

UNIWERSYTET W BIAŁYMSTOKU
WYDZIAŁ PRAWA

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

NOWE KATEGORIE INSTYTUCJI PRAWNYCH

Redakcja naukowa
Katarzyna Bagan–Kurluta
Ks. Florian Lempa

Rada naukowa:

Lidia Abramczyk, Vladimír Babčák, Leonard Etel, Marian Filar, Edward Gni-
wek, Marian Grzybowski, Adam Jamróz, Marina Karasiowa, Cezary Kosikowski,
Barbara Kudrycka, Adam Lityński, Petr Mrkývka, Emil Pływaczewski, Stanisław
Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Bogdan Wierzbicki

Kolegium redakcyjne:

Teresa Mróz, Grażyna B. Szczygieł, Mieczysława Zdanowicz, Justyna Matys

© Copyright by Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2
Białystok 2010

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiejkol-
wiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z foto-
kopiowaniem – bez pisemnej zgody wydawcy.

ISSN 1689–7404

Recenzenci:

Bronisław Sitek, Stanisław Wrzostek

Redaktorzy językowi:

Richard Tykocki–Crow, Krzysztof Pykel

Opracowanie graficzne i typograficzne:

Katarzyna Frąckiewicz

Projekt okładki:

Bauhaus

Redakcja techniczna:

Jerzy Banasiuk

Korekta tekstów polskojęzycznych:

Bogumiła Mancewicz

Wydawca: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2

Zainteresowanych współpracą prosimy o kontakt z kolegium redakcyjnym

na adres: Justyna Matys, 15–213 Białystok, ul. Mickiewicza 1, tel. 85 7457192;

e-mail: justdo@interia.pl bądź z Wydawnictwem Temida 2 z dopiskiem
– Białostockie Studia Prawnicze

Spis treści

Wstęp 9

MARIA SZYSZKOWSKA

Prawo holistyczne 11

JERZY KOWALSKI

O niektórych tendencjach rozwoju współczesnego prawa cywilnego 15

CZĘŚĆ I

ŚWIADOMOŚĆ SPOŁECZNA JAKO CZYNNIK ZMIAN NORMATYWNYCH

TERESA MRÓZ

On certification of succession and the need for further changes
in the law of succession (O poświadczeniu dziedziczenia i potrzebie
dalszych zmian prawa spadkowego) 31

RYSZARD SZTYCHMILER

Odnowienie funkcji adwokata przy sądach kościelnych
(The renewal of the function of a lawyer in the courts of the Church) 44

KATARZYNA BAGAN-KURLUTA

About surrogacy agreements against background of American experiences
(O umowach surogacji w oparciu o amerykańskie doświadczenia) 59

JANUSZ CABAJ

Feminist legal theory: outline of the issue (Feministyczna teoria prawa) 79

STEFANO VINCI

Cloridoro Nicolini (1780–1859). Un magistrato alla ricerca delle regole
dell'equità (Sędzia w poszukiwaniu zasad sprawiedliwości) 97

FERDINANDO PARENTE

L'autodeterminazione di «fine vita»: una nuova categoria normativa?
(Samookreślenie związane z «końcem życia»: nowa kategoria prawna?) 123

Spis treści

VALENTINA PERRONE

Brevi riflessioni sull'origine dell'eccezione generale di dolo
(Krótka refleksja na temat pochodzenia zarzutu podstępny)133

MICHELE INDELLICATO

Il fondamento etico dei diritti umani (Etyczne podstawy praw człowieka)148

ROSA INDELLICATO

L'umanesimo totale nel pensiero di Antonio Rosmini
(Autentyczny humanizm w myśli Antonio Rosminiego).....158

CZĘŚĆ II

WPLYW NOWYCH TECHNOLOGII NA ROZWÓJ INSTYTUCJI PRAWNYCH

STANISŁAW PIKULSKI

Wpływ prawa europejskiego na unormowania przestępstwa
o charakterze terrorystycznym w Polsce (The impact of the European law
on Polish regulation concerning criminal offence of terrorism)173

STANISŁAW HOC

Cyber terrorism – threat to the security of the state and its citizens
(Cyberterroryzm – zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa i obywateli)185

MARIUSZ AFFEK

La specificità del diritto polacco genealogico ed araldico
(Specificity of Polish genealogical and heraldic law;
Polska specyfika prawa heraldycznego i genealogicznego)199

EWA KOWALEWSKA-BORYS

Investigative journalism as a new form of journalism in the information society
(Dziennikarstwo śledcze jako nowa forma dziennikarstwa)218

KAROL KUŹMICZ

Diritto e futurologia (Prawo a futurologia).....227

Spis treści

CZEŚĆ III

KONIECZNOŚĆ REGULACJI JAKO KONSEKWENCJA GLOBALIZACJI

URSZULA DROZDOWSKA

Patients' rights protection model in the Patients' Rights and Patients' Rights Ombudsman Act of 6.11.2008 (Dz.U. z 2009 r., Nr 52, poz. 417), (Model ochrony praw pacjenta na gruncie ustawy z dnia 6 XI 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta).....237

JUSTYNA MATYS

A New regulation on State Treasury responsibilities for the damaged one while executing official authority (Nowe regulacje odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej)293

SEBASTIAN SIKORSKI

Selected issues resulting from the implementation of the Markets in Financial Instruments Directive of the European Parliament and of the Council (MiFID) in the Polish regulatory framework (Nowe obowiązki dla sektora bankowego wynikające z implementacji regulacji europejskich).....275

PIOTR WOJNICZ

Handel ludźmi jak czarna strefa ekonomii w procesie migracji (Trafficking in human beings as the black zone of economics in the process of migration)293

MIRELLA MAZEO

Schiavitù e tratta di esseri umani: nuove categorie per antiche piaghe (Niewolnictwo i handel ludźmi: nowe kategorie dla starożytnych plag)304

SEBASTIANO TAFARO

Mediazione e processo: crisi del processo e ricorso alla conciliazione (Mediacja i proces: kryzys procesu i ucieczka do pojednania).....317

SALVATORE ANTONELLO PARENTE

L'elusione come categoria autonoma del diritto tributario (Obejście prawa jako samodzielna kategoria prawa podatkowego).....336

RECENZJE

ALEXANDER J. BÉLOHLÁVEK

Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz, Warszawa 2010, 1480 s. (<i>rec. Katarzyna Bagan–Kurluta</i>)	335
Orzecznictwo dotyczące nowych kategorii instytucji prawnych (<i>oprac. Justyna Matys</i>).....	361
Wykaz literatury (<i>oprac. Justyna Matys</i>).....	373

WPROWADZENIE

Ius est ars boni et aequi (prawo jest sztuką stosowania tego, co dobre i słuszne). Polityczne, gospodarcze i społeczne przemiany ostatnich kilku dekad mogą wpłynąć na zupełnie nowe ukształtowanie obrotu prawnego w przyszłości. Jednym z czynników dynamizujących te przemiany była w Polsce transformacja ustrojowa z 1989 r. Trudno jednak utożsamiać pojawienie się nowych koncepcji dotyczących kształtowania rzeczywistości jedynie z tym wydarzeniem o znaczeniu już historycznym. Transformacji nie można odmówić roli „generatora” myślenia wolnościowego, również w odniesieniu do kwestii wyartykułowania chęci wykreowania nowej rzeczywistości prawnej, poprzez stworzenie lub zaanektowanie obcych koncepcji prawnych.

Quod principi piplacuit, legis habet vigorem (co się podoba władcy, ma moc prawa). Próby nowego ukształtowania rzeczywistości zachęcają do pytania o rolę prawa w zmieniających się realiach. Czy powinno ono być traktowane jako kamień milowy w rozwoju społecznym, utożsamiane z ochroną wartości, które nie cieszą się już powszechnym uznaniem ze strony społeczeństwa? Czy też powinno spełniać rolę lustra odzwierciedlającego społeczne zapotrzebowanie na stworzenie stanu prawnego odpowiadającego rzeczywistości?

Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia (prawoznawstwo jest znajomością spraw boskich i ludzkich, wiedzą o tym, co sprawiedliwe, a co niesprawiedliwe). Rolą uczonego jest śledzenie, badanie i ocenianie rzeczywistości. Rolą człowieka jest wybór rozwiązań korzystniejszych. Rolą legislatora jest racjonalna ocena potrzeby wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych oraz pozostawienie pewnych składników rzeczywistości poza sferą uregulowania prawnego.

Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (są następujące zasady prawa: żyć szlachetnie, innym nie szkodzić, dać każdemu, co mu się należy). Niniejszy tom Białostockich Studiów Prawniczych zawiera rozważania dotyczące szeregu koncepcji kształtowania rzeczywistości oraz nowych instytucji prawnych, które z takich koncepcji powstały. Jest wynikiem przemyśleń uczonych z Polski i Włoch i ich próbą odniesienia się do zmieniającej się rzeczywistości.

Katarzyna Bagan-Kurluta

PRAWO HOLISTYCZNE

Nasza epoka pod wieloma względami nie dorasta do wartości głoszonych i kulturowanych w starożytności. Przypomnę na wstępie, że twórcami idei powszechnego braterstwa była szkoła stoików, która głosiła konsekwentnie niezbędność trwałego pokoju. Wówczas dostrzegano sprzeczność między braterstwem a zgodą na zabijanie człowieka przez człowieka.

W XXI wieku brakuje należytego szacunku dla ludzi oraz dla zwierząt, roślin i przyrody nieożywionej. Wyrazem tego są wojny i katastrofalne niszczenie środowiska naturalnego. Brakuje świadomości tego, że to, co zakłóca harmonię współistnienia, prowadzi do chorób, do wojen i grozi zagładą naszej planety. Filozof i lekarz, Julian Aleksandrowicz, wyrażał kilkadziesiąt lat temu głębokie zatroskanie tym, że wiedza o niepokojących skutkach niszczenia świata przyrody nie hamuje tych działań. Należy podkreślić, że to niszczenie odbywa się w majestacie prawa. Wiąże się to z wadliwą hierarchią wartości, która funkcjonuje powszechnie.

Najwyższy już czas, by została powszechnie zrozumiana i wprowadzana w życie teoria jedności wszechrzeczy, czyli holizm. Nie ma wszak wątpliwości, że niszczenie środowiska, w którym żyjemy, przez rozwój cywilizacji – w tym prowadzenie wojen – wywołuje powstawanie nowych chorób, wzrost niedorozwoju intelektualnego i przestępczość. Niebezpieczeństwem jest uznawanie dóbr materialnych za cel istnienia. Zachwiane na tej drodze zdrowie psychiczne wywołuje zaburzenia somatyczne. Przenoszone z pokolenia na pokolenie stwierdzenie powinno brzmieć odwrotnie: w zdrowym duchu – zdrowe ciało.

Wymieniony przeze mnie uczony wyrażał w swoich dziełach z zakresu filozofii medycyny zatrwożenie dysonansem między możliwościami człowieka w przekształcaniu przyrody a dochodzącym faktycznie do głosu kolonizatorskim stosunkiem do niej. Holizm głosi jedność wszechrzeczy, uświadamiając, że każdy z nas stanowi część całej ludzkości oraz zarazem część Kosmosu. W związku z tym naczelną wartością powinno być dążenie do doskonalenia własnego ja, czyli ewolucja duchowa zespolona z poczuciem obowiązku wobec rzeszy nieznanym sobie ludzi. Każdy z nas, zgodnie z holizmem, powinien mieć poczucie odpowiedzialności.

ści za siebie i za innych. Nikt z nas nie jest wyizolowanym atomem. Stanowimy część wszechświata. Wysiłek indywidualny powinien być wyznaczany przez ideały, a więc wartości wyższe niż te, które krzewi liberalizm ekonomiczny.

Holizm jest poglądem na miarę naszej epoki, którą określa się mianem globalizacji. Pisząc to mam na myśli nie tyle faktycznie zachodzące procesy, co zamysł globalizacji zgodny z jej inspiratorami, to znaczy stoikami oraz Kantem. Świadomość jednostek przepojona holizmem i zarazem pacyfizmem, nierozdzielnie sprzęgniętym z holizmem, miała poprzedzać procesy zjednoczeniowe w Europie. Miały się one rozpocząć od przebudowy świadomości Europejczyków, miała zostać oczyszczona z uprzedzeń i wrogości narosłej poprzez wieki. Oczekiwano po ostatniej wojnie światowej, że zostanie powszechnie uznana niepodważalna wartość człowieka, jego życie i zdrowie. Julian Aleksandrowicz pisał wielokrotnie, nie znajdując stosownego odzewu dla głoszonych poglądów, że pokój jest tym dla ludzkości, czym zdrowie dla pojedynczego człowieka. Przed zjednoczeniem Europy miały zniknąć uprzedzenia rasowe, narodowe, religijne, a także seksualne. W tej atmosferze tolerancji, czyli zgody na funkcjonowanie poglądów nawet dalece odległych od tych, które dany człowiek uznaje za prawdziwe i słuszne, miała tworzyć się nowa Europa. Stało się inaczej.

Globalizacja nie powinna prowadzić do ujednolicenia. Wyrazem tego poglądu, inaczej sformułowanym, jest powszechna aprobata dla demokracji, czyli ustroju nierozdzielnie zespolonego z wieloświatopoglądowością oraz z wielopartyjnością. Monizm charakteryzuje państwa totalitarne.

Aprobata dla wolnego funkcjonowania różnorodnych światopoglądów oraz różnorodnych kultur jest zespolona w sposób konieczny z szacunkiem dla prawa stanowionego. Jemu zawdzięcza się jedność społeczeństwa zróżnicowanego także pod względem narodowym czy religijnym. Prawo stanowione, czyli pozytywne, zespolone również rozmaite mniejszości w państwie. Obowiązuje bowiem każdego, natomiast inne dzieła kulturowe niż prawo nie mają zasięgu powszechnego; z twórczością literacką, artystyczną, techniczną czy naukową nie musi się każdy człowiek zetknąć. Inaczej z prawem, czyli rezultatem twórczości prawnej. Wszak nieznanostwo prawa nie może usprawiedliwić kogoś, kto je łamie.

Jak wiadomo, prawo pozytywne reguluje wszelkie obszary życia człowieka. Funkcjonują na uniwersytetach katedry prawa handlowego, administracyjnego, cywilnego, karnego, międzynarodowego, wyznaniowego, konstytucyjnego, europejskiego. Wyodrębnia się prawo pracy, prawo rodzinne, prawo finansowe czy prawo gospodarcze. Ten podział oraz wielość przepisów lawinowo narastających sprawia, że nikt nie zna prawa w jego całości. A ponadto ginie obraz człowieka leżący u podstaw przepisów prawnych. Nie ma wątpliwości, że u podłoża obowiązującego prawa zawarta jest określona koncepcja człowieka oraz związany z nią system warto-

ści. Mam tu na myśli wartości wyższe, ale inne niż dobro z tego powodu, że wybitni filozofowie prawa rozdzielają moralność i prawo. Nie znaczy to, że prawo miało być niemoralne, lecz zakorzenione w innych wartościach, to jest w wolności i w sprawiedliwości.

Począwszy od XVIII wieku, czyli wystąpienia Kanta, wielu wybitnych filozofów rozdziela to, co należy do sfery moralnej, od sfery podlegającej regulacji prawa stanowionego. Odmienne bywają uzasadnienia tego rozdziału w poglądach Stammlera, Radbrucha, Kelsena, Petrażyckiego czy Harta. Inaczej uzasadniał to w swoim systemie filozoficznym Kant, ale myśl przewodnia jest analogiczna. Otóż konsekwencją wysokiej oceny wolności człowieka jest uznanie prawa stanowionego jako gwaranta jednakowych i nienaruszalnych sfer wolności każdego człowieka. Tą drogą następuje włączenie jednostek we wspólnotę z zachowaniem uprawnienia do wyboru własnego światopoglądu. Na straży wolności stoi przymus prawny. Mając poczucie bezpieczeństwa, można dokonywać wyborów moralnych.

Filozofowie chrześcijańscy – w tym tomiści i neotomiści – stoją na gruncie poglądu, w myśl którego prawo stanowione ma podlegać moralności. W związku z tym rodzi się trudność związana z pojmowaniem demokracji jako ustroju, w którym dochodzi do głosu różnorodność teorii etycznych. Powstaje niebezpieczeństwo, że przepisy prawne będą umacniać poglądy etyczne tych, którzy zwyciężyli w wyborach i narzucać je całemu społeczeństwu. A jest oczywiste, że spory moralne są nierozstrzygalne, a w każdym razie nierozstrzygnięte od początku dziejów filozofii. Z niebezpieczeństwa zniewalania człowieka przez narzucanie mu poglądów moralnych zdawał sobie sprawę wyraźnie już Grocjusz. Z tego też powodu nadał teorii prawa naturalnego – inaczej niż filozofowie chrześcijańscy – charakter prawa immoralnego.

Wspomniana wcześniej dezintegracja obowiązującego prawa na poszczególne dziedziny utrudnia odczytanie koncepcji człowieka leżącej u podstaw przepisów prawnych. A należy, stanowiąc prawo czy to w państwie, czy to w Unii Europejskiej, brać pod uwagę człowieka nie tylko, jakim on jest i jakie są jego oczekiwania, ale także, jakim być powinien. To zagadnienie wiąże się z wychowawczą rolą prawa, co odkrył Petrażycki.

Procesy migracyjne, które będą coraz bardziej narastać, wymuszają pełnienie przez prawo roli wychowawczej w znacznie większym stopniu niż dotychczas. Powolności procesów edukacyjnych towarzyszy nadzieja, że dzięki prawu przeobrazi się w możliwie krótkim czasie świadomość człowieka XXI wieku. A więc prawo ma oddziaływać na świadomość prawodawców, którzy w następstwie stworzą udoskonalone prawo kształtujące wiele przejawów ludzkiego życia ze sferą ekonomiczną włącznie. Stąd płynie mój postulat prawa holistycznego i zarazem utworzenia katedr uniwersyteckich o tej nazwie.

Prawo holistyczne zawierałoby ogólne przepisy wyrażające ideę przewodnią określonego systemu prawnego oraz projekty nowych przepisów traktowanych jako drogowskazy dla ustawodawców. Prawo holistyczne określałoby przepisy, które już dziś w danym państwie czy Unii Europejskiej powinny obowiązywać, by zaspokoić oczekiwania wolności i sprawiedliwości. Katedry prawa holistycznego zastąpiłyby katedry pokoju, które powstały po drugiej wojnie światowej, ale ich oddziaływanie zanikło.

Prawo holistyczne określałoby wartości cementujące ludzkość oraz zespalającą ją z innymi istotami żywymi i Kosmosem. Prawo to brałoby pod uwagę sferę tego, co być powinno, czyli odwoływałoby się do wartości trwałego pokoju. Zawierałoby gwarancje możliwości lobbingu dla środowisk dyskryminowanych i nierozporządzających dobrami materialnymi. Ustanowiłoby instancje odwoławcze, bowiem mit decentralizacji doprowadził do bezradności szerokich kręgów osób pokrzywdzonych.

Prawo holistyczne przyniosłoby uprawnienie dla liberalizmu światopoglądowego równie wyraźne, co dla liberalizmu ekonomicznego. Zapewniłoby dostęp do publicznej telewizji różnym grupom mniejszościowym łącznie z osobami sędziwymi, kombatantami czy przedstawicielami ginących zawodów. Prawo holistyczne przyniosłoby w duchu pluralizmu zakaz dyskryminacji medycyny pozaakademickiej oraz zapewniłoby ochronę zdrowia człowieka przed wynalazkami technicznymi. Zawierałoby postulat odejścia od pojmowania małżeństwa w sposób zgodny z prawem kanonicznym, co przyczyniłoby się do stworzenia społeczeństwa pluralistycznego i ułatwiło sytuację imigrantów. Ponadto w duchu nauk papieża Jana XXIII prawo holistyczne uprawomocniłoby własność spółdzielczą oraz własność państwową na równi z własnością prywatną.

W państwach demokratycznych – uznanych za najwłaściwsze w epoce globalizacji – zmieniają się po wyborach partie decydujące o ustawodawstwie i rządzeniu. Wytwarza się chaos. Prawo holistyczne miałoby natomiast charakter ponadpartyjny; byłoby kierunkowskazem przemian o znaczeniu fundamentalnym dla określonego państwa. Kierunkowskazem przemian wymuszonych przez postulat stworzenia społeczeństwa obywatelskiego w skali całego globu.

Nie można uznać za zadowalającą obecną sytuację, bowiem interesy przeciętnych jednostek górują nad dobrem ludzkości i naszej planety. Najwyższy czas, by doraźne interesy przestały dominować. Dążenie do zysku materialnego oraz indywidualnego sukcesu, najczęściej kosztem innych, nie może wystarczać. Niezbędne są wspólne dla ludzkości ideały, czyli cele dalekosiężne.

O NIEKTÓRYCH TENDENCJACH ZMIAN W PRAWIE POLSKIM

W swym wystąpieniu pragnę wskazać niektóre kierunki modyfikacji prawa polskiego, zachodzące pod wpływem procesu zmian w szeroko rozumianej rzeczywistości społecznej lub też zmian cywilizacyjnych w ogóle. Ponadto warto też wskazać niektóre kwestie rozważane aktualnie na gruncie teorii prawa. Okazuje się bowiem, że rozmaite zagadnienia – zdawałoby się – już dostatecznie zanalizowane, powracają. Na gruncie prawa konstytucyjnego – dotyczy to na przykład pozycji ustrojowej prezydenta; podziału władz; – do końca lat 90. ub. wieku trwała wielka dyskusja na temat państwa prawa, stymulowana procesem przemian ustrojowych, reorientacją w zakresie filozofii i aksjologii prawa, w zakresie koncepcji prawa (w szczególności zwrot ku koncepcji prawa natury w miejsce prawnopozytywnej koncepcji, i praktyczne implikacje tego zwrotu dla prawa konstytucyjnego i ustawodawstwa zwykłego), a także w związku z pracami nad nową konstytucją. Jeśli w ustawie zasadniczej dokonano wielkiego zwrotu ku idei demokratycznego państwa prawa i konstytucyjnych gwarancji praw człowieka, to po przyjęciu konstytucji owa dyskusja koncentrowała się wokół praktycznych, już politycznych i prawnych konsekwencji tej sytuacji. Dyskusja ta, udokumentowana bodaj dziesiątkami publikacji, zwieńczona została szczególnie ważnymi opracowaniami, i dość tylko przypomnieć – prawem przykładu – publikacje prof. Marii Zmierczak i prof. Sławomiry Wronkowskiej, ale przecież uczestniczyło w niej bardzo wielu luminarzy polskiego prawa, także judykatury.

Tymczasem okazuje się, że był to tylko pewien etap dyskusji – niejako wstępny, w nowej sytuacji polityczno–ustrojowej. Zagadnienie jest nadal aktualne. Świadczy o tym m.in. ogólnopolska konferencja naukowa zorganizowana w bieżącym roku przez Komitet Nauk Prawnych oraz Komitet Nauk Politycznych PAN. Obrady skoncentrowane były wokół trzech głównych zagadnień: 1. Państwo prawa w perspektywie nauk prawnych oraz politologii; 2. Państwo prawa w Rzeczypospolitej Polskiej. Rozwiązania ustrojowe, praktyka polityczna, opinie obywateli; 3. Państwo prawa a przemiany współczesnych mechanizmów władzy. Artykuł sprawozdawczy opublikowany przez Marzenę Kordele w 7 tegorocznym numerze „Państwa i Prawa” nosi znamieny tytuł: „Spory wokół teorii i praktyki państwa prawa”. Wydany

przez Wydawnictwo Sejmowe 15 lat temu tom opracowań nosił tytuł: „Polskie dyskusje o państwie prawa”.

W tym kontekście można odnotować powrót zagadnienia praworządności.

- Odnośnie do prawa administracyjnego – choć może wydawać się, że jest to problem o dość szczegółowym charakterze – kwestia definicji nadzoru (zwłaszcza w relacji do kategorii „kontrola”) jest nadal aktualna; ma to związek z reaktywowaniem samorządu terytorialnego, a od pierwszych ustaw tzw. samorządowych (pierwsza była ustawa o samorządzie gminnym) nie maleje ilość prac w szczególności doktorskich, monografii poświęconych ustawodawstwu samorządowemu i właśnie ustaleniu definicji nadzoru – jak na razie – bez dobrego rezultatu. Może być też zaskakujące, że znów podejmuje się rozważania na temat istoty samorządu, choć zręby polskiej teorii samorządu zostały zbudowane już w dwudziestoleciu międzywojennym.
- W filozofii prawa – można by powiedzieć, że o prawie natury powiedziano chyba wszystko. A jednak ten wątek tematyczny powraca w różnych aspektach.
- Podejmowane były – i są – próby konstrukcji nowej dziedziny prawa jak prawo policyjne oraz nowej gałęzi jurysprudencji – jak biojurysprudencja.
- W zakresie prawa medycznego – zaczyna pełniej zarysowywać się problematyka autonomii i praw pacjenta, jego zgody na terapię czy szerzej – na działania medyczne; rozważany jest status prawny proembrionu; z większą mocą rozważane są prawne zagadnienia uporczywej terapii i eutanazji – do niedawna były to problemy właściwe raczej dla innej dziedziny wiedzy, bioetyki.
- W ciągu kilkunastu lat dokonała się w wielkim zakresie ewolucja prawa polskiego pod wpływem technologii informatycznych, co oddają już dostatecznie wyraziście tytuły odpowiednich podręczników lub innych dzieł: „Prawo Internetu”; „Prawo komputerowe”; „Prawo karne komputerowe”; „Wpływ Internetu na ewolucję państwa i prawa”. Wszak żyliśmy w okresie, kiedy słowa komputer, sieci komputerowe, Internet, cyberprzestrzeń nie były znane. W następstwie gigantycznego rozwoju technologii cyfrowych i ich praktycznych zastosowań pojawiły się takie idee–koncepcje, jak e–Europa, e–społeczeństwo, e–administracja, e–biznes, i wkrótce idee te zaczęły być także jurydyzowane. W związku z rewolucją technologiczną nowego typu pojawiły się dziesiątki zupełnie nowych kwestii prawnych i odpowiadających im pojęć. Prawem przykładu: elektroniczne czynności prawne i ich skuteczność (oświadczenia woli, wadliwość); podpis elektroniczny, zawarcie umowy w sieci Internet, rodzaje umów; świadczenie usług drogą elek-

troniczną; ochrona konsumenta w e–umowach; prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym; pieniądz elektroniczny; karnoprawna ochrona informacji w warunkach jej elektronicznego przetwarzania; ochrona danych osobowych.; cywilnoprawne pojęcie pisemności w społeczeństwie informacyjnym – i jest to zarazem tytuł artykułu szerzej rozważającego to zagadnienie („Państwo i Prawo” 2009, z. 2).

Początek ewolucji prawa w tym zakresie wyznaczyła ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4. II. 1994 r., Dz.U. Nr 24, poz. 83 z późn. zm. – był to podstawowy akt prawny wyraźnie regulujący kwestię ochrony programów komputerowych. Większość polskich regulacji prawnych związanych z Internetem została wprowadzona do polskiego systemu prawa w związku z procesem harmonizacji z prawem UE, w szczególności z dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady z lat 1999–2001 w sprawie aspektów prawnych usług w społeczeństwie informacyjnym, zwłaszcza handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpisu elektronicznego, w sprawie praw autorskich w e–społeczeństwie.

– W innym zakresie – należy odnotować jako już trwale ukształtowaną tendencję – odrodzenie studiów romanistycznych. Nie chodzi przy tym tylko o historię prawa rzymskiego jako taką ani o prawo rzymskie jako część wykładu historii prawa, ale o rozwijanie studiów nad jego aktualnym znaczeniem. Studium tego prawa jest pojmowane jako wprowadzenie do współczesnego prawa cywilnego, prywatnego; ujmuje się to prawo jako *ius commune* Europy i wobec tego oddziałujące na kształtowanie się europejskiej kultury prawnej, a także jako podstawę współczesnej dogmatyki prawniczej. Rozwinęły się studia w szczególnym zakresie: paremie łacińskie w wystąpieniach Rzecznika Praw Obywatelskich do SN i TK (zwłaszcza: *pacta sunt servanda, lex retro non agit, nullum crimen sine lege, dura lex sed lex, clara non sunt interpretandi*). Podobnie – łacińskie paremie w orzecznictwie sądów polskich, zwłaszcza SN i TK. O współczesnym znaczeniu prawa rzymskiego w pełni świadczył program badawczy realizowany w warszawskim ośrodku romanistycznym „Zasady wywodzące się z prawa rzymskiego jako uzasadnienie legalności porządku prawnego w Polsce w świetle orzecznictwa TK, SN i NSA”. W programie tym znalazły wyraz na przykład: kwestie skuteczności praw nabytych i problem retroaktywności prawa, koncepcji własności prywatnej w świetle procesów prywatyzacyjnych i reprivatyzacyjnych, pozycja dłużnika w stosunku obligacyjnym z punktu widzenia rzymskiej *favor debitoris*.

Zarysowała się dyskusja nad przywróceniem pojęcia dobrych obyczajów jako klauzuli generalnej mającej zastąpić ewentualnie zasady współżycia społecznego, a wszak wiadomo, że *boni mores* było jednym z podstawowych pojęć prawa rzym-

skiego prywatnego, które przeniknęło do szeroko rozumianego prawa europejskiego. Szkoda, że dyskusja ta przestała być kontynuowana.

Nie sposób wskazać tutaj wszystkie kierunki zmian ustawodawstwa polskiego dokonanych w ciągu kilkunastu ostatnich lat. Nie sposób też scharakteryzować wszystkie kierunki i zakresy dyskusji na gruncie doktryny. Toteż zrozumiałe jest, że proponowany przegląd ma tylko charakter fragmentaryczny, arbitralny, wynikający z osobistego wyboru danych zagadnień.

W najszerszym zakresie dokonała się modyfikacja prawa polskiego w wyniku akcesji naszego kraju do Unii Europejskiej i przejścia wielu rozwiązań z zakresu prawa międzynarodowego. Proces tych zmian, ujęty już powszechnie zaakceptowaną formułą „europeizacja prawa polskiego”, przebiegał (i nadal jest kontynuowany) w dwóch etapach: w okresie przedakcesyjnym (a więc na etapie Stowarzyszenia RP ze Wspólnotami) oraz w okresie poakcesyjnym. Pojęcie „europeizacja prawa” głęboko zakorzeniło się w polszczyźnie i w języku prawniczym, jest terminem powszechnie stosowanym w podręcznikach prawa, w publikacjach o charakterze prawniczym, politologicznym, oficjalno-rządowym itd. Proces implementacji zasad i norm prawa unijnego, zarówno prawa pierwotnego jak i wtórnego oraz proces harmonizacji prawa polskiego i unijnego, ma charakter – można by powiedzieć – totalny, gdyż ogarnął stopniowo wszystkie dziedziny prawa, i w związku z tym w sposób uprawniony określa się: europeizacja polskiego prawa (lub europeizacja prawa krajowego) – karnego, cywilnego, pracy, administracyjnego, prywatnego itd., i co sygnalizują tytuły wielu opracowań z tego zakresu problemowego – powstałych w ostatnich latach. Jest to więc – i będzie nadal – proces ciągły, równoległy do zmian zachodzących w prawie unijnym i w sytuacji członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Równocześnie dokonuje się recepcja rozwiązań przyjętych w prawie europejskim (pozaunijnym), w szczególności dotyczy to recepcji ustaleń wielu konwencji międzynarodowych, dorobku prawnego Rady Europy, implementacji ratyfikowanych rozmaitych umów międzynarodowych.

Rozważając przebieg przekształceń polskiego prawa pod wpływem transformacji ustrojowej po 1989 roku, przyjąć można za słuszną konstatację prof. Wiesława Langa, iż „polskie prawo zmienia się ewolucyjnie zarówno na płaszczyźnie aksjologicznej, jak również instytucjonalnej”. (Zob. W. Lang, *Aksjologia polskiego systemu prawa w okresie transformacji ustrojowej*, (w:) *Przemiany polskiego prawa (1989–1999)*, pod red. E. Kustry, Toruń 2001).

Prawo o cudzoziemcach

Jednym z przykładów owej ewolucji są przekształcenia jednego z działów prawa publicznego – prawa o cudzoziemcach. Wybieram ten przykład nieprzypadko-

wo: prawo o cudzoziemcach koresponduje ze skomplikowaną problematyką migracji we współczesnym świecie – jest to problem społeczny, polityczny, ma różne aspekty ekonomiczne; jest to problem ujmowany w traktatach wspólnotowych, ma związki z koncepcją wspólnego jednolitego rynku, z zasadami wolności przepływu osób i usług. W przykładzie tym właściwe są dwa elementy charakterystyczne – jeden to właśnie ów proces ewolucyjny, drugi – to oddziaływanie prawa międzynarodowego – uniwersalnych standardów europejskich, określonych np. w Konwencji o statusie uchodźców, Międzynarodowym Pakcie Praw Politycznych i Obywatelskich. Uwzględnić tu też trzeba wszystkie regulacje międzynarodowe dotyczące wprost praw człowieka – to jest właśnie wspomniana płaszczyzna aksjologiczna. Jednocześnie też prawo to uwzględnia standardy wspólnotowe, wyrażone w prawie wtórnym Unii Europejskiej, uwzględniając tzw. dorobek Schengen (acquis Schengen).

Ewolucja polskiego prawa o cudzoziemcach przebiegała w trzech głównych etapach: 1. nowelizacja ustawy o cudzoziemcach z 29 marca 1963 r. dokonana w 1991 roku; 2. przyjęcie nowej ustawy z 25 czerwca 1997 r.; 3. nowelizacja tej ustawy dokonana 11 kwietnia 2001 roku pod wpływem rozpoczętego procesu negocjacji o członkostwo RP w UE. Ramy niniejszego wystąpienia skłaniają do wskazania tylko kilku wybranych kierunków zmian prawa:

- ustawa z 1997 r. nie była dostosowana do standardów UE, gdyż proces dostosowawczy dopiero się rozpoczynał. W ocenie Komisji Europejskiej z 1999 r. ustawa ta nie uwzględniała dostatecznie prawa pierwotnego i wtórnego regulującego materię wjazdu i pobytu cudzoziemców, choć układ stowarzyszeniowy zawierał w tym zakresie podstawowe zasady; w ślad za tym nastąpiło znaczne opóźnienie w wydaniu aktów wykonawczych do ustawy. W wyniku niezbędnej nowelizacji polskie prawo o cudzoziemcach opiera się na normach, które można uznać za jego zasady przewodnie;
- na primacie prawa międzynarodowego nad ustawą w materii regulowanej przepisami ustawy (art. 1 ust. 2 i 3);
- na zasadach odesłania do prawa międzynarodowego w przedmiocie niektórych norm materialnych (do Konwencji Genewskiej z 1951 r. i Protokołu Nowojorskiego z 1967 r. w odniesieniu do rozdziału 5 ustawy o statusie cudzoziemca);
- oparcie *modus operandi* na k.p.a. z uwzględnieniem w danych sprawach innych procedur administracyjnych przewidzianych w kpk., kpc.,
- na zasadzie dwuinstancyjności w postępowaniach w sprawach cudzoziemców.

Przyjęta została szeroka definicja cudzoziemca, która jest identyczna z konstrukcjami jego definicji w prawie innych państw europejskich.

W związku z wieloma uregulowaniami szczegółowymi można określić, że co do zasady na regulacje polskiego prawa o cudzoziemcach (także w przedmiocie wydalenia) miały wpływ zaciągnięte zobowiązania międzynarodowe.

Jednocześnie w latach 1997–2001 zaszły nowe okoliczności „wewnętrzne” i „zewewnętrzne” mające wpływ na nowe regulacje prawne. W pierwszym wymiarze – wykształciło się już stanowisko judykatury (TK, SN, NSA) w sprawach położenia prawnego cudzoziemca w Polsce i praktyki administracyjnej w tym zakresie, uwzględniające m.in. kontekst praw człowieka.

W drugim zakresie – zaistniała konieczność uwzględnienia krytycznych uwag Komisji Europejskiej co do polityki wizowej, azylowej i imigracyjnej wchodzącej w skład I Filaru, i w tym także wspólnej polityki wobec państw trzecich. W efekcie Polska, „uszczelniając” granicę, która w niedalekiej przyszłości stałaby się zewnętrzną granicą UE, wypowiedziała umowy o ruchu bezwizowym z 15 państwami. Wystąpiła także konieczność stopniowego realizowania *acquis* Schengen. Zatem wiele kwestii z tego zakresu uwzględniła nowelizacja z 2001 r. M.in. sprecyzowano i urealniono terminy w postępowaniach w sprawach cudzoziemców, intencjonalnie kładąc kres „niegodziwej praktyce administracyjnej” w tym zakresie (tzn. przeciąganiu w czasie rozpatrzenia sprawy, aż upłynie czas legalnego pobytu, co umożliwia wydalenie cudzoziemca jako już nielegalnego); określono kategorię „dokument podróży” w miejsce dotychczasowego paszportu; ujednolicono zasady wydawania wizy; zasady pobytu cudzoziemca oparte są na elementach prawa wspólnotowego i zobowiązań RP z umów międzynarodowych; uregulowane zostały zasady łączenia rodzin w związku z umowami międzynarodowymi RP dotyczącymi praw człowieka (prawo do życia w rodzinie, Konwencja o prawach dziecka), z uwzględnieniem także orzeczeń ETS. W szczególności dodany rozdział 10a uwzględnia założenia dotyczące Systemu Informacyjnego Schengen (SIS) – wprowadzonego przez Porozumienie z Schengen. Uogólniając, można powiedzieć, że polskie prawo o cudzoziemcach nabrało „europejskiego” wymiaru.

Definiowanie „nadzoru” w prawie administracyjnym i prawie gospodarczym publicznym

Wspomniano już, że od wielu lat ukazują się dzieła, których autorzy definiują „nadzór”, w tym także w relacji do „kontrol”. Próby zbudowania odpowiednich definicji nie przynoszą spodziewanych efektów, w związku z czym można wskazać kilkanaście definicji, z których znaczna część jest wzajemnie cytowana (na zasadzie powiedzmy – przeglądu definicji), jednakże bez próby ich oceny. Oczywiście dąż-

ność do porządkowania pojęć najbardziej podstawowych w każdej dziedzinie wiedzy motywuje do napisania kolejnej monografii nadzoru.

Mimo jednak wielości określeń, charakterystyk, opisów nadzoru – nie ma przekonania, że dysponujemy definicją nadzoru. Istniejące formuły, uznawane często przez ich autorów za definicje, wskazują tylko różne aspekty nadzoru, nie będąc nimi w istocie rzeczy. I na wskazaniu właśnie takiej tendencji można by poprzestać, jako na konstatacji ściśle określonej sytuacji.

Jednakże ważne jest pytanie, dlaczego owe próby definiowania nie przynoszą efektu? – a odpowiedź może mieć walor bardziej ogólny niż tylko w odniesieniu do prawa administracyjnego. W piśmiennictwie istnieje zatem jedno tylko studium poświęcone tej kwestii. (Roman Sowiński, O definiowaniu „nadzoru” w prawie administracyjnym i prawie gospodarczym publicznym, (w:) Księga Jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, red. Zbigniew Ofiarski, Szczecin 2004, s. 577–514).

Nie ma możliwości streszczenia wywodów Autora, które nawiązują do klasycznej teorii definicji Kazimierza Ajdukiewicza, do teorii nazw Tadeusza Kotarbińskiego. Dlaczego nie ma poprawnej definicji nadzoru? W świetle szczegółowych analiz na gruncie logiki odpowiedź jest nieskomplikowana. Nie będzie takiej definicji, jak długo ich autorzy pomijać będą fundamentalne zasady logiki. Autor w nader szczegółowy sposób omawia kilka definicji, wykazując ich fikcyjność jako definicji właśnie albo mówiąc prościej – że są to definicje pozorne, co niekiedy odnosi się także do autorów – powiedzmy to – poważanych. Można zatem wspomnieć tylko o kilku ustaleniach, nie wnikając w szczegóły.

Zaskoczeniem zapewne będzie zgeneralizowane stwierdzenie, że wszystkie definicje używające zwrotu „nadzorem jest” lub „nadzór to” są konstrukcjami językowymi pozbawionymi sensu!!! – a taka jest dość powszechna maniera definiowania. Z punktu widzenia statusu językowego słowo „nadzór” bez bliższego dopełnienia w zdaniu jest bezsensowne, a co najmniej niezrozumiałe; jest tak, gdyż zgodnie zresztą z poglądami w literaturze, „nie ma w instytucji nadzoru jakiejś stałej treści wynikającej jakby z istoty tej instytucji” (L. Bar, Elementy administracyjne w kierowaniu gospodarką narodową, (w:) Instytucje prawne w gospodarce narodowej (studia prawne), red. L. Bar, Wrocław 1981, s. 93) (natomiast sensowne jest zdanie: nadzór w sferze prawa administracyjnego...).

Ryzykowne – jako definicje – są zdania posługujące się wyrażeniem: „nadzorowanie to...; „nadzorowanie prowadzi do...”. Uzasadnienie wiąże się z kategorią „wyrażenia danego języka” i ze względu na określone znaczenie, dzielą się one na terminy i wyrażenia, które nimi nie są, i te pierwsze mogą być używane tylko jako podmioty lub orzeczniki zdań – i dalej trzeba już odesłać do autora, do dalszych analiz na gruncie gramatyki i logiki.

W pracach administratywistów nadspodziewanie często spotykamy formuły:

- nadzór zwierzchni polega na korygowaniu działalności [...]– nadzór oznacza [...] prawną możliwość wpływania przez [...]; nadzór polega na porównywaniu zgodności [...]; – nadzór hierarchiczny określić można jako możliwość jeszcze bardziej skutecznego oddziaływania [...] przez uprzednie wskazówki, przez zmianę dokonanych działań [...];
- są to formuły niewłaściwe: nadzór jest nazwą rzetelną – i nie jest nazwą pozorną. Tymczasem we wspomnianych pracach spotykamy właśnie wypowiedzi, w których „nadzór” przybiera postać nazwy pozornej – zastępczej (możliwość, możność, korygowaniu, porównywaniu).

Definicje klasyczne, tj. wskazujące rodzaj najbliższy i różnice gatunkowe w przypadku nadzoru są kłopotliwe w konstruowaniu; i autor dopowiada, że ograniczanie się przez dogmatyków prawa do formułowania wyłącznie definicji klasycznych albo zawęża przedmiot ich badań, albo prowadzi do definicji z gruntu nieprawnych. Istota zagadnienia polega jeszcze na czymś innym: możemy wykazywać stosunki równoważności, nadrzędności, podrzędności, rozłączności i krzyżowania się. Nie możemy natomiast oddać różnego typu stanów (procesów) dynamicznych, a w takich właśnie najczęściej występuje nadzór w administracji i gospodarce. Definicja klasyczna nie obejmuje sytuacji „ciągów działań”, np. w ciągu działań decyzyjnych, który kończy się rozstrzygnięciem nadzorczym i obejmuje (jako warunek *sine qua non*) m.in. czynności kontroli i następstwa czynności administracyjnych.

Próby definicji nie uwzględniają kwestii „adekwatności definicji”. W tym miejscu znów trzeba by wyjaśniać istotę kwestii, więc tylko wskazać można konsekwencje: wtedy występują błędy w definiowaniu, prowadzące do definicji zbyt szerokich lub zbyt wąskich. W pierwszym wypadku pojawia się definicja przypisująca w warstwie treściowej przedmiotowi definiowanemu cechy, których on nie ma. W drugim przypadku treść definicji nie opisuje (nie uwzględnia) wszystkich cech przedmiotu definiowanego. Przykładem jest definicja bardzo zresztą znanego w swoim czasie autora, w formie: „nadzór polega na możliwości władczego wkroczenia w działalność jednostki nadzorowanej w celu przywrócenia stanu zgodnego z prawem lub zasadniczą linią polityki państwa”. W definicji tej występują oba wymienione błędy.

Dla rozdzielania pojęć prawnych nadzoru, kontroli, kierownictwa, pieczy, a więc pojęć znaczeniowo bliskich, konieczne jest postawienie pytania: jaka koncepcja definicji (sprawozdawcza, projektująca, inna możliwa) jest bardziej przydatna?

Autor rozważa jeszcze wiele innych sposobów definiowania nadzoru, na podanych przykładach wypada poprzestać. Trzeba jednak zwrócić uwagę na jedno: nie

ma zaś definicji legalnej nadzoru, co bardzo jest widoczne w nowej ustawie z ubiegłego roku o wojewodzie i administracji rządowej w województwie. Ustawa ta rozbudowała instytucję nadzoru, rozszerzyła uprawnienia nadzorcze wojewody nad samorządem terytorialnym, ale definicji wspomnianego typu – jest brak.

Widoczna niedogodność braku dostatecznej jasności co do pojęcia nadzoru w prawie administracyjnym i prawie gospodarczym publicznym objawia się w literaturze m.in. wielością stanowisk i zróżnicowaniem ocen w tych samych kwestiach – stwierdza autor tego analitycznego studium – i może wzmacniać oczekiwania wyartykułowania przez normodawcę definicji legalnej – a raczej definicji legalnych – odnoszących się do poszczególnych typów (rodzajów) nadzoru. Ale jak dotąd – definicji legalnej nadzoru nie ma. Autor opowiada się za ustaleniem jednak legalnej definicji nadzoru. W sytuacji, gdy pojęcie nadzoru używane jest w wielu różnych znaczeniach i zawiera różną treść prawną, byłoby to zasadne i prowadziło do zdecydowania poprawienia relacji komunikacyjnych. Ustawodawca musiałby jednak zdefiniować odrębnie określony typ nadzoru (nadzór x), np. nadzór nad samorządem terytorialnym, nadzór bankowy, nadzór nad przedsiębiorstwem itd.

Prawo policyjne

Z początkiem lat 90. ub. wieku pojawiła się idea (koncepcja) tworzenia nowego obszaru prawa – prawa policyjnego. W piśmiennictwie wiąże się ją z działalnością naukową i naukowo–organizatorską prof. Wincentego Bednarka, w owym czasie kierownika Zakładu Prawa Policyjnego w Instytucie Nauk Policyjnych. Na podstawie opinii wyrażonych m.in. w dwóch księgach – zbiorach studiów dedykowanych profesorowi, idea ta kształtowała się na kanwie jego głównych zainteresowań naukowych: profilaktyczne zapobieganie przestępczości; organizacja działalności prewencyjnej; wieloaspektowa ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego; organizacja i funkcjonowanie instytucji policyjnych w Polsce i na świecie; różnorodne organizacyjno–prawne aspekty pracy Policji i innych służb mundurowych. Uogólnić można – były to zagadnienia ustroju specjalnych organów administracji publicznej. We wspomnianych księgach pamiątkowych stwierdzano: „zasługą Profesora Wincentego Bednarka pozostaje koncepcyjny i projektodawczy udział w tworzeniu na początku lat 90. polskiego prawa policyjnego i normatywnych podstaw szkolnictwa policyjnego”. Prace w tym zakresie zostały jednak przerwane wskutek okoliczności niezależnych od osoby profesora i ostatecznie nowa, odrębna dziedzina prawa nie wykrystalizowała się, choć jej nazwa zachowała się w piśmiennictwie. Trudno jest przy tym wskazać opracowanie, które by wyraźnie konceptualizowało tę ideę, prezentowało teoretyczne podstawy w zamyśle nowej dziedziny prawa.

Biojurysprudencja

Inaczej przedstawia się zagadnienie koncepcji prof. Romana Tokarczyka, który od połowy lat 90. formułuje założenia – w swym rozumieniu – nowej dziedziny jurysprudencji i określa ją jako „biojurysprudencja”. Równolegle wprowadza on nowe pojęcie „bioprawo”. W swych publikacjach (także w języku angielskim) ustala treść tych pojęć, określa ich relacje. W przeświadczeniu autora biojurysprudencja jest tak ważnym nowym nurtem we współczesnej teorii prawa, iż „uwzględniając potrzeby XXI wieku, kładzie podwaliny myślowe pod praktyki tworzenia i stosowania prawa”. Przeświadczenie to wprost znajduje wyraz w tytule jednego z ostatnich jego dzieł: „Biojurysprudencja. Podstawy prawa dla XXI wieku” (Lublin 2008, Wydawnictwo UMCS; także edycja angielskojęzyczna). Generalne założenia swej koncepcji prof. Roman Tokarczyk sformułował w książce „Biojurysprudencja. Nowy nurt jurysprudencji” (1997). Kolejne edycje dzieła, aktualizowane i rozszerzane o nowe wątki, ukazywały się pod tytułem „Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojurysprudencji” (do 2006 roku 8 wznowień). Sygnalizowana koncepcja, upowszechniana w kraju i za granicą, spotyka się ze zróżnicowanym przyjęciem: od akceptacji po wyraźny sceptycyzm. Tak np. prof. Stefan Symotiuk stwierdza we Wprowadzeniu do edycji z 2006 roku, uznając za samego autora, iż biojurysprudencja stała się rzeczywistością z „centrum” dyscyplin prawnych i ma już rację bytu wśród uznanych dyscyplin i nurtów myślenia prawniczego. Od siebie określa, że jeśli tradycyjne zagadnienia bioetyki sytuują się na pograniczu wiedzy filozoficznej i przyrodniczej, „te same problemy na gruncie biojurysprudencji nabierają wyrażnej wymierności i przejrzystości – tu konkret i abstrakcja, wartość i fakt, łączą się w sposób właściwy „nauce”. I jeszcze: „jakkolwiek ustalimy miejsce nowego nurtu wśród dyscyplin prawoznawstwa, to wypada zgodzić się, że biojurysprudencja stoi w samym rdzeniu „paradygmatu prawa” i swoim wyodrębnieniem się jako samodzielnej dziedziny, dowodzi ona duchowej mocy prawa [...] jej przyszłość zapowiada się ciekawie i bogato”. Można jednak dowodzić, że w gruncie rzeczy problematyka ta mieści się w podstawowych nurtach rozważań prowadzonych w ramach współczesnej bioetyki, nie wnosząc doń nowych elementów.

Sam autor uważa, że przedmiot biojurysprudencji dotyka wielu dyscyplin wiedzy zainteresowanych rozległą i trudną problematyką narodzin, życia i śmierci. Nowość polega na tym, że jest to próba scalenia i jednolitego ujęcia rozproszonej wiedzy na gruncie nowego nurtu jurysprudencji, nazwanego właśnie biojurysprudencją. Sądzi, że ten nowy nurt „odsłania najgłębszy sens prawa – bioprawa; że sami prawnicy są w stanie nie tylko dostrzegać, ale i wyjaśniać ów najgłębszy sens prawa”. I zdecydowanie wyraża pogląd wobec stanowisk sceptycznych: „Mimowolnie uwłaczają samodzielności myślowej prawników ci spośród nich, którzy treści należące wprost do biojurysprudencji przypisują innym dyscyplinom naukowym – bioety-

ce, biomedycynie, biotechnologii”. Wyraża nadzieję, że przyjdzie czas, w którym nie tylko wszyscy prawnicy przyznają, że wśród ogółu znanych praw prawo pierwszeństwa istnienia, ochrony i poprawiania jakości życia, co upowszechnia biojurysprudencja, było, jest i będzie bezsporne”. Wobec perspektyw – mówiąc najogólniej – nasilenia się tendencji tworzenia życia sztucznego, zagrożenia życia naturalnego człowieka życiem sztucznym, co stanowi wielkie wyzwanie dla nauk prawnych, zagadnienia te podejmuje biojurysprudencja. Jej generalną koncepcję wywodzi autor z prawa natury i uznaje, że w centrum zainteresowań owego nowego nurtu znajduje się ochrona życia. Idei przewodnich tej koncepcji jest wiele – mają one liczne uwiłknięcia w innych dyscyplinach wiedzy. Wszystkie jednak ogniskują się w przeświadczeniu – i zarazem postulacie autora, jeśli to tak można oddać w skrócie – iż nowa dyscyplina wiedzy prawniczej w kompleksowy sposób ujmie zagadnienia życia, co ostatecznie ma wpłynąć na proces tworzenia prawa.

Praworzędność

Zagadnienie praworzędności powróciło w nowym kontekście. Na przełomie lat 80. i 90. ub. wieku, w związku z początkiem przemian ustrojowych, pojęcie to niemal zostało zarzucone, w nauce prawa konstytucyjnego nie przywiązywano już do niego (jak i do problematyki praworzędności) nadmiernego znaczenia. Oba pojęcia (praworzędność i państwo praworzędne) obarczone były nie najlepszą tradycją prawnopolityczną, były to charakterystyczne terminy dla socjalistycznej teorii prawa i państwa. Praworzędność i związana z nią zasada legalizmu były pojmowane jako jedne z podstawowych zasad ustroju Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i problematyka ta wyparła całkowicie zagadnienie państwa prawnego z jego formalnymi i instytucjonalnymi gwarancjami przestrzegania prawa. W nowej konstytucji RP z 1997 roku zrezygnowano z tego pojęcia i zastąpiono je pojęciem państwa prawnego. Obecnie zagadnieniu praworzędności nadaje się większe znaczenie, uznając, że problematyka ta zarówno w aspekcie materialnym, jak i formalnym ma wręcz charakter fundamentalny, wraz z przeświadczeniem, że wymaga ciągłego monitorowania w układzie założenia a rzeczywistość. Zagadnienie praworzędności powiązane jest wprost z ideą rządów prawa, w rozumieniu, że organy władzy publicznej nie mogą działać arbitralnie, muszą respektować wiążące je przepisy prawa krajowego i międzynarodowego. Dla państwa prawa jest to problematyka niezmiernie ważna z punktu widzenia funkcjonowania struktur państwowych, jak też jest istotna dla każdego obywatela. Takie podstawowe przeświadczenia przyświecały na przykład piętnastym Ogólnopolskim Dniom Prawniczym (Bydgoszcz 2009) pod hasłem „Praworzędność i jej granice”. W piśmiennictwie akcentuje się aksjologiczny wymiar tej problematyki, zwraca się uwagę na gwarancje praworzędności. Następuje pewne przesunięcie akcentów w jej ujmowaniu. Choć istotne są oba aspekty

– formalny i materialny, to zwłaszcza drugi aspekt wiąże się z tym, iż nie może tu być obojętna treść prawa, która powinna podlegać odpowiedniemu wartościowaniu. Istotne jest też, czy mimo szybko zachodzących w prawie zmianach systemowych, a także w ustawodawstwie zwykłym, są chronione i w jakim zakresie nabyte wcześniej konstytucyjne prawa i wolności. Inaczej mówiąc – wyraźniej zarysowuje się problematyka konstytucyjnej ochrony praw w sukcesywnie następujących po sobie zmianach stanu prawnego. W takim też kontekście rozpatrywana w piśmiennictwie jest linia orzecznicza TK w zakresie ochrony praw słusznie nabytych. W orzecznictwie Trybunału ochrona tych praw ujmowana jest jako element zasady zaufania do państwa i zasady zaufania do stanowiącego przezeń prawa, a obie te zasady należą do zasad szczegółowych wynikających z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Akcentuje się, że w orzecznictwie TK ochrona praw słusznie nabytych dotyczy tak osób fizycznych, jak i innych podmiotów prawa publicznego. Co więcej, występuje konstytucyjna ochrona – obok praw słusznie nabytych – także ekspektatyw i ich ochrona odbywa się na takich samych zasadach jak ochrona praw słusznie nabytych.

W obszarze zagadnień oznaczonym pojęciem „praworządność” zwraca uwagę kwestia realizacji orzeczeń TK odnośnie do niekonstytucyjności danych regulacji prawnych, w związku z czym następuje utrata ich mocy obowiązującej. Trybunał Konstytucyjny występuje tutaj jako „negatywny ustawodawca”, nie mając kompetencji prawotwórczych. Rozstrzygnięcia TK o derogacji rozwiązań prawnych w wyniku stwierdzenia ich niekonstytucyjności wymagają zatem działań „pozytywnego ustawodawcy” dla przywrócenia stanu konstytucyjności prawa. W tym zakresie jednak kształtuje się niekorzystna sytuacja – narasta liczba niewykonanych orzeczeń TK, utrzymują się poważne uchybienia i luki w systemie prawa, tak dalece, że – jak to określono – pojawia się groźba jego anarchizacji. Zatem trzeba zwrócić uwagę na inicjatywę Senatu RP z 2007 roku, mającą temu zapobiec. Na mocy odpowiedniej uchwały Senatu do jego Regulaminu wprowadzony został nowy dział IXa zatytułowany „Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego”. Określono procedurę podejmowania przez organy Senatu czynności mających doprowadzić do realizacji orzeczeń TK. Chodzi tu o wszczęcie postępowania w sprawie inicjatywy ustawodawczej i wniesienia do Sejmu projektu ustawy, uwzględniającej konsekwencje powstałe dla systemu prawa po wydaniu orzeczenia przez Trybunał, by przywrócić stan konstytucyjności. Problemem jest jednak przede wszystkim to, że zgodnie z konstytucją inicjatywą ustawodawczą dysponuje nie tylko Senat, ale prezydent, prezydent, rada ministrów, a w kontekście owej konstytucyjności te uprawnienia nie są należycie wykorzystywane, a przecież podejmowanie działań zmierzających do realizacji orzeczeń TK jest konstytucyjnym obowiązkiem wszystkich organów władzy publicznej. Okazuje się więc, że problematyka praworządności ma bardziej złożone wymiary niż tylko formalny i materialny, w tym także dynamiczny.

Samorząd

W ogromnym piśmiennictwie poświęconym samorządom i odpowiedniemu ustawodawstwu pojawia się nowy wątek – podstaw aksjologicznych idei samorządności i prawa ją wyrażającego. Znajduje to odzwierciedlenie w tezie, iż „zrozumienie podstaw aksjologicznych – a nawet głębszych, humanistycznych – daje nam pełną szansę zrozumienia celów i funkcji takiej instytucji prawnej, jaką jest samorząd. Umożliwia też weryfikację regulacji prawnych dotyczących samorządu w aspekcie uszanowania idei i wartości inicjalnych”. Tak więc formułuje się, że idea samorządności zakorzeniona jest w prawie człowieka do decydowania o sobie samym (prawo do samodecydowania), rozwijana na gruncie współczesnych neoliberalnych koncepcji filozoficznych (dość wspomnieć koncepcje F.A. Hayeka liberalizmu ewolucyjnego, czy M. Friedmana – koncepcja „ekonomii pozytywnej”). Koncepcje te eksponują wolność jednostki, wyrażającą się w prawie do samodecydowania. Na innym biegunie myśli filozoficznej prawo do samodecydowania ujęte jest w myśli społecznej Kościoła katolickiego: odrzucając neoliberalizm, akcentuje w to miejsce idee personalizmu chrześcijańskiego: człowiek jest osobą wolną, ale wolność ta nie jest nieograniczona i jej granice wyznacza najogólniej mówiąc – Dekalog.

Prawo do decydowania o sobie jest w pewnej części cedowane na korporacje publicznoprawne, nazywane samorządami (terytorialnymi, zawodowymi, gospodarczymi). Zatem wśród różnych cech, jakie można przypisać samorządowi, samodzielność ma szczególne znaczenie i może być rozpatrywana w różnych aspektach – prawnym, ekonomicznym, politycznym, socjologicznym. Generalizując – samodzielność jest elementem konstrukcyjnym jego definicji. Jest to cecha podnoszona do rangi istoty samorządu, powinna być uznawana za jedną z zasad samorządu terytorialnego. W naszym systemie prawnym jest to także zasada konstytucyjna; choć nie została zdefiniowana w konstytucji RP, ale daje wyprowadzić się z treści norm konstytucyjnych jako efekt działań interpretacyjnych (z art. 16 ust. 2, art. 165 ust. 2). Uwzględnić tu należy także odpowiednie wyroki TK (np. z 4 maja 1998 K 38/97 – OTK ZU 1998, nr 3, poz. 31, s. 173).

Co do teorii samorządu – obok klasycznych (naturalistyczna, państwowa, polityczna) – aktualnie kształtuje się nowa, uniwersalistyczna. *Novum* polega na tym, że akcentuje ona nie tyle charakter i treść wzajemnych stosunków pomiędzy państwem a samorządem terytorialnym, ile zakres implementowania treści i charakteru norm prawnych o charakterze ponadpaństwowym (ponadnarodowym). Chodzi tu w pierwszym rzędzie o wiązanie się państw normami o charakterze ponadpaństwowym (uniwersalnym). Teoria ta znalazła wyraz w aktach prawnych o zasięgu europejskim (np. Europejska Karta Samorządu Terytorialnego, Europejska Konwencja Ramowa o Współpracy Transgranicznej między Wspólnotami i Władzami Terytorialnymi, Europejska Karta Samorządu Regionalnego) – a także o zasięgu świato-

wym (Światowa Deklaracja Samorządu Terytorialnego). Zasady ustalone w tych dokumentach przenikają także do ustawodawstwa polskiego.

W świetle tych koncepcji, które tu zasygnalizowano tylko wybiórczo i ogólnie, zagadnienie nadzoru nad działalnością samorządu nabiera innego wymiaru. Poza dyskusją pozostaje konieczność nadzoru nad działalnością samorządu. Jednakże tworzeniu i stosowaniu prawa z zakresu nadzoru towarzyszyć winno przede wszystkim przeświadczenie o nadrzędności zasady samodzielności względem nadzoru. O ile bowiem samodzielność jest wartością (której ochrona jest konstytucjonalizowana) i postrzegana jako istota samorządu, o tyle nadzór wartością samą w sobie nie jest. Nie jest on także w administracji celem samym w sobie. Jest natomiast instrumentem służącym osiągnięciu pewnych celów prawem określonych. Powstaje więc „pole koegzystencji” samodzielności i nadzoru i w związku z tym konieczne jest wyznaczenie granicy samodzielności samorządu i ingerencji ze strony organów nadzoru. Należytemu konstruowaniu nadzoru nad samorządem winno towarzyszyć przeświadczenie, że „zły nadzór” może deformować czy wręcz niweczyć ideę (wartość) samodzielności. Może to dokonywać się na etapie tworzenia prawa (gdy ustawodawca „uprzywilejowuje” organy nadzoru, bezpodstawnie wyposażając je w zbyt szerokie kompetencje) albo na etapie stosowania prawa (nieracjonalne, nieuzasadnione, nieproporcjonalne czy też nadto intensywne sięganie do nadzoru). Na marginesie tych kwestii można dodać, że np. najnowsza ustawa o wojewodzie i administracji rządowej w województwie z 2009 roku wzmocniła instytucję nadzoru wojewody nad samorządem terytorialnym. Generalizując – z regulacji prawnych o charakterze międzynarodowym wyłania się obraz samorządu terytorialnego, dla którego samodzielność ma podstawowe znaczenie, a jej ograniczenia mogą być dokonywane jedynie w wypadkach przewidzianych prawem w konstytucjach lub ustawach, na podstawie (co do zasady) kryterium legalności i w zgodzie z regułą proporcjonalności interwencji. Kończąc ten wątek samorządu i jego pojmowania, można refleksyjnie zwrócić uwagę, że problematyka bardziej „subtelnej” – jeśli tak można powiedzieć – traktowania nadzoru powróciła po przeszło 70 latach, kiedy to w pracy z 1936 roku „Rozważania ideologiczne i programowe na temat samorządu” jej autor, M. Jaroszyński, w wątku możliwości zniszczenia idei samodzielności, pisał: „nadzór [...] jest bardzo delikatnym instrumentem, którym tylko bardzo ostrożnie można operować. Użyty nieostrożnie może odebrać samorządowi cały jego państwowy i społeczny sens, mianowicie – samodzielność”.

Z konieczności ograniczyłem się do zasygnalizowania tylko wybranych kwestii. Mamy jednak poczucie, że system prawa polskiego niezmiennie ewoluuje i jest to proces niepowstrzymany. I zapewne nie w sposób w pełni dostateczny, ale reaguje na nowe problemy, które kształtują się w życiu społecznym, zarówno pod wpływem czynników zewnętrznych, jak i wewnętrznych – krajowych.

CZEŚĆ I

ŚWIADOMOŚĆ SPOŁECZNA JAKO CZYNNIK ZMIAN NORMATYWNYCH

ON CERTIFICATION OF SUCCESSION AND THE NEED FOR FURTHER CHANGES IN THE LAW OF SUCCESSION

1. Introductory comments

The last two decades or so in Polish law have been a period of constant changes in legal provisions that impact on practically every sphere of life. Many of these changes and new legal regulations have been embedded in the post–1989 process of system transformation. Some of them, unfortunately, have been caused by negligence that occurred in the legislative process, whereas others, have been a consequence of excessive formalism and a dangerous tendency to “over–regulate” law.

The law of succession, the same as the whole system of law, is not separate from the state system. Thus a change of the system created the need to revise the provisions of succession law, since it too is a part of civil law. In the system of the so called people’s democracy, the law of succession was one of the instruments aimed at shaping socialist ownership relations. The idea that the basic source of livelihood should be hired labour as opposed to the ideologically extraneous concept of inherited property, was of key importance. It should be emphasized that the State consistently controlled the inheritance of agricultural property and related provisions were structured to favour those firmly connected with the socialist system.

As emphasized in subject literature, the State in principle does not interfere directly in civil law relations¹. It sometimes happens, however, that a legislator finds it necessary to directly regulate specific relations in the field of civil law. The law of succession, where a legislator decides who is to inherit property where the deceased did not leave a binding disposition in case of death, serves here as an example. However, the issue of administering granted rights of succession is left to the interested parties themselves. This includes making a decision whether to accept or waive succession and whether or not to establish the rights to succession.

1 A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warsaw 1998, p. 43.

The law of succession is based on relatively stable legal institutions but this does not mean that it should not be adjusted according to changing social and economic conditions. Considering when the effects of specific legal norms should become apparent, A. Stelmachowski, accurately observed that the efficiency of the law of succession would on average occur after the lapse of a lifetime of one generation, because most estates would in some way be shaped under the influence of this law². However, this observation does not specifically refer to certification of succession since it regards only a procedural sphere, therefore it does not change any legal institution in the scope of the rules of succession.

On 02.10.2008, provisions introducing the institution of a certificate of succession issued by a notary came into force (Act of 24.08.2007 changing the Act on Public Notaries and Some Other Acts).³ On this basis, a new institution, i.e., of a certificate of succession issued by a notary, apart from a confirmation of inheritance issued by a court in the form of a decision, started to become binding in Poland. Generally, it can be said that according to Art. 95a of the Public Notaries Act, a notary may draft a certificate of succession in case of both statutory and testamentary succession.

It should be noted that the scope of applying the institution of a certificate of succession had already raised doubts during talks on the draft. It was argued that limiting the application of provisions on a certificate of succession to statutory succession was justified. Nevertheless, such opinions were not taken into consideration in further legislative works.⁴ As M. Pazdan⁵ emphasizes, it is a legal solution that has been applied in other foreign legal systems for a long time. A certificate of succession realizes the principle of prompt proceedings by providing the possibility to arrange all formalities related to the inheritance without major difficulties and additional costs.⁶ An alternative use of the institution of a certificate of succession results from the content of Art. 1025 of the Civil Code.

2 A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, p. 23.

3 *Journal of Laws* No. 181, *item* 1287.

4 K. Grzybczyk, M. Szpunar, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia jako alternatywny sposób stwierdzenia prawa do dziedziczenia*, *Rejent* 2006, no. 2, p. 44 and next.

5 M. Pazdan, in: E. Kremer, Z. Truszkiewicz (ed.), *Przesłanki dopuszczalności notarialnego poświadczenia dziedziczenia*, *Rozprawy i studia. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Lichorowiczowi*, Kraków 2009, p. 193.

6 L. Kwaśnicka, B. Porębska, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia – wybrane zagadnienia praktyczne*, *Monitor Prawniczy* 2008, no. 24, p. 1344.

2. A notary's deed certifying succession against a confirmation of inheritance acquisition issued by a court

Drafting a deed certifying succession is considered as a separate notary transaction. It is neither a notary deed nor does it belong to existing categories of certification. It is treated as a separate notary transaction even though its elements are similar to both categories of a transaction indicated therein.⁷

It should be noted that according to Art. 95j of the Public Notaries Act, a registered deed certifying succession carries the same legal force as a decision confirming acquisition of inheritance issued by a court. However, in case of conflict, precedence is given to a confirmation of inheritance acquisition issued by a court. According to Art. 6691 of the Code of Civil Procedure, a court of inheritance annuls a registered deed certifying succession where a prior court decision confirming inheritance acquisition has been issued.

If two or more deeds certifying succession were registered with regard to the same inheritance, a court of inheritance annuls all deeds certifying succession and issues a decision confirming acquisition of inheritance upon the motion of an interested party (Art. 6691 of the Code of Civil Procedure). A presumption resulting from the registered deed certifying succession does not act against a presumption resulting from a confirmation of inheritance acquisition (Art. 1025 § 3 of the Civil Code).

Cases handed over to notaries' competence do not cover in principle such issues where an element of direct resolution of legal disputes would occur since in the light of opinions expressed both by doctrine and the Constitutional Tribunal, this aspect decides about the essence of judicial administration of justice.⁸ Nevertheless, these changes are a part of a wider trend aimed at "relieving" courts. Thus, much hope is rested on out of court mediations rather than mediations with courts' participation. The amicable settlement of cases has a lot of advantages as far as financial and non-financial aspects are concerned. In Poland, however, there is no tradition of using such institutions as yet. Many people are still convinced that bringing a case to a court carries more importance and is a more significant event than an out of court settlement.

It seems that such beliefs do not influence a choice of a court instead of a notary with regard to successions to a greater extent. Here, statutory requirements are of key importance as they significantly limit the possibility of a notary drafting a deed certifying succession.

7 G. Bieniek, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Rejent 2008, no. 9, p. 32.

8 Judgment of Constitutional Tribunal of 10.05.2000, K 21/99, OTK 2000, no. 4, *item* 109.

Theoretically, everyone has the right to choose a way of arranging these matters, i.e., either by using the services of a notary or by submitting a motion to ascertain acquisition of inheritance in a court. In practice, however, this right of choice is excluded where a large group of heirs is involved.

We should pay attention to the statutory limitations of applying a certificate of succession, as they give a more complete picture showing the scope and possible expectations connected with its introduction. Basic limitations regarding this institution are as following:

- firstly, a certificate of succession is possible only in indisputable cases when all parties in question which may act as statutory and testamentary heirs appear before the notary. Otherwise it is necessary to settle a case in court,
- secondly, informal wills are excluded,
- thirdly, the opening of succession before 01.07.1984 is also limited; in such a case, the acquisition of inheritance is carried out exclusively in court.

Closer analysis of these limitations may lead to the conclusion that a notary's certificate of succession as an alternative way to establish the right to succession⁹ is too far-fetched. It seems that in the sphere of obtaining a confirmation of succession rights, a certificate of succession plays only a complementary role at present as most cases are still settled by courts.

According to legal solutions presently adopted, a notary may draft a certificate of succession provided all parties to the proceedings submit a unanimous motion thereon. The parties should appear before the notary in person. It should be emphasized that this requirement applies to all persons in question that may act as statutory and testamentary heirs (Art. 95c § 2 point 1 and Art. 95b of the Public Notaries Act). In consequence, a certificate of succession covers only indisputable cases. If there is conflict between the heirs, or if conflict arises during drafting the minutes of inheritance before a notary, a deed certifying succession will not be issued since two fundamental features in providing the possibility of using a certificate of succession are voluntary and unanimous joint-action.¹⁰ Moreover, it should be noted that the necessity to gather all parties in person to the proceedings before a notary may frequently become a condition difficult to meet. Nowadays, parties to the proceedings may reside in different countries and even the most advanced communications technology will not help to solve this issue. Provisions on the rules of drafting a certificate of succession are absolutely binding. If such a problem

9 K. Grzybczyk, M. Szpunar, *Notarialne poświadczenie...*, p. 44.

10 M. Manowska, *Wybrane zagadnienia dotyczące poświadczenia dziedziczenia*, *Nowy Przegląd Notarialny* 2008, no. 3, p. 18.

occurs, then the only way of obtaining a confirmation of succession rights will be a court proceeding to ascertain the acquisition of inheritance.

