanuela Kanta

Filozofia *Kanta* rozrywa widoczny we wcześniej przytoczonych poglądach związek słuszności i prawa. Słuszność jest w jego ujęciu prawem pozbawionym przymusu. Jego poglądy w tym zakresie opierają się na wyodrębnieniu prawa w znaczeniu węższym, ścisłym, dla którego charakterystyczny jest przymus, oraz prawa w znaczeniu szerszym, które tej cechy jest pozbawione. W dalszej kolejności w ramach tego rodzaju wyodrębnia prawo bez przymusu i przymus bez prawa. To pierwsze jest słusznością, ale w jego ujęciu słuszność opiera się nie na obowiązku etycznym, lecz na prawie tego, kto czegoś żąda od drugiego. Brak jednak temu prawu przymusu, co powoduje, że nie może on dochodzić swych roszczeń przed sądem. Istota sądu opiera się na tym, że służy on realizacji przymusu, co w zasadzie wyklucza opieranie się na słuszności. Jak uważa *Henryk Piętka*, „wprawdzie *Kant* rozumie, że bezwzględnie stosowane prawo powoduje największe bezprawie, jednak twierdzi on, że tego zła nie da

¹⁹ Por. *H. Piętka*, Słuszność, s. 110–113.

się uniknąć, ponieważ jedynym trybunałem słusznościowym jest trybunał sumienia²⁰.

Wyjaśnieniem takiego spojrzenia na prawo jako instrument godzenia sfer wolności jednostek może być sposób postrzegania relacji moralności i prawa. W ujęciu *Kanta* obowiązek przestrzegania prawa jest obowiązkiem moralnym. Istota różnicy pomiędzy postępowaniem moralnym i legalnym tkwi w tym, co determinuje wolę, co jest pobudką do działania. W przypadku moralności tą determinantą jest samo prawo, szacunek dla normy, w przypadku legalności o podporządkowaniu się normie decydują inne skłonności – stąd rozróżnienie na działanie z obowiązku (moralność) i zgodnie z obowiązkiem (legalność)²¹. W kontekście problematyki nadużycia prawa można podsumować stanowisko *Kanta* w ten sposób, że nie trzeba odwoływać się w ogóle do moralności przy stosowaniu prawa – nie są potrzebne mechanizmy korygujące, to prawidłowo skonstruowane prawo pozytywne zapewnia odpowiednie rozdzielenie sfer wolności poszczególnych jednostek.

W filozofii *Kanta* pojawiają się też inne rozważania wartościowe dla prowadzonych dalej analiz już *stricte* dogmatyczno-prawnych. U podstaw konstrukcji nadużycia prawa leży konflikt sfer wolności co najmniej dwóch jednostek. Problem ten leży u podstaw swoistej, przytaczanej wyżej definicji prawa w ujęciu *Kanta*. Potwierdza to formuła „powszechnej zasady prawa”, będącej bezpośrednim zastosowaniem imperatywu kategorycznego w stosunkach zewnętrznych, w sferze życia społecznego: „(...) działaj zewnętrznie tak, ażeby swobodny użytek twojej woli (*Willkür*) mógł współistnieć z wolnością każdego w zgodności z prawem powszechnym”²². Z definicji tej płynie więc wniosek, że to prawo ma być narzędziem godzenia sprzeczności między dążeniami jednostek, opartymi na ich sferach wolności. Prawo pozytywne ma stwarzać takie warunki, w których wolność jednej osoby nie kłóci się z wolnością pozostałych.

²⁰ H. Piętka, *Słuszność*, s. 135–136. Zob. też A. Stelmachowski, *Zarys teorii*, s. 112, który pisze o „degradacji prawa słusznościowego” w filozofii *Kanta*.

²¹ I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, tłum. J. Galecki, Warszawa 1972, s. 119: „Istota wszelkiej moralnej wartości czynów polega na tym, aby prawo moralne bezpośrednio determinowało wolę. Jeżeli determinacja woli następuje wprowadzie zgodnie z prawem moralnym, ale tylko za pośrednictwem uczucia jakiego bądź rodzaju, które musi się założyć, aby owo prawo stało się wystarczającym motywem determinującym wolę, a zatem jeśli owa determinacja nie następuje ze względu na prawo, to postępowanie będzie zawierać wprowadzie legalność, ale nie moralność”. Zob. też H. Piętka, *Słuszność*, s. 134–135, a także Z. Tobor, *Teoretyczne problemy legalności*, Warszawa 1998, s. 10–12, 23 i 61; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 38–39.

