

Rozdział I. Teoria sprawiedliwości naprawczej

§ 1. Przywrócenie równowagi naruszonej czynem niedozwolonym jako nadrzędny cel prawa deliktów

Według teorii sprawiedliwości naprawczej (*corrective justice theory*) głównym celem prawa deliktów jest przywrócenie równowagi, która została naruszona zachowaniem wyrządzającym szkodę. Skoro bowiem poszkodowany stracił to, co zyskała osoba odpowiedzialna, sprawiedliwość wymaga zniwelowania tej nierównowagi i przywrócenia *status quo*¹. Z uwagi na tę cechę w literaturze uznaje się, że koncepcje teoretyczne odwołujące się do pojęcia sprawiedliwości naprawczej są koncepcjami historycznymi w tym sensie, że nastawione są na analizę pewnego zaistniałego w przeszłości zdarzenia szkodzącego w celu umożliwienia powrotu do stanu istniejącego wcześniej, a więc jeszcze przed wyrządzeniem szkody, i w tym sensie są zarazem ujęciami konserwatywnymi². Nie są więc na pewno nastawione ani prospektywnie, ani progresywnie, ponieważ nie jest ich celem wprowadzanie jakiegoś stanu idealnego, który nigdy w rzeczywistości nie zaistniał. Głównymi przedstawicielami teorii sprawiedliwości naprawczej są: *E.J. Weinrib, J.L. Coleman, A. Ripstein, J. Gordley*.

Stwierdzenie, w myśl którego istotą prawa deliktów jest przywracanie zaburzonej równowagi, może wydawać się paradoksalne lub nawet nieprawdziwe. Jedną z istotnych różnic między odpowiedzialnością deliktową i odpowiedzialnością wynikającą z bezpodstawnego wzbogacenia jest przecież to, że w przypadku pierwszym poniesionej przez kogoś szkody nie musi towarzyszyć odpowiednie wzbogacenie osoby, na którą ustawa nakłada odpowiedzialność de-

¹ *E.J. Weinrib*, *The Idea of Private Law*, Oxford 2012, s. 63; *J.L. Coleman*, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, *Indiana Law Journal* 1991, t. 67, s. 357; *A. Calnan*, *Justice and Tort Law*, *Carolina Academic Press* 1997, s. 101.

² Por. *P. Cane*, *Justice and Justifications for Tort Liability*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1982, t. 2, s. 31.

liktową. W tym sensie twierdzenie, że podmiot odpowiedzialny zyskał to, co stracił podmiot poszkodowany, może wydawać się nietrafne³. Faktycznie jednak, w ujęciu tej teorii, nie jest to paradoks, ponieważ wspomniane zaburzenie równowagi należy postrzegać na płaszczyźnie niemajątkowej: podmiot, który wyrządził szkodę, ma „więcej” w tym sensie, że zrealizował swoją własną wolę, w sposób nieuprawniony poszerzył zakres swojej wolności, a zatem zyskał, osoba poszkodowana ma natomiast „mniej”, bo została częściowo pozbawiona swojej woli, doznała uszczerbku wbrew swemu prawu do wolności i bezpieczeństwa, a więc poniosła stratę⁴.

Powyższe wyjaśnienie nie jest doskonałe w tej mierze, w jakiej zyski i straty identyfikowane są na jego gruncie na płaszczyźnie niemajątkowej, natomiast rekompensata, mająca być przeciw przywróceniem równowagi, przebiega na płaszczyźnie majątkowej. Z tego punktu widzenia bardziej przekonująca może się wydawać interpretacja tej kwestii dokonana przez *Colemana*. Według tego autora zysk, jaki osiąga osoba, której przypisujemy odpowiedzialność deliktową, można dostrzegać na płaszczyźnie majątkowej. Należy bowiem zauważyć, że osoba nieostrożna, która wyrządziła szkodę, zyskała w sensie zaoszczędzenia wydatków – nie podjęła bowiem tych środków ostrożności, które były wymagane od osoby rozsądnej⁵. W tym ujęciu widać wyraźniej korzyść osoby nieostrożnej, osiąganą kosztem osoby, która w wyniku tej nieostrożności poniosła szkodę.

§ 2. Korelatywność sytuacji poszkodowanego i osoby odpowiedzialnej za szkodę

W myśl twierdzeń formułowanych w obrębie referowanej tu koncepcji, podstawowe cechy prawa deliktów nie są historycznymi produktami ubocznymi czy też zwykłymi konwencjami, lecz cała istniejąca struktura prawa deliktów świadczy o tym, że jest ono nastawione na naprawianie indywi-

³ Por. krytykę, którą formułuje *P. Cane*, *Corrective Justice and Correlativity in Private Law*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1996, t. 16, s. 483.