A further point for consideration, is that the possibility of obtaining a notary's certificate of succession has been limited to statutory and ordinary testamentary successions (Art. 95a of the Public Notaries Act). Therefore a certificate of succession is possible only in cases of: a holographic testament (Art. 949 of the Civil Code), a testament made before a notary (Art. 950 of the Civil Code), an allographic testament (Art. 951 of the Civil Code). Thus succession on the basis of informal wills, i.e. oral wills (Art. 952 of the Civil Code), the so called traveler's wills (Art. 953 of the Civil Code), and military wills (Art. 954 of the Civil Code), have been excluded.

Special attention should be paid to oral testaments since they are the most common forms of informal testaments met in practice. The issue of oral testaments allows us to see the grounds for excluding cases covering succession on the basis of informal wills from notaries' competence in the best way. The subject literature stresses the fact that in the light of new regulations, a certificate of succession is not merely a simple answer of a notary as a service provider to a will of persons applying to him or her with the intention to make an appropriate statement with regard to the rules of succession.¹¹

Taking Art. 952 § 2 of the Civil Code into consideration, the content of an oral testament may be established provided one of the witnesses, or a third party, writes down the testator's statement within one year from its making indicating the place and the date at where and upon which the statement was made, as well as the place and the date where and upon which the statement was written down; whereas the testator and two witnesses, or all witnesses, then sign it. If the content of an oral testament has not been established in the abovementioned way, it may be ascertained during six months from the day when the succession was opened by unanimous testimonies made by the witnesses before a court. If it is not possible to examine one of the witnesses in court, or if the examination faces obstacles difficult to surmount, a court may be satisfied with the unanimous testimonies of two witnesses (Art. 952 § 3 of the Civil Code).

Thus it might seem that if the content of an oral testament was established by a written document, such an informal testament could *de lege ferenda* be the basis of a deed certifying succession.¹² However, we should pay attention to the fact that even if there was a unanimous motion to certify succession on the basis of an oral testament, a notary would have to assess whether or not there was a fear of imminent death.

11 R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu poświadczenia dziedziczenia*, Państwo i Prawo 2009, no. 11, p. 81.

12 M. Manowska, *Wybrane zagadnienia...*, p. 19.

According to present legislation in force, this is not admissible due to formalized rules of evidence. Therefore, what remains is a court proceeding.

Although a deed certifying succession plays merely a declarative role with regard to pre-existing legal events, it may only apply to some of them.

A deed certifying succession confers a “specific documentary form”¹³ to prior legal events whereas in commonly exercised notary transactions, the parties shape the content of legal relations themselves while a notary deed serves merely an intermediary function conferring the correct form to such statements.¹⁴

The subject literature pays attention to the fact that the role of a notary in drafting a deed certifying succession is special.¹⁵ A notary establishes the existing facts of a case on the basis of valid legislation and performs an act of subsumption determining who and in what proportion is entitled to the inheritance. In this system, a deed certifying succession may be treated as an act of applying law by a notary who himself or herself establishes the legal position of the parties according to the specified facts of a case, and issues an official deed equally valid to a court decision, i.e. a deed certifying succession. The declaratory nature of a given deed does not exclude recognition that we deal with an act of applying law since in such case an authorized body conferred with powers, declares the existence of specific legal relation bindingly.¹⁶

In drafting a deed certifying succession, a model of notary proceedings is similar to a court model of applying the law where it is necessary to first establish a legal status, then the facts of a case and finally perform subsumption. It should be emphasized, however, that notary’s competence does not cover in principle such issues where an element of direct resolution of legal disputes would occur, since in the light of opinions expressed by doctrine and the Constitutional Tribunal (which was previously quoted), this aspect decides upon the essence of judicial administration of justice.

A certificate of succession is not a uniform act. The drafting of a minimum two documents of different legal nature: the minutes of succession and a deed certifying succession, are required to certify succession. In specific cases, it may be necessary to draft additional documents such as the minutes of testament opening and announcement, or the minutes of making statements regarding the acceptance or waiver of succession. The evaluation of the legal nature of a deed certifying succession, is a subject of discussion in legal environments.

13 R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu...*, p. 85.

14 A. Oleszko, *Z cywilnoprawnej problematyki czynności notarialnych*, Rejent 1991, no. 1, p. 14 and next.

15 R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu...*, p. 85.

16 S. Erlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warsaw 1979, p. 164, quoted after: R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu...*, p. 85.

After drafting a deed certifying succession, it is registered in the electronic register kept by the National Notary Council. A registered deed certifying succession takes the effect of a legally binding decision establishing acquisition of inheritance.

Everyone has access to the data stored in the electronic register but, as with every system, this one too has its drawbacks. The register does not cover information about court decisions on succession and thus is of limited practical usefulness.

3. On the need of a new view on the issue of testamentary freedom

Despite several positive changes in the law of succession introduced recently (e.g. extending the group of statutory heirs to cover a testator's grandparents and the children of a testator's spouse where both parents did not survive to the moment of the succession's opening – Art. 934 and 934¹ of the Civil Code¹⁷), it seems that further changes of the law of succession are necessary, particularly those aimed at providing testators with true testamentary freedom. According to present legislation in force, the rule of testamentary freedom is to a great extent illusory.

On the basis of the presently valid theory and practice of succession law application, testamentary freedom is understood as the possibility granted to a testator to make legally effective dispositions in a testament with regard to his or her estate in case of death.¹⁸ Such dispositions may concern, most of all, the appointment of an heir, the establishment of legacy or arrangements, disinheritance, or making the so called negative testament. Testamentary freedom has been recognized as the rule of succession law.¹⁹

Defining this rule as a specified scope of the rights allowing a testator to dispose of his or her estate in case of death²⁰ has to be particularized. Apparently, the admissibility of disposing of the estate either in whole or in part and the appointment of any person as an heir²¹ is particularly exposed. Definitions of testamentary freedom, however, ignore the fact that within testamentary freedom a testator may in principle use a notion of inheritance shares, therefore, only its ideal parts.

The subject literature emphasizes that “the aim of testamentary freedom is simple if not obvious”.²² The object is to provide a testator with the possibility of disposing their estates in case of death, in a way that is most appropriate to their

17 The Act of 4.04.2009, Journal of Laws No. 79, *item* 662, which came into force on 28.06.2009.

18 S. Wójcik, in: S.J. Piątkowski (ed.), *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź, 1986, p. 173.

19 S.J. Piątkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warsaw 2002, p. 24.

20 E.g. E. Skowrońska–Bocian, *Prawo spadkowe*, Warsaw 2006, p. 102.

21 J.S. Piątkowski (ed.), *System prawa cywilnego...*, p. 173.

22 *Ibidem*

will and at the same time rational and suitable to the actual circumstances of each individual case. The statutory order of succession includes only typical situations and is based on a fixed and rigid scheme.

Similar to every rule, there are also exceptions to the rule of testamentary freedom. Limitations of testamentary freedom arise for from various reasons. They include in particular, a need to protect the financial interests of a testator's relatives as well as an intention to protect the whole or part of the property to the succession, and the protection of family estates. Moreover, it is difficult not to mention the issue of dependence of succession law provisions on a political system of a state and its attitude to the right of succession. As far as the last issue is concerned, it is worth adding that Art. 21 of the Constitution of the Republic of Poland, is today of fundamental importance. According to Art. 21, the Republic of Poland shall protect ownership and the right of succession.

The following succession law provisions are most frequently quoted as limitations of testamentary freedom (in the system of legitimate portion): Art. 923 § 1, Art. 962, 964, 968 § 1 and Art. 58 of the Civil Code²³. It seems that the problem of limitations of testamentary freedom exceeds the above-mentioned provisions to a great extent.

There are many arguments supporting a claim that the issue which requires attention and change in legislation, is the scope of freedom to dispose of the estates in case of death. This remark is most of all an effect of observing practice.

It may be observed that in practice, testamentary freedom is most seriously limited by the requirement to appoint heirs in fractional parts. This problem may occur when a testator requires to take into consideration several heirs. It does not arise where only a single heir is involved.

Each heir inherits a share to the whole succession in a specified proportion. At present there is no legally effective possibility to designate specified components of the inheritance to individual heirs. The effect of a testamentary disposition of individual assets covering almost an entire inheritance is such that the persons who are beneficiaries to such a disposition are considered to be appointed to the whole succession in fractional parts corresponding to the ratio of the value of the asset(s) they were allocated (Art. 961 of the Civil Code).

If a testator does not dispose of the inheritance in its entirety by designating specified assets in a will, such a situation is treated as a legacy. Persons drafting a will frequently consider the valid legal regulation as grossly violating the freedom to dispose of the estate in case of death. By disposing their assets in case of death in the

23 E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe...*, p. 102.

form of a will, they would like to be certain that, e.g., a cooperative member's right of ownership of premises will be vested in their daughter, real estate in their son, or a car in their grandson.²⁴

Admitting a legally effective means of designating assets to individual heirs, would require a change in provisions which would lead to replacing a court confirmation of acquisition of inheritance, by a decision endorsing a will (or a notary's certificate of succession) under which specified heirs would acquire individual assets of the inheritance. Admitting the so called "shared" testament, would allow a testator's will to be respected more completely and at the same time it would not be necessary to share the inheritance. Finally, in case of a dispute between heirs (e.g. about liability for inherited debts), the problem would be solved in court proceedings for the share of inheritance.

Paying attention to "shared" testaments, G. Bieniek²⁵ observes that a legislator does not use the notion of a "shared" testament. The author rightly indicates that a basic aim of introducing the institution of a "shared" testament, is to provide correct realization of the rule of testamentary freedom and dispositions in case of death. Within a "shared" testament, a testator would obtain the possibility of determining who would receive what assets contained in the inheritance following his/her death. In today's legislation there is a very limited possibility to dispose of specific objects in case of death, e.g. a legacy, which only takes the effect of an obligation.

Including in a will a disposition determining which objects are to be vested in which heirs is treated today only as a recommendation to be taken into consideration during court proceedings to share the inheritance as far as legal and factual possibilities would allow it. However, there is no legal obligation to take into consideration a testator's recommendations. The law of succession does not provide for the possibility of determining a way of sharing the inheritance by a testator. If a testator included decisions about this matter in his or her will, they would not bind the heirs from a legal point of view. In the contractual share of inheritance it is the heirs' wishes not the testator's recommendations that will finally decide.²⁶

Practice shows that testators frequently find it difficult to understand why they cannot make a disposition of individual objects in case of death. They believe it is a major and unjustified limitation of a testator's will. It is difficult not to find these arguments justified. In this context, the question arises of whether on the basis of presently valid succession provisions, the rule of testamentary freedom is in fact a rule.

24 See more in: T. Mróz, O potrzebie i kierunkach zmian przepisów prawa spadkowego, *Przegląd Sądowy* 2008, no. 1, p. 81 and next as well as literature quoted therein.

25 G. Bieniek, *Notarialne poświadczenie...*, p. 25.

26 *Ibidem*, p. 27.

A new look at the problem of the rule of testamentary freedom and its practical realization seems necessary. In its present theoretical and practical shape it does not meet social expectations. Only the introduction of a legal means of disposing of individual objects in case of death and in this way appointing specific heirs to succession, will confer real importance to the rule of testamentary freedom.

Final remarks

Transactions performed by a notary in connection with a certificate of succession may be divided into three basic stages: 1) drafting the minutes of succession by a notary, 2) drafting a deed certifying succession by a notary, 3) entering a deed of succession to the register kept by the National Notary Council²⁷.

It is worth noticing that subject literature criticizes the lack of a coherent concept of a deed certifying succession. A legislator did not provide the parties taking part in this transaction with too much freedom fearing the rules of succession may be violated. The role of a notary in establishing acquisition of inheritance is greatly diminished compared to that of a court. A notary may not certify succession without the parties' consent even if it directly resulted from the minutes of succession accepted by the parties who an heir would be. Each time when the order of succession determined by a notary is not in accordance with the expectations of the interested parties', a deed certifying succession will not be made. Court proceedings will be necessary, even though it would be pointless from an economic point of view since the settlement is likely to be identical²⁸.

The fact that a deed certifying succession may be drafted by any selected notary should be assessed positively. In case of court proceedings the court of succession is the only competent court, i.e. the court of the last residence of a testator (Art. 928 of the Code of Civil Procedure).

Considering whether the institution of certifying succession will be approved by the interested persons, it is most of all essential to take into account the fact that relatively little time has elapsed from the time this institution was introduced to draw any general or reliable conclusions with regard to the scope of using a possibility of certifying succession by a notary in the future.

De lege ferenda, it is necessary to postulate further changes in the law of succession, particularly those aimed at making the rule of testamentary freedom real in practice, e.g. by creating a legal possibility of disposing of not only shares to the inheritance in case of death but also individual objects contained in the inheritance

27 L. Kwaśnicka, B. Porębska, *Notarialne poświadczenie...*, p. 1343.

28 R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu...*, p. 89.

(the rights inherited in these objects). Moreover, the issue of further extension of a group of statutory heirs requires consideration too.²⁹

Despite recent changes in this area, it may still be rightly claimed that a municipality or the State Treasury come into succession too quickly. According to Art. 935 of the Civil Code, if there is no testator's spouse, nor relatives or children appointed to succession under the law, the succession comes into the municipality of the last place of residence of a testator as a statutory heir. If it is not possible to determine the last place of residence of a testator in the Republic of Poland, or if the last residence of a testator was abroad, the succession comes into the State Treasury as a statutory heir.

For example, if the deceased did not leave statutory heirs listed in this provision, but was survived by a sisters-in-law, the sister-in-law would not inherit under the Act. The municipality or the State Treasury would become the beneficiary.

Generally, a direction of changes in the law of succession should be considered right. However, several circumstances show that there is a need for subsequent changes in the provisions thereon. It is characteristic that major changes which extended a group of statutory heirs were realized only after so many years passed after the system transformation in Poland. The provisions of succession law of the "people's democratic" state were filled with an ideological assumption according to which accumulating family estates was extraneous to the system, whereas hired labour was the basis of a citizens' existence.

It is worth mentioning here the problem of sharing the inheritance, or rather its costs. It seems that we would deal with sharing of inheritance in court and court dissolution of joint property much less frequently if the costs of arranging these matters by acts performed by a notary³⁰ would be different what they are now. They are significantly higher than court costs.³¹ For this reason many cases which do not have to be settled by a court are nevertheless submitted to one. Contractual sharing of inheritance made by a notary would relieve courts and realize the important rule of prompt proceedings. It is a significant practical problem since successions mostly

29 See more in: T. Mróz, *O potrzebie i kierunkach zmian...*, p. 81 and next.

30 See: Decision of Minister of Justice of 28.06.2004 in the matter of maximum notary fees, *Journal of Laws of 2002*, no. 42, item 369 as amended. According to the content of § 2. 1, § 8–16 restricted, a maximum notary fee for notary transactions, hereinafter referred to as a "maxim fee", depends on the value of the subject of a notary transaction. In case of sharing inheritance, a maximum fee is determined on the basis of a general value of the estate which is subject to share.

31 See: Act of 28.07.2005 on Court Costs in Civil Lawsuits, *Journal of Laws of 2005*, no. 167, item 1398 as amended., Art. 41. 1. A fixed fee of PLN 1.000 is charged for a motion to dissolve joint property. 2. If a motion includes a unanimous draft of dissolution of joint property, a fixed fee of PLN 300 is charged. Art. 51. 1. A fixed fee of PLN 500 is charged for a motion to share inheritance and if it includes a unanimous draft of sharing the inheritance, a fixed fee of PLN 300 is charged. 2. A fixed fee of PLN 1.000 is charged for a motion to share inheritance connected with dissolution of joint property and if it includes a unanimous draft of sharing the inheritance and dissolution of joint property, a fixed fee of PLN 600 is charged.

contain lands, buildings or premises. If the inheritance does not contain real estate or if sharing is limited to other objects excluding real estate (Art. 1038 § 2 of the Civil Code), an agreement of sharing may be concluded in any form (Art. 75 § 1 of the Civil Code restricted). It should be emphasized that the issue of relieving courts in the way mentioned above, requires neither changes in the law of succession nor changes to the Public Notaries Act.

ON CERTIFICATION OF SUCCESSION AND THE NEED FOR FURTHER CHANGES IN THE LAW OF SUCCESSION

In the years that have elapsed since 1989, when the process of system transformation began in Poland, amendments have been made to the Civil Code relating to inheritance law. The need for change was clearly felt, and shown, not only in legal circles but also by the public. The pre-1989 inheritance law provisions, contained a very narrow circle of heirs which reflected the ideology of the former system and which followed through after its transformation. The Circle of Heirs law has now been emended, but it seems that further revision is needed as the Treasury still reacts to quickly in claiming succession under the inheritance law (art. 93 BC).

Changes in the inheritance law now make it possible for a certificate of succession to be drawn up by a notary, but not in every case. All heirs must first give their consent. Hitherto, only a court could determine the full provisions of inheritance law but now some issues can be undertaken by a notary. Poland has moved forward and so too has the role of the notary within the scope of obligations imposed by law.

Key words: succession, circle of heirs, inheritance law, notary, certificate of succession

ODNOWIENIE FUNKCJI ADWOKATA PRZY SĄDACH KOŚCIELNYCH

1. Wstęp

Tak w prawie kanonicznym, jak i w świeckim kategoriami metajurydycznymi są: prawda i dobro. Im służyć winno każde prawo i wszyscy uczestnicy procedur prawnych, szczególnie procesów sądowych. Jest to wytyczna także dla stron postępowania sądowego oraz ich adwokatów.

W ostatnich latach funkcja adwokata w procesie kanonicznym przeżywa swój renesans. Po wiekach złych doświadczeń z adwokatami Kościoła znowu okazał im większe zaufanie. W związku z coraz większą świadomością znaczenia praw człowieka, także w Kościele, wierni coraz częściej chcą z tych praw korzystać. A Kościół nie tylko im na to pozwala, lecz także zachęca do tego.

W sądach kościelnych najczęściej prowadzonymi procesami są procesy o nieważność małżeństwa. W tych też sprawach adwokaci najczęściej mogą występować. Zawsze należy pamiętać, że zadaniem tak sędziego, jak i stron procesowych oraz ich adwokatów podczas procesu jest odtwarzanie, przypominanie faktów, a nie ich tworzenie.

2. Zarys historyczny udziału adwokatów kościelnych

W Piśmie św. są świadectwa, że występowali obrońcy, ale jeszcze nie adwokaci. Jednak już w III wieku pojawiają się wyraźnie adwokaci. Ze świadectw XIII wieku dowiadujemy się, że adwokaci nie zawsze byli uczciwi. Nasilenie się tego zjawiska w XVIII wieku spowodowało, że papież zakazał udziału adwokatów w procesach. W XIX i XX wieku toczono spory o udział adwokatów¹. Szczególnie w II połowie

1 I. Grabowski, *Adwokatura w ustawodawstwie kościelnym*, „Ateneum Kapłańskie” 1935, t. 35, s. 253.

XX wieku i na początku wieku XXI toczyła się i toczy ożywiona dyskusja na temat udziału adwokatów w kościelnych procesach małżeńskich.

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1917 r. udział adwokatów w procesach unormował w kan. 1655–1666. W 1936 r. zostały one uzupełnione art. 43–54 Instrukcji „Provida Mater”². Jednak w 1946 r. kardynał Hlond znowu zakazał udziału adwokatów w Sądzie Metropolitalnym w Warszawie.

3. Potrzeba udziału adwokata w sprawach o nieważność małżeństwa

Pius XII w przemówieniu do audytorów Roty Rzymskiej z 1944 r. podkreśla znaczenie niektórych czynności adwokata. Wcale nie określa on czynności adwokata jako zbędne lub jako nadużycie, lecz stwierdza pewne fakty. Opisuje zakres pracy adwokata jako doradcy i obrońcy, który gdyby nie czynił tego, co do niego należy, sprzeniewierzałby się swoim obowiązkom. Papież zauważył, że świat jest zbyt podejrzliwy w stosunku do osób występujących w procesie³. Pius XII podkreślał, że adwokat, podobnie jak sędzia i obrońca węzła małżeńskiego, ma dążyć do prawdy o konkretnym małżeństwie⁴. W obronie adwokatów, czasem niesłusznie posądzanych o nieuczciwość, występowali też profesorowie KUL i innych uczelni⁵.

Kardynał Zenon Grocholewski, wieloletni sekretarz i prefekt Najwyższego Trybunału Sygnatury Apostolskiej i bliski doradca Ojca św. Jana Pawła II, wskazuje na wielkie „znaczenie roli adwokata dla właściwego przeprowadzenia procesu. Strona bowiem często nie zna problemów prawnych związanych ze sprawą ani też zasad dowodzenia. Adwokat nie tylko będzie wiedział, jakie dowody przedstawić, ale też np. gdy chodzi o świadków, zaproponuje odpowiednie kwestie mające być przedmiotem przesłuchania”⁶. Zapewne odnosi się to także do przesłuchania stron.

Adwokat wie, co z historii małżeństwa, opowiedzianej przez stronę, ma ważne znaczenie dla procesu. Ewentualne braki wcześniej złożonej skargi może ona naprawić poprzez dołączenie do przesłuchań pytań dopasowanych do wzmiankowanych w aktach i relacjonowanych w rozmowach z nim faktów, które mają istotne znacze-

2 S. Congregatio de disciplina sacramentorum. Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum Provida Mater Ecclesia (15 VIII 1936). AAS 1936, vol. 28, s. 313–361.

3 J. Grzywacz, Adwokaci, pełnomocnicy procesowi, instytucja stałych obrońców (kan. 1490). Referat wygłoszony w czasie Międzynarodowego Sympozjum dla pracowników Trybunałów Kościelnych w Europie Środkowo-Wschodniej w Lublinie 19–21 września 1991 roku, mps. s. 12.

4 R. Sobański, Udział adwokata w procesie o nieważność małżeństwa, „Jus Matrimoniale” 1997, t. 2, z. 8, s. 131–132.

5 J. Grzywacz, *op. cit.*

6 Z. Grocholewski, Struktura etapu dowodowego procesu, (w:) Plenitudo legis dilectio. Księga pamiątkowa dedykowana prof. dr. hab. Bronisławowi W. Zubertowi OFM z okazji 65. rocznicy urodzin, pod red. A. Dębińskiego i E. Szczot, Lublin 2000, s. 362.

nie dla dotarcia do prawdziwego obrazu zawieranego małżeństwa, a w konsekwencji do sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Sędziowie nie powinni być niechętni dołączaniu przez adwokata pytań, gdyż wspólnym interesem ich, obrońców wężła oraz adwokatów, jako osób znających prawo i uczciwych, a więc działających zgodnie z interesem Kościoła, jest dotarcie do prawdy i wydanie sprawiedliwego wyroku. Dlatego należy popierać udział adwokatów w sprawach o nieważność małżeństwa, stwarzać im odpowiednie warunki pracy, nie tylko na płaszczyźnie finansowej, lecz także mentalnej pracowników sądowych⁷.

Jak wyżej wspomniałem, w ostatnich dziesięcioleciach Kościół okazał adwokatom kościelnym większe zaufanie. Wyraziło się to w normach kodeksowych⁸, a jeszcze bardziej w instrukcji procesowej *Dignitas connubii*⁹. Odpowiedzią na takie stanowisko Kościoła, a także wynikiem szczegółowych upomnień w tym względzie ze strony Stolicy Apostolskiej, jest powrót adwokatów do występowania w sprawach prowadzonych przez sądy kościelne, który ma miejsce także w Polsce, choć nie bez oporów, a więc wolniej¹⁰. Wskutek upomnień Sygnatury Apostolskiej w ostatnich latach we wszystkich diecezjach w Polsce zatwierdzono adwokatów kościelnych. Niektórzy z nich pełnią faktycznie swoje funkcje, a niektórzy występują tylko na liście, a tylko w niewielkim zakresie podejmują się obowiązków adwokata¹¹.

Zdaniem jednego z polskich kanonistów, specjalistów prawa procesowego, współpraca sędziego z adwokatem, który więcej czasu poświęca stronie może być ułatwieniem dla pracy sędziego. Wiadomości, jakie posiada strona, o pewnych zdarzeniach z życia, mogą zaważyć na wyroku. Gdy adwokat sporządza wykaz okoliczności, na które strona lub świadek ma być pytany, jakie od strony zna, przeprowadza się dowodzenie o wiele bardziej trafne, oszczędzając czas i zbędny wysiłek. W pro-

7 Tak też wypowiada się jeden ze znanych oficjałów i znawca prawa kanonicznego: R. Sobański, *op. cit.*, s. 139–143. Twierdzi on, że udział adwokatów służy stronom i sądowi, zaś adwokaci prywatni (nie urzędowi, działający na podstawie kan. 1490 KPK) winni być przez strony wynagradzani na zasadach rynkowych. Por. G. Stork, *Der Kirchenanwalt im kanonischen Recht*, (Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft, Bd. 31), Würzburg 1991; R. Sztymiler, *Potrzeba udziału adwokata w procesie o nieważność małżeństwa*, „Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich” 1994, vol. 4, nr 1 (6), s. 28–38.

8 *Codex Iuris Canonici. Auctoritate Ioannis Pauli pp. II promulgatus. Kodeks Prawa Kanonicznego*. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu. Pallottinum 1984, zob. kan. 1559, 1678.

9 *Pontificium Consilium de Legum Textibus, Instructio servanda a tribunalibus dioecesis et interdioecesis in pertractandis causis nullitatis matrimonii „Dignitas Connubii”*, Libreria Editrice Vaticana 2005, zwł. art. 101–105.

10 W 2007 roku powołany został Korpus Adwokatów Kościelnych w Polsce, do którego akces zgłosiła część adwokatów zatwierdzonych przez swoich biskupów. Aktualnie przewodniczącym Korpusu jest ks. prof. dr hab. Ryszard Sztymiler (zob. www.adwokatsztymiler.olsztyn.pl). Korpus współpracuje z Radą Prawną Konferencji Episkopatu Polski. Niektórzy zatwierdzeni adwokaci nie garną się do Korpusu, wyrażając obawy zbyt dużego uzależnienia od ogólnopolskich struktur kościelnych. Osoby podające się za adwokatów kościelnych, a niemające zatwierdzenia żadnego biskupa, nie są legalnymi adwokatami i nie mogą należeć do Korpusu Adwokatów Kościelnych w Polsce.

11 J. Krzywkowska, *Adwokat w sprawach o nieważność małżeństwa. Rozwiązania ustawodawcze i ich zastosowanie w sądach kościelnych w Polsce (1983–2007)*, mps, Arch UKSW, s. 11–164.

cesie każdy uczestnik ma swoje przepisane prawem zadania. Ważne znaczenie mają też zadania adwokata¹².

O wielkim znaczeniu udziału adwokata w procesach kościelnych pisze też jeden z oficjałów polskich: „Nie do przecenienia jest rola adwokata w postępowaniu dowodowym. Zgodnie z kan. 1678 § 1 KPK adwokat ma prawo być obecny podczas przesłuchania stron oraz świadków. [...] Co więcej, ma prawo za pośrednictwem sędziego formułować konkretne pytania zarówno stronom, jak i świadkom, a więc w pewnym sensie ukierunkowywać przesłuchanie na zagadnienia i fakty mogące stanowić dowód w procesie, który się toczy. Zakres pytań jest bardzo szeroki i dotyczy zarówno kwestii przedstawionych w skardze powodowej, jak i wynikających z innych środków dowodowych. Adwokat nie tylko przedstawia środki dowodowe, ale także ocenia zarzuty i argumenty przeciwnika w trakcie procesu oraz redaguje pisma procesowe kierowane do trybunału. Ponadto adwokat informuje stronę o przysługujących jej prawach oraz o ewentualnej potrzebie zgłaszania nowych świadków czy innych dowodów¹³.

4. Prawo powołania adwokata

Osoby zainteresowane prowadzeniem procesu o nieważność małżeństwa mogą korzystać z pomocy osób, które dobrze znają prawo kanoniczne. Na ogół porada taka związana jest z osobistym zgłoszeniem się u adwokata–kanonisty. Tylko u adwokata kościelnego, który ukończył prawo kanoniczne i jest zatwierdzony przez biskupa, porada jest miarodajna i tylko takiego sędziego może dopuścić do udziału w procesie.

W kan. 1481 § 1 KPK prawodawca postanowił: „Strona może swobodnie ustanowić sobie adwokata i pełnomocnika”. Zaś w § 3 dodał: „W sprawie spornej, jeżeli chodzi o małoletnich albo o proces dotyczący dobra publicznego, z wyjątkiem spraw małżeńskich, stronie, która nie posiada obrońcy, sędzia ma go mianować z urzędu”. Zatem w sprawach dobra publicznego zasadniczo (bo z wyjątkiem spraw małżeńskich) oraz sprawach małoletnich strona ma prawo do adwokata z urzędu. W innych sprawach ma tylko możliwość skorzystania z wyznaczenia pełnomocnika

12 „Wiadomo jak ważne są positiones dla świadków i jak wielką wagę przywiązuje do nich prawo. Nikt jednak tego nie robi a nawet nie próbuje robić i często kwadransami świadek jest pytany o wiele rzeczach o których zupełnie nie wie, a okazuje się, że jego wiadomości o jednym czy drugim fragmencie życia, ale wiadomości które mogą zaważyć na wyroku. Sędzia działa na ślepo, bez pytań stron na jakie okoliczności świadek ma składać zeznania, w rezultacie traci czas na pytania o rzeczach zupełnie bezużytecznych dla procesu. Gdyby adwokat sporządził wykaz okoliczności, na które świadek ma być pytany, jakie rzeczywiście zna, można by przeprowadzić dowód ze świadków o wiele bardziej ekonomicznie, oszczędzając czas, pracę i nerwy. W procesie każdy uczestnik ma swój określony udział. Jak widzimy nie mały udział ma także adwokat”; zob. J. Grzywacz, *op. cit.*, s. 13.

13 G. Leszczyński, Urząd adwokata stałego w świetle Instrukcji Dignitas connubii, „Jus Matrimoniale 2006, t. 11, z. 17, s. 150. Zob. tenże, Oświadczenia stron jako środek dowodowy w procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa, „Prawo Kanoniczne“ 2000, t. 43, nr 1–2, s. 108–109.

i/lub adwokata. Strona może ich ustanowić lub nie; jest to dziedzina jej swobodnego wyboru. W art. 101 § 1–2 Instrukcji procesowej *Dignitas connubii* (skrót: DC) powtórzono prawo strony do adwokata, a nawet je rozszerzono, wprowadzając możliwość wyznaczenia przez przewodniczącego trybunału adwokata dla strony.

W sprawach o nieważność małżeństwa adwokat nie jest konieczny, ponieważ zaskarżone jest małżeństwo, jego ważność, a nie strona pozwana. Ono jest bronione przez obrońcę węzła małżeńskiego, który zobowiązany jest także do szukania prawdy (kan. 1432 KPK). W sądach diecezjalnych strona nie musi powoływać adwokata, lecz może go powołać, jeśli uzna to za konieczne lub wskazane.

Tylko w Rocie Rzymskiej w każdej sprawie występują adwokaci. Do niedawna, jeśli strona mieszkająca w Polsce przyjęła adwokata wyznaczonego z urzędu, Rota ponosiła koszty z tym związane; jeśli jednak strona dokonała wyboru adwokata, sama musiała go opłacić. Od kilku lat strony z Polski są traktowane podobnie jak z innych krajów i muszą ponosić koszty związane z procesem w Rocie.

W omawianym kan. 1481 § 1 zawarta jest norma pomocnicza dla sędziego, który także w sprawie spornej, także w sprawie o nieważność małżeństwa, może przydzielić stronie adwokata, jeśli uzna jego posługę za konieczną. Może to zachodzić np. w sytuacji, gdy strona jest głuchoniema lub nie zna języka krajowego. Podobna norma zawarta została w art. 101 § 2 DC.

Także w kanonach normujących postępowanie w sprawach o stwierdzenie nieważności małżeństwa zawarty jest przepis (kan. 1678 § 1) mówiący o udziale obrońcy. A obrońcą (*patronus*) jest także adwokat¹⁴. Jego udział jest szczególnie ważny m.in. dlatego, iż tylko obrońca (a nigdy sama strona) może być obecny przy przesłuchaniach stron, świadków i biegłych.

Zgodnie z kan. 1482 § 1 i 3: „Każdy może sobie ustanowić tylko jednego pełnomocnika [...] 3. Można natomiast ustanowić równocześnie kilku adwokatów”. W kanonie tym prawodawca reguluje kwestię ilości pełnomocników i adwokatów w jednej sprawie. Wszystkie trzy paragrafy omawianego kanonu przejęte zostały z kan. 1656 KPK z 1917 r. (§ 1–3). Nie przejęto tylko paragrafu czwartego. A to dlatego, iż zawierał on zbędną obecnie (ze względów redakcyjnych) normę o możliwości sprawowania przez jedną osobę i w tej samej sprawie zarówno funkcji pełnomocnika, jak i adwokata. Normę tę słusznie uznano w Komisji Kodyfikacyjnej za zbędną, gdyż nigdzie nie ma zakazu łączenia wspomnianych funkcji¹⁵.

Z kan. 1620 nr 7 KPK wynika, iż nikomu nie wolno odmówić wzięcia adwokata, gdyż odmowa którejkolwiek stronie prawa do obrony powoduje nieusuwal-

14 H. Siemer, *Anwaltspflicht im kirchlichen Ehenichtigkeitsprozeß?* Essen 1996 (Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici. Beiheft 14).

15 „Communicationes” 1978, vol. 10, s. 269.

ną nieważność wyroku. Przypomniął o tym także Jan Paweł II w przemówieniu do Roty Rzymskiej z 26 I 1989 r.¹⁶ Strona ma prawo do obrony na każdym etapie procesu¹⁷.

W postępowaniu o dyspensę od małżeństwa niedopełnionego sędzieja zasadniczo nie może dopuścić adwokata; lecz w wyjątkowo trudnej sprawie może dopuścić biegłego w prawie (kan. 1701 § 2 KPK). Może on pomagać wnioskodawcy w prowadzeniu postępowania, lecz nie ma takich uprawnień jak adwokat w sprawie o nieważność małżeństwa.

5. Kwalifikacje adwokata

Pewne wymagania stawiane adwokatowi są tożsame z wymaganiami stawianymi pełnomocnikowi, a inne stawiane są tylko adwokatowi. W kan. 1483 KPK prawodawca kościelny określa wymagania stawiane pełnomocnikom i adwokatowi: „Pełnomocnik i adwokat winni być pełnoletni i nienaruszonej sławy. Adwokat ma być ponadto katolikiem, chyba że biskup diecezjalny zezwoli inaczej, doktorem prawa kanonicznego lub skądinąd prawdziwie biegłym i zatwierdzonym przez tegoż biskupa”. Adwokatowi stawia się więc wyraźnie większe wymagania.

Może być sytuacja, że ta sama osoba pełni urząd pełnomocnika i adwokata, a mogą to być też osoby różne. Słuszne wydaje się zatem przedstawienie najpierw tych wymagań, które spełniać powinni zarówno pełnomocnicy, jak i adwokaci, a następnie wymagań stawianych dodatkowo tylko adwokatowi.

a) Wymagania wspólne dla adwokata i pełnomocnika

W kanonie 1483 KPK postawiono tylko dwa wymagania odnoszące się tak do pełnomocnika, jak i adwokata: pełnoletność i dobra sława. Natomiast nie przejęte zostały z poprzedniego kodeksu (kan. 1657 i 1658 § 3 KPK z 1917 r.) dwa inne wymagania: że muszą oni być koniecznie katolikami i ograniczenia odnoszące się do zakonników.

W polskim tłumaczeniu KPK z 1983 r., w kan. 1483 wymóg *bonae famae* odano jako „nienaruszonej sławy”. Tłumaczenie to wydaje się bezpodstawnie minimalizować wymaganie, gdyż w tekście łacińskim wymaga się wyraźnie „*bonae famae*”. Kryteria dobrej sławy, a nie tylko nienaruszonej, do niedawna trudne były do

16 Joannes Paulus P.P. II, Allocutio Summi Pontificis ad praelatos et auditores Tribunalis Apostolici Rotae Romanae (26 I 1989). „Monitor Ecclesiasticus” 1989, vol. 114, s. 252.

17 S. Gherro, Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici. W: Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico. Atti del XIX Congresso Canonistico. Gallipoli–Settembre 1987. Libreria Editrice Vaticana 1988 s. 1–16; C. Gullo. Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale. *Ibidem*, s. 37–50; S. di Grazia. Problemi sull'assistenza tecnica nel processo matrimoniale. *Ibidem*, s. 51–61.

określenia. Dopiero w roku 1988 Stolica Apostolska wydała normy precyzujące wymagania stawiane adwokatom, w tym wymaganie dobrej sławy¹⁸.

W świetle wymienionych dokumentów wymaga się od adwokata, aby odznaczał się prawością życia chrześcijańskiego, łącznie z aktualnym uczestnictwem w życiu własnej wspólnoty kościelnej¹⁹, aby wyznawał wiarę katolicką, aby nie pozostawał w nieuporządkowanym związku, nie sprzeciwiał się nakazom doktrynalnym i pastoralnym legalnej władzy kościelnej, nie popierał ustaw świeckich sprzeciwiających się prawu naturalnemu lub prawom Kościoła, nie należał do organizacji występujących przeciwko Kościołowi, a także nie współpracował z takimi, które kierują się zasadami przeciwnymi wierze i moralności chrześcijańskiej²⁰. Jeśli takich przymiotów brakuje, kandydat nie może być mianowany adwokatem. A jeśli stwierdzi się taki brak po mianowaniu, jest to przyczyna wystarczająca do skreślenia z listy adwokatów, oczywiście po spełnieniu wymagań określonych w kan. 50–51 KPK²¹.

Chociaż wspomniany List apostolski odnosi się zasadniczo do adwokatów Stolicy Apostolskiej, to jednak wymagania tam postawione należy analogicznie odnosić do wszystkich adwokatów kościelnych. Racja bowiem stawiania im takich wymagań jest aktualna we wszystkich sądach kościelnych. Natomiast „Odpowiedź Sygnatury Apostolskiej” z 12 lipca 1993 r. odnosi się wprost do sądu diecezjalnego²². W jej świetle do funkcji adwokata nie można dopuszczać osób, które żyją w tzw. nieuregulowanym związku (wolny związek, konkubinat, związek obowiązujący tylko w prawie świeckim); ta sama przyczyna upoważnia też do skreślenia z listy adwokatów. Chociaż jest to dekret szczegółowy, to jego argumenty i rozwiązania można przyjmować przy rozwiązywaniu innych szczegółowych przypadków.

Opinię o postawie moralnej i religijnej kandydata na adwokata może wydać jego proboszcz lub profesor, u którego niedawno kończył studia²³, a biskup ma zaufanie do oceny tego profesora. Przy podejściu bardziej wymagającym należałoby za osobę o dobrej sławie uznać tę, o której wyrażono pozytywną opinię, np. podkreślającą jej przymioty predysponujące do funkcji pełnomocnika lub adwokata. Brak

18 Litterae Apostolicae IUSTI IUDICIS; S. Signat. Apost. Responsum de die 12 iulii 1993, s. 699–700; zob. Burke, Commentarius, s. 701–708; A.G. Miziński, Instytucja obrońcy stałego w KPK z 1983 roku, „Roczniki Nauk Prawnych” 2004, t. 14, s. 161–190; tenże, Adwokat gwarantem prawa do obrony w procesie kanonicznym, (w:) T. Rozkrut (red.), Urzędy sądowe – władza i służba. Materiały z ogólnopolskiego spotkania pracowników sądownictwa kościelnego w Gródku nad Dunajcem w dniach 11–12 października 2004 roku, Tarnów 2005, s. 35–64.

19 *Iusti iudicis*, art. 3, pkt 1.

20 *Ibidem*, art. 6 § 1.

21 *Ibidem*; zob. Burke, Commentarius, s. 700.

22 *Ibidem*, s. 702–704.

23 Szczególnie predysponowany do tego wydaje się promotor pracy licencjackiej lub doktorskiej kandydata na adwokata, przynajmniej w Polsce, gdzie profesorowie najczęściej lepiej znają dyplomantów niż inni profesorowie. Wydaje się, że w niektórych krajach (np. w Niemczech) profesorom nie można już generalnie przyznać takich kompetencji, gdyż w niektórych przypadkach nie identyfikują się z nauczaniem Kościoła i stawianymi przezeń wymaganiami.

takich pozytywnych przymiotów i wyraźnie pozytywnej opinii mogłyby być rozumiane jako niespełnienie kryterium posiadania dobrej sławy. Podejście pośrednie wymagałoby stwierdzenia braku przymiotów dyskwalifikujących do funkcji adwokata. Podejście minimalistyczne może polegać na tym, że za osobę o dobrej sławie uznaje się tę, co do której nie ma konkretnych zarzutów. Warunki takie spełniałaby także osoba całkowicie nieznaną.

Zgodnie z kodeksowym wymogiem dobrej sławy oraz wymaganiami zawartymi we wspomnianych normach Stolicy Apostolskiej z 1988 i 1993 r. przyjmuje się jako zasadę, że osobie, która w przeszłości sprzeniewierzyła się zasadzie sprawiedliwości czy uczciwości, a która jako adwokat miałaby duży wpływ na przebieg procesu, nie można powierzać tak poważnej funkcji.

Kodeksowe wymaganie pełnoletności odnosi się przede wszystkim do pełnomocnika. Bowiern kandydat na adwokata, jeśli posiada wymagane wykształcenie prawnicze, zawsze będzie pełnoletni.

b) Wymagania stawiane tylko adwokatom

Kandydatom na adwokatów, poza omówionymi wyżej wymaganiami wspólnymi z pełnomocnikami, prawodawca kościelny stawia jeszcze trzy inne warunki. Adwokat winien być: 1) katolikiem, 2) doktorem prawa kanonicznego lub skądinąd prawdziwie biegłym w tej dziedzinie, 3) zatwierdzonym przez biskupa diecezjalnego (kan. 1483 KPK).

Ad 1). Dotyczące adwokata wymaganie, aby był katolikiem, oznacza, iż winien być ochrzczony w Kościele katolickim lub potem do niego przyjęty i stale trwać w jedności z Kościołem. Nie spełnia tego wymagania ten, kto po przyjęciu do Kościoła odstąpił od niego (od pełnej łączności z nim) formalnym aktem (por. kan. 1117 KPK). Adwokat powinien być katolikiem, gdyż powinien znać, rozumieć i akceptować katolicką naukę o małżeństwie. Nie może np. traktować spraw o nieważność małżeństwa tak jak sprawy rozwodowe. Stanowisko zajmowane przez adwokata podczas procesu winno więc być zgodne z nauczaniem Kościoła. Tylko wtedy można mieć uzasadnioną nadzieję, że będzie on właściwie wypełniał swoje obowiązki i nie nadużyje zaufania sądu. Nieczęsto zaś się zdarza, aby niekatolik studiował kanoniczne prawo małżeńskie, a tym bardziej, aby je akceptował.

Katolickie wyznanie adwokata nie jest jednak absolutnym warunkiem dopuszczenia go do występowania w sądzie kościelnym. Także niekatolik może całkowicie lub częściowo wypełniać wspomniane wyżej wymagania. Wtedy biskup, zgodnie z dyspozycją zawartą w kan. 1483 KPK, może zezwolić mu na występowanie w jego trybunale. Podobna dyspozycja zawarta była już w kan. 1657 § 1 KPK z 1917 r. Minimalnym wymaganiem dla niekatolika jest to, aby gwarantował wypełnienie swojego zadania z poszanowaniem kanonicznego porządku prawnego. Biskup die-

cezalny może wtedy udzielić zezwolenia niekatolikowi, gdy przekona się, że ten zadanie adwokata może wykonywać zgodnie z normami prawa kanonicznego.

Ad 2). Adwokat musi mieć dobre przygotowanie prawnicze. Aby to zabezpieczyć, prawodawca wymaga od niego doktoratu z prawa kanonicznego, a przynajmniej biegłości w tej dziedzinie.

Wymaganie doktoratu jest wymogiem bardzo wysokim i nie zawsze łatwym do spełnienia. Dlatego słusznie prawodawca daje możliwość, aby adwokatami mogli być także ci, którzy nie mając stopnia doktora prawa kanonicznego, posiadli biegłość w tej dziedzinie. Podobne wymaganie zawarte było też w kan. 1657 § 2 KPK z 1917 r. Wyższe wymaganie w tej materii postawione zostało w instrukcji „Provida” z 1936 r. Nie uznano tam za wystarczającą biegłość w dziedzinie prawa kanonicznego, lecz bezwzględnie wymagano doktoratu. Wprowadzono także dodatkowy wymóg pomyślnego ukończenia trzyletniej praktyki, niewątpliwie w sądzie kościelnym, a najlepiej w Rocie Rzymskiej²⁴. Niektórzy autorzy²⁵ uznali owe podwyższone wymagania za niewykonalne, przynajmniej w takich krajach jak Polska. Dlatego słusznie Autor nowego Kodeksu zrezygnował z tych podwyższonych wymagań.

Należy ponadto zauważyć, że w kan. 1421 § 3 KPK sędziom kościelnym stawia się wymaganie doktoratu lub licencjatu z prawa kanonicznego. A wydaje się, że nie ma powodu, aby od adwokatów wymagać wyższego wykształcenia niż od sędziów. Także w sądownictwie świeckim niewyobrażalne byłoby wymaganie od adwokatów doktoratu. Nie ma chyba powodu, dla którego od adwokatów kościelnych należy wymagać bezwzględnie wykształcenia wyższego niż od adwokatów występujących w sądach świeckich. Uzasadnione jednak jest wymaganie od nich wyższego poziomu moralnego²⁶.

Tak więc słuszne wydaje się wymaganie od adwokatów kościelnych doktoratu, aby prezentowali wysoki poziom wiedzy kanonistycznej, ale słusznie też sformułowano to wymaganie jako względne. Tam, gdzie warunki na to nie pozwalają, wystarczy jeśli będą rzeczywistymi znawcami prawa kanonicznego. Z drugiej strony należy jednak pamiętać, że tam, gdzie są doktorzy prawa kanonicznego, powinni oni mieć pierwszeństwo w powoływaniu do funkcji adwokata.

Aktualnie nie powinno być w Polsce i w wielu innych krajach Europy większych trudności ze znalezieniem adwokata. Obecnie pracuje w Polsce pewna liczba absolwentów Studium Roty Rzymskiej, którzy – jeśli posiadają dyplom adwokata Roty – mogą występować w sprawach małżeńskich we wszystkich trybunałach kościelnych. Coraz więcej osób kończy prawo kanoniczne w KUL lub UKSW. Jest już

24 Provida Mater Ecclesiae, art. 48 § 2.

25 S. Biskupski, Prawo małżeńskie Kościoła Rzymskokatolickiego. T. 2. Olsztyn 1960, s. 152.

26 O czym była mowa w poprzednim podpunkcie, o dobrej sławie.

sporo doktorów prawa kanonicznego, a jeszcze więcej osób z licencjatem z prawa kanonicznego. Od kilku lat dyplomy licencjata prawa kanonicznego mogą otrzymywać także absolwenci Instytutu Prawa Kanonicznego w Uniwersytecie Papieskim Jana Pawła II w Krakowie. Wkrótce będzie to możliwe także w Olsztynie²⁷. Wydaje się, iż wszystkich, którzy uzyskali w Polsce licencjat z prawa kanonicznego, można uważać za prawdziwie biegłych w tej dziedzinie, chyba że w poszczególnym przypadku stwierdzi się co innego. Zasadniczo ich przydatność, lub nie, do funkcji adwokata może wynikać tylko z ich kwalifikacji etycznych, które ocenia biskup będący moderatorem trybunału.

Ad 3). Adwokat winien być zatwierdzony przez biskupa diecezjalnego będącego moderatorem sądu, przy którym ma on pełnić urząd adwokata. Może to być zatwierdzenie generalne, dające możliwość występowania we wszystkich sprawach w danym trybunale (jest to równoznaczne z wpisaniem na listę adwokatów lub włączeniem do zespołu obrońców, o którym mowa w kan. 1490) albo zatwierdzenie do poszczególniej sprawy.

Nie potrzebują takiego zatwierdzenia adwokaci pozostający na liście adwokatów Roty Rzymskiej. Z zasady mogą oni występować we wszystkich trybunałach diecezjalnych. Jednak w poszczególnych przypadkach i z poważnych racji biskup może im tego zabronić.

Adwokaci umieszczeni na liście obrońców w danej diecezji nie wymagają odrębnego zatwierdzenia biskupa diecezjalnego do każdej sprawy. Oczywiście, jeśli umieszczenie osoby na liście adwokatów dokonane było przez biskupa lub za jego zgodą, a przynajmniej wiedzą. Zatwierdzenie adwokata w jednej diecezji nie upoważnia go (tak jak dawniej) do występowania w trybunale innej diecezji. Tam winien adwokat uzyskać od biskupa diecezjalnego odrębne zatwierdzenie.

Dodatkowe ograniczenie dotyczące adwokatów zawarte zostało w piśmie Sygnatury Apostolskiej z 17 marca 1986 r. Ograniczenie to przed rokiem 1983 na zasadzie analogii obowiązywało na podstawie art. 9 norm wydanych 28 XII 1970 r. dla trybunałów międzydiecezjalnych i regionalnych²⁸. W świetle wymienionych dokumentów funkcji adwokata (lub pełnomocnika) nie może pełnić osoba, która jest sędzią w jakimkolwiek trybunale. Wydaje się, iż chodzi tutaj tylko o trybunały kościelne.

Natomiast bezpodstawne jest pojawiające się niekiedy wymaganie, aby adwokat miał zamieszkanie na terenie jurysdykcji danego sądu. Wymaganie takie odnosi się tylko do pełnomocnika²⁹.

27 Od października 2011 roku prawo kanoniczne można będzie studiować także w Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie. Będzie to pierwszy ośrodek naukowy w północnej Polsce, kształcący w tym kierunku.

28 AAS 1971, vol. 63, s. 486–492.

29 Zob. *Dignias connubii*, art. 105 § 3.

6. Zadania adwokata w procesie

Najogólniej można stwierdzić, że zadaniem adwokata jest jego współpraca ze stroną procesową i z sądem w celu skompletowania godziwych argumentów za ważnością lub nieważnością danego małżeństwa, czyli ustalenia prawdy o danym małżeństwie. Wśród szczegółowych zadań adwokata wyróżnić można: 1) takie, które stale ciążyą na nim, 2) oraz takie, które winien on wypełniać doraźnie w różnych stadiach procesu³⁰.

1. Obowiązki stale ciążyące na adwokacie:

- 1) Działanie w interesie strony. Adwokat winien działać tylko w interesie strony, którą reprezentuje, ale nie za wszelką cenę. Nie może działać przeciwko interesowi tej strony (art. 104 DC).
- 2) Prowadzenie sprawy klienta uczciwie (kan. 1489 KPK). Winien być stale szermierzem prawdy i sprawiedliwości. Powinien podejmować wszelkie godziwe działania w celu prawnej obrony stanowiska reprezentowanej strony procesowej.
- 3) Świadczenie stronie pomocy bez żądania wygórowanej zapłaty (kan. 1488 § 1). Biorąc pod uwagę nakład pracy adwokata podczas całego procesu, trwającego około roku, słuszne wydaje się przyjęcie, że jednej sprawie poświęca się około miesiąca pracy³¹. Wynagrodzenie powinno z jednej strony być godziwą zapłatą za pracę adwokata, a z drugiej strony możliwe do przyjęcia przez stronę procesową. Jeśli będzie za niskie, nie będzie chętnych adwokatów do podejmowania tej funkcji. Jeśli będzie za wysokie, strony nie będą korzystały z pomocy adwokatów, a konkurencja wymusi obniżenie wynagrodzenia. Wydaje się, że może to być wynagrodzenie pomiędzy minimalnym a przeciętnym wynagrodzeniem w danym kraju czy regionie³²; albo dla wszystkich jednakowe, albo uzależnione od zarobków strony. W tym ostatnim przypadku mogłaby to być równowartość 1-miesięcznego wynagrodzenia, z możliwością rozłożenia na raty, a gdyby strona była uboga, korzystałaby z prawa ubogich i miałyby bezpłatne prowadzenia procesu i bezpłatną pomoc adwokata³³. Jeśli nie zapewni się legalnym adwokatom odpowiedniego wynagrodzenia, będą unikali prowadzenia spraw, a wtedy zainteresowani będą częściej korzystali z pomocy rzekomych adwokatów, którzy takimi się

30 Nie będą tu omawiane działania, których adwokatowi podejmować nie wolno.

31 Składa się na to: rozmowy ze stroną, czytanie i analizowanie jej dokumentów, redagowania pism procesowych, kilkakrotne czytanie akt w celu przygotowania odpowiednich pytań dla stron, świadków i biegłych, pisanie głosu obrończego.

32 Zależne m.in. od stopnia naukowego i doświadczenia adwokata, a także trudności sprawy, ilości tytułów nieważności.

33 Ta bezpłatna pomoc mogłaby być refundowana adwokatowi przez diecezję, w wysokości 50–100%, w zależności od możliwości diecezji.

mienia, a nie mają zatwierdzenia biskupa lub nawet studiów kanonistycznych, a nie mając żadnego nadzoru kościelnego, mogą doradzać uczciwie lub nieuczciwie.

- 4) Okazywanie szacunku i posłuszeństwa trybunałowi (kan. 1470 § 2). Adwokat nie może pogardliwie wyrażać się o trybunale ani o jego pracownikach. Nie znaczy to, że nie może sprzeciwiać się, w sposób zgodny z prawem i kulturalny, decyzjom pracowników trybunału, gdy prawnie uzasadni ich niezgodność z prawem lub niestosowność. Wszyscy uczestnicy procesu winni okazywać szacunek trybunałowi i sobie nawzajem.
- 5) Dostępność dla trybunału. Ma być on dostępny tak dla trybunału, jak i dla strony. Dla trybunału znany winien być jego adres i telefon. Przydatna jest także znajomość adresu internetowego. Ale nie musi mieszkać tam, gdzie jest trybunał, jak tego wymaga się od pełnomocnika³⁴.

Doraźne obowiązki i uprawnienia adwokata:

- 1) Przed podjęciem zadania winien złożyć w sądzie autentyczne zlecenie (kan. 1484 § 1, kan. 1620 nr 6 KPK).
- 2) Wobec biskupa lub wikariusza sądowego winien złożyć przysięgę, że należyście i wiernie wypełni swój obowiązek (kan. 1454 KPK).
- 3) Winien dochować odpowiedniej dyskrecji, a na żądane sędziego złożyć przysięgę, że zachowa wymaganą tajemnicę (kan. 1455 § 3 KPK).
- 4) Ma prawo być obecny podczas przesłuchań stron, świadków i biegłych (kan. 1678 § 1 nr 1; 1559 KPK; art. 159 § 1 DC).
- 5) Podczas przesłuchań stron, świadków i biegłych może zadawać im pytania, w zasadzie za pośrednictwem sędziego (kan. 1533, 1534, 1561 KPK; art. 166 DC).
- 6) Podczas całego procesu może zapoznawać się z dowodami przedkładanymi przez strony oraz przeglądać akta sądowe, a więc także przed ich publikacją (kan. 1559, kan. 1678 § 1 nr 2 KPK; art. 159 § 1 DC).
- 7) W czasie publikacji ma prawo żądać i może otrzymać potrzebne odpisy z akt sprawy (kan. 1598 § 1 KPK). Zależnie od poziomu wzajemnej współpracy sędziów i adwokatów, odpisy te mogą być udostępniane także wcześniej. Skoro mogą być przekazywane przy publikacji akt, to nie widać przyczyny, dla której nie mogłyby być przekazane wcześniej. Adwokat przez cały proces zobowiązany jest do takiej samej dyskrecji i tajemnicy. Pod koniec pro-

34 DC art. 105 § 3; por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła Rzymskokatolickiego*, Warszawa 1956, s. 151.

cesu odpisy mogą być mu już niepotrzebne, skoro musiałby wcześniej ręcznie robić wypisy konieczne np. do przygotowania odpowiednich pytań dla świadków czy biegłych.

7. Wnioski

W związku z coraz większym podkreśleniem praw człowieka, w tym praw wiernych w Kościele, w wyniku nadzorczych działań Sygnatury Apostolskiej, a także coraz większej świadomości prawnej społeczeństwa i wiernych Kościoła, w ostatnich dziesięcioleciach nastąpił renesans funkcji adwokata w procesach kanonicznych. Wielu wybitnych kanonistów potwierdza potrzebę, a nawet konieczność udziału adwokata w sprawach o nieważność małżeństwa. Stolica Apostolska przynagla, aby w każdej diecezji wierni mieli do dyspozycji adwokatów. A ci będą podejmowali pracę wtedy, gdy warunki ich pracy, w tym życzliwość pracowników sądów i odpowiednie wynagradzanie, będą zapewnione. Daleko w Polsce do komfortu stron, jaki np. we Włoszech mają one dzięki wielkiej dostępności adwokatów.

Adwokat pracuje w dużej zależności od sędziego, zwłaszcza przewodniczącego składu sędziowskiego, który podejmuje najważniejsze decyzje w sprawie. Adwokat może jednak i powinien zwracać uwagę na to, aby wszystkie czynności sądowe przeprowadzane były zgodnie z prawem, aby wskutek niedopilnowania nie ucierpiało dobro jego klienta, a pośrednio także dobro Kościoła. Adwokat może prosić, przypominać, zwracać uwagę, a nawet zaskarżać decyzje sędziego, gdyby te były lub wydały się mu niezgodne z prawem lub z właściwym rozumieniem procesu. W dochodzeniu praw strony winien pomagać powołany przez nią adwokat.

Faktycznie adwokat bardzo pomaga w dojściu do prawdy podczas procesu, m.in. o danym małżeństwie i wydania sprawiedliwego wyroku. Jeśli zdarza się inaczej, może to wynikać z niewłaściwego wykonywania swojego urzędu przez adwokata lub sędziego. Właściwe wypełnianie tych funkcji przyczynia się do coraz większego zaufania pomiędzy wszystkimi uczestnikami procesu, do pewniejszego dochodzenia do prawdy, na czym przecież Kościołowi zależy.

ODNOWIENIE FUNKCJI ADWOKATA PRZY SĄDACH KOŚCIELNYCH

W związku z coraz większym podkreśleniem praw człowieka, w tym praw wiernych w Kościele, w wyniku nadzorczych działań Sygnatury Apostolskiej, a także coraz większej świadomości prawnej społeczeństwa i wiernych Kościoła, w ostatnich dziesięcioleciach nastąpił renesans funkcji adwokata w procesach kanonicznych. Po wiekach złych doświadczeń z adwokatami Kościół znowu okazał im większe zaufanie.

W sądach kościelnych najczęściej prowadzonymi procesami są procesy o nieważność małżeństwa. W tych też sprawach adwokaci najczęściej mogą występować. Zawsze należy pamiętać, że zadaniem tak sędziego, jak i stron procesowych oraz ich adwokatów podczas procesu jest odtwarzanie, przypominanie faktów, a nie ich tworzenie.

**THE RENEWAL OF THE FUNCTION OF A LAWYER
IN THE COURTS OF THE CHURCH**

In view of the increasing underlining of the importance of human rights, including the rights of the Church faithful, as a result of the supervisory activities of the Apostolic Signatura, as well as a growing sense of law amongst both the faithful and society as a whole, there has been a renaissance of the function of a lawyer (attorney) in the canonical processes in recent decades.

After centuries of bad experiences with lawyers, the Church has again put trust in them. The processes carried out in the courts of the Church most often are the processes of nullity of marriage. In these cases, lawyers are allowed to appear and often this occurs. They should always bear in mind, however, that the task of the judge and the parties to the litigation and its lawyers during a process, is to recreate or to recall the facts, not create them.

Key words: church, lawyer, attorney, nullity of marriage, lawyer's duties

ABOUT SURROGACY AGREEMENTS AGAINST A BACKGROUND OF AMERICAN EXPERIENCES

The story of surrogacy is as old as the Bible and since those ancient times, women have consistently been giving birth to other women's children. Not out of altruism or for material gain, but simply because they were forced into doing so. Maids and concubines were compelled into giving birth to children of their masters and artificial insemination was obviously out of the question and unrealizable¹ – the method was both basic and socially unacceptable. In more recent history, developments in medicine in the field of artificial procreation, led first to artificial insemination and then to in vitro fertilization of an ovum for subsequent implant as an embryo into a woman's womb. Surrogacy remains as ever a fact but the method has changed – it is now much more sophisticated and with that sophistication, surrogacy has become socially respectable. Belief in the potential material benefits resulting from surrogacy agreements, added to differences in national laws, has created the phenomenon of reproductive tourism where surrogate mothers and egg donors started to be imported from Spain, Ukraine and the United States. The latter, together with India (since 2002, when compensated surrogacy was legalized), have also become popular places for surrogacy agreements' to be executed.²

Judging by the number of Internet offers from women willing to become prospective surrogate mothers, services of this kind are in great demand including here in Poland. In Poland, agreements are executed according to a mistakenly understood freedom of contract principle, mistakenly – because such agreements are null and void. This results for at least three reasons: 1) surrogacy agreements are in conflict with the principles of social coexistence which makes freedom of contract limited (together with conflicts of the substance or objectives of legal relationship with its nature and mandatory statutory provisions), according to art. 353¹, and also

1 K.D. Krawiec, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009, p. 223.

2 L.C. Ikemoto, *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services*, 27 *Law & Ineq.*, 2009, p. 292, 297, also K.D. Krawiec, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009, p. 225.

58 § 2 of the Polish Civil Code³, 2) the inability to transfer parental authority by virtue of a contract, because freedom of contract does not cover family relations, 3) a contract transferring parental authority is that of impossible performance (art. 387 § 1 – *impossibilium nulla obligatio*). Furthermore, the Polish Family Code regulation does not give basis for action. According to art. 619 the mother of a child is the woman who gave birth to the child and denial of motherhood is feasible only in the case of an incorrect entry on the child's birth certificate (when the name of a woman who did not give a birth to the child was listed on the certificate as the child's mother – art. 6112 § 1).⁴ Similarly, any attempt to apply foreign law allowing to conclude a surrogacy agreement and accepting their validity and effectiveness will end in failure – because its application would have effects contradictory to fundamental principles of the Polish legal order.⁵

Taking into consideration the provisions of Polish law, parties to a surrogacy agreement are not able to take the position of parents of a child on the virtue of a contract. Still they can achieve it as a result of activities apparently not connected with the agreement (especially when the fact of its execution is hidden): 1) an intended mother pretends pregnancy, simulates giving birth to a child at home, and registers herself as the mother of the child, 2) the intended father, with the consent of the surrogate mother, recognizes fatherhood; the surrogate mother abandons her parental rights and turns the child over to him – he becomes the sole parent of the child, 3) a surrogate mother abandons her parental rights and gives consent for adoption by the intended parents; a family court deciding adoption, applies 'the best interest of a child' principle. The existence of an agreement is usually only revealed when a dispute arises between the intended parents and the surrogate mother. Presently it is hard to appraise the range of problems caused by uncontrolled surrogacy and beyond doubt, one should feel uneasiness about the deception of parentage and its consequences. The lack of effectiveness of surrogacy agreements causes a shortage of protection to the contracting parties – a surrogate mother can easily keep the child and decline to hand the child over to the intended parents; the intended parents can refuse to pay or at least reimburse costs and finally, they can refuse to take a sick child. Commenting on the foregoing problems one should notice that the first successful in vitro fertilization in Poland was carried out in 1987,⁶ and still the issue of the introduction of artificial procreation regulation is one of extreme controversy and dispute. The first test-tube baby was born in 1978 in the United States, and

3 See: English commentary in S. Frankowski (ed.), *Introduction to Polish Law*, Kraków 2005, p. 73 and Polish text of Civil Code: *Journal of Laws* 1964, No. 16, *item* 93 with subsequent amendments.

4 Act of 6 November 2008 regarding a change of law – Family and Guardianship Code and some other acts, (*Journal of Laws* 2008, No. 220, *item* 1431.)

5 See: art. 6 of Act of 12 November 1965 Private International Law (*Journal of Laws* 1965, No. 46, *item* 290 with subsequent amendments: *Journal of Laws* 1995, No. 83, *item* 417; 1999, No. 52, *item* 532): Foreign law shall not apply where application thereof would have effects contradictory to fundamental principles of legal order of the Polish People's Republic.

6 By prof. M. Szamatowicz in Białystok.

maybe that is why American regulations regarding surrogacy agreements have the longest tradition.

Surrogacy contracts became the subject of wide interest and vivid scientific disputes owing to a case decided by the New Jersey Supreme Court in 1988 (in *Re Baby M.*). In this matter the Court was asked to determine the validity of a contract providing for consent of a woman to be artificially inseminated with the semen of another woman's husband for a fee of \$10,000. She was to conceive a child, carry it to term, and after the birth of the child surrender him/her to the biological father and his wife. The intent of the contract was that the child's biological mother would be forever separated from her child and that the biological father's wife was to adopt the child – she and the biological father would be regarded as the child's parents. In February 1985, William Stern and Mary Beth Whitehead entered into a surrogacy contract, because Stern's wife, Elizabeth, was infertile, they wanted a child and Mrs. Whitehead was willing to provide that child as the mother with Mr. Stern as the father. The contract was fulfilled – a child was born and surrendered to the Sterns. But just after separation from her child Mrs. Whitehead abandoned herself to despair. The depth of her despair surprised and frightened the Sterns. She told them that she could not live without her baby, that she must have her, even if only for one week, that thereafter she would surrender her child. The Sterns, concerned that Mrs. Whitehead might commit suicide, not wanting under any circumstances to risk that, and in any event believing that Mrs. Whitehead would keep her word, turned the child over to her. It was not until four months later, after a series of attempts to regain possession of the child, that Melissa was returned to the Sterns, having been forcibly removed from the home where she was then living with Mr. and Mrs. Whitehead, a home in Florida owned by Mary Beth Whitehead's parents – eventually the Sterns discovered where the Whiteheads were staying, commenced supplementary proceedings in Florida, and obtained an order requiring the Whiteheads to turn over the child. Police in Florida enforced the order, forcibly removing the child from her grandparents' home. She was soon thereafter brought to New Jersey and turned over to the Sterns. The trial court reaffirmed prior order of the court, issued *ex parte*, awarding custody of the child to the Sterns, after consideration of the certified representations of the parties (both represented by counsel) concerning the unusual sequence of events that had unfolded. Pending final judgment, Mrs. Whitehead was awarded limited visitation with Baby M. New Jersey Supreme Court invalidated the surrogacy contract because it was in conflict with the law and public policy of the State of New Jersey – recognizing the depth of the yearning of infertile couples to have their own children and finding the payment of money to a “surrogate” mother illegal, perhaps criminal, and potentially degrading to women. The court granted custody to the biological father (the evidence having clearly proved such custody to be in the best interests of the infant), voided both the termination of the surrogate mother's parental rights and the adoption of the child by the wife/step-parent restoring the “surrogate” as the

mother of the child and remanding the issue of the natural mother's visitation rights to the trial court.⁷ Since this verdict surrogacy contracts became popular – there were 600 cases of children born as a result of the contract. The gestational surrogacy contracts amounted to 95% of all the agreements⁸ (in gestational surrogacy the surrogate mother is not the biological contributor of the egg, in traditional surrogacy the surrogate mother is the biological contributor of it⁹). Although surrogacy contracts generate many complex problems, there is no uniform regulation binding all states, or at least one model ruling for all of them in the United States. Attempts to unify the law (or rather to create a model law) were made several times – in 1973 (Uniform Parentage Act – already changed several times),¹⁰ in 1988 (Uniform Status of Assisted Conception Act – a woman who gives birth to a child is its mother unless the surrogacy agreement has been approved by a court before the child was born; if the agreement has not been approved by the court, it is void), and in 2008 (Model Act Governing Assisted Reproductive Technology).¹¹ American federal law does not address them: the state legislatures are competent to create the laws regarding surrogacy. According to the information given by M. Frasz and D. Abłażewicz¹² in 2008, there were 6 state laws allowing to execute surrogacy contracts (Arkansas, California, Illinois, Massachusetts, New Jersey and Washington), acts of state law and jurisprudence of 11 states and DC banned on their execution in any case or under certain conditions. According to next 34 state laws, it was uneasy to decide interchangeably about admissibility of the contracts. In the light of data provided by Human Rights Campaign, the numbers are slightly unlike the given data:¹³

1) in 10 states there are no statutes dealing directly with the issue of surrogacy, 2) in 24 states (26 with exceptions) it is accepted: a) in 9 states there are no statutes dealing directly with the issue of surrogacy but at least one court has acknowledged the parental rights of non-biological participants in a surrogacy arrangement, b) in 2 states there are no statutes dealing directly with the issue of surrogacy but various cases have looked favorably on such agreements, c) in 2 states there are no statutes dealing directly with the issue of surrogacy and uncompensated agreements may be permissible, d) in 4 states law permits married people to enter into a surrogacy agreement, e) in 1 state law permits married people to enter into a gestational surrogacy

7 In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988), 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396, 1988.NJ.41301 <http://www.versuslaw.com>, http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm. Also M. Gittleman, In the Matter of Baby M.: A Setback for Surrogacy Contracts, 40 Rutgers L. Rev. 1987–1988, p. 1313–1314.

8 K.D. Krawiec, Altruism and Intermediation in the Market for Babies, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009, p. 205.

9 C.P. Kindregan Jr., Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, 17 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 2009, p. 609–610.

10 Uniform Parentage Act (1973), 9B U.L.A. 377 (2001&Supp. 2006). Art. 8 deals with establishment of parent-child relation in a case of gestational surrogacy agreement.

11 M. Frasz, D. Abłażewicz, Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VI, 2008, p. 45.

12 M. Frasz, D. Abłażewicz, Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VI, 2008, p. 45.

13 http://www.hrc.org/issues/parenting/surrogacy/surrogacy_laws.asp?listpage=2.

agreement, f) in 1 state law permits married people to enter into an uncompensated surrogacy agreement, g) in 3 states law permits to enter into an uncompensated surrogacy agreement, h) in 1 state law permits to enter into an uncompensated gestational surrogacy agreement, i) in 1 state law permits to enter into a gestational surrogacy agreement, 3) in 3 (2) states the agreements are unenforceable: a) in 1 state there are no statutes regarding surrogacy but surrogate parenting agreements in general are unenforceable in the state, b) in 1 state all surrogacy contracts are against public policy and unenforceable,

c) in 1 state traditional surrogacy agreements are void and unenforceable, but gestational surrogacy agreements are legal and enforceable, 4) in 7 states law regarding surrogacy agreements is unclear: a) in 4 states the law is unclear, b) in 2 states the law is unsettled, however, various court decisions seem to indicate that some surrogacy agreements are considered lawful, c) in 1 state there is no specific law that addresses surrogacy agreements, related laws might hold compensated agreements unenforceable, 5) in 5 states and District of Columbia there is a ban on surrogacy agreements: a) in 1 state statutes do not address surrogacy agreements, but the ruling of at least one court suggests that those agreements go against the public policy of the state, b) in DC all surrogacy agreements are prohibited by law, c) in 1 state all surrogacy agreements are void and unenforceable, d) in 1 state all surrogacy agreements are prohibited by law – they are void and unenforceable, e) in 1 state compensated surrogacy agreements are void and unenforceable, but it is possible that the law would uphold uncompensated agreements, f) in 1 state compensated traditional surrogacy agreements are void and unenforceable, but law does not address uncompensated agreements or gestational surrogacy agreements.