²² I. Kant, *Metafizyka moralności*, s. 35; por. też Z. Tobor, *Teoretyczne problemy*, s. 15.

Ma to w założeniu doprowadzić do zwiększenia się ilości ludzi kierujących się dobrą wolą i nastania wiecznego pokoju. Wynika z tego, że dozwolone jest każde zachowanie możliwe do pogodzenia z wolnością innych, a nieprzekraczalną granicą przymusu jako elementu prawa pozytywnego jest tylko ochrona przed wkraczaniem w sferę wolności innej jednostki²³.

Problem rozwiązania konfliktu sfer wolności różnych jednostek sprowadza się do właściwej konstrukcji porządku prawnego. Prawo (pozytywne) ma być budowane tak, aby człowiek obdarzony dobrą wolą mógł je zawsze uznawać za wartość nadrzędną. Celem prawa jest zagwarantowanie zewnętrznej wolności człowieka. Do osiągnięcia tego celu wystarczy postępowanie legalne²⁴. Innymi słowy: przestrzeganie prawa, niezależne od motywacji wewnętrznych, ma wystarczyć dla pogodzenia wolności jednostek. Zasadnicze jednak pytanie sprowadza się do tego, czy prawo stanowione jest wystarczającym mechanizmem godzenia kolizji wolności? Niewystarczalność reguł *stricti iuris* w tym zakresie stała się właśnie przyczyną odesłań poza system prawny (klausule generalne), w tym do stworzenia konstrukcji nadużycia prawa.

III. Koncepcja nadużycia prawa w kontekście otwierania systemu prawnego a czynniki pozasystemowe

1. Uwagi wprowadzające

Przedstawione wyżej filozoficzne koncepcje korektury prawa przy pomocy słuszności stanowią w istocie element tego, co współcześni teoretycy prawa określają mianem otwierania systemu prawnego na pozasystemowe kryteria ocen zachowań ludzkich²⁵. System prawny pojmowany jako zbiór reguł *stricti iuris* nie jest dość elastyczny i dynamiczny, aby zapewnić społeczną adekwatność prawa, czyli spełnić postulat aby system prawny pozwalał na znalezienie rozstrzygnięć aktualnych sporów między jednostkami. Chodzi jednak o otwarcie, uzupełnienie systemu prawnego, a nie jego zastąpienie systemem pozaprawnych reguł moralnych czy innych. Wartość normatywna systemu praw-

²³ Por. M. Zirk-Sadowski, Wprowadzenie, s. 40–41.

²⁴ Z. Tobor, Teoretyczne problemy, s. 23, 60; M. Zirk-Sadowski, Wprowadzenie, s. 41.

²⁵ L. Leszczyński, Nadużycie prawa – teoretycznoprawny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego, w: H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), Nadużycie prawa, Warszawa 2003, s. 27.

nego (zbioru norm porządkujących zachowania społeczne jednostek) pozostaje zachowana²⁶.

Istnieją dwa kierunki tego procesu. Pierwszym jest tworzenie odrębnych organów wyposażonych w kompetencje do rozstrzygania sporów prawnych na podstawie kryteriów leżących poza systemem prawnym. W ujęciu historycznym wskazuje się na rzymską instytucję pretora, wczesnofeudalne uprawnienia królów w ramach tzw. *iudicium aequitatis* oraz Sąd Kanclerski, z którego wykształcił się system niesformalizowanych reguł słuszności funkcjonujący w systemie *common law* do dziś.

Drugim kierunkiem jest wprowadzanie przez prawodawcę do tekstów aktów prawnych odpowiednich zwrotów o charakterze niedookreślonym znaczeniowo, które tworzą konstrukcje (jak nadużycie prawa), pozostawiające organom stosującym prawo pewną swobodę poprzez upoważnienie do uwzględnienia w tym procesie kryteriów nie wyrażonych bezpośrednio w przypisach. Ta tendencja jest charakterystyczna dla kontynentalnej kultury prawnej, a pierwsze jej „systemowe” zastosowanie miało miejsce w tzw. wielkich kodyfikacjach prawa cywilnego w XIX w.²⁷. W istocie są to też dwie drogi walki ze zjawiskiem nadużycia prawa – albo poprzez instytucje, które będą kierowały się słuszością w orzekaniu, albo poprzez klauzule generalne.