⁴ Por. *E.J. Weinrib*, *The Idea of Private Law*, s. 65–66; *J. Gordley*, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford 2010, s. 183; *tenże*, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, w: *D.G. Owen* (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 2001, s. 138; *A. Calnan*, *Justice and Tort Law*, s. 101.

⁵ *J.L. Coleman*, *Moral Theories of Torts. Their Scope and Limits*, w: *M.D. Bayles*, *B. Chapman* (red.), *Justice, Rights and Tort Law*, Dordrecht–Boston 1983, s. 70.

dualnych niesprawiedliwości w relacjach prywatnoprawnych. Ścisłej biorąc, według *Weinriba* i *Colemana*, świadczą o tym następujące okoliczności: po pierwsze, odpowiedzialność deliktowa nie jest nakładana na każdego, kto zachował się nieostrożnie, lecz tylko na tego, czyjego zachowanie spowodowało szkodę; po drugie, rozmiar odpowiedzialności nie jest pochodną ryzyka stworzonego przez dany podmiot, lecz zależy od wysokości wyrządzonej faktycznie szkody; po trzecie, proces wszczynany jest przez powoda, który doznał uszczerbku. Wszystkie wymienione cechy doskonale zgadzają się z tezami sformułowanymi w obrębie teorii sprawiedliwości naprawczej, natomiast z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa deliktów, z którą przedstawiciele teorii sprawiedliwości naprawczej toczą stałe polemiki, są one niezrozumiałe i wydają się przypadkowe. Z ekonomicznej analizy prawa deliktów i preferowanej przez nią funkcji prewencyjnej wynika bowiem raczej, że odpowiedzialność powinna ponosić każda osoba zachowująca się nieostrożnie, a nie tylko ta, która faktycznie wyrządziła szkodę; że rozmiar sankcji powinien być raczej pochodną istotności stworzonego ryzyka, a nie wysokości wyrządzonej szkody; oraz że proces uruchamiający sankcję mógłby być równie dobrze wszczęty i prowadzony przez dowolny podmiot, którego celem byłoby stworzenie odpowiednich bodźców prewencyjnych. Powyższa argumentacja, w przekonaniu jej autorów, wskazuje na to, że tzw. głęboka struktura prawa deliktów jest w pełni zgodna z koncepcją sprawiedliwości naprawczej, natomiast nie da się jej wytłumaczyć na gruncie ekonomicznej analizy prawa deliktów.

Z wymienionych względów za kluczową kategorię tłumaczącą charakter odpowiedzialności deliktowej, a nawet szerzej – całej odpowiedzialności cywilnoprawnej, *Weinrib* uznaje korelatywność, bipolarność relacji między poszkodowanym i osobą odpowiedzialną za szkodę⁶. Podkreśla on nieustannie, że zachowanie osoby odpowiedzialnej z jednej strony oraz szkoda doznana przez poszkodowanego – z drugiej, stanowią dwa nieodłączne od siebie elementy, dwa bieguny tej samej niesprawiedliwości⁷. To, co pozwany zrobił, i to, czego powód doznał, nie są bowiem niezależnymi faktami, lecz dwoma obliczami tego samego zdarzenia, i dlatego zawsze powinny być rozpatrywane łącznie. Korelatywność sytuacji obu tych podmiotów wymaga zatem, by konkretne rozstrzygnięcia przyjmowane na terenie prawa czynów niedozwolonych stale

⁶ E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford 2012, s. 15 i n. Podobnie J.L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, *Arizona Law Review* 1995, t. 37, s. 26.

⁷ E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, s. 17.

uwzględniały to sprzężenie, a więc brały pod uwagę powiązane ze sobą sytuacje obu stron.