The differences in laws signify the lack of consent to recognize surrogacy agreements as legal instruments. In states where they are accepted, they should be executed under control of the state (e.g. approval of a court) or in a way ensuring that they actually have been executed (e.g. a contract should be in writing). Inconsistency with public order is usually the reason to treat them as void. In states, where the laws do not deal with surrogacy contracts or surrogacy itself or other states where it is unclear how law would treat them – adjudicating courts can accept a freedom of procreation as a justification of contract execution. The essence of this freedom deriving from constitutional right to privacy is an opportunity to procreate through whatever means, in private.¹⁴ ‘The court also engaged in a constitutional analysis [can find] the right to enter into a surrogacy contract protected by the Fourteenth Amendment under substantive due process (as part of the rights to privacy and to procreate).’¹⁵ In absence of regulation a court dealing with a case of surrogacy and

14 Quoting Jeffrey Steinberg, director of the Fertility Institute, as stating that „[t]hese are grown-up people expressing their reproductive choices. We cherish that in the United States”, in: Kimberly D. Krawiec, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009, p. 215.

15 S. Abramowicz, *Childhood and the Limits of Contract*, 21 Yale J.L. & Human. 2009, p. 90.

establishment of the parent – child relationship is able to take into consideration one of three ties¹⁶ – giving birth to a child, genetic relationship and ‘intent to bring a child into the world and raise the child as one’s own as part of a family unit, not by biology’¹⁷ – and also the best interest of a child. A criterion of intent was applied in one of the most famous cases in the United States – *Johnson v. Calvert*.¹⁸ Husband and wife brought suit seeking declaration that they were legal parents of child born of woman in whom the couple’s fertilized egg had been implanted. In 1993, California Supreme Court decided that a person who intended to procreate (an intended mother who was a donor of an egg) should be regarded as parent of a child in a case of gestational surrogacy agreement. Also in a very complex case from 1998 (*In re Marriage of Buzzanca*),¹⁹ the court decided that in a consequence of procreation using the surrogate mother and genetically unrelated embryo implanted in her, as well as of intent to keep a child is recognition of parent–child relationship between a child and intended parents. As a matter of fact, the complexity of the case was prompted by a number of its participants – the surrogate mother was impregnated in a consequence of implantation of an egg of an anonymous donor fertilized by a sperm of an anonymous donor – so a court deciding about parent–child relationship had to choose from six parents–to–be: a donor of an egg, a donor of a sperm, intended mother, intended father, surrogate mother and her husband.

The courts in at least three states (Alabama, Arkansas, Connecticut) used to apply best interest of a child criterion – in cases regarding children not genetically related to the intended parents, also recognizing the right of a surrogate mother to withdraw from a contract and keep the child.²⁰ In a Connecticut case from 1998 (*Doe v. Doe*²¹), the Supreme Court dealing with dispute of a wife and husband concerning custody of a child born in effect of a traditional surrogacy agreement, decided in favor of a wife because her role in child upbringing was enough to overcome the statutory presumption that it is in the child’s best interests to be in the custody of a biological parent (in this case, either the husband or the surrogate mother).

Illinois (750 ILCS 47/1) Gestational Surrogacy Act²² is a fine example of the newest regulation, which is the most favorable for intended parents. It has been in force since January 2005, and its aim is to establish consistent standards and procedural safeguards for the protection of all parties involved in a gestational

16 L. Anderson, *Adding Players to the Game: Parentage Determinations When Assisted Reproductive Technology is Used to Create Families*, 62 Ark. L. Rev. 2009, p. 32.

17 *Miller–Jenkins v. Miller–Jenkins*, No. 454–11–03 Rddm, at 11 (Rutland Fain. Ct. Nov. 17, 2004).

18 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776, 19 Cal.Rptr.2d 494, 61 USLW 2721.

19 61 Cal.App. 4th 1410 (1998).

20 H.J. Gitlin, *Illinois Becomes Surrogacy Friendly*, <http://www.gitlin.com/pages/IllinoisBecomesSurrogacyFriendly.html> (14/04/2010).

21 710 A.2d 1297 (Conn. 1998).

22 FAMILIES (750 ILCS 47/) Gestational Surrogacy Act, 14/04/2010, <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapAct=750%26nbsp%3BILCS%26nbsp%3B47%2F&ChapterID=59&ChapterName=FAMILIES&ActName=Gestational+Surrogacy+Act>.

surrogacy contract in the state, and to confirm the legal status of children born as a result of these contracts – to facilitate the use of this type of reproductive contract in accord with the public policy of the state (state law allows for gestational surrogacy agreement, it does not regulate traditional surrogacy contracts). For the purposes of the act gestational surrogacy was defined as the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child created through in vitro fertilization using the gamete or gametes of at least one of the intended parents and to which the gestational surrogate has made no genetic contribution. According to sec. 15, the woman who gives birth to a child is presumed to be the mother of that child for purposes of state law, except as provided in the act with respect to gestational surrogacy and the event of a laboratory error in which the resulting child is not genetically related to either of the intended parents. In the first case the intended mother is a mother of a child immediately upon the birth of the child, the intended father shall be the father of the child from the same moment and the child shall be considered the legitimate child of the intended parent or parents immediately upon the birth of the child. Parental rights shall vest in the intended parent or parents immediately upon the birth of the child. Sole custody of the child shall rest with the intended parent or parents immediately upon the birth of the child and neither the gestational surrogate nor her husband, if any, shall be the parents of the child immediately upon the birth of the child. In the second case the intended parents will be the parents of the child for purposes of state law unless otherwise determined by a court of competent jurisdiction. A gestational surrogate shall be deemed to have satisfied the requirements of the act if she has met the following requirements at the time the gestational surrogacy contract is executed: (1) she is at least 21 years of age, (2) she has given birth to at least one child, (3) she has completed a medical evaluation, (4) she has completed a mental health evaluation, (5) she has undergone legal consultation with independent legal counsel regarding the terms of the gestational surrogacy contract and the potential legal consequences of the gestational surrogacy and (6) she has obtained a health insurance policy that covers major medical treatments and hospitalization and the health insurance policy has a term that extends throughout the duration of the expected pregnancy and for 8 weeks after the birth of the child (the policy may be procured by the intended parents on behalf of the gestational surrogate pursuant to the gestational surrogacy contract). The intended parent or parents shall be deemed to have satisfied the requirements of the act if he, she, or they have met the following requirements at the time the gestational surrogacy contract is executed: (1) he, she, or they contribute at least one of the gametes resulting in a pre-embryo that the gestational surrogate will attempt to carry to term, (2) he, she, or they have a medical need for the gestational surrogacy as evidenced by a qualified physician's affidavit attached to the gestational surrogacy contract and as required by the Illinois Parentage Act of 1984, (3) he, she, or they have completed a mental health evaluation and (4) he, she, or they have undergone legal consultation with independent legal

counsel regarding the terms of the gestational surrogacy contract and the potential legal consequences of the gestational surrogacy.

A gestational surrogacy contract should be in writing and two competent adults should witness it. It should be executed prior to the commencement of any medical procedures (other than medical or mental health evaluations necessary to determine eligibility of the parties pursuant to the act). Separate counsel in all matters concerning the gestational surrogacy and the gestational surrogacy contract should represent each of the gestational surrogate and the intended parent or parents. Each of them should sign a written acknowledgement that he or she received information about the legal, financial, and contractual rights, expectations, penalties, and obligations of the surrogacy agreement. If the gestational surrogacy contract provides for the payment of compensation to the gestational surrogate, the compensation should be placed in escrow with an independent escrow agent prior to the gestational surrogate's commencement of any medical procedure (other than medical or mental health evaluations necessary to determine the gestational surrogate's eligibility). A gestational surrogacy contract should provide for (as a minimum): (1) the express written agreement of the gestational surrogate to: (i) undergo pre – embryo transfer and attempt to carry and give birth to the child and (ii) surrender custody of the child to the intended parent or parents immediately upon the birth of the child. If she is married it should provide for the express agreement of her husband to: (i) undertake the obligations imposed on the gestational surrogate pursuant to the terms of the gestational surrogacy contract, (ii) surrender custody of the child to the intended parent or parents immediately upon the birth of the child. It should also provide for the right of the gestational surrogate to utilize the services of a physician of her choosing, after consultation with the intended parents, to provide her care during the pregnancy and the express written agreement of the intended parent or parents to: (i) accept custody of the child immediately upon his or her birth and (ii) assume sole responsibility for the support of the child immediately upon his or her birth. A gestational surrogacy contract shall be presumed enforceable even though it contains: (1) the gestational surrogate's agreement to undergo all medical exams, treatments, and fetal monitoring procedures that the physician recommended for the success of the pregnancy, (2) the gestational surrogate's agreement to abstain from any activities that the intended parent or parents or the physician reasonably believes to be harmful to the pregnancy and future health of the child, including, without limitation, smoking, drinking alcohol, using non-prescribed drugs, using prescription drugs not authorized by a physician aware of the gestational surrogate's pregnancy, exposure to radiation, or any other activities proscribed by a health care provider, (3) the agreement of the intended parent or parents to pay the gestational surrogate reasonable compensation and (4) the agreement of the intended parent or parents to pay for or reimburse the gestational surrogate for reasonable expenses

(including, without limitation, medical, legal, or other professional expenses) related to the gestational surrogacy and the gestational surrogacy contract. In the event that any of the requirements are not met, a court of competent jurisdiction shall determine parentage based on evidence of the parties' intent. There shall be no specific performance remedy available for a breach by the gestational surrogate of a gestational surrogacy contract term that requires her to be impregnated.

Establishment of the parent – child relationship is possible as early as prior to the birth of a child born through gestational surrogacy if, in addition to satisfying the requirements of provisions of the Illinois Parentage Act of 1984, the attorneys representing both the gestational surrogate and the intended parent or parents certify that the parties entered into a gestational surrogacy contract intended to satisfy the requirements of the act with respect to the child. The attorneys' certifications should be filed on forms prescribed by the Illinois Department of Public Health and in a manner consistent with the requirement of the Illinois Parentage Act of 1984.

A lot of cases being decided by American courts have interstate character, which means that they are connected with more than one state. Thus the courts have to examine the issue of application of foreign law and validity or effectiveness of the agreements in states, where they are prohibited or not accepted. Apart from methods combining various ideas, there are four main theories and at the same time methods of choice of law in the United States:

a) vested rights theory (exploited in The Restatement (First) of Conflict of Laws), applied in 13 states, b) governmental interest analysis (applied in three states), proposed by B. Currie in the fifties of XX century – according to which, a court should analyze laws connected with a case and determine which one is the most interested in application of its own rules (after determination of the laws connected with a case a court should consider the circumstances (factors/contacts) possibly linking a case with the laws determined, if a predominant number of circumstances connects a case with one law, this law should be applied; in the cases raising doubts – there should be a determination of governmental interests of the states and ascertainment by application of what rules can be accomplished;²³ c) better law theory known also as a choice influencing factors theory, proposed by R. Leflar in the sixties of XX century, and applied in five states; using this method a court analyzes problem of application of law in a case taking into consideration the following factors: 1) predictability of results, 2) maintenance of interstate & international order, 3) simplification of the judicial task, 4) advancement of the forum's governmental interests, 5) application of the better rule of law;²⁴

23 B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, Durham, N.C. 1963, K. Bagan–Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2006, p. 33–36.

24 See: R.A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis, New York 1959.

In a Minnesota case from 2007, Minnesota Court of Appeals analyzed the district court decision regarding the choice-of-law issue by using the choice-influencing factors (and arrived at the same conclusion by a different analysis). Appellant, who served as the gestational surrogate for respondent's child, challenged the district court's determination of parentage and custody in favor of respondent, arguing that the district court 1) erred by enforcing the parties' gestational-surrogacy agreement, 2) erred by applying Illinois law as provided by the choice-of-law provision in the parties' agreement and then incorrectly applied Illinois law, and 3) abused its discretion by granting respondent's request to change the child's name. The record supported the district court's findings and it did not err in its application of the law, what the Minnesota Court of Appeals affirmed. Respondent, P.G.M., was a 38-year-old attorney, who lived in New York City. Raised in a large family, P.G.M. wanted to have a child. As a gay man with HIV, P.G.M. spent more than a year discussing the procedure with doctors, considering possible egg donors, and researching gestational surrogacy, he believed that the only method to produce a genetically related child was by using in vitro fertilization and a gestational surrogate (the district court found that P.G.M.'s disease was successfully controlled, that he was in excellent physical health, and that he had a normal life expectancy for a man his age). After one of his doctors expressed a preference for a biologically related gestational surrogate, P.G.M. called his sister Mary during the spring of 2004 to ask if she would serve that function. Mary declined, but she told appellant J.M.A., Mary's daughter and a student in Minnesota, about her conversation with P.G.M. Although J.M.A. was pregnant at the time, she made an unsolicited call to P.G.M. and offered to act as his gestational surrogate. Aware that J.M.A. was then pregnant, P.G.M. declined J.M.A.'s offer. Over the next several months, the parties exchanged correspondence about gestational surrogacy. After J.M.A. gave birth to her child in the fall of 2004, P.G.M. accepted J.M.A.'s oral offer to act as his gestational surrogate. On December 2, 2004, P.G.M. signed a gestational-surrogacy agreement (GSA) that he had drafted to memorialize the parties' agreement, using a sample that he had found on the Internet as a guide. The GSA provided that it was to be governed by Illinois law and contained the core terms of the agreement, specifically, that J.M.A. would carry P.G.M.'s genetic child, give birth to the child, and disclaim any right to the child. It also contained P.G.M.'s agreement, in return, to pay all of J.M.A.'s unreimbursed and incidental expenses associated with the surrogacy. The GSA also included disclosures about P.G.M.'s HIV, the 'sperm-washing' process (it cleanses the seminal fluid surrounding the donor's sperm and replaces it with a sterile solution. The district court found that sperm-washing minimizes the likelihood of the transmission of HIV to the gestational surrogate;) and this declaration of intent: I, [J.M.A.] hereby acknowledge that I have agreed to carry and give birth to a child conceived via in vitro fertilization through the union of an anonymous donor's ovum/ova and [P.G.M.'s] sperm, so that [P.G.M.] may have a child genetically related to him. I have no intention of having physical or legal custody or any parental rights, duties or

obligations with respect to any child born of this gestational surrogacy process. Rather it is my intention that the genetic and intended parent, [P.G.M.], shall exclusively have such custody and all parental rights, duties and obligations. In mid–December 2004, approximately a month after receiving a copy of the agreement, J.M.A. signed it after declining P.G.M.’s offer to have independent legal counsel review the document at P.G.M.’s expense. As part of an oral modification of the agreement, P.G.M. agreed to pay J.M.A. a \$20,000 fee for her services as a gestational surrogate. P.G.M. delivered a check for \$20,000 to J.M.A. at the end of December 2004. In early 2005, the parties traveled to an Illinois medical facility specializing in sperm–washing and in–vitro fertilization, and they signed in Illinois numerous releases and disclosures that the facility required in order to perform the procedure. On April 12, 2005, in vitro fertilization specialists in Illinois fertilized an egg from an anonymous donor with P.G.M.’s sperm and implanted the fertilized egg into J.M.A. During the summer of 2005, J.M.A. stayed for two months with P.G.M. in his New York City apartment. At some point during this stay, the parties had a falling out. Soon thereafter, J.M.A. demanded that P.G.M. pay her an additional \$120,000, and threatened to abort the child if P.G.M. did not meet her demands. In early December 2005, J.M.A. drafted a new GSA, which provided for additional compensation for transportation, medical, and psychological services. P.G.M. did not sign the revised GSA. On December 17, 2005, J.M.A. gave birth to the child in Minnesota. She named the child and did not tell P.G.M. about the child’s birth, his name, or his whereabouts. After learning about the child’s birth from his sister, P.G.M. filed this paternity action on December 19, 2005. The district court immediately appointed an attorney for J.M.A. from the office of the Hennepin County Public Defender. At the direction of the district court, Hennepin County Court Services interviewed both parties and filed a report that recommended that P.G.M. have temporary custody of the child. That report also noted that P.G.M. had a strong emotional attachment to the child but that J.M.A. was motivated in large part by the prospect of financial gain. A trial was held at which the district court heard extensive testimony and considered numerous exhibits. The district court issued its paternity findings of fact and conclusions of law on August 18, 2006, concluding that, under the Illinois Parentage Act, P.G.M. was the child’s father and denying J.M.A. parental rights.²⁵

d) the most significant relationship (Second Restatement) method, applied in 27 states²⁶ (its goal is to search for state which is the most significantly connected with

25 In re Paternity&Custody of Baby Boy A., No. A07–452, 2007 WL 4304448 (Minn. Ct. App. Dec. 11, 2007), Hennepin County District Court File No. 27–PA–FA–05–278S, see <http://www.lawlibrary.state.mn.us/archive/cta-pun/0712/opa070452–1211.htm>. Also S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 Wis. J. L. Gender&Soc’y 2009, p. 95–97.

26 S. Symeonides, *Choice of Law In the American Courts in 2004: Eighteenth Annual Survey*, 52 Am. J. Comp. L. 2004, p. 944, S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 Wis. J. L. Gender&Soc’y 2009, p. 95–97.

a case, using following steps: 1) determination of the area of law: a) substance or procedure, than b) characterization; 2) taking into account factors which are specific for certain groups of cases (for contracts, according to Restatement (Second) of Conflict of Laws s. 187(2) (1971): (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s. 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.; 3) consideration of factors illustrating the most significant connection with a case (according to The Restatement (Second) of Conflict of Laws s. 188 (1971): In the absence of an effective choice of law by the parties, the contacts to be taken into account in applying the principles of s. 6 to determine the law applicable to an issue include: a) the place of contracting, b) the place of negotiation of the contract, c) the place of performance, d) the location of the subject matter of the contract, and e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties (these contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue); 4) application of principles from sec. 6 of Second Restatement: needs of interstate system, policies of forum, policies of other states, justified expectations, basic policies underlying this field of law, certainty, predictability & uniformity and ease in determination.²⁷

The fine example of application of the most significant relationship method is *Hodas v. Morin* case from Massachusetts (2004): The plaintiffs were a married couple residing in Connecticut, the gestational carrier (mother) and her husband, both nominal defendants, resided in New York. The hospital, the other nominal defendant, was a licensed Massachusetts hospital whose statutory duties included, among others, reporting information concerning births at the hospital to the city or town clerk where the birth occurred. In April, 2003, the plaintiffs, the gestational carrier, and the gestational carrier's husband entered into a fifteen–page “Contract Between a Genetic Father, a Genetic Mother, a Gestational Carrier and Her Husband” (gestational carrier agreement). The parties represented that each had been advised by counsel of their choice prior to entering into the agreement. Among other things, the gestational carrier agreement provided that any child resulting from the agreement would be delivered at the hospital, if at all possible and that in any event the gestational carrier

27 S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wis. J.L. Gender&Soc'y* 2009, p. 87–90, for fragments of Second Restatement see: <http://masscases.com/cases/sjc/442/442mass544.html>

would “take all reasonable steps to give birth to any child carried pursuant to this Agreement at a Hospital located in the State of Massachusetts.” It is undisputed that the parties chose Massachusetts as the site of the birth in part to facilitate obtaining a pre-birth order. The parties’ preference for Massachusetts was further expressed in the following choice of law provision: “The Gestational Carrier and [her] husband agree that they are entering into this Agreement with the intention that in accordance with the laws of the State of Massachusetts, they will take whatever steps are necessary to have the Genetic Father and the Genetic Mother named as the natural, legal and genetic parents, to have the Genetic Father and the Genetic Mother named as the father and mother, respectively, of [the] child on the child’s birth certificate, and to permit the Genetic Father and the Genetic Mother to obtain physical custody of any child born as the result of this Agreement. [...] The parties further agree that this Agreement shall be governed by Massachusetts law.” Approximately six months after the parties entered into the gestational carrier agreement, the gestational carrier was successfully implanted with an embryo produced from the male plaintiff’s sperm and the female plaintiff’s egg. The implantation took place in Connecticut. The gestational carrier received at least some prenatal care at the hospital. At oral argument on June 30, 2004, counsel informed the court that an induced delivery was planned at the hospital the following week, and finally a child was born there. A Probate and Family Court judge decided about lack of authority to issue pre-birth judgments of parentage and to order the issuance of a pre-birth record of birth where neither the genetic parents nor the gestational carrier with whom they contracted to bear a child reside in Massachusetts, but where the contract specifies that the birth occur at a Massachusetts hospital. The genetic parents’ (plaintiffs) uncontested equity action for a declaration of paternity and maternity and for a pre-birth order was dismissed. The judge then reported her decision to the Appeals Court. On June 22, 2004, a single justice of the Appeals Court enjoined the defendant (hospital), from issuing any birth certificate for a child born of the gestational carrier, or filing the same with the Commissioner of Public Health.

The verdict of the Supreme Judicial Court, dealing with a case as a court of appeal, was different – the court decided to list the names of intended parents on child’s birth certificate. First the court had to consider the issue of proper law to be applied – so to answer the question about possibility to recognize choice of law as an effective one, when done by persons not being residents of the state, when the laws of Connecticut, New York, and Massachusetts, the three states that potentially could govern the agreement, were not in accord. In Connecticut, where the genetic parents resided, gestational carrier agreements were not expressly prohibited by, and perhaps might be contemplated by, the amended statute governing the issuance of birth

certificates.²⁸ The gestational carrier resided in New York, a State that had expressed a strong public policy against all gestational carrier agreements.²⁹ Massachusetts recognized gestational carrier agreements in some circumstances.³⁰ In light of these differing State policies and the parties' declared intent to follow Massachusetts law, the court looked to established "functional" choice of law principles and to the Restatement (Second) of Conflict of Laws, with which those principles generally were in accord.³¹ The Restatement similarly presumes that the law the parties have chosen applies, unless "(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state" and is the State whose law would apply under s. 188 of the Restatement "in the absence of an effective choice of law by the parties." Under the analysis of the Restatement the court concluded that Massachusetts had a "substantial relationship" to the transaction. That substantial relationship was anchored in the parties' negotiated agreement for the birth to occur at a Massachusetts hospital and for a Massachusetts birth certificate to issue, and bolstered by the gestational carrier's receipt of prenatal care at a Massachusetts hospital in anticipation of delivery at that hospital (place of partial performance was considered to be sufficient to establish a reasonable basis for the parties' choice of law). Then the court analyzed a question whether applying the parties' choice of law would be "contrary to a fundamental policy" of another state with a "materially greater interest." Certainly the interests of New York and Connecticut were material and significant, for the contracting parties resided in these States. Nevertheless, the interests of New York and Connecticut might be at cross purposes. New York, the home of the gestational carrier and her husband, expressly prohibited gestational carrier agreements in order to protect women against exploitation as gestational carriers and to protect the gestational carrier's potential parental rights. New York had expressed a "fundamental policy" on a matter in which it had a great interest. Connecticut, the plaintiffs' home state, was silent on the question of gestational carrier agreements, but in any event did not expressly prohibit the plaintiffs from entering into such an arrangement. Massachusetts also had interests, including interests in "establishing the rights and responsibilities of

28 See: Conn. Gen. Stat. c. 93, s. 7–48a, 2004 Conn. Legis. Serv. PA. 04–255 (West 2004) („On and after January 1, 2002, each birth certificate shall contain the name of the birth mother, except by the order of a court of competent jurisdiction...”).

29 See: N.Y. Dom. Rel. Law s. 122 (McKinney 1999) („Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable”).

30 See: *Culliton v. Beth Israel Deaconess Med. Ctr.*, supra; *R.R. v. M.H.*, 426 Mass. 501 (1998).

31 *Bushkin Assocs., Inc. v. Raytheon Co.*, 393 Mass. 622, 631–632 (1985). As a rule, „[w]here the parties have expressed a specific intent as to the governing law, Massachusetts courts will uphold the parties' choice as long as the result is not contrary to public policy.” *Steranko v. Inforex, Inc.*, 5 Mass. App. Ct. 253, 260 (1977), citing Restatement (Second) of Conflict of Laws s. 187 (1971). See *Morris v. Watsco, Inc.*, 385 Mass. 672, 674 (1982) („Massachusetts law has recognized, within reason, the right of the parties to a transaction to select the law governing their relationship”).

parents [of children born in Massachusetts] as soon as was practically possible” and “furnishing a measure of stability and protection to children born through such gestational surrogacy arrangements.” However, even if the court was to decide that New York had a “materially greater interest” than both Connecticut and Massachusetts, New York’s policy would not operate to overrule the parties’ choice of law unless New York would have been the applicable law in the absence of any articulated choice by the parties. The Restatement (Second) of Conflict of Laws s. 187(2)(b) directed the court to a list of factors enumerated in s. 188 to determine what law would have applied if the contract itself were silent on the issue. Consideration of the factors listed in s. 188 lead to inconclusive results. For example, the “place of contracting” and the “place of negotiation,” were both unknown, although presumably these activities took place in New York or Connecticut, or both. The “place of performance” arguably was the intended place of birth (Massachusetts), or the place of prenatal care (at least partly in Massachusetts), or the place where the pregnancy evolved (New York), or the place where the genetic carrier was inseminated (Connecticut), or any combination of these. The location of the “subject matter of the contract” was equally difficult to determine, and the final consideration, the “domicile” of the parties (New York or Connecticut) in this case was not helpful. Thus, whatever New York’s interest in protecting the gestational carrier and her husband, it was doubtful that the principles of s. 188 would result in application of New York law to this particular contact. Where the significant contacts are so widely dispersed that determination of the state of the applicable law without regard to the parties’ choice would present real difficulties, the Restatement instructs that the parties’ choice of law will be honored. This conclusion comported with functional conflict of laws analysis, which required consideration of factors such as “uniformity of result, maintenance of interstate order, and simplification of the judicial task” and “the justified expectations of the parties.” The judge (of a Probate and Family Court) should have applied the parties’ choice of law, the law of Massachusetts, to resolve the plaintiffs’ complaint. Although the judge in her decision prudently raised the issue of forum shopping in declining to consider the complaint, in the circumstances of this case, the parties’ choice of law was one that should be respected.³²

There are a lot of pros and cons in discussion regarding validity and effects of surrogacy agreement in the United States – it seems that the voices of antagonists prevail. Protagonists say that surrogacy is the simplest, in a medical sense, procedure (traditional surrogacy), which allows infertile couple to have a child genetically related (gestational surrogacy) – a healthy infant of the same race and color. Moreover – as in a case of the state of Illinois – it is possible to gain the status

32 Hodas v. Morin, 814 N. E. 2d. 320 (Mass. 2004), S. Bychkov Green, Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law, 24 Wis. J.L. Gender&Soc'y 2009, p. 98–103. Citations: <http://masscases.com/cases/sjc/442/442mass544.html>

of a parent of a child even before a child is born. Based on that, it may be concluded, that there is no necessity to conduct an adoption lawsuit in court when the intended parents' names can be listed on a child's birth certificate. There is an advantage to pre-birth establishment of parenthood, especially in dealing with control of the child immediately after the birth, removing the child from hospital, insuring the child³³. Protagonists try to dispel fears concerning admissibility of the contracts using the argument of constitutional freedom of procreation covering also the surrogacy and artificial insemination as its instruments. Surrogacy is condemned as aiming at concept of traditional family – permission to join this family by a third person brings about lack of ability to explain ties between the members of the family with the help of reference to biological relation between a child, his mother and father³⁴.

It is an instrument which enables separation of biological maternity and paternity from a genetic one, and biological from a legal one (biological tie between a child and surrogate mother results from pregnancy and giving birth of a child by her, while a child is genetically related to someone else³⁵), and also biological maternity from maternity in social sense. Even in 1995 judge Gerber, deciding in the case: *Soos v. Superior Court*³⁶ said that maternity is a certain fact, so its establishment in nowadays seems not to be a practical problem. In the 1999 edition of *Black's Law Dictionary*, notion 'mother' was defined as: a woman who gave birth to a child or adopted a child, in order to add one more meaning of a notion five years later: a woman who provided the egg for (donor of an egg). There were also some entries added: biological mother, birth mother, genetic mother, gestational mother, intended mother, natural mother and surrogate mother.³⁷ Three women, who can be regarded as mother of a child, can participate in surrogacy – the one who is genetically related to a child, the one who gave birth to a child and finally the one who has planned a pregnancy with an intention to keep a child born as a result of this pregnancy.³⁸ Before the methods of artificial procreation were developed at least two of these ties (if not three of them) existed between one woman and a child.³⁹ A child can also have three fathers. As a result of statutory provisions containing presumption of paternity of a certain man (husband of a mother or intended father), according to a law and despite the intention of all concerned – a child can be treated as an

33 H.J. Gitlin, Illinois Becomes Surrogacy Friendly, <http://www.gitlin.com/pages/IllinoisBecomesSurrogacyFriendly.html> (14/04/2010).

34 M.R. Mellown, An Incomplete Picture: The Debate about Surrogate Motherhood, 8 *Harv. Women's L.J.* 1985, p. 232.

35 L.C. Ikemoto, Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services, 27 *Law&Ineq.*, 2009, p. 285.

36 *Soos v. Superior Court ex rel. County of Maricopa*, 897 P.2d 1356 (Ariz. Ct. App. 1994).

37 C.P. Kindregan Jr., Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, 17 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y& L.* 2009, p. 602.

38 L. Tritt, Sperms and Estates: An Unadulterated Functionally Based Approach to Parent–Child Property Succession, 62 *S.M.U.L.Rev.* 2009, p. 390.

39 L. Anderson, Adding Players to the Game: Parentage Determinations When Assisted Reproductive Technology is Used to Create Families, 62 *Ark. L. Rev.* 2009, p. 32.

offspring of two perfect strangers. As a consequence, there is a good chance that a parent–child relation will be established between a child, surrogate mother and an intended father. Execution of a surrogacy agreement complicates family relations.⁴⁰ Instead of two biological parents, we have more people concerned and participating in surrogacy procedure: a) two persons (surrogate mother and intended father – when a sole parentage of a father is possible in the light of law (e.g. in Arkansas, when intended father is unmarried and also a donor of sperm,⁴¹ also according to a judgment *In Re Robert d.B.*⁴² (Maryland) a maternity of surrogacy mother can be denied by reason of necessity to grant the same rights to both – mother and father of a child, despite the argument that a child should not be deprived of a mother), b) three persons (surrogate mother and intended parents). However in gestational surrogacy can participate: a) three persons (surrogate mother, intended mother who is also a donor of an egg, intended father who is also a donor of a sperm), b) four persons (surrogate mother, intended mother, a donor of an egg and intended father), c) five persons (surrogate mother, intended mother, a donor of an egg, intended father and a donor of a sperm). If we also add a husband of a surrogate mother to this group of people – we will have six persons instead of two from biological family.⁴³

Surrogacy is also a menace for adoption – as surrogacy is better than adoption of a child of unknown origin or a child of a different race. The complexity of problems connected with surrogacy induces the necessity to give it careful consideration with regard to selling babies, adoption by stepmother, artificial insemination by a sperm donor (e.g. in statutes of 19 states there is a presumption of paternity of a mother’s husband – so providing a sperm does not make a father out of a donor), custody of a child and establishment of parent–child relation. During surrogacy procedure there is a place for the economic exploitation of women by institutions dealing with searching for surrogate mothers, matching them with intended parents, intermediating in execution of agreements etc. Women take a risk for their physical condition and mental health (taking hormones which may produce side effects and possibly pose long term health risks, even hard to verify or identify now, but also being pregnant or giving birth to a child⁴⁴) and social position. Women are also objectified – they became instruments in a struggle against infertility, in fact – they started to be a medicine for it.

40 M. Frasz, D. Abłażewicz, Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VI, 2008, p. 43.

41 ARK. CODE ANN. §§ 9–10–201, 301, 304 (2009).

42 923 A.2d 115, 117–20 (Md. 2007).

43 Look at the information concerning the methods of artificial reproduction to be utilized in surrogacy: S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wis. J.L. Gender&Soc’y* 2009, p. 35.

44 L.C. Ikemoto, *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services*, 27 *Law&Ineq.*, 2009, p. 304.

To bring this article to a close, many people in Poland pretend that the phenomenon of surrogacy and surrogacy agreements does not exist. Circumvention of adoption rules, creation of fictitious circumstances, deception of parentage – all of this happens owing to lack of proper regulation.

Despite critical voices relating to surrogacy and the shortcomings of surrogacy agreements, the most important fact is that it gives a chance to attain a goal that is otherwise impossible to reach – being the parent of a genetically related newborn. The American way of establishing parent–child relations before a child is born in part provides a guarantee that the parties to an agreement will not change their minds. Indeed, there are many reasons why the Illinois act can be treated as a source for model regulation: simple procedure leading to obtaining the child’s birth certificate, establishment of family relations before a child is born (a child can be taken from a hospital, insured, parents have custody etc.), the parent–child relation is established immediately – there is no need for court or administrative action, no requirements regarding domicile or residency of the parties, no demands for the intended parents to be married.⁴⁵

45 What other states lack in surrogacy laws, Illinois makes up for, <http://www.proudparenting.com/node/15073> 14/04/2010, H.J. Gitlin, Illinois Becomes Surrogacy Friendly, <http://www.gitlin.com/pages/IllinoisBecomesSurrogacyFriendly.html> (14/04/2010).

ABOUT SURROGACY AGREEMENTS AGAINST BACKGROUND OF AMERICAN EXPERIENCES

The development of medicine in the field of artificial procreation enabled artificial insemination of woman's egg and also implementation of an inseminated embryo to her womb. Belief in the potential material benefits resulting from surrogacy agreements added to differences in national laws have caused a phenomenon of reproductive tourism.

Judging the number of Internet offers from women willing to become prospective surrogate mothers, services of this kind are in great demand including here in Poland. Although agreements are executed according to a mistakenly understood freedom of contract principle, mistakenly – because such agreements are null and void.

American regulations regarding surrogacy agreements have the longest tradition. Although surrogacy contracts generate many complex problems, there is no uniform regulation binding all states, or at least one model ruling for all of them in the United States. The differences in laws signify the lack of consent to recognize surrogacy agreements as legal instruments.

In states where they are accepted, they should be executed under control of the state or in a way ensuring that they actually have been executed. Inconsistency with public order is usually the reason to treat them as void. In states, where the laws do not deal with surrogacy contracts or surrogacy itself or other states where it is unclear how law would treat them – adjudicating courts can accept freedom of procreation as a justification of contract execution.

The finest example of the newest American regulation is the Illinois Gestational Surrogacy Act, which is the most favorable for intended parents.

Key words: surrogacy, surrogacy agreement, intended parent, validity, public order

O UMOWACH SUROGACJI W OPARCIU O AMERYKAŃSKIE DOŚWIADCZENIA

Rozwój medycyny w dziedzinie sztucznej prokreacji umożliwił sztuczne zapłodnienie komórki jajowej kobiety i wprowadzenie do jej organizmu w ten sposób zapłodnionej gamety. Natomiast przekonanie o potencjalnych korzyściach majątkowych wynikających z umowy surogacji wraz z różnicami w prawach krajowych spowodowały powstanie zjawiska turystyki reprodukcyjnej.

Sądząc po ilości internetowych ofert kobiet chętnych do zostania potencjalnymi matkami zastępczymi, na usługi tego rodzaju istnieje duże zapotrzebowanie. Również w Polsce, mimo że umowy surogacji są zawierane zgodnie z błędnie rozumianą swobodą kontraktowania, błędnie – ponieważ takie umowy są nieważne.

Amerykańskie regulacje dotyczące umów zastępczych mają najdłuższe tradycje. Chociaż umowy surogacji mogą generować wiele złożonych problemów, brak jest tam jednolitego rozwiązania obowiązującego we wszystkich stanach, lub przynajmniej jednego modelu regulacji. Różnice w prawach stanowych oznaczają brak zgody na uznanie umów za powszechnie stosowany instrument prawny.

W stanach, w których są dopuszczalne, powinny być zawierane pod kontrolą państwa lub w sposób gwarantujący, że rzeczywiście zostały zawarte. Sprzeczność z porządkiem publicznym jest zazwyczaj przyczyną ich nieważności. W stanach, w których prawo nie odnosi się do umów surogacji lub do samego rodzicielstwa zastępczego oraz w stanach, w których stanowisko prawa w kwestii surogacji jest niejasne, sąd orzekający w sprawie może zaakceptować wolność prokreacji jako uzasadnienie dla zawarcia takiej umowy.

Dobrym przykładem najnowszej amerykańskiej regulacji dotyczącej surogacji jest Illinois Gestational Surrogacy Act, najbardziej korzystny dla tzw. socjologicznych rodziców, który jednocześnie mógłby służyć jako model dla przyszłych rozwiązań prawnych.

FEMINIST LEGAL THEORY: OUTLINE OF THE ISSUE

In theory and philosophy of law, or as one can say, in jurisprudence, the dispute about the nature of the law has existed for ages. Traditionally, the axis of the dispute was denoted by advocates of natural law and legal positivism. Simplifying this debate, they have a different answer to the basic question. Whether the law consists of a set of universal moral principles or is it simply a set of rules, orders or norms which are, for the most part, the artifact. This is a normative view of the law, both in the first case and in the second. Moreover, this is a view of the law that is, in principle, neutral, objective, and just. We can say that the law talks with too much pride about itself and that under the rule of law, the liberal ideal of equality is reassured.

Such a vision of the law nowadays is not commonly accepted and without criticism. The law is often depicted as uncertain, ambiguous, and unstable. As many critical theorists assert, the law reproduces economic and political power. Consequently, the law is far from being neutral, determinate or objective.¹ These critical remarks can be justified in different ways, but a significant component of the critical assault on law is the myth of its determination. As Deborah Rhode points out: “This theoretical approach partly overlaps, and frequently draws upon other critical approaches... At the most general level, these traditions share a common goal: to challenge existing distribution of power.”²

The analysis of the arguments above isolates the positions more precise. It can be labeled as ‘a strand’ or as ‘a school’.

The first critical approach is Critical Legal Studies (CLS). CLS is often characterized as a subsequent version of the American realist movement of the 1920s

1 R. Wacks, *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2006 , pp. 92–93.

2 D. Rhode, *Feminist Critical Theories*, (1990) 42 *Stanford Law Review*, p. 617 (Wacks, 366). Deborah L. Rhode – professor of law at Stanford University Law School; key works: *Speaking of Sex: The Denial of Gender Inequality*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997; (with D. Luban), *Legal Ethics*, New York, NY: Foundation Press, 4th ed., 2004; *Access to Justice*, New York, NY: Oxford University Press, 2004; *Pro Bono in Principle and Practice*, Stanford, CA: Stanford University Press, 2005; (with G.C. Hazard, Jr.), *Professional Responsibility and Regulation*, New York: Foundation Press, 2nd ed., 2006; *Moral Leadership: The Theory and Practice of Power, Judgment, and Policy*, San Francisco, CA: Jossey–Bass, 2006; (with C.T. Bartlett), *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, New York: Aspen Publishers, 4th ed. , 2006; (with B. Kellerman, eds), *Women and Leadership: The State of Play and Strategies for Change*, San Francisco, CA: Jossey–Bass, 2007.

and 1930s. However the differences are very essential. Above all, American realism was interested in empirical questions, especially those that attempt to discern the sociological and psychological factors that influence judicial decision-making. The representatives of realism adopted, in principle, the neutrality of law and liberalism ideology. The agents of CLS rejected both. The movement, inspired by Marxism and by psychoanalytical ideas of Freud, in David Trubeck's estimation: (1) contradicts, that law is a "system", and as a body of "doctrine", properly interpreted, provides the answer to all question about social behaviour (principle of indeterminacy); (2) rejects the view that there is an autonomous and neutral mode of legal reasoning (principle of anti-formalism); (3) challenges the idea that doctrine encapsulates a single, coherent view of human reflection – instead, CLS argues that the doctrine represents several different, often competing views, none of which is sufficiently clear and easy to understand to be called dominant (principle of contradiction); (4) rejects the view that law can be regarded as a factor in social behaviour – the factor, which has the ability to make the decision clearly, quickly or finally (decisive factor) (principle of marginality).³

The next critical strand is postmodernist legal theory. It reveals a disillusioning bureaucratic suffocation of individuals, the overarching presence of the state, and the increasing globalization of the markets and universalizing of values.⁴ Postmodernists reject "grand narrative". We point out the view of Jean-Francois Lyotard: "I define 'postmodern' as incredulity towards meta-narratives".⁵ According to postmodernists, knowledge becomes power in oppressive sense. It comes from the presumption that there is no objective knowledge. There are only claims of truth legitimated by conventions or by some authority. They determine the criteria and the modes of reasoning by which truth is established.⁶ Truth and justice delivered as it were by the meta-systems of Kant, Hegel or Marx are a fantasy for postmodernists. The postmodern appeals are supported on semiotics psychoanalysis of Jacques Lecan. He argues that unconscious is structured like a language. Structure of language is predetermined by our desires and thoughts, and then we do not control what we say.⁷ Lecan, on the other hand, refers to Freudian conception such as divided human subject: ego, superego and the unconscious and Saussure or Lévi-Straus. The controversial French philosopher – Jacques Derrida – associates the conception of deconstruction. In some areas, Derrida refers to the views of the German philosopher – Martin Heidegger.⁸ Postmodernist legal theory finds many sympathizers in Poland. However if we accept that the language of law is unavoidably normative, if we

3 D. Trubeck, CLS and Empiricism: Where the Action Is, (1984) 36 Stanford Law Review 413.

4 R. Wacks, *op. cit.*, p. 98.

5 J.F. Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997; (R. Wacks, *op. cit.*, p. 97)

6 S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009, p. 226.

7 R. Wacks, *op. cit.*, pp. 98–99.

8 R. Wacks, *op. cit.*, p. 99.

accept that the legitimacy of the law lies in some conception of justice, it is difficult to explain how the views of Derrida or Lacan can support our understanding of law.⁹

Another challenge to traditional conceptions of law is the Critical Race Theory. It uncovers the nature of law by pointing out that it reflects the interests of privileged, elitist, male and white minorities. The emphasis here is on the racial or ethnic aspects. In CRT's opinion, the racial minority (indeed it is sometimes majority) is pushed out to the margin of legal existence.

And finally – the Feminist Legal Theory. The first political philosopher who distinguished the problem of the equality of men and women was John Stewart Mill. As Mill pointed out: "...the principle which regulates the existing social relations between the two sexes – the legal subordination of one sex to the other – is wrong itself, and now one of the chief hindrances to human improvement; and (...) it ought to be replaced by a principle of perfect equality, admitting no power on the one side, nor disability on the other."¹⁰

Early opposition to the subordination of women was nearly eighty years before Mill in Mary Woolstonecraft's "A Vindication of the Rights of Women" (1792). And even when we read: "...Let women share the rights and she will emulate the virtues of men; for she must grow more perfect when emancipated"¹¹, it does not mean that this entitled women to exercise full political rights.

However, the first book that presented the position of women through the ages was 'The Second Sex' by Simone de Beauvoir. The title of this book formulates a clear message, that "...men defines women not in herself but relative to him; she is not regarded as an autonomous being (...) she is differentiated with reference to man and not with reference to herself; she is incidental, the inessential as opposed to the essential. He is the Subject, he is the Absolute – she is the Other"¹².

There began a process in the United States in the late 1960s. It is called "consciousness raising". This process became the most distinctive aspect of feminist practice. Penner characterizes it in this way: this conception "...was founded on the idea that women were isolated from each other politically, and because of the domination of men over women in any mixed-sex setting, women were often silenced by the conventions of discourse. By allowing women to speak to each other in all-women discussion groups about their own experiences, without their

9 R. Wacks, *op. cit.*, p. 100.

10 J.S. Mill, *Subjection of women* (1869), Mineolta (NY): Dover Publications, 1997, p. 1.

11 M. Woolstonecraft (1792), *A Vindication of the Rights of Women*, London: Penguin Classic, 1985 (E. Jackson, N. Lacey, *Introducing Feminist Legal Theory* [in:] J.E. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford University Press 2005, p. 782).

12 S. de Beauvoir, *The Second Sex*, Knopf, 1953, chapter II (J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford University Press, 2005, p. 271).

speaking being cut short or re–interpreted by men, women’s consciousness of their own circumstances would be raised.(...) Individual women would then become capable of analyzing how society oppressed women, identifying occasions where sexist attitudes shaped people’s behaviour.”¹³

We can sensibly ask the question: why should we study feminist legal theory? Emily Jackson and Nicola Lacey suitably answer: “At its most basic, feminist legal theory offers a thoroughgoing critique of law’s claim to be impartial and objective. While students may have come across this sort of criticism before in particular context where the law has historically treated men and women differently from each other, the claim that the very fabric of the law itself is gendered is both bold and thought–provoking. Studying feminist jurisprudence should equip law students with the theoretical tools necessary to question certain fundamental assumptions about law. (...) students may find that they can identify patterns or trends that both illuminate their understanding of feminist jurisprudence and enrich their studies in other courses.”¹⁴

Certainly, it is not that legal feminists speak with the single voice.¹⁵ But there is something what unifies all or most of feminists. They refuse any sharp distinction between theory and practice. Some legal questions are not examined to provide theoretical insights.¹⁶ Far from it they started naming various kinds of behaviour from a feminist perspective. Such terms as “date rape”, “domestic violence” or “sexual harassment” put a name to existing and brought them into broader public consciousness.¹⁷ There is also another thing that unites many feminist theories, its distinctive methodology. Most legal theories adopt either an internal (for example – H. Hart’s the concept of law) or an external critique (for example – the CLS movement). Feminist legal theories try to occupy a third perspective: the interpretative one. It means that feminism does not engage in entirely external critiques and prescriptions; it typically does not seek to rationalize legal practices. Feminist jurisprudence aspire to produce an account of legal practices which have a particularly intimate relevance to theory. Any clear–cut separation between theory and practices is rejected.¹⁸

Therefore, we can distinguish at least three main streams of legal feminism – quite a few commentators can find four¹⁹ or even more. Those streams are connected with some presumptions, but conclusions divide them. As a movement divided into streams, feminist jurisprudence must be distinguished from the much older political

13 J.E. Penner, McCoubrey & White’s Textbook on Jurisprudence, Oxford University Press, 2008, pp. 195–196.

14 E. Jackson, N. Lacey, *op. cit.*, p. 779.

15 R. Wacks, *op. cit.*, p. 101.

16 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 194–195.

17 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 195; quotes N. Naffine, In Praise of Legal Feminism (2002) 22 Legal Studies 71–101.

18 E. Jackson, N. Lacey, *op. cit.*, p. 785.

19 P. Cain, Feminism and the limits of equality (1990) Georgia Law Review 803–847, p. 829–847.

movement for equal rights. The latter struggle began within the framework of the rules of the liberal doctrine. Feminist jurisprudence, on the contrary, finds methods of reasoning and elementary ideas of liberal democracy to be largely responsible for the oppressed condition of women. Therefore, it becomes the third challenge to the liberal legal theory (close to, for instance, CLS or postmodernist jurisprudence), as a kind of radical anti-liberalism.²⁰

In order to understand the real nature of law, above all, it should be taken into account its patriarchal character. According to Bix, "...that the law – not just the substantive legal rules, but also the way people reason within and about the law – helps to create or maintain a patriarchal society, one run primarily by and for man, within the intention or effect of subjugating women".²¹ In this structure men have more power than women. Janet Rifkin points out that law is "a paradigm of maleness", that is "the ultimate symbol of masculine authority in patriarchal society".²² Thus the law, according to MacKinnon "...not only reflects a society in which men rule women; it rules in male way: "The phallus means everything that sets itself up as a mirror".²³

Feminist jurisprudence distinguishes typically sex (biological aspects) and gender (cultural or social aspects). We can say that gender is what gives us female and male stereotypes. Thus, examining the social construction of gender allows the theorists to reveal the "hidden" sexism embodied in ideas of what is "natural" to women and men.²⁴ But that distinction is not always evident. The most well-known radical feminist, Catherine MacKinnon²⁵ explains: "Much has been made of the distinction between sex and gender. Sex is thought the more biological, gender the more social. The relation of each to sexuality varies. Since I believe sexuality is fundamental to gender and fundamentally social, and that biology is its social meaning in the system of sex inequality, which is a social and political system that does not rest independently on biological differences in any respects, the sex/gender

20 S. Ratnapala, *op. cit.*, p. 233.

21 B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, 2004, p. 160.

22 J. Rifkin, *Toward a Theory of Law and Patriarchy*, (1980) 3 *Harvard Women's Law Journal*, p. 83–84 (Olsen, 461)

23 C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards Feminist Jurisprudence* [in:] A.C. Hutchinson (ed.), *Critical Legal Studies*, Totowa, New Jersey: Rowman & Littlefield Publishers, 1989, p. 62.

24 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 194.

25 Catharine Alice MacKinnon (1946 –) – professor of law at University of Michigan Law School; most important books: *Sexual Harassment if Working Woman: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979; *Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987; (with A. Dworkin), *Pornography and Civil Rights: A New Day for Woman's Equality*, *Organizing Against Pornography*, 1988; *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge: Harvard University Press, 1989; *Only Words*, Cambridge: Harvard University Press, 1993; (ed. with A. Dworkin), *In Harms Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge: Harvard University Press, 1997; *Women's Lives, Men's Laws*, Cambridge: Harvard University Press, 2005; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

distinction looks like a nature/culture distinction. I use sex and gender relatively interchangeably.”²⁶

In literature, the distinction suggested by Frances Olsen is adopted commonly.²⁷ Olsen sets out a series of dualisms with features or characteristics connected with masculinity on the left, with their feminine counterparts on the right.²⁸

1. Rational – irrational.
2. Active – passive.
3. Thought – feeling.
4. Reason – emotion.
5. Culture – nature.
6. Power – sensitivity.
7. Objective – subjective.
8. Abstract – contextualized.
9. Principled – personalized.²⁹

The system of dualisms has three important characteristics:

1. The dualisms are sexualized. One–half of each dualism is regarded as masculine, the other half as feminine.
2. The terms of the dualism are not equal, but they are considered to constitute a hierarchy. In each pair, the term identified as “masculine” is privileged as superior, while the other is considered negative, spoiled, or inferior.
3. Law is identified with the “male” side of the dualisms.³⁰

Awareness of this issue allows us to call some of the discriminatory practices against women not as “sexism”, but as “genderism”.

26 C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards Feminist Jurisprudence* [in:] A.C. Hutchinson, *Critical Legal Studies*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1989, note 1, p. 72.

27 Frances Elisabeth Olsen – professor of law at University of California School of Law; most important books: (with Walter O. Weyrauch and Stanford N. Katz) *Cases and Materials on Family Law: Legal Concepts and Changing Human Relationship*, West Publishing, 1994; (ed.), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, Dartmouth Publishing, NYU Press, 1995; (ed.), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory Within the Law*, Dartmouth Publishing, NYU Press, 1995; (edited by F. Olsen, Dieter Stein and Alexander Lorz), *Law and Language: Theory and Society*, Düsseldorf University Press, 2008; (edited by Frances Olsen, D. Stein and A. Lorz), *Translation Issues in Language and Law*, Palgrave/Macmillan, 2009. Moreover she has written about 100 articles published world–wide, including in the *Harvard Law Review* and *Yale Law Journal*.

28 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 202.

29 F. Olsen, *Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective* (1990) 18 *International Journal of the Sociology of Law*, p. 200.

30 F. Olsen, *The Sex of Law* [in:] D. Kairys (ed), *The Politics of Law: Progressive Critique*, New York: Pantheon Books, 1990, p. 453.

Commonly, classical jurisprudence clearly did not overlook the position of women. Somebody can say that jurisprudence is about what law is. In this meaning, the writings of J. Austin, H. Kelsen, H. Hart, L.L. Fuller, R. Dworkin – that is jurisprudence. Perhaps feminism should be a part of politics or social history or sociology?³¹ Feminist legal theory supplements this neglect currently. The development of this theory not only was considerable impact on theory itself, but also on the university law curricula, at least in England and the United States. In light of this theory, students can explore rape law and other rules of criminal law (domestic violence), martial law, family law, labor law, as well as contract and tort law. Law as a system can be analysed in relation to some aspects of international law. It can be pointed out that feminist legal theory impacts, perhaps not directly, on the breaking off some deep-rooted common law principles. For example, a husband cannot be prosecuted for raping his wife, despite her refusal to consent to sexual intercourse. Her consent was presumed by the plain fact of marriage. It is not like that nowadays.³²

Liberal feminism aspires to be called authentic or original.³³ This version is based on the idea of formal equality and of equality of opportunity. But while liberalism requires laws it is sex-blind. In some degree, it fulfills its tasks but, in principle, in the public sphere. The dichotomy between the public and the private is “ultimately what the feminist movement is about”.³⁴ In their private relations liberals often do not see the anchored sexism. They have problems showing how patriarchy fails to recognize the economic value of the contribution of women constituted by child rearing and housework. They also do not perceive that formal equality in public life can be an illusion for women. Especially for those who are permanently maltreated by their own husbands in their own places. Liberal feminists point out that a private sphere operates according to a different logic than a public one. In a private sphere – they maintain – it would be something inappropriate for the state or for law to enter a place or situation without permission.³⁵ Liberals wrongly adopt that a lack of equality in private relations does not influence on the rights executed in a public sphere. Lacey points out that: “The ideology of the public – private dichotomy allows government to clean its hands of any responsibility for the state of the ‘private’ world and depoliticises the disadvantages which inevitably spill over the alleged divide by affecting the position of the ‘privately’ disadvantaged in ‘public’ world.”³⁶

31 J.G. Riddall, *op. cit.*, pp. 288–289.

32 R. Wacks, *op. cit.*, p. 101.

33 But MacKinnon maintains that in fact only radical feminism is truly feminist legal theory; E. Jackson, N. Lacey, *op. cit.*, p. 738.

34 C. Pateman [in:] S.I. Benn and G.F. Gaus, *Public and Private in Social Life*, St. Martin's Press & Croom Helm, 1983, p. 281.

35 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 198.

36 N. Lacey, *Unspeakable Subjects*, Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 77.

It seems that the issue of private relationship is the arena on which radical feminists criticize liberalism successfully because of its conception of individuals autonomy. Under liberalism, each individual is autonomous and free from constraints (with the freedom of association, freedom from irrational preferences and desires) imposed by others in being the author of his own life. However, many of the followers of feminist legal theory, and from other legal theories, challenge the concept of autonomy in this sense. Social connections, especially ones within the family, are not simply a matter of consumers choice, for example: to buy or not to buy. Those connections are constitutive of a person's identity. But liberalism is blind to this, as well. It does not take into account the way in which sexism might be embedded in our social relationships.³⁷

Further, taking into account that each individual is entangled in the net of social relationship, it is difficult to say that an individual is free and, in principle, makes rational choices. Sometimes (perhaps often) he or she is out of choices. Even if individuals act "freely" from social and political influence – from external factors – they have over the content of their preference and strong desires.³⁸ A picture of an individual as essentially a rational chooser was established on a priori conception of the nature of the human being. However, this reasoning is incorrect. It does not matter whether the presumption or the conclusion is wrong. This is particularly important in understanding the legitimacy of the way individuals treat each other. This is not an introduction of Kantian categorical imperatives (the formula of the end-in-itself): "Act in such way that you always treat humanity, whether in your own person or in the person of any others, never simply as a means, but always at the same time as an end".³⁹ Critics of liberal feminist jurisprudence point out that women are treated instrumentally too often. Therefore, from a male point of view this is simply a rational behaviour.⁴⁰ Liberal feminists tend to favor the sameness thesis, but they do not want to deny women's differences from men. Formal equality does not mean the sameness. We should respect the differences, discredit the false ones, and perceive the common ground. As Wendy Williams graphically says: "We who are different share in this particular context at this particular time a quality, trait, need or value that locates us on the same platform for this particular purpose; we see a connection in a particular respect that we who are different think entitles us to partake in the same meal, drink at the same trough, or march to the same drummer – at least in this particular parade."⁴¹

37 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 197.

38 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 198.

39 S. Blackburn, *Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, 2008, p. 55.

40 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 198.

41 W. Williams, *Notes From a First Generation*, (1989) University of Chicago Legal Forum 99–113, p. 104.

Radical feminist jurisprudence concentrates mainly on women discrimination with respect to sex, not gender, in anatomical sense. Thus, the core of radical feminists' interests (with MacKinnon as leader) are legal regulations referring to pornography, rape, marital relationship, and right to abortion. The problem of rape recurs again and again through the radical literature. This crime is taken to be as a dark symbol of women's sexuality. But how do women understand the concept of rape? MacKinnon explains: "Perhaps the wrong of rape has proved so difficult to define because the unquestionable starting-point has been the rape is defined as distinct from intercourse, while for women it is difficult to distinguish the two under conditions of male dominance."⁴² Further: "Rape should be defined as sex by compulsion, of which physical force is one form. Lack of consent is redundant and should not be a separate element of the crime."⁴³

Such convictions lead MacKinnon to a more general conclusion. It refers to women's way of thinking about the rape law. According to her: "Rape, from women's point of view, is not prohibited; it is regulated. Even women who know we have been raped do not believe that the legal system will see it the way we do. We are often not wrong. Rather than deterring or avenging rape, the state, in many victims' experiences, perpetuates it. Women who charge rape say they were raped twice, the second time in court. If the state is male, this is more than a figure of speech."⁴⁴

With reference to pornography, radical feminists are less concerned with morality of any sexually explicit film, picture or text. They are concerned with the way certain forms of such materials sexualizes the subordination of women within the society to silence women's speech.⁴⁵ As MacKinnon points out, women should not be depicted as a sexual object: "The mass production of pornography universalizes the violation of women in it, spreading in to all women, who are then exploited, used and abused, and reduced as a result of men's consumption of it. In societies pervaded by pornography, all women are defined by it: this is what woman wants, this is what a women is."⁴⁶

MacKinnon treats women as a class, but as Lucinda Finley pointed out, not all women share MacKinnon's views of acceptable sex.⁴⁷ Her view neglects differences among women themselves, and moreover – it gives for the state the censoring power to define what is acceptable sex for women as a class.

42 C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989, p. 174.

43 C. MacKinnon, *Towards...*, *op. cit.*, p. 245.

44 C. MacKinnon, *Feminism*, *op. cit.*, p. 66.

45 B. Bix, *op. cit.*, p. 161.

46 C. MacKinnon, *Towards...*, *op. cit.*, p. 247.

47 L. Finley, *Nature of domination and the nature of women. Reflection on 'Feminism Unmodified'* (1988) *Northwestern University Law Review* 352–386, p. 382 (Ratnapala, 238).

Within the group of radical feminists are also Frances Olsen (some of the commentators recognize Olsen as a leading postmodern feminist⁴⁸), Andrea Dworkin⁴⁹, and Deborah Rhode. According to them, many of the male – female relationships are stigmatized with male domination that has a sexist base. Unfortunately, they ignore the fact that most of women, especially at home, do not feel the ubiquitous male domination. Even then women feel themselves to be exploited, it has much more complex reasons than simply sexism.

As opposition to liberal feminism that is shaped by its upbringing idea of equality, radical feminism is interested in the differences. While liberals see abstract rights, radicals see expression and authorization of male understanding and experiences of the world. While liberals are absorbed in their sophisticated analysis of the concept of rights, radicals simply say: down to earth, let us deal with the facts. Such facts are the domination of women by men. There are many trappings of male domination; only it should be named. The sexual division for radical feminists is as foundational one as for Marxist class divisions, that is to say, as the central organizing feature of economic, social, and political life.⁵⁰ Everything is hidden behind the mask of the liberal neutrality of the law. Neutrality of which understanding was historically defined by men. Neutrality that now reproduces and perpetuates social relationships – by the way – was dominated by men, too. This is a real women’s world in which they recognize the patriarchal system which subjugates them.⁵¹

Therefore, there is no neutrality. Social relationships, as a whole, are determined by men. This domination is based on male power over women and that is understood as some kind of sexual strength. “The injustice of sexism is not irrationality; it is domination. Law must focus on the latter, and that focus cannot be achieved through a formal lens.”⁵² Male domination is most evident in the area of sex and reproduction. MacKinnon says this explicitly. She uses consciously some figures of speech. In this case, the domination is obvious and it comes directly from the meaning of words: to be “on top”. Such language games allow MacKinnon to maintain that sexism is embedded in our language, in particular, in language which deals with sex. MacKinnon has formulated some well-known claims; we can say it is classic

48 R. Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, 2009, p. 366.

49 Andrea Rita Dworkin (1946–2005) – most important books: *Woman Hating: A Radical Look at Sexuality*, E.P. Dutton, 1974; *Our Blood: Prophecies and Discourses on Sexual Politics*, Harper & Row, 1976; *Pornography – Men Passing Women*, E.P. Dutton, 1981; *Right-Wing Women: The Politics of Domesticated Females*, The Women’s Press, 1983; (with C. MacKinnon), *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women’s Equality, Organizing Against Pornography*, 1988; *Letters from a War Zone: Writings*, Lawrence Hill Books, 1993; (with C. MacKinnon), *In Harm’s Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge: Harvard University Press 1997; *Life and Death; Unapologetic Writings on the Continuing War Against Women*, Free Press, 1997; *Scapegoat: The Jews, Israel, and Women’s Liberation*, Free Press, 2002; *Heartbreak: The Political Memoir of a Feminist Militant*, Basic Books, 2008.

50 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 198

51 R. Wacks, *op. cit.*, p. 103.

52 A Scales, *The Emergency of Feminist Jurisprudence: An Essay* (1986) 95 *Yale Journal* 1373, p. 1385.

nowadays. Its semantic analysis defines relationships between men and woman. She has said: “Man fucks woman: subject – verb – object”.⁵³ Something like: peasant – ploughs – field. There is no reciprocal relationship; it can be seen clearly.⁵⁴ The change of classification: subject – object is impossible because of the nature of this activity.

Another reaction for liberal feminism is cultural feminism, also called differences feminism. As its name indicates, this theory emphasizes the importance of and attention to differences between sexes. Cultural theorists claim that there are no individuals in liberal meaning, but – men and women. The motto of different feminism could be: ‘Equality does not mean sameness’.⁵⁵ The most evident example of this slogan could be the sameness of the factual status “to have children”. It is clear that it does not mean the same from a man’s and woman’s legal perspective. There is enough to refer to labour law. Thus, if we demand equal protection it does not mean that protection should be identical. Therefore, while we try to determine the meaning of legal norms we should take into account both sex and gender. Works of Robin West⁵⁶, but especially of Carol Gilligan⁵⁷ (*In a Different Voice*) awaken us that while men go by “ethics of rights”, women go by “ethics of care”. West’s characterization of this strand of feminism can be summed up in her connection thesis. ‘The connection thesis is simply this: Women are actually or potentially connected to other human life. Men aren’t.’⁵⁸

Representatives of feminist jurisprudence see in Gilligan’s work the hidden critique of a legal system. Court procedure is a principle discouraged to compromise. Competition dominates – as a result, ‘winner takes all’. To such games men generally are more likely suited. There are many women in legal profession nowadays. However, men resolve legal conflicts as they resolve social conflicts in daily life – by the law’s rules. In this way, the law can be seen to take a masculine

53 C. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 124.

54 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 205.

55 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 200.

56 Robin L. West – professor of law at Georgetown University Law Center; the most important books: *Narrative, Authority, and Law (Law, Meaning, and Violence)*, University of Michigan Press, 1993; *Progressive Constitutionalism: Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Duke University Press, 1994; *Caring for Justice*, New York University Press, 1999; *Rights*, Ashgate Publishing Co, 2000; *Re-Imagining Justice: Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights, and the Rule of Law*, Ashgate Publishing Co, 2003.

57 Carol Gilligan (1936 –) – professor of psychology at New York University School of Law; best known books and novels: *In a Different Voice*, Harvard University Press, 1982; (with J.V. Ward, J.M. Taylor, eds.), *Mapping the Moral Domain: A Contribution of Women’s Thinking to Psychological Theory of Education*, Harvard University Press, 1989; (with N.P. Lyons, T.J. Hanmer, eds.), *Making Connections: The Relational Worlds of Adolescent Girls at Emma Willard School*, Harvard University Press, 1990; (with L.M. Brown), *Meeting at the Crossroads: Women’s Psychology and Girls’ Development*, Harvard University Press, 1992; (with J.M. Taylor, A.M. Sullivan), *Between Voice and Silence: Women and Girls, Race and Relationships*, Harvard University Press, 1997; *The Birth of Pleasure*, New York: A. Knopf, 2002; *Kyra*, New York: Random House, 2008; (with D. Richards), *The Deepening Darkness: Patriarchy, Resistance, and Democracy’s Future*, Cambridge University Press, 2009.

58 R. West, *Jurisprudence and Gender* (1988) 55 *University of Chicago Law Review* 1, p. 14.

approach in its very reasoning. It also should be noted (but we do not agree with it necessarily), that female lawyers have a more natural inclination to different ways of moral reasoning.⁵⁹ It means that if woman wants to take upon herself the equivalent struggle against man in court, she must argue as he does. But if she is a judge, another problem can appear. It can be termed as a lack of the male understanding: of the accused, of the party in a civil case, also of their proxies. If we consider this fact, we better understand the reasons of law interpretations made by the female judge. Especially, functional interpretations, which does not refer to such female inclinations directly.

Cultural feminism is the object of critique, as well. This critique comes from various directions. For example, to expose the conception of ethics of care can be a double-edged argument. In such cases, the difference feminism may appear to put women in a particular place, to those traditional roles of the caring professions, baby sitters, nurses, housekeepers, teachers, and of course – motherhood.⁶⁰ Therefore liberal feminists cry out: “If you want to have equal rights than behave as a man”. Then this proposition could seem very attractive.

On the other hand, we can say that cultural feminism is open to the claim (like radical feminism) that it essentialises women as the connected sex. From a liberal feminists perspective, it can be viewed as politically conservative. “Among critical theorists, the focus of arguments regarding essentialism is usually on the extent to which the sexes (...) could be said to have a basic nature, or a distinct way of thinking, analyzing, or experiencing the world.”⁶¹ In wider sense, in feminist writings, “...essentialism is the view that females (or males) have an essential nature (e.g. nurturing and caring v. being aggressive and selfish), as opposed to differing by a variety of accidental or contingent features brought about by social forces.”⁶² In this case, essentialism can be understood as a false belief that a category of women has a fixed nature, and this nature is strictly connected to sex. This debate makes sense only if we accept “essentialism” as contrasted with “nominalism”.

Liberalism accepts sexuality. It means that liberalism perceives social differences that are constructed on male and female characteristics and that these features are valued in a different manner. Liberals, other than radical feminists, reject conceptions that male characteristics are more valued than female ones, and also that these characteristics make up a hierarchy.⁶³

For example, radicals will say that in the hierarchy rationalism takes a higher place than irrationalism, but liberals are untruthful telling that women cannot behave

59 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 201.

60 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 201.

61 B. Bix, *op. cit.*, p. 62.

62 S. Blackburn, *op. cit.*, p. 120.

63 J.E. Penner, *op. cit.*, pp. 202–203.

more rational than men. Instead, cultural feminists will agree that, in principle rationalism is a male characteristic but they will not agree that rational behaviour is always more valued than irrational. Moreover, it seems that rationalism is not to be found in a pure form.

Some of the agents of jurisprudence adopt the strands mentioned above in some sense as a models and unite them with other legal critical theories. In accordance with Carol Smart⁶⁴ we can distinguish Marxist Feminism. This theory looks for the analogy between two kinds of exploitation. In the first case, this is a class exploitation. In the second – women are exploited in the process of reproduction. She also argues (but we should be careful about this), that sexual submission is only an epiphenomenon for class submission. According to her, it means that sexual submission is an incidental product of process of class submission that has no effects of its own.

While the example of race discrimination has been invoked already, it should be noted the theory of racial feminism (Colour of Feminism), especially with reference to the status of black women. This issue is analyzed by Patricia Hill Collins,⁶⁵ (Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment). She comes to the conclusion that the oppression of black women in the US can only be seen when both race and sex are taken into account. In her analysis, Collins tries to fight against such stereotypes of black women as the “welfare mother”, the “Jezebel” (the sexual aggressive women), and the surrogate mother to usually white children (“mammy”).⁶⁶ In the words of Brian Bix, “...critical race theory’s focus on the distinctive experiences and perspectives of racial and ethnic minorities, it was perhaps predictable that it would lead to an ever-expanding list of categories of scholarship defined more narrowly, in terms of the experiences of particular racial and ethnic groups or sub-groups, such as ‘critical latino/a theory’ (also known as

64 Carol Smart – criminologist and sociologist; academic at the University of Manchester. Most important books: *Women, Crime, and Criminology: A Feminist Critique*, London: Routledge & K. Paul, 1976; *Women, Sexuality, and Social Control*, London: Routledge, 1978; *The Ties that Bind: Law, marriage and the reproduction of patriarchal relations*, London: Routledge & K. Paul, 1984; (with S. Sevenhuijsen), *Child Custody and the Politics of Gender*, London: Routledge, 1989; *Feminism and the Power of Law*, London: Routledge, 1989; *Regulating Womanhood: Historical Essays on Marriage, Motherhood and Sexuality*, London: Routledge, 1992; *Law, Crime, and Sexuality: Essays in Feminism*, London: Sage Publications Ltd, 1995; (with B. Neale and A. Wade) *The Changing Experience of Childhood: Families and Divorce*, Cambridge: Polity Press in association with Blackwell Publishers, 2001.

65 Patricia Hill Collins (1948 –) – Distinguished Professor of Sociology at the University of Maryland, College Park; the first and best known book is *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*, London: Routledge, 1990; and others, most important ones: (with M. Anderson, eds), *Race, Class and Gender: An Anthology*, Wadsworth Pub. Co., 1992; *Fighting Words: Black Women and the Search for Justice*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998; *Black Sexual Politics: African, American, Gender, and the New Racism*, London: Routledge, 2005; *From Black Power to Hip Hop: Racism, Nationalism, and Feminism*, Philadelphia: Temple University Press, 2006; *Another Kind of Public Education: Race, the Media, Schools, and Democratic Possibilities*, Boston: Beacon Press, 2009.

66 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 204

‘LatCrit theory’), ‘Chicano/a studies’, ‘Asian critical theory’, and the like (along with combinations such as ‘critical race feminism’).⁶⁷

The racial feminism conceptions are, on the one hand, an attempt of reinforcement of feminism, in general, but on the other, an attempt of rejection of the racial critique. Naffine concludes: “...a persons sex may not always be the most fundamental marker of either their oppression or advantage. Sometime race, for example, might assume a greater priority and so a women might feel a greater allegiance with a men of her own race than a women from another.”⁶⁸

The similar interest can be found in Angela Harris works⁶⁹. She has studied one of the most important objections against feminism, namely – the objection of essentialism. It should be understood, in short, as ignorance of the differences between women themselves, in this case – racial or ethnic ones.⁷⁰

Ignoring of these differences can even bring somebody to anti-racial associations. In the United States feminist movements have organized marches against rapes, so-called “Reclaim the Night”. Such marches were often dominated by white women, and its scenery (by candle-lights) calls to mind the fashion of the Ku-Klux-Klan processions. Moreover, we should remember, that in the history of the United States, the rapes that were committed by black men are very complex and a thorny issue. Rape accusations often were finished with lynching, and sometimes the accusations were false, especially when white woman gave birth to a black child.⁷¹

Feminist Legal Theory share some common ground with Critical Legal Studies. The most important ones are a condemnation of injustice and of skepticism as to the alleged neutrality of the rule of law. Feminists and Critics do not believe that law is separated from politics. What is more, feminists see law and politics as the instrument of male domination but share with Critics that the existing distribution of power should be challenged. On the other hand, CLS presents oppression in the abstract, it does not see the oppressed themselves. CLS’ vision of a better society is expressed in idealized and generalized terms. What does Roberto Unger’s appeal

67 B. Bix, *op. cit.*, p. 47.

68 Ngaire Naffine () – Professor of Law at the University of Adelaida; most important books: *Law and the Sexes in Feminist Jurisprudence*, Allen & Unwin, 1990; (ed), *Gender, Crime and Feminism*, Dartmouth Pub Co, 1995; *Feminism and Criminology*, Polity Press, 1996; *Gender and Justice*, Dartmouth Publishing Co Ltd, 2002; *Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing, 2009; N. Naffine, *In Praise of Legal Feminism*, (2002) 22 *Legal Studies* 71–101, p. 88 (Wacks, *Understanding...*, p. 360).