2. *Rzymska aequitas i summum ius summa iniuria*

Problem sztywności systemu prawa, wymuszający pewną korektę, wyjście poza ten system w celu poszukiwania kryteriów słusznych rozstrzygnięć, miał w prawie rzymskim dwojakie podłoże. Z jednej strony był nim niezwykle sformalizowany, skostniały proces rzymski, oparty na określonych formułach skarg (*actiones*). Z drugiej strony w grę wchodziły czynniki natury podmiotowej. Nawiązanie stosunków prawnych przez obywateli rzymskich z nie-Rzymianami (*peregrines*) zrodziło problem podstaw prawnych tych stosunków. Z uwagi na ograniczenie podmiotowe zakresu zastosowania (tylko do obywateli rzymskich), *ius civile* nie mogło stanowić podstawy rozstrzygnięcia sprawy.

²⁶ Por. podobnie I. Kamiński, który pisze, że „Każde postępowanie zmierza do znalezienia rozwiązania słusznego, które uwzględniać przy tym będzie *ratio legis* istniejących postanowień prawa, okoliczności sprawy oraz wchodzące w grę interesy. Wszystko to ma zapewnić społeczną adekwatność prawa, ale i jego wewnętrzną tożsamość jako wyodrębnionego i uporządkowanego systemu normatywnego” (Słuszność i prawo. Szkic prawnoporównawczy, Kraków 2003, s. 58).

²⁷ Por. L. Leszczyński, Nadużycie prawa, s. 27–28. Podobnie I. Kamiński, Słuszność, s. 30. Zob. też A. Stępkowski, Nadużycie prawa, s. 51–52.

Zaistniała więc konieczność stworzenia odrębnego organu i odrębnych reguł rozstrzygania sporów.

Doprowadziło to do powstania odrębnych organów orzeczniczych (jurysdykcja pretorów, pretor peregrynów), a w dalszej kolejności, w toku rozwoju działalności orzeczniczej, do stworzenia odrębnych systemów prawa – *ius honorarium* (prawa urzędniczego tworzonego przez pretorów) oraz *ius gentium*, jako systemu prawa wspólnego dla wszystkich mieszkańców imperium. Zalety elastycznych zasad postępowania przed sądem pretorskim sprawiły, że orzecznictwo pretorskie, służące pierwotnie wspomaganium, uzupełnianiu i poprawianiu prawa cywilnego (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*) stało się źródłem zasad inkorporowanych do prawa stanowionego (*ius civile*)²⁸. Wśród tych reguł znalazł się m.in. zakaz wykorzystywania własnego występku na niekorzyść innych osób (*Nemo audiat per propriam turpitudinem allegans*) w którym można upatrywać korzeni nowożytnego zakazu szykany, jednej z pierwotnych koncepcji nadużycia prawa²⁹.

W pełni sformalizowane teorie nadużycia prawa pochodzą z okresu tzw. wielkich kodyfikacji z przełomu XIX i XX w., jednakże w literaturze wskazuje się, że problematyka ta nie była obca jurystom rzymskim. Najbardziej znaną formułą wskazującą na istnienie w prawie rzymskim idei ograniczania sposobów korzystania z własnego prawa jest zaczerpnięta z Instytucji *Gaiusa* paremia *male enim nostro iure uti non debemus* (nie powinniśmy źle korzystać ze swego prawa)³⁰. Dostrzegając problem nadużycia Rzymianie formułowali też pewne rozwiązania w tym zakresie (niekoniecznie zinstytucjonalizowane). Wskazuje się w tym zakresie m.in. na tzw. zakaz srożenia się nad niewolnikami (zakaz zabijania bez powodu czy znęcania się ponad miarę), odbierania marnotrawcom prawa do administrowania majątkiem, ograniczenia władzy ojcowskiej motywowane jej nadużywaniem (wielokrotna sprzedaż potomstwa, zakaz stosowania nazbyt surowych kar cielesnych, zakaz rozrywania harmonijnych małżeństw), instrumenty prawne stanowiące wyraz sprzeciwu wobec instrumentalizacji adopcji (tworzenie przelotnych więzi adopcyjnych dla osiągnięcia innych celów); ograniczenia dowolności dysponowania majątkiem na wypadek śmierci. Współczesna doktryna do instrumentów zwalczania nadużycia prawa zalicza również zarzut procesowy *exceptio doli* (zarzut pod-

²⁸ Por. I. Kamiński, *Słuszność*, s. 81–85; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1997, s. 61–66; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1997, s. 22; M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1997, s. 39; A. Stelmachowski, *Zarys teorii*, s. 110.