Konsekwencją akceptacji wymienionych założeń jest nieuchronna krytyka, z jaką muszą spotkać się wszelkie formułowane na terenie prawa deliktów ujęcia jednostronne, nieszanujące tak rozumianej bipolarnej relacji. Przykładem takiego ujęcia jednostronnego jest, według *Weinriba*, przyjmowanie odpowiedzialności deliktowej na podstawie argumentu, w myśl którego dana osoba powinna odpowiadać, ponieważ ma wystarczające do tego zasoby finansowe, albo z uwagi na to, że może ona dokonać rozdziału ciężaru szkód pomiędzy większą liczbę podmiotów. Tego rodzaju uzasadnienia nakierowane są wyłącznie na zapewnienie kompensacji i opierają się na jednostronnym preferowaniu interesów poszkodowanego⁸. Z wymienionych powodów uzupełnianie systemu prawa deliktów elementami ubezpieczeń oraz sama idea repartycji szkód powodują niekoherencję, ponieważ idee te mogą uzasadnić obciążenie obowiązkiem odszkodowawczym dowolnej osoby, a nie tego konkretnego sprawcy, którego zachowanie doprowadziło do powstania szkody⁹. Jak pisze *Weinrib*, wypłata z funduszu ubezpieczeniowego nie odzwierciedla moralnej relacji między poszkodowanym i osobą odpowiedzialną, ponieważ tego rodzaju kompensacja anuluje co prawda uszczerbek doznany przez poszkodowanego, ale nie anuluje bezprawia dokonanego przez osobę, która wyrządziła szkodę¹⁰. Z referowanej tu teorii wynika jednoznacznie, że szkoda powinna być naprawiona przez tego, kogo prawo czyni za nią odpowiedzialnym, a wobec preferencji odpowiedzialności na zasadzie winy – przez tego, kto ją wyrządził, ponieważ kompensacja dokonana przez inną osobę nie usuwa tej nierównowagi między określonymi osobami, która została zaburzona czynem niedozwolonym. Według teorii sprawiedliwości naprawczej, wprowadzanie elementów sprawiedliwości dystrybtywnej, w tym angażowanie prawa ubezpieczeń, jest traktowane jako niespójne z istotą prawa deliktów, która wymaga, by to właśnie osoba odpowiedzialna naprawiła szkodę. Koncepcje postulujące repartycję szkód i silnie akcentujące potrzebę efektywnej kompensacji są więc oceniane jako jednostronnie faworyzujące poszkodowanego, i dlatego nietrafne.

Równie jednostronna, lecz wychylona niejako w przeciwną stronę, jest w opinii *Weinriba* ekonomiczna analiza prawa deliktów, ponieważ reprezen-

⁸ Tamże.

⁹ E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 36 i n.

¹⁰ E.J. Weinrib, *Causation and Wrongdoing*, *Chicago-Kent Law Review* 1987, t. 63, s. 435.

tatywna dla niej formuła *Handa* preferuje jednostronnie interesy osoby potencjalnie odpowiedzialnej za szkodę, zobowiązując ją jedynie do takiej prewencji, której koszty są mniejsze od wysokości prawdopodobnej szkody. Ujęcie wcześniej wymienione nadmiernie koncentruje się zatem na interesach poszkodowanego, starając się za wszelką cenę zapewnić mu kompensację, ujęcie drugie koncentruje się nadmiernie na osobie potencjalnie odpowiedzialnej za szkodę, skupiając się wyłącznie na poszukiwaniu odpowiednich z jej punktu widzenia bodźców prewencyjnych. Tymczasem, według *Weinriba*, oba mechanizmy, a więc kompensacja i prewencja, powinny równoważyć się wzajemnie, a równowagę tę zapewnia właśnie postulowana przez niego korelatywność, ujmująca sytuację poszkodowanego i osoby odpowiedzialnej w ich wzajemnym powiązaniu i sprzężeniu¹¹.

Z powyższych ustaleń wynika, że w świetle teorii sprawiedliwości naprawczej rozwiązań poszczególnych problemów odpowiedzialności deliktowej należy poszukiwać w obrębie tej autonomicznej, bipolarnej relacji: osoba odpowiedzialna – poszkodowany, a nie w celach czy wartościach zewnętrznych, takich jak ekonomiczna opłacalność, prewencja, kształtowanie postaw społecznych itp. Teza ta jest związana z generalnym przekonaniem, podzielanym zwłaszcza przez *Weinriba*, o pełnej suwerenności prawa prywatnego oraz jego niezależności od gałęzi prawa publicznego.

§ 3. Dwie płaszczyzny prawa deliktów: obowiązki zachowania i obowiązki kompensacji

Według przedstawicieli teorii sprawiedliwości naprawczej, prawo deliktów składa się z dwóch sfer powinności. Pierwsza z nich zawiera obowiązki oparte na zakazie wyrządzania szkody – prawo deliktów określa tutaj, na czym polegają obowiązki ostrożności w poszczególnych sytuacjach. Druga sfera obejmuje obowiązki naprawiania szkód, będących skutkiem naruszenia obowiązków pierwszego rodzaju¹². Obowiązki pierwszego rzędu (*first order duties, primary duties*) to obowiązki określonego zachowania. Obowiązki drugiego rzędu (*second order duties, secondary duties*) to obowiązki naprawienia szkody, które

¹¹ E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 43.