69 Angela P. Harris – Professor of Law at University of California, Berkeley School of Law; most important books: (with K. Bartlett and D. Rhode), *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, Aspen Law & Business, 1998; (with J. Perea, R. Delgado and S. Wildman), *Race and Races: Cases and Resources for a Diverse America*, West Group, 2000; (with C. Lee), *Criminal Law: Cases and Materials*, Thompson/West, 2005.

70 E. Jackson, N. Lacey, *op. cit.*, p. 840.

71 E. Jackson, N. Lacey, *op. cit.*, p. 840–841.

to a world free “from deprivation and drudgery” mean? As Rhode says: “Such formulations leave most interesting question unanswered.”⁷²

Other feminist legal theories are united with postmodern vision of law, and bring to life Postmodern Legal Feminism as a response to the perceived failures of liberal, radical, and cultural–differences feminisms.⁷³ Postmodernists displace CLS as the major force in radical jurisprudence. They question the liberal claims to objectivity of the law on epistemological grounds. The idea, so central to the liberal thinking, that there is a self–contained “subject” separable from social reality is rejected by postmodernist. In legal theory, postmodernism concentrates on deconstruction and on language game theory. The theory of deconstruction is the most radical form of the postmodernist movement. In short, this theory professes that there is no reality outside of texts. Words gain their meaning in the process of infinite regression, from their difference from other words, and so on.⁷⁴

In the area of postmodern feminism we can find the analyses of Mary Joe Frug⁷⁵. The alliance with postmodernists is not easy. As we know, they are skeptical about appeals to universality. Consequently, feminist theories should show more care in appealing to essentialism. In Frug’s words: “in their most vulgar, bootlegged versions, both radical and cultural legal feminisms depict male and female sexual identities as anatomically determined and psychologically predictable. This is inconsistent with the semiotic character of sex differences and the impact that historical specificity has on any individual identity. In postmodern jargon, this treatment of sexual identity is inconsistent with a decentered, polymorphous, contingent understanding of the subject.”⁷⁶

To move away from essentialism, Katherine Barlett argues for what she calls “positionality”. As she puts it: “...particular involvements and relationship..., not some essential or innate characteristic of the individual, define the individual’s perspective and provide the location for meaning, identity, and political commitment”.⁷⁷ The truth is seen as situated and partial. Her opinion, however, dangerously approaches to relativism. It states that postmodern feminists must face the charge that their views provide no basis for valid critical scrutiny. If ever perspective is equally valid, then none is.⁷⁸

72 D. Rhode, *Feminist Critical Theories* (1990) 42 *Stanford Law Review* 617–638, p. 617.

73 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 203.

74 S. Ratnapala, *op. cit.*, p. 15.

75 Mary Joe Frug (1941–1991) was a professor at New England School of Law in Boston, Mass. Murdered on the street not far from her home. The most important books: *Postmodern Legal Feminism*, London: Routledge, 1992; *Women and the Law*, Foundation Press, 1992; *Case Supplement to Women and the Law*, Foundation Press, 1995.

76 M.J. Frug, *A Postmodern Feminist Manifesto: An Unfinished Draft* (1992) 105 *Harvard Law Review* 1045, p. 1046.

77 K.T. Barlett, *Feminist Legal Methods* (1990) 103 *Harvard Law Review* 829 [in:] *Lloyds...*, pp. 1212–1214.

78 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 204.

Postmodernist methods, in particular deconstructive ones, can be useful in the disclosure of racist ideology in Western culture, thus indirectly – it can be useful in the disclosure of implicit anti-feminism. Some commentators⁷⁹ argue, that laws of Western societies are permeated by racism. It relates to the law as a system: its concepts, rules and institutions.

In Cheryl Harris words: “The deeper race-crits dig, the more embodied racism seems to be; the deeper the race-crit critique of Western culture goes, the more useful postmodernist philosophy becomes in demonstrating that nothing should be immune from criticism... Postmodernist critique potentially clears the way for alternative accounts of social reality, including accounts that place racism at the center of Western culture”.⁸⁰

But the ethics of care argument can be employed to transact an alliance, for example, with ecological movements. The extent of the inherent carefulness of women should be only spread out and should include carefulness to the environment.

The direction of feminist legal theories development is not determined. But one should take into consideration the regeneration of liberal feminism. The philosophy of Martha Nussbaum is testimony of it.⁸¹ She tries to exploit great strength of liberal traditions, it means, its concern that the purpose for which the State and the law are instituted is to contribute to the flourishing of each individuals – their lives are considered “one by one” and not merely as members of the groups; the individual should not be sacrificed in the interest of others.⁸² For that matter, the position of women should be shown not in the collective perspective but by the prism of each single legally discriminated human beings, in this case – a woman.

Probably, gender will be an important axis of social division. However, we must agree that it will be not only, or even necessarily, the most substantial factor. There are many elements of structural social differentiation. We can indicate, for instance, age, class, disability, and obviously – race. And should not be unsurprising that the factors mentioned above have disposition to overlapping.⁸³

79 R. Chang, *Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Poststructuralism, and Narrative Space* (1993) 81 *California Law Review* 1243. See: too on *Latino-Critical Studies*: R. Delgado and J. Stefanic (eds), *The Latino Condition: A Critical Reader*, New York: New York University Press, 1998; R. Delgado and J. Stefanic, *Critical White Studies: Looking Behind The Mirror*, Philadelphia, Penn: Temple University Press, 1997.

80 Ch. Harris, *Whiteness as Property* (1993) 106 *Harvard Law Review* 1707.

81 Martha Craven Nussbaum (1947 –) – Distinguished Service Professor of Law and Ethics at the University of Chicago. Most important books: *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, 1999; *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2000; *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001; *Hiding From Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, 2004; *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, 2006; *The Clash Within: Democracy, Religious Violence, and India's Future*, 2007; *Liberty of Conscience: In Defense of American's Tradition of Religious Equality*, New York: Basic Books, 2008; *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010; *Not for Profit: Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, 2010.

82 J.E. Penner, *op. cit.*, p. 207.

83 E. Jackson, N. Lacey, *op. cit.*, p.788.

FEMINIST LEGAL THEORY: OUTLINE OF THE ISSUE

In theory and philosophy of law, or as one can say, in jurisprudence, the dispute about the nature of the law has existed for ages. Traditionally, the axis of the dispute was denoted by advocates of natural law and legal positivism. One of the challenges to traditional conceptions of law is the Feminist Legal Theory.

Probably, gender will be an important axis of social division. However, we must agree that it will be not only, or even necessarily, the most substantial factor. There are many elements of structural social differentiation.

Although the direction of feminist legal theories development is not determined and most non-feminist legal theories adopt either an internal or an external critique, feminist legal theories try to occupy a third perspective: the interpretative one. It means that feminism does not engage in entirely external critiques and prescriptions; it typically does not seek to rationalize legal practices. Feminist jurisprudence aspire to produce an account of legal practices which have a particularly intimate relevance to theory. Any clear-cut separation between theory and practices is rejected.

Key words: sex, feminism, jurisprudence, theories, philosophy

FEMINISTYCZNA TEORIA PRAWA

W teorii i filozofii prawa, lub jako można powiedzieć, w jurysprudencji, spór o naturę prawa toczy się od wieków. Tradycyjnie jego oś sporu wyznaczali zwolennicy prawa naturalnego i pozytywizmu prawniczego. Jednym z wyzwań dla tradycyjnych koncepcji prawa jest feministyczna teoria prawa.

Prawdopodobnie płeć stanie się ważną osią społecznego podziału lub także jego najbardziej istotnym czynnikiem. Choć oprócz niej istnieje wiele elementów strukturalnego zróżnicowania społecznego.

Chociaż kierunek rozwoju feministyczna teorii prawnych nie został dotąd określony a większość nie-feministycznych teorii prawnych polega na prowadzeniu wewnętrznej lub zewnętrznej krytyki, to te pierwsze zakładają przyjęcie innej postawy: interpretacyjnej. Oznacza to, że feminizm nie angażuje się w całkowicie zewnętrzne krytyki; zazwyczaj nie usiłuje racjonalizować praktyk prawnych. Feministyczna jurysprudencja aspiruje do prezentacji zestawu praktyk o wyjątkowo bliskim związku z teorią. Wszelkie wyraźne oddzielenie teorii i praktyki jest odrzucane.

CLORIDORO NICOLINI (1780–1859). UN MAGISTRATO ALLA RICERCA DELLE REGOLE DELL'EQUITÀ

1. La vita e le opere di Cloridoro Nicolini. – In una memoria presentata a Ferdinando II nel 1836, l'avvocato Tito Berni descriveva con «raccapriccio» lo stato della magistratura, caduta in discredito presso «tutte le classi della nazione» e poco considerata dagli stessi suoi membri¹. In un panorama siffatto, ben pochi furono i giudici napoletani che brillarono per ingegno e per moralità. Tra questi spicca Cloridoro Nicolini², giurista e magistrato napoletano autore di interessanti saggi dottrinali, la cui figura è stata finora poco studiata forse perché oscurata da quella del più famoso fratello Nicola³. Attraverso le sue opere e l'esperienza maturata in campo giudiziario – fu giudice e procuratore nei principali Tribunali del Regno – è possibile cogliere il travaglio del ceto forense a seguito dell'entrata in vigore del code civil⁴. Nacque nel

-
- 1 Osservava l'avvocato Berni nell'accentuare il «deplorabile stato di abiezione in cui la nostra magistratura si giace» che «alcuni de' migliori mi han detto con candidezza che essi non affiderebbero neppure la loro giamberga alla decisione degli attuali tribunali». I tribunali erano pieni di «giovani poco esperti nell'arte difficilissima del giudicare, di «uomini che interamente non sono dedicati allo studio delle leggi», di «uomini istruiti sì ma che sfiancati dalle infermità e dalle disgrazie non valgono più un uomo e molto meno un magistrato», di «vecchi che logori dall'età e dal vicino pensiero del finire male impugnano e peggio adoprano la spada della giustizia». «ASNa, Archivio Borbone, Memoria sullo stato della magistratura e dei clamori che si levano contro di essa dell'avv.to D. Tito Berni, 1836. Cfr. F. Mastroberti, *Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817–1865)*, in Aa.Vv., *Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno. I. Le Gran Corti Civili (1817–1865)*: Napoli e Trani, Napoli 2010, p. 72. Sull'argomento vedi anche P. Saraceno, *Alta magistratura e politica della integrazione. Linee di un'analisi socio-politica dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma 1979; Id., *Storia della magistratura italiana. Le origini. La magistratura del Regno di Sardegna*, Roma 1993; C. Castellano, *Il mestiere di giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi e i Borbone (1799–1848)*, Bologna 2004; F. Mastroberti, *Il diario e la biografia di Carlo De Nicola. La sofferta transizione delle mentalità giuridiche dall'antico al nuovo regime*, in «Frontiera d'Europa», 2005 n. 2, pp. 121–238.
- 2 Notizie biografiche su Cloridoro Nicolini si ricavano da D. Mascetta, *Elogio del consigliere di Suprema Corte di giustizia Cloridoro Nicolini*, pronunziato in Chieti dal professore di letteratura Domenico Mascetta, Chieti tipi Q. Scalpelli 1859.
- 3 Su Nicola Nicolini cfr. J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens: Nicola Nicolini* in «Revue de législation et jurisprudence», 1845, p. 322; L. Tarantini, *Nicola Nicolini* in Aa.Vv., *Commemorazioni di giuristi napoletani*, Napoli s.d., p. 49–55; F. Nicolini, *Nicola Nicolini e gli studi giuridici della prima metà del secolo XIX*, Napoli 1907; A. Mazzacane, *Una scienza per due regni: la penalistica napoletana della Restaurazione*, presentazione a *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* [cur. S. Vinciguerra], Padova 1996, p. XXVII–LXIV; F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001; Id. *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005.
- 4 Sull'argomento cfr. G. Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984; P. Caroni, *Saggi sulla storia delle co-*

1780 a Tollo, in Abruzzo citeriore⁵, da Giambattista e Teresa de Honoratiis. Di famiglia agiata, dopo gli studi elementari frequentò il seminario di Ortona sotto la guida dell'abate Tommaso Maria Verri⁶, «che a quei tempi ben era a riguardarsi come cima delle intelligenze abruzzesi»⁷. Si trasferì poi a Napoli dove si dedicò agli studi di diritto⁸, per poi intraprendere la professione forense, a quel tempo in uno stato di profonda crisi⁹. Scrive il Mascetta nel suo elogio funebre a Nicolini:

Allora il nostro Foro, se pur Foro poteva dirsi, non si avea che le leggi del paese; e le leggi del paese erano una bizzarra accozzaglia di romano e di normanno [...]. Tali ad un dipresso erano le condizioni della legislazione nel nostro regno, quando Cloridoro Nicolini apparve nel Foro; quando volle la Provvidenza, che

dificazioni, Milano 1998; P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998; U. Petronio, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa di completezza)*, in *Quaderni fiorentini* 27 (1998) 83–115; S. Solimano, *Verso il Code Napoléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target. 1798–1799*, Milano 1998; J.L. Halpérin, *L'impossible code civil*, Paris 2002; A. Padoa Schioppa, *Dal codice Napoleone al codice civile*, in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 495–532; J.L.A. Charter, *Portalis père du Code civil*, Paris 2004; F. Mastroberti, *Sul metodo bizzarro di mantenere tacendo le leggi antiche. Il dibattito sulla vigenza dell'autentica 'Ingressi' nel Regno delle Due Sicilie (1839–1843)*, in *Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007; F. Masciari, *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche. 1815–1869*, Napoli 2006; S. Vinci, *Il codice latino romano nella giurisprudenza della Gran Corte Civile di Trani*, in «*Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*», a. II (2009), p. 541–562; Aa.Vv., *Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno*, *op. cit.*

5 Tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento nelle provincie abruzzesi – soprattutto nel chietino di cui Tollo faceva parte – fiorì una generazione di giovani intellettuali destinati a posizioni di rilievo nell'ambito della cultura e della politica napoletana: oltre ai fratelli Nicolini, ricordo i fratelli Gennaro e Giusepope Ravizza, Pietro de Sterlich, Antonio Nolli, Francesco Saverio Petroni, Giuseppe de Thomasis, Francesco Canofari e Giuseppe Durini. Cfr. G. De Lucia, *La cultura abruzzese nel periodo borbonico*, in «*Abruzzo*», a. IV n. 1 (1968), p. 127–48; R. De Sterlich, *Lettere a G. Lami (1750–1768)* [cur. U. Russo e L. Cepparone], Napoli 1994; F. Mastroberti, *Pierre Joseph Briot. Un giacobino tra amministrazione e politica*, Napoli 1998, p. 146–50.

6 Tommaso Maria Verri nacque ad Archi il 21 settembre 1734 da Carlo Antonio e da Anna Gentile. Dopo i primi studi presso i Gesuiti a Chieti, frequentò il Seminario di Ortona del quale divenne docente di filosofia e poi Rettore. Letterato, filosofo e teologo fu autore di alcuni saggi di metafisica che riprendevano gli studi di Antonio Genovesi: scrisse nel 1783 le *Physicae propositiones quas Franciscus Xaverius de Flamminiis, Vincencius Ciampoli, Camillus Madonna, et Aloysius Antonucci* e nel 1786 le *Animadversiones criticae in doctissimi, clarissimique viri Antonii genuensis elementa metaphysicae in studiosae juventutis gratiam elucubratae ad usum Seminarii Ortonensis*. Fu autore anche di un *Breve commentario italiano al Pentateuco*, *Lezioni sulla Bibbia*, *Canzoni e sonetti* e di *drammi sacri*. Morì ad Ortona, 9 marzo 1814. Cfr. P. Napoli Signorelli, *Vicende della coltura nelle Due Sicilie, o sia Storia ragionata della loro legislazione e polizia, delle lettere, del commercio, delle arti, e degli spettacoli dalle colonie straniere*, t. VI, Napoli presso Vincenzo Flauto, 1811, p. 166ss; M.M. Perlini, *L'opera poetica di Tommaso Maria Verri*, Lanciano 1981; U. Russo – E. Tiboni, *L'abruzzo nel Settecento*, Pescara 2000; F. Celenza, *Storia del teatro in Abruzzo: dal Medioevo al secondo Novecento*, Pescara 2005.

7 Mascetta, *op. cit.*, p. 5: Tommaso Verri «compreso di amore per una pianta promettitrice al civile consorzio di rari frutti, educolla con quella solerzia, cui amplamente rispose l'avvenire. E per vero, comunque la mente del giovanetto Nicolini fosse, pure si avvide, che la filosofia allora nello spirito e nella forma non era che sensismo, e che le dottrine di Tracy, di Cabanis, di Condillac, valicando le Alpi, appestavano gl'intelletti italiani, e sordamente rodevano l'edificio di quel sapere, a cui avea posta la sua sanzione la Religione propugnatrice e promettitrice d'immortalità. Prese perciò Egli dalla filosofia tutto che non mirasse a ferire il principio della dignità umana, si travagliò a formarsi un sistema peculiare di conoscenze veramente utili; e lasciò che gli altri imbestiassero nel lezzo delle dominati dottrine».

8 Ivi, p. 7: «Entrato Cloridoro Nicolini con tutto l'impeto della sua vocazione nello incolto e squallido campo delle istituzioni romane, ne seppe trarre tale ricchezza di sapere, che chiamato a risolvere le quistioni più ardue della scienza del dritto i suoi giudizi furon tenuti in conto di oracoli».

9 G.M. Galanti nel suo *Testamento forense* (Venezia 1806, T. I, p. 61) descrive la decadenza del foro alla fine del Settecento: «Così ora veggiamo quello che non si era mai veduto per l'addietro, che si diviene avvocato da bambino. Si sa che con una clientela magnatizia, come per miracolo si diviene avvocato primario, onde lo studio delle leggi sembra essere divenuto assolutamente inutile [...]. Si fanno così grandi fortune e si diviene magistrato ritenendo tutt'i vizj della professione, il che ha convertito in orrore il tempio della giustizia».

la luce di un nuovo codice di leggi sfolgoreggiasse nell'Aula di Temi, diradasse il bujo, e le penose incertezze della vecchia giurisprudenza [...]. Cloridoro Nicolini fu il primo qui in Chieti che vi travagliasse alla diffusione delle nuove legali dottrine. Inaugurò pertanto un'insegnamento, che non pure per quella potenza dello ingegno che il reggeva, ma per quella ausiliatrice di magnanimo sentimento, in poco tempo venne in gran fama e rinomanza; si che non pure i giovani discenti della città, ma eziandio i lontani avidamente vi accorrevano¹⁰.

L'entusiasmo per le leggi del decennio francese – che lo portò ad avviare una delle prime scuole private di diritto a Chieti¹¹ – valse a Nicolini l'inserimento, da parte del governo francese, nei ruoli della magistratura¹²: fu infatti destinato al Tribunale civile di Teramo, prima con funzioni di giudice e poi di procuratore del Re¹³. Non fu risparmiato – come il fratello – dalla giunta di scrutinio dei magistrati, costituita dopo l'esperienza costituzionale del 1820–21¹⁴, che lo giubilò con la moti-

10 Mascetta, *op. cit.*, p. 8: «Raro è che un uomo nudrito di vecchi principii, e a vecchi metodi adusato, sconfessi gli uni e gli altri, entri in novello cammino, valuti l'esigenza dello spirito, che vuol progredire, e che si faccia imporre dalle attualità, quando fu devoto al passato. Eppure Cloridoro Nicolini solerte d'una solerzia, che sfida ogni ostacolo, che si ride di tutte le opposizioni del mondo, ricco della scienza delle leggi antiche, coll'acume dell'analisi si approfondì nelle nuove; e non che disgregarle fra loro, le uni e strinse in meraviglioso connubio».

11 Lo stesso C. Nicolini, Della importanza ne' giudizi della esatta osservanza delle forme: discorso di Cloridoro Nicolini, procuratore del re presso il tribunale civile di Molise, pronunziato nel dì 2 gennaio 1833, Campobasso 1833, p. 25 ricorderà le sue lezioni dedicate alla formazione dei giovani: «Ed anche a voi la mia parola è rivolta, o giovani, mia prima cura. Voi mi ricordate le care memorie di quelle ore, per me sempre brevi, ch'io per più lustri a coltivare lo spirito de' coetanei vostri spendeva. Così vidi per esperienza; che chi poco tulit fecitque puer, tal che fin d'allora non ebbe compiuta istituzione, invano si affatica a percorrere il gran cammino della gloria».

12 Come evidenziato da A. De Martino, Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli. Crisi e trasformazione dell'ordinamento giuridico, Napoli 1972, p. 197ss, il sistema giudiziario del nuovo regime continuò a funzionare per la maggior parte con i magistrati di antico regime, i quali – salvo i casi di spostamenti ad altre cariche – vennero riconfermati nei nuovi ranghi. Lo stesso Giuseppe Bonaparte non si mostrò «voglioso di eccessivi cambiamenti nei quadri della magistratura»: in un discorso di risposta ad un discorso inaugurale dei rappresentanti del potere giudiziario in occasione delle riforme che sarebbero state realizzate entro breve tempo, pubblicato sul «Corriere di Napoli» dell'8 gennaio 1808, il Re fece notare come fosse «grato di trovare ne' magistrati attuali» gli elementi che avrebbero dovuto «in gran parte entrare nella nuova formazione». Ciò non toglie che le fila della magistratura, il cui numero era stato enormemente accresciuto dalle nuove leggi, necessitarono comunque di un nuovo reclutamento: se nelle alte cariche (Cassazione, tribunali di appello) la maggior parte dei componenti furono scelti per la loro disposizione favorevole al nuovo governo ed alle riforme, negli altri tribunali (tribunali di prima istanza, tribunali criminali, giudici di pace) i soggetti scelti provenivano o dalle Udienze o selezionati tra gli avvocati provinciali. Fonte preziosa sulle nomine effettuate durante il decennio è C. De Nicola, Diario napoletano. 1798–1825 [cur. G. De Blasiis], Napoli Società Napoletana di Storia Patria 1906, vol. II, p. 432–36, 13 novembre 1808. Sull'argomento vd. anche O. Abbamonte, Potere pubblico e privata autonomia: Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno, Napoli 1991; Mastroberti, Il diario e la biografia di Carlo de Nicola. *op. cit.*; Id., Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*

13 Ivi, p. 9: «Ma la dottrina, la probità, l'animo generoso di Cloridoro Nicolini non poteano rimanere entro il cerchio di private relazioni; tanto più che siffatte virtù mantener seppe illibate in mezzo alle tristi condizioni de' tempi suoi. E però il Governo chiamò Nicolini all'onore della toga; destinandolo pria Giudice presso il Tribunale civile di Teramo, e poscia Procuratore del Re presso il Tribunale istesso».

14 Sulla rivoluzione napoletana del 1820–21 cfr. A. Lepre, La rivoluzione napoletana del 1820–1821, Roma 1967; R. Moscati, La rivoluzione napoletana del 1820–1821, in Saggi in onore di Leopoldo Cassese, Napoli 1971; R. Scalamandrè, Michele Morelli e la rivoluzione napoletana del 1820–1821, Roma 1993.

vazione: «Masone e carbonaro, e protettore acerrimo dei settarii»¹⁵. Si ritirò quindi a vita privata «dedito ai suoi cari e profondi studi»¹⁶.

Nella seduta del Consiglio di Stato del 18 agosto 1831 fu disposta la sua “reintegrazione” nei ranghi giudiziari, a seguito di «favorevoli informi dati dal consultore Canofari»¹⁷ e destinato alla funzione di procuratore del Re nel Tribunale civile del Molise¹⁸. Iniziò quindi la sua produzione scientifica con la pubblicazione nel 1833 del discorso inaugurale pronunciato dinanzi al Tribunale civile del Molise, a cui diede il titolo per le stampe *Della importanza nè giudizi della esatta osservanza delle forme*¹⁹. In questo discorso dedicato alla «giustizia estrinseca», ovvero alla solennità delle forme prescritte dalla legge per la validità degli atti giudiziari, Cloridoro Nicolini riprese il pensiero del fratello Niccola che in più occasioni aveva sostenuto una ideale linea di continuità tra la tradizione napoletana e la riforma giudiziaria.²⁰

Sono pur nostri i fonti, onde uscirono queste leggi di rito, le quali null’altro han di nuovo che qualche voce e la veste. Chi non le aborre, che pel solo abbigliament, o non arrendendosi a vagheggiar questo solo, di questo sol non s’inebria, tosto vi riconoscerà i concetti della sapienza de’ nostri antichi giureconsulti, de’ nostri legislatori. Qual torto non recano all’onor nazionale coloro, che immemori di sé, ignudi, affaticati, sormontano i geli delle Alpi, per ricercarne nelle opposte falde la non vera sorgente? O che, abbrividiti dalla gelida infeconda immaginazione, n’escono tanto

15 ASNa, Archivio Borbone, f. 841. Elenco magistrati destituiti per scrutinio i quali con risoluzioni prese da S.M. nei sottonotati Consigli Ordinari di Stato sono stati riabilitati ad essere impiegati, fol. 137r; Ivi, Elenco delle giubilazioni, traslocazioni, promozioni, e nomine di magistrati nei Reali Dominii al di qua del Faro, approvate da S. Maestà nel Consiglio di Stato del 26 ottobre 1831, fol. 19r; Ivi, Notamento dei magistrati destituiti per effetto di scrutinio, Tribunale Civile di Teramo, fol. 148r.

16 Mascetta, *op. cit.*, p. 9

17 Francesco Canofari (1765–1843) fu uno dei maggiori penalisti napoletani della prima metà del secolo XIX. Fu nominato nel 1801 caporuota nei tribunali provinciali, poi visitatore economico nella provincia di Capitanata. Nel 1803 ricoprì l’incarico di segretario generale della Soprintendenza generale della polizia e giustizia criminale del Regno. Dal 1808 al 1811 fu presidente in vari tribunali criminali nelle province e nel 1812 fu nominato presidente della Gran Corte Criminale di Napoli. Nel 1813 divenne consigliere della Corte di Cassazione. In qualità di consultore del Regno e di presidente della commissione legislativa fu il relatore dei progetti di riforma del codice di procedura penale tra il 1824 e il 1833. Fu autore di commentari sul Codice per lo Regno delle Due Sicilie che ebbero notevole diffusione. ASN, Archivio Borbone, f. 828, fol. 766–770; G. Canofari, *Vita del Cav. Francesco Canofari*, Londra 1846.

18 ASNa, Archivio Borbone, f. 841, Elenco de’ magistrati destituiti per scrutinio i quali con risoluzioni prese da Sua Maestà nei sottonotati consigli ordinari di Stato sono stati riabilitati ad essere impiegati. Il giudizio a seguito della sua reimmissione presso il Tribunale Civile di Molise fu «Buono sotto tutti i rapporti». Ivi, *Notizie sul conto dei Funzionari giudiziari, Abruzzo Ulteriore, Tribunale Civile di Molise*, s.d., fol. 411r.

19 Nicolini, *Della importanza ne’ giudizi*, *op. cit.*

20 Il discorso di Cloridoro sembra riprendere un passo del discorso del fratello Niccola pronunciato nel 1809 all’inaugurazione del Tribunale Criminale dell’Abruzzo citeriore: «Preparato è qui dunque il terreno, precorsa dagli scrittori patrii è la via, educate da più tempo sono le menti a ricevere la novella legislazione. Noi non cominciamo con essa una novella civiltà, ma progrediamo in quella che si godeva; sciolti però dalle difficoltà del numero e contraddizione delle leggi, distrigati dalle autorità incerte di oscuri scrittori, purgati nell’aperta luce di semplici e ben collegati e fecondi principi, certi di noi per forme sicure d’interpretazione, rendute intellegibilie popolari per la sostituzione del linguaggio universale d’Italia al gergo barbaro e basso insinuato nelle leggi e ne’ giudizi dalla ignoranza e da municipale mal inteso amor patrio». N. Nicolini, *Del passaggio dell’antica alla nuova legislazione nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1840 (2 ed.), p. 3. Scrive Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale*, *op. cit.*, p. 32: «L’incisivo brano rimarcava l’idea fondamentale dell’intero Discorso che, peraltro, sarebbe stata ribadita dal giurista in altri suoi scritti: la continuità tra il vecchio ordinamento napoletano e la nuova legislazione».

miopi da non giungere collo sguardo al di là dell'ombra loro? Segue da ciò, che per non curare un retaggio tutto proprio, l'uno accatta o mal compra un mal sano alimento, l'altro ostentando odio profondo, sia pur finto o veracemente sentito, anche contra ciò che appena ha l'apparenza di estraneo, infingardo ed ignorante, nella barbarie si caccia; e passionati tutti, le leggi a sé mal note confondono, mentre giustizia ne freme, e gl'interessi i più cari de' sudditi del Re son ciecamente manomessi²¹.

Oltre a questo recupero storico del passato per le leggi in vigore nel Regno di Napoli che contrastava con l'idea della grande frattura con il passato²² – in particolare Nicolini si riferiva al Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819²³ e al Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie per i reali dominj al di qua' del faro del 15 novembre 1828²⁴ – il discorso risulta incentrato sulla funzione della giurisprudenza²⁵ che, in quanto chiamata a supplire al difetto della legge, avrebbe necessitato di adeguata pubblicità: «Ma il fine della legge non è ancora esaurito. *Lex non sufficit casibus, sed ad ea quae plerunque accidunt, aptatur. Sapientissima autem res tempus est, et novorum casuum quotidie auctor et inventor.* Quindi ella rende sua ausiliaria la giurisprudenza a supplirne il difetto. Ora se parum abest a potestate le-

-
- 21 Nicolini, Della importanza ne' giudizi, *op. cit.*, p. 4: «Chi 'l crederebbe? Taluni, anche fra i saggi, spesso sono indocili al rito, e stimano ogni guida un insulto, ogni freno di legge un'onta al di loro amor proprio, e vane apparenze le forme più sacre; ripetendo sempre, che la garentia sola de' dritti de' cittadini è nella coscienza de' giudici, e nella integrità de' pubblici uffiziali. Si: questa è la giustizia estrinseca, dalla quale l'esser supremo può solo chiederci conto; e che il pubblico per presunzioni di legge dee sempre rispettare, quando però ella sia rivestita di tutta la solennità delle forme. In questa è la giustizia estrinseca; quella sola che può esser regolata dalla legge; quella che dà forza di verità a' vostri giudicati; quella a cui sol mira la universalità, e da cui ella giudica e coloro che pronunziano, e la cosa che vien pronunziata».
- 22 Scrive Mastroberti, Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817–1865), *op. cit.*, p. 33: «Nella magistratura, durante il primo quindicennio prevalse la tendenza che potremmo definire "nazionalista" volta a riprendere in chiave interpretativa il vecchio diritto della tradizione del Regno. Questo scontro fu presente anche nella cultura giuridica napoletana. Da un lato vecchi giuristi come Niccola Nicolini e Gaspare Capone che offrirono una prima interpretazione storicistica delle grandi riforme del Decennio e della Restaurazione, dall'altro giuristi come Giuseppe Raffaelli e Michele Agresti volti a troncare ogni rapporto con un passato visto in chiave esclusivamente negativa».
- 23 Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Prima edizione originale ed ufficiale, Napoli, dalla Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale, 1819, Parte II, Leggi Penali, art. 1. Sull'argomento cfr. Mazzacane, *op. cit.*, p. VII–XXVI; S. Vinciguerra, Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio: le «Leggi penali» delle Due Sicilie, in Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *op. cit.*, p. VII–XXVI; Mastroberti, Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820, *op. cit.* p. 256 ss.
- 24 Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie per i reali dominj al di qua' del faro, in F. Dias, Legislazione positiva del Regno delle Due Sicilie dal 1808 al 1840, vol. IV, Napoli stabilimento tipografico di Fran. Azzolino, 1844. Tale regolamento fu predisposto ed approvato dal Re subito dopo l'emanazione del Codice per lo Regno, in modo che avesse vigenza a partire dal 1820. Il ritardo nella sua attuazione spinse il Ministro di Grazia e Giustizia ad emanarlo nella forma del regolamento in considerazione del fatto che le prescrizioni in esso contenute non rappresentavano nuove disposizioni legislative e soprattutto per la maggiore facilità di effettuare modificazioni o aggiunte. Mastroberti, Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*, p. 354 ss.
- 25 In tal direzione si inseriva il saggio Dell'indole e dell'ufficio della Giurisprudenza di Giuseppe Ferrigni, comparso sulla rivista «Il Progresso», anno II (1833), vol. IV, p. 61–69, che rivalutava la giurisprudenza «pratica» per un quarto di secolo mortificata dall'assolutismo giuridico. In un secolo «troppo invaghito dell'idea di un codice universale», che gettava uno sguardo «disdegnoso sulle opere e le dottrine di quegli uomini che si affaticano a tradurre, a comentare, a specificare le leggi» era opportuno, secondo il Ferrigni, rivalutare la giurisprudenza. Essa, guardata con un certo disprezzo dagli esperti di legislazione «quasi che fosse il retaggio de' causidici e degli eruditi», era invece assolutamente utile e necessaria e, in quanto «traduzione di termini astratti in concreti» doveva considerarsi come il «linguaggio legale del popolo». Tuttavia il giurista napoletano considerava la legislazione un punto fermo intorno al quale poteva e doveva svilupparsi l'interpretazione dei giuristi. Sull'argomento cfr. Mastroberti, Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817–1865), *op. cit.*, p. 78 ss.

gis condendi, potestas eas supplendi, la giurisprudenza convien che abbia la stessa pubblicità della legge, e che com'essa, moneat, priusque feriat»²⁶. La pubblicità delle sentenza avrebbe permesso ai cittadini «che apprestano i casi nuovi a' giudici» di controllare l'andamento dei giudizi e la verità e la giustizia dei giudicati «ond'essi medesimi ne valutino i motivi della differenza, quando questi, in casi apparentemente simili, non sieno uniformi; onde dalla diversità od uniformità delle cagioni prenda norma e consiglio»²⁷.

Il tenore del discorso rivolto ai magistrati del Molise, i quali venivano severamente incitati al rispetto delle forme²⁸ e della pubblicità degli atti, è indice di quanto Nicolini sentisse su di se il gravoso compito di vigilare l'osservanza delle leggi e la regolare esecuzione dei giudicati derivante dalla carica di Procuratore del Re²⁹: «il nostro sommo Legislatore, profondamente istruito dalla esperienza dei tempi prossimi, e dalla conoscenza degli antichi, innalzava baluardi inespugnabili per sostenere

26 Il richiamo all'opera *De dignitate et augmentis scientiarum* di Francis Bacon del 1623 – più volte citato nel suo discorso – evidenzia che anche Nicolini, al pari dei suoi contemporanei, subì il fascino dell'ecllettismo filosofico che caratterizzò il movimento culturale napoletano degli anni trenta e quaranta. Infatti, gli anni trenta furono caratterizzati da una rinnovata centralità della scienza – predicata dal Savigny fin dall'inizio del secolo – quale fattore di certezza in grado di guidare legislatori e tribunali nella creazione e nell'applicazione del diritto. Al pari dell'economia politica e della scienza statistica – che ebbero notevole sviluppo in quegli anni – anche la legislazione doveva essere «logica e sperimentale» e poggiare sulle solide basi della statistica. Scrive Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, *op. cit.*, p. 308: «Tempi nuovi, che, per l'appunto, vedevano le scienze morali ed economiche attratte dal metodo delle scienze "esatte" e poste sullo stesso piano di esse come branche di un sapere unico che porta al progresso».

27 Nicolini, *Della importanza ne' giudizi*, *op. cit.*, p. 9: «Così ogni collegio di magistrati sarà una scuola di dritto, direttrice fedele delle particolari faccende; e senza avere la forza della legge, vedrà a sé innanzi piegarsi spontanei la ragione e il cuore de' popoli. Ma quando il magistrato rispoinde, giusta la frase dell'augusto Ferdinando I, a guisa di oracolo, nel quale lascia sepolti tutti gli atti e tutt'i motivi che lo guidarono alla sentenza, gli uomini che ordinariamente fingunt simul creduntque, aznicchè persuadersi all'autorità del giudicato, s'irritano, piangono le di loro ragioni come calpestate, ne maledicono gli autori ed imperversano nelle loro passioni»

28 Ivi, p. 29: «L'arbitrio specialmente nelle forme si converte di leggieri in totale sprigionamento d'ogni laccio salutare. L'augusto Ferdinando I, di gloriosa memoria, dopo avere sviluppate queste idee nel 1774, come ho fatto già rilevare, nel 1817 fu Egli stesso che dichiarò qual fosse il vero oggetto delle forme degli atti di legge. Le forme de' giudizi, Egli disse, son destinate ad assicurare semprepiù la libertà e la proprietà de' cittadini. E' questa l'esordio d'una legge di procedura, comechè d'eccezione, qual è quella del contenzioso amministrativo».

29 La Legge n. 727 de' 29 maggio 1817 sull'organizzazione giudiziaria in «Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno delle Due Sicilie» (=CLD), 1817, I, art. 148ss, aveva qualificato i Procuratori del Re regi agenti presso i giudici, i tribunali, le Gran Corti e le Corti Supreme di Giustizia. Con riferimento alle cause civili, il pubblico ministero poteva intervenire sempre qualora lo avesse ritenuto necessario, oppure poteva essere interpellato d'ufficio dal tribunale o dalla Gran Corte, ma per i processi nei quali si ravvisava un interesse pubblico la sua partecipazione sarebbe stata necessaria, come nell'ipotesi di questioni concernenti l'ordine pubblico, l'interesse dello Stato, della Corona, de' Comuni e degli stabilimenti pubblici; le donazioni ed i legati datti a beneficio dei poveri di uno o più comuni; lo stato delle persone; la declinatoria di foro per incompetenza; la ricusazione dei giudici per parentela o affinità e la rimessione delle cause ad altri giudici; i minori, gl'interdetti, le donne non autorizzate dai loro mariti di stare in giudizio ed in generale tutti coloro che venivano rappresentati da un curatore; gli assenti; i militari in attività nelle armate di terra e di mare fuori del territorio del Regno. Le cause inerenti tali questioni dettagliatamente previste dalla legge dovevano essere obbligatoriamente comunicate al procuratore il quale avrebbe esposto le sue conclusioni in udienza, ma non poteva essere presente in camera di consiglio tranne che presso le Corti Supreme. Spettava inoltre ai procuratori regi e procuratori generali accordare il c.d. *recipiatur alle 'carte estere'*, ovvero autorizzare l'uso e la pubblicazione di atti o documenti provenienti dall'estero, salvo il diritto riconosciuto alle parti, in caso di rifiuto, al tribunale o alla Gran Corte presso cui il procuratore esercitava il proprio ufficio. Per la funzione ed i doveri del pubblico ministero, nell'interesse della società e quale agente del sovrano N. Comerci, *Elementi di dritto pubblico ed amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, s.d., p. 206–207; F. Nicolini, *Nicola Nicolini e gli studi giuridici della prima metà del secolo XIX*, Napoli 1907, p. XLII–XLIII.

fortemente la giustizia contro gli assalti dello arbitrio, quando destinava un procuratore del Re a sedere presso ogni collegio»³⁰.

La funzione di vigilanza e il controllo sull'operato dei magistrati nel rispetto della legge, spinse Nicolini nel 1835 a dedicare un lungo saggio sulla funzione dei conciliatori, disciplinata dalla legge organica dell'ordine giudiziario del 29 maggio 1817³¹. L'opera, intitolata appunto *Dè conciliatori e degli atti di loro competenza*³², si proponeva come un compendio di istruzioni, norme e formulari per la redazione degli atti rivolto all'uso pratico di questi giudici onorari:

A rischiarare la ignoranza, a sostenere la virtù nel suo posto, a rialzarla, s'è oppressa, a rianimarla, s'è indebolita, le istruzioni mie sono dirette. [...] E perciò, che, nel comentare le poche leggi che debbono essere da' Conciliatori conosciute, parlerò della di loro nomina a tale uffizio, esponendo le qualità che si richieggono per ben sostenerlo: il modo di conoscerle, e presentarle al Re signor nostro: il di loro grado: le autorità dalle quali dipendono e quant'altro concerne il Conciliatore in se contemplato. Li considererò poi nello sviluppamento delle proprie funzioni, e pria nelle conciliazioni, indi nè giudizi; ed esporrò in fine il modo di esecuzione degli atti loro. [...] Darò in fine un sommario che servirà d'indice dell'opera, e come di manuale per coloro che desiderano una istruzione di uso: ci unirò le formole degli atti³³.

Nel suo "manualetto" Nicolini esamina sotto i vari profili l'ufficio del conciliatore, dalla sua nomina³⁴ alle modalità di esercizio delle sue funzioni, commentando passo per passo la lettera della legge, nella quale «tutto è coordinato al fine che in se racchiude l'alta mente dell'augusto autor suo. Intendiam dunque le voci di legge per quel che valgono, e per lo contesto della legge stessa, ed avremo della legge tutta la forza e la estensione dell'impero compreso»³⁵.

30 Nicolini, *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità*, articolo tolto dal Trattato sul compromesso, Napoli, Tipografia Dicesinia, 1844, p. 230.

31 Legge 29 maggio 1817, *op. cit.*, artt. 7–13. I conciliatori erano giudici esclusivamente onorari. Istituiti in ogni comune con decreto reale su proposta del decurionato, avevano il compito di conciliare le controversie tra gli abitanti del comune che lo avessero richiesto e di decidere inappellabilmente, senza osservanza di rito giudiziario, tutte le controversie dipendenti dalle sole azioni personali relative ai beni mobili. G. Landi, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie*. 1815–1861, I, Milano 1977, p. 874–6.

32 C. Nicolini, *De' conciliatori e degli atti di loro competenza*, Napoli tip. Salita Infrascata 1835.

33 Ivi, p. 21. L'opera è strutturata in quattro titoli: 1. de' conciliatori; 2. delle conciliazioni; 3. de' giudizi; 4. della esecuzione delle une, e degli altri.

34 Il primo titolo tratta dell'oggetto della loro istituzione (cap. I); de' requisiti che la legge richiede ne' conciliatori (cap. II: Sez. I. Che dimori nel comune per lo qual è preposto; Sez. II. Che sia proprietario o ecclesiastico; Sez. III. Che sia probato; Sez. IV. In che consiste la probità del Conciliatore; Sez. V. Il conciliatore aver dee la opinione di probità; Sez. VI. Quale istruzione aver'egli deve; Sez. VII. Delle eccezioni che possono essere di ostacolo alla proposizione de' candidati); della nomina, della conferma, del grado del Conciliatore; non che della sospensione, e del decadimento dalle sue funzioni (cap. III: Sez. I. I decurionati propongono i Conciliatori; Sez. II. La nomina de' Conciliatori è del Re; Sez. III. Giuramento del conciliatore; Sez. IV. Qual sia il rango de' conciliatori; Sez. V. Da quali autorità i conciliatori dipendano; Sez. VI. De' congedi; Sez. VII. Della ricusa; Sez. VIII. Della sospensione; Sez. IX. Della cessazione della carica per la perdita de' dritti civili, e per lo spirare del triennio; Sez. X. Chi supplisce al conciliatore?; Sez. XI. Della conferma de' conciliatori; Sez. XII. La carica del conciliatore è tutta onorifica).

35 Ivi, p. 35. Anche qui si può evidenziare un parallelo con il Ferrigni che – pur esaltando il rinnovato ruolo della giurisprudenza – considerava la legislazione un punto fermo intorno al quale poteva e doveva svilupparsi

Nel 1837 Nicolini fu trasferito alla Gran Corte Civile di Trani, stavolta con funzioni di giudice e non più di procuratore del Re: nonostante fosse semplice membro del collegio, diede un importante contributo all'orientamento della Corte nel decidere secondo equità i casi di silenzio del codice civile³⁶. Il problema dell'equità fu infatti di grande stimolo e di approfondito studio per Nicolini, tanto che nel 1844 dedicò alla materia un lungo saggio dal titolo *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità*.

Il particolare interesse per l'equità si poneva in linea con il pensiero dominante dei giuristi napoletani teso alla rivalutazione della giurisprudenza – di cui Nicolini si era già occupato nel suo primo saggio del 1833 – come soluzione alla crisi codicistica, oggetto di acceso dibattito a partire dagli anni '30³⁷. L'occasione per tornare sul problema dell'equità fu offerta a Nicolini nel 1845, quando, ottenuta la presidenza del Consiglio generale di Abruzzo Citeriore, tenne il discorso inaugurale per l'apertura delle sessioni, poi dato alle stampe. In tale sede, anche se fuori dall'ambito giudiziario, Nicolini – ormai intriso di eclettismo scientifico diffuso negli ambienti culturali di quegli anni³⁸ – richiamò l'equità esecutrice amministrativa, che «regola e agguaglia i pubblici interessi con misura geometrica»³⁹, quale strumento per dare giusta esecuzione alla legge, garantendo così la felicità dei popoli⁴⁰:

l'interpretazione dei giuristi. Scrive il Ferrigni, *op. cit.*, p. 63: «Che cos'è interpretare una legge? E' esaminare se la idea che essa rende in una formula astratta abbracci più o meno soggetti nella sua estensione, più o meno attributi nella sua comprensione. Un tal lavoro dello spirito si chiama interpretazione; ad evitar la quale bisognerebbe che la legislazione contenesse non idee universali, non principi dirigenti (ch'è la sua vera natura), ma specificazione di casi particolari, ma individualità categoriche, e niente altro che individualità. Ora come i casi particolari nelle società incivilite sono innumerevoli, così la legislazione diventerebbe per tal modo un dizionario infinito in cui ogni idea avrebbe un segno particolare: sarebbe una vera lingua cinese; e poiché i casi particolari si moltiplicano ogni dì, così la legislazione stessa sarebbe sommamente imperfetta e monca, e bisognerebbe con argomenti di analogia supplire al voto che ella rimanesse. Ed eccoti surta una giurisprudenza volgare, analogica, più instabile e mal sicura della giurisprudenza logica».

36 Sull'argomento rinvio a S. Vinci, *La Gran Corte Civile residente in Trani in Aa.Vv., Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno*, *op. cit.*, p. 224 ss.

37 Gli articoli apparsi sulle riviste napoletane tra il 1832 e il 1845 insistevano sul fallimento della codificazione. Due soluzioni diverse emersero nel dibattito tra i giuristi napoletani: una, che prendendo le mosse dalla scuola storica rivalutava la giurisprudenza ponendola al centro del sistema giuridico; l'altra, neo-razionalistica, che proponeva l'elaborazione di una nuova codificazione su basi scientifiche. Cfr. Mastroberti, *Le Gran Corti Civili*, *op. cit.*, p. 78 ss.

38 Il clima culturale che si diffuse a Napoli a partire dagli anni Trenta fu caratterizzato dal mito del progresso e della scienza. I redattori delle riviste in voga in quegli anni (*Il progresso delle scienze delle lettere e delle arti* e il *Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche*) si occupavano di tutto, dal diritto alla letteratura, alla filosofia: fu una forma di eclettismo filosofico e culturale che, inevitabilmente, coinvolse anche la scienza giuridica. Gli esiti di questo movimento non furono eccelsi (dall'eclettismo alla superficialità il passo può essere e in molti casi fu breve) ma testimoniavano una voglia di cambiamento e l'ansia di una generazione di inserirsi nei grandi dibattiti culturali tenevano banco nella capitali mondiali. *Ibidem*.

39 Nicolini chiarisce – su basi scientifiche – la differenza tra l'equità amministrativa e quella giudiziaria: «la prima regola ed agguaglia i pubblici interessi con misura geometrica, l'altra conserva e comparte i dritti privati con misura tutta aritmetica. Il principio però onde ambedue dipendono è uno solo, quello della legge». C. Nicolini, *Discorso di Cloridoro Nicolini, presidente del Consiglio generale di Abruzzo Citeriore nel 1845*, pronunciato nell'apertura delle sessioni, Chieti tip. F. Del Vecchio 1845, p. 5.

40 *Ibidem*

Noi siamo chiamati a comporre un corpo temporaneo–amministrativo per provvedere ai bisogni di questa provincia col soccorso della sola equità esecutrice amministrativa; la quale non può essere animata e diretta, se non dalle leggi che imperano. Imperocché dalla giusta ed equa previdenza delle leggi, e dalla fedele ed esatta esecuzione di esse tutta dipende la felicità de' popoli: e la legge tanto è previdente ed equa per quanto conviene alle buone abitudini, alla indole del popolo cui impera, alla terra, al clima nel quale vive⁴¹.

Oltre all'evidente influenza di Montesquieu, l'intero discorso risulta permeato dalle teorie utilitaristiche di Jeremy Bentham e di Adam Smith che erano tornate ad essere oggetto di attenzione nei dibattiti e nelle discussioni in materia di legislazione diffusi nel Regno⁴². Sulla scorta di tali idee, le proposte rivolte da Nicolini all'intendente della Provincia di Abruzzo Citeriore rispondono alla logica di raggiungere risultati utili e obiettivi concretamente realizzabili, e non proposte astratte, sulla scorta delle effettive disponibilità economiche della provincia⁴³: «Ai bisogni non si può provvedere, che nella proporzione de' mezzi che si hanno. Senza di questo determinato accorgimento noi andremmo pigliando farfalle col palestro»⁴⁴. La condivisione per i postulati degli “economisti classici” e in particolare dello Smith⁴⁵ portò Nicolini a disquisire in chiave capitalistica di commercio, agricoltura ed imprenditoria al fine di indirizzare l'attività del Consiglio al miglioramento delle produzioni della terra e dell'esecuzione di opere pubbliche che giovassero a tutti «o almeno faccia a tutti sperare qualche bene»⁴⁶.

41 Ivi, p. 4.

42 L'epicentro dei dibattiti e delle discussioni in materia di legislazione che si diffusero in quegli anni fu costituito dall'utilità e dal benessere sociale. Infatti la nuova generazione di intellettuali che tentò di individuare le possibili riforme da adottare per definire un sistema giuridico e giudiziario in grado di stare al passo con il progresso, riponeva fiducia nella scienza e nel suo metodo, nella convinzione della necessità di un costante interscambio tra le discipline e nella fede nella missione degli scienziati per guadagnare il progresso e la felicità del genere umano. Sull'argomento rinvio a Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, *op. cit.*, p. 302 ss.

43 È evidente nel pensiero di Nicolini la condivisione dell'entusiasmo per l'economia politica e le scienze statistiche – proprio di quegli anni – che si incaricava di fornire alla logica e alla ragione i fatti empirici: «il problema – scrive Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, *op. cit.*, p. 304 – non era più quello di teorizzare astratte riforme, ma di conciliare i dati scientifici con la logica in modo da determinare un risultato utile in linea con l'idea di progresso».

44 Nicolini, *Discorso*, *op. cit.*, p. 7: «L'agricoltura, il commercio, le opere pubbliche sono in questa provincia oggetti tanto connessi da non poter essere disgiunto l'uno dall'altro, sino a quando non si metteranno in movimento gli altri fonti della sua ricchezza. [...] Ora però non siamo che in paese agricola, ove da' prodotti della terra tutto dipende il nostro commercio e la nostra ricchezza. Noi dunque, o saggi e prudenti colleghi, mireremo ad un doppio scopo per diverse vie; procureremo i mezzi da rendere utile lo stato presente della provincia; prepareremo, per quanto ci è dato le basi allo ingrandimento del suo commercio e della sua industria».

45 Sulla scorta delle teorie degli “economisti classici” e del suo maggiore esponente Adam Smith che aveva professato l'apologia del capitalismo quale condizione per la ricchezza delle nazioni, la scienza economica iniziava rivendicare la sua priorità sulla legislazione, grazie soprattutto allo sviluppo demografico, industriale e capitalistico che ormai aveva coinvolto l'intera Europa. Sull'argomento cfr. S. Cremaschi, *Il sistema della ricchezza. Economia politica e problema del metodo in Adam Smith*, Milano 1984; A. Béraud – G. Faccarello, *Nouvelle histoire de la pensée économique*, Parigi 1992; A. Zanini, *Adam Smith. Economia, morale, diritto*, Milano 1997; P.D. Groenewegen – G. Vaggi, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, Roma 2006; M.N. Rothbard, *Contro Adam Smith* [cur. P. Zanotto], Soveria Mannelli 2007; A. Roncaglia, *La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico*, Roma 2009; J.J. Friboulet, *Histoire de la pensée économique: 18–20 siècles*, Geneve 2009.

46 Nicolini dimostra di condividere ancora una volta il postulato dello Smith sulla necessità che alcune opere pubbliche (strade, ponti, canali, porti) siano erette e conservate dallo Stato. Recepisce anche la teoria sulla sottrazione del “sovrappiù” ai consumi di lusso, che utilizza per dimostrare l'inopportunità della realizzazione delle opere

Classici economisti hanno fortemente combattuto lo errore, che la terra dia le sue produzioni per forza tutta propria e che, quando è soccorsa dalla mano dell'uomo, basti ad arricchire i popoli. Quando alla coltivazione della terra ed al perfezionamento delle derrate manca il giudizioso impiego di forti capitali, la terra e la mano dell'uomo non posso alimentare che bruti⁴⁷.

Concludeva quindi che – per raggiungere la maggiore utilità per il pubblico con i mezzi a disposizione – sarebbe stato opportuno realizzare un educando per i giovani della provincia e costruire una strada da Chieti verso Pescara che avrebbe permesso un maggiore sviluppo per il commercio interno ed estero⁴⁸.

Cessata la carica presso il Consiglio generale della sua Provincia, Nicolini rientrò nei ranghi della magistratura con la carica di Procuratore Generale della Gran Corte Civile di Napoli. Nel 1851 pose mano alla redazione dell'opera dal titolo Sviluppo delle leggi civili nel rincontro delle leggi antiche e contemporanee e della patria giurisprudenza⁴⁹. L'interesse per la comparazione tra sistemi antichi e moderni e tra il codice napoleonico e quelli nazionali era stato sempre coltivato da Nicolini fin dai suoi primi scritti, in linea con una parte non insignificante della scienza giuridica europea⁵⁰. Il testo rimase però incompiuto a causa dell'apoplessia

pubbliche c.d di lusso: «Le opere pubbliche sono utili per quanto favoriscano la salute pubblica, l'incivilimento, la educazione, il commercio convenienti alla provincia dove si vive. Gli economisti han disputato assai sulla utilità delle opere di lusso. Ma il campo di questa provincia è ben angusto. Non tutte le opere di lusso convengono a tutt'i luoghi: non tutte le province si possono elevare di salto allo stato della Capitale del Regno. [...] Quindi far eseguire un lavoro utile nel tempo in che la mercede può meglio soccorrere i poveri è un tratto di lodevole provvidenza: ma far intraprendere lavori di lusso, o che comunque sarebbero utili, non potrebbero esser poi per mancanza di mezzi perfezionati, sarebbe agire all'impazzata». Nicolini, Discorso, *op. cit.*, p. 7.

47 Ivi, p. 9: «Si è disputato ancora della intelligenza della voce, capitale, ma io parlo a proprietari i quali colla esperienza assai ben conoscono la estensione e lo effetto di questa voce. Ne tolga Iddio la restrizione alla somma che si mutua ad interesse, e la preferenza dello impiego del denaro a quest'uso, anzi che al miglioramento dell'agricoltura! L'esperienza ci ha dimostrato come i mutuantii divengono agricoltori senza volerlo, e della terra che non vorrebbero, dopo un lungo inquieto e dispendioso piatire. I prodotti della nostra terra sono superiori ai bisogni a' quali posson essi direttamente provvedere: e di quelli che avanzano quale uso faremo? Ecco la necessità del commercio di questa parte».

48 Ivi, p. 13: «La provincia e il regno non altrimenti se non per questa volta può avere il suo commercio terrestre colle nazioni estere che son rincontro a noi. [...] Io spero che questa traversa segua un disegno utile e disinteressato. La utilità, anzi la necessità della strada marruccina non abbisogna della mia dimostrazione. [...] Il porto a Pescara riunisce i tre Abruzzi in un punto, e serve più facilmente al commercio del regno tutto cogli stati esteri che sono da questa parte; e dà mezzo sicuro alla comunicazione del commercio dell'Adriatico col Mediterraneo».

49 Mascetta, *op. cit.*, p. 6: «L'autore cominciò a pubblicare in Napoli quest'opera nel 1851. E' rimasta nella più parte inedita, acagione delle infermità, che fin da quel tempo cominciarono ad assalirlo per menarlo al sepolcro».

50 A Napoli – dove le opere dei grandi maestri della scuola esegetica francese erano state tradotte col raffronto con il diritto romano, i codici e la giurisprudenza nazionale – essa ebbe una discreta fioritura poiché sposava bene lo spirito storico e nazionale con l'esigenza di un'interpretazione rigorosa dei dettati normativi. Tra le tante opere ricordo le principali tradotte in Italia: Indice del codice civile di Napoleone, Brescia (tip. Bettoni) 1806; Codice civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane ad uso delle università e dei licei del Regno d'Italia, Milano (tip. Sonzogno) 1810; Confronto testuale del codice civile dato dall'imperatore e re Napoleone I colle leggi romane pubblicate dall'imperatore Giustiniano di Francesco Caffi, s. l. 1812; P. Liberatore, Osservazioni per servir di commento alle leggi civili del regno delle Due Sicilie ed ove in ciascun titolo si trova 1. il sunto dell'antica nostra legislazione così romana che patria 2. l'analisi della nuova cavata dai motivi rapporti e discorsi suil codice civile francese, Napoli (dai torchi di Gennaro Palma) 1830; G.L.J. Carre, Le leggi della procedura civile nella quale opera l'autore ha fuso la sua analisi ragionata il suo trattato novellamente volgarizzata ed accresciuta della nuova procedura del Regno delle Due Sicilie dagli avvocati F. Carrello e P. Liberatore; I paragrafi del codice civile generale della monarchia austriaca, messi in armonia fra di loro ed in riscontro col regolamento genera-

che gli rese «inerti gli arti e torbide le membra»⁵¹. L'aggravarsi della malattia lo costrinse a ritirarsi dalla magistratura: con regio decreto 2 dicembre 1852 gli fu accordato «il ritiro con la pensione di Giustizia e cogli onori della carica di Consigliere della Corte Suprema»⁵². Scrive il Mascetta sui suoi ultimi giorni:

Ma sfacchito alla fine della persona; assalito da nuovo morbo non men formidabile che da prima, ricevuto tutti i conforti, che la Religione di Gesù Cristo concede a chi muore; dopo avere edificati con la sua rassegnazione gli amici ed i congiunti, che erano accorsi a raccogliere il fiato estremo dell'Uomo venerando, destavasi per sempre all'eterna chiarezza del giorno di Dio, innanzi l'alba del giorno 12 Gennaio 1859; lasciando alla Magistratura un esempio raro e splendidissimo di forza, alla Patria la memoria di benemerito cittadino, alla famiglia il caro nome di Padre⁵³.

2. L'equità alla guida del giudizio. – «La controversia o la lite anima il giudizio, la istruzione la sviluppa: la decisione la tronca: la decisione dunque vien quando la istruzione ha toccato il suo termine. Nella istruzione sono i litiganti che agiscono, è il giudice va in mezzo a loro per proteggere i passi e guidarli per le vie della legge: nella decisione, il giudice si ritira da loro ed indipendentemente ne libra le ragioni»⁵⁴. Con queste parole Nicolini dava stura al saggio Dell'ordinamento dei giudizi e della equità che può certamente definirsi la sua opera più significativa, in quanto espressione dello stato d'animo di una generazione di giuristi che si sforzava di dare una risposta al dibattuto problema di definire i criteri interpretativi da adottare nelle ipotesi di lacuna codicis. Scrive a chiare lettere Nicolini: «La legge non può dare, che regole generali, né in queste distintamente prevedere tutt'i casi che comprende. E né i giudici la voce che le avviluppa, e l'autorità di applicarle a' casi particolari. Così la giurisprudenza, ossia il fatto uniforme dà giudici supplisce al difetto delle leggi. E per ciò i giudici non si possono astenere di giudicare nel silenzio, difetto, od oscurità delle leggi»⁵⁵. Il problema nasceva dal fatto che il Codice per lo Regno⁵⁶ – come in tutti i codici di derivazione francese⁵⁷ – mancasse di una norma

le del processo civile ossia manuale ragionato onde conoscere prontamente tutte, Milano (tip. Marsilio Carrara) 1830. Sull'argomento cfr. G. Alpa, La biblioteca dell'avvocato rivista nell'Ottocento, in *Materiali* (2001), p. 233–257; M.T. Napoli, La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX, I–III, Napoli 1986.

51 Mascetta, *op. cit.*, p. 13.

52 ASNa, Tesoreria Generale, Assienti, f. 1256, n. 138. Sig. Cloridoro Nicolini. La pensione che gli fu riconosciuta fu di ducati 533.33 annui.

53 Mascetta, *op. cit.*, p. 13.

54 Nicolini, Dell'ordinamento dei giudizi e dell'equità, *op. cit.*, p. 3.

55 Ivi, p. 66. Interessante è la nota di riferimento riportata da Nicolini: «Art. 4 Il.cc., art. 200 l. del 29 maggio 1817. Art. 231 l. del 7 giugno 1819. Questi articoli hanno rischiarato le ambagi che venivano dallo scontro delle leggi 12 ff de leg. e 12 cod. de leg.».

56 Sul Codice per lo Regno delle Due Sicilie cfr. R. Feola, Dall'Illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie, Napoli 1977; Mastroberti, Codificazione e giustizia penale, *op. cit.*; Padoa Schioppa, *op. cit.*, p. 495–532; F. Masciari, La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche. 1815–1860, Napoli 2006.

57 Non si trova infatti una disposizione, simile a quella del § 7 del codice civile austriaco, che stabilisce i criteri secondo cui gli operatori del diritto, ed in primo luogo i magistrati, debbano applicare la legge e risolvere, nel caso,

che individuasse i criteri di interpretazione della legge: ciò aveva portato i giudici napoletani ad affrontare e risolvere le ipotesi di silenzio o di oscurità della legge senza regole precise. D'altronde, poiché l'art. 4 del code civil imponeva ai magistrati di giudicare in ogni caso, pena l'incriminazione per il reato di Denegata giustizia⁵⁸, il margine di intervento da parte della giurisprudenza ebbe un naturale ampliamento. In tal senso si espresse in maniera determinante l'opera della scuola esegetica che riconobbe ai giudici un vasto raggio di azione⁵⁹. In particolare il Boileux nel suo Manuale di Diritto Civile riconosceva al giudice, nelle ipotesi di lacuna normativa del codice civile, «la facoltà di supplirvi con la conoscenza del dritto e co' lumi del buon senso»⁶⁰. Nel caso in cui la legge fosse stata oscura, i giudici avrebbero potuto ricorrere all'interpretazione per autorità e, in via sussidiaria, alla interpretazione per dottrina: in mancanza di questi strumenti era legittimato il ricorso «alla ragione e all'equità»⁶¹. Anche il Delvincourt riconosceva che in caso di leggi oscure od insufficienti il giudice poteva supplirvi con «induzioni cavate nelle stesse leggi intorno ad altri oggetti» oppure con l'equità naturale⁶²:

Può sembrare singolare che il giudice sia tenuto di preferire la legge civile all'equità. Per altro ciò è assolutamente necessario [...] onde prevenir l'arbitrio, che tosto s'introdurrebbe nei giudizi. In effetti benché una sia l'equità, non è men vero che il decider la questione se tal cosa sia o no equa dipende dalla coscienza del giudice la quale può ben essere erronea o corrotta⁶³.

l'ipotesi in cui il codice sia muto. Per un confronto sui due modelli rinvio a P. Caroni, Saggi sulla storia delle codificazioni, Milano 1998.

58 Secondo M.A. Cattaneo, Illuminismo e legislazione, Milano 1966, p. 143 s, l'art. 4 del code civil aveva dato luogo ad una duplice interpretazione: quella dell'integrazione giurisprudenziale – secondo cui il giudice doveva giudicare sempre e senza precise regole interpretative – e quella anti-giurisprudenziale di ascendenza illuministica e rivoluzionaria, la quale imponeva al giudice il compimento di un'operazione meramente logica o meccanica di sussunzione del fatto nella legge, quest'ultima accolta dalla c.d. Scuola dell'Esegesi. Ivi, p. 145: «Con l'interpretazione dell'art. 4 data dalla scuola dell'esegesi viene introdotto il dogma della completezza dell'ordinamento, della possibilità di risolvere qualunque caso in base al diritto positivo, trovando la norma entro l'ordinamento stesso». Sull'argomento cfr. Grossi, *op. cit.*

59 Questi argomenti furono oggetto di trattazione da parte di tutti gli esponenti della scuola dell'esegesi – dal Delvincourt al Laurent, dallo Huc al Gény – i quali elaborarono raffinate teorie sull'interpretazione che escludevano un mero cognitivismo ed aprivano larghi varchi alla dottrina e all'equità. J.M. Boileux, Manuale di diritto civile [cur. ed. nap. A. Tosti], I, Napoli 1841, p. 7; C.E. Delvincourt, Corso di diritto civile ... novellamente tradotto dall'ultima edizione francese ed accompagnato dalla nuova giurisprudenza civile del Regno delle Due Sicilie del sig. Pasquale Liberatore, I, Napoli, dai torchi del Tremater 1828, p. 16. Sull'argomento cfr. P. Chiassoni, Scuola dell'Esegesi. Progetto per un "Vademecum" giuridico, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», Anno XXXIII, n. 2, dic. 2003, p. 335–58; Mastroberti, Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*, p. 346 ss, Id., Le Gran Corti Civili, *op. cit.*, p. 87 ss.

60 Boileux, *op. cit.*, p. 7.

61 *Ibidem*: «Se per effetto dell'oscurità della legge è uopo riportarsi all'interpretazione dottrinale, il giudice deve rintracciare l'idea del legislatore sia nell'esposizione de' motivi, sia nelle discussioni al Tribunato e al Corpo Legislativo: mancandogli il primo mezzo, si atterrà alla giurisprudenza; mancandogli entrambi, ricorrere alla ragione e all'equità».

62 Delvincourt, *op. cit.*, 16.

63 *Ibidem*. Specificava l'esegeta che «è giusta in diritto una cosa quando non è contraria alle disposizioni della legge positiva. E' poi equa se conforme alle leggi della morale e della coscienza». Ivi, p. 18.

Il favore manifestato in Francia al ricorso all'equità quale strumento integrativo–interpretativo strettamente legato all'attività giudiziale⁶⁴ fu recepito con successo nei Tribunali del Regno⁶⁵, che finirono per utilizzare tale strumento con grande frequenza, nonostante avrebbe dovuto tutt'al più applicarsi in via esclusivamente sussidiaria⁶⁶. Persino il Catalani – a differenza dell'Agresti che non vedeva di buon occhio il ricorso all'equità⁶⁷ – nella sua raccolta di decisioni indicava l'equità come lumen razionale che consentiva ai giudici sentenziare secondo giustizia in corrispondenza del diritto naturale, riconoscendola quale principale punto di riferimento della giurisprudenza napoletana nell'interpretazione dei casi dubbi⁶⁸.

L'utilizzo troppo esteso dell'equità da parte dei Tribunali del Regno aveva comportato l'abbandono dei ben definiti principi teorizzati dalla scuola dell'esegesi a tutela dell'applicazione di tale metro di giudizio, con la conseguente distorsione del criterio adottato in un disancoraggio delle sentenze da ogni riferimento normativo, sia antico che nuovo, con un maggiore risalto motivazionale al fatto più che al diritto. L'equità si era trasformata in un criterio indefinito, non rispondente a ben individuati passaggi logici e a determinati punti di riferimento legislativi. Si trattava semplicemente di equità soggettiva, ovvero – scrive Mastroberti – di «una sorta di buon

64 Il favore per l'equità ebbe meno successo nei paesi che avevano adottato il modello austriaco, proprio per l'elencazione tassativa degli elementi integrativi, di cui al § 7 (tra i quali, peraltro, non si riscontra l'equità). In altri termini: il modello austriaco privilegiava la dottrina che, attraverso i «principi generali di diritto», teorizzò un nuovo uso del diritto romano creando il sistema pandettistico; il modello del code civil, invece, essendo privo di qualsiasi regola interpretativa ed integrativa, finì per esaltare la giurisprudenza e con essa l'equità nei giudizi. Su questi aspetti cfr. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* [ed. it. U. Santarelli], I, Milano 1980; P. Cappelini, *Sistema iuris. Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, I, Milano 1984; Caroni, *op. cit.*; A. Sciumé, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837–1942)*, Torino 2002.

65 Sulla recezione del modello napoleonico nel Regno vedi anche A. Padoa Schioppa, *Dal codice napoleonico al codice civile del 1942*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano 1994, pp. 923–62; A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, ed. ampliata in *Studi di Storia del Diritto*, III, Milano 2001, pp. 719–53; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002.

66 Sul punto L. De Angelis, *Della molteplicità de' commenti alle leggi e del danno che ne deriva*, in «Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche», 1842 (fasc. V e VI), p. 328 riconobbe una degerazione di interpretazioni difformi determinato dal fatto che «i magistrati, i quali debbono giudicare su testi espressi di legge piegano la medesima ciascuno al proprio sentimento, o a dir meglio al sentimento di autori da essi letti, e quindi si vede ogni giorno nella stessa materia un tribunale giudicare in un modo ed uno in un altro opposto, ed il tribunale medesimo giudicare in un senso ed ora in senso diverso, con grave danno della società che rimane vagante in una giurisprudenza sempre incerta e fluttuante».

67 Michele Agresti aveva più volte puntato il dito contro la «diversità di principj» adottati dalla giurisprudenza nei casi di «silenzio o oscurità dell'atto legislativo». Nella sua analisi tre «metodi suppletori» erano emersi dalla giurisprudenza dell'ultimo ventennio: il ricorso al diritto romano, alle opere di commento degli esegeti francesi e all'equità. Per l'Agresti queste tre strade erano tutte sbagliate e conducevano all'incertezza del diritto. A suo parere i magistrati dovevano rintracciare nei codici i «principj regolatori de' giudizi» – a ben vedere «anche più ampj della serie innumerevole de' casi particolari» – e risolvere in base ad essi le i dubbi. M. Agresti, *Discorso del Cavaliere Agresti, Procurator Generale del Re presso la Gran Corte Civile di Napoli alla pubblica udienza per lo riaprimiento della gran Corte, Napoli Stamperia Francese 1829*, pp. 5–20.

68 V. Catalani, *Manuale di giurisprudenza civile e commerciale o sia repertorio di decisioni scelte della Gran Corte Civile degli Abruzzi*, I, Aquila 1818, p. X: «L'utilità di conoscere qual senso diano i tribunali inappellabili, presso di noi, ad alcune leggi o dubbie od oscure; qual metodo seguano essi nell'applicare la legge ai casi simili; quai ragionamenti si impieghino per fare discendere la decisione dai principi generali della materia; quai mezzi adottino per non discompagnare l'equità dalla giustizia, e qual contegno osservino nell'adattare leggi compilate oltremonte, ai costumi ed agli usi Napoletani».

sensu o di opinione delle Corti in massima parte svincolata dalla legge»⁶⁹. Insomma il plastico criterio dell'equità che avrebbe consentito ai giudici di ragionare sul fatto attraverso il diritto, aveva ceduto il passo ad un arbitrario utilizzo dello strumento del "buon senso" attraverso il quale cercare la risoluzione del caso. Questo metodo di giudizio non potè che destare allarme nei giudici della Corte Suprema di Giustizia di Napoli che intesero colpire il ricorso all'equità indeterminata, «sovversiva di ogni principio di ragione e di legge»⁷⁰ che aveva generato pronunce prive di meditata riflessione giuridica: furono così cassate tutte quelle decisioni che avevano «offeso la legge» per «manifesta infrazione ai principi di diritto»⁷¹ o che risultarono prive di «veruna ragione»⁷².