²⁹ Por. podobnie I. Kamiński, *Słuszność*, s. 85.

³⁰ F. Longchamps de Bérrier, *Nadużycie prawa w świetle*, s. 21; L. Dubouis, *La theorie*, s. 304.

stępu jako instrument sprzeciwiania się osiągnięciu nieuzasadnionej, nieuczciwej korzyści poprzez wykorzystanie cudzego błędu) czy przeciwdziałanie nadużycia prawa własności w obszarze relacji sąsiedzkich poprzez zakaz emulacji (*aemulatio*), czyli takiego korzystania z prawa, które nie daje w ogóle, względnie daje niewielki pożytek dla korzystającego, a ukierunkowane jest na zaszkodzenie innym³¹.

3. System normatywny *equity* jako dopełnienie *common law*

Zjawisko otwierania systemu prawnego na elementy pozaprawne poprzez działalność wyodrębnionych instytucji widać również w działalności angielskiego Sądu Kanclerskiego i wytworzonego na bazie jego działalności systemu *equity* jako niezależnego dopełnienia systemu *common law*.

U źródeł wykształcenia systemu *equity* leży podobne czynniki jak w starożytnym Rzymie – zbytnia sztywność, skostnienie reguł procesowych i zasad materialnych prawa powszechnego (*common law*), stanowiącego podstawę rozstrzygania sporów w istniejącym systemie sądownictwa³². W tej sytuacji jako efekt poszukiwania sprawiedliwości z pominięciem zbyt sztywnego systemu istniejącego, pojawiła się praktyka kierowania do władcy (strażnika i źródła sprawiedliwości) wniosków o wydanie orzeczenia przy braku innej możliwości uzyskania ochrony prawnej lub o zmianę wydanego, ale niesprawiedliwego zdaniem strony, orzeczenia sądowego. Petycje kierowane były za pośrednictwem, a z czasem bezpośrednio do kanclerza, który stał się podmiotem rozstrzygającym skargi. Ewolucja tych funkcji doprowadziła do wykształcenia się Sądu Kanclerskiego. W zakresie jego jurysdykcji znalazło się m.in. orzekanie w sytuacjach, gdy w prawie powszechnym brakowało reguły prawnej lub występowała wada wiodąca do niesprawiedliwego rozwiązania. Reguły rozstrzygania przez Sąd Kanclerski, dalece odformalizowane, oparte na szerokiej dyskrejonalności i odwołujące się do zasad słuszności stworzyły podwaliny systemu *equity*³³.

Specyfika *equity* wyraża się w tym, że trudno tu mówić o jakimś systemie. System zakłada jednak pewną sztywność, a jeśli „*equity* kosztuje, przestaje istnieć *equity*”. *Equity* nie jest samowystarczającym, niezależnym od *common law* zespołem reguł, jest jego uzupełnieniem. O ile system prawny bez *Equity*

³¹ Por. szerzej obszerną analizę F. Longchaps de Bérrier, Nadużycie prawa w świetle, *passim*.

³² L. Konic, Ogólne cechy *equity*, PiP 1947, z. 4, s. 33–35.

³³ I. Kamiński, Słuszność, s. 85, 91–92 i 94; K. Sójka-Zielińska, Historia, s. 72–73; M. Szczaniecki, Powszechna historia, s. 177–178; B. Więzowska, Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności, Warszawa 2009, s. 40–41.

może istnieć, choć nie będzie funkcjonował prawidłowo, tak bez reguł *common law* przekształciłby się w anarchię³⁴.

Orzekanie w oparciu o zasady słuszności wiąże się z przyznaniem sędziemu znacznie większej dyskrecjonalności niż w sprawach, w których podstawą rozstrzygnięcia jest prawo stanowione (*statutory law*) czy *common law*. Chodzi o znalezienie sprawiedliwości w konkretnym przypadku, to zaś wymusza przywiązanie większej wagi do indywidualnych okoliczności konkretnej sprawy³⁵. Idee wyrażane w systemie *Equity* są zbieżne z fundamentami aksjologicznymi kontynentalnych koncepcji nadużycia prawa. Odmienna metoda podejścia do rozwiązania problemu wyjaśnia, dlaczego w anglosaskiej kulturze prawnej zagadnienie nadużycia prawa nie istnieje w takiej formie jak w systemach kontynentalnych³⁶.