¹² Por. J.C.P. Goldberg, *Twentieth-Century Tort Theory*, s. 570.

aktualizują się w razie naruszenia obowiązków pierwszego rodzaju¹³. W literaturze polskiej podobna koncepcja prezentowana jest w postaci ujęcia, w myśl którego art. 415 KC formułuje normę sankcjonującą, zobowiązującą do naprawienia szkody, a norma ta jest uruchamiana w razie naruszenia, niewysłowionej w tym przepisie bezpośrednio, normy sankcjonowanej, której treść sprowadza się do nakazu zachowania ostrożnego, nakierowanego na to, by nie wyrządzać drugiemu szkody¹⁴.

Przyjęcie perspektywy wskazującej na opisaną wyżej dwupłaszczyznowość prawa deliktów jest, w mojej ocenie, niezbędne.

Po pierwsze, jedynie pamiętając o tym, że prawo deliktów zawiera nie tylko obowiązki kompensacji, ale także obowiązki zachowania, jesteśmy w stanie dostrzec, że to właśnie w obrębie tych drugich, choć chronologicznie i logicznie pierwszych, jest realizowana funkcja regulacyjna prawa czynów niedozwolonych. O funkcji tej będzie mowa w rozdziale czwartym (zob. rozdz. IV § 1), natomiast w tym miejscu można ją wstępnie ująć jako wytyczanie relacji między, z jednej strony, interesem wolnościowym podmiotów prawa prywatnego, to jest ich prawem do podejmowania dowolnego rodzaju działalności, oraz z drugiej strony interesem bezpieczeństwa, to jest przysługującą tym samym podmiotom wolnością od doznawania szkód. W kontekście tego wytyczania granic wskazuje się zazwyczaj w literaturze na konieczność balansowania wymienionych, niezgodnych często ze sobą interesów, a za główne narzędzie tego balansowania uznaje się formułowanie przez prawo deliktów wymogów ostrożnego zachowania, bo to one dostarczają najbardziej konkretnej wskazówki co do tego, jaki rodzaj zachowania jest wymagany od danej osoby w konkretnej sytuacji w celu poszanowania praw podmiotowych innych osób¹⁵.

Po drugie, świadomość, że prawo deliktów formułuje nie tylko obowiązki kompensacji, ale także poprzedzające je obowiązki zachowania, umożliwia prawidłowe ujęcie bezprawności, jako przesłanki odpowiedzialności deliktowej opartej na zasadzie winy. Jak zostanie dokładniej wykazane w poniższych

¹³ Zob. np. S. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, Iowa Law Review 1991, t. 77, s. 507–508; H. Sheinman, *Tort Law and Corrective Justice*, Law and Philosophy 2003, t. 22, s. 30; N. Jansen, *Duties and Rights in Negligence. A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability*, Oxford Journal of Legal Studies 2004, t. 24, s. 457–458; A. Calnan, *Justice and Tort Law*, s. 124.

¹⁴ Zob. szerzej M. Wilejczyk, *Dlaczego nie należy chodzić w tłumie ze szpilką wystającą z rękawa? Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej za czyn własny*, SPP 2013, Nr 1, s. 59.

¹⁵ Tak C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2013, s. 220.

rozważaniach, bezprawności należy bowiem upatrywać w niezgodności zachowania osoby odpowiedzialnej za szkodę z jakąś szczegółową normą prawną lub z generalnym obowiązkiem ostrożności, nie zaś w samym fakcie naruszenia prawa podmiotowego poszkodowanego, choćby było to prawo o charakterze bezwzględny. Bezprawność deliktowa polega właśnie na naruszeniu *primary duties*, a więc obowiązków pierwszego rodzaju – dopiero po stwierdzeniu tego naruszenia można przejść do ustalenia obowiązków odnoszących się do naprawienia zaistniałej szkody, czyli *secondary duties*.

Po trzecie, świadomość istnienia obowiązków pierwszego rodzaju jest także przydatna przy rozwiązywaniu bardziej szczegółowych problemów prawa deliktów. Jest tak np. w odniesieniu do kwestii dopuszczalności kompensacji szkód czysto majątkowych. W dalszych rozważaniach zostanie bowiem wykazane, że odpowiedź na pytanie o zasadność takiej kompensacji jest ściśle uzależniona od ustalenia, czy osoba, na którą ma być włożony obowiązek naprawienia szkody jako obowiązek drugiego rzędu, naruszyła ciężący na niej obowiązek pierwszego rzędu względem podmiotu, który domaga się takiej kompensacji.