In tale contesto Cloridoro Nicolini, all'epoca giudice della Gran Corte Civile di Trani che era stata più volte censurata dalla Corte Suprema di Giustizia con le accuse di «fallo motivazionale» e di leggerezza di giudizio per decisioni erronee «sfornite di conveniente motivazione»⁷³, sentì il dovere di dedicare un approfondito studio al problema dell'equità. L'opera è strutturata in più parti, rispettivamente intitolate Delle conclusioni, in cui sono commentate le norme procedurali che definiscono il momento in cui possa dirsi terminata l'istruttoria della causa e passata in grado di decisione⁷⁴; Dell'ordine delle udienze, in cui riprende e perfeziona la tratta-

69 F. Mastroberti, La Gran Corte Civile di Napoli, in Aa.Vv., Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno, *op. cit.*, p. 141: «Essa si differenzia dall'equità indicata dagli autori francesi come criterio interpretativo suppletivo poiché, oltre ad apparire del tutto indeterminata nei suoi contenuti, non viene neppure nominata nelle sentenze. Possiamo definirla equità soggettiva in quanto legata alle personali convinzioni dei giudici, alla loro preparazione e alla loro sensibilità ma svincolata da criteri oggettivi: essa è rinvenibile in tutte le moltissime sentenze le cui motivazioni non richiamano precisi articoli di legge su questioni di diritto».

70 Corte Suprema di Giustizia, 24 novembre 1855, controv. Veris e della Ratta, rel. Caracciolo, PM Falconi. Si legge nella sentenza di annullamento la decisione della Gran Corte Civile di Trani del 16 giugno 1854: «E mentre la corte non dubita di non essere stato Veris soddisfatto, nulladimeno, sotto specie di equità, sovversiva di ogni principio di ragione e di legge, mette in sofferenza il suo diritto di credito, lo rinvia, a malgrado di lui, ad un giudizio di graduazione da essa stessa riguardato di probabile risultamento, sconosce l'elemento vitale del diritto di credito di essere il patrimonio del debitore la comune garanzia dei suoi creditori, attraversandogli il diritto non meno prezioso di rivolgersi contro del terzo possessore dell'immobile specialmente ipotecato, il quale non potendo opporre alcuna delle cause estintive dell'ipoteca noverate dall'art. 2074 leg. civ., non aveva che l'alternativa di pagare il debito o rilasciare il fondo». Giurisprudenza ossia raccolta delle decisioni emesse dalla Corte Suprema di Giustizia in Napoli pubblicate da Ferdinando Albisinni, vol. XII, da agosto 1854 a dicembre 1855, Napoli: stamperia del Fibreno 1859, pp. 355–356.

71 Corte Suprema di Giustizia, sentenza del 18 agosto 1850, controv. Petriagnani e Monastero de' Domenicani di Trani, rel. Niutta, PM Falcone. Annullamento della decisione della Gran Corte Civile di Trani del 20 giugno 1849. Si legge in sentenza: «Che bene a ragione quindi gli eredi di Nicola Petriagnani hanno denunziato alla censura di questa C.S. la decisione che siffattamente ha offeso la legge». Giurisprudenza civile ossia raccolta con ordine cronologico delle decisioni della Corte Suprema di Giustizia di Napoli pubblicate da F. Albisinni, vol. IX dal luglio 1850 al 1851, Napoli stamperia del Fibreno 1854, pp. 55–57.

72 Corte Suprema di Giustizia, sentenza del 5 aprile 1851, controv. Viti e Griffi, rel. De Tommaso, PM Falcone. Annullamento della decisione della Gran Corte Civile di Trani del 7 gennaio 1846. Ivi, pp. 310–311.

73 Corte Suprema di Giustizia, 11 agosto 1842, controv. Accetto e Morla, rel. Francia, PM del Giudice. Giurisprudenza civile ossia raccolta con ordine cronologico delle decisioni emesse dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli dal 1843 al 1844 pubblicate da Ernesto Lancellotti, vol. IV parte VI, Napoli 1864, pp. 169–172; Corte Suprema di Giustizia, 11 luglio 1844, controv. Negri, Ventura, Albrizio, d'Addato ed altri, rel. De Muro, PM del Giudice. Ivi, pp. 297–298; Corte Suprema di Giustizia, 21 novembre 1844, controv. Martini, Arcello e altri, rel. Cacace, PM del Giudice. Ivi, pp. 440–451.

74 Una prima parte dell'opera è dedicata ad una dettagliata disamina dei termini dell'istruzione al fine di individuare quando la causa sia in «istato da poter essere decisa». Ogni giudizio – spiega Nicolini (Dell'ordinamento dei giu-

zione dell'argomento della pubblicità⁷⁵ e della solennità delle forme degli atti⁷⁶, già oggetto di un suo precedente saggio⁷⁷; Degli Informi, che l'autore definisce essere «in contraddizione colla legge, che comanda la pubblica discussione; e sovvertono il più bel fine, ed ogni buon effetto dell'una e dell'altra»⁷⁸; Del termine dato alla discussione de' giudici⁷⁹, in cui sono affrontati tre argomenti: il luogo della deliberazione, il tempo nel quale si deve deliberare e la connessione tra l'ufficio dei difensori e quello del giudice. L'ultima e più corposa parte del saggio è intitolata appunto Della equità:

È veramente strano, che sotto lo impero delle nuove leggi siavi ancora chi presuma di richiare in uso la equità del pretore e del sacro regio consiglio. E non la è meno la opinione di coloro, che per raffrenarla vorrebbero bandire lo studio delle leggi e degli usi antichi. La equità non può essere mai scompagnata dalla giustizia. E la giustizia civile non può essere conosciuta né sviluppata, finché manca la scienza delle leggi. La quale non è dato sperare a chi non sappia la origine e la occasione di esse; e non conosca la mente e la ragione del legislatore⁸⁰.

A tale premessa segue l'enunciazione dell'obiettivo che Nicolini si è proposto di raggiungere: «a dileguare tanti errori è giocoforza dimostrar prima, che sia la equità considerata in se stessa; che per lo suo oggetto: che per li suoi effetti: e chi possa, e come possa usarne»⁸¹. Il punto di partenza è costituito dal significato della parola *aequitas* che corrisponde ad uguaglianza, mentre la «significazione traslata è discretezza»⁸². L'azione dell'equità è quindi diretta ad «aggiugliare le diseuguaglianze», prendendo «capo» dalle leggi di natura⁸³:

dizi e dell'equità, *op. cit.*, p. 6) – si apre «colla lettura delle conclusioni, indi si passa alle aringhe, e poi alla segreta discussione de' giudici».

75 Ivi, p. 59: «E poiché degli atti civili il più solenne ed il più pericoloso è il giudizio, la pubblicità ne dev'essere la più ampia, e la più ordinata. Quindi, anche quando si volesse far trionfare lo errore, che i giudizi sieno instituiti nel solo interesse delle parti contendenti, questo errore non influirebbe contro la pubblicità di essi».

76 Ivi, p. 65: «E tanto è generale lo interesse delle forme de' giudizi, tanto son esse inviolabili, che la corte suprema è instituita per conservarne la integrità, e per richiamare i giudici all'osservanza di esse; e mentre i suoi arresti non nuocciono, né giovano, che a' litiganti, essa non agisce che nello interesse della legge; ossia nello interesse generale della società. Ma la corte suprema più col fatto, ch'è nello esattissimo esequimento ed uso delle forme, esercita il suo sublime ufizio; ch'è lo esempio vale più delle parole».

77 Nicolini, Della importanza ne' giudizi della esatta osservanza delle forme, *cit.*

78 Id., Dell'ordinamento dei giudizi e dell'equità, *op. cit.*, p. 77: «Essi offendono, o danno rischio alla dignità del magistrato; ne lo privano del miglior tempo utile a' suoi studi; aprono la via a tutti gl'intrigamenti del basso foro. Eppure va tant'oltre la impudenza, che si giunge sino a maledire il giudice, quando non ascolta da solo a solo ciascun avvocato, o che ne comunica il ragionamento o le memorie al contraddittore».

79 Ivi, p. 88: «E' principio regolatore di tutt'i giudizi dio qualunque grado essi sieno, che la deliberazione de' giudici deve seguire immediatamente le conchiusioni delle parti. Ne svilupperemo la ragione, che sarà rilevata più forte nelle sue eccezioni. Indi vedremo se questo principio convenga pure a' compromessi».

80 Ivi, p. 169.

81 Ivi, p. 171.

82 Ivi, p. 172: «Questa però non fa, che rilevare il modo, onde la equità sia messa in azione, per dare lo equilibrio alle umane cose. Così l'equità, per dar ordine alle società civili con prudente consiglio le umane diseuguaglianze aggiuglia».

83 Ivi, p. 173: «Quest'azione aggiugliatrice pertanto, comechè prenda capo dalle leggi di natura, non può corrispondere perfettamente ad esse; né gl'individui che sono in una società qualunque riuniti possono mai sperare di essere rispettivamente considerati eguali, tolta questa voce nella sua significazione generica ed assoluta; onde

La equità dunque considerata in atto, è quella che serve all'azione della giustizia, sia che statuisca, sia che conservi i rapporti mutui dè cittadini. La quale, sebbene non cangi mai di fine, può cangiar di forza di estensione, e di effetto, a riguardo della mente e della mano che la muove; o del campo nel quale è mossa. Quindi contrapporre la equità naturale allo impero d'una legislazione completamente rinnovata, è, per lo meno un errore perniziosissimo⁸⁴.

L'argomento viene subito focalizzato sull'attività dei magistrati, ai quali «non è commessa, che la tutela (delle leggi), costoro non possono se non custodirne la inviolabilità; eseguirle e farle eseguire esattamente. Così giurava ciascuno nello ingresso allo esercizio della sua carica: così deve e non altrimenti agire»⁸⁵. Su tale assunto Nicolini denunciava l'arbitrio dei giudici che si appellavano alla «libera equità» di romana memoria⁸⁶ per giudicare secondo l'impulso di quella giustizia che sentivano nel proprio cuore, senza riguardo dei regolamenti e delle leggi «civili e di procedura»: il travolgimento delle leggi avrebbe provocato il favore per una parte a danno dell'altra⁸⁷. Una sentenza invece per essere equa doveva essere giusta ossia in accordo con i modi, le forme e nel tempo stabiliti dalla legge⁸⁸. Ed ecco perché la

la necessità di una conveniente discretezza. Imponerchè la natura è la prima, che costituisce fra di loro disuguaglianze tali, onde niuno può presumere di vivere isolatamente senza del soccorso altrui. Di qui il principio della unità del corpo sociale, di qui la necessità del reggimento di una Podestà indipendentemente superiore. Quindi parlare di uguaglianza assoluta, è follia, tanto nello stato ipotetico di natura, che nello stato reale della società. La uguaglianza naturale consisterebbe nella conservazione delle facoltà concesse a ciascuno sotto lo impero della ragione. Questa però impone a ciascuno il mutuo soccorso. La uguaglianza civile è nella conservazione di quei dritti compartiti dalle leggi civili da quella Autorità suprema che combatte i soprusi e gli arbitrii; ed affrena le violenze».

84 Ivi, p. 176. Nicolini spiega che l'azione dell'equità è diversa in «forza ed estensione» a seconda che venga messa in movimento dal legislatore o dai giudici. Infatti – spiega Nicolini in un passo di evidente influenza montesquieviana – la legge per essere equa deve essere animata dagli «altissimi principi della sacrosanta religione rivelata da Dio, la quale ci svela chiaramente quelli dell'ordine di natura, e dà la base più salda e sicura allo inalzamento della società; e la unisce in un nodo forte e indissolubile. Indi nello sviluppo delle regole di natura, conviene aver riguardo alla indole, al costume, al commercio del popolo; ed alla terra ed al clima ove convive, senza però di deviare da quei principi primi. Considerando le leggi precedenti a questi riguardi, rebus ipsis dictantibus, ne viene la necessità, e la utilità del cambiamento. Quindi non tutte le leggi di un regno possono convenire al reggimento di un altro: e quello del regno stesso possono andar soggette a modificazioni, secondo che la civiltà progredisce o degrada; o il tempo e nuovi avvenimenti discoprono nuovi bisogni. Tutte queste considerazioni sono nel campo del Legislatore, non in quello dei giudici; ed il Legislatore può dal fatto di loro cogliere la occasione, ed anche l'òa materia per ricomporre, o comporre i suoi istituti».

85 Ivi, p. 179. Nicolini richiama in nota il «R. decr. del 17 di luglio 1815, art. 1001 e seg. del reg. di discipl.».

86 Ivi, p. 197: «Essi gridano e gracchiano: summum jus, summa injuria! Non est de apicibus juris disputandum! Ubi aequitas evidens poscit subveniendum est! ... Questi e più altri dettati van carpando dalla scuola romana per elevarli a principii immutabili di ogni giurisprudenza; ed a baluardi inespugnabili dello arbitrio dei giudici». Nicolini chiarisce che l'equità di cui sta trattando doveva considerarsi diversa da quella del Pretore romano (che definisce un «Legista di fatto» in quanto la sua equità era «più creatrice che esecutrice») o del Sacro Regio Consiglio (che imitava l'arbitrio dei Pretori sotto al «coperchio dell'equità») che fu diffusa in tutti i tribunali del regno. Infatti le leggi erano state ricomposte e riordinate, e «questo fatto sovrano richiama i giudici fra i confini della loro istituzione, e rende questi inviolabili. Tanto ciò è vero, che il nostro Legislatore ha cangiato non solo il nome dei collegi che sono succeduti al sacro-consiglio; ma anche i titoli di coloro che li compongono: ed ha pure aboliti quegli usi di giudicare».

87 Ivi, p. 181: «Or questo è un sopruso, una ingiuria, una iniquità, che scompongono, discorda e rovescia l'armonia, e l'ordine sociale».

88 *Ibidem*: «Pianga dunque il cuore del giudice, pianga la sorte di chi gli sembra infelice, lo soccorra col suo denaro, e così acquisterà merito e gloria; ma non disponga per ciò di quello che non è suo; che in cambio ne avrà opprobrio, e rimorsi assai gravi e pungenti».

equità dei giudici doveva definirsi esecutrice rispetto all'equità creatrice del legislatore: diversa era infatti l'azione dell'architetto che disegna e regola la costruzione di un edificio dall'opera di «coloro che, degradato, lo riparano, per conservarlo o restituirlo allo stato primiero»⁸⁹.

In fatti tutte le leggi romane che parlano di equità, o la indicano come la origine di qualche disposizione del Principe e del Pretore, quando deviano dal rigore del dritto; o come norma de' giudizi detti arbitrarii; o la danno come regola d'interpretazione. Della prima non possono i giudici far uso, perché non sono Legislatori, né hanno l'autorità de' Pretori: e meno dell'altra, perché delle azioni arbitrarie è abolito anche il nome, e gli arbitri stessi debbon ora seguire le medesime norme, che son prescritte ai giudici ordinarii, con quelle modificazioni che possono esser determinate dalle sole parti. Non resta dunque al giudice, che la interpretazione⁹⁰.

Cosa significava interpretazione? E quale era, quindi, il raggio di azione del magistrato a cui competeva esclusivamente di eseguire la legge? Nicolini afferma che «intepretare vale lo stesso che sviluppare ed esporre coin chiarezza ciò che pare oscuro; e render certo quel che dubbio ci mostra»⁹¹. Nei giudizi, pertanto, l'oggetto della interpretazione doveva essere ciò che veniva in contestazione: «il fatto, la legge; e l'oggetto di essa, quello di dare un utile effetto alla legge, ed agli atti privati»⁹². Solo quando le parole della legge non corrispondessero al suo contesto, o non si «piegassero» allo scioglimento della controversia, allora sarebbe stato necessario ricorrere alla interpretazione attraverso l'investigazione dei principi generali del diritto o delle ragioni proprie sottoposte alle singole norme⁹³. E per ben applicare la norma occorreva un'esatta conoscenza del fatto oggetto della lite, per evitare che «chiappandosene a caso una questione si va inconsideratamente alla discussione di qualche principio generale del dritto, volando quanto più altamente si possa, da non poterne più vedere il rapporto colla causa»⁹⁴. In questo modo il giudice avreb-

89 Ivi, p. 182.

90 Ivi, p. 198.

91 *Ibidem*

92 *Ibidem*: «Il dritto giustiniano permetteva ai giudici il soccorso della equità, quando il caso che ne voleva essere difinito, non era abbastanza chiaro, o non lo era il suo rapporto colla legge; e quando le leggi che lo prevedevano erano in qualche contraddizione fra di esse. Che se il fatto non avesse presentato alcun equivoco, quanto a sé, né quanto al suo riguardo colle leggi; o queste non lo avessero affatto previsto; o il dubbio di dritto fosse stato sciolto da costante ed inveterata giurisprudenza, la sola Potestà suprema poteva supplirne il difetto, e temerarne il rigore colla giustizia e colla equità tutta sua. [...] Quindi tutte le leggi, che parlano di equità debbono essere coordinate a queste disposizioni generali ed assolute».

93 Ivi, p. 203: «Che se il dritto venisse da un atto delle parti, pria di discutere la legge dalla quale si vorrebbe la garanzia, convien vedere, se il fatto sia tale da meritarsela. E' un principio di giustizia e di equità, che i patti debbono essere osservati. Questo principio però non conviene ai patti inonesti, a' patti sovvertitori dell'ordine pubblico. In questi casi non est disputandum de apicibus juris, ossia di quel solo principio generale onde deriva il dritto, disgiunto dall'altro che ne determina il confine: perché ne mancherebbe l'oggetto ed il soggetto».

94 Ivi, p. 205. Se ciò fosse accaduto sarebbe stato un «volo assai vano e pericoloso! Così non s'imbercia il segno; così non si scioglie il nodo, né si diffinisce la lite; ma o si piglian farfalle col palestro o ridotta la pubblica udienza ad un oscuro campo di castelli in aria si corre a combattere all'impazzata, tirando a vanvera nel buio. [...] Il fatto anima le disputazioni, il fatto può variar tanto, quanto variabili ne sono le circostanze: il fatto quindi vuol essere

be potuto cogliere il «vero senso della legge nello applicarlo alla spicciolata a casi individui», e «supplire ad essa ove non provvede»⁹⁵. L'operazione non sarebbe stata semplice, ma avrebbe richiesto una complessa articolazione: occorreva esaminare la legge nelle sue parti unite e disgiunte, poi considerarla nel suo complesso e cercare gradatamente i principi che ne derivavano⁹⁶.

Dunque allora il giudice può ricorrere alla equità naturale, quando lo articolo che vuol essere interpretato viene direttamente dal dritto di natura, ed è di accordo colla utilità civile; o quando il caso che vuol essere difinito, non sia affatto previsto, né compreso nè principi regolatori della specie, o del genere cui appartiene, né sia risoluto da una costante giurisprudenza. Studio tanto difficile e severo, per quanto è certamente utile. Il campo d'esso è immenso: né ci è ammesso chi non abbia molta conoscenza degli uomini e delle cose; e chi non sappia trarre profitto dagli errori altrui⁹⁷.

Rendere pratiche queste indicazioni – che sottoponevano il ricorso all'equità a strette condizioni – avrebbe richiesto grande capacità del magistrato di utilizzare gli strumenti del diritto. E soprattutto occorreva avere una buona formazione sui testi dell'antico diritto, la cui mancata conoscenza avrebbe comportato la diffusione di errori «più ignoti e perniziosi; ma di un conio tutto proprio. Così gli errori non si emendano; ed invece di dar motivi agli emendamenti, si convertono in regolatori delle umane opinioni»⁹⁸.

Tolga Iddio ogni fatale occasione che indebolisca o perda le scuole dell'antico diritto! Di quella scienza positiva che ha data la base ed il principio alla legislazione di pressoché tutte le nazioni incivilite! Allora sì che torneremmo precipitosamente nella notte della barbarie: ed i nostri posterì, per riveder la luce della civile sapienza, e tornare là donde noi partiremmo, avrian bisogno del soccorso di più secoli, e della esperienza e del sublime ingegno di uomini più forti di coloro, i quali diedero mano al risorgimento delle lettere e delle scienze⁹⁹.

Il diritto romano doveva quindi costituire una imprescindibile base per la formazione del magistrato, che avrebbe dovuto addentrarsi nella scienza legale fino alle sue più riposte ragioni. Scrive Mascetta nel suo Elogio a Nicolini: «Egli andava ripetendo che la superficialità è la peste del foro; e che in certa guisa essa è più bia-

dal giudice direttamente letto e studiato. [...] Discusso con dignità, e stabilito il fatto qual è, e visto da quale parte, da quale circostanza sorga la quistione, si passa a considerarlo nel rapporto del dritto».

95 Ivi, p. 243.

96 Ivi, p. 244: «Altrimenti facendosi, si torbiderebbe, si rovescerebbe, si censurerebbe, anzi che interpretare la legge».

97 Ivi, p. 245: «Gli errori in fatti danno la occasione alla pubblicazione, alla modificazione od alla abolizione delle leggi. Quindi dalla conoscenza degli errori si possono rilevare i motivi, e da questi la forza e la estensione delle leggi innovatrici o in tutto nuove».

98 Ivi, p. 246.

99 *Ibidem*

simevole che la stessa ignoranza»¹⁰⁰. Le leggi antiche non avrebbero dovuto però – almeno in linea di principio – essere utilizzate in sede di giudizio: una sentenza sarebbe stata giusta solo se conforme alla legge. Il giudice quindi avrebbe dovuto confidare «il suo cuore» al «freno» della legge¹⁰¹, ed utilizzare l'equità civile per produrre un giudizio «fermo» contro gli assalti e gli urti delle «cavillazioni, delle malignazioni, e della folle ira»¹⁰².

3. Dalla teoria alla pratica: l'equità nelle sentenze della Gran Corte Civile di Trani. – È opportuno a questo punto domandarsi quale incidenza ebbe sullo *stylus iudicandi* delle sentenze l'approdo di Nicolini nel 1837 al collegio della Gran Corte Civile di Trani¹⁰³, che – come si è detto – aveva subito non poche censure dalla Corte Suprema di Giustizia con l'accusa di leggerezza di giudizio¹⁰⁴. Tale indagine assume particolare rilievo ove si consideri che Trani costituì per Nicolini un'importante ritorno alla funzione giudicante – durata poco più di un lustro¹⁰⁵ – nel suo *cursus* professionale quasi esclusivo di procuratore del Re¹⁰⁶: il prodigarsi nel mettere in pratica gli studi sull'equità nella redazione delle sentenze presso la Corte pugliese costituì probabilmente il viatico per la pubblicazione del suo saggio, che racchiuse tra l'altro anche massime di esperienza maturata in campo giudiziario.

100 Mascetta, *op. cit.*, p. 8: «E' per vero l'ignoranza, conscia di se stessa, non esce in campo a pretendere ed a gridare contro il merito vero. Ma la superficialità è sempre tronfia arrogante, superba».

101 Nicolini, *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità*, *op. cit.*, p. 250: «Così la giustizia gli coprirà il petto di una impenetrabile corazza, che ritorca e respinga quelle armi insidiose ed aguzze ch'ogni lorica smagliano. Indi vivamente incorato da puro e divino zelo, volga la sua mente al diligente studio della contestazione, tanto per la precisa conoscenza del fatto, che per lo rinvenimento del rapporto d'esso colla ragione civile. Allora solo potrà produrre quel giudizio fermo, che potrà imporgli sul capo un elmo glorioso, onde proviene tutta la forza morale, che è più potente d'ogni altra. Allora quella equità civile, che animava la giustizia, gli armerà il braccio di uno scudo inespugnabile contro gli assalti e gli urti delle cavillazioni, delle malignazioni, e della folle ira».

102 Ivi, p. 251: «Che se la equità adottata dal giudice fosse tutt'altra. Che la equità animatrice delle leggi, il capo ne resterebbe scoperto e vacillante, il petto schifamente inferno ed ignudo, ed il braccio dolorosamente aggravato di uno scudo composto di materie pesanti sì; ma tanto fragili e fetide, quanto quelle della equità fusa nel conio dello arbitrio».

103 Nel 1837 la Corte di Trani si trovava priva di presidenza. Dopo un periodo di *vacatio* (1836–1838) successivo alla presidenza Ferrari – durante il quale le funzioni di presidente furono affidate al decano Vincenzino Spinelli – la nomina ricadde nel 1839 sul siciliano Paolino Nicastro. Gli altri membri del collegio con cui Nicolini si trovò ad operare erano Antonio di Filippo, Carlo del Pozzo, Gennaro Minervini, Filippo Morelli e Pasquale Perrone. L'incarico di procuratore generale del Re era affidato a Paquale Jannaccone.

104 Se nei primi anni di attività la Corte di Trani aveva ancorato la risoluzione dei casi dubbi o di difficile individuazione della norma da applicare al diritto romano, dopo l'emanazione del Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie per i reali dominj al di qua' del faro del 1828 il richiamo alla compilazione giustiniana andò scemando. Si diffuse invece la prassi di richiamare i precedenti giurisprudenziali – in assenza di massimari delle sentenze dei Tribunali del Regno – ricercati nelle traduzioni delle opere giuridiche francesi che sul finire degli anni venti ebbero notevole diffusione nel Regno e nelle quali i curatori italiani ponevano a confronto la giurisprudenza del Regno. Tra queste ricordo le traduzioni di Pasquale Liberatore delle opere di Delvincourt, Duranton, Sirey e Grenier, il repertorio di giurisprudenza di Merlin dato alle stampe da Filippo Carrillo, il giornale delle udienze della Corte di Cassazione e delle Corti Reali del Dalloz pubblicato dall'avv. Gennaro Paduano. Tale tendenza volta ad aggrapparsi alla giurisprudenza francese piuttosto che al diritto romano – in palese violazione del Regolamento del 1828 – era già stata manifestata dalla Gran Corte Civile di Napoli, i cui influssi furono importati in Trani da avvocati e magistrati (tra cui Carlo Del Pozzo) che in quella sede avevano avuto precedente esperienza. Sul punto rinvio a Vinci, La Gran Corte Civile residente in Trani, *op. cit.*, p. 224 ss.

105 Nel 1845 infatti Nicolini era già Presidente del Consiglio Generale di Abruzzo citeriore.

106 Come si è detto innanzi, dopo la reimmersione nei ranghi della magistratura del 1831, Nicolini era stato procuratore del Re presso il Tribunale del Molise. Dopo Trani aveva invece ricoperto l'incarico di presidente del Consiglio Generale della Provincia di Abruzzo citeriore e poi di nuovo Procuratore presso al Gran Corte Civile di Napoli.

Con il contributo di un magistrato di questo calibro, la Corte di Trani – che fino ad allora aveva ancorato le sue decisioni per lo più al diritto romano o alla giurisprudenza francese¹⁰⁷ – pose subito mano ad un nuovo metodo per risolvere le questioni dubbie sottoposte al suo giudizio, che richiamava i severi criteri di equità professati nel saggio di Nicolini, come risulta evidente dalle motivazioni delle pronunce prese in esame¹⁰⁸. Infatti nelle ipotesi di difficile applicazione della legge, si è potuto riscontrare da parte del collegio un particolare sforzo teso a ricercare la ratio celata dietro ogni norma da applicare e i principi generali del diritto ricavabili nello stesso codice: l'operazione veniva effettuata attraverso una dettagliata scomposizione e ricomposizione del caso in esame che permetteva un'approfondita conoscenza della questione giuridica da affrontare.

Bastino alcuni esempi. Nella sentenza n. 182 del 2 maggio 1838 la Corte di Trani fu chiamata a pronunciarsi sulla validità di alcuni atti inter vivos e di un testamento posti in essere da un soggetto ritenuto demente¹⁰⁹. La difficile applicazione delle norme codicistiche sull'accertamento dello stato di demenza del «trapassato»¹¹⁰, richiedeva un'attenta valutazione che la legge aveva affidato «al depositario della bilancia di Astrea; al magistrato sagace ed imparziale»¹¹¹. Occorreva insomma adoperare lo strumento dell'equità esecutrice al fine di scandagliare il «vero senso della legge»¹¹² e comprenderne la ratio. Prima di tutto era necessario circoscrivere il perimetro di indagine: nel caso di interdizione del defunto il collegio ritenne fosse permesso soltanto allegare e dimostrare la demenza, e non già lo stato di imbecillità o di furioso riservato esclusivamente all'amministrazione ed agli altri atti in vita¹¹³. A tale scopo una corretta interpretazione degli artt. 817 e 412 ll.cc. consentiva di af-

107 Sul punto rinvio a Vinci, *Il codice latino romano*, *op. cit.*; *Id.*, *La Gran Corte Civile residente in Trani*, *cit.*

108 La ricerca sulla giurisprudenza di Trani è stata svolta nell'ambito del PRIN 2007 – responsabile nazionale Mario Ascheri – cofinanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica sul tema *La giurisprudenza delle Gran Corti Civili del Regno delle Due Sicilie*.

109 ASBa – sez. Trani, *Gran corte civile*, vol. 69, *Il foglio di udienza dell'anno 1838 (apr.–lug.)*, fol. 140r. Sentenza n. 182 del 2 maggio 1838 iscritta al n. 9331 R.G. Le parti erano: Giuseppe, Antonio, Oronzo, Antonio, Vincenzo, Pasquale e Salvatore Spagnolo appellanti ed appellati; coniugi Rosa Calabrese e Luigi Provenzano, appellati; coniugi Maria Lucia Pagliara e Evangelista Zecca, appellati.

110 Vista l'importanza di un «passo così forte» il legislatore aveva previsto delle «forti guarentigie»: gli artt. 413 e 414 limitavano la proposizione della domanda di interdizione al coniuge, ai parenti o, in difetto, al regio procuratore; l'art. 417 vietava lo «sperimento» senza l'approvazione del consiglio di famiglia; l'art. 419 imponeva al Tribunale il necessario interrogatorio dell'interdicendo. *Ivi*, fol. 143v.

111 *Ivi*, fol. 144v: «In tal caso versasi, poichè, introdottosi il giudizio d'interdizione contro Vito Spagnolo dalla sua nuova vedova Calabrese nel 24 settembre 1834 ed ordinatosi il Consiglio di Famiglia con sentenza, lo stesso non fu mai da lei eseguito (lacchè è manchevole) per quindici mesi fino alla morte di Vito al 2 dicembre 1835, e non pria del 1836. Ella di unità ai sig. Pagliara spinse l'azione di nullità di quelli tre suaccennati di lui atti, col corredo della sola prova testimoniale».

112 Nicolini, *Dell'ordinamento dei giudizi*, *op. cit.*, p. 243.

113 Sentenza n. 182 del 2 maggio 1838, *op. cit.*, fol. 145r. Sul punto la Corte si imbatte in una dotta analisi dei vari stati di aberrazione dell'uomo: quello del maniaco o furioso, soggetto ad una temporanea violenta esaltazione di spirito, lasciando pure dei lunghi intervalli di «sana luce» e quello del mentecatto, basato sulla privazione di ogni facoltà intellettuale «senza risorta», chiamati appunto «perpetuo morbo laborantes». Tali «elementari assiomi» permettevano di escludere l'imbecillità, cosa diversa dalla demenza, «in riguardo alla facoltà di testare». Pertanto la differenza tra imbecillità e demenza rilevava solo per «distinzioni fisiologiche, non già per le conseguenze di Legge, onde stabilirvi una interdizione».

fermare il principio secondo cui per disporre bisognava essere sani di mente e che la facoltà di interdire l'amministrazione dei beni spettasse all'imbecille, al demente o al furioso anche se tale stato offriva lucidi intervalli¹¹⁴. Infine l'art. 427 ll.cc. prevedeva che per invalidare gli atti compiuti in vita sarebbe stata necessaria la dimostrazione della demenza. Bisognava quindi appurare quale fosse lo stato psichico di Vito Spagnolo all'epoca in cui furono redatti i tre atti impugnati¹¹⁵. Ritenne la Corte che «fra gli opposti risultamenti» delle prove e controprove raccolte¹¹⁶, quasi tutti i testimoni, «i maggiori di ogni eccezione e ragguardevoli», dichiararono che Vito Spagnolo attraverso il suo carattere gioviale e scherzevole, conservò fino alla morte «il suo retto pensare, la sua sana mente ed una chiara memoria delle più remote cose di sua vita anteatta»¹¹⁷.

Una delle materie in cui lo strumento dell'equità poté trovare largo spazio fu quella della separazione tra coniugi e del divorzio, su cui la codificazione aveva inciso in modo radicale. In particolare la promulgazione del 22 ottobre 1808 nel Regno del codice civile francese subì inizialmente la sospensione del titolo sul divorzio, che trovò ingresso con un nuovo decreto del 22 dicembre dello stesso anno fino alla sua abrogazione disposta da Ferdinando IV di Borbone il 13 giugno 1815¹¹⁸. La soppressione degli articoli sul divorzio lasciò infatti aperta una sconfinata materia di contese, soprattutto inerenti ai molteplici aspetti dei rapporti precedenti o nascenti dal vincolo matrimoniale. Richiamo a tal proposito la sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838¹¹⁹ avente ad oggetto la validità della richiesta di separazione personale motivata con l'infrazione ad un coniuge della pena infamante derivante da un giudicato emesso «sotto l'abolito codice»¹²⁰. Rilevava la Corte che secondo le leggi previgenti la condanna a pena infamante¹²¹ era causa impugnabile di divorzio, non più previ-

114 *Ibidem*: «Già trassi a convenire che nelle due espressioni comprendersi debba un solo stato fra principio e compimento, al quale ultimo stadio è attaccato il divieto a disporre. Non è d'altronde concepibile, senza una oscitanza di redazione, come si attribuiscono i lucidi intervalli alla imbecillità e demenza! Sarebbe lo stesso che credere suscettivo di colori il nero, che ne è la privazione!»

115 Si trattava del testamento per atto pubblico del 17 settembre 1834; della donazione del 24 detto mese; e dell'instrumento di dichiarazione e quietanza del 27 settembre 1835. Ivi, fol. 140r.

116 Ivi, fol. 147v: «La fattispecie offre la prova degli attori Pagliara e Calabrese con ottantaquattro testimoni e quella dei convenuti cinque fratelli Spagnolo con cinquantuno testimoni ed anche per tabulas».

117 Ivi, fol. 151v: «Meritano alcerto tutta la fede parecchi graduati Ecclesiastici, più galantuomini di distinta fama, e precisamente il degnissimo suo confessore che lo assiste fino agli ultimi periodi di sua vita. Lungi perciò qualunque sognata o architettata idea di demenza nel defunto Spagnolo, i suoi tre solenni pubblici atti, annullati da' primi Giudici, non sono addentabili nella loro validità per questo capo».

118 Sull'argomento cfr. P. Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1970, p. 38.

119 ASBa – sez. Trani, Gran corte civile, vol. 68, Il foglio di udienza dell'anno 1838 (gen. – mar.), fol. 84r–89 r. Sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838 iscritta al n. 9474 R.G. tra Luigi Massa curatore dell'interdetto Giovanni Battista Massa, appellante e Maria de Tommasi, appellata.

120 Il riferimento è al codice penale francese tradotto e promulgato nel Regno il 23 aprile del 1812.

121 Si legge in sentenza, *op. cit.*, fol. 84v: «Era fra le pene di tal carattere quella de' lavori forzati a vita come è scritto nell'articolo settimo dello già Codice Penale». L'art. 7 del Codice penale francese prevedeva infatti che le pene afflittive ed infamanti erano la morte, i lavori forzati perpetui, la deportazione, i lavori forzati a tempo, la reclusione: a queste poteva aggiungersi la pena del marchio e della confiscazione penale, quando ciò era stabilito dalla legge. Codice penale tradotto d'ordine di Sua Maestà il Re delle Due Sicilie, per uso de' suoi stati. Seconda edizione riveduta e corretta ed annotata d'una tavola analitica e d'un indice, Napoli, Fonderia reale e Stamperia della Segreteria di Stato, 1813.

sto dalle vigenti leggi che «a venerazione di precetti di nostra Santa Religione» prevedevano soltanto la separazione personale¹²². Ed ancora «nelle novelle Leggi del 1 settembre 1819 il Filantropo Legislatore dichiarò che niuna pena era più infamante, ma che la infamia nascente dalla natura del reato colpiva il solo delinquente, senza trasfonderne la macchia»¹²³. Infatti contrariamente a quanto previsto dall'art. 6 del codice francese in vigore nel Regno a partire dal 1812¹²⁴, l'art. 1 del codice penale borbonico del 1819 al secondo comma prevedeva che «l'infamia nascente dal reato infamante per sua natura, o per le sue qualità non colpisce altri che la sola individual persona del reo»¹²⁵. L'abolizione dell'infamia delle pene avrebbe quindi travolto la richiesta di separazione personale avanzata in costanza delle nuove leggi? Per rispondere al quesito si sarebbe potuto invocare l'art. 221 Leggi Civili che prevedeva fra le giuste cause di separazione personale appunto la pena infamante. Ma come era possibile che il diritto vigente continuasse a prevedere tale ipotesi se le pene infamanti erano state abolite? Di fronte all'«antinomia» tra le due disposizioni la soluzione doveva essere ricercata nella «intelligenza» della Corte¹²⁶ che avrebbe individuato la ratio della norma da applicare, secondo i criteri dell'equità dettati da Nicolini. Il collegio ritenne di richiamare il «principio di pubblico Dritto universale» secondo cui le sanzioni posteriori non possono distruggere né i giudicati né i diritti dei privati acquisiti anteriormente sotto disposizioni legislative che li garantiscono¹²⁷. Sulla scorta di tale assunto, fu ritenuto che al momento della condanna del Massa, la moglie acquistò «lo inalterabile diritto alla domanda di separazione»¹²⁸ che non sarebbe potuto essere pregiudicato dal nuovo codice anche laddove tale ipotesi fosse stata eliminata fra le giuste cause¹²⁹. Doveva quindi ritenersi «futile» l'opposizione mossa dal coniuge secondo cui l'azione era stata intentata sotto le novelle leggi «che dovrebbero esserne le regolatrici»: tanto perché il diritto «esisteva sempre da per se, ed era in qualunque tempo esperibile, perché incancellabile»¹³⁰. La soluzione adottata

122 Tale assunto riprova il vivace contrasto fra un diritto nato in epoca di rivoluzioni e di rifiuto delle tradizioni ecclesiastiche ed una situazione politica che a Napoli, come in Europa, vedeva trionfare la Santa Alleanza. A. Giordano, *Commento sulle Leggi Civili del Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1848, vol. I, p. 375.

123 Sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838, *op. cit.*, fol. 84v.

124 L'art. 6 del Codice francese prevedeva che «le pene in materia criminale sono o afflittive od infamanti o solo infamanti». Codice penale tradotto d'ordine di Sua Maestà il Re delle Due Sicilie, per uso de' suoi stati. Seconda edizione riveduta e corretta ed annotata d'una tavola analitica e d'un indice, Napoli, Fonderia reale e Stamperia della Segreteria di Stato, 1813.

125 Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Prima edizione originale ed ufficiale, Napoli, dalla Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale, 1819, Parte II, Leggi Penali, art. 1. Sull'argomento cfr. Mazzacane, *op. cit.*; Vinciguerra, *op. cit.*; Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale*, *op. cit.*, p. 256 ss.

126 Sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838, *op. cit.*, fol. 85 r: «Sembra che fra queste due disposizioni siavi antinomia, di cui non è suscettibile il sagace Legislatore. A conciliarle, duplice può esserne la intelligenza».

127 Doveva inoltre ritenersi «aborrito» il vizio di retroattività sulla intelligenza e valore di leggi preesistenti «tranne i casi di novelle Leggi dichiarative, e dello espresso volere del Legislatore». *Ibidem*.

128 Ivi, fol. 86v.

129 «Desso non poteva esser colpito dalla nuova Legge, se pure ne avesse tolta la causa, lacchè non è, come si è dimostrato, giacchè non potette né imperare né parlare, che de' casi posteriori alla sua promulgazione». *Ibidem*.

130 Riteneva infatti la Corte che le decisioni che si emettono in qualunque tempo non crano né attribuiscono dritti, ma li dichiarano soltanto, «così è indubitato che in qualsivoglia epoca si emetta tal dichiarazione, si riguarda esau-

tata dalla Corte di Trani veniva giustificata dal fatto che «il dritto» non poteva considerarsi «ancora perfetto» e che il «poligono di questa così detta questione» sotto qualunque aspetto fosse «risguardato» avrebbe condotto a ritenere fondata la domanda di separazione personale già accolta dal primo giudice¹³¹.

stivamente il tempo dello avvenimento e dello stato dritto, cui si retrotrae, e su cui campeggiar non possono le Leggi di allora». *Ibidem*.

131 *Ibidem*

**CLORIDORO NICOLINI (1780–1859).
UN MAGISTRATO ALLA RICERCA DELLE REGOLE DELL'EQUITÀ**

Attraverso le opere di Cloridoro Nicolini – giurista e magistrato napoletano del primo Ottocento – è possibile cogliere il travaglio del ceto forense a seguito dell'entrata in vigore nel Regno di Napoli del codice civile francese. Dell'ordinamento dei giudizi e della equità può definirsi la sua opera più significativa, in quanto espressione dello stato d'animo di una generazione di giuristi che si sforzava di dare una risposta al dibattuto problema di definire i criteri interpretativi da adottare nelle ipotesi di lacuna codicis. Il problema nasceva dal fatto che il Codice per lo Regno – come in tutti i codici di derivazione francese – mancasse di una norma che individuasse i criteri di interpretazione della legge: ciò aveva portato i giudici napoletani ad affrontare e risolvere le ipotesi di silenzio o di oscurità della legge senza regole precise. D'altronde, poiché l'art. 4 del code civil imponeva ai magistrati di giudicare in ogni caso, pena l'incriminazione per il reato di Denegata giustizia, il margine di intervento da parte della giurisprudenza ebbe un naturale ampliamento. In tal senso si espresse in maniera determinante l'opera della scuola esegetica che riconobbe ai giudici un vasto raggio di azione. Nel caso in cui la legge fosse stata oscura, i giudici avrebbero potuto ricorrere all'interpretazione per autorità e, in via sussidiaria, alla interpretazione per dottrina: in mancanza di questi strumenti era legittimato il ricorso «alla ragione e all'equità». In tale contesto Cloridoro Nicolini, all'epoca giudice della Gran Corte Civile di Trani che era stata più volte censurata dalla Corte Suprema di Giustizia con le accuse di «fallo motivazionale» e di leggerezza di giudizio per decisioni erranee «sfornite di conveniente motivazione», sentì il dovere di dedicare un approfondito studio al problema dell'equità che – secondo l'autore – corrispondeva ad una interpretazione attraverso l'investigazione dei principi generali del diritto o delle ragioni proprie sottoposte alle singole norme.

**CLORIDORO NICOLINI (1780–1859).
SĘDZIA W POSZUKIWANIU ZASAD SPRAWIEDLIWOŚCI**

Poprzez dzieła Cloridoro Nicolini – jurysty i sędziego z Neapolu, żyjącego w pierwszej połowie dziewiętnastego wieku – można zrozumieć trudną pracę prawników po wejściu w życie francuskiego kodeksu cywilnego w Królestwie Neapolu. *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità* (O ustawie normującej osądzanie i sprawiedliwość) może być uznane za jego najbardziej znaczące dzieło, ponieważ jest wyrazem stanu ducha generacji jurystów, która trudziła się, by dać odpowiedź w dyskusji nad problemem, jakie kryteria interpretacyjne powinny być zastosowane w przypadku luk w *codicis*.

Problem powstał, ponieważ *Codice per lo Regno* (Kodeks dla Królestwa) – jak wszystkie kodeksy pochodzenia francuskiego – nie posiadał przepisu, któryby określał kryteria interpretacji prawa: doprowadziło to neapolitańskich prawników do konieczności przeanalizowania i znalezienia rozwiązań dla sytuacji, w których prawo, bez konkretnych zasad, milczy lub jest nieczytelne.

Z drugiej strony, z uwagi na to, że art. 4 *code civil* narzucał sędziom obowiązek sądzenia w każdym przypadku pod karą skazania za przestępstwo *denegata giustizia*, interwencja ze strony orzecznictwa miała naturalne podłoże. W tym sensie wyraża się w sposób decydujący dzieło szkoły ezegetycznej, która przyznała prawnikom szeroki zakres działania. W przypadku, jeśli prawo było nieczytelne, prawnicy mogli uciekać się do interpretacji poprzez autorytet i w sposób posiłkowy do interpretacji poprzez doktrynę: w przypadku braku tych instrumentów było dozwolone odwołanie się do „rozumu i sprawiedliwości”. W tym kontekście Cloridoro Nicolini, w owym czasie sędzia Wielkiego Sądu Cywilnego w Trani, który był kilkakrotnie cenzurowany przez Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości pod zarzutem „błędu motywacyjnego” i łagodnego osądu za niewłaściwe decyzje „pozbawione odpowiedniej motywacji”, poczuł, że należy oddać się studium problemu sprawiedliwości, który – według autora – równał się interpretacji poprzez badanie ogólnych zasad prawa lub własnych zasad poddanych konkretnym przepisom.

**CLORIDORO NICOLINI (1780–1859).
JUDGE IN SEARCH OF THE PRINCIPLES OF JUSTICE**

Through the works of Cloridoro Nicolini – jurist and a judge from Naples, living in the first half of the nineteenth century – one can understand the difficult work of lawyers after the entry into force of the French civil code in the Kingdom of Naples. The *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità* (an act regulating judgment and justice) may be considered his most significant work, as it is the expression of the state of mind of a generation of jurists, which labored to provide a response in the discussion on the issue of what criteria of interpretation, should be applied in case of loopholes in codicis.

The problem arose because the *Codice per lo Regno* (Code for the Kingdom) – as with all codes of French origin, did not provide a provision which defined the criteria of the interpretation of law: this led the Neapolitan lawyers to the necessity of analyzing and finding solutions to a situation in which the law, without specific principles, is silent or illegible.

Key words: lawyer, justice, law, interpretation, loopholes

L' AUTODETERMINAZIONE DI «FINE VITA»: UNA NUOVA CATEGORIA NORMATIVA?

1. Il «testamento di vita»: fondamento costituzionale e fonti normative. – L'accezione linguistica «testamento di vita» designa il fenomeno delle «dichiarazioni anticipate di trattamento», a contenuto medico-sanitario, inserite in un documento scritto, con cui «una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso od il proprio dissenso informato»¹.

La fenomenologia, nell'ordinamento giuridico italiano, può trovare fondamento nel sistema costituzionale, il quale, dopo aver assegnato alla salute il rango di «fondamentale diritto dell'individuo» (art. 32, comma 1, Cost.)², valorizza la sfera di autodeterminazione della persona-paziente, laddove dispone che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (art. 32, comma 2, Cost.).

Il principio costituzionale di «volontarietà dei trattamenti sanitari» (art. 32, comma 2, Cost.) è derogato soltanto nelle ipotesi di trattamenti sanitari obbligato-

1 E' la definizione proposta dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento del 18 dicembre 2003, dedicato alle «dichiarazioni anticipate di trattamento» (per un riferimento al testo richiamato, v. L. Milone, Il testamento di vita, in *Vita not.*, 2004, p. 110). Infatti, il 18 dicembre 2003, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha adottato all'unanimità un parere sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, di cui riconosce la legittimità e il valore bioetico (cfr. D. Neri, Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento", in *Bioetica*, 2004, p. 188 ss.). Il documento ravvisa come fondamento delle direttive anticipate il principio per cui «ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può lecitamente esprimere la propria volontà attuale». Tuttavia, le dichiarazioni non devono essere in contrasto con il diritto positivo, con le norme di buona pratica clinica e con la deontologia medica (G. Carapezza Figlia, Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento, in *Famiglia*, 2004, p. 1056) e devono essere redatte da un soggetto maggiorenne, capace di intendere e volere, libero da pressioni familiari, sociali o ambientali e adeguatamente informato delle situazioni cliniche e delle conseguenze derivanti dalla somministrazione o dalla omissione dei trattamenti. Per garantire una sufficiente ponderazione, il documento prescrive che le direttive rivestano la forma scritta, siano redatte alla presenza di un medico, che le controfirmi, e che il disponente indichi la data di redazione e una scadenza temporale, al termine della quale le direttive perdono efficacia, ferma la facoltà di revocarle o modificarle fino al momento antecedente la perdita di consapevolezza.

2 Cfr. M. Luciani, La tutela della salute, in G. Neppi Modona (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, 1998, p. 155.

ri, espressamente prescritti dalla legge, in sincretismo con l'intero sistema dei valori della costituzione repubblicana.

In questa prospettiva, il potere di autodeterminazione dell'individuo, nel quadro degli interessi personali ed esistenziali, si fonda sulla garanzia costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo e del libero sviluppo della persona (artt. 2 e 3 Cost), ribadita dalle disposizioni in materia di libertà personale (art. 13 ss. Cost.)³, e sul riconoscimento della salute come diritto fondamentale dell'individuo, tutelato nel pieno rispetto della dignità umana (art. 32 Cost.)⁴.

2. Le «direttive anticipate di trattamento» nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina. – L'ammissibilità di direttive anticipate di trattamento, espressione del potere di autodeterminazione della persona⁵, malgrado le incertezze sulla vincolatività e sull'efficacia della figura, nel sistema degli interessi e dei valori normativi, sembra confermata dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata dall'Italia con la l. 28 marzo 2001, n. 14⁵, ma senza l'avvenuto deposito dello strumento di ratifica (il cui contenuto è ripreso dall'art. 34, comma 2, del codice di deontologia medica), secondo il quale «i desideri precedentemente espressi in relazione ad un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione».

In quanto formulate dal paziente in piena consapevolezza, le direttive sono un indice attendibile della sua volontà e, prima ancora, del suo modo di intendere la vita, la malattia e la dignità umana⁶. Esse, perciò, potranno essere disattese dal personale medico e sanitario non in virtù di un apprezzamento discrezionale, ma soltanto qualora sopraggiungano fondate ragioni per supporre che non corrispondano più alla «volontà attuale» dell'interessato⁷.

3 Gli atti relativi alla persona sono espressione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. (R. Romboli, Art. 5, in Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, art. 1–10, Bologna–Roma, 1988, p. 239; G. Gemma, Costituzione e integrità fisica, in U. Breccia e A. Pizzorusso, Atti di disposizione del proprio corpo, a cura di R. Romboli, Pisa, 2007, p. 53). Tuttavia, l'art. 13 non rappresenta la fonte normativa dell'illimitato potere di disposizione della persona sul proprio corpo, ma del diritto di questa a che il potere di coercizione personale dello Stato sia esercitato nell'ambito del principio di stretta legalità, ovvero in determinate circostanze e nel rispetto di apposite forme (P. D'Addino Serravalle, Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana, Napoli, 1983, p. 146).

4 Cfr. M.C. Cherubini, Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo, in F.D. Busnelli e U. Breccia (a cura di), Tutela della salute e diritto privato, Milano, 1978, p. 80. Sul punto, è emblematico il caso Welby, in cui è stato riconosciuto al paziente il potere di autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari di fine vita (Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in Guida dir., 2007, 1, p. 32; Trib. Roma 17 ottobre 2007, in Med. mor., 2008, p. 384 ss.).

5 S. Vocaturo, La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico, in Riv. not., p. 917.

6 G. Ferrando, Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici, in AA.VV. Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi, Milano, 2006, p. 156.

7 G. Ferrando, o.u.c., p. 156. Sul punto, cfr. Corte App. Milano 18 dicembre 2003, in Famiglia, 2004, p. 1167 ss., con nota di G. Ferrando, Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto; Pret. Roma 9 aprile 1997, in Bioetica, 2002, p. 132 ss.

3. Il «testamento di vita» come negozio unilaterale inter vivos condizionato: l'incompatibilità con il negozio testamentario mortis causa. – Il «testamento di vita» assume la fisionomia di atto unilaterale di volontà⁸, destinato a spiegare effetti in un segmento temporale successivo al suo perfezionamento, non più confermabile al tempo in cui diviene efficace, in ragione della sopravvenuta incapacità di intendere e/o di volere dell'autore, a mezzo del quale l'interessato dà indicazioni di cura ad una pluralità indistinta di professionisti del settore medico-sanitario, di cui questi dovranno tener conto all'interno di un rapporto terapeutico futuro, che potrebbe anche non venire mai ad esistenza.

L'utilizzazione del lemma «testamento», quindi, assume un valore metaforico ed atecnico⁹, in totale distonia con il significato consueto del termine nel sistema delle successioni mortis causa (art. 456 ss. c.c.), nel cui ambito la locuzione designa l'«atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse» (art. 587, comma 1, c.c.), senza precludere che l'atto, nei casi previsti dalla legge (v., ad esempio, gli artt. 254, 256, 285, 348, 424, comma 3, 466, 2735, comma 1, c.c.), possa contenere «disposizioni di carattere non patrimoniale» (art. 587, comma 2, c.c.)¹⁰.

Dal punto di vista della natura giuridica, pertanto, un'ipotetica assimilazione del «testamento di vita» al negozio testamentario appare incongruente: il tradizionale testamento, quale *testum mentis* (art. 587 ss. c.c.)¹¹, nell'accezione più lata di strumento di regolamentazione transmorte di interessi patrimoniali e personali, conserva pur sempre la fisionomia di negozio efficace verso i terzi soltanto dopo la morte del testatore¹²; il «testamento di vita», invece, quale atto di autodeterminazione terapeutica preventiva, è destinato ad incidere sugli interessi esistenziali e medico-sanitari dell'interessato nella fase successiva alla cessazione della «vita cosciente», sia essa temporanea o reversibile che assoluta o irreversibile, come accade nel caso di paziente in stato vegetativo permanente, ma comunque prima della morte¹³.

8 Cfr. S. Vocaturo, La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico, *op. cit.*, p. 917; A. Sassi, L'atto eutanasi al vaglio della Cassazione civile: nessuna decisione nel merito, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 56 ss.; L. Milone, Testamento biologico (living will), in *Vita not.*, 1997, p. 108.

9 Cfr. M.C. Tatarano, Il testamento, Napoli, 2003, p. 240; S. Delle Monache, Testamento. Disposizioni generali (artt. 587–590), in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2005, p. 63; G. Capozzi, Successioni e donazioni, I, Milano, 2009, p. 873.

10 Sul punto, v. A. Giampiccolo, Il contenuto atipico del testamento, Milano, 1954.

11 M.C. Tatarano, Il testamento, *op. cit.*, p. 241.

12 Cfr. M.C. Tatarano, o.c., p. 240.

13 M.C. Tatarano, o.c., pp. 240–241; P. Rescigno, I confini della vita umana, in *Aa. Vv.*, Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico, Torino, 2003, p. 143; A. Molfese, Testamento biologico: diritto e bioetica, in *Nuovo dir.*, 2003, p. 903 ss.; V. De Filippo, La forma e la pubblicità, in *Aa. Vv.*, Il testamento biologico. Verso una proposta di legge, Milano, 2007, p. 142.

In proposito, può parlarsi di atto *inter vivos*¹⁴, sospensivamente condizionato alla sopravvenuta incoscienza dell'interessato. Difatti, la dichiarazione anticipata di trattamento assume efficacia nei confronti dei destinatari soltanto dopo che il dichiarante sia stato colpito dalla privazione dello stato cognitivo e dalla perdita di coscienza. In questa prospettiva, la caduta in stato di incoscienza, quale avvenimento accidentale, può rappresentare un «evento futuro e incerto» del testamento biologico, qualificabile in termini di condizione sospensiva (art. 1353 c.c.), oppure, in qualità di elemento coesenziale alla funzione dell'atto, può costituire un requisito di efficacia della fattispecie negoziale¹⁵.

4. La natura personalissima e revocabile dell'atto. – In ragione della natura dei diritti esistenziali, sui quali incide, inoltre, il testamento biologico va reputato atto personalissimo, che l'interessato deve compiere direttamente, senza sostituzione soggettiva; esso è sempre un atto revocabile, considerato che il dichiarante, in ogni momento, potrà modificare o revocare liberamente il contenuto delle proprie dichiarazioni, in funzione del mutamento delle condizioni psico-fisiche, sociali ed ambientali di vita e della valorizzazione diacronica delle proprie convinzioni culturali, etiche, morali, filosofiche e religiose¹⁶.

Nondimeno, la qualificazione come atto *inter vivos*, e non come atto *mortis causa*, non esclude che, per taluni profili di carattere empirico, il testamento di vita presenti le caratteristiche di un vero e proprio atto di ultima volontà, in quanto, al momento del sopraggiungere dello stato d'incoscienza, l'interessato, ormai privo della capacità di agire, perde la facoltà di revocare o modificare ulteriormente la propria volontà, la quale deve considerarsi come la sua «ultima volontà»¹⁷.

5. Le riserve sulla congruenza della figura: la decontestualizzazione e l'aspecificità della volontà. Le tecniche rimediali: il testamento biologico a termine e la nomina di un fiduciario sanitario. – Qualche riserva sullo strumento delle direttive anticipate di trattamento può riguardare la mancanza del requisito dell'«attualità» della volontà, tenuto conto che il consenso manifestato dal dichiarante risulta decontestualizzato rispetto alla futura ed ipotetica situazione nella quale è destinato ad operare. Infatti, la dichiarazione produrrà effetti in un momento in cui le condizioni psicofisiche e personali dell'interessato potrebbero rivelarsi assai differenti dal contesto nel quale la volontà venne espressa, senza stimare i progressi che la scienza

14 S. Vocaturo, La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico, *op. cit.*, p. 917.

15 E' stato sostenuto (F.G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 193) che la condizione, in quanto coesenziale alla natura e alla funzione del testamento biologico, non rappresenta un elemento accidentale del negozio, rimesso all'autonomia del disponente, ma il necessario presupposto di efficacia dell'atto.

16 F.G. Pizzetti, o.c., pp. 197–198.

17 F.G. Pizzetti, o.c., p. 197.

medica potrebbe avere nel frattempo raggiunto e il conseguente miglioramento delle prospettive di vita.

Le riserve possono essere attenuate, ma non sopite, dall'apposizione di un termine di validità al testamento di vita (c.d. testamento biologico a termine), per garantirne la corrispondenza del contenuto alla più recente volontà del dichiarante¹⁸, e dalla nomina, nel testo documentale, di un fiduciario sanitario¹⁹, sul modello di alcuni testamenti di vita riconosciuti all'estero²⁰, tenuto ad attuare e a contestualizzare la volontà del disponente e a operare, in difetto di specifiche istruzioni, nel miglio-

18 Cfr. M. Delli Carri, Il problema del rifiuto delle cure "salvavita" e l'ammissibilità del testamento biologico, in *Vita not.*, 2009, p. 176; G. Salito, Il testamento biologico: ipotesi applicative, in *Notariato*, 2004, p. 198. Sulla differenza qualitativa tra la «volontà attuale» e le «volontà anticipate», nell'ambito dell'interazione comunicativa e dialogante tra paziente e sanitari, cfr. M. Casini, E. Traisci e F. Persano, Orientamenti giurisprudenziali in tema di volontà attuale del paziente prima del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24 ottobre 2008, in *Med. mor.*, 2009, p. 31 ss.

19 La facoltà di designazione dell'amministratore, accordata dal legislatore del 2004 al beneficiario, unitamente ad altri elementi che connotano la misura protettiva, crea una certa affinità tra l'amministratore di sostegno e il fiduciario per la salute, designato attraverso un atto di previdenza contenuto nel testamento biologico (cfr. G. Colacino, *La l. 9 gennaio 2004, n. 6 e il nuovo statuto di protezione dei soggetti "deboli"*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1446 ss.; E. Musi, *Il rapporto medico-paziente tra autodeterminazione, consenso informato e direttive anticipate di trattamento*, in *Aa. Vv.*, *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, 2007, pp. 122-123). Nondimeno, la disposizione dell'art. 408, comma 2, c.c., che consente la designazione dell'amministratore di sostegno in previsione della propria futura incapacità, non può essere confusa con la «procura sanitaria», né sembra in grado di soddisfare le esigenze alle quali è chiamata a dare risposta la direttiva anticipata sui trattamenti sanitari, come comprovato dall'antinomia di contenuto delle decisioni giurisprudenziali assunte nei primi casi di applicazione dello strumento dell'amministrazione di sostegno al settore sanitario (cfr. App. Milano 15 febbraio 2005, Trib. Bologna 11 luglio 2005 e Trib. Firenze 3 giugno 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 3482, con nota di S. Landini, *Amministrazione di sostegno: primi orientamenti sulla recente disciplina in materia di misure di protezione delle persone prive di tutto o in parte di autonomia*; Trib. Bologna 18 settembre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 945; Trib. Modena 15 settembre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 85, con nota di F. Ruscello, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*; Trib. Modena 28 giugno 2004, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 185, con nota di M. Barni, *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*; Trib. Modena 13 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2318, con nota di F. Bonaccorsi, *Amministrazione di sostegno e disposizioni di fine vita*; Trib. Torino 22 maggio 2004, in http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/000399_resource1_orig.doc; Trib. Modena 15 settembre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 85 ss.; Trib. Roma 20 dicembre 2005, in *Fam. dir.*, 2006, p. 525, con nota di R. Campione, *Direttive anticipate sui trattamenti sanitari e amministrazione di sostegno*; Cass. 29 novembre 2006, n. 25366, in *Corr. giur.*, 2007, p. 199; in *Riv. not.*, 2007, p. 486; Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 440, in *Giust. civ.*, 2006, p. 773; Corte cost. 17 luglio 2007, n. 292, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4). In realtà, l'amministratore di sostegno va tenuto distinto dal fiduciario per la salute: il primo trova la fonte del proprio potere di rappresentanza e/o di assistenza nella legge, non nella volontà del beneficiario; anzi, la sua nomina è rimessa alla competenza del giudice tutelare, il quale, nel provvedimento di investitura, ne delinea il contenuto precipuo dei poteri-doveri, anche in eventuale difformità dalla volontà del beneficiario; il secondo è un semplice procuratore sanitario volontario (G. Bonilini, "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, in *Aa. Vv.*, *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, *cit.*, p. 200). Dunque, l'amministrazione di sostegno, per quanto in sintonia con la prospettiva di dare fondamento normativo alla volontà di confidare sull'assistenza di una persona di propria fiducia nelle scelte terapeutiche, non costituisce ancora la soluzione giuridica idonea a dare certezza all'attuazione piena delle scelte fondamentali di vita della persona, per il tempo in cui avrà perduto la capacità intellettuale e volitiva (G. Bonilini, o.u.c., p. 200). Sul punto, valore emblematico ha assunto la farraginosità della giurisprudenza sul caso di Eluana Englaro (cfr. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2609, con nota di S. Cacace, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*; App. Milano 15 novembre-16 dicembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 1, p. 39; Cass. 20 aprile 2005, n. 8291, in *Dir. giust.*, 2005, p. 19; Trib. Roma 23 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, II, c. 105, con nota di D. Maltese, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 125; App. Milano 9 luglio 2008, in *Fam. dir.* 2009, p. 903 ss.).

20 La figura del fiduciario o curatore sanitario, per esempio, ha ottenuto riconoscimento legale nello Stato della California, nello Stato dell'Oregon, nello Stato del Michigan (cfr. il testo delle «Dichiarazioni anticipate di trattamento» redatto dal Comitato Nazionale di Bioetica in data 18 dicembre 2003).

re interesse dello stesso, sulla base dei propositi espressi in precedenza, delle convinzioni personali e dei valori da lui condivisi prima della sopravvenienza dello stato di incoscienza²¹.

Sul punto, in un contesto normativo connotato da un equilibrio dinamico in continua evoluzione, può essere condivisa la prospettiva che il medico possa disattendere le direttive anticipate di trattamento, a condizione che indichi in modo esaustivo, nella cartella clinica, i motivi della decisione difforme, qualora, sulla base dello sviluppo delle cognizioni medico–scientifiche e terapeutiche, le dichiarazioni non risultino più rispondenti a quanto l'interessato aveva previsto al tempo della redazione²².

21 E' questa la via percorsa da alcuni Stati americani, tra i quali lo Stato della California, che ha disciplinato la materia con la Health Care Decision Law (AB–891– Chapter 658), entrata in vigore il 1° luglio 2000.

22 M. Sesta, Quali strumenti per attuare le direttive anticipate, in Aa. Vv., Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi, *op. cit.*, p. 170.

L' AUTODETERMINAZIONE DI «FINE VITA»: UNA NUOVA CATEGORIA NORMATIVA?

L'accezione linguistica «testamento di vita» designa il fenomeno delle «dichiarazioni anticipate di trattamento», a contenuto medico–sanitario, inserite in un documento scritto, con cui «una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso od il proprio dissenso informato».

La fenomenologia, nell'ordinamento giuridico italiano, può trovare fondamento nel sistema costituzionale, il quale, dopo aver assegnato alla salute il rango di «fondamentale diritto dell'individuo» (art. 32, comma 1, Cost.), valorizza la sfera di autodeterminazione della persona, laddove dispone che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (art. 32, comma 2, Cost.).

L'ammissibilità di direttive anticipate di trattamento, malgrado le incertezze sulla vincolatività e sull'efficacia della figura, sembra confermata dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata dall'Italia con la l. 28 marzo 2001, n. 145, secondo il quale «i desideri precedentemente espressi in relazione ad un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione».

Il «testamento di vita» assume la fisionomia di atto unilaterale di volontà, destinato a spiegare effetti in un segmento temporale successivo al suo perfezionamento, non più confermabile al tempo in cui diviene efficace, in ragione della sopravvenuta incapacità di intendere e/o di volere dell'autore.

A mezzo dell'atto l'interessato dà indicazioni di cura ad una pluralità indistinta di professionisti del settore medico–sanitario, di cui questi dovranno tener conto all'interno di un rapporto terapeutico futuro, che potrebbe anche non venire mai ad esistenza.

L'utilizzazione del lemma «testamento», quindi, assume un valore metaforico ed atecnico, in totale distonia con il significato consueto del termine nel sistema delle successioni mortis causa, nel cui ambito la locuzione designa l'«atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le pro-

prie sostanze o di parte di esse», senza precludere che l'atto, nei casi previsti dalla legge, possa contenere «disposizioni di carattere non patrimoniale».

In ragione della natura dei diritti esistenziali, sui quali incide, il testamento biologico va reputato atto personalissimo, che l'interessato deve compiere direttamente, senza sostituzione soggettiva. Esso è sempre un atto revocabile, considerato che il dichiarante, in ogni momento, potrà modificare o revocare liberamente il contenuto delle proprie dichiarazioni.

Samookreślenie związane z «końcem życia»: nowa kategoria prawna?

SAMOOKREŚLENIE ZWIĄZANE Z «KOŃCEM ŻYCIA»: NOWA KATEGORIA PRAWNA?

Określenie «testament życia» oznacza akt «wcześniejszego oświadczenia o terapii» o treści medyczno-sanitarnej, włączony do dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, poprzez który «osoba, w pełni zdolna, wyraża swoją wolę odnośnie terapii, której życzyłaby sobie być albo nie być poddana w przypadku, jeśliby podczas choroby lub w wyniku nagłych urazów, nie byłaby już więcej w stanie wyrazić własnej zgody lub niezgody».

Zjawisko to, w prawie włoskim, może znaleźć oparcie w systemie konstytucyjnym, który po przyznaniu zdrowiu rangi «podstawowego prawa jednostki» (art. 32, ust. 1, Konst.), podkreśla sferę samostanowienia osoby, tam gdzie przewiduje, że «nikt nie może być zmuszony do określonego leczenia jeśli nie wynika to z rozporządzenia prawnego» (art. 32, ust. 2, Konst.).

Możliwość udzielenia wcześniejszej instrukcji odnośnie leczenia, pomimo braku pewności co do jej obowiązywania i skuteczności, wydaje się być potwierdzona przez art. 9 Konwencji z Oviedo z dnia 4 kwietnia 1997, o prawach człowieka i biomedycynie, ratyfikowanej przez Włochy ustawą z dnia 28 marca 2001 nr 145, według której «życzenia odnośnie interwencji dokonywanych przez lekarza uprzednio wyrażone przez pacjenta, który w momencie interwencji, nie jest już w stanie wyrazić swojej woli, będą brane pod uwagę ».

«Testament życia» nabiera więc charakteru jednostronnego aktu woli, przeznaczonego do wyjaśniania działań w segmencie czasowym następującym po jego dokonaniu, niemożliwym do potwierdzenia w momencie, kiedy staje się skuteczny, w wyniku niezdolności do zrozumienia i /lub wyrażania woli przez jego autora.

Poprzez ten akt osoba zainteresowana przekazuje wskazówki odnośnie leczenia nieokreślonej grupie lekarzy, które będą oni musieli brać pod uwagę podczas przyszłej terapii, która może też nigdy nie zaistnieć.

Użycie hasła «testament» sprawia więc, że nabiera on wartości metaforycznej i atehnicznej, jest ono zupełnie rozbieżne z zwyczajowym określeniem używanym w systemie dziedziczenia *mortis causa*, w ramach którego wyrażenie to oznacza «akt, możliwy do odwołania, za pomocą którego ktoś rozporządza, na wypadek swojej śmierci, całym swoim majątkiem lub jego częścią », co nie wyklucza, że akt, w przypadkach przewidzianych prawem, może zawierać «dyspozycje o charakterze nie majątkowym».

Jeśli chodzi o charakter praw egzystencjalnych, na które wpływa testament biologiczny, powinien być on traktowany jako bardzo osobisty akt, który osoba zainteresowana musi dokonać bezpośrednio, bez zastępstwa podmiotowego. Jest on zawsze aktem, który można odwołać, ponieważ osoba składająca oświadczenie, może w każdej chwili zmienić lub swobodnie odwołać treść własnego oświadczenia.

SELF-DETERMINATION ASSOCIATED WITH THE END OF <<LIFE>>: A NEW LEGAL CATEGORY?

The notion “testament of life” shall mean the act of “making a prior statement relating to the application of medical therapy” incorporated in a document, drawn up in writing, wherein a person of sound mind and judgment, expresses their will as to what therapy may or may not to be applied if, as a result of illness or injury, that person would no longer be able to express their consent or disagreement.

This phenomenon, in Italian law, can find support in the constitutional system, which, after granting health the rank of being within the basic rights of the individual (art. 32, para. 1, const.), highlights the sphere of self-determination of a person, where it provides that “no one shall be compelled to set the treatment if it is not regulated by law” (art. 32, para. 2, const.).

The use of a notion testament acquires a metaphorical and non-technical value, as it is completely different from the customary term used in the system of succession mortis causa, “the act, which makes it possible for a person to dispose of all or part of their property in contemplation of death”, which does not preclude that the act, in cases provided for by law, may contain” dispositions of a non-proprietary character.

Key words: testament, health, death, medical treatment, will

BREVI RIFLESSIONI SULL'ORIGINE DELL'ECCEZIONE GENERALE DI DOLO

1. Premessa

La complessità del traffico giuridico contemporaneo, propone il superamento della dimensione statale e rende consapevoli dell'inadeguatezza delle normative (soprattutto delle leggi) rispetto alla poliedricità di situazioni della realtà economica e giuridica dell'oggi.