4. Początki klauzul generalnych zakazu nadużycia prawa. Wielkie kodyfikacje XIX wieku

U źródeł wielkich kodyfikacji prawa cywilnego w XIX w. legło założenie ideologiczne o potrzebie stworzenia całkowicie nowego porządku prawnego, którego fundamentem miały być kompleksowe regulacje kodeksowe. Miały one dwa podstawowe cele: zapewnienie pewności prawa oraz gwarancji absolutnej wolności jednostek. Praw podmiotowych jednostek, jako juretycznego wyrazu tej wolności, nie wolno ograniczać, zwłaszcza przez „oddanie na pastwę kręactwa prawników”. Stąd dążenie do maksymalnego ograniczenia swobody podmiotów stosujących prawo, do swoistego „ubezwłasnowolnienia” sędziego zasadą legalizmu, do uczynienia sędziego wyłącznie „ustami ustawy”, wedle określenia *Monteskiusza*, do stworzenia zeń „automatu do subsumcji” danego przypadku pod określony przepis ustawy. Zupełność kodyfikacji stała w sprzeczności z dopuszczaniem pozaustawowych źródeł rozstrzygania sporów³⁷.

Gwałtowne przeobrażenia społeczno-gospodarcze końca XIX w. podważyły stabilność założeń wielkich kodyfikacji, w szczególności zmusiły do rewizji poglądów na temat relacji jednostki i społeczeństwa. Reakcją na napięcia

³⁴ F.W. Maitland, *Equity. A course of Lectures*, Cambridge 1949, reprint: 2011, s. 19.

³⁵ B. Więzowska, *Odpowiedzialność*, s. 50.

³⁶ Por. A. Stępkowski, *Nadużycie prawa*, s. 59.

³⁷ I. Kamiński, *Słuszność*, s. 27–28; L. Konic, *Ogólne cechy*, s. 31; L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Lublin 2000, s. 48; K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności wobec teoretycznych założeń kodyfikacyjnych XIX w.*, PiP 1974, z. 2, s. 31–33 i 43–44; A. Stępkowski, *Nadużycie prawa*, s. 55; A. Stelmachowski, *Zarys teorii*, s. 113.

społeczne stał się solidaryzm społeczny, akcentujący konieczność ograniczenia wolności jednostki w imię dobra ogółu. Wywróceniu uległa koncepcja praw podmiotowych – w miejsce absolutnej swobody wykonywania uprawnień pojawiła się koncepcja zakazu nadużycia prawa. Poszukiwanie idei słuszności w prawie doprowadziło do konieczności wprowadzenia ograniczenia sposobów korzystania z prawa podmiotowego³⁸.

Pojawiły się doktryny prawne o nastawieniu antypozytywistycznym, postulujące odchodzenie od czystej egzegezy tekstu aktu prawnego na rzecz poszukiwania rozstrzygnięcia godzącego zgodność z ustawą z wymogami słuszności³⁹. Upadek założeń zupełności regulacji kodeksowej wymusił jej otwarcie i uelastycznienie poprzez wprowadzenie klauzul generalnych. Klauzule miały z jednej strony stanowić remedium na luki w prawie, z drugiej dawać odpowiedni instrument korektury prawa tam, gdzie jest ono zbyt sztywne i może prowadzić do niesprawiedliwego rozstrzygnięcia w jednostkowym przypadku⁴⁰.

Jak zauważa *Aleksander Stępkowski*, pomimo zamieszczania klauzul generalnych (w tym zakazu nadużycia prawa) w kodyfikacjach cywilnych, nadal fundamentalną rolę odgrywało orzecznictwo i doktryna. Nawet bowiem tam, gdzie podstawy normatywne zostały już stworzone, konieczne było ich rozwijanie, nadanie im charakteru mechanizmu skutecznie chroniącego przez aberracjami w zakresie korzystania z prawnie przyznanej sfery wolności jednostki. Co więcej, niektóre kodeksy powstałe na początku XIX w. w ogóle tej klauzuli nie zawierały. Dopiero orzecznictwo, wspierane przez doktrynę zbudowało fundamenty tych instytucji⁴¹.

³⁸ K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności*, s. 40–41.

³⁹ L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul*, s. 54–55; L. Konic, *Ogólne cechy*, s. 32; K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności*, s. 43; A. Stelmachowski, *Zarys teorii*, s. 114.

⁴⁰ K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności*, s. 42; L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul*, s. 46–47, 51; I. Kamiński, *Słuszność*, s. 29.

⁴¹ A. Stępkowski, *Nadużycie prawa*, s. 54–56. Por. podobnie: K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności*, s. 42.