§ 4. Wina jako niezbędne kryterium normatywne odpowiedzialności deliktowej

Przedstawiciele teorii sprawiedliwości naprawczej przejawiają wyraźną preferencję dla odpowiedzialności deliktowej na zasadzie winy w zestawieniu z innymi możliwymi rozwiązaniami, w tym zwłaszcza w zestawieniu z odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka. Wydaje się, że odpowiedzialność na zasadzie winy bardziej odpowiada wyjściowemu, przyjmowanemu przez nich schematowi bezprawnego naruszenia równowagi między stronami, a następnie jej przywrócenia. Z perspektywy teoretyków sprawiedliwości naprawczej oparcie odpowiedzialności deliktowej na zasadzie winy jest rozwiązaniem najbardziej naturalnym, ponieważ w tym przypadku zasadnicze warunki odpowiedzialności prawnej upodabniają się do podstawowych warunków odpowiedzialności moralnej. Ta ostatnia, jak wiadomo, nie istnieje bez stwierdzenia, że zachowanie podmiotu, któremu ma być przypisana odpowiedzialność, miało charakter zawiniony. To samo rozumowanie przeniesione na grunt odpowiedzialności prawnej oznacza, że także tutaj kardynalną przesłanką odpowiedzialności jest wina działającego podmiotu. Istnieje jednak istotna róż-

nica. O ile bowiem warunkiem odpowiedzialności moralnej jest możliwość postawienia zindywidualizowanego zarzutu, że osoba działająca mogła i powinna była zachować się inaczej, o tyle na gruncie zdecydowanej większości współczesnych systemów prawnych za przesłankę odpowiedzialności deliktowej uznaje się istnienie winy w rozumieniu obiektywnym, a więc sam fakt naruszenia wymaganego standardu zachowania, bez względu na to, czy standard ten mógł być faktycznie w danej sytuacji zrealizowany przez podmiot podejmujący określone zachowanie¹⁶. Takie zobiektywizowane ujęcie winy jest akceptowane przez przedstawicieli teorii sprawiedliwości naprawczej.

Według J. Coleman i A. Ripsteina, aby poprawnie odpowiedzieć na pytanie, kto powinien ponosić ciężar szkód, wypadków i innych nieszczęśliwych zdarzeń, należy oprzeć się na kryterium normatywnym, dlatego odwołanie się do przesłanki związku przyczynowego jest niewystarczające¹⁷. Zdaniem wymienionych autorów, jeśli poszukujemy kryterium przesądzającego o tym, które nieszczęścia mają obciążać ten podmiot, który ich doznał, a które powinny obciążać innych lub wspólnotę, trzeba określić obiektywną wartość poszczególnych aktywności w życiu indywidualnym i społecznym¹⁸. Nie można więc zakładać, że obowiązek kompensacji jest zwykłą pochodną relacji kauzalnych albo że jest rezultatem przekroczenia jakichś naturalnych granic między jednostkami, bo takie nie istnieją. Dlatego dopiero system oparty na przesłance winy zapewnia prawidłowe rozstrzygnięcia, ponieważ owe „granice” między jednostkami, których przekroczenie rodzi obowiązek kompensacji, mogą być rozumiane jedynie w kategoriach wzajemnych obowiązków. Z tych powodów wielkość ryzyka, jakie można w sposób dozwolony, a więc niezawiniony, nakładać na innych, zależy od tego, jaka aktywność jest podejmowana, oraz jakiego rodzaju szkody może ona spowodować, to zaś, jak wspomniano, wymaga ustalenia wagi poszczególnych aktywności w społeczeństwie liberalnym¹⁹.

Według Weinriba, odpowiedzialność na zasadzie ryzyka wprowadza natomiast pewną niekonsekwencję do prawa deliktów, ponieważ miesza się tutaj kwestie sprawiedliwości naprawczej z kwestiami sprawiedliwości dystrybtywnej. Ponadto, zdaniem tego najbardziej prominentnego przedstawiciela *corrective justice*, zasada ryzyka narusza ideę równości między stronami, po-

¹⁶ Por. np. P. Widmer, Comparative Report on Fault as Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution), w: P. Widmer (red.), Unification of Tort Law. Fault, Haga 2005, s. 332 i n.

¹⁷ J.L. Coleman, A. Ripstein, Mischief and Misfortune, McGill Law Journal 1995, t. 41, s. 96.

¹⁸ Tamże, s. 97.