Ne conseguono la crisi delle fonti normative (a partire dalla inattualità dei 'Codici¹') e la ricerca di soluzioni in grado di assicurare la migliore regolamentazione giuridica rispetto al caso concreto e riguardo alla singola persona, con la tendenza ad attivare processi di unificazione delle regole giuridiche connesse ai traffici commerciali, mediante molteplici tecniche. Di volta in volta, nei differenti tentativi esperiti, si è perseguita la via del cosiddetto "diritto uniforme" o quella dell'individuazione di un generale *lex mercatoria*² nata dall'agglomerato e dalla stratificazione di con-

1 R. David e C. Jauffret-Spinozi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, [cur. R. Sacco], Padova, 2004, p. 92 ss.: «Fra le leggi ordinarie alcune ricevono il nome di codici. La parola era impiegata, all'origine, per indicare talune raccolte in cui erano riunite diverse leggi: tali sono il codice teodosiano e il codice di Giustiniano. Nel XIX secolo è parso che la denominazione si dovesse riservare a certe compilazioni che miravano ad esporre i principi di un *ius commune* moderno, dichiarato applicabile in uno Stato, ma che si vorrebbe applicare in un modo universale, in opposizione alle regole, ispirate da considerazioni di opportunità più che di giustizia, che continuerebbero ad esistere nell'ambito di ogni nazione. Tuttavia la terminologia non è ben stabilita e attualmente la parola codice è largamente utilizzata per indicare compilazioni che tendono a raggruppare e a esporre sistematicamente la regolamentazione relativa ad una materia particolare. In una o nell'altra forma, il movimento di codificazione si è esteso, nel XIX e nel XX secolo, a tutti i paesi della famiglia romano-germanica. La parentela tra gli ordinamenti di questi paesi si è manifestata non soltanto in questa adesione comune alla formula della codificazione, ma anche nel modo con cui le regole sono state coordinate in un certo numero di codici. La Francia aveva fornito un esempio, promulgando i cinque codici napoleonici. Nei diversi paesi della famiglia romano-germanica si ritrovano gli stessi cinque codici fondamentali. In Europa, la sola eccezione da notare è rappresentata dai paesi nordici. Un codice unico è stato promulgato in ognuno di questi paesi: nel 1683 in Danimarca e nel 1687 in Norvegia, nel 1734 per la Svezia e la Finlandia. Questi codici, molto anteriori alla codificazione napoleonica, comprendevano l'insieme del diritto, come hanno fatto in seguito in Prussia l'*Allgemeines Landrecht* (1794) e in Russia l'*Svod Zakonov* (1832). Un'evoluzione divergente è avvenuta in seguito nei due paesi nordici. I codici hanno cessato in pratica di esistere in Danimarca e in Norvegia, così come in Islanda; in questi paesi, le loro diverse parti sono state abrogate e sostituite con grandi leggi, non integrate nei vecchi codici.

2 F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 56 s.: «Si va ricomponendo, nel tempo presente, l'antico rapporto tra il diritto e l'economia. Al giurista odierno non si chiede soltanto di interpreta-

suetudini, spesso secolari; con lo stesso intento si è dato vita a progetti di nuovi Codici.

Tutto ciò allo scopo di meglio tutelare le esigenze e le aspettative dell'uomo, per le quali occorrono rimedi che abbiano sufficiente elasticità e siano in grado di far corrispondere la disciplina giuridica alla realtà fattuale.

Ciò ha prodotto sia interrogativi di tipo sostanziale concernenti la concreta norma da applicare alla singola fattispecie, sia di diritto processuale poiché sono sorte anche nuove Corti adibite all'esame ed alla tutela della persona.

Nello sforzo ermeneutico che ne è conseguito ha avuto risalto il ricorso a principi e criteri nuovi ed in grado di andare di là dalla disciplina specifica prevista nelle pattuizioni e nelle leggi.

Tra essi ha assunto un ruolo di crescente importanza il richiamo alla buona fede oggettiva³; la quale, come è pacificamente affermato sia sul piano della logica del sistema e delle categorie che la compongono sia circa la concreta applicabilità propone uno schema operativo diverso dalla più nota e radicata tutela della buona fede in senso soggettivo.

Il punto è stato approfondito dalla dottrina recenziore, la quale unanimemente ha colto le profonde differenze esistenti tra le due categorie, della buona fede sog-

re la legge; gli si chiede come nell'epoca preindustriale, di utilizzare la tecnica giuridica per soddisfare i sempre mutevoli bisogni del mercato dando forma a nuovi beni o a nuove operazioni economiche; e la formula *law and economics*, coniata negli Stati Uniti per designare un'area disciplinare (oltre che un'apposita enciclopedia) e da qualche tempo ripresa anche in Europa, attesa la ricostruita continuità fra il diritto e l'economia. Al tempo stesso la società globale si dà un proprio diritto non statale, al quale si è attribuito il nome di nuova *lex mercatoria*. L'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia. Questo era stato *lex mercatoria*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano state gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*, che erano tali a loro volta perché in esse sedevano mercanti. Del pari, per la nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati. L'antica *lex mercatoria* aveva preceduto l'avvento degli Stati moderni; la sua funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora, ossia al diritto romano, rivelatosi non più congeniale alle esigenze dei traffici. La nuova *lex mercatoria* opera, per contro, entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati; la sua funzione è di superare la discontinuità giuridica da questi provocata. Entro questa nuova *lex mercatoria* si dissolvono tanto i particolarismi giuridici delle codificazioni quanto, fenomeno ancora più significativo, le differenze fra *civil law* e il *common law*. L'a. continua affermando (p. 60): «Ha così preso vita un diritto uniforme spontaneo; e della *lex mercatoria* si parla in giurisprudenza come di 'un ordinamento giuridico', separato dagli ordinamenti statuali e dotato, al pari di questi, del carattere di ordinamento originario, quale espressione della *business community* o *societas mercantile*».

3 La materia ha generato una copiosissima letteratura ed interessanti filoni giurisprudenziali, dei quali non ritengo di dover far menzione in questa sede, riservandomi di richiamarli nel prosieguo dell'esposizione, in relazione a punti specifici per i quali si è ritenuto opportuno o/e necessario far ricorso alla buona fede oggettiva. Qui rinvio alle rispettive voci delle raccolte enciclopediche: S. Romano, Buona fede (dir. priv.), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 684; A. Montel, voce Buona fede, in *Nuovis. dig.*, II, Torino, 1958, 502; R. Nicolò, Diritto Civile, (ad vocem), *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964; L. Bigliuzzi Geri, Buona fede nel diritto civile, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 1988, II, 176 ss.

gettiva e della buona fede oggettiva, pur non nascondendosi la difficoltà di delineare con precisione i contorni della buona fede oggettiva⁴.

Dunque, mentre la buona fede soggettiva, può essere intesa come «lo stato psicologico di un soggetto che agisce o si trova in una determinata situazione nell'ignoranza di ledere – o di aver leso – con il suo comportamento, o con il trovarsi o l'essersi trovato in una determinata posizione, un interesse altrui giuridicamente

4 In proposito, tra i tanti, vorrei menzionare le acute osservazioni svolte, in occasione del Convegno Internazionale sulla buona fede oggettiva in onore di Alberto Burdese, dal Talamanca, profondo conoscitore delle radici dei concetti di buona fede: M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, [cur. L. Garofalo], vol. IV, Padova, 2003, pp. 1 ss. L'a. approfondisce la differenza tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva, in relazione alle fonti storiche e al loro riverbero nelle nozioni recepite dal Codice Civile italiano (p. 7–13), offrendo un quadro incisivo, che mi pare possa essere assunto come un valido punto di riferimento per la presente analisi: «Fra le due categorie è, senz'altro, molto più difficile, non dico da definire, bensì anche da descrivere la buona fede oggettiva rispetto a quella soggettiva. In un sistema codicistico, quale è il nostro attuale, il primo punto di riferimento per una discussione sulle categorie da impiegare è rappresentato dall'uso dei termini, e dai correlati schemi concettuali, fatto dal legislatore, anzitutto – meglio esclusivamente – nel codice. In effetti, a fronte dell'impiego senz'altro ampio, della categoria della buona fede da intendersi in senso soggettivo, la buona fede nella sua valenza oggettiva è considerata in non molti articoli del codice, fra i quali va riportato, al di là dei possibili dubbi, anche un articolo che, letteralmente, ad essa non si riferisce. E', d'altronde, è la sola buona fede in senso soggettivo che – in tema di possesso – il legislatore italiano si è ritenuto in grado di definire indirettamente nell'art. 1147 co. I, c.c., nonché per un caso particolare, nell'art. 535, co. III, c.c. La buona fede oggettiva non viene mai definita negli articoli in cui ad essa si fa ricorso: e, anzi, la disciplina dei relativi aspetti può creare problemi per la ricostruzione della categoria e di quelle eventualmente concorrenti. Va fatta una premessa, che potrebbe apparire attualmente del tutto superflua, dato che la distinzione tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva non appare posta in dubbio, anzi di essa e della – astrattamente possibile – costruzione di una categoria generale della buona fede non si prende neppure contezza. Non mi sembra attualmente discutibile, né sul piano della logica del sistema e delle categorie che lo compongono né dal punto di vista della concreta operatività, che la buona fede soggettiva e quella oggettiva siano due schemi operativi diversi. La prima facilmente caratterizzabile sulla base delle definizioni legislative già viste, è lo stato psicologico di un soggetto che agisce o si trova in una determinata situazione nell'ignoranza di ledere – o di aver leso – con il suo comportamento, o con il trovarsi o l'essersi trovato in una determinata posizione, un interesse altrui giuridicamente protetto e, in linea di massima, poziore a quello del soggetto in questione. E' tale stato psicologico a rendere tutelabile l'interesse del soggetto in buona fede, a cui viene eventualmente subordinato l'interesse che egli ignora di ledere: ed è questa buona fede in senso soggettivo che si contrappone, in negativo, la mala fede. La buona fede soggettiva – come, del resto, la categoria di segno inverso, la mala fede, che è solo soggettiva nella terminologia del codice – è, dunque, essenzialmente uno stato psicologico del soggetto, in relazione alla cui sfera di interessi si debbono o non si debbono produrre determinati effetti. Da qualsiasi valutazione di un tale stato prescinde invece la buona fede oggettiva, di cui sul piano della rilevanza come schema operativo e concettuale – manca nel nostro codice una precisa definizione. Al di là, infatti, del generico richiamo, di un'operatività della buona fede il riferimento più concreto è quello dell'art. 1175 c.c. dove – sembrerebbe una sorta di paradosso – non v'è un esplicito richiamo allo schema in questione, ma si sancisce che entrambe le parti del rapporto obbligatorio debbono comportarsi secondo le regole della correttezza. A me sembra trattarsi di una norma a carattere generale, di cui sono disposizioni applicative ad un certo limite non necessarie – soprattutto ed in una dottrina e in una giurisprudenza fortemente orientate in senso creativo – le norme che si richiamano all'operatività della buona fede in senso oggettivo, soprattutto quando, come accade nell'art. 1337 e nell'art. 1358 c.c., si faccia riferimento ad un dovere di comportarsi 'secondo buona fede': e non diversamente si deve giudicare la prescrizione che il contratto – vale a dire le obbligazioni da esso nascenti – debba essere eseguito 'secondo buona fede' che si trova nell'art. 1375 c.c. In definitiva, mantenendosi sul piano del nostro codice, la buona fede impone alle parti di un rapporto obbligatorio di comportarsi come un uomo perbene, un galantuomo, il *bonus et diligens paterfamilias* della tradizione romanistica, trasportato dalla tematica della colpa a quella delle regole di correttezza. Essa si risolve, così, in uno strumento che, se non indica in sé precisi modelli di comportamento, ne veicola però la rilevanza sul piano della valutazione dei casi concreti, e può – ma in via soltanto metonimica – essere adoperato come una designazione collettiva per tali modelli». Il punto è scandagliato, tra i tanti, da: P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, 213; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1969, 132 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 548 ss.; A.G. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, Scialoja Branca, Bologna–Roma, 1998, sub art. 1175, (part. a), 302. Ritengo doveroso rammentare anche: G. Panza, *Prescrizione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sezione Civile, XIV, Torino 1997, 226.

protetto e, in linea di massima, poziore a quello del soggetto in questione»⁵ la buona fede in senso oggettivo ha tutt'altro contenuto ed ambito di incidenza. Di essa manca una definizione nell'attuale Codice Civile italiano e il riferimento più prossimo è l'art. 1175 c.c. nel quale si afferma che entrambe le parti del rapporto obbligatorio devono comportarsi secondo le regole della correttezza, il che comporta un costante adeguamento delle principali attività al criterio della buona fede sin dal momento genetico, fino all'esecuzione (art. 1337 c.c.)⁶.

Secondo il disposto derivante dagli articoli menzionati si valuta sia il comportamento in concreto tenuto dai contraenti, ma si va anche oltre nel senso di tener conto delle circostanze, che, ancorché non dipendono dall'attività dei singoli, possano creare un innovativo vantaggio a favore di una delle parti e principalmente del debitore. Di conseguenza nella valutazione della buona fede si ha riferimento non solo al comportamento specifico della parte, ma anche a quello ipotetico che essa avrebbe dovuto tenere per farlo corrispondere a ciò che avrebbe fatto una persona onesta e corretta.

La buona fede oggettiva, pertanto, ha una funzione dinamica che induce a valutare la situazione in sé, anche al di là di quanto gli agenti abbiano fatto. Questa valutazione è così penetrante da consentire di andare oltre l'eventuale rispetto formale della norma⁷.

In tale situazione è stato osservato che l'espressione buona fede oggettiva, allora, «può essere usata per designare quell'insieme di prestazioni, di diritti, di doveri che, sul piano del contenuto del contratto e dell'esecuzione dell'obbligazione, incombono sulle parti, in base al generico dovere di comportarsi secondo correttezza e, quindi in buona fede»⁸.

Quanto affermato in questa premessa mi spinge ad interrogarmi sulle origini storiche dell'istituto della buona fede oggettiva, chiedendomi in particolare se in realtà già all'epoca del diritto romano esistesse una distinzione tra buona fede soggettiva ed oggettiva e soprattutto sul ruolo svolto da essa nella concreta realtà applica-

5 V. nt. prec.

6 Art. 1337 c.c. – Trattative e responsabilità precontrattuale –. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

7 R. Cardilli, «Bona fides» tra storia e sistema, *op. cit.*, p. 98 s. Si verrebbe a ipotizzare l'applicazione di una norma del caso concreto sostitutiva della dizione esplicitata nel testo di legge, dando vita a un'operazione integrativa del dato normativo che dovrebbe avere il merito di far corrispondere il diritto alla realtà fattuale, ma che ovviamente è molto delicata, e persino pericolosa, potendo essere un potenziale strumento di arbitrarità. La dottrina più recente è consapevole di queste conseguenze, ma ritiene preferibile correggere ove necessario e sotto l'attenta guida sua e dei Tribunali il dettato di norme che per essere espressione di previsione astratta possono non corrispondere ai criteri di giustizia e di equità ai quali la soluzione dei casi concreti dovrebbe sempre corrispondere.

8 M. Talamanca, La bona fides nei giuristi romani, *op. cit.*, p. 17, la cui osservazione parte dal diritto romano, ma ha valenza generale anche per il diritto contemporaneo.

tiva, in relazione soprattutto ai rimedi, creati dai giuristi romani per correggere le distorsioni del sistema.

2. Fides ed exceptio doli generalis

Nel diritto romano mancava probabilmente una distinzione terminologica tra la buona fede in senso soggettivo ed in senso oggettivo, cui non corrispondeva, invece, incertezza applicativa⁹. Oltre a ciò, ritengo che sia doveroso premettere che la formazione e la configurazione della categoria della buona fede nel diritto romano si possono cogliere solamente attraverso l'esame dell'inversa e simmetrica elaborazione della nozione di dolo.

Ciò, perché, la buona fede si riferisce a comportamenti opposti a quelli che concretano le ipotesi di dolo e fu costruita, come si dirà, attraverso la protezione fornita nel processo romano contro il dolo.

Una testimonianza del dato appena riportato, così come riferita da autorevole dottrina¹⁰, si rinviene già nelle XII tavole¹¹: «patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto»¹², nelle quali era imposto al patrono di tenere un comportamento attento e rispettoso, quindi improntato alla fides, altrimenti avrebbe subito la sacertà.

Nella norma non si trova il termine fides, bensì il termine fraus che «esprime il disvalore polarmente opposto al valore fides (il qual valore, come è noto, costituisce il nucleo normativo dell'istituzione della clientela). In questa opposizione polare fides – (fraus) dolus la nozione di fides manifesta la più notevole e duratura fra le costanti della sua evoluzione tecnico giuridica»¹³.

Un esplicito impiego del termine fides, tanto antico quanto quello che si rinviene nella norma delle XII tavole, è testimoniato dal primo trattato tra Roma e Cartagine¹⁴, in cui le due collettività si impegnavano a rispettare sulla base della *demosis pístei* (pubblica fede) gli interessi nascenti da negozi di diritto privato, stipulati dal

9 M. Talamanca, La bona fides nei giuristi romani, *op. cit.*, p. 7 s., il quale afferma (nt. 25): «... i romani non sembrano neppure accorgersi dei diversi significati che concretamente assume il sintagma bona fides (dalla portata apparentemente unitaria) e, dall'altra, lo impiegano nel medesimo contesto nell'uno e nell'altro significato. Ciò potrebbe indurre a ritenere che essi non facessero distinzione fra codeste figure, anche se, probabilmente, il tutto non dava luogo ad incertezze applicative, ma si risolveva nella mancanza di una delimitazione concettuale fra le omonime figure, cui si accompagnava l'assenza di una riflessione sulla natura e sulla funzione di bona fides in senso oggettivo».

10 P. Frezza, Bona fides, in *Studi sulla buona fede*, Pisa, 1975.

11 8,21 Serv.; ad Aen. 6, 609.

12 (Il patrono che inganni il cliente sarà sacro). L'uomo sacro era colui che, poiché dedicato agli dei, poteva essere ucciso da chiunque. Così era appagata la vendetta della divinità.

13 P. Frezza, Bona fides, in *Studi sulla buona fede*, *op. cit.*, p. 3. La fides, dunque, già nelle più antiche fonti appare come una categoria giuridica che riguarda la condotta di un uomo verso un altro uomo, probabilmente strumento per affermare 'la finalizzazione del diritto alla persona': S. Tafaro, *Ius hominum causa ius constitutum*. Un diritto a misura d'uomo, *op. cit.*, p. 189.

14 Polib. 3. 22. 9.

mercante cartaginese in zona di influenza romana, e del mercante romano in zona di influenza cartaginese¹⁵.

Mi pare doveroso evidenziare che nel trattato la *fides* è sia il fondamento giuridico del trattato stipulato tra le città, sia il fondamento del negozio giuridico stipulato da mercanti appartenenti a collettività diverse. Tanto le due collettività, quanto i due contraenti dovevano rispettare il patto intercorrente tra essi, e astenersi dal compimento di comportamenti dolosi¹⁶.

In questi due vasti ambiti di applicazione la *fides* presentava caratteristiche convergenti: la necessità di attendere scrupolosamente ai propri doveri, rispettando gli impegni assunti ed accordando ove ce ne fosse bisogno, protezione a persone bisognevoli¹⁷.

In questa direzione fu esemplare la disciplina dei contratti, le cui soluzioni ed intuizioni possono fornire utili spunti per il diritto contemporaneo.

In partenza il contratto valeva per ciò che una determinata forma esprimeva secondo il *mos maiorum*. L'introduzione della *fides* mutò, invece e completamente la materia, poiché venne introdotta la *stipulatio*¹⁸ che sostituì la *sponsio*¹⁹ e furono creati i contratti di *ius gentium*.

I giuristi romani, quindi, intuirono probabilmente che nei contratti «bisognava andare oltre a ciò che era stato detto e previsto, per valutare quello che più confaceva agli interessi in gioco, secondo una visione dinamica ed equilibrata delle rispettive posizioni. [...] Mi pare di poter affermare che il motivo del passaggio alla *fides* risiedette nella consapevolezza che la vicenda contrattuale andava oltre ciò che appariva o addirittura si era dichiarato: perché era la regolamentazione di equilibri rispecchianti le aspettative delle persone, le quali risiedevano talora anche in posizioni non espresse, ma che derivavano dall'esperienza del tempo e da istanze di equità

15 P. Frezza, *Bona fides*, in *Studi sulla buona fede*, *op. cit.*, p. 3.

16 P. Frezza, *Bona fides*, in *Studi sulla buona fede*, *op. cit.*, p. 4: «La presenza della *fides* come valore normativo proprio dei rapporti internazionali è ampiamente documentata nei testi dei trattati a partire dal sesto secolo a.C. Le parti contraenti solevano affermare in un solenne giuramento la volontà di osservare i patti «fedelmente e senza dolo» [v. i testi nella recente raccolta *Staatsverträge des Altertums*, vol. II, München, 1962]. È evidente che il criterio della responsabilità delle parti contraenti secondo il principio della *fides* non può essere pensato come esclusivo dei trattati internazionali; era certamente anche il criterio comune della responsabilità nascente dai contratti fra privati; e segnatamente da quei contratti che non obbedivano alle norme positive di una sola città, perché posti in essere fra stranieri».

17 S. Tafaro, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, in *Collected Papers*, XL 3/2006, Novi Sad, 2006, p. 75.

18 La *stipulatio* era un contratto verbale, concluso attraverso lo scambio formale di domanda e risposta in virtù del quale un soggetto, promissor, si impegnava nei confronti di un altro soggetto, stipulans, che lo interrogava, a compiere una prestazione avente qualsivoglia contenuto; tipica di essa era la conclusione in forma orale e con la pronuncia di parole solenni.

19 La *sponsio* era la figura tipica di contratto verbale riconosciuta dallo *ius civile* e antica forma di obbligazione di garanzia. Essa era assunta dallo sponsor rispondendo *spondeo* alla domanda *idem dari spondes?* La *sponsio* poteva accedere solo ad obbligazioni derivanti da *stipulatio*; era valida anche se era nulla l'obbligazione principale, poiché l'obbligazione assunta dallo sponsor era autonoma rispetto a quella garantita. Era accessibile soltanto ai cittadini romani, durava solo un biennio e non era trasmissibile agli eredi.

e giustizia, che tendevano a salvaguardare la persona nelle sue relazioni intersoggettive»²⁰.

Tuttavia, la *fides* non poteva tutelare i contraenti da eventuali inganni o sperequazioni, perché anche successivamente all'introduzione del criterio del *fit quod dicitur* continuava a mantenere un legame stretto tra il negozio giuridico posto in essere e la forma utilizzata per la sua realizzazione.

Fu soltanto la creazione dell'*actio de dolo* a dare tutela a tutte le situazioni che potessero configurare un approfittamento o un'ingiustizia.

La nozione di dolo fu elaborata dai giuristi romani e articolata in rimedi processuali dall'incessante e progressivo lavoro del *praetor*, il quale approntò strumenti idonei alla difesa dell'agente contro comportamenti non corretti e nei casi nei quali, pur senza responsabilità di altri, qualcuno si fosse trovato a subire le conseguenze negative di una situazione non prevista e non voluta nei termini nei quali si era avvertita.

Osserviamo più da vicino quali furono le soluzioni e le tecniche approntate nell'esperienza romana, essenziali per comprendere le proiezioni odierne, per il fatto che quelle nozioni e quelle tecniche si sono diffuse negli ordinamenti contemporanei, avendo particolare incidenza in quasi tutti i sistemi giuridici, con rilevanza decisiva negli ordinamenti²¹ del sistema romanistico del diritto²².

20 S. Tafaro, Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *op. cit.*, p. 570.

21 La migliore dottrina ritiene che gli ordinamenti giuridici contemporanei differiscono tra loro, non soltanto per la diversità di regole, ma anche per l'ispirazione di fondo della normativa e della caratterizzazione che, in conseguenza di essa, possono assumere; al punto che non di rado principi e valori di riferimento si riscontrano in tutti gli ordinamenti del sistema. Invero, il fenomeno giuridico è più complesso e non si limita soltanto alle norme; pertanto: "Ogni ordinamento costituisce di fatto un sistema: utilizza un certo vocabolario, che corrisponde a determinati concetti; raggruppa le regole in certe categorie; implica l'uso di certe tecniche per formulare regole, e di certi modi per interpretarle; è legato ad una determinata concezione dell'ordine sociale, che determina il modo di applicazione e la funzione stessa del diritto". Le differenze tra gli ordinamenti, tuttavia, si riducono se si ricorre, a scopo meramente didattico, al concetto di famiglia giuridica, utilizzando il quale è possibile mettere in luce similitudini e differenze. Nel mondo contemporaneo troviamo due principali gruppi di ordinamenti: la famiglia romano-germanica e la famiglia della *common-law*, che, come è facile immaginare, non costituiscono tutta la realtà del mondo giuridico contemporaneo, ma "accanto alle concezioni che esse rappresentano, o combinandosi con queste concezioni, esistono altri modi di concepire la buona organizzazione della società che continuano ad essere determinanti in un gran numero di società": R. David e C. Jauffret-Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, [cur. R. Sacco], Padova 2004, p. 17 s.

22 L'esistenza e l'individuazione di un sistema romanistico va riscontrata nell'influenza avuta dal diritto romano sulla costruzione degli ordinamenti contemporanei europei ed extra-europei, costituendo una piattaforma comune, ma distinta di ordinamenti differenti: v. l'efficace sottolineatura di P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, p. XI, il quale afferma: «La realtà del diritto romano va al di là della sua effettiva applicazione e quindi dei singoli ordinamenti statali. Essa deve essere compresa nella sua complessità temporale e spaziale, dai tempi di Romolo fino al diritto dell'America Latina. A tal fine è utile un uso del termine 'sistema' (tutt'affatto distinto da quello di ordinamento)». I sistemi individuati da Catalano (p. 101 ss.) sono quattro «il sistema romanista (di cui quello latinoamericano costituisce un sottosistema), il sistema anglosassone (di cui quello nordamericano costituisce un sottosistema), il sistema socialista ed il sistema musulmano. Non va poi dimenticato che esistono diritti che, per motivi diversi, non possono essere ricondotti ai quattro grandi sistemi mondiali (definiti geograficamente e storicamente): basti qui menzionare il diritto canonico e il diritto indù [...] Il sistema romanista è stato strettamente legato, sino al VI secolo d.C. e, in Occidente, ancora oltre, sino al XVIII secolo, all'uso della lingua latina: tale collegamento si è attenuato con le codificazioni moderne: in particolare il

La recezione e dei concetti e dell'apparato strumentale ad essi conseguente, nell'età contemporanea, ad opera del Code Napoléon²³, ha ispirato e plasmato le successive codificazioni dell'Europa continentale e dei Paesi ad essa collegantisi.

In questa sede vorrei soffermarmi su alcune implicazioni di rilievo accordate al dolo nell'esperienza romana. Il punto è trattato da parte della dottrina parlando di eccezione generale di dolo (*exceptio doli generalis*), utilizzando una terminologia che pretende di derivare direttamente dal linguaggio delle fonti²⁴.

Essa era un rimedio processuale creato dal pretore verso la fine della repubblica, per paralizzare quelle pretese che, sebbene conformi allo stretto diritto, tuttavia, tenuto conto delle relazioni e affidamenti sorti tra le parti, sarebbero state inique. L'*exceptio doli* era, probabilmente, frutto di un compromesso fra conservazione giuridica ed esigenze di sviluppo dell'ordinamento. Quando i giuristi rilevavano che una certa soluzione, ispirata a determinati valori emersi a livello di classi dominanti delle quali essi erano espressione, non potesse essere introdotta sul versante dello ius civile attraverso l'interpretatio, mancando un plausibile appiglio per l'operazione interpretativa, poteva ricorrere all'eccezione generale di dolo, ove tale mezzo difensivo in concreto fosse idoneo a raggiungere il risultato voluto.

Ciò posto, ritengo doveroso iniziare l'analisi delle fonti romane sull'argomento in oggetto, partendo da un brano di Ulpiano in cui sembra esserci menzione di dolo:

Code Napoléon (1804) ed il Bürgerliches Gesetzbuch (1900). I codici moderni, elaborati sia in area culturale latina, sia in area culturale germanica, hanno costituito il tramite della diffusione del sistema romanista in aree assai diverse da quella originaria, anche indipendentemente da ogni colonizzazione, bensì, potremmo dire, per rivoluzioni interne: sono i casi, ad esempio, del Giappone e dell'Impero Ottomano (e poi della Repubblica di Turchia)». R. Davide C. Jauffret – Spinosi, I grandi sistemi giuridici contemporanei, *op. cit.*, p. 19 ss. parla di famiglia romano germanica, per evidenziare che «essa si è formata attraverso gli sforzi delle Università europee, che, dal secolo XII, hanno sviluppato, sulla base delle compilazioni dell'Imperatore Giustiniano, una scienza giuridica comune a tutti, adatta alle condizioni del mondo moderno. L'epiteto romano – germanico è scelto per rendere omaggio a questi sforzi comuni, compiuti sia nelle università dei Paesi latini sia di quelli germanici».

23 Il Code Napoléon fu promulgato da Napoleone Bonaparte il 21 marzo 1804. È il primo Codice in senso moderno ed il modello di tutte le codificazioni successive, effetto diretto della Rivoluzione Francese, nato dall'esigenza di eliminare la molteplicità delle fonti, il particolarismo giuridico e la conseguente incertezza del diritto. L'esportazione e la diffusione del modello, che ha avuto grande fortuna perché è chiaro, semplice, conciso e moderno (ha alla base l'ideologia egualitaria e di libertà), è avvenuta sia attraverso le conquiste napoleoniche sia per la forza dello spirito. Infatti, non si può dimenticare che il termine codice aveva una grande forza evocativa, esso richiamava il Corpus Iuris Civilis di Giustiniano. La sistematica del Code Napoléon è la seguente: della pubblicazione, degli effetti e dell'applicazione delle leggi in generale più 3 libri: delle persone (art. 7–515); dei beni e delle diverse modificazioni della proprietà (516–710); dei diversi modi in cui si acquista la proprietà (711–2281). Idea centrale del Codice, come si evince dalla sistematica, è la proprietà, il diritto per eccellenza che esprime la conquista della libertà dell'individuo nei confronti dello Stato.

24 In realtà al riguardo ci sono molteplici perplessità, poiché sul piano terminologico sia la distinzione tra dolo speciale e dolo generale sia tra *dolus praeteritus* e *dolus praesens* non risultano dalle fonti romane. V.A. Burdese, L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone, in Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, [cur. L. Garofalo], Padova 2006, p. 95; M. Talamanca, La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova–Venezia–Treviso, 14–15–16 giugno 2001), [cur. L. Garofalo], IV, Padova, 2003, p. 34.

D. 44. 4. 4. 33, Ulp. l. 76 ad ed.: *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu proponere exceptionem. Etenim distat aliquid doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit, et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiicitur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici posasti.*

Si è sostenuto che l'aggettivazione *generalis* presente nel passo vada riferita «a tutt'altro ordine di problemi (l'onnicomprendività dell'*exceptio doli*, nel caso ancora in relazione all'*exceptio metus*), che nulla hanno a che fare con la contrapposizione fra *dolus generalis* e *specialis* della corrente dottrina romanistica»²⁵.

Sarebbero stati i glossatori ad operare la distinzione tra l'*exceptio doli generalis* e l'*exceptio doli specialis*, forse dando forma al pensiero che era già presente ai giuristi del Principato²⁶.

A dire il vero un altro brano di Ulpiano può ingenerare l'ipotesi che la distinzione della quale ci stiamo occupando potesse essere già stata espressa dai giuristi severiani. Si tratta di un frammento dello stesso contesto, il libro 76 del commento

25 M. Talamanca, La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova–Venezia–Treviso, 14–15–16 giugno 2001)*, *op. cit.*, p. 35 nt. 118. In tal senso già A. Burdese, L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, *op. cit.*, p. 95. Contra: V. anche V. Mannino, Eccezione di dolo generale e contratti di stretto diritto, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, *op. cit.*, p. 171, il quale afferma: "È noto che la qualificazione come generale dell'eccezione di dolo si trova chiaramente espressa solo in D. 44. 4. 4. 33, Ulp. l. 76 ad ed., in un contesto del tutto particolare e in contrappunto all'operatività dell'*exceptio metus*".

26 C.A. Cannata, 'Exceptio doli generalis' e diritti reali, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, *cit.*, p. 235 ss. partendo dalla constatazione secondo la quale nelle fonti romane non compare la denominazione tecnica di *exceptio doli generalis*, tranne che in D. 44. 4. 4. 33, ricostruisce l'origine di tale qualificazione: "Nella Glossa ordinaria alla lex ora riportata (è ovviamente D. 44. 4. 4. 33) si legge la Glossa seguente: gl. *generalis ad D. 44. 4. 4. 33: ut supra l.2 §generaliter*. [...] Il glossatore, per spiegare il carattere generale dell'*exceptio doli*, adduceva D. 44. 4. 2. 5 correttamente: egli si riferiva al testo nel suo complesso, e si basava certo sulla sua prima parte, dove si afferma che l'*exceptio doli* comprende tutte le eccezioni in *factum* (=non previste espressamente nell'*editto*): il senso di tale affermazione è infatti che l'attore è sempre in dolo se tiene un comportamento che il pretore potrebbe sanzionare con un'*exceptio decretale*. Ma siccome per i lettori medievali del *Corpus Iuris* le eccezioni in *factum* sono pure previste nei libri *legales*, per loro la parte più rilevante del discorso di Ulpiano diventava la seconda, dove egli diceva che l'*exceptio doli* spetta al convenuto anche contro un attore che non abbia commesso dolo prima di esercitare l'azione, ma sia in dolo nell'esercizio dell'azione: e si tratta precisamente dell'impiego che, dell'*exceptio doli*, permetteva la parte finale del suo testo edittole, dove viene detto espressamente che mediante l'eccezione viene opposto anche il dolo che si sia concretato con l'esercizio dell'azione stessa. Quest'ultima diventa così la caratteristica specifica dell'impiego dell'*exceptio doli* in quanto *generalis*, e ciò ha fatto sì che in questo impiego l'eccezione venisse denominata *exceptio doli generalis*". L'a. a conclusione della sua precisazione terminologica aggiunge: "La terminologia di *exceptio doli generalis* nel senso di *exceptio doli praesentis* certo non è romana, ma è stata creata dalla giurisprudenza dell'età intermedia. Possiamo tuttavia nel contempo affermare che la corrispondente nozione era ben presente nel pensiero della giurisprudenza classica, e che l'operazione terminologica e definitoria che partì dalla Glossa rappresentò un correttissimo ed anzi opportuno chiarimento di carattere esegetico di una struttura dommatica romana".

all'Editto di Ulpiano, al quale apparteneva D. 44. 4. 4. 3. Il giurista diceva che è necessario puntualizzare in modo specifico quale tipologia di eccezione veniva richiesta:

D. 44. 4. 2. 1, Ulp. 1. 76 ad ed., Sequitur, ut videamus, in quibus causis locus habeat exceptio et quibus personis obiciatur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis quaeratur, non in rem 'si in ea re nihil dolo malo factum est', sed sic 'si in ea re nihil dolo malo actoris factum est: Docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficet ei ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas, specialiter debere enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat²⁷.

L'uso dell'avverbio specialiter non deve indurre in errore perché sta ad esprimere l'esigenza di indicare in maniera precisa l'autore del dolo lamentato e quindi non ha nulla a che vedere con un eventuale concetto di dolo speciale come configurato dagli interpreti contemporanei.

Anche per altra via l'esistenza nei giuristi romani di espressioni riferite ad una distinzione tra dolo generale e dolo speciale appare infondata. Come si è già detto (rinvia a quale punto) si suppone che il dolo speciale sarebbe potuto essere espresso con l'indicazione di *dolus praeteritus*, mentre si sarebbe fatto riferimento al dolo generale parlando di *dolus praesens*.

Al riguardo viene menzionato un altro punto del commento di Ulpiano all'eccezione di dolo:

D. 44. 4. 2. 1, Ulp. 1. 76 ad ed.: «Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio et quibus personis obiacitur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis queratur, non in rem "si in ea re nihil dolo malo factum est", sed sic "si in ea re nihil dolo malo auctoris factum est". Docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo auctoris factum, nec sufficet ei ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat».

Quanto alla diversa terminologia di *dolus praeteritus* in contrapposto a *dolus praesens* si deve notare che nelle fonti si ritrova soltanto:

D. 44. 4. 4. 18, Ulp. 1. 76 ad ed.: Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipit posasti. Et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito eius dolo, hoc est si ante acceptum iudicium dolo quid facerit, esse excipiendum, si vero non in rem suam, dolum praesentem in exceptionem conferendum. Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit.

27 M.R. Cimma, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984.

Il brano così come è nella dizione pervenutaci non sembra probante riguardo all'esistenza di una distinzione classificatoria. In realtà si tratta di un caso particolare, nel quale: «il *dolus praeteritus* del procurator stesso rileva soltanto in quanto sia stato nominato in *rem suam*, ma – a differenza di quanto non avvenga nella terminologia corrente in letteratura – il *dolus praeteritus* non è il dolo negoziale, ma un comportamento scorretto imputabile al procurator (*in rem suam*) che – riflettendosi sul presente – rende a sua volta scorretta la proposizione dell'azione, proprio perché il procurator agisce nel suo esclusivo interesse: si arriva così alla conclusione che, l'unica volta in cui si riscontra la contrapposizione con il *dolus praesens*, il *dolus praeteritus* non è, in sostanza, se non un particolare caso del *dolus praesens* stesso in cui l'intende la corrente dottrina»²⁸.

In conclusione si può ritenere che nelle fonti ed in particolare da parte di Ulpiano non appare delineato alcun concetto di dolo generale «quale dolo indipendente da comportamenti effettuati ante litem contestatam già di per sé considerati dolosi»²⁹.

E', invece, evidente che pur in assenza di siffatta distinzione, attraverso l'opportuna modulazione dell'eccezione di dolo si riuscì a tutelare la parte debole contro il comportamento non corretto nel quadro di una sostanziale equivalenza «tra le formulazioni dei mezzi giudiziari in cui ci si riferisce alla *fides bona* ed al *dolus malus*»³⁰.

Ciò perché «i prudentes non richiedevano come essenziale presupposto dell'impiego di tale mezzo difensivo, una intenzione fraudolenta o malevola dell'attore, un inganno o una volontà diretta a pregiudicare l'altrui sfera economica e giuridica, meritevole di particolare riprovazione morale»³¹.

3. Conclusioni

L'attenzione alle forme di protezione contro il dolo ha spostato l'esame dal piano sostanziale a quello processuale.

Questo è essenziale per le visioni dei romani, i quali non partivano dal riconoscimento dei diritti, bensì dalla tutela giudiziaria (dall'*actio*), affermando l'esistenza di un diritto solo là dove ci fosse una forma di protezione processuale.

28 M. Talamanca, La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova–Venezia–Treviso, 14–15–16 giugno 2001), *op. cit.*, p. 35 nt. 118.

29 A. Burdese, L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone, in Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, *op. cit.*, p. 95.

30 G. Finazzi, L'*exceptio doli generalis*' nel diritto ereditario romano, *op. cit.*, p. 250 s.

31 G. Finazzi, *op. cit.*, p. 250 nt. prec.

Il che non esclude che i giuristi romani elaborassero princípi e/o regole, come nel caso del dolo³².

Riguardo ad esso furono enunciate soluzioni improntate a princípi, spesso racchiusi in definitiones dai contorni aperti e non tassativi.

Cosí come aperto era l'intero sistema, nel quale fu possibile accordare protezione contro comportamenti colpevoli di un agente (*dolus praetritus*) o perché la situazione che si era realizzata in un rapporto appariva iniqua o inopportuna (*dolus praesens*), ma ciò avvenne in base al riconoscimento di valori preordinati, che nel caso erano quelli articolati intorno alla *fides*.

La duttilità con la quale procedettero sia i giuristi sia i magistrati giusdicenti (*pretores* in Roma, i governatori nelle 'province') era propria del sistema 'aperto' e risultò esemplare, costituendo un modello efficace di protezione dell'uomo e di perseguimento della giustizia sostanziale.

Per queste caratteristiche la dottrina contemporanea, ivi compresi (ma impropriamente) alcuni romanisti, di fronte alla crisi delle certezze e delle fonti del diritto hanno ritenuto opportuno annodarsi alle soluzioni elaborate nel diritto romano per affermare forme di protezione dell'uomo e dei suoi interessi meritevoli di tutela, pur nei cambiamenti della società contemporanea e di fronte a negoziazioni che non possono essere disciplinate nell'ambito dei confini degli stati nazionali.

Si è ipotizzata l'esistenza di una categoria generale di dolo derivante dalla compromissione dei doveri di giustizia e correttezza, elaborati all'interno della categoria della *fides* e si è invocata l'esistenza, la disciplina e l'applicazione, con adeguati strumenti processuali, della 'buona fede oggettiva'. Partendo dalle fonti romane essa è stata ravvisata nei casi nei quali un agente si venga a trovare in condizione di svantaggio obiettivo, pur se non a causa del comportamento di altro agente.

In tale direzione il cammino intrapreso, soprattutto della 'civilistica' è stato poi spedito ed incisivo.

32 F. Schulz, *I princípi del diritto romano*, Firenze, 1995, p. 1 s.: «Questi princípi non sono tali da potersi comodamente leggere nei nostri testi. I romani non li esprimono, perché in genere non è nelle loro abitudini l'introspezione né la posizione dei princípi; per molti di essi si può dire con certezza che i romani non ne hanno avuto coscienza neppure una volta. È tuttavia non è da pensare che si tratti di fantasie. I princípi costruttivi dei giuristi romani devono essere necessariamente riconoscibili nel risultato della loro fatica, e si possono indurre dai singoli fatti della storia giuridica. Anzi, mentre centinaia di particolari dell'ordinamento giuridico romano e della sua storia sono e rimangono necessariamente problematici per lo stato frammentario ed interpolato dei nostri testi, per il riconoscimento delle idee fondamentali e della maniera di pensare di quelli che hanno creato l'ordinamento romano le fonti scorrono abbondanti e limpide. In confronto dei singoli fatti della storia del diritto, i princípi nel senso indicato si presentano come una costante; ma naturalmente seguono anch'essi una legge dell' sviluppo, e anch'essi hanno una loro storia».

BREVI RIFLESSIONI SULL'ORIGINE DELL'ECCEZIONE GENERALE DI DOLO

I giuristi e i magistrati giusdicenti romani elaborarono soluzioni giuridiche duttili attraverso le quali riuscirono a perseguire sia la tutela dell'uomo sia l'attuazione della giustizia sociale.

Partendo dalle potenzialità della *fides* e della inversa e simmetrica nozione di *dolus*, i giuristi romani crearono l'*exceptio doli generalis*, rimedio processuale elaborato dal pretore verso la fine della repubblica, per paralizzare quelle pretese che, sebbene conformi allo stretto diritto, risultavano inique, tenuto conto delle relazioni e affidamenti tra le parti.

Il rimedio processuale, volto ad evitare immotivati abusi conseguenti ad una rigida applicazione del diritto, sorse probabilmente successivamente all'emersione di nuove esigenze e nuovi valori, i quali non potendo essere introdotti sul versante dello *ius civile* penetrarono nel sistema attraverso l'*interpretatio*.

Dallo studio delle fonti romane ha preso, poi, avvio la riflessione della dottrina civilistica contemporanea per affermare adeguate forme di protezione dell'uomo e dei suoi interessi, pur essendo consapevole della diversità del contesto storico attuale, caratterizzato dalla crisi della certezza e delle fonti del diritto, anche in conseguenza dei processi di globalizzazione. I giuristi, infatti, l'esigenza di elaborare soluzioni giuridiche adeguate alla società industriale di produzione di massa che allo stesso tempo siano in grado di tutelare l'uomo. Ciò non significa abbandonare i *Codici* e rinunciare ad applicare i concetti giuridici tradizionali, ma oltre ad essi assume un ruolo centrale l'attività interpretativa, con la quale si compie un'attività di mediazione tra le disposizioni e le esigenze del tempo presente. A tal fine, devono essere messi a disposizione dei giuristi strumenti duttili, così come è la buona fede oggettiva.

KRÓTKA REFLEKSJA NA TEMAT POCHODZENIA ZARZUTU PODSTĘPU

Rzymscy juryści oraz sędziowie orzekający o prawie opracowali elastyczne rozwiązania prawne za pomocą którego potrafili zarówno dążyć do ochrony człowieka jak i do sprawiedliwości społecznej.

Wychodząc od potencjału *fides* oraz odwrotnego i symetrycznego pojęcia *dolus*, rzymscy prawnicy stworzyli *exceptio doli generalis*, środek procesowy opracowany przez pretora pod koniec republiki w celu sparaliżowania tych żądań, które, chociaż ściśle zgodne z prawem, okazywały się niesprawiedliwe, po przeanalizowaniu stosunków i zaufania między stronami.

Środek procesowy, stworzony w celu unikania nieuzasadnionych nadużyć wynikających z sztywnego stosowania prawa, powstał prawdopodobnie po pojawieniu się nowych wymagań i nowych wartości, które nie mogły być wprowadzone do *ius civile*, ale przeniknęły do systemu poprzez *interpretatio*.

Badania nad źródłami rzymskimi dały impuls rozwojowi myśli współczesnej doktryny cywilnej, która potwierdza odpowiednie formy ochrony człowieka i jego interesów, pomimo świadomości odmienności aktualnego kontekstu historycznego, nacechowanego kryzysem niepewności i kryzysem źródeł prawa, który nastąpił również w wyniku procesów globalizacji. Juryści właśnie potrzebują stworzyć rozwiązania prawne odpowiednie dla społeczeństwa masowej produkcji, które są w stanie w tym samym czasie chronić człowieka.

Nie oznacza to, że należy porzucić kodeksy i zrezygnować ze stosowania tradycyjnych koncepcji prawnych, ale poza nimi nabiera głównej roli działalność interpretacyjna, która dokonuje się poprzez mediację pomiędzy rozporządzeniami prawnymi a wymaganiami obecnych czasów. W tym celu muszą być oddane do dyspozycji prawnikom elastyczne środki tak jak i dobra wiara.

BRIEF REFLECTION ABOUT THE ORIGIN OF THE PLEA OF DECEIT

Roman jurists and judges deciding about the law, developed a flexible legal arrangement that enabled them to seek to protect both the human being and social justice.

Starting from the potential of *fides* and the inverse and symmetric concept of *dolus*, Roman lawyers created the *exceptio doli generalis*, a procedural measure developed by the praetor at the end of the Republic in order to petrify these requests, which, though strictly in accordance with the law, proved to be unfair after examination of the relationship and trust between the parties.

The procedural measure was created in order to avoid unfounded abuses resulting from rigid application of the law. It was probably after the appearance of new demands and new values, which could not be introduced to the *ius civile*, but which penetrated into the system through *interpretatio*.

Research on the sources of Roman law, gave impetus to the development of modern civil doctrine, which confirms the appropriate forms of protection for a man and his interests, despite awareness of the differences of actual historical context marked by a crisis of uncertainty and crisis of sources of law, which took place as a consequence of the process of globalization. These are the jurists who need to create legal regulations appropriate for a society of mass production and which at the same time are able to protect human beings.

This does not mean that one should abandon the codes and refrain from the use of traditional legal concepts, but besides them, the interpretative activity – which is carried out through mediation between the regulations and legal requirements of present times, – should gain the main role. That is why lawyers have to be given flexible measures and also good faith.

Key words: deceit, application of law, interpretation, Roman law

IL FONDAMENTO ETICO DEI DIRITTI UMANI

I grandi problemi che si pongono agli esseri umani hanno ormai una dimensione planetaria, poiché lo sviluppo delle tecniche mass-mediali favorisce una crescente interazione tra le persone, le società e le culture in un mondo che si va sempre più globalizzando, in quello che Mc. Luhan ha chiamato “villaggio globale”. Ogni cultura è trascendenza e superamento. Se si arresta, come ammonisce Mounier, diventa incultura, accademismo e, se confonde l’universalità con la totalità statica, si cristallizza nel sistema.

Emerge così la consapevolezza di una solidarietà globale, che trova il suo fondamento ultimo nell’unità del genere umano. Questa si traduce in una responsabilità morale a livello planetario e comporta la ricerca di valori etici condivisi. La crescente interdipendenza tra i popoli, mentre richiede il rifiuto del terrorismo e della violenza come via principale per ricostruire le condizioni essenziali di giustizia e libertà, esige soprattutto una forte solidarietà morale, culturale, economica e un’organizzazione politica della società internazionale che possa garantire i diritti di tutti i popoli. La soluzione al male del sottosviluppo e alle situazioni drammatiche in cui vivono e muoiono milioni di persone è di natura fondamentalmente etica, e ad essa devono corrispondere scelte economiche e politiche coerenti. Il primo decisivo contributo per uno sviluppo veramente degno dell’uomo è rappresentato dal sostegno a programmi di educazione culturale, sottesi da un’etica della responsabilità.

Non mancano i tentativi contemporanei per delineare un’etica universale. Dopo il secondo conflitto mondiale la comunità delle nazioni ha definito nella Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948 alcuni diritti inalienabili della persona umana; essi non sono concessi semplicemente dal legislatore, ma sono dichiarati poiché la loro esistenza è anteriore al legislatore. Nella Dichiarazione, adottata dalla assemblea generale delle Nazioni Unite, figura un paragrafo significativo: «... è essenziale che i diritti dell’uomo siano protetti da un regime di diritto affinché l’uomo non sia costretto, come estremo ricorso, alla rivolta contro la tirannia e l’oppressione»¹, in tale redazione riappare la vexata quaestio della fondatezza giuridica di uno ius

1 Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo, Preambolo, par. 4.

resistentiae, che ripropone il classico quesito: in quali modi è lecito difendere la libertà? Un interrogativo di fondo, la cui portata supera l'ambito giuridico per investire il piano etico, quello della coscienza chiamata a operare un discernimento sempre esigente, valutando responsabilmente i mezzi per appoggiare la giustizia e opporsi all'ingiustizia. Di questo si tratta, in definitiva, quando si parla di rispetto o di violazione dei diritti dell'uomo. La Dichiarazione, come ricorda Giovanni Paolo II, rimane una delle "espressioni più alte della coscienza umana nel nostro tempo", ma i risultati non sempre sono stati forieri di buone speranze, giacché emerge sempre più una tendenza a reinterpretare i diritti dell'uomo separandoli dalla dimensione etica e razionale, che costituisce il loro fondamento e il loro fine per un puro legalismo utilitarista².

Per spiegare il fondamento etico dei diritti dell'uomo alcuni hanno cercato di elaborare un' "etica mondiale" nell'ambito di un dialogo tra le culture e le religioni. «L'etica mondiale indica l'insieme dei valori obbligatori fondamentali che da secoli formano il tesoro dell'esperienza umana, la quale è rinvenibile in tutte le grandi tradizioni religiose e filosofiche (...). Tale progetto, degno di interesse, è espressione del bisogno attuale di un'etica che abbia validità universale e globale»³.

Quattro sono i principi contenuti nella Dichiarazione per un'etica planetaria, formulata da alcuni esponenti del parlamento delle religioni del mondo nel 1993, la quale afferma che esiste tra le religioni un consenso minimo che riguarda valori obbliganti, norme irrevocabili e tendenze morali essenziali:

- 1) nessun nuovo ordine del mondo senza un'etica mondiale;
- 2) ogni persona umana sia trattata umanamente;

2 Cfr. Benedetto XVI, Discorso del 18 Aprile 2008 davanti all'Assemblea generale dell'Onu, in AAS 100 (2008) 335. Il Papa così si esprime: «Il merito della Dichiarazione Universale è stato di aprire a culture, a espressioni giuridiche e modelli istituzionali diversi la possibilità di convergere attorno a un nodo fondamentale di valori e quindi di diritti: ma è uno sforzo che oggi dev'essere ancora più sostenuto di fronte a istanze che cercano di reinterpretare i fondamenti della Dichiarazione e di comprendere l'unità interna per favorire il passaggio dalla protezione della dignità umana all'appagamento di semplici interessi, spesso particolari (...). Sovente constatiamo nei fatti un predominio della legalità sulla giustizia, quando si manifesta un'attenzione alla rivendicazione dei diritti che giunge sino a farli apparire come il risultato esclusivo di disposizioni legislative o di decisioni normative prese dalle diverse istanze della autorità in carica. I diritti, quando sono presentati sotto una forma di pura legalità, rischiano di diventare proposizioni di debole portata, separati dalla dimensione etica e razionale, che costituisce il loro fondamento e il loro fine. La Dichiarazione universale ha infatti riaffermato con forza la convinzione che il rispetto dei diritti dell'uomo è radicata prima di tutto in una giustizia immutabile sulla quale è pure fondata la forza coercitiva delle proclamazioni internazionali. È un aspetto che spesso è trascurato, quando si pretende di privare i diritti della loro vera funzione in nome di una stretta prospettiva utilitarista».

3 Cfr. lo studio Alla ricerca di un'etica universale: Nuovo sguardo sulla legge naturale, n. 6 in La Civiltà cattolica, 2009 II, p. 344. Questo documento elaborato dalla Commissione Teologica Internazionale (d'ora in poi CTI) in occasione delle sessioni plenarie della stessa CTI, tenutesi a Roma, nell'ottobre 2006-2007 e nel dicembre 2008, è stato poi approvato all'unanimità nella sessione 1-6 dicembre 2008 ed è stato poi sottoposto al suo presidente, il cardinale William J. Levada, che ha dato la sua approvazione per la pubblicazione.

- 3) la Dichiarazione enuncia quattro direttive morali: non violenza, e rispetto della vita; solidarietà; tolleranza e verità; uguaglianza dell'uomo e della donna;
- 4) riguardo ai problemi dell'umanità è necessario un cambiamento di mentalità, affinché ciascuno possa prendere coscienza della propria responsabilità.⁴

Già da molti anni verso la fine del XX e l'inizio di questo terzo millennio la questione dei fondamenti etici del diritto e della stessa politica è stata messa da parte in molti settori della cultura contemporanea con il pretesto che ogni pretesa di una verità oggettiva e universale sarebbe fonte di intolleranza e di violenza, e che soltanto il relativismo potrebbe salvaguardare il pluralismo dei valori e la democrazia.

Si va da più parti sostenendo il positivismo giuridico che rifiuta di riferirsi a qualcosa di assoluto, fondante, a un criterio oggettivo, ontologico, di ciò che è giusto. In questa prospettiva, l'ultimo orizzonte del diritto e della norma morale è la legge in vigore, che è considerata giusta per definizione, poiché è espressione della volontà del legislatore. È superfluo aggiungere che una simile posizione apre la via all'arbitrio del potere, alla dittatura della maggioranza aritmetica e alla manipolazione ideologica a scapito del valore del bene comune. Giovanni Paolo II, nell'enciclica *Fides et ratio*, auspica come «necessaria una filosofia di portata autenticamente metafisica, capace cioè di trascendere i dati empirici per giungere nella ricerca della verità, a qualcosa di assoluto, di ultimo, di fondante. È un'esigenza, questa, implicita sia nella conoscenza a carattere sapienziale che in quella a carattere analitico; in particolare è un'esigenza propria della conoscenza del bene morale, il cui fondamento è il bene sommo, Dio stesso»⁵.

Il razionalismo moderno pone la ragione come criterio unico del vero, del bene, del giusto e pretende di avere certezze assolute senza presupposti escludendo l'idea di Dio che si è manifestato nella storia con Cristo, in favore di una morale da seguire “*etsi Deus non daretur*” ponendo Dio tra parentesi. È nota al riguardo la formulazione kantiana dell'autonomia della morale che esclude Dio nella riflessione filoso-

4 Nell'incontro di giugno 1993, 34 governi arabi ed asiatici pubblicarono la Dichiarazione di Bangkok, in cui venne affermato che la nozione di diritti umani è relativa alla diversità culturale, religiosa e storica delle nazioni e che le potenze occidentali non dovrebbero usare i diritti umani come strumento di pressione politica (Universality of Rights is defended by U.S.; protesto of Dalai Lama Mars Vienna Talks, “The Washington Post”, June 15, 1993, Sec. 1, p. 15). Il documento finale, nonostante le diverse idee, afferma una posizione essenzialmente universalista: «I diritti umani e le libertà fondamentali sono per nascita diritti di tutti gli esseri umani (...). Tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interrapportati» (Word Conference on Human Rights: The Vienna Declaration and Programma of Action, June 1993, New York United Nations Department of Public Information, 1993, pp. 28–29). Tale documento sottolinea con forza i diritti delle donne, dei bambini, delle minoranze etniche e dei soggetti in difficoltà, e specifica che “il diritto di sviluppo” non può mai giustificare l'inflazione dei diritti umani perché «la persona umana è il soggetto centrale dello sviluppo» (*ibidem*, p. 31). Sulla centralità della persona e il fondamento etico dei diritti umani cfr. M. Indelicato, *La centralità della persona nel pensiero di Jacques Maritain*, Lecce 2009.

5 G. Paolo II, *Lett. enc. Fides et ratio*, 14 settembre 1988, n. 83.

fica per non ledere la libertà dell'uomo ed aderire autonomamente al bene morale e alla moralità stessa. A questo punto vien spontaneo chiedersi: chi non ammette Dio e non riconosce che l'uomo è *imago Dei* su che cosa fonda la morale, i diritti umani e la dignità della stessa persona?

Se è vero che nel nostro tempo è maturata una coscienza sempre più viva circa la dignità della persona umana, del suo valore unico e irripetibile, e quindi del rispetto e dell'inviolabilità dei suoi diritti, è anche vero che la visione dell'uomo come persona è nata e si è affermata col cristianesimo, che ha posto la persona al centro della visione cristiana dell'uomo, immagine di Dio. Ovunque l'uomo scopre la presenza di un richiamo all'assoluto e al trascendente, lì gli si apre «uno spiraglio verso la dimensione metafisica del reale: nella verità, nella bellezza, nei valori morali, nella persona altrui, nell'essere stesso in Dio»⁶. Perciò, ammonisce ancora Giovanni Paolo II, la grande sfida che ci attende è quella «di saper compiere il passaggio, tanto necessario, quanto urgente, dal fenomeno al fondamento. Non è possibile fermarsi alla sola esperienza; anche quando questa esprime e rende manifesta l'interiorità dell'uomo e la sua spiritualità, è necessario che la riflessione speculativa raggiunga la sostanza spirituale e il fondamento che la sorregge»⁷.

Ciò è tanto più necessario oggi quanto più assistiamo alla “crisi del senso”, crisi così profonda che non pochi si chiedono «se abbia ancora senso porsi una domanda sul senso» e così si vive in «un orizzonte di totale assenza di senso»⁸, e ciò deriva proprio dal fatto che si rinuncia a «porre domande radicali sul senso e sul fondamento della vita umana, personale e sociale»⁹. La crisi del senso, come crisi della stessa domanda di senso, la crisi del fondamento e la crisi di un pensiero metafisico, come capacità di accesso al fondamento, investono anche l'esperienza religiosa contemporanea. Il problema più grave con cui si deve confrontare oggi il cristianesimo in Europa è il nichilismo, mentre ieri era l'ateismo. “Con la morte di Dio”, tanto osannata da Nietzsche, è arrivata la morte dell'uomo. Ciò che è in gioco, oggi, all'inizio del terzo millennio è la questione di senso. Il nichilismo è la crisi della speranza, del senso delle cose, della propria vita, dell'esistenza stessa; e questo perché non è riconosciuto il fondamento etico dei diritti umani, del nostro essere, del nostro vivere e convivere, e perché sono in crisi le ragioni ultime che orientano la vita e permettono che questa possa essere vissuta come un progetto. A tal proposito Bobbio, che definisce questo problema del fondamento o della giustificazione teorica “l'illusione del fondamento assoluto”, afferma che non può essere posto in quanto tale e che il vero banco di prova dei diritti dell'uomo oggi non è tanto “quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli” e cioè un problema non filosofico ma politico e l'unico

6 *Ibidem*

7 *Ibidem*

8 Cfr. *Ibidem*, nn. 81–91.

9 *Ibidem*, n. 5.

banco di prova della sua validità è «il consenso generale dell'umanità»¹⁰. Poi aggiunge: «il fondamento assoluto non è soltanto una illusione; qualche volta è anche un pretesto per difendere posizioni reazionarie».¹¹

Certamente i diritti umani vanno protetti, ma non possono non essere giustificati anche perché non è poi semplice separare attuazione da giustificazione. Senza giustificazione viene a mancare non un motivo qualsiasi, ma un motivo fondamentale proprio per la tutela e la protezione dei diritti umani; il cui futuro è affidato tra l'altro ad una progressiva presa di coscienza delle ragioni che li giustificano. Se i valori ultimi non si giustificano, ma si assumono è segno che tutti i valori si equivalgono e che non c'è un criterio per provare la superiorità o la preferenza di uno rispetto ad altri.

È difficile vedere come ci si possa battere per dei diritti che vengono considerati solo come assunzioni delle quali non è possibile rendere ragione avendo un fondamento contingente, convenzionale, e quindi necessariamente caratterizzato nel senso dell'arbitrarietà, sia esso collettivo (la volontà politica), sia esso individuale (la volontà soggettiva). Allora affermare che l'importante non è fondare i diritti dell'uomo, ma difenderli, significa voler costruirli sulla sabbia. Posizione questa certamente debole, perché i diritti dell'uomo vanno fondati, non per una vaga esigenza culturale o emozionale, ma perché è una esigenza della ragione. E il fondamento dei diritti dell'uomo è innanzitutto e soprattutto di natura etica, la cui dimensione non è dunque una sovrastruttura, essa è parte integrante della persona, è apertura fondamentale all'alterità e al mistero che presiede ogni relazione ed incontro tra gli esseri umani. Né la coscienza può essere considerata, da sola, il luogo di determinazione della legge morale: essa necessita di uno specifico approccio scientifico e filosofico, che illumini certi aspetti della realtà e della condizione umana.

La questione fondamentale e decisiva della fondazione dei diritti umani indica l'esigenza di allargare gli spazi della nostra razionalità, di riaprirli alle grandi questioni del vero, del bene, del giusto, dell'etica della vita, del rispetto della vita, della dignità della persona e quindi di coniugare tra loro la teologia, la filosofia e le scienze, nel pieno rispetto dei loro metodi propri e della loro reciproca autonomia, ma anche della consapevolezza dell'intrinseca unità che li tiene insieme. La considerazione dell'umanità come soggetto naturale ed essenziale e per questo trascenden-

10 N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna 1979, p. 29.

11 *Ibidem*, p. 127. Nel capitolo quinto della stessa opera, intitolato *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, Bobbio afferma: «Il problema che ci sta dinanzi, infatti, non è filosofico ma giuridico, è in più largo senso politico» (*ibidem*, p. 131). Ed ancora: «La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo rappresenta la manifestazione dell'unica prova con cui un sistema di valori può essere riconosciuto, e questa prova è il consenso generale circa la sua validità. I giusnaturalismi avrebbero parlato di 'consensus omnium gentium' o 'humani generis' (...). Si tratta di un fondamento, quello storico del consenso che può essere fatalmente provato. Ebbene, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo può essere accolta come la più grande prova storica che mai sia stata data, del 'consensus omnium gentium' circa un determinato sistema di valori» (*ibidem*, pp. 133-134). Cfr. su tale argomento anche F. Di Blasi, *Dio e la legge naturale. Una rilettura di Tommaso d'Aquino*, Pisa 1999, pp. 32-38.

tale, fondante i diritti umani, dà, alla stessa architettonica giuridica, le forme della totalità, dell'unità e dell'universalità, non solo per quanto riguarda l'estensione degli stessi diritti, ma anche per la loro applicabilità.

Il formalismo giuridico ha, quale assunto di partenza, la neutralizzazione dell'etica nell'ambito del diritto, ma una teoria del diritto non riguarda solo ciò che il diritto è in se stesso al fine di distinguerlo dal non diritto, ma riguarda anche un ambito che si iscrive all'interno di una filosofia pratica, scuola e politica, sia come presupposto che come conseguenza.¹²

Non si possono salvaguardare i diritti umani, la stessa dignità della persona, prescindendo dalle ragioni profonde in cui essi trovano la loro ultima spiegazione e fondazione, ragione e giustificazione. Queste ultime non possono essere che etico-filosofiche e religiose, perchè fondate sulla struttura ontologica dell'uomo. L'ostacolo reale e di fondo è l'innata resistenza degli Stati a riconoscere che la loro sovranità è e deve essere limitata non già da questa o quella Superpotenza, bensì da un diritto superiore naturale e divino. I diritti dell'uomo perdono così il loro preciso fondamento con la negazione del diritto naturale, che di per sé implica il riconoscimento della universalità della natura umana.

Restando abbandonati perciò alla contingenza storica e, in'ultima analisi, alla volontà del legislatore storico, rimangono lettera morta e tutto rimane sulla carta. Una cosa, infatti, sono le Dichiarazioni e le Convenzioni; ed altra cosa è la loro realizzazione pratica, concreta, operativa, se la giustizia internazionale non riuscirà a imporsi e a sovrapporsi alle giurisdizioni nazionali. Quindi se si evita o si rimuove la questione del loro fondamento quelle dichiarazioni finiscono per risultare degli assiomi, sia pure di nobile ordine morale, per i quali è stato possibile solo un accordo pratico, mentre è stato impossibile un accordo teorico. Maritain infatti ricorda

12 Cfr. F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e interpretazioni*, Roma–Bari 2002, p. 3. Il positivismo giuridico ha pervaso il pensiero giuridico della convinzione che etica e diritto sono su due piani differenti e che il diritto s'identifica con le leggi dichiarate dallo Stato, rispetto alle quali l'etica può influire soltanto nel momento pre-giuridico. La crisi del positivismo rimette in discussione questo assioma e Capograssi introduce la concezione del diritto come esperienza giuridica e quindi non tanto o non come diritto ufficiale statuale, ma come regolamentazione dei rapporti interpersonali sui quali l'etica ha un peso notevole e talora dà ragione e contenuto alla regola politica. Il giurista Paolo Grossi afferma che il diritto in quanto ha a che fare con la vita quotidiana dell'uomo non può non avere implicazioni etiche. In questo quadro il "giuridico" appartiene sempre più al diritto e meno alla legge ed è l'etica a chiarire il contenuto della norma che tende a tornare ad essere espressione del volere dei singoli e delle collettività. Grossi afferma: «il diritto non è soltanto ordinamento, ma ordinamento osservato (...), si fonda su una precisa consapevolezza del valore che lo sorregge (...). L'ordine giuridico autentico attinge allo strato dei valori di una comunità per trarne quella forza vitale che nasce unicamente da una convinzione sentita, per trarne quella solidità che non ha bisogno della coazione poliziesca per mantenersi stabile» (P.Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma–Bari 2003, p. 20). Mentre Kelsen, sebbene usi spesso l'espressione "etico-giuridico", afferma che il diritto non ha nulla di etico e non ha rapporto all'etica: in esso non è ammissibile neanche un «minimo etico» in quanto questo non è un valore essenziale al diritto. La via seguita da Kelsen è quella della neutralità assiologica sia del diritto che della scienza del diritto. Cfr. su tale argomento H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr.it.di M.G. Losano, Torino 1966.

che l'accordo ci può essere nella formulazione dei diritti, a condizione che non ci si domandi il perché.¹³

Se si nega il sapere metafisico, come il concetto di persona, non è possibile dare una solida fondazione dei diritti dell'uomo che non avrebbero un fondamento oggettivo e solido e si ridurrebbero ad enunciazioni di buona volontà. Per una fondazione stabile e sicura dei diritti dell'uomo c'è bisogno di una spiegazione razionale ed etica che li sottragga alla variabilità e che può trovarsi nella legge naturale insita nella persona umana, creata ad immagine e somiglianza di Dio, proprio perché, per dirla con Rosmini, la persona ha nella sua natura tutti i costitutivi del diritto, in quanto essa è il «diritto sussistente», «l'essenza stessa del diritto»¹⁴.

13 Cfr. J. Maritain, Introduzione a AA.VV., *Dei diritti dell'uomo*, testi raccolti dell' UNESCO, tr. it. Milano 1952, pp. 12–18. Cfr. anche su tale argomento M. Indellicato, *La centralità della persona* in Jacques Maritain, *op. cit.*, in particolare capitoli I e II.

14 Cfr. A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Padova 1967, pp. 191–192. Giuseppe Capograssi, a tal proposito, ha messo in evidenza, con illuminanti osservazioni, il senso unico di questa identificazione della persona umana con il diritto sussistente, e così scrive: «Che significa questa singolare identificazione del diritto con la persona, che a noi abituati come siamo a vedere nel diritto qualche cosa di normativo, di sociale, di collettivo, di coattivo, sembra più che paradossale addirittura incomprensibile? Tutto il concetto di Rosmini, la novità del suo concetto, sta in questa identificazione. E significa: che tutta l'esperienza concreta e storica del diritto, le autorità, le leggi, le obbedienze che la compongono, mettono capo a questo unico punto vivo che è la persona (...). Questa specie di anello magico dell'infinito e dell'empirico, è, come tale, attività e sovranità: attività perché è la vita stessa che si muove e si organizza in tutte le sue concrete esigenze e sovranità perché è l'affermazione della vita come verità cioè della sua destinazione infinita. Per conseguenza la persona è il diritto sussistente, perché nella persona verità e vita, eterno e sentimento, valore e fatto fanno blocco: per essa realizzare la propria vita è adempire un infinito dovere nel quale si riassumono tutti i doveri della vita. E quindi in essa, per usare il linguaggio preciso dei giuristi, diritto oggettivo e diritto soggettivo coincidono: l'affermazione della propria vita come tendenza alla felicità e l'affermazione della vita come legge assoluta (...). I fatti fondamentali e costitutivi – la esistenza della persona, e la congiunzione che la persona fa a se stessa, al suo principio supremo, delle sue attività particolari che così diventano proprie, e attraverso tali attività la congiunzione che essa fa a se stessa alla qualche la sua sete dell'essere la spinge, delle cose, delle volontà, delle persone – costituiscono l'essenza stessa e il sistema dei diritti. Il diritto è la persona. Egli ci ha detto una verità la qualche secondo la natura della verità è ricca di innumerevoli contenuti ed inesauribile nella sua ricchezza. E' una verità che Rosmini ci ha detto, ma è una verità che se non tutti riconoscono, tutti effettivamente seguono e la storia del pensiero giuridico lo dimostra» (G. Capograssi, *Il diritto secondo Rosmini*, in *Opere*, Milano 1959, vol. IV, pp. 331ss). Questa lapidaria formula della persona "diritto sussistente" non rappresenta una definizione retorica o vaga ma è una espressione densa di significato: il diritto è antropologicamente ed assiologicamente fondato, e la persona–diritto esprime il generale principio ontologico di sussistenza. Il diritto è pensabile come un modo d'essere dell'uomo, diciamo pure che non esistendo fuori dell'uomo e senza dell'uomo, il diritto è un atto "ontologico" nel quale l'uomo progetta e realizza la condizione della convivenza con un minimo di interiorità e un massimo di exteriorità relazionale. «Nel quadro del principio ontologico di sussistenza, – afferma – Sergio Cotta, Rosmini individua la "supremazia naturale" della persona nell'ordine naturale e sociale poiché sul piano conoscitivo essa ha "la potenza di affermare tutto l'essere". Ne consegue, sul piano direttivo – retto dal principio di "riconoscere (nell'agire) le cose per quelle che sono" – il dovere unitario (morale, giuridico, politico) di rispettare la persona nella sua sussistenza. In questi termini, la costruzione rosminiana risulta perfettamente coerente e rivelatrice del fondamento dei diritti dell'uomo. La persona, l'individuo umano, è la realtà ontologica prima, il principio (non nel senso di assioma bensì di arké) nell'ordine tanto dell'umana riflessione teoretica e coscienziale, quanto dell'agire pratico in ogni sua forma» (S. Cotta, *La persona come "diritto sussistente"*, oggi, in AA. VV., *Rosmini pensatore europeo*, Atti del Congresso internazionale, Roma 26–29 ottobre 1988, Milano 1989, p. 177). Per un'etica della vita esigente il diritto, è al diritto naturale che bisogna far riferimento innanzitutto, come all'apriori ontoassiologico–universale antropologico, perché «il diritto, come afferma Aldo Moro, è essenzialmente la stessa legge etica come verità e perciò determinante di un completo processo di attuazione della totale vita etica della umanità» (A. Moro, *Lo Stato. Il Diritto*. Bari 2006, p. 45). Il mondo umano è anche essenzialmente giuridico a titolo della sua propria umanità, in ragione cioè di quella vibrazione etica che lo pervade e ne costituisce l'anima di libertà. «Se ci sono diritti soggettivi, non è solo perché prima ci sono norme giuridiche che li istituiscono e li garantiscono con l'usbergo della sanzione minacciata a chi osa violarli (...). La linfa dei diritti soggettivi, e non esistono diritti più soggettivi dei diritti dell'uomo, precede le norme giuridiche dei codici e delle leggi. Ed erompe, i codici e le leggi non essendo che crosta di un

Alla base dei valori essenziali vi è solo il riconoscimento di una legge morale che, in quanto “legge naturale” iscritta nel cuore dell’uomo, per dirla con Maritain, è punto di riferimento normativo della stessa legge civile. Quando, per un tragico oscuramento della coscienza collettiva, lo scetticismo giungesse a porre in dubbio persino i principi fondamentali della legge, lo stesso ordinamento democratico sarebbe scosso e minato nelle sue fondamenta. Scrive Giovanni Paolo II: « Al di là delle intenzioni, talvolta buone, e delle circostanze, spesso difficili, le autorità civili e i soggetti particolari non sono mai autorizzati a trasgredire i diritti fondamentali e inalienabili della persona umana. Così solo una morale che riconosce delle norme valide sempre e per tutti senza alcuna eccezione, può garantire il fondamento etico della convivenza sociale sia nazionale che internazionale»¹⁵.

pane duro solo all'esterno, da un dovere etico (...). La sua (del diritto) forza deterrente è debole al cospetto della forza che ha la voce della mia coscienza» (D. Corradini, Ein Liebenslied, in F. Arnò–D. Corradini H. Broussard, Pisa 2003, p. 32).

15 Giovanni Paolo II, Lett. enc. Veritatis splendor, 6 agosto 1993, n. 97.

IL FONDAMENTO ETICO DEI DIRITTI UMANI

La questione fondamentale e decisiva della fondazione dei diritti umani indica l'esigenza di allargare gli spazi della nostra razionalità, di riaprirli alle grandi questioni del vero, del bene, del giusto, dell'etica della vita, del rispetto della vita, della dignità della persona e quindi di congiungere tra loro la teologia, la filosofia e le scienze, nel pieno rispetto dei loro metodi propri e della loro reciproca autonomia, ma anche della consapevolezza dell'intrinseca unità che li tiene insieme.

Non è possibile salvaguardare i diritti umani, la stessa dignità della persona, prescindendo dalle ragioni profonde in cui essi trovano la loro ultima spiegazione e fondazione, ragione e giustificazione. Queste ultime non possono essere che etico-religiose perché fondate sulla struttura ontologica dell'uomo. Il diritto è la persona e la persona è la realtà onto-assiologica prima, il principio nell'ordine tanto dell'umana riflessione teoretica e coscienziale, quanto dell'agire pratico in ogni sua forma.

ETYCZNE PODSTAWY PRAW CZŁOWIEKA

Fundamentalną oraz decydującą kwestią podczas ustanawiania praw człowieka jest potrzeba rozszerzenia zakresu naszej racjonalności i ponownego otworzenia jej na ważne kwestie prawdy, dobra, sprawiedliwości, etyki życia, godności ludzkiej, a więc połączenia ze sobą teologii, filozofii i nauki przy pełnym poszanowaniu ich własnych metod i ich wzajemnej autonomii, jak i również przy świadomości ich wewnętrznej jedności, która utrzymuje je razem.

Nie ma możliwości ochrony praw człowieka, samej godności osoby, nie biorąc pod uwagę głębokich przyczyn, w których znajdują one ostateczne wyjaśnienie oraz swoje ustanowienie, powód i wytłumaczenie. Te ostatnie mają charakter etyczno-religijny ponieważ opierają się na strukturze ontologicznej człowieka. Prawo jest osobą a osoba jest najpierw rzeczywistością onto–aksjologiczną, zasadą w porządku stworzoną na podstawie zarówno refleksji teoretycznej i sumienia ludzkiego, jak i praktycznego działania w każdej formie.

THE ETHICAL BASIS OF HUMAN RIGHTS

The fundamental and decisive factor in establishing human rights, is the need to extend the scope of our rationality and to re-open it on important issues of truth, good, justice, ethics of life, human dignity, and therefore the fusion of theology, philosophy and science with full respect for their own methods and their mutual autonomy, and also with the awareness of their inner unity, which keeps them together.

There is no possibility of protection of human rights, the dignity of a person, not taking into account the profound causes, in which they have their definitive explanation and establishment, the reason and explanation. The latter are of ethical and religious character because they are based on the ontological structure of the human being. The right is the person and the person is the onto-axiological reality at first, the principle of the order created on the base of both theoretical reflection and human conscience, and practical action in any form.

Key words: human rights, theology, philosophy, science, rationality

L'UMANESIMO TOTALE NEL PENSIERO DI ANTONIO ROSMINI

1. La filosofia e l'uomo

La filosofia personalistica di Rosmini¹ è certamente un invito agli uomini del suo tempo e, noi crediamo, ancora attuale per l'umanità del terzo millennio, a rispettare la persona e i valori che la costituiscono ponendoli al centro nel dialogo sull'uomo e sul suo destino per il superamento delle barriere ideologiche, per la soluzione dei conflitti etnici, per la questione morale che tanto sta investendo il nostro tempo, purtroppo caratterizzato da relativismo, nichilismo e materialismo imperanti. Il discorso filosofico che Antonio Rosmini ha elaborato in tutte le sue opere ha sempre posto al centro la persona umana "creata, ferita, redenta" e quindi libera, che si apriva a orizzonti destinati ad andare oltre il tempo e lo spazio, ma che non mirava solo alla proposta di una filosofia perennis. La filosofia, lacerata e frammentata, secondo il filosofo roveretano, ha bisogno di essere risanata e l'enciclopedia, in quanto ordine unitario scientifico e struttura articolata di relazioni, si pone come idoneo strumento di risanamento, ma per migliorare la filosofia è necessario migliorare il filosofare, il modo di pensare e, dunque, l'uomo che pensa. Infatti per Rosmini, per

1 Rosmini Serbati, Antonio nacque a Rovereto (Trento) nel 1797 e morì a Stresa (Verbania) nel 1855, filosofo e teologo italiano. Studiò nella facoltà teologica dell'Università di Padova e fu ordinato sacerdote nel 1821, nel 1828 fondò la congregazione religiosa dei «rosminiani» (Istituto della Carità). Sul piano filosofico, tutta la sua attività mirò a restaurare l'accordo della filosofia con la religione contro il sensismo e l'illuminismo, denunciati per le loro conseguenze distruttive tanto in sede teorica quanto in sede politica. Autore di numerosissime opere di carattere filosofico, teologico, politico, etico-giuridico e pedagogico, pose al centro del suo pensiero il primato della persona che definì «cumignolo della natura umana, diritto sussistente, essenza del diritto». Nel campo propriamente religioso è celebre il suo scritto *Le cinque piaghe della santa Chiesa* composto nel 1832, pubblicato nel 1848 e subito messo all'indice: esso infatti contiene proposte innovative di riforme della chiesa che troveranno realizzazione soltanto nel Concilio Vaticano II. Nell'etica e nella teologia Rosmini segue le dottrine di Agostino e Tommaso sostenendo la convergenza dei due dottori della chiesa. La sua è una visione della vita come «tendenza affettuosa dell'essere verso l'Essere». Come afferma Capograssi la legge che riconosce l'essere è veramente il criterio profondo dell'esperienza rosminiana, non solo della vita morale, ma della speculazione, perché «la speculazione è per Rosmini parte essenziale della vita morale ed ha gli stessi e forse più rigorosi doveri di questa». Interessante è il lavoro svolto per la redazione della *Positio super vita, virtutibus et fama sanctitatis*, presentata alla Congregazione delle Cause dei Santi nel 2003 per gli ultimi atti che hanno portato Antonio Rosmini alla beatificazione il 18 novembre 2007, a conclusione di un lungo e travagliato percorso di oltre centocinquanta anni.

perfezionare la filosofia è necessario perfezionare la causa che la produce, cioè la mente umana².

Infatti la filosofia che il pensatore roveretano elaborò testimonia attenzione e premura per l'uomo nella sua interezza e mirava, per usare una sua famosa espressione, a riunire l'uomo «miseramente amezzo». Una filosofia che intenda migliorare l'uomo dovrà essere vera e totalmente vera, poiché «solo la verità intera» è «perfezionatrice dell'uomo», e Rosmini, a tal proposito scrive: «Una filosofia la quale non tenda al miglioramento dell'uomo, è vana. Ed oseremo dire anche di più, essa è falsa; poiché la verità migliora sempre l'uomo».³ Una vera filosofia deve essere imparziale, deve «amar tutto e odiar nulla», abbracciare in sé «tutti gli enti» e «tutte le idee» senza pregiudizi e non rifiutando «nulla della verità». Una filosofia vera e solida può penetrare fino nei «più intimi e spirituali vincoli delle cose» e salire alla «sublime unità», per la quale solo le cose sono possibili, poiché «essere non è altra cosa che essere uno»⁴. Fonte unica dell'unità è lo spirito e le essenze, che esistono grazie allo spirito, sono quei legami intimi e spirituali che unizzano nella verità tutte le cose e costituiscono nella unità indivisibile il soggetto. Questi legami spirituali, inoltre, vestono di «forma semplice e costante la materia stessa per sua natura molteplice», rendendola «idonea a farsi oggetto» dei nostri concetti e ragionamenti.⁵

Il progetto filosofico rosminiano ha come finalità principale la ricomposizione dello spirito umano «disperso nella molteplicità delle sostanze disordinate» sotto l'unità fondamentale, Dio, «centro di tutte le cose», onde «tutto riceve ordine e perfezione».⁶

2. Unità e totalità

Questa filosofia, inoltre, mentre era sostenuta da una precisa coscienza filosofica del concetto di persona, indispensabile per orientare, a livello etico, ogni azione, al tempo stesso avvertiva la profonda esigenza di confrontarsi con la società e la storia e soprattutto di approfondire la conoscenza delle “potenzialità” dell'essere umano. Rosmini quindi intende elaborare una filosofia sana e solida, una sapienza dell'uomo, interamente e fondatamente concepita assegnandole i caratteri di unità e totalità: «ma chi volesse avere anche fermato con alcune parole lo stesso spirito e la forma di una simile filosofia, basterà che egli ritenga due vocaboli i quali disegnano i suoi due generali caratteri, atti a farla conoscere e contraddistinguere, e questi sono

2 Cfr. I. Mancini, *Il giovane Rosmini. La metafisica inedita*, Argalia, Urbino 1963, pp. 337–352.

3 A. Rosmini, *Come si possono condurre gli studi della Filosofia*, n. 12, in *Introduzione alla Filosofia*, a cura di P.P. Ottonello, Città Nuova, Roma 1979, vol. II, Ed. naz. Crit., n. 1, p. 319.

4 Cfr. A. Rosmini, *Opuscoli Filosofici*, vol. II, Pogliani, Milano 1827–1828, pp. IX–X.

5 Cfr. *ibidem*, pp. VII–VIII.

6 Cfr. *ibidem*, p. X.

Unità e Totalità»⁷. Questi caratteri, riferibili e all'unità indivisibile dell'uomo e alla totalità comprensibile delle scienze, delineano e connotano in modo netto il concetto rosminiano di filosofia cristiana, talvolta oggetto di fraintendimento. L'uomo e le scienze umane hanno una struttura unitaria, ma gerarchica che nell'attività morale-religiosa della persona e nell'antropologia morale toccano il loro vertice. La filosofia non si identifica con la teologia e neppure sono identificabili i rispettivi strumenti di indagine, ma la collaborazione tra scienze filosofiche e scienze teologiche, secondo il filosofo roveretano, è premessa indispensabile per giungere alla Verità. L'ottica è quella non già dell'aut...aut, ma dell'et...et, diciamo pure, con Maritain, del "distinguere per unire". Rosmini stesso si preoccupa di fondare l'autonomia scientifica e razionale della filosofia precisando che con il titolo di filosofia cristiana non intende «una filosofia mescolata coi misteri della religione», cioè una ragione dimissionaria di fronte alla fede o, peggio ancora, succube di questa, ma una filosofia attenta alla totalità delle dimensioni costituenti l'essere uomo, tipica della concezione cristiana. Nella Prefazione al Nuovo Saggio sull'origine delle Idee, Rosmini dichiara di non saper trovare «altra dottrina che meglio della cristiana congiunga in sé medesima l'Unità più perfetta colla Totalità più assoluta»⁸. I caratteri della unità e della totalità sono interdipendenti e complementari sicché la «piena unità delle cose è possibile solo risalendo all'ampiezza del loro tutto, così la loro totalità risulta solo dalla conoscenza della fitta rete di relazioni che vincola in una sola unità le innumerevoli molteplicità»⁹. L'unità che non abbracciasse in sé le cose tutte sarebbe limitata, ristretta e arbitraria povertà di sapere; la totalità non riconducibile a unitaria composizione, sarebbe sterile e inutile travaglio della mente. Perciò i filosofi delle dottrine parziali sono dei sofisti che, limitando le dimensioni dell'uomo e gli spazi della sua cultura, fanno del sapere «un immenso campo sparso di scientifiche ruine»¹⁰. Si può dire che l'itinerario perfettivo prefigurato da Rosmini, e affidato alla mediazione della filosofia, intende condurre lo spirito umano a cercare la perfezione della sua unitaria totalità «nell'interminabile, nell'eterno, nell'assoluto, in quella Unità nella quale la Totalità si contiene»¹¹.

In effetti Antonio Rosmini costruì un suo personalismo cristianamente ispirato, caratterizzato da un forte sapere scientifico-teoretico, generatore di una "filosofia di servizio" e attento alla promozione umana di tutti i cittadini, una filosofia legata alla qualità di un pensiero che non può non essere personalista e non può non impegnarsi per aiutare ciascuna persona ad affermarsi, oltre che sul piano attitudinale, sul piano sociale, etico e culturale.

7 *Ibidem*, vol. I, p. X.

8 A. Rosmini, Prefazione al Nuovo Saggio sull'origine delle Idee, Tipografia di P. Bertolotti, Intra 1875-76, vol. I, n. 11, p. XLVIII.

9 A. Rosmini, Opuscoli Filosofici, *op. cit.*, vol. I, p. XI.

10 *Ibidem*, vol. II, p. XII.

11 *Ibidem*

Si può certamente dire che Rosmini rappresenti uno dei rari filosofi dell'area culturale cristianamente ispirata che si sia posto il problema, con e oltre la filosofia, e che ha irrobustito il personalismo con le ragioni scientifiche di una filosofia tutta rivolta a fortificare la cifra metafisica della persona. La ricerca di un fondamento oggettivo, contro ogni riduzionismo empirista e sensista, nei Principi della scienza morale si traduce in una critica al principio kantiano di autonomia in nome della natura ultimamente eteronoma della legge morale in quanto l'essere umano riceve in sé questa legge ma non la forma; è un suddito a cui «la legge s'impone, non è un legislatore che la impone»¹², e a tal proposito Alici scrive: «Entro questa ricentatura metafisica, Rosmini riabilita la libertà che chiama in causa il concorso di intelligenza e volontà, vincolandola a un ordine onto-assiologico. Su tale base a partire dal primato dell'essere personale, che s'annuncia nel 'sentimento fondamentale corporeo' egli elabora un'originale riflessione giuridico-politica»¹³.

Tutta la sua filosofia può definirsi una “filosofia aperta” che è attenta all'essenza e all'esistenza dell'uomo, alla totalità del suo essere e del suo dover essere, alla sua storicità e a un orizzonte di senso nel mondo e oltre il mondo. Rosmini è come incantato di fronte alla bellezza naturale e soprannaturale della persona. Questa, infatti, grazie al «principio attivo supremo», di cui è dotata, può esprimersi in una variegata molteplicità di azioni e attitudini. Essa è «il cumignolo dell'umana natura» e a tal proposito scrive: «L'uomo è molteplice nelle sue azioni, molteplice nelle attitudini, negli aspetti, nelle forme diverse che prende la sua natura. Non si può fare a meno di stupire considerando come l'unità di questa natura si ponga sì ineguale, e quasi infinita nelle sue variazioni, quante prenda nuove fisionomie, quanti nuovi caratteri ne' diversi individui, nelle diverse società, in tempi e luoghi diversi, nelle diverse stirpi, climi, gradi di sviluppo, in tanti accidenti, in tante vicissitudini. Tutta questa molteplicità di forme suppone indubbitamente molteplicità di potenze, e nelle potenze molteplicità di operazioni, di abiti, di condizioni. Tuttavia una molteplicità sì grande riducesi a pochi principii, e finalmente ad uno solo, che forma il cumignolo dell'umana natura, voglio dire alla personalità»¹⁴.

Nell'ambito del concetto di persona, Rosmini mette in evidenza tutte le principali dimensioni che la costituiscono, dall'incarnazione alla comunione alla trascendenza, facendo così emergere un personalismo attento all'unità della dimensione orizzontale e verticale nel pensare l'uomo integrale, alla difesa dei suoi inalienabili diritti, alla sua originalità, ma anche alla condizione in cui vive e alle sue esigenze sociali, alla sua “dimensione storica” e al suo potere di trascendimento.

12 A. Rosmini, *Principi della scienza morale*, a cura di U. Muratore, Istituto di studi filosofici di Stresa, Città Nuova, Roma 1990, p. 64.

13 L. Alici, *Filosofia morale*, Ed. La Scuola, Brescia 2011, p. 205.

14 A. Rosmini, *Antropologia in servizio della scienza morale*, a cura di F. Evain, Città Nuova editrice, Roma 1981, par. 839, p. 463.

Può bastare leggere l'Epistolario, che è la fedele riproduzione del suo animo di giorno in giorno, ma anche tutte le sue opere per notare l'unità e l'uguaglianza del suo spirito sempre presente a se stesso e sempre vigile nella ricerca della verità, della libertà personale, nella difesa dei diritti umani e del bene morale dell'uomo, guidato in ciò dal senso del soprannaturale (*sensu Christi*) che pervade tutto e lo sollecita a una carità sempre più generosa e sapiente.

3. Persona umana e diritto

La persona umana come "epifania dell'essere" è una fondamentale ripresa, sotto angolature diverse, nei personalisti del XX secolo.

Rosmini per primo ne ha colto la struttura metafisica nell'inabitazione dell'idea dell'essere che è anche manifestazione dell'assolutezza in dignità della persona.

Tornare a considerare la persona come fine, come vertice supremo di tutte le attività umane, come centro di espansione di amore, di bene, di verità e come riferimento del progresso e della civiltà, è compito precipuo del personalismo proposto da Rosmini durante il suo percorso spirituale e culturale.

Considerare la persona come la scelta più alta della storia umana, significa porre la persona al centro di tutte le attività; ma non può essere effetto di manipolazione, di alienazione, di violenza.

Il filosofo roveretano nella Filosofia del diritto così scrive: «La persona ha nella sua natura stessa tutti i costitutivi del diritto: essa è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto».¹⁵

Rosmini è totalmente convinto di questa realtà da definire l'uomo e quindi la persona «bellezza corporea», «bellezza psichica», «bellezza microcosmica», «bellezza specifica».¹⁶

Solo la persona ha valore di fine ed è «una potenza, l'ultimo atto della quale è congiungersi all'Essere senza limiti per conoscenza amativo».¹⁷

Essa così «diventa come un centro e un fine dell'universo»¹⁸, ed è fonte di diritti inalienabili, l'unica creatura che, con l'intelligenza e con la volontà, «può congiungersi all'Essere senza limiti», e Rosmini afferma, nella Filosofia del diritto, che neppure Dio può usare la persona come mezzo; e che Dio dispone degli uomini «con grande reverenza».

15 A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Cedam, Padova 1967, I par. 52, p. 192; e par. 49, p. 191.

16 Cfr. A. Rosmini, *Teosofia*, a cura di M. Adelaide Raschini e P. Paolo Ottonello, Città Nuova, Roma 1998, II, nn. 1086–1090, pp. 406 *ess.*; nn. 1120–1121, pp. 444–447.

17 *Ibidem* I, n. 35, p. 69.

18 Cfr. *ibidem*, II, n. 1120, pp. 444–445.

A chi ritiene che Dio possa usare la persona come «puro mezzo» dal momento che ne è creatore, Rosmini risponde: «Ciò che rende fine la persona umana è l'elemento divino che la informa. Ora, questo elemento, che in Dio si confonde con Dio, non può essere adoperato come un semplice mezzo né pure da Dio stesso; perché non può adoperar se stesso come mezzo, essendo egli essenzialmente fine. L'onde la divina Scrittura dichiara, che Iddio mise se stesso a fine di tutte le cose, né poteva essere altro. Egli è dunque fine anche in quanto si comunica all'essere umano o per lume della ragione, o per doni superiori alla natura. Coerentemente a questa dottrina, che innalza l'uomo a somma nobiltà, la divina Scrittura dice che Iddio, nel suo assoluto oltrepotente dominio, dispone degli uomini con grande riverenza»¹⁹.

La persona umana, qualunque essa sia, poiché possiede questo elemento divino non può mai essere considerata oggetto o mezzo. Rosmini, in una stupenda e attualissima pagina della Filosofia del diritto, afferma che anche la persona portatrice di handicap deve essere considerata sempre persona e mai strumentalizzabile. In ciò il filosofo roveretano ha precorso i tempi, se è vero come è vero che solo con la legge 104/92 per la prima volta si parla dell'handicappato come persona. Il concetto di persona non è legato alla funzionalità della persona, allo sviluppo mentale e alle capacità operative e produttive del singolo individuo. La centralità della persona e il valore della sua dignità sono una costante del pensiero rosminiano che invita la medicina, gli scienziati, le scienze umane in genere a rispettare come persona anche coloro che sono afflitti da mali invalidanti. La dignità è ciò che non ha prezzo, è non comprabile né vendibile, per Kant sta nel contesto dell'autotelicità (ovvero l'essere fine a se stesso) dell'essere umano e del conseguente divieto assoluto di strumentalizzazione²⁰. Quanto è chiara, a livello teoretico, una tale definizione, altrettanto difficile diventa la sua giustificazione nella società post-moderna. La lingua del rispetto, del timore reverenziale, afferma Luhmann, è screditata dal tramonto della metafisica²¹. Ne consegue coerentemente che «il postulato che ogni vita umana è sacra, non esiste più»²².

Sicché il concetto di dignità della persona, che affonda la sua ragion d'essere nel fatto di essere stata creata a immagine e somiglianza di Dio, nel mondo secolare non è più vincolante. Gli approcci prevalentemente filosofici che riconoscono la dignità in base a libertà, ragione, capacità produttiva, si rivelano problematici proprio là dove attualmente la dignità è posta in discussione: ecco che vengono discussi lo status di persona dell'embrione, la ragione dei malati di demenza, la libertà del moribondo. Il concetto di persona non può essere considerato in un'ottica funzio-

19 A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, cit., IV, par. 544–545, pp. 868–869.

20 Cfr. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der sitten*, in *Werke*, a cura di V.W. Weischedel, Frankfurt a. M. 1968 VII, p. 68 (tr. it. *Fondamenti della metafisica dei costumi*, La Nuova Italia, Firenze 1958, p. 144).

21 Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, p. 9 (tr. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, a cura di G. Palombella, Dedalo, Bari 2002, p.15).

22 Cfr. P. Singer, *Intervista a Der Spiegel*, 25 novembre 2001.

nalistica, per cui se l'uomo è capace, è sano, è cosciente, è produttivo può essere rispettato come tale, altrimenti no.

A questa visione, certamente riduttivistica e lesiva della dignità dell'uomo, rispondiamo con Rosmini e Kant. In un brano attualissimo della Filosofia del diritto Rosmini così scrive: «Sarebbe contro il senso comune il sostenere che i pazzi o i bambini non abbiano diritti di sorte. E da ciò si può dedurre, che il senso comune è tratto implicitamente a veder nell'uomo un essere ragionevole e morale anche quando i segni esterni del ragionamento non sono così palesi. Uno dà miglioramenti che fanno immenso onore a' tempi moderni, e in cui il progresso è evidente, si è la maniera colla quale vengono presentemente ordinati e condotti manicomi. La massima che vi segue è finalmente quella di vedere nel pazzo un uomo come noi, e trattarlo come un nostro simile. Lo stesso progresso, degno di qualsivoglia maggiore encomio, si è quello che si va facendo nell'educazione de' bambini. Si va riconoscendo l'epoca della ragione ad un'età sempre più tenera; non dubito che si giungerà a scorgere un lampo di intelligenza anche nel primo riso che il bambino volge alla madre, e grandemente si perfezionerà l'arte preziosa, per la quale la ragione dell'infante e quella dell'adulto vengono a comunicar fra loro; si troverà, per intendersi, fra il bambino e l'adulto un linguaggio comune. Tutti questi progressi sono sentenze di morte contro il sensismo».²³ In un discorso ai partecipanti al Congresso Internazionale promosso dalla Federazione dei medici cattolici e dalla Pontificia Accademia per la vita, Giovanni Paolo II così si è espresso: «...sento il dovere di riaffermare con vigore che il valore intrinseco e la personale dignità di ogni essere umano non mutano, qualunque siano le circostanze della sua vita. Un uomo, anche se gravemente ammalato od impedito nell'esercizio delle sue funzioni più alte, è e sarà sempre un uomo, mai diventerà un 'vegetale' o un 'animale'».²⁴

Nei rapporti interpersonali, l'uomo può trarre vantaggi dal suo simile ma sempre rispettando la sua dignità come per esempio nei problemi di natura economica, negli scambi commerciali e nelle più svariate attività della quotidianità. Tali rapporti, tuttavia, non devono assolutamente fondarsi sull'uso illimitato dell'altro, perché l'uomo non è certamente una cosa, un oggetto anzi, per dirla con Mounier, la persona «è proprio ciò che oggetto non è», e Rosmini stesso sottolinea che, nel rapporto con l'altro, l'uomo deve «imporsi un limite» e, nell'imporsi questo limite, deve considerare il suo simile come persona²⁵. L'uomo, secondo Rosmini, non è solo un "elemento reale", ma è soprattutto "elemento personale" in cui risiedono la dignità morale della persona, la libertà, il perfezionamento morale e quell'elemento di "eccellenza", cioè il potere attivo e supremo della volontà intelligente, che nessun potere umano ha il diritto di annullare. A tal proposito il filosofo roveretano così scri-

23 A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, cit., I, nota I in riferimento al par. 39, p. 189.

24 Giovanni Paolo II, *Osservatore Romano*, 20-21 marzo 2004.

25 Cfr. A. Rosmini, *Filosofia della politica*, Marzorati, Milano 1972, p. 142.

ve: «L'uomo può usar del suo simile in quanto glielo permette l'elemento reale che si trova nella natura del suo simile, e non una linea più in là; può usarne, ma salva la condizione di rispettare l'elemento personale che pure si trova nella natura stessa del suo simile, salva la condizione di non impedire e di non disturbare il perfezionamento morale di quel suo simile di cui egli usa, nel qual perfezionamento si sta la dignità morale della persona, la libertà di essa e quella eccellenza che a nulla si piega, a nulla serve, perché è infinita»²⁶. Considerando questi pensieri di Rosmini si può veramente dire che la sua lezione è di una attualità sconvolgente perché mette in evidenza come il diritto illimitato sull'uso delle cose non può e non deve significare diritto illimitato sulla persona. L'uomo vende la sua forza lavoro e non già la dignità della sua opera, nè i suoi diritti. Lo stesso vincolo giuridico, che vi è tra prestatore e datore di lavoro non può comportare il dominio giuridico e morale del datore di lavoro sulla persona e sulla personalità del lavoratore. Il diritto sulla personalità è «un assurdo, un inizio e temerario sogno dell'umanità»²⁷. Rosmini è fortemente critico nei confronti di ogni processo di reificazione della persona sia dal punto di vista ideologico, giuridico, culturale e politico al punto da affermare: «Sebbene adunque l'uomo possa cavar vantaggio a sé stesso tanto dall'usar delle cose, quanto dall'usare delle persone (servi), che vengono in tal caso considerate sotto il rapporto di cose, tuttavia l'usar ch'egli fa delle cose, e l'usar ch'egli fa delle persone distinguesi essenzialmente, infintamente; perocchè il primo è illimitato e rimesso al buon piacere di colui che il fa; il secondo è limitato e astretto sempre alla legge del rispetto personale onde dee continuamente accompagnarsi. Tuttavia nell'uno e nell'altro caso vi ha un vero uso; nell'uno e nell'altro caso la cosa usata considerasi come mezzo, e chi la usa come fine; il rapporto ed il vincolo è reale e non personale è di mezzo e non di fine».²⁸

Per questo Rosmini insiste molto sulla salvaguardia del valore di libertà costitutivo dell'essere persona, tanto da affermare in una nota della Filosofia del diritto: «Vi ha un principio nell'uomo che non è solo moralmente, ma ben anche fisicamente inalienabile. Questo principio è quello della libertà personale considerata in se stessa, senza riguardo agli oggetti buoni o mali in cui si porta la sua azione. Il parlarsi di vera alienazione di tale principio, sarebbe formare un discorso assurdo, contraddicente, sarebbe come dire sì o no nel medesimo tempo; e ciò perché ove si dice libertà personale, si nomina l'essenza della libertà, e l'essenza della libertà tiene in sé il concetto contrario a quello dell'alienazione e dell'appartenere altrui».²⁹

Il filosofo roveretano sprona gli uomini a liberarsi dall'egoismo che li imprigiona ad una vita senza speranza, libertà e verità e li incita ad aprirsi ad una dimen-

26 *Ibidem*

27 *Ibidem*, p. 144.

28 *Ibidem*, p. 142.

29 A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, cit., nota n. 2, p. 209.

sione trascendente, ad un cammino d'amore verso Dio, perché, come egli afferma: «l'amore fra gli uomini nacque da Dio»³⁰ che è “fonte limpidissima” e gli uomini solo dirigendosi verso questa fonte, e vivendo tra loro nell'unità di questa origine divina, possono dare valore alla loro vita, perché solo Dio può innalzare l'uomo a “somma nobiltà”.

Una filosofia senza Dio, afferma ancora Rosmini, spoglia l'uomo della sua libertà e lo sottopone ad una fatalità cieca. Con tale filosofia «si dibatterà disperato fin a tanto che, non potendo più sostenere, ricalcitando, rigetti da sé quel sistema che così illiberamente lo vorrebbe serrare con leggi ferree dentro la sua natura siccome in un inferno. No, la natura umana non è così orribile; non è l'inferno dove non si possa trovare Dio, un Dio vivo e vero, distinto da lei. Il Creatore non l'ha costituita soggetta a fisiche leggi, ma a leggi di verità e di amore: libera nel tempo che da leggi guidata, ella può scegliere la verità o l'errore, Iddio o se stessa, il bene od il male: essa è fatta per la grandezza, per la perfezione, per la felicità, ma a patto però che non la sperni o non la cerchi giammai in se medesima: è fatta per Iddio, ma a patto che ascolti le sue parole».³¹

30 A. Rosmini, *Storia dell'amore ricavato dalle divine scritture*, Cedam, Padova 1975, p. 1.

31 A. Rosmini, *Frammenti di una storia dell'empietà e vari scritti*, a cura di R. Orecchia, Padova 1967, pp. 63–64.

L'UMANESIMO TOTALE NEL PENSIERO DI ANTONIO ROSMINI

La filosofia personalistica di Rosmini è certamente di grande attualità per l'umanità del terzo millennio in quanto afferma con vigore il rispetto della dignità umana e tende a stabilire il primato della persona, della vita morale e dei valori che la costituiscono.

Tutta la filosofia del pensatore roveretano è «vera e totalmente vera» e presta massima attenzione all'uomo nella totalità del suo essere e dover essere. Solo la «verità intera» è perfezionatrice dell'uomo e la filosofia che non lo migliora è vana e falsa afferma il filosofo. Fonte dell'unità è lo spirito e le essenze, che esistono grazie allo spirito, sono quei legami intimi e spirituali che unizzano nella verità tutte le cose e costituiscono nella unità indivisibile il soggetto. Valori come giustizia, bene, verità e simili sono considerati nel più alto potenziale di vita e per Rosmini ognuno di essi è una fede. Ciò che si coglie, seguendo il percorso spirituale e culturale di Rosmini, è una continua ricerca di verità, un atteggiamento mai statico, sempre in tensione ad individuare la scelta conforme alla volontà di Dio.

Rosmini, dunque, rappresenta uno dei rari filosofi che ha irrobustito il personalismo con le ragioni scientifiche di una filosofia rivolta a fortificare la cifra peculiare della persona, cogliendone per primo la struttura metafisica nell'inabitazione dell'idea dell'essere che è manifestazione dell'assolutezza in dignità della persona.

AUTENTYCZNY HUMANIZM W MYŚLI ANTONIO ROSMINIEGO

Refleksje filozoficzne Rosminiego dotyczące osoby ludzkiej są z całą pewnością bardzo aktualne dla społeczeństwa trzeciego tysiąclecia, ponieważ wyraża się w nich entuzjastyczny szacunek dla godności ludzkiej oraz próba ustalenia prymatu osoby, moralnego życia i wartości, które ją tworzą.

Cała filozofia myśliciela z Rovereto jest „prawdziwa i w pełni prawdziwa” i skupia się na człowieku jako na bycie w kontekście całości oraz na tym jaki ten byt powinien być. Tylko “prawda wewnętrzna” udoskonala człowieka a filozofia, która go nie polepsza jest zbędna i fałszywa – przyznaje filozof. Źródłem jedności jest duch i esencje, które istnieją dzięki duchowi.

To te intymne i duchowe więzi łączą w prawdę wszystkie rzeczy i tworzą podmiot o nierozdzielnej jedności. Wartości takie jak sprawiedliwość, dobro, prawda i podobne są uważane za największy potencjał życia i dla Rosminiego każdy z nich jest wiarą. Podążając ścieżką duchową i kulturową Rosminiego zauważa się ciągle poszukiwanie prawdy, wyczuwa się zachowanie, które nigdy nie jest statyczne, ponieważ stara się on dokonać wyboru zgodnego z wolą Boga.

Rosmini jest więc, co się rzadko zdarza, filozofem, który uzasadnia personalizm dowodami naukowymi a jego filozofia jest skierowana w stronę wzmocnienia unikalnej istoty człowieka, ujmując najpierw jego strukturę metafizyczną przepelnioną ideą istnienia, która jest przejawem absolutu w godności człowieka.

AUTHENTIC HUMANISM THE THOUGHTS OF ANTONIO ROSMINI

Rosmini's philosophical reflections on the human being are certainly very up-to-date for the society of the third millennium, as they express enthusiastic respect for human dignity and the attempt to establish primacy of a person, moral life and values, which create them.

The whole philosophy of thinker from Rovereto is "real and true" and focuses on man as a holistic being and on the way it should be. Only "inner truth" improves the human being and the philosophy that does not make it better is redundant and erroneous – the philosopher claims. The source of unity is the spirit and essences that exist thanks to the spirit.

These intimate and spiritual ties combine all things in truth and form an entity of indissoluble unity. Values such as justice, good, truth and similar virtues, are considered the largest potential for life and each of them means faith for Rosmini. Following the spiritual and cultural path of Rosmini, one notes the continued search for truth, one senses never static behavior, because the philosopher seeks to make a choice in line with the will of God.

Rosmini, is therefore, somewhat unusually, a philosopher who justifies personalism using scientific evidence and his philosophy is directed towards strengthening the unique human being, referring first to his metaphysical structure overfilled by an idea of existence, which is a manifestation of the absolute in human dignity.

Key words: human being, philosophy, values, moral life, spirit, personalism

CZEŚĆ II

WPLYW NOWYCH TECHNOLOGII NA ROZWÓJ INSTYTUCJI PRAWNYCH

WPŁYW PRAWA EUROPEJSKIEGO NA UNORMOWANIA PRZESTĘPSTWA O CHARAKTERZE TERRORYSTYCZNYM W POLSCE

Uwagi ogólne

Terroryzm jest zjawiskiem bardzo złożonym i różnorodnym. Dlatego też jego ujęcie w normy prawa karnego napotyka na poważne trudności. Zarysowują się dwie możliwości rozwiązania tego problemu, tj. stypizowania zamachów terrorystycznych jako wyodrębnionych czynów przestępnych, traktując je jako samoistne byty prawne i jest to niezmiernie zabieg trudny legislacyjnie, na gruncie polskiego prawa karnego chyba niewykonalny lub ustalenie konstytutywnych cech przestępstwa o charakterze terrorystycznym, których wystąpienie powoduje, że dany czyn jest kwalifikowany jako przestępstwo o charakterze terrorystycznym. Innymi słowy, chodzi o stworzenie pewnej matrycy normatywnej, której nałożeniem na dany czyn przestępny stwierdza się, czy mamy do czynienia z przestępstwem noszącym znamiona przestępstwa terrorystycznego. Jest to łatwiejszy sposób rozwiązania tego problemu. Takie właśnie rozwiązanie przyjął polski ustawodawca, wprowadzając ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r.¹ do kodeksu karnego definicję przestępstwa o charakterze terrorystycznym w art. 115 § 20. Jak będzie dalej o tym mowa, nie jest to w polskim prawie karnym rozwiązanie poprawne, którego wadliwość wynika nie z zastosowanej metody legislacyjnej, lecz z niewłaściwego określenia materii normatywnej w tym zakresie, inaczej mówiąc – niepoprawnego ustalenia matrycy. Powoduje to w praktyce poważne trudności w kwalifikacji prawnej danego czynu przestępnego jako czynu o charakterze terrorystycznym, zważywszy nadto, że terroryzm postrzega się we współczesnym świecie jako wyjątkowo groźne zjawisko, które zaburza pokój i normalność życia poszczególnych narodów. Jest to negatywny fenomen społeczny ponadnarodowy, którego przeciwdziałanie poważnie absorbuje poszczególne rządy, polityków, dziennikarzy, służby policyjne i wojsko-

1 Dz.U. Nr 93, poz. 889.

we, a także pracowników naukowych. Zjawisko to poraża najpotężniejsze mocarstwa na świecie (USA, Rosja). Nie sposób jest wypracować skutecznych systemów oraz środków przeciwdziałania temu zjawisku, nawet w sprawnie zorganizowanej współpracy międzynarodowej. Obecnie prawie wszystkie międzynarodowe służby o charakterze policyjnym i wojskowym mają na celu zwalczanie terroryzmu. Stosowane dotychczas metody i środki walki z terroryzmem okazują się mało skuteczne. Jak uczy doświadczenie, ograniczają się one w zasadzie do likwidacji skutków działania terrorystów, a nie sięgają do przyczyn. Oczywistym jest, że usuwanie objawów nie likwiduje ich źródeł. Taka walka, rzecz jasna, prowadzi donikąd. Można to prześledzić na przykładzie międzynarodowej operacji wojskowej w Afganistanie, gdzie do walki z terroryzmem zaangażowano poważne siły wojskowe (w tym i wojska polskiego) oraz sprzętu wojskowego o najnowocześniejszych rozwiązaniach. Walka ta prowadzona jest na prawach wojny. Jak dotychczas walka ta zaostrza się, giną żołnierze, a także ludność cywilna, a rozwiązania tego problemu nie ma, można powiedzieć nawet, że problem walki z terroryzmem w Afganistanie pogłębia się i jego końca nie widać. W Afganistanie świat ma do czynienia z klasycznym zjawiskiem terroryzmu. Poza Afganistanem występuje wiele ugrupowań na świecie nazywanych niekiedy terrorystycznymi, które określają się jako ugrupowania narodowowyzwoleńcze (np. ETA, IRA, partyzanci w Czeczeni i inne). Niektóre zorganizowane związki przestępcze zaliczane bywają także do ugrupowań o charakterze terrorystycznym. Taki stan rzeczy wymaga precyzyjnego określenia pojęcia terroryzmu, nad którym od wielu lat zastanawiają się politycy, specjaliści z prawa karnego i kryminologii, prawa międzynarodowego oraz inni zajmujący się problematyką terroryzmu i jak dotąd brak jest zadowalającego tutaj rezultatu. Ustalenie precyzyjnej definicji zjawiska terroryzmu jest bardzo ważne, gdyż jest to zjawisko groźne, napiętnowane we wszystkich cywilizowanych krajach i dobrze by było, aby wszędzie określono je w taki sam lub zbliżony sposób, a jego zakres i znaczenie ujmowano tak samo lub podobnie. W przeciwnym wypadku, a tak jest chyba obecnie, pewne zjawiska, które w jednym kraju są uznawane za terrorystyczne, w innych krajach uznawane są za zjawiska kryminalne. Wprawdzie zamachy terrorystyczne w konwencjach Narodów Zjednoczonych oraz w ramowej decyzji Rady UE z dnia 13.06.2002 r. są uznawane za przestępstwa kryminalne, jednakże motywacja ich popełniania wskazuje jednoznacznie na podłoże ideologiczne, o czym będzie dalej mowa. Można przyjąć, iż zjawisko terroryzmu jest także zjawiskiem kryminalnym, ale w takiej sytuacji trzeba szczególnie wyróżnić, dodając kryminalno–terrorystyczne², wtedy będzie wiadomo, o jaką materię chodzi.

2 Por. B. Hołyst, *Terroryzm*, Warszawa 2009, s. 97.

Pojęcie terroryzmu

Jak wspominałem, różnorodność i złożoność materii terroryzmu jako zjawiska społecznego powoduje, iż dotychczasowe próby zdefiniowania tego zjawiska zawodzą. Jak podaje B. Hołyst w najpoważniejszym dziele pt. „Terroryzm”, na świecie istnieje ponad 100 definicji terroryzmu. Rozbieżności różnych autorów są tutaj duże. Sam natomiast B. Hołyst wyróżnia trzy pojęcia terroryzmu, tj. terroryzm tradycyjny działający na podłożu ideologicznym, socjalno–tendencyjnym i etniczno–nacjonalistycznym. Można przyjąć, iż jest to próba określenia klasycznego terroryzmu. B. Hołyst stwierdza tutaj, że według definicji FBI istota terroryzmu polega na sprzecznym z prawem użyciu przemocy, aby zmusić rządy do poparcia celów politycznych bądź społecznych. Terroryci chcą, przez szkodliwe oddziaływanie na bezpośrednie ofiary, uderzyć w pośrednią bądź właściwą ofiarę (grupę docelową), którą chcą zastraszyć, by podjęła działanie leżące w ich interesie. Akt terrorystyczny jest więc zdarzeniem, w którym z reguły uczestniczą co najmniej trzy strony: sprawcy, ofiary i grupa docelowa poddawana presji psychicznej.³ Drugim pojęciem terroryzmu wyróżnionym przez B. Hołysta jest terroryzm kryminologiczny, w którym odstępuje się od ideologicznych motywów działania sprawców. Z góry zakłada się, iż terrorysta dopuszcza się przestępstwa o charakterze kryminalnym. Wyłącza się zupełnie działanie terrorysty z motywów ideologicznych. Takie rozumienie terroryzmu jest przybliżone do pojęcia przestępstwa o charakterze terrorystycznym o jakim traktuje art. 115 § 20 kk. Przepis ten stanowi, iż „Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi 5 lat, popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób,
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego czynu.”

Pojęcie to zostało wprowadzone do kodeksu karnego ustawą nowelizującą z dnia 16.04.2004 r.⁴

Definicja ta wprowadziła wielkie nieporozumienie w prawie karnym w zakresie przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Nieporozumienie to polega na tym,

3 Por. F. Ryszka, *Terroryzm polityczny, wstęp do problematyki fenomenu*, (w:) *Terroryzm polityczny*, Warszawa 1981, s. 11.

4 Dz.U. Nr 93, poz. 889.

że autentyczna wykładnia określona w art. 115 § 20 kk. przestępstwa terrorystycznego ustala, iż przestępstwem terrorystycznym może być każdy czyn zabroniony, zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi najwyżej 5 lat, popełniony w celu wymienionym w tym przepisie w trzech punktach, które to cele mogą wystąpić łącznie lub każdy z osobna. Występuje on bowiem w alternatywie zwykłej. Pierwszy z celów został określony, że czyn ten może mieć na celu poważne zastraszenie wielu osób. Z tego wynika, że polska jest krajem o największym natężeniu zdarzeń terrorystycznych, gdyż prawie w każdym mieście, na różnych osiedlach działają grupy młodzieżowe (gangi młodzieżowe), które dokonują uszkodzenia mienia, kradzieży z włamaniem do komórek, kradzieży, biorą udział w bójkach z użyciem niebezpiecznych narzędzi i innych czynów, m.in., w celu poważnego zastraszenia mieszkańców osiedla. Takie czyny, w rozumieniu art. 115 § 20 kk., należałoby kwalifikować jako zamachy terrorystyczne, a takie grupy młodzieżowe należałoby uznać za ugrupowania terrorystyczne. Władza publiczna w Polsce deklaruje, że Polska nie ma rodzimych grup terrorystycznych oraz dotychczas nie odnotowano zamachów o charakterze terrorystycznym. W statystyce kryminalnej też nie uwzględnia się zamachów o charakterze terrorystycznym. Z tego można wnioskować, iż organy ścigania nie przestrzegają przepisów kodeksu karnego odnośnie do czynów o charakterze terrorystycznym. W mojej ocenie postępują słusznie, gdyż tego typu zachowania młodzieżowe są zachowaniami noszącymi znamiona różnych przestępstw, których motywem nierzadko jest okazanie lekceważenia norm prawnych i zasad współżycia społecznego, lecz w żadnym razie nie można ich uznać za czyny o charakterze terrorystycznym, a ugrupowania te za terrorystyczne. Wykładnia autentyczna przestępstwa o charakterze terrorystycznym przewidziana w art. 115 par. 20 kk. powinna zostać poprawiona, należy do tej definicji dodać jednak element ideologicznego działania sprawców, niezależnie od tego, czy z mocy prawa będzie się ich traktować jako sprawców ciężkich przestępstw kryminalnych, a nie politycznych. Wówczas uniknie się nieporozumień w zakresie poprawności kwalifikacji prawnej czynu o charakterze terrorystycznym. Trzecim pojęciem terroryzmu, o którym wspomina B. Hołyst, jest terroryzm międzynarodowy. Rozumie się tutaj akty przemocy zmierzające do zniszczenia symbolicznego statusu, identyczności i bytu bądź istoty ofiary (społeczeństwa, instytucji, osób cywilnych).⁵

Wymaga zauważenia, że polski ustawodawca karny nie uwzględnił w zakresie regulacji przestępstw o charakterze terrorystycznym wymaganych zasad określoności i spójności norm prawa karnego, które przy tworzeniu przepisów prawa karnego, a także przy ich stosowaniu odgrywają bardzo ważną rolę. W sposób bezkrytyczny przyjął opis przestępstwa o charakterze terrorystycznym w decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu,

5 Por. B. Hołyst, *op. cit.*, t. 1, s. 54.

która to regulacja ma charakter przepisów z zakresu prawa administracyjnego, a nie prawa karnego. Decyzja ta, podobnie jak i konwencja Rady Europy z dnia 27 stycznia 1977 r. o zwalczaniu terroryzmu, nie zaliczają przestępstw terrorystycznych do przestępstw o charakterze politycznym. Podobne stanowisko znajduje się w konwencjach ONZ. Przepisy te z góry przesądzają, że przestępstwa terrorystycznego nie można popełnić z motywów ideologicznych. Wydaje się, iż należy jednak odróżnić tutaj dwie rzeczy, tj.: a) traktowanie sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym w przepisach prawa karnego i prawa wykonawczego tak jak groźnych sprawców przestępstw kryminalnych, nie przyznając im statusu więźniów politycznych (więźniów sumienia) i b) motywacje dokonywania przez tych sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Należy tutaj trzymać się rzeczywistego stanu rzeczy. Czym innym bowiem jest regulacja prawna, która nie przyznaje tym sprawcom statusu więźniów politycznych, a czym innym jest określenie motywacji ich działania. W tym zakresie oczywistym jest, że motywacja popełniania przestępstw o charakterze terrorystycznym jest ideologiczna.

Trzeba zwrócić uwagę na to, że ugrupowania terrorystyczne stanowią pewnego rodzaju tajne organizacje o charakterze politycznym, których strategią działania w osiągnięciu założonych celów jest wywieranie presji na władze różnych krajów i organizacji międzynarodowych poprzez zastraszanie określonych grup społecznych w wyniku organizowania wybuchów i katastrof powodujących śmierć i kalectwo nieokreślonej grupy osób oraz poważnych zniszczeń w mieniu. W każdym razie zakładane cele działania przez ugrupowania terrorystyczne mają charakter ideologiczny. W aspektach kryminologicznych nie można utożsamiać tych ugrupowań z przestępczością mafijną lub inną przestępczością zorganizowaną o charakterze kryminalnym lub gospodarczym.

Zaostrzenie odpowiedzialności karnej za czyny o charakterze terrorystycznym w kodeksie karnym

Polska, wykonując zalecenia Rady Unii Europejskiej wynikające z decyzji ramowej z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, wprowadziła zaostrzenie odpowiedzialności karnej za przestępstwa o charakterze terrorystycznym oraz ustaliła wykładnię autentyczną przestępstwa o tym charakterze. Dokonała tego ustawą nowelizującą kodeks karny z dnia 16 kwietnia 2004 r.,⁶ która weszła w życie w dniu 1.05.2004 r.⁷ Natomiast ustawą z dnia 25.06.2009 r.,⁸ która weszła w życie w dniu 22.10.2009 r. w art. 165a kk. wprowadziła nowy typ przestępstwa dotyczący

6 Dz.U. Nr 93, poz. 889.

7 Por. A. Marek, Prawo karne, 9 wyd., Warszawa 2009, s. 330.

8 Dz.U. Nr 166, poz. 1317.

zakazu finansowania przestępstw o charakterze terrorystycznym. Jest to realizacja zaleceń międzynarodowej konwencji o zwalczaniu finansowania terroryzmu podjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 9.12.1999 r., ratyfikowanej przez Polskę w dniu 13.12.2004 r.

Zaostrzeniem odpowiedzialności wobec sprawców przestępstw popełnionych w warunkach recydywy szczególnej, wielokrotnej, o jakiej mowa w art. 64 § 2 kk., na mocy artykułu 65 § 1 objęto również przestępców zawodowych oraz działających w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym, a także sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Zaostrzenie to polega na tym, że sprawcom takim sąd wymierza karę pozbawienia wolności powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Wobec takich sprawców przestępstw, zgodnie z art. 69 § 3 kk., nie stosuje się zawieszenia wykonania kary, chyba że zachodzi wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami. W takiej sytuacji wykluczone jest nadzwyczajne złagodzenie kary w warunkach przewidzianych w art. 60 § 3, 4 i 5 kk. Dotyczy to nadzwyczajnego złagodzenia kary w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia. Z tego dobrodziejstwa nie mogą skorzystać, między innymi, sprawcy przestępstw o charakterze terrorystycznym. Zgodnie z 73 § 2 wobec określonego w art. 64 § 2 kk. sprawcy przestępstwa, dotyczy to także sprawcy przestępstwa o charakterze terrorystycznym; przy zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności dozór kuratora jest obowiązkowy. Skazanego za przestępstwo o charakterze terrorystycznym można warunkowo zwolnić po odbyciu $\frac{3}{4}$ kary pozbawienia wolności, nie wcześniej jednak niż po roku odbycia tej kary (art. 78 § 2 kk.). W takim wypadku okres próby tego skazanego wynosi najmniej 3 lata (80 § 2 kk.).

Dalsze obostrzenia za popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym zawiera art. 258 § 2 i 4 kk., a także 65 § 2 kk. Przy tym 65 § 2 kk. stanowi, że do sprawców przestępstw przewidzianych w art. 258 kk. mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące odpowiedzialności karnej w warunkach recydywy szczególnej wielokrotnej (art. 64 § 2 kk.) z wyjątkiem zaostrzenia kary. Występuje tutaj zaostrzenie dotyczące warunkowego zawieszenia wykonania kary (art. 69 § 3 kk.), dozoru obligatoryjnego (art. 73 § 2 kk.), warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary (art. 78 § 2 kk.), okresu próby (art. 80 § 2 kk.)

Art. 258 kk. określa odpowiedzialność karną za działanie w zorganizowanej grupie przestępczej lub w związku przestępczym. W § 1 określa typ podstawowy tego przestępstwa. W § 2 przewiduje typ kwalifikowany z zaostrzonym ustawowym wymiarem kary od 6 miesięcy do 8 lat. Typ ten kwalifikuje dwie przesłanki, tj. i bez-

pieczeństwo, jeśli a) grupa lub związek przestępczy mają charakter zbrojny, albo b) mają na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

W § 3 przewidziana jest zaostrzona odpowiedzialność karna wobec osób, które zakładają lub kierują grupą lub związkiem przestępczym, w tym mające charakter zbrojny, od roku do 10 lat. Najostrzejszą odpowiedzialność powoduje § 4, który stanowi, że kto grupę albo związek mające na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym zakłada lub takim związkiem lub grupą kieruje, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. A więc jest to zbrodnia w rozumieniu prawa karnego.

Według A. Marka związkiem przestępczym jest ugrupowanie co najmniej 3 osób, o względnie trwałej strukturze organizacyjnej, posiadające nie tylko wspólny cel, lecz także konkretny program, formy współdziałania i podział zadań, wyłonione kierownictwo oraz ustalone zasady członkostwa. Jeśli chodzi o zorganizowane grupy, to w przeciwieństwie do związku przestępczego nie muszą one mieć długotrwałego programu i ustalonych zasad przynależności. Praktyka dowodzi, że ugrupowania terrorystyczne są dobrze zorganizowane, mają ustalone struktury i kierownictwo, występuje tam żelazna dyscyplina, jest ustalone członkostwo, a więc w przedstawionym rozumowaniu są związkami przestępczymi.⁹

Przestępstwo finansowania terroryzmu przewidziane w art. 165a kk. jest przestępstwem nowym w polskim prawie karnym, zagrożonym karą pozbawienia wolności od 2 do 12 lat. Jest to więc przestępstwo o dużej szkodliwości społecznej. Dotyczy ono zakazu finansowania działalności terrorystycznej. Jak zauważa Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w preambule, finansowanie różnych form terroryzmu służy jego rozwojowi i godzi w międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo. Finansowanie tej działalności może odbywać się w sposób bezpośredni lub pośredni, m.in., przez organizacje o charakterze charytatywnym, społecznym lub kulturalnym, a także organizacje prowadzące nielegalną działalność, jak: nielegalny handel bronią, handel narkotykami oraz wymuszenia do finansowania działań terrorystycznych. Brak środków finansowych do prowadzenia tej działalności uniemożliwia wykonanie poważniejszych zamachów terrorystycznych, zwłaszcza na arenie międzynarodowej. Rodzajowym przedmiotem ochrony przestępstwa finansowania terroryzmu jest bezpieczeństwo powszechne. Finansując tę działalność, która godzi w bezpieczeństwo powszechne, tj. w życie i zdrowie nieokreślonej grupy przypadkowych osób oraz mienie w znacznych rozmiarach, tym samym zagraża się temu dobru chronionemu prawem. Indywidualnym zaś przedmiotem ochrony tego przestępstwa jest legalność obrotu finansowego. Ochronia się tutaj obrót finansowy przed jego wykorzystaniem na działalność terrorystyczną. Wykorzystanie występujących w danym obrocie środków finansowych na cele terrorystyczne jest bowiem

9 Por. A. Marek, *op. cit.*, s. 652.

niezgodne z prawem. Sprawcą może być w tym przestępstwie każda osoba zdalna do odpowiedzialności karnej w rozumieniu prawa karnego. Musi spełniać przesłanki podmiotowe do odpowiedzialności karnej, tj. mieć ukończone 17 lat życia oraz być poczytalną lub poczytalną ograniczoną w stopniu znacznym. Od strony podmiotowej omawianego przestępstwa można się dopuścić tylko w winie umyślnej w zamiarze bezpośrednim. Działanie sprawcy jest tutaj ukierunkowane na sfinansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Od strony przedmiotowej sprawca gromadzi, przekazuje lub oferuje środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub mienie ruchome lub nieruchomości w celu sfinansowania działalności terrorystycznej. Finansowanie może tutaj polegać na: a) gromadzeniu środków majątkowych, które może przybrać różne formy. Przepis nie stanowi o jakie gromadzenie chodzi; b) przekazywanie środków majątkowych w różny sposób. Może to być przekazywanie bezpośrednio lub pośrednio. Co do nieruchomości, może to być np. zapis lub darowizna. Środki pieniężne można przekazać na rachunek bankowy lub bezpośrednio; c) oferowanie środków majątkowych może polegać na różnych formach proponowania ich wykorzystania, np. na rzekome cele charytatywne lub kulturalne. Rodzaje środków majątkowych zostały przykładowo wymienione w dyspozycji art. 165a kk., jak: środki płatnicze, którymi może być waluta danego kraju (np. euro, USD, PLN), instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, które są określone w prawie dewizowym, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, jak: działki, budynki, mieszkania.

Możliwe popełnienie przestępstw przez zamachy terrorystyczne

Do typowych form zamachów terrorystycznych zalicza się:

- 1) piractwo powietrzne lub morskie,
- 2) zamachy bombowe na budynki, pociągi, dworce lub inne urządzenia użyteczności publicznej, w których znajduje się większa ilość ludzi,
- 3) zamachy wobec nieokreślonej grupy ludności cywilnej,
- 4) porywanie osób w celu wymuszenia określonego zachowania się władz publicznych.¹⁰

Mając na względzie typizację przestępstw w części szczególnej kodeksu karnego, najbardziej zagrożonymi popełnieniem przez zamachy terrorystyczne są następujące przestępstwa:

- 1) art. 118 kk. – eksterminacja ludności,
- 2) art. 119 kk. – dyskryminacja,

¹⁰ Por. A. Marek, *op. cit.*, s. 331.

- 3) art. 120 kk. – stosowanie środków masowej zagłady,
- 4) art. 128 kk. – zamach na konstytucyjny organ RP,
- 5) art. 134 kk. – zamach na życie Prezydenta RP,
- 6) art. 140 kk. – zamach na jednostki sił zbrojnych RP,
- 7) art. 148 kk. – zabójstwo,
- 8) art. 165a kk. – finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym,
- 9) art. 168 i 170 kk. – przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu,
- 10) art. 173 – 175 kk. – przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji,
- 11) art. 252 kk. – wzięcie zakładnika,
- 12) art. 258 § 2 i § 4 kk. – związek o charakterze terrorystycznym.

Są to przestępstwa, które z natury rzeczy mogą najczęściej występować przy zamachach terrorystycznych. Sprawcy tych zamachów mogą ponosić odpowiedzialność za popełnienie tych właśnie typów przestępstw. Można przyjąć, iż polskie prawo karne jest dostosowane do zwalczania groźnych zjawisk współczesnych czasów, noszących znamiona przestępstw, w tym o charakterze terrorystycznym.

Wnioski końcowe

1. Zjawisko terroryzmu jest bardzo złożone i różnorodne. Ujęcie jego materii w poprawną i jednoznaczną definicję jest jak dotąd niewykonalne. W literaturze przedmiotu występuje ponad 100 definicji i żadna z nich nie jest zadowalająca.

2. Zjawisko terroryzmu jest o tyle niebezpieczne, że współczesne najgroźniejsze organizacje działające na obszarach wielu krajów, działające w ukryciu, np. Al-Kaida, wykonują zamachy na terytorium krajów, które zaliczają do swoich przeciwników. Prowadzą również działania bojowe, jak np. w Afganistanie. W niektórych sytuacjach trudno jest ustalić, czy ma się do czynienia z walką narodowowyzwoleńczą, czy też z terroryzmem, np. Czeczenia, ETA, IRA i inni.

3. W takiej sytuacji ustalenie wykładni przestępstwa terrorystycznego do celów poprawnej kwalifikacji prawnej czynu jest bardzo trudne. Dlatego też wykładnia autentyczna przestępstwa terrorystycznego dokonana w art. 115 § 20 kk. przez polskiego ustawodawcę karnego jest niedoskonała i wymaga poprawienia na drodze legislacyjnej. Wydaje się, iż wprowadzenie do tej definicji całości w postaci moty-

wacji ideologicznej działania sprawcy wyeliminowałoby kwalifikowanie do terroryzmu czynów młodzieżowych gangów osiedlowych. W przeciwnym wypadku należy wobec tych grup stosować zaostrzoną odpowiedzialność karną, jak w wypadku terroryzmu.

4. Akty prawa międzynarodowego, jak i prawa europejskiego jednoznacznie kwalifikują zjawiska terroryzmu do groźnych przestępstw o charakterze kryminalnym. Tak uczynił również polski kodeks karny. Przepisy tych aktów prawnych nie stwarzają możliwości do zaliczania przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz ich sprawców do kategorii przestępstw i przestępców politycznych. Niemniej jednak z kryminologicznego punktu widzenia oczywistym się wydaje, iż ugrupowania terrorystyczne i dokonywane przez nie zamachy posiadają podłoże ideologiczne. Można sprawcom tych czynów z mocy przepisów prawa nie przyznać statusu więźniów sumienia, ale nie można zakłamywać rzeczywistości, a rzeczywistość jest taka, że zamachy terrorystyczne są dokonywane w oparciu o motywację ideologiczną.

5. Ogólnie rzecz biorąc, polskie prawo karne zostało dostosowane do wymogów ONZ i UE w zakresie zwalczania terroryzmu. Posiada zaostrzoną odpowiedzialność karną za te czyny. Odpowiedzialność terrorystów została zaostrzona do poziomu odpowiedzialności za recydywę szczególną wielokrotną. Zostało także wprowadzone przestępstwo o wysokiej szkodliwości społecznej, wyrażonej w ustawowym wymiarze kary, zakazujące finansowania przestępstw o charakterze terrorystycznym.

WPŁYW PRAWA EUROPEJSKIEGO NA UNORMOWANIA PRZESTĘPSTWA O CHARAKTERZE TERRORYSTYCZNYM W POLSCE

Ustalenie wykładni przestępstwa terrorystycznego do celów poprawnej kwalifikacji prawnej czynu jest bardzo trudne. Jego ujęcie w normy prawa karnego napotyka także na poważne trudności.

Akty prawa międzynarodowego, europejskiego i polski kodeks karny jednoznacznie kwalifikują zjawiska terroryzmu do groźnych przestępstw o charakterze kryminalnym. Przepisy tych aktów prawnych nie stwarzają możliwości do zaliczania przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz ich sprawców do kategorii przestępstw i przestępców politycznych. Niemniej jednak z kryminologicznego punktu widzenia oczywistym się wydaje, iż ugrupowania terrorystyczne i dokonywane przez nie zamachy posiadają podłoże ideologiczne. Można sprawcom tych czynów z mocy przepisów prawa nie przyznać statusu więźniów sumienia, ale nie można zakłamywać rzeczywistości, a rzeczywistość jest taka, że zamachy terrorystyczne są dokonywane w oparciu o motywację ideologiczną.

THE IMPACT OF THE EUROPEAN LAW ON POLISH REGULATION CONCERNING CRIMINAL OFFENCE OF TERRORISM

The way to determine and interpret the criminal offence of terrorism for the purpose of correct legal qualification of the action is very difficult. Its inclusion in the standards and frames of penal law also sits uneasily.

Acts of the public international law, the European law and also provisions of the Polish Penal Code, explicitly qualify the phenomenon of terrorism to serious criminal offences (crimes). The provisions of these acts have not made it possible to categorize terrorism as a political offence and its perpetrators as political offenders. However, from the point of view of the criminologist, it seems obvious that groups of terrorists and their attacks have their genesis in ideology. It is not possible to provide, under the provisions of law, the offenders with the status of prisoners of conscience but one should not distort reality. And the reality is, that terrorist attacks are made on the basis of an ideological motivation.

Key words: terrorism, criminal law, qualification, prisoners of conscience, ideological motivation

CYBER TERRORISM – THREAT TO THE SECURITY OF THE STATE AND ITS CITIZENS

1. Introductory notes

The issue of cyber crime, including cyber terrorism, has in recent years become the interest of doctrine, legislation and legal practice.¹

Development in information technology as well as in IT – related infrastructure has led to the growth of cyberspace as a new area of social activity. It is assumed that this term defines all instances of virtual (non–spacial) communication in a physical, immaterial and non–geographical sense, which has been generated due to information technology and its physical manifestation (computers and telecommunication infrastructure).²

According to M. Madej³ the characteristics of cyberspace conceived in this way differ from the characteristics of physical reality, which determines the different nature of any activities taken in its area. This difference will depend mainly on the following factors: low and steadily decreasing cost of initiating and carrying out activities that are taken in cyberspace, regardless of geographical limitations and the relatively high level of anonymity afforded to anyone who undertakes such attack or any other wrongdoing.

It needs to be emphasized that cyber crime, unlike criminal law, has no national borders. Global communication infrastructure such as the Internet facilitates cross–

-
- 1 A. Adamski, *Cyberprzestępczość – aspekty prawne i kryminologiczne*. „*Studia Prawnicze*” 20005, issue 4 (166) and other works of the above author, *Cyberterroryzm nowe wyzwania XXI wieku*. Collective work edited by T. Jemiola, J. Kisielnicki and K. Rajchel. Warsaw 2009, J. Kosiński, Conference summary „Przestępczość w cyberprzestrzeni” (15–16 December 2009 Toruń). „*Przegląd Policyjny*” 2010, issue 1(97), p. 178–181, A. Suchorzewska, *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmem*. Warsaw 2010.
 - 2 A. Bógdał–Brzezińska, M.F. Gawrycki, *Cyberterroryzm i problemy bezpieczeństwa informacyjnego we współczesnym świecie*. Warsaw 2003, p. 37–39.
 - 3 M. Madej, *Rewolucja informatyczna – istota, przejawy oraz wpływ na postrzeganie bezpieczeństwa państwa i systemu międzynarodowego* (in:) *Bezpieczeństwo teleinformatyczne państwa*. Edited by M. Madej i M. Terlikowski. Warsaw 2009, p. 29.

border crime and allows simultaneous harm to be caused to a number of users in many countries with a single act which may not necessarily be penalized in the perpetrator's country of domicile.⁴

It is probable that leaving such crime beyond extraterritorial jurisdiction originates from the assumed relatively low harmfulness of cyber crime, which is not perceived by legislators as a source of real threat to public (over individual) good like state security or the conventional telecommunication infrastructure.

From a legal comparative point of view it becomes clear that some legislators do not adhere to the above mentioned conviction.

A good example can be seen in Polish criminal legislation, in which the crime of 'computer sabotage' (act 269 § 1 and 2 Penal Code) being an action against IT data of 'special importance for the state's defence system' is subject to Polish jurisdiction on the grounds of protection (act 112 Penal Code) e.g. in case an electronic attack on computer-supported elements of Poland's anti-missile system is accomplished from the territory of a 'hacker friendly' country. Since the telecommunication infrastructure is considered to be the world's Achilles's heel, legislation in the USA, the country having the best developed systems, goes even further in such regulations.⁵

Polish criminal legislation pays special attention to crime against data protection (ch. XXXIII Penal Code).⁶ It is assumed that legal grounds for fighting Internet crime are enacted in the areas of consumer rights, data protection, telecommunication law and criminal law.

The term 'cyberterrorism' came into use in the USA in the late 1990's, followed by a variety of definitions, which is why there is no one definition which can be described as consistent and generally accepted.⁷

M. Terlikowski⁸ assumes that cyberterrorism means terrorist activity in which electronic programmes and devices are used as tools or weapons in the hands of terrorists. The act of cyberterrorism (in strict understanding) is an electronic attack which is an element of terrorist combat and results in significant physical damage (other than damage to computer hardware) or even human casualties. The author believes that an attack can be considered an act of cyberterrorism if it is immediately

4 A. Adamski, Podstawy jurysdykcji cyberprzestępstw w prawie porównawczym (in:) Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza. Volume. 2, edited by T. Jasudowicz and M. Balcerzak. Toruń 2009, p. 937

5 A. Adamski, *op. cit.*, p. 954–955.

6 S. Hoc, Karnopravna ochrona informacji. Opole 2009, p. 13 and following., B. Kunicka-Michalska, ch. XXXIII. Przestępstwa przeciwko ochronie informacji (in:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Volume II. Edited by A. Wąsek, R. Zawłocki, 4th edition, Warsaw 2010 r., p. 540–749.

7 G. Weimann, Terror on the Internet. The New Arena, the New Challenges, Washington 2006, p. 152–154.

8 M. Terlikowski, Bezpieczeństwo teleinformatyczne państwa a podmioty pozapaństwowe. Haking, hakytywizm i cyberterrorizm (in:) Bezpieczeństwo teleinformatyczne państwa, *op. cit.*, p. 111.

connected with a particular political issue and the perpetrators make a clear statement that the attack is a form of struggle for their cause.

Development in information technology and IT-based infrastructure leads to the growth of cyberspace being a new area of social activity. This term refers to a variety of virtual relations generated due to information technology as well as its physical manifestation (computers and telecommunication infrastructure).

The term ‘cyberspace’ has been supposedly coined by the American science – fiction writer William Gibson, the author of a literary trend called cyber-punk, who was the first to use this concept in his novel ‘Neuromancer’ published in 1984 (Polish edition, Warsaw 2001).

2. Threats in the Internet and in other areas

It is worth noting that the Internet can be used for criminal operations. The Internet was created in the 1960’s. The first telecommunication network, created in the USA in 1969, was ordered by a military agency ARPA (Advanced Research Project Agency, presently known as DARA (Defense Advanced Research Agency, which was established in 1972 following the reorganization of ARPA) and was designed to test the potential of designing and building a net structure capable of functioning without a specific central point and after sustaining damage to any part of it. In Poland the Internet was first used on 17 August 1991, when scientists from the Faculty of Physics of Warsaw University, exchanged emails with the Computer Centre of the University in Copenhagen. On 20 December 1991, the USA abolished restrictions on computer connection with Poland, as a result of which Poland joined the global Internet.⁹

The Internet users are: administration (including government and self – government bodies), businesses and individual users. The Internet is exposed to various operations which directly or indirectly threaten telecommunication security (threat to the state and its citizens).

Threats to telecommunication security (apart from the effects of natural and technical disasters) comprise remote controlled and unauthorized operations in telecommunication systems, the aim of which is to block or disturb their functions, take over their control or obtain data they contain.

Such operations (electronic attacks) can be targeted at telecommunication systems which belong to public administration, corporations or individual users.

9 P. Dawidziuk, B. Łącki, M.P. Stolarski, Sieć Internet – znaczenie dla nowoczesnego państwa (in:) Bezpieczeństwo teleinformatyczne państwa, *op. cit.*, p. 41 and following.

Attention should also be paid to threats of computer crime resulting from the activities of hackers. In Poland, there have as yet not been any instances of spectacular acts of sabotage or attacks on IT systems, however such cases are likely to happen in the very near future.

According to the report prepared by the American company, Symantec for the second half of 2006 (Symantec Internet Security Threat Report. Trends for July – December 06, www.symantec.com) Poland ranks third in the number of incidents per one Internet user which shows that the Polish Internet is significantly exposed to various infringements of telecommunication security. For instance, in 2005 the website of the weekly ‘Tygodnik Powszechny’ was blocked for two hours as a result of attack. Portal ‘gazeta.pl’ was also attacked by 80 thousand so called ‘zombie computers’ from Latvia, Russia, Spain, Iran and Asian countries. The website of the Atomic Energy Institute in Świerk was repeatedly hacked to insert a supposed Al-Qaida terrorists’ announcement. In May 2007, the home website of the Police was blocked and in August 2007, the Internet system of visa applications was attacked at the Polish Consulate in Lviv. When in June 2008, the Internet hypermarket Max.24.pl from Nowa Sól was attacked by cybercriminals, this crime was reported to the prosecutor’s office in Zielona Góra on grounds of art. 269a, Code of Penal Law.

Criminals often make use of so called ‘zombies’, that is infected computers of which they take control without their owners’ awareness. This army of ‘zombie’ computers is then given an instruction to connect with a particular website causing the service it provides to collapse.

It needs to be explained that DoS (Denial of Service) stands for an attack on a computer system or an internet service which disables its function through data overload and the occupation of all free data processing resources.

On the other hand, DDoS (Distributed Denial of Service) stands for a dispersed attack which blocks a service, another method used by cybercriminals and which is aimed at blocking network devices.