¹⁹ Tamże, s. 108–109.

nieważ nadmiernie preferuje interesy osoby poszkodowanej²⁰. Z tych powodów za optymalny, najbardziej sprawiedliwy model odpowiedzialności autor ten uważa odpowiedzialność na zasadzie winy z obiektywnym rozumieniem niedbalstwa. Ostatecznie, istniejące *de lege lata* przypadki odpowiedzialności na zasadzie ryzyka autor ten tłumaczy, uznając, że tej działalności, która kreuje zwiększone ryzyko wyrządzenia szkód, też można postawić jakiś zarzut przypominający rodzaj zawinienia. Twierdzi on, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka jest rozciągnięciem, nie zaś zaprzeczeniem zasady winy, ponieważ każdy wzrost poziomu ryzyka w działalności pozwanego pociąga za sobą spadek podatności sądu na argumenty egzoneracyjne, a zatem musi być taki punkt na tym *continuum*, gdzie aktywność jest dostatecznie ryzykowna, by brak staranności był przypisany na podstawie zmaterializowania się tego ryzyka²¹. Z argumentacji tej wynika jednak, że autor ten zrównuje podjęcie działalności obciążonej zwiększonym ryzykiem z niezachowaniem należytej staranności, a więc pośrednio stawia osobie odpowiadającej na zasadzie ryzyka pewien zarzut, czego nie da się w sposób uzasadniony przyjąć²².

Stanowisko *Colemana* jest w tym sensie podobne do *Weinriba*, że także on przyjmuje, iż teoria sprawiedliwości naprawczej implikuje zasadniczą akceptację dla odpowiedzialności deliktowej na zasadzie winy²³. Jednocześnie jednak, w odróżnieniu od *Weinriba*, nie kwestionuje on samodzielności odpowiedzialności deliktowej opartej na zasadzie ryzyka. W odniesieniu do tej ostatniej twierdzi po prostu, że jej główne uzasadnienie leży w argumentacji o charakterze ekonomicznym i dlatego ostatecznie uważa, że nie da się całego prawa deliktów wyjaśnić w kategoriach sprawiedliwości naprawczej, ponieważ, patrząc całościowo, jest ono mieszaniną rynku (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka) i moralności (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka)²⁴.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że teoria sprawiedliwości naprawczej nie potrafi przekonująco uzasadnić odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, lecz usiłuje ją sprowadzić do jakiejś odmiany odpowiedzialności na zasadzie winy (*Weinrib*) albo wprost przyjmuje, że jej uzasadnienie leży poza względami sprawiedliwości naprawczej (*Coleman*). Być może jedną z przyczyn tego faktu jest to, że omawiana koncepcja jest silnie przywiązana do podstawowej idei, w myśl której czyn niedozwolony jest *ex definitione* jakimś złem,

²⁰ E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 177.

²¹ Tamże, s. 188.

²² Por. zwłaszcza rozdz. IV § 5.

²³ J.L. Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, s. 365.

²⁴ Tamże, s. 365 i n.

rodzajem niesprawiedliwości, a w tej perspektywie nie ma dozwolonych przypadków wyrządzenia szkody. W konsekwencji omawiana koncepcja sprowadza odpowiedzialność na zasadzie ryzyka do jakiejś formy niedbalstwa albo postuluje eliminację tego rodzaju odpowiedzialności²⁵.

§ 5. „Drugiego nie krzywdzić”

I. Znaczenie zasady *neminem laedere* dla zakreślenia ram odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wskutek winy nieumyślnej

Zasada *neminem laedere*, wywodząca się z myśli starożytnych Rzymian, mimo że była regułą prawną, miała też wydźwięk moralny, ponieważ była wiązana z elementarnymi standardami działania *bonus pater familias*. Zgodnie z tym ujęciem, nikt nie powinien podejmować się działań, o których wie lub powinien wiedzieć, że ze względu na swoją słabość nie jest w stanie przeprowadzić ich w sposób bezpieczny, niezagrażający wyrządzeniem szkody innym podmiotom²⁶. Według F. Parisi’ego, zasada *alterum non laedere* leży także u podłoża ogólnej formuły deliktu przyjętej we francuskim kodeksie cywilnym, jednak autor ten zwraca uwagę na pewną zmianę w interpretacji tej zasady, jaka dokonała się w czasach nowożytnych, a zwłaszcza nam współczesnych. Pierwotnie jej uzasadnieniem był bowiem взгляд na innych członków społeczeństwa, dążenie do poszanowania cudzych praw podmiotowych, jednak w czasach współczesnych, zdominowanych często kalkulacją ekonomiczną, zasada *neminem laedere*, jeśli w ogóle przetrwała, to tylko w ujęciu egoistycznym. Zwłaszcza dla przedstawicieli *law and economics* maksyma: „nie wyrządzaj drugiemu szkody” jest podyktowana troską o własny interes, którym jest dążenie do unikania ponoszenia kosztów odpowiedzialności, gdyż każda szkoda nałożona na innych przez nieostrożne zachowanie staje się kosztem nakładanym na samego siebie²⁷. W tym ujęciu jest to jednak wypaczenie, a nawet zaprzeczenie właściwej treści zasady *neminem laedere* – nie wynika ona tutaj bo-

²⁵ Por. G.C. Keating, *Strict Liability Wrongs*, w: J. Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford 2014, s. 293.

²⁶ F. Parisi, *Alterum non laedere*. An Intellectual History of Civil Liability, *The American Journal of Jurisprudence* 1994, t. 39, s. 322 i n.

²⁷ Tamże, s. 351.

wiem z roztropności ani z poszanowania dla cudzych praw podmiotowych, tylko z egoizmu. Z tych powodów w dalszych rozważaniach przyjmuję, że w ramach ekonomicznej analizy prawa deliktów nastąpiło odrzucenie zasady *neminem laedere* i zastąpienie jej regułą *damnum sentit dominus* (por. rozdz. IX § 5).

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że przyjęcie zasady *neminem laedere* jest niezbędne do właściwego zakreszenia ram odpowiedzialności deliktowej za szkodę wyrządzoną wskutek winy nieumyślnej. Jak twierdzi Ch. von Bar, niewłaściwe zachowanie (*misconduct*) występuje, gdy osoba działa z naruszeniem ustawy lub reguł wynikających z ogólnej zasady *neminem laedere*²⁸. Identyczne ujęcie znajdujemy w uzasadnieniu art. VI. – 3:102 DCFR, w którym czytamy, że na tle zdecydowanej większości ustawodawstw przyjmuje się, że istnieją dwa źródła tworzące obowiązek ostrożnego zachowania w relacji do chronionych przez prawo deliktowe interesów innych podmiotów. Pierwszym źródłem są postanowienia ustawowe, drugie natomiast stanowi generalna reguła niewyrządzania drugiemu szkody (*neminem laedere*)²⁹.

Podobnie kwestię tę przedstawiają B. Markesinis i H. Unberath, twierdząc, że przy odpowiedzialności deliktowej za szkodę wyrządzoną wskutek niedbalstwa bezprawność jest albo rezultatem zachowania niezgodnego ze standardem nałożonym przez jakąś szczegółową normę prawną, albo też skutkiem zachowania naruszającego generalny obowiązek nałożony na każdy podmiot prawa, aby podejmować zachowania w sposób ostrożny, nakierowany na to, by nie wyrządzać drugiemu szkody. Przyjęcie tego drugiego elementu, a więc zasady *neminem laedere* i wynikającego z niej obowiązku ostrożności, autorzy ci uznają za „oczywiste w każdym cywilizowanym społeczeństwie”³⁰.

Niezależnie od zawartości etycznej omawianej zasady należy ponownie zwrócić uwagę na rolę, jaką pełni ona w domknięciu systemu prawa deliktów. Jak twierdzi von Bar, prawo czynów niedozwolonych może być efektywne i trwałe tylko wtedy, gdy jest w stanie autonomicznie decydować o tym, co jest bezprawne³¹. Charakterystyczna dla prawa niemieckiego próba wyliczenia przyczyn bezprawności (naruszenie prawa podmiotowego, naruszenie ustawy, naruszenie *public policy*) jest próbą nieudaną w tej mierze, w jakiej okazało

²⁸ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, t. 2, Oxford 2000, s. 234.

²⁹ Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, t. 4, Nowy Jork 2010, s. 3402.

³⁰ B. Markesinis, H. Unberath, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, Oxford 2002, s. 81.

³¹ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, t. 2, s. 239.

się, że nie obejmuje ona wszystkich przypadków, w których sądy faktycznie przypisują odpowiedzialność deliktową za szkodę wyrządzoną przez niedbalstwo. Niemieckie reguły kodeksowe musiały zatem zostać uzupełnione przyjęciem istnienia *Verkehrspflichten*, które nie są niczym innym, jak właśnie obowiązkami ostrożności. Nie jest zatem zaskakujące, wywodzi dalej *von Bar*, że *duties of care* w prawie niemieckim rozpoczęły swój, choć nieco spóźniony, pochod w tej dziedzinie prawa³². Identycznie twierdzą *Markesinis* i *Unberath*, uznając, że w prawie niemieckim jedną z najbardziej płodnych przyczyn rozwoju odpowiedzialności za zaniechanie była akceptacja idei, w myśl której ktokolwiek przez swoją aktywność lub przez swój majątek tworzy w życiu codziennym źródło potencjalnego zagrożenia, co do którego jest prawdopodobne, że dotknie ono interesów lub praw innych osób, jest zobowiązany zapewnić ochronę przed ryzykami, które stworzył³³. Opierając się na tej idei, sądy niemieckie przy wsparciu doktryny sformułowały słynne *Verkehrssicherungspflichten*, czyli obowiązki zapewnienia bezpieczeństwa w obrocie w sytuacji, gdy samemu tworzy się ryzyko wyrządzenia innym szkody³⁴. W literaturze polskiej pisze na ten temat w jednym ze swoich najnowszych artykułów *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska*, podkreślając, że analogiczne tendencje do formułowania obowiązków zapewnienia bezpieczeństwa przez podmioty tworzące jakiegokolwiek zagrożenia w życiu społecznym występują także w orzecznictwie francuskim oraz polskim³⁵.

Wydaje się, że choć *Principles of European Tort Law* formalnie nie przywołują zasady *neminem laedere*, na regule tej opiera się art. 4:103, noszący tytuł: „Obowiązek ochrony innych przed szkodą”. W myśl zawartego tu postanowienia, obowiązek podjęcia działania w celu ochrony innych przed szkodą może powstać w sytuacjach przewidzianych prawem, bądź jeżeli osoba działająca stwarza sytuację niebezpieczną lub ma nad nią kontrolę, bądź jeżeli istnieje między stronami stosunek szczególnego rodzaju, albo gdy znaczny rozmiar szkody z jednej strony i łatwość jej uniknięcia z drugiej strony wskazuje

³² Tamże.

³³ *B. Markesinis, H. Unberath*, *The German Law of Torts*, s. 86.

³⁴ *Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke* (red.), *Principles, Definitions and Model Rules*, t. 4, s. 3416.

³⁵ *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska*, *Cywilna odpowiedzialność deliktowa za zaniechanie (kilka refleksji)*, w: *P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel* (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, s. 734 i n.

na taki obowiązek³⁶. Przepis ten ma być pomocą przede wszystkim przy formułowaniu ocen, w jakich sytuacjach brak podjęcia określonego zachowania może być uznany za zaniechanie o charakterze bezprawnym³⁷. Warto jednak zauważyć, że końcowa część przepisu formułuje w tym kontekście obowiązek nawet dalej idący w porównaniu z tym, który tradycyjnie przypisuje się zasadzie *neminem laedere*. Zdaniem twórców omawianego projektu, obowiązek ochrony drugiego przed szkodą powstaje też w przypadku, gdy dany podmiot nie stworzył samego źródła niebezpieczeństwa, z którego może wyniknąć szkoda, lecz źródło to tkwi gdzie indziej. W tych sytuacjach, mimo że dany podmiot nie jest odpowiedzialny za stworzenie zagrożenia, może on być zobowiązany do naprawienia szkody, jeżeli nie podjął działania ochronnego, gdy było ono łatwo dostępne, a grożąca drugiemu szkoda poważna, np. podmiot ten zdawał sobie sprawę, że inna osoba nie wie o grożącym jej nieuchronnie niebezpieczeństwie szkody i nie podjął żadnych zachowań, by ją przed tym niebezpieczeństwem ostrzec albo wezwać pomoc³⁸. Ten ostatni element wydaje się bardzo nowatorski, ale sądzę, że wymaga on głębszego przemyślenia. Nie jest bowiem jasne, w jakiej relacji pozostawałaby odpowiedzialność podmiotu, który nie udzielił pomocy, do odpowiedzialności osoby, która stworzyła samo zagrożenie i wyrządziła szkodę. Jeśli odpowiedzialność obu tych podmiotów miałaby być solidarna, należałoby rozważyć, według jakich kryteriów miałoby przebiegać ustalenie przysługujących im wzajemnie roszczeń regresowych.

Podsumowując, należy sformułować wniosek, zgodnie z którym akceptacja zasady *neminem laedere* i wynikającego z niej nakazu zachowania ostrożności w relacjach społecznych jest niezbędna przede wszystkim dlatego, że umożliwia systemowe domknięcie prawa deliktów. Bez przyjęcia generalnego, choć zrelatywizowanego sytuacyjnie obowiązku ostrożności, w takim systemie zawsze będą bowiem luki³⁹. Jak twierdzi *von Bar*, prawo deliktów musi dysponować autonomicznym kryterium bezprawności, a dostarcza go właśnie omawiana tu zasada i będący jej bezpośrednią konsekwencją obowiązek ostrożności. Według tego autora, prawo deliktów, które pozostawiałoby wyłącznie ustawodawcy określenie, czy miało miejsce niewłaściwe zachowanie i które

³⁶ Tłumaczenie *E. Bagińskiej*, w: *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wiedeń 2005, s. 246.

³⁷ Por. *P. Widmer*, *Liability Based on Fault*, w: *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wiedeń 2005, s. 88.

³⁸ Tamże.

³⁹ Podobnie twierdził, opowiadając się za przyjęciem generalnego obowiązku ostrożności, *R. Longchamps de Brier*, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 245.