SPAM is a term which can be defined by reference to quantity which is, sending with the use of electronic communication media, large numbers of bits of information with the same content to recipients who are not known to a sender (mass correspondence). The category of spam encompasses unsolicited commercial offers as well as non-commercial messages, e.g. petitions from social or charity organizations, presentations of political parties or warnings against computer viruses sent in mass copies. The basic method of protection against spam distributed by email is black-listing.

From the perspective of state security, the areas which are most exposed to electronic attacks are energy resources (gas, electricity), transport systems (airports,

railways), manufacturing (factories), the output of raw materials and the emergency services (police, fire brigade, medical).¹⁰

Criminal law can play a subsidiary role in this area, with priority given to anti-hacking prevention and other measures taken by owners and users of IT equipment.

It is interesting to take a detailed look at the 2007 electronic attack on Estonia.¹¹ Perpetrators of electronic attacks are commonly referred to as ‘hackers’ and their operations as ‘hacking’. Political relations between Estonia and Russia from the end of April to the middle of May, remained in serious crisis. This started after the Estonian authorities decided to move graves of Red Army soldiers killed during World War II – along with a monument commemorating them – from the square in Tallinn to a military cemetery. Since the monument, called the Bronze soldier, was for the Estonians a symbol of Soviet occupation and for the Russians and Russian minority in Estonia (20% of population) a symbol of a great military feat, a severe political conflict developed. The conflict was accompanied by a series of electronic attacks which seriously disrupted Estonia’s telecommunication infrastructure. Estonia leads Europe in terms of intensive use of the Internet in everyday life. The first wave of electronic attacks, mostly blocking services (DDoS), took place on 27 April 2007, and affected the servers of Estonian government websites. Official websites of the President, the government and the parliament were also repeatedly blocked, and the websites of some prominent newspapers and TV stations attacked in a similar fashion. Under the attack these websites were temporarily inaccessible from the outside and their administrators were not able to control content. Members of Parliament were also cut off from effective channels of online communication when their email addresses were blocked. Hackers who broke into the website of the Estonian Reform Party, published a fake letter supposedly written by the Prime Minister. In this situation the Estonian authorities asked both the EU and NATO for assistance. Attacks remarkably grew in intensity on 9 May, the anniversary date of the Red Army victory in World War II, when servers of the second biggest Estonian bank (SEB Eesti Uhispank) were attacked blocking all online operations for several hours. However, websites of the country’s authorities remained the main target and the scale of attack as well as its technical character, affected many other crucial servers nationwide. Computers which maintain the Estonian Internet system, were, for a couple of hours, flooded with amounts of data which way exceeded their capacity and which blocked the infrastructure. In order to prevent the collapse of the Internet system, international connections were cut off and access to the network was limited to non-urban areas of the country. This action weakened the overall impact of the attack, but internet resources remained inaccessible from abroad and

10 *Ibid.* p. 55.

11 M. Terlikowski, *Ataki elektroniczne na Estonię. Implikacje dla bezpieczeństwa międzynarodowego i Polski.* „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2007, issue 4, p. 53–74.

from areas located away from major cities. After 18 May, harmful attacks were not repeated. The campaign of electronic attacks was scheduled to last for a period of about three weeks and consisted of moments of intense activity and periods of relative calm. In January 2008, in the first trial of one of the attackers, an Estonian court fined a student, D. Galushkievich – a representative of the Russian minority – who coordinated attacks on the Reform Party's website. Galushkievich pleaded guilty, explaining that his action was meant to express political protest.

According to M. Terlikowski, the case of Estonia may be qualified as an example of “hacktivism” (hacking motivated by political beliefs and used as a method of expressing protest against politically related issues). Most electronic attacks emanated from Russia. However, Russian authorities denied cooperation in this area. NATO decided to establish the Tallinn based centre of cyber defense which came into being on 1 January 2009. The research and training centre in Estonia's capital, deals with issues of cyber security (Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence). In 2008, NATO defined its cyberspace defense policy and appointed authorities responsible for managing and coordinating its member states' programmes in the area of cyberspace defense – NATO Cyber Defense Management Authority (CDMA). In each of the member states, NATO appointed a so called Focal Point to coordinate operations in case of the threat of a computer attack. In Poland this is the Telecommunication Security Department of the Agency of Domestic Security (ABW) with an adjunct in the Ministry of National Defense (MON). In NATO telecommunication security is coordinated by Communication and Information System Services Agency (NCSA) set up after the summit in Prague in 2002. Within the structure of the EU, there is the European Network and Information Security Agency (ENISA) created on 10 March 2004, in accordance with regulation 460/2004 of the European Parliament and EU Council. The role of the Agency is to strengthen the ability of the EU economy to resist threats and to react to the issues of tele-information security and to support the European Commission, along with member states, in all above mentioned problems. Its role is also to stimulate legislation and best practices in this area.

The EU responded to the situation in Estonia in its communication of 22 May 2007, (COM 2007 267 Towards a general policy on the fight against cyber crime 22 May 2007), where, apart from recommendations to fight Internet crime more effectively, there were also statements emphasizing the need to take measures preventing coordinated mass attacks on the IT infrastructure of member states. According to this announcement EU member states would discuss methods of exchanging information as well as good practices in this area and coordination of their reactions to such attacks. In the opinion of V. Reding, EU commissioner of information society, the Union should more intensively cope with the problems of tele-information security since the case of Estonia is a warning which has to make governments aware of how serious the threat is.

According to ENISA, operations by cybercriminals may soon threaten the EU economy. The agency claims that within the Union, six–million infected computers exist in networks that can be used for electronic attacks or sending spam. The losses suffered as a result of this by European companies is estimated to be 65 million Euros a year. The agency points out that the awareness of such threats is especially low among small and medium sized companies which account for two–thirds of the EU market. IT networks of those companies are now the weakest link of the Internet infrastructure and could be used for a spectacular attack. According to M. Kleiber,¹² events in Georgia showed that computer networks became the key element of a deceitful struggle with potentially serious consequences. Starting from 20 July, government servers in Georgia were attacked with messages including a phrase ‘win+love+in+Russia’. Simultaneously, and with the same methods of electronic attack used in Estonia, hackers blocked servers of the President of Georgia, the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Defense. Georgian services had to be moved to servers abroad. In the opinion of American specialists, the attack on Georgian websites was carried out with the participation of Russian Business Network – a hacker group set up in 2006 and which in 2007, was responsible for 60% of the world’s cybercrime. It is worth noting that cybercriminals have millions of computers at their disposal worldwide and use them in espionage, disturbing air traffic, damaging energy installations by unfair competition and terrorism. It has now become necessary to take effective measures of prevention and repression such as forming special units to monitor and prevent threats, international coordination of their activities and the support of studies on modern tele–information methods. Studies in cryptography, software engineering, risk management or psychology of crime and their commercial implementation, is the key to the future security of tele–information networks – underlines M. Kleiber. Kleiber, also observes that cybercriminals are often well educated IT specialists capable of breaking any protection system but which, however, requires a certain amount of time. The thing is that we need to be ahead of them and ‘delay the chase’ by restrictive punishment for those criminals identified. The incidents in Estonia and Georgia showed that a properly selected and well equipped group of cybercriminals – hackers, within a couple of months would be able to prepare a number of electronic attacks such as sabotage and network vandalism, which means destroying data and services or theft of assets or identities. Collectively, these acts could have very negative influence on the security of the whole country.

On 21 January 2010, H. Clinton, Secretary of State in B. Obama’s administration, announced the launch of a new programme called ‘Freedom of the Internet’ directed against the censorship of electronic information which is a practice in some

12 M. Kleiber, *Wojna zaczęła się w sieci*, „Rzeczpospolita” 2008 of 2 September.

countries. This declaration was the effect of events at the end of 2009, when the electronic resources of the Google website stored on US based computers, were electronically broken into, presumably on Chinese inspiration. The aim of the attack, was to obtain from gmail.com (email service offered by Google), the email addresses and record of keywords typed into search engines by users suspected of subversive activities against the Chinese government. In the middle of January 2010, The USA demanded an explanation from China concerning the attacks on Google and asked for investigation to identify the culprits and to bring them to justice under national jurisdiction.¹³

H. Clinton claimed that if companies' interests were to threaten freedom of speech, they should carefully analyze their motives and choose what is right instead of placing profits first. She also expressed her hope that denial of support for political censorship, would become the trademark of new American technology firms. Clinton gave assurance that the American administration would support the development of Internet tools which enable citizens to make use of their freedom of speech.

J. Kulesza,¹⁴ is right when he criticizes the Chinese practice of Internet censorship. He believes, however, that filtration of Internet content is not necessarily unacceptable. The Internet is flooded with content that should not be propagated since it is dangerous and harmful. The global network will need security standards in order to protect users from such threats. Therefore, for the sake of the global Internet, we need to take the challenge of setting minimum standards of worldwide censorship. J. Kulesza,¹⁵ emphasizes the fact that in order to reach international agreement, the issue of Internet filtration should begin from the common ground for all national policies: protecting citizens from terrorism, sexual crime and weapons of mass destruction. It is necessary to establish international authority that will give shape to standards of freedom in the network. There is no question that the issue is difficult and complex but the Internet has forced the international community to face the need of setting global standards of human rights.

In Poland the awareness of the importance of tele-information security is growing very slowly, however, the government is taking some measures in this area but there is still no complex approach to the issue of threats. According to sources,¹⁶ problems of incidents in computer networks remain within the capacity of the Computer Emergency Readiness Team or the Computer Emergency Response Team (CERT). Handling security incidents in particular is the responsibility of the Computer Security Incident Response Team (CSIRT). Such teams are set up

13 J. Kulesza, Amerykańsko–chiński spór o cenzurę w Internecie. „Państwo i Prawo” 2010, issue 6, p. 29 and following.

14 *Ibid.*, p. 39.

15 *Ibid.*, p. 41.

16 M. Szmit, I. Politowska, Artykuł 267 kk. oczami biegłego, „Monitor Prawniczy” 2008, issue 16, app., p. 36.

by institutions managing large computer networks in order to investigate incidents threatening security and give assistance to users. CERT Polska, operates within Scientific and Academic Computer Networks. CERT teams cooperate within the Forum of Incidents Response and Security Teams (FIRST), however membership in FIRST is not obligatory.

The Government Computer Incidents Response Team CERT.GOV.PL was established on 1 February 2008, within the Internal Security Agency (ABW). Its aim is to create policy in the area of cyberthreat security, to coordinate the flow of information between institutions, to detect and recognize cyberthreats and to prevent them, to cooperate with national organizations and government institutions in the area of cyberspace protection, and to represent Poland in international relations (within its competence). The tasks of CERT.GOV.PL are: collecting information on security level and threats to tele-information infrastructure; responding to incidents of threat to tele-information security with special attention to the National Tele-information Infrastructure; using instruments of investigation IT to analyse incidents, forming the policy of tele-information systems and networks protection; training and raising awareness related to cyberthreat, and consulting on cybersecurity. Services rendered by CERT.GOV.PL, include: coordination of responses to incidents; publication of alerts and warnings; handling and analysing incidents (including collecting evidence by expert witness teams); publication of announcements (security bulletins); coordination of responses to gaps in security; handling incidents in networks protected by the ARAKIS-GOV system and carrying out security tests. Internal Security Agency (ABW) cooperates with the Scientific and Academic Computer Network (NASK) as well as with the CERT Polska team. In effect of this cooperation, ARAKIS-GOV – a passive early warning system against internet threats – has been implemented in over 60 state institutions.

The director of Government Security Centre (acting on the grounds of the Act of 26 April 2007, on crisis control) coordinates working out a Report on threats to national security and submits this Report to the Council of Ministers every second year. The Report includes characteristics of terrorist threats that may lead to a situation of crisis (this part of the Report is coordinated by the head of Internal Security Agency).

On 9 March 2009, the Standing Committee of the Council of Ministers, accepted ‘the government programme of Polish cyberspace protection in 2009–2011’ which breaks into five parts (introduction, organizational and legal operations, technical operations, social and specialist education, summary). The programme defines cyberterrorism as terrorism directed against systems that are crucial for the state, tele-information networks and services, being a key and still increasing form of terrorist attacks. Cyberspace is defined as space of communication created by a system of

Internet connections. The programme presents aims and methods of realisation. The programme is directed at public administration and other institutions managing the state's critical resources of tele-information infrastructure. The programme is realised by the Ministry of Internal Affairs and Administration, Internal Security Agency, Ministry of National Defense, Military Counter-Intelligence, and other institutions of public administration and private organizations that are in possession of resources crucial to the state's tele-information infrastructure. Implementation of the programme is coordinated by the Minister of Internal Affairs and Administration whereas the Minister of Internal Affairs and Administration, Minister of National Defense, Head of Internal Security Agency, Head of Military Counter-Intelligence and other institutions of public administration, act according to their capacity. The programme assumes organizational and legal attempts aimed at the legal definition of terms referring to cyberspace and cyberterrorism.

3. International legal regulations

The problems of fighting computer crime are remarkably recognized by EU conventions and legal acts. Under the Council of Europe, an international convention was formulated, accepted in Budapest and submitted for ratification on 23 November 2001.¹⁷

The Convention on cybercrime came into force on 1 July after five ratifications including three ratifications by Council of Europe member states to accord with requirements specified in Art. 36.

The Convention on cybercrime concerns four categories of crime: crime against confidentiality, integrity and accessibility of information data and systems (illegal access, illegal takeover of data, infringement of data integrity, infringement of system integrity, inappropriate use of equipment); computer crime (computer forgery, computer fraud); crime in terms of the content of information (child pornography), and crime related to the infringement of copyright and intellectual property right. A further category of crime committed with the use of information systems was defined in the protocol amendment on cybercrime ratified in Strasbourg on 28 January 2003. It deals with the criminalization of any racist or xenophobic acts committed with the use of computer systems.¹⁸

17 R. Tarnogórski, Konwencja o cyberprzestępczości – międzynarodowa odpowiedź na przestępczość ery informacyjnej (in:) *Bezpieczeństwo teleinformatyczne państwa*, *op. cit.*, p. 205 and following.

18 M. Urbańczyk, Protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości jako przykład europeizacji prawa karnego (in:) *Prawo wobec wyzwań współczesności*. Volume V. Edited by B. Guzik, N. Buchowska and P. Wiliński. Poznań 2008, p. 409 and following.

The EU Act of fundamental significance is the Framework Decision 2005/222/WsiSW of 24 February 2005, dealing with attacks on information systems, and which contains legal acts of material law of similar range of regulation to the Convention on cybercrime. In the Decision, harmonization is presented as a need to reach a common approach in reference to elements of crime by defining the crime of illegal access to information systems and illegal interference with data. As yet, regulations assumed in the Decision and the Convention are not identical.

The conclusions of the EU Council on fighting cybercrime accepted during the meeting on 27/28 November 2008, in Brussels, proclaim amendment to the above framework decision and a call for the elaboration of overall EU strategy in fighting cybercrime considering the achievement of the Convention on cybercrime. This strategy is not a new idea, the Communication to the European Parliament, the Council and the Committee of the Regions, titled ‘Towards the general policy on the fight of cyber crime’ (52007DDCo267 COM/2007/267 final) advocates implementation of political measures in order to improve the coordination of fighting cybercrime on a European and global level. The above mentioned Communication in a synthetic way comprises the EU Commission’s position towards the issue of cybercrime. This term is defined as ‘criminal acts committed by means of electronic communication networks and information systems or directed against such networks or systems.

The common term cybercrime comprises three categories of crimes:

- traditional types of crime (fraud, forgery) committed with the use of electronic information networks and information systems (in this communication referred to as electronic communication networks)
- publication of illegal contents by means of electronic communication media, i.e. the circulation of child pornography
- crime typical of electronic communication networks, i.e. hacking and DoS and DDoS – type attacks on information systems and hacking.

The European Commission also justifies the necessity to elaborate EU policy on fighting cybercrime. The Commission and member states set further development of EU policy as the main objective. This initiative will concentrate on fighting crime and on aspects of criminal law and this strategy being to complement other EU activities to improve overall security of virtual space. The strategy will comprise: better operational cooperation of law enforcement authorities, better political coordination between states, political and legal cooperation with third countries, raising awareness, supporting training and research, improving dialogue with the industry sector and activities in the area of legislation.

The Communication presents the existing legal instruments and activities taken within EU policy. The Communication also includes a vital declaration: considering the significance of the Convention on cyber crime as the most important European and international instrument in the area of cyber crime, the Commission decided to encourage member states and relevant third countries to ratify the Convention and to consider the possibility to join the Convention by the European Community, which would doubtlessly strengthen this legal act.

Poland as yet has ratified neither the Convention on cyber crime nor the protocol amendment but much has already been done to protect Polish citizens against cyber crime (amendments of Penal Code). Poland is considered a state which to a great extent has adjusted its legal system to existing standards in this area but this hypothesis is questioned in legal doctrine.¹⁹

4. Summary

Threats to cyberspace are real and result from crime, harmful content on the Internet, dynamic growth of viruses, faulty software, flood of spam and hacking attacks. Therefore there is a growing need for taking actions to prevent these phenomena and providing instruments which ensure security of the state and its citizens. The above mentioned actions are already in progress through legislation, organizational changes, changes in competences, and adaptation of the Polish legal system to international regulations. The implementation of Programme of the Government of the Republic of Poland gives hope for further improvement in the area of the country's cyber security.

19 A. Adamski, Cyberprzestępczość – aspekty prawne i kryminologiczne. „Studia Prawnicze” 2005, issue 4(166), p. 53.

CYBERTERRORYZM – ZAGROŻENIE DLA BEZPIECZEŃSTWA PAŃSTWA I OBYWATELI

Rozwój technologii informatycznych, a także związanych z infrastrukturą IT doprowadził do powstania cyberprzestrzeni jako nowego obszaru dla działań społecznych. Należy podkreślić, że cyberprzestępczość, w przeciwieństwie do prawa karnego, nie zna granic państwowych. Globalna infrastruktura komunikacyjna, taka jak Internet, umożliwia przestępczość transgraniczną i pozwala w tym samym czasie wyrządzić szkodę szeregowi urzytkowników z wielu krajów przez działanie, które niekoniecznie musi być przedmiotem penalizacji w kraju sprawcy.

Zagrożenia dla cyberprzestrzeni są prawdziwe i wynikają z przestępczości, szkodliwych treści w Internecie, dynamicznego zwiększenia ilości wirusów, złego oprogramowania, powodzi wiadomości–śmieci i ataków hakerów. W związku z tym istnieje rosnąca potrzeba podjęcia działań zmierzających ku zapobieżeniu tym zjawiskom i ku przyjęciu instrumentów, które zagwarantują bezpieczeństwo państwa i jego obywatelom.

CYBERTERRORISM – THREAT TO THE SECURITY OF THE STATE AND ITS CITIZENS

The development of information technology as well as in IT– related infrastructure, has led to the growth of cyberspace as a new area of social activity. It needs to be emphasized that cyber crime, unlike criminal law, has no national borders. Global communication infrastructure, like the Internet, enables cross–border crime and allows simultaneous harm to be caused to a number of users in many countries with a single act which may not necessarily be penalized in the perpetrator’s country of domicile.

Threats to cyberspace are real and result from crime, harmful content on the Internet, dynamic growth of viruses, faulty software, flood of spam and hacking attacks. Therefore there is a growing need for taking actions to prevent these phenomena and providing instruments which ensure security of the state and its citizens.

Key words: cyberspace, terrorism, Internet, crime, security

LA SPECIFICITÀ DEL DIRITTO POLACCO GENEALOGICO ED ARLDICO

I. La rivoluzione dell'informazione

Praticamente ogni paese europeo ha una propria identità culturale formata dalla storia ed lascia l'impronta sui segni e simboli. Lo si collega ad un senso di orgoglio nazionale ed anche familiare. A questo fabbisogno universale rispondono scienze ausiliarie della storia—in particolare genealogia ed araldica. Entrambi questi settori del sapere non solo sono molto spettacolari” per la possibilità di creare alberi genealogici e stemmi, ma anche si integrano perfettamente con il movimento mondiale genealogico–araldico che è apparso alla fine degli anni '80 e '90 del XX secolo insieme con l'invenzione del computer personale e dell'internet. Questa rivoluzione dell'informazione ha dato l'occasione per creare interamente nuove modalità di raccolta, archiviazione e presentazione dei fatti sul tema della provenienza dei clan, delle famiglie o delle loro arme¹. Parallelamente a questo fenomeno c'era “l'onda” di nuove pubblicazioni genealogiche ed araldiche (colorate e popolari) che hanno ancora molti acquirenti interessati per testare le proprie “radici” familiari².

1 Ora genealogisti polacchi utilizzano un gran numero di programmi informatici professionali per la conservazione di raccolta e per lo sviluppo di dati genealogici come: “Geno Pro”, “FZip Family Tree”, “Genius Family Tree”, “History Family Genbox”, “Gen Designer”, “Brother's Keeper”, “Familia Builder”, “PAF” ecc. Purtroppo, la maggior parte di loro sono versioni polacche di programmi già esistenti all'Occidente. Il più delle volte usata è il programma polacco “L'Albero Genealogico” – continuamente in evoluzione.

2 Una vera “eruzione” di tali pubblicazioni era negli anni '80 e '90 del secolo XX, quando già si può ufficialmente risalire ai propri antenati e quando quest'occupazione non si tratta come un elemento della lotta ideologica contro il regime attuale. In quello periodo si formavano molte società genealogiche–araldiche, ma attualmente la maggioranza di loro è già eliminata a causa della mancanza di persone e di risorse. In quegli anni sono state emesse tali pubblicazioni quali: 1) B. Czarnecki, “Heraldyka”, T. I–III, Varsavia 1983–1984; 2) J. Łojko, “Średniowieczne herby polskie”, Poznań 1985; 3) A. Kulikowski, “Heraldyka szlachecka”, Varsavia 1990; 4) J. Piechowski, “Ukryte światła herbów”, Varsavia 1991; 5) R.T. Prinke, “Poradnik genealoga amatora”, Varsavia 1992; 6) J. Szymański, “Herbarz średniowiecznego rycerstwa polskiego”, Varsavia 1993; 7) S.K. Kuczyński, “Polskie herby ziemskie. Geneza, treści, funkcje”, Varsavia 1993; 8) J. Piechowski, “Herby, magia, mity”, Varsavia 1995; 9) W.J. Walat, “Rodzinne korzenie czyli wywód genealogiczny”, Resovia 1996; 10) T. Zielińska, “Poczet polskich rodów arystokratycznych”, Varsavia 1997 (con le tavole genealogiche); 11) J. Kołyszko, “I ty potrafisz narysować drzewo genealogiczne”, Danzica 1997 (libro per i bambini); 12) P. Dudziński, “Alfabet heraldyczny”, Varsavia 1999. Tuttavia anche nel XXI secolo dura una “moda” per godere i nostri occhi delle opere con una splendida grafica degli stemmi. Per esempio: 1) T. Gajl, “Herby szlacheckie Rzeczypospolitej Obojga Narodów”, Danzica

II. La genesi dello stemma in Polonia

Occorre ricordare che queste scienze ausiliarie della storia abbiano molti elementi comuni con la legge, perché non si può creare gli stemmi e studiare una storia dei suoi antenati senza il sapere delle regole stabilite molti secoli fa. Inoltre in Polonia dei primi secoli del Medioevo c'erano stati alcuni importanti processi sociali che in Europa Occidentale hanno proceduto in modo diverso e più rapidamente. In conseguenza tale fenomeno ha portato alla creazione di caratteristiche specifiche di genealogia e d'araldica polacca. Questo si riferisce ad un senso di legami con la comunità della stirpe (che possedeva un comune antenato) e significava che i primi cavalieri polacchi sentivano più fortemente associati con la loro stirpe che con la loro terra. In risultato i nostri cavalieri prendevano i terreni ed i privilegi individuali più raramente che i loro "colleghi" dell'Europa Occidentale. Tale situazione ha portato ad un diritto feudale meno complicato ed a minore numero di vassalli e—nel successivo periodo— alla chiusura dello stato nobile sulla base di stirpe—non di terra. Questo ha avuto le conseguenze vaste per l'araldica polacca, perché mentre all'Occidente lo stemma era usato per tutta la famiglia, in Polonia la stessa funzione era legata soprattutto alla stirpe³.

Quindi nel Medioevo sulle terre polacche erano noti solo circa 200 immagini di stemmi, invece nello stesso tempo nel territorio della lingua tedesca hanno funzionato più di 200 mila tali simulacri d'armi. Inoltre in Polonia è stata creata una distribuzione atipica dei ceppi sui familiari (seduti) e sugli araldici (collegati per uno stemma). Nel primo caso era visibile così la comunità di sangue come la comunità di blasone, ma nel secondo caso era già esclusivamente la stessa immagine di stemma—senza nessuna unione di sangue che all'Occidente si sembra essere un fenomeno sconosciuto. Allora in qual modo hanno preso origine le stirpi d'armi in Polonia? Molto spesso durante il servizio militare sulla casa signorile i cavalieri minori hanno accettato il stemma del suo padrone, rinunciando al proprio blasone. Un altro fattore potrebbe essere una comune origine etnica—come nel caso del blasone "Sas" che raccoglieva i cavalieri d'origine sassone venuti a noi dalla zona di Slovacchia e di Transilvania (illustr. nr 1). Allo stesso modo è stato creato uno stemma "Prussia" usato per i cavalieri polacchi fuggiti dal territorio dello Stato dei Cavalieri Teutonici. In Polonia c'erano perfino tali situazioni quando qualche centinaio delle famiglie hanno usato lo stesso stemma "Jelita" o "Nałęcz", però queste famiglie non possedevano nessuno legami di sangue fra loro, ma facevano riferimento al comune ante-

2003; 2) R.T. Komorowski, "Ilustrowany przewodnik heraldyczny", Pelplin–Varsavia 2007 o 3) A. Znamierowski, „Wielka księga heraldyki”, Varsavia 2008. Nell'orientamento dell'offerta editoriale aiuta il libro di A. Celej, "Bibliografia genealogii i heraldyki polskiej za lata 1980–2001", Varsavia 2006.

3 J. Bieniak, „Rody rycerskie jako czynnik struktury społecznej w Polsce XIII–XV w. Uwagi problemowe”, [in:] „Polska w okresie rozdrobnienia feudalnego”, ed. H. Łowmiański, Breslavia–Varsavia–Cracovia–Danzica 1973, pp. 162–168; A. Wyrobisz, „Polska heraldyka nowożytna. Na pograniczu historii społecznej, historii sztuki i historii literatury”, [in:] „Heraldyka i okolice”, ed. A. Rachuba, S. Górzyński i H. Manikowska, Varsavia 2002, p. 133.

nato leggendario. Nello stesso periodo in Italia solo una famiglia unita per i legami documentati e reali di sangue poteva usare il blasone degli Orsini o degli Colonna⁴.

Molti studiosi dicono che l'elmo è stato fatto in relazione a cambiamenti nell'armatura del cavaliere ed a comparsa d'elmo nella forma cilindrica (pentolare). Tale casco rendeva impossibile per vedere la faccia del cavaliere, perciò c'è stato necessario porre segni distintivi sullo scudo. Questa pratica divenne popolare nel corso del XII secolo ed appunto di questo periodo provengono più vecchie stemmi conosciute e documentate in Occidente—soprattutto da Francia e da Germania. Tuttavia mentre nella maggior parte delle lingue dell'Europa Occidentale la parola “stemma” si unisce chiaramente con la parola “arma” (in francese—“armoiries”, in inglese—“arms”, in tedesco—“Wappen” (dalla definizione “Waffen”), nel caso della lingua polacca e ceca “stemma” (in ceco—“erb”) deriva dalla parola tedesca “Erbe” che significa “eredità”. Così in entrambe queste associazioni riflettono due caratteri distintivi dello stemma: la sua genesi militare e la sua ereditarietà almeno nelle tre generazioni. Inoltre c'erano ancora altre condizioni necessarie per il segno concreto trattare come stemma, cioè: emblema visto sullo scudo (non sul sigillo e non sulla bandiera) e la presenza degli stessi emblemi geometriche e figurative con lo stesso stile. Tuttavia tali requisiti non hanno già trovato il suo riflesso nella morfologia⁵.

In Polonia emblemi araldici si formavano più tardi che in Occidente— fra la metà del XIII secolo (Slesia) e la metà del XIV secolo (Mazovia). Primi esempi dell'uso degli stemmi concreti gentilizi sono: “Topór” (la fine del XIII secolo), “Lis” e “Rawa” (entrambi nel 1306)⁶. La base per la formazione degli stemmi ereditari erano così vecchi segni militari (tipo d'europeo—occidentale) come i marchi d'identificazione nella forma dei righe (tipo locale). Questi ultimi hanno soprattutto l'origine slava e c'erano scolpiti sui tronchi degli alberi, sui vasi di ceramica, sulle urne e sulle armi. Hanno avuto un carattere della runa e perfino di segni visti sul totem magico. Anche oggi non possiamo identificare alcuni di loro (illustr. nr 2). Invece altri marchi erano trasformati gradualmente in oggetti compatibili con araldica europea e sono conosciuti come—per esempio— “le travi” (stemma “Abdank” o “Dębno”), “i fiumi” (stemma “Szreniawa”), “le spade” (stemma “Herburt”), “le bandiere” (stemma “Radwan”) o “le frecce stilizzate” (stemma “Sas”)⁷.

4 Vedi: J. Bieniak, *op. cit.*, pp. 162–210, ma anche W. Dworzaczek, „Genealogia”, Varsavia 1959, pp. 15–18.

5 A. Znamierowski, *op. cit.*, pp. 21–23.

6 J. Bieniak, „Heraldyka polska przed Długoszem”, [in:] „Sztuka i ideologia XV w.”, ed. P. Skubiszewski, Varsavia 1978, p. 187.

7 W. Semkowicz, „Encyklopedia nauk pomocniczych historii”, Cracovia 1945, pp. 171–175; *ibidem*, „Godła napieczęte a herby szlachty polskiej wieków średnich”, [in:] „Sprawozdania z czynności i posiedzeń Akademii Umiejętności”, T. XIX (1914), nr 2, pp. 10–12; S.K. Kuczyński, „Niektóre zagadnienia symboliki heraldycznej na tle funkcjonowania herbu jako znaku”, [in:] „Problemy nauk pomocniczych historii”, ed. J. Szymański, T. II, Katowice 1973, pp. 34–35; J. Bieniak, „Heraldyka polska...”, *op. cit.*, p. 187; A. Kulikowski, *op. cit.*, pp. 19–20.

III. La divisione d'emblemi araldici polacchi

Su questa base J. Szymański ha proposto la divisione d'emblemi araldici polacchi in tre gruppi: 1) quelli che derivano direttamente dall'araldica occidentale, 2) sono adatti solo all'araldica polacca, 3) con elementi caratteristici per l'Europa Occidentale e tipicamente polacchi. Il primo gruppo è composto da solo le armi che sono qualificati come figure geometriche (denominate "onorevoli") ed anche da quelli dove esiste una ripartizione del campo dello scudo⁸.

Ad Ovest già soli campi vuoti (bianchi) erano stati in grado di creare il loro emblema araldico, mentre in Polonia erano per lo più pieni d'emblemi. Nel nostro paese conosciamo solo 10 figure geometriche occidentali, ma anche utilizzati per pubblicare qualche elemento aggiuntivo su di loro. Tra queste figure occupano un posto preminente diverse varianti della croce, però prevalentemente loro non sono connessi con il simbolismo religioso. La maggior parte di queste croci è stata creata da vecchi marchi locali di proprietà. C'erano anche quelle situazioni in cui la croce nello stemma si trasforma in una spada come risultato della lunga evoluzione dell'iconografia.

Nel caso del mondo animale presente agli stemmi della cavalleria polacca era il fatto caratteristico che non si usava l'aquila coronata mai a causa della sua somiglianza a quella delle armi di Piast (della dinastia regnante in Polonia) e poi del Regno Polacco. Eppure i cavalieri hanno dovuto presentare un rispetto per la dinastia a cui erano collegati per le relazioni feudali. Invece il mondo dei rettili rappresentava solo unico serpente (perfino coronato ed attribuito alla famiglia italiana Sforza) del blasone "Wężyk". Nel gruppo degli animali chimerici negli stemmi polacchi sono apparsi solo un grifone ed un unicorno e tre appropriate solo per la nostra idea araldica: mezzo grifone con la coda di storione (stemma "Pobędzie"), mezzo cinghiale e mezz'orso (stemma "Sokola") e l'aquila con la testa d'un gallo (stemma "Trach"). Infine il tema dell'uomo e delle sue parti del corpo sono stati utilizzati proprio come in Occidente—piuttosto raramente, anche se ci sono state le immagini in modo originale come Mauro e Negra—non senza l'influenza d'araldica francese e tedesca.

Non meno interessante si sembra la situazione con il regno vegetale scarsamente rappresentato nell'araldica polacca. Qui possiamo vedere solo due fiori: rosa e giglio e tre alberi: quercia, pino e melo. Nel caso del giglio abbiamo perfino il suo tipo angioino (d'Angiò) in quattro stemmi. Lo non stupisce per riguardo al regno di questa dinastia francese in Polonia negli anni 1370–1399 (il re d'Ungheria Luigi d'Angiò e la sua figlia Santa Edvige Regina).

8 J. Szymański, „Herbarz średniowiecznego...”, *op. cit.*, pp. 23–24.

Le idee dell'universo hanno riflesso soprattutto i corpi celesti rappresentati nei blasoni. Qui ha dominato il sole, ma la luna non è stato presentato mai in plenilunio (sempre in una fase simile a novilunio ed in una posizione innaturale). C'era anche la stella esagonale (ettagonale –solo nel stemma “Stembark”).

Nel gruppo polacco di figure artificiali (cioè non derivati dal mondo naturale, ma prodotti per le mani degli uomini) hanno dominato tutti gli oggetti associati ad un tipico sequestro dei cavalieri – cioè alla condotta della guerra ed alla cattura degli animali, ma anche ai lavori in corso per la fattoria (ad esempio: rastrello, forcione ed altri attrezzi). Si riconosce che la maggior parte di questi soggetti (perfino l'arma) aveva la provenienza polacca, però sotto l'influenza dei modelli occidentali. Anche caratteristica é una povertà delle costruzioni militari nell'araldica polacca: loro sono effettivamente limitati alla torre ed alle mura– del resto non particolarmente distinte per la sua architettura.

Finalmente occorre elencare stemmi polacchi con gotiche lettere latine sullo scudo. La loro origine sembra essere appunto d'Ovest e non polacca⁹.

III. Le regole araldiche per blasonare (descrivere) le armi

Tuttavia il più interessante dal punto giuridico di vista sono le regole araldiche che descrivano come occorre blasonare cioè descrivere le armi. Ad Ovest si è fatto spesso ed è ancora soprattutto in francese, invece l'araldica polacca ha affermato questi principi solo nel XX secolo sul suo terreno– tutto allo scopo di ottenere la descrizione più accurata, ma una breve e senza parole inutili. Quindi:

- 1) Durante la descrizione del blasone sempre si ricorda che i termini “lato destro” e “lato sinistro” si utilizza dalla posizione del cavaliere che sta in piedi da dietro lo scudo –cioè diversamente che nel caso di una persona che guarda il disegno di tale stemma.
- 2) La descrizione del blasone sempre si comincia dal campo dello scudo e poi si passa a descrivere l'emblema e la gemma. Se lo scudo è diviso in due campi in palo (verticalmente), la descrizione si inizia dal campo destro (araldicamente). Nella situazione, quando lo scudo è diviso in due campi in cintura (orizzontale), cominciamo a blasonare il campo superiore.

9 La sopraddetta classificazione degli emblemi sugli scudi é sulla base delle costatazioni dei seguenti autori: H. Polackówna, „Stemmata Polonica”: rękopis nr 1114 „Klejnotów” Długosza w Bibliotece Arsenалу w Paryżu”, Leopoli 1926, passim; J. Szymański, *op. cit.*, pp. 21–48; A. Kulikowski, *op. cit.*, pp. 50–169. In questa letteratura ci sono anche le informazioni più dettagliate– insieme con le riproduzioni dei vari stemmi.

- 3) Si suppone che di solito l'emblema abbia una posizione centrale sullo scudo. Pertanto se questa posizione non è in qualunque modo modificata, non si pubblica tali dati nella descrizione.
- 4) Nel caso dei sistemi simmetrici l'emblema è rivolto sempre a destro (araldicamente) lato dello scudo. Quindi nella descrizione si considera la direzione soltanto allorchè le figure sono rivolte inaraldicamente– cioè a sinistra. In quel tempo abbiamo a fare con cosiddetto “lo sforzo di blasone”– cioè con una ricevuta della forma meno onorevole. Anche si deve descrivere tale situazione quando lo scudo è rivolto in un gesto di cortesia verso un altro stemma vicino o verso un gruppo degli stemmi. Questo è “il saluto araldico”.
- 5) La ripetizione molteplice della stessa figura nel campo dello scudo (per esempio nello stemma “Doliwa” dove ci sono tre rose) non genera “lo sforzo di blasone”.
- 6) Un gruppo d'oggetti inanimati si sempre caratterizza la posizione statica (per esempio: si riporre la luna con gli spicchi in su e la freccia con punta acuta anche in su), dunque non si indica tali dettagli nella descrizione– a meno che non vi sia un cambiamento di tale posizione naturale.
- 7) Alcuni animali, piante ed edifici hanno già fisso aspetto esterno e perciò si dice di loro che siano “araldicamente stilizzati”. In tal caso non bisogna descriverli.

Tale descrizione– come vediamo– tiene conto soprattutto l'immagine dello scudo e dell'emblema, invece elude l'elmo e la corona (se questa non c'è di barone, di conte o una mitra ducale). Inoltre si generalizza (o di tanto in tanto anche si elude) altri elementi del blasone come: gemme, lambrecchini (o svolazzi) ed eventualmente medaglie, motto d'araldica e figure sostenenti lo scudo¹⁰.

In questo modo veniamo agli altri elementi del blasone che in araldica polacca possiedono certe note caratteristiche. E' noto bene un fatto che l'elmo araldico creava come l'immagine del copricapo di cavaliere, ma in Polonia c'era la sua forma di base conosciuta come il casco nella forma cilindrica (pentolare). Tale modello velava completamente la testa del cavaliere ed aveva solo strette fessure per gli occhi e fori da respirare. Esso è diventato popolare alla metà del XIV secolo e da quello tempo cominciò ad essere utilizzato anche nei nostri stemmi. La sua versione chiamata “bocca di rana” (usata nei tornei ed offerta un più grande campo di vista) deriva già dall'inizio del XV secolo, ma simultaneamente erano usati anche gli elmi di barra– con un caratteristico traliccio (vedi: confronto di questi tre tipi degli elmi– illustr. nr 3). Purtroppo, non si è formata nessuna regola polacca per usare gli elmi nei blaso-

10 J. Łojko, *op. cit.*, p. 19; A. Kulikowski, *op. cit.*, pp. 38–40.

ni ed in conseguenza abbiamo i nostri stemmari pieni d'immagini del solo casco di barra. Non si prende in considerazione nessuna date dell'origine di questi copricapi in prospettiva della loro evoluzione storica. A vuoto si può cercare una diversità di posizione dell'elmo ("en face" o di profilo), suo colore, un'identificazione del tipo di metallo e perfino un numero di barre nell'elmo con il nome adeguato. Inoltre non sempre tale casco ha avuto adeguate proporzioni in confronto alle dimensioni dello scudo¹¹.

Il secondo più importante elemento (dopo l'emblema) dello stemma polacco erano le gemme (conosciute anche come "cimieri" dal francese). Di solito erano trattate esclusivamente come ornamento dell'elmo e qualche volta questo termine era usato erroneamente per definire tutto casco. In ogni caso nella nostra araldica c'era la libertà assoluta nella presentazione delle gemme e sono stati solo tentativi di loro classificazione¹².

Si può distinguere quattro tipi delle gemme:

- 1) tautologiche o identiche con l'emblema sullo scudo— per esempio le stemme: "Dąb", "Kolumna", "Łabędź", "Starykoń", "Topór", "Rogala" ecc.;
- 2) tautologiche, ma con decorazioni aggiunti che spesso sono ridotti ai flabelli od alle piume singole di pavone, di struzzo o di gallo, inoltre alle ali imprecisate, alle corna di cervo e perfino alle stelle di sprone cavalieresco;
- 3) contenenti tali elementi decorativi come le piume ed i flabelli (e questo è il più grande dei nostri gruppi delle gemme);
- 4) associate ad un nome o ad un proclama dello stemma: in tali casi il nome o il proclama richiama alla mente un concreto oggetto araldico che simultaneamente è presentato come l'immagine nella gemma— per esempio le stemme "Jastrzębiec" o "Lis".

Oltre alla gemma fanno parte degli ornamenti dell'elmo anche tal elementi quali: corona araldica (incoronata del casco) e lambrecchini o svolazzi (nastri bicolori caduti dalla corona). L'araldica dell'Europa Occidentale conosceva altri elementi come: tenenti (cioè figure che "sostengono" lo scudo), manto (impropriamente anche padiglione) che circonda uno stemma e divisa (di solito latina) che esprime una massima collocata sui nastri sotto lo scudo. Tuttavia nel caso dell'araldica polacca questi elementi non hanno trovato l'approvazione generale— ad eccezione di poche famiglie titolate e straniere residenti in Polonia. Inoltre nel nostro paese solo nel XVIII secolo (non senza l'influenza dell'ideologia illuminista) si diffuse l'abitudine

11 A. Kulikowski, *op. cit.*, pp. 176–181.

12 *Ibidem*, p. 188; A. Heymowski, „Les cimiers médiévaux polonaise”, [in:] “Recueil du IX Congrès international des sciences genealogique et héraldique”, Berne 1968, pp. 131 e seg.; J. Szymański, *op. cit.*, pp. 50–60.

d'aggiungere ai propri stemmi i segni delle funzioni ed uffici laici esercitati in momento concreto (in araldica ecclesiastica c'era il costume già dal XV secolo). Così agli stemmi sono stati aggiunti— in diverse configurazioni— i bastoni di maresciallo, i sigilli di cancelliere, le chiavi di tesoriere e perfino le armate nel caso di generale d'artiglieria. Nel frattempo nei blasoni polacchi cominciaravano ad apparire anche prime e poche medaglie od insegne degli ordini cavallereschi¹³.

IV. Poche regole araldiche polacche

Del resto nel modo rigoroso la nobiltà polacca rispettava l'uguaglianza proclamata per se all'interno del proprio stato. Lo dava l'espressione limitando il numero degli elementi nello stemma e per mancanza di preoccupazione circa il rispetto per il diritto occidentale araldico. Questo fenomeno si riflette anche nella costituzione del nostro parlamento del 1638 dove si ricorda nel modo chiaro che tutta la nobiltà sia uguale "de iure" e che pertanto qualsiasi titoli (ducali, di conte, di barone ecc.) siano proibiti¹⁴. Anche due costituzioni precedenti del 1613 e del 1633 ordinavano presentare certificati concreti insieme con la domanda di nobilitazione. Tale pratica mirava una prevenzione per non accettare gli uomini indegni nello stato di nobiltà¹⁵. Senza dubbio altra causa negativa nell'araldica polacca era piccolo affetto verso colori che erano utilizzati molto liberamente¹⁶. E' vero che in Polonia— a differenza d'Ovest— le variazioni dei colori non formino gli stemmi separati e che un fondamento dell'identità di questi ultimi resti sempre l'emblema¹⁷. La povertà dei colori è stata unita con piccolo numero di parole usate per definire ogni colore nelle fonti polacche araldiche del Medioevo. Quindi il colore nero è stato chiamato di solito "niger", il verde— solo "viridis" ed inoltre è stato usato un erroneo termine "flaveus" per indicare così blu come giallo. Perciò spesso non sappiamo quale colore era stato menzionato e rimane soltanto analisi delle note aggiuntive in latino per trarre una conclusione adeguata¹⁸. Altra nota caratteristica è la presenza del sopravvento chiaro del colore rosso nell'araldica polacca. Inoltre esiste una combinazione dei colori rosso—argento che può giungere la nostra araldica con l'araldica svizzera ed austriaca¹⁹.

La mancanza dell'ufficio polacco d'araldo su modello inglese, francese o tedesco era un motivo importante per disattendere le regole araldiche nel nostro pa-

13 A. Kulikowski, *op. cit.*, pp. 198–203.

14 „Volumina Legum”. Przedruk zbioru praw”, T. III, ed. J. Ohryzko, Petersburgo 1859, pp. 441–442: „O tytułach cudzoziemskich”.

15 *Ibidem*, T. III, p. 83– „O nowej szlachcie” e p. 382– „O wywodzeniu szlachectwa”.

16 S. Orzechowski, „Żywot i śmierć Jana Tarnowskiego”, Sanok 1855, pp. 38–39.

17 J. Bieniak, *op. cit.*, p. 197.

18 S. Mikucki, „Barwa w heraldyce średniowiecznej”, parte I: „Herby rycerstwa zachodniego i polskiego”, [in:] „Rocznik Polskiego Towarzystwa Heraldycznego we Lwowie”, T. 9 (1928/1929), pp. 221–222.

19 *Ibidem*, p. 225; P. Ganz, „Geschichte der heraldischen Kunst in der Schweiz im XII und XIII Jahrhundert”, Frauenfeld 1899, p. 39.

ese. Eppure tal ufficio vigilava una purezza dello stato cavalleresco per ufficiale registrazione e spiegazione delle armi araldiche, invece in Polonia non esisteva nessuna tale simile funzione. Per dire la verità dal 1403 deriva un certificato confermato l'esistenza del banditore a corte polacca, ma non ci sono conservate nessuna tracce della sua attività. Anzitutto araldo si chiamava "Polanlant" cioè "Paese Polacco" – secondo il costume medievale per dare i pseudonimi dal nome del regno che c'era rappresentante per tale banditore²⁰. Così divenne presto evidente che nel nostro paese sotto la protezione dei diritti siano soltanto le prerogative della nobiltà – non i stemmi. Più tardi la mancanza di una protezione giuridica riguardava anche i cognomi. Pertanto se qualcuno sentiva offeso per ridicolizzare od insultare il suo blasone o cognome, doveva chiedere un risarcimento non in giudizio, ma individualmente – perfino con l'uso della forza contro il calluniatore²¹.

Tanto più si deve rilevare il fatto che dal paese, in cui non si attribuiva gran importanza al diritto araldico, provenivano numerosi stemmi cavallereschi e territoriali pubblicati nei medievali stemmari dell'Ovest²². Questo risulta anche dalla mancanza dei stemmari polacchi, perché come unico nostro stemmario medievale si tratta l'opera intitolata "Insignia albo Klejnoty Królestwa Polskiego" creata negli anni 1464/1465–1480 ed attribuita a Giovanni Długosz. Tutti altri stemmari sono già creati in Polonia dell'epoca moderna – tra cui i più famosi di Bartosz Paprocki e di Gaspare Niesiecki²³.

Del resto i blasoni erano situati anche sulle varie opere dell'arte (come in Occidente), ma particolarmente preziosi – soprattutto per i genealogisti – restano ad oggi quelli che sono visibili sulle lapidi, epitaffi e tavole di fondazione, perché soddisfanno il ruolo dei simboli che identificano le persone concrete²⁴. Dalla fine del XV secolo si cominciò a localizzare i stemmi sulle lapidi secondo un ordine rigoroso – cioè, in sostanza, quattro stemmi – uno in ogni angolo. Tuttavia non c'era molteplice im-

20 A. Nadolski, „Broń i strój rycerstwa polskiego w Średniowieczu”, Breslavia–Varsavia–Cracovia–Danzica 1979, pp. 118–119; W. Łoziński, „Życie polskie w dawnych wiekach”, Cracovia 1964, p. 156; S.K. Kuczyński, „Herby w twórczości historycznej Jana Długosza”, [in:] „Sztuka i ideologia XV w.”, ed. P. Skubiszewski, Varsavia 1978, p. 224. Il documento del banditore polacco di 25.VIII.1403 é stato pubblicato in: „Zbiór dokumentów małopolskich”, parte VI, ed. I. Sułkowska–Kuraś e S. Kuraś, Breslavia–Varsavia–Cracovia–Danzica 1974, documento nr 1658.

21 P. Dąbkowski, „Prawo prywatne polskie”, T. I, Leopoli 1910, p. 97; J. Matuszewski, „Polskie nazwisko szlacheckie”, Łódź 1975, pp. 109–111.

22 Vedi: breve descrizione di questi stemmari in: A. Heymowski, „Polish arms in medieval armorials”, [in:] „The Coat of Arms”, T. VII (Londra 1964), nr 56, pp. 57–62; lo stesso autore, „Les cimiers médiévaux...”, *op. cit.*, pp. 132 e seg.; lo stesso autore, „Rycerstwo polskie w zachodnich herbarzach XIV i XV stulecia”, [in:] „Prace Kongresu Kultury Polskiej”, T. VIII („Polskie więzi kulturowe na Obczyźnie”), ed. M. Paszkiewicz, Londra 1986, pp. 28–36; J. Szymański, *op. cit.*, pp. 12–17, J. Łojko, *op. cit.*, pp. 24–27 e S.K. Kuczyński, „Polskie herby ziemskie...”, *op. cit.*, pp. 47–57.

23 Vedi: M. Kazańczuk, „Staropolskie herbarze. Herby – historia – religia”, [in:] „Pamiętnik Literacki”, R. XCIII (2002), quaderno nr 3, pp. 37–57. La si trova anche vasta bibliografia adeguata.

24 J. Łojko, *op. cit.*, pp. 90–96; P. Mrozowski, „Polskie tablice erekcyjne z wieków XIV i XV”, [in:] „Studia Źródłoznawcze”, T. XXIII/XXIII (1990), pp. 77–112; lo stesso autore, „Polskie nagrobki gotyckie”, Varsavia 1994, *passim*; M. Walicki, „Malarstwo polskie: Gotyk, Renesans, wczesny manieryzm”, Varsavia 1963, pp. 293–294.

magine araldica della stessa persona, ma quattro immagini degli stemmi di quattro persone differenti: del padre del defunto (cioè proprio stemma gentilizio), della madre, della nonna da parte di padre e della nonna da parte di madre che— conforme alla legge ed al costume— permetteva già documentare la propria nobiltà²⁵. Seconda tipica composizione prevedeva scolpire cinque stemmi araldici nella pietra tombale (quattro agli angoli e quello centrale), in cui lo stemma in posizione centrale era di padre (cioè proprio stemma gentilizio) e fra altri si trovava anche questo di bisnonna da parte di padre²⁶. Del resto tutte e due composizioni erano molto simili alla presentazione delle unioni familiari nel caso degli stemmi con quattro o cinque campi (cioè degli stemmi composti) (vedi: illustr. nr 4). Naturalmente una lapide potrebbe mostrare solo unico blasone o perfino molti insieme, però c'erano configurazioni già meno frequenti. Anche ci sono state le combinazioni di stemmi del marito e della moglie e dei loro antenati. Infine i blasoni erano scolpiti sulle lapidi dei bambini. Lo suggeriva che il bambino sia stato trattato come un membro "a pieno titolo" di famiglia ed anche come un membro della comunità di stirpe. Fra i ricercatori ci sono pure tali concetti che la presenza degli stemmi era solo un problema artistico per riempire lo spazio vuoto nella composizione d'una lapide²⁷.

Quindi è solo un passo per fissare total età maggiore della persona nel Medioevo. A quel tempo tale persona rompeva definitivamente con l'infanzia e riceveva automaticamente il diritto d'eseguire tutte azioni legali. Nella vecchia Polonia quest'età era fissata a 24 anni e non dipendeva da nessuna modificazione. Invece sempre si cambiava "l'età efficiente" cioè il periodo di transizione tra infanzia e piena età adulta. Durante questo periodo l'uomo giovane poteva eseguire la maggioranza delle azioni legali (perfino sposarsi), ma con l'eccezione di cessione perenne dei beni immobili. Inizialmente quest' "età efficiente" non è stata determinata mai e come unico criterio si usava la maturità fisica. Tuttavia nel tardo Medioevo un limite di quest'età è stato fissato per 12 anni e poi tal limite aumentava sistematicamente fino al 1768, quando raggiungeva 20 anni definitivamente ed indipendentemente dal sesso²⁸.

V. Il processo della creazione di cognomi polacchi

Un altro interessante fenomeno genealogico sembra essere un processo della creazione di nomi polacchi, sebbene esso abbia gli elementi comuni con l'araldica

25 J. Łojko, *op. cit.*, pp. 96–98; W. Semkowicz, „Nagana i oczyszczenie szlachectwa w Polsce w XIV i XV w.”, Leopoli 1899, pp. 20–39; S. Konarski, „O polskich herbach złożonych”, [in:] „Miesięcznik Heraldyczny”, R. XI (1932), pp. 35–37.

26 W. Dworzaczek, *op. cit.*, p. 95. Tutte e due composizioni dei 4 e 5 blasoni si incontreremo anche nei campi delle volte, nelle mensole e nei tamburi delle cupole nel caso delle cappelle tombali e dei mausolei familiari— vedi: J. Łoziński, „Grobowe kaplice kopułowe w Polsce (1520–1620)”, Varsavia 1973, pp. 63–70.

27 M. Kołakowska, „Renesansowe nagrobki dziecięce w Polsce XVI w. i I połowy XVII w.”, [in:] „Studia Renesansowe”, T. I (1958), pp. 245–254.

28 W. Dworzaczek, *op. cit.*, pp. 26–27.

per l'uso i proclami degli stemmi (in latino: "proclamatio"). Essi sono uno degli elementi essenziali dello stemma polacco e spesso sono identificati semplicemente con il suo nome, ma non occorre confonderli con il motto che— come "una sapienza della vita"— si pubblica di solito sul nastro sotto lo scudo. Per dire la verità i proclami erano gli slogan, gridi di battaglia, invece nel blasone non esistevano visualmente mai. Essi funzionavano esclusivamente come "i segni acustici" dello stemma. Anche il nome del blasone non doveva sempre essere d'accordo con questo grido, perchè spesso lo stemma possedeva il proprio nome—per esempio: anche oggi stemma "Ślepowron" ha proclama "Bujny" e stemma "Topór"—proclama "Starża". Da alcuni gridi procedono i nomi nobiliari, ma senz'altro non tutti. Appunto i proclami personali creano il più grande gruppo che si divide ai gridi: a) nominali (dal nome d'un membro eminente della stirpe o dal nome del suo capostipite—per esempio: "Bończa" da "Boniek"); b) soprannominati (dal soprannome o dal predicato d'uno degli antenati di tutta stirpe—per esempio: "Pierzchała", "Grzymała", "Momot" ecc.; c) etnici (dalla provenienza della stirpe—per esempio: "Sas", "Prus" ecc.). Numerosi sono anche i proclami topografici che derivano dai nomi specifici di luoghi (dove si trovava un nido gentilizio), di terre e perfino di fiumi e di laghi circostanti—per esempio: "Nałęcz", "Szreniawa", "Odrowąż", "Bogoria". Infine il più piccolo, terzo gruppo creano i proclami che funzionavano come i gridi di combattimento—per esempio: "Zerwikaptur", "Ostoja", "Bożawola", "Doliwa", "Dołęga" ecc.²⁹

Mentre in Italia le prime tracce di cognomi si può trovare già nel circa 800, in Polonia l'uso generale di cognomi si comincia solo dal XIX secolo. Una testimonianza di questo fenomeno può essere la decisione del 27 marzo 1821 pubblicata nel Regno di Polonia e con l'ordine per nel corso di sei mesi dare i cognomi per tutti questi uomini che non possiedono ancora nessuno cognome³⁰. Specie lento era un processo di preso dei cognomi fra la popolazione contadina ed ebraica³¹.

Dobbiamo anche ricordare che per conoscere il processo della formazione di cognomi sia sempre necessario rivedere il gran numero di fonti storiche. Solo in tal modo possiamo trovare i fenomeni concreti che creavano i cognomi. Quindi di quali fenomeni possiamo dire in Polonia?

- 1) L'eredità del cognome di padre per i bambini (eventualmente lo stesso cognome preso dal nonno) cioè l'ereditarietà dei cognomi almeno per tre generazioni. Anche si prende in considerazione un cognome comune di padre, di

29 Dei proclami scrivono vastamente: J. Szymański, *op. cit.*, pp. 61–65; A. Kulikowski, *op. cit.*, pp. 203–207; J. Łojko, *op. cit.*, p. 17.

30 „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, T. VII (1821), nr 30, pp. 134 e seg. Anche vedi: J. Matuszewski, *op. cit.*, p. 27; S. Grzybowski, „Nazwisko i jego stałość jako elementy identyfikacji osoby w dawnym prawie polskim”, [in:] „Onomastyka”, R. III (1957), quaderno nr 2, pp. 490–491 e 509.

31 S. Grzybowski, *op. cit.*, p. 491.

madre e di figlio ed inoltre il caso quando esiste tale cognome fra i coniugi al plurale—ad esempio: i signori Zamoyski, i signori Lis ecc.

- 2) L'identificazione tutta la generazione per un cognome comune. Si tratta dei fratelli ed eventualmente delle sorelle (se sono non sposate).
- 3) L'accettazione il cognome del marito dalla moglie.
- 4) L'identificazione dei parenti lontani per un cognome comune.

Questi fenomeni erano relativi ai membri di tutti stati ad eccezione del clero dove eppure non si conosce le regole di successione all'interno della famiglia e dove sacerdozio (o voto religioso) sostituisce l'istituzione del matrimonio³². Inoltre è caratteristico che mentre in Italia, in Francia od in Germania (e dove il patriziato urbano aveva un ruolo importante) gli aristocratici conservavano la loro particella nobiliare “di”, “de” o “von”, in Polonia non si usava nessun modo linguistico per accentuare la propria nobiltà. La particella “-ski”— che in origine potrebbe avere tali funzioni— in realtà è stata democratizzata completamente, perché essa era portata per tutta la folla di persone non necessariamente derivate dalla nobiltà³³.

VI. I segni borghesi in Polonia

Alla fine vale la pena di descrivere appunto i segni borghesi che nelle condizioni polacche erano conosciuti prevalentemente come “gmerk”, ma anche come „herbik”, „signum”, „signetum”, „Zeichen”, „character” (dal latino o dal tedesco). Ciò aveva la sua spiegazione, perché la maggioranza delle città polacche era abitata per il patriziato tedesco— soprattutto in Slesia ed in Pomerania³⁴. Tuttavia al tempo stesso non si può trattare questi segni come gli stemmi gentilizi— anche se spesso erano simili per l'uso dei motivi simili d'origine vegetale, animale od umana. Del resto in generale dopo 1300 erano creati ancora altri elementi dello stemma come l'elmo e la gemma (e poi anche: lambrecchini, corone, manti ecc.), invece i segni borghesi hanno sostato nella propria evoluzione. I marchi nella forma dei rigli (collegati con le rune scandinave e slave) ed anche i marchi presentati gli attrezzi del lavoro o le merci del proprietario (che di regola suggerisce un'appartenenza della persona adeguata ai mercanti od agli artigiani) creavano però uno gruppo significativo di questi “gmerk”³⁵.

32 Z. Kowalik-Kaleta, „Historia nazwisk polskich na tle społecznym i obyczajowym (XII–XV w.)”, T. I, Varsavia 2007, p. 312.

33 J. Matuszewski, *op. cit.*, p. 136.

34 Vedi il vasto studio sul tema di segni borghesi nelle città polacche: A. Matecki, „Studia heraldyczne”, T. II, Leopoli 1890, pp. 324–385 e 387–393 (nelle pagine ultime ci sono perfino 4 tavole con le immagini di questi segni).

35 *Ibidem*, p. 347. Inoltre: M. Gumowski, „Herbarz patrycjatu toruńskiego”, Torunia–Posnania 1970, pp. 6 e seg.; W. Maisel, „Archeologia prawna Polski”, Posnania 1982, p. 277.

Era anche conosciuto una compenetrazione fra stemmi gentilizi e segni borghesi in vari territori– perfino molto allontanati da sè. A. Małecki presenta appunto tal esempio dopo l’analisi del contenuto d’una vecchia stampa dal 1657 e suppone che là presentate³⁵ immagini araldici si siano impossessati per i cittadini di Norimberga dalla nobiltà polacca o viceversa: che i polacchi li rubi da questo patriziato tedesco. Differenze nei dettagli iconografici sono stati infatti davvero minimali³⁶.

Un altro esempio interessante è l’uso del segno borghese nello stemma “Geometer” che è stato creato nel 1582 come risultato di nobilitazione del geometra reale (e simultaneamente dell’ufficiale servente in esercito polacco) Pietro Franco (“Francus” in diploma). Il documento di nobilitazione non onora i genitori di Franco per la parola “nobiles” o per l’altra tipica per la nobiltà, ma in cambio di questo trasferisce precedenti “insegne” familiari (qui in forma della gamba alata di grifone) nella gemma, sopra la corona araldica nel nuovo blasone. Tale pratica suggerisce chiaramente un’origine borghese della famiglia italiana di Franco. Inoltre a quest’occasione abbiamo anche da fare con l’adozione d’arme, perché come emblema è stato dato una varietà dello stemma “Jelita” e ciò ha avuto luogo su richiesta adeguata del comandante dell’esercito polacco Giovanni Zamoyski (vedi: illustr. nr 5)³⁷.

VII. La conclusione

Come vediamo, il diritto polacco genealogico ed araldico è pieno di sfumature diverse che lo distinguono dalle regole obbligate in Occidente. Attualmente cresce l’interesse di questi campi della storia ed anzidetto diritto rivive in epoca d’informattizzazione. Anche belli stemmi colorati e tavole genealogiche acquisiscono una nuova luce sugli schermi dei computer quando sono fatte nuove pagine web per una folla dei lettori fedeli. La specificità del diritto polacco genealogico ed araldico consisteva invece nel numero limitato degli elementi nello stemma e nella mancanza di preoccupazione circa il rispetto per il diritto occidentale araldico. In alcuni stemmi polacchi si può vedere perfino i segni conosciuti dall’epoca di primi stirpi feudali. Anche originale è il processo della creazione di cognomi polacchi– conosciuto poco in Europa Occidentale.

36 A. Małecki, *op. cit.*, T. II, p. 154. Si tratta dell’opera „Fasciculus Anagrammatum ad inclutum reip. Norimbergensis senatum...”, [Norimberga 1657].

37 A. Małecki, *op. cit.*, T. II, p. 357; B. Paprocki, „Herby rycerstwa polskiego”, Cracovia 1858, pp. 282–283; J. Szymański, „Herbarz rycerstwa polskiego z XVI w.”, Varsavia 2001, pp. 70–71.

SPECYFIKA POLSKIEGO PRAWA GENEALOGICZNEGO I HERALDYCZNEGO

Praktycznie każdy kraj europejski posiada swoją tożsamość kulturową ukształtowaną przez historię, a to właśnie wyciska piętno na znakach i symbolach, co łączy się też z poczuciem narodowej czy rodzinnej dumy. Naprzeciw temu powszechnemu zapotrzebowaniu wychodzą nauki pomocnicze historii, a w szczególności genealogia i heraldyka. Obie te dziedziny wiedzy są bowiem nie tylko bardzo „widowskowe” ze względu na możliwość tworzenia drzew genealogicznych oraz herbów, ale również wpisują się znakomicie w ogólnoswiatowy ruch genealogiczno-heraldyczny, jaki pojawił się na przełomie lat 80-tych i 90-tych XX w. w związku z wynalezieniem komputera osobistego i Internetu. Ta rewolucja informatyczna doprowadziła do tego, że powstały całkiem nowe sposoby gromadzenia, przechowywania i prezentowania danych na temat pochodzenia rodów, rodzin czy ich herbów. Równoległe do tego zjawiska nastąpiła „fala” nowych, kolorowych i popularnych wydawnictw genealogicznych i heraldycznych, które ciągle znajdują licznych nabywców w gronie osób zainteresowanych badaniem swoich „korzeni”.

Należy jednak pamiętać, iż wspomniane nauki pomocnicze historii mają wiele wspólnego z prawem, bo nie da się odtwarzać herbu czy wyvodu swoich przodków bez znajomości reguł ustalonych kilka wieków temu i odnoszących się do tych konkretnych czynności. Co więcej: w Polsce wczesnośredniowiecznej pojawiły się pewne ważne procesy społeczne, które w ówczesnej Europie Zachodniej przebiegały inaczej i znacznie szybciej, a w konsekwencji takie zjawisko musiało doprowadzić do powstania specyficznych cech polskiej genealogii i heraldyki. Mowa tutaj o znacznie silniejszym niż na Zachodzie poczuciu wspólnoty plemiennej i rodowej, co powodowało, iż powstające rycerstwo polskie czuło się silniej związane ze swoim rodem – posiadającym jednego, wspólnego przodka – niż z własną ziemią. W ten sposób dochodziło do takich sytuacji, że podczas gdy np. we Włoszech tylko jedna rodzina – powiązana faktycznymi i udokumentowanymi więzami krwi – posługiwała się herbem Colonnów czy Orsinich, to w Polsce mamy np. herby „Jelita” czy „Nałęcz”, którymi pieczętowało się kilkaset rodzin, w ogóle ze sobą nie spokrewnionych, ale powołujących się na wspólnego przodka – choćby i legendarnego.

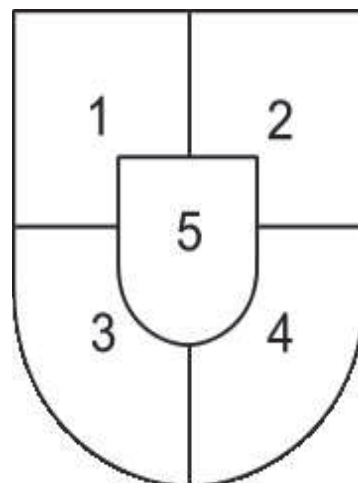
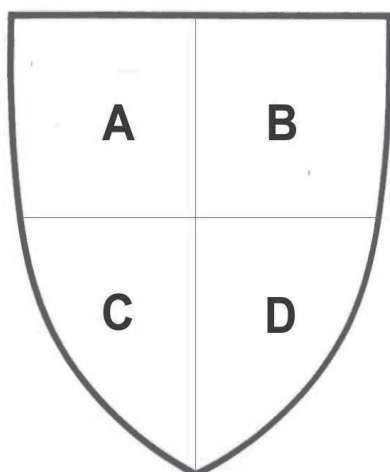
Z przynależnością do jednego rodu wiązało się ściśle zawołanie (czyli proklama – „proclamatio”), które jest cechą charakterystyczną jedynie dla heraldyki polskiej. O ile bowiem na Zachodzie wystarczał jedynie sam wizerunek herbu, o tyle u nas stosowano jeszcze wersję słuchową takiego wyobrażenia. Zawołanie stano-

wiło nazwę rodową i było używane zawsze równoległe do herbu, choć nie zawsze brzmienie zawołania da się utożsamić z nazwą samego herbu.

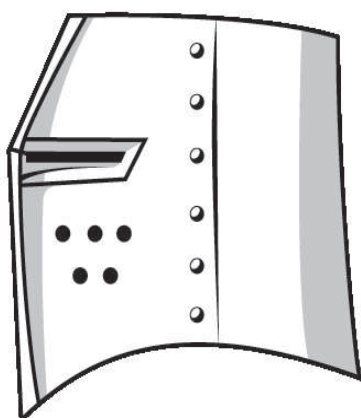
Na polskich średniowiecznych herbach zamieszczano też symbole pochodzenia starosłowiańskiego ryte na pniach drzew, naczyniach ceramicznych, urnach czy broni. Symbole te miały charakter run, a nawet znaków magicznych widniejących na totemach. Część z nich do dzisiaj nie może doczekać się rozszyfrowania i nosi specyficzne nazwy.

Odrębnym zagadnieniem są wreszcie mieszczańskie gmerki– porównywane niekiedy do herbów szlacheckich, ale występujące głównie w polskich miastach opanowanych przez niemiecki patrycjat (Gdańsk, Toruń, Elbląg, Poznań itp.), więc najprawdopodobniej nie stanowiące wytworu naszej rodzimej heraldyki.





Dislocazione degli stemmi polacchi sulle lapidi e sugli stemmi composti del XIV-XVI secolo: Tipo I: A- stemma di padre, B- di madre, C- di nonna da parte di padre, D- di nonna da parte di madre. Tipo II: 1- di madre, 2- di nonna da parte di padre, 3- di nonna da parte di madre, 4- di bisnonna da parte di padre, 5- di padre.



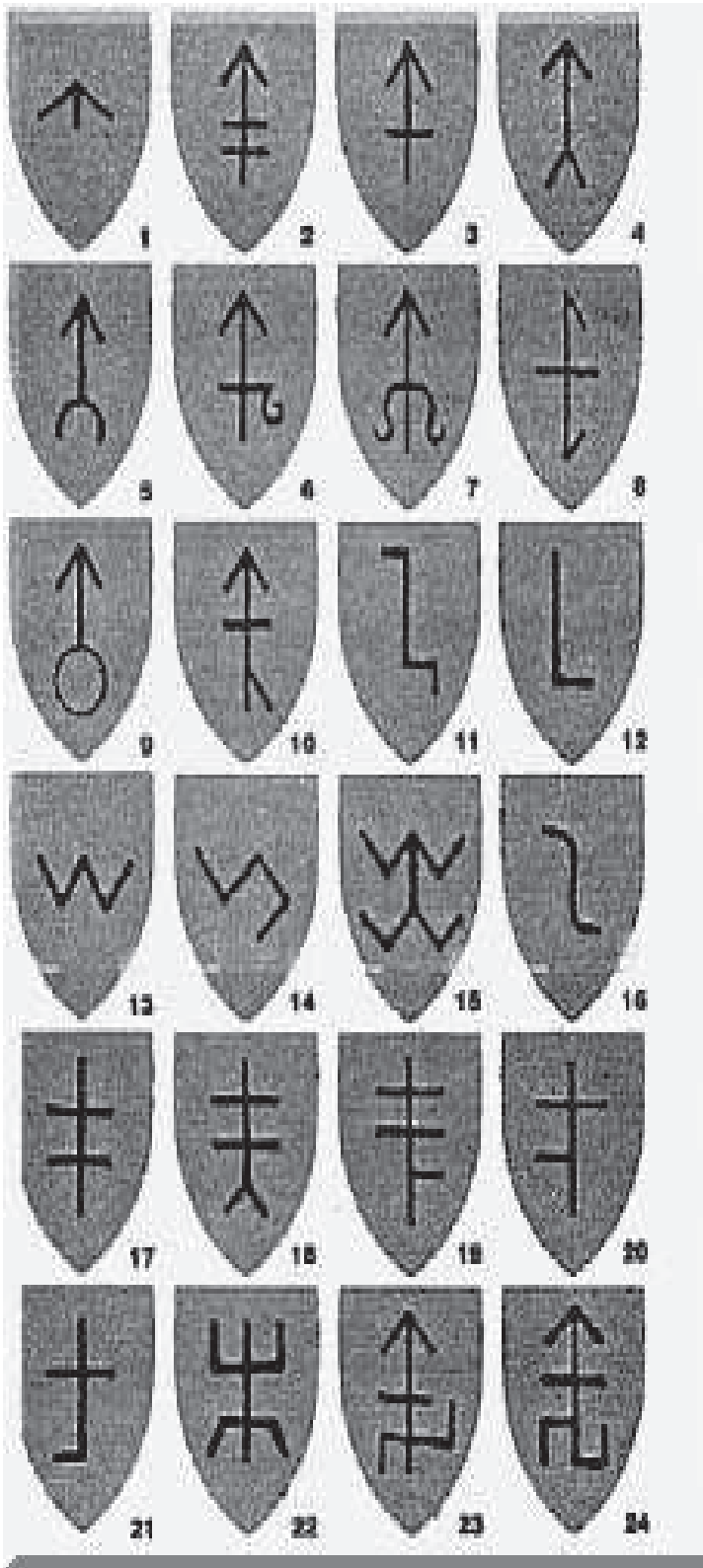
**elmo
pentolare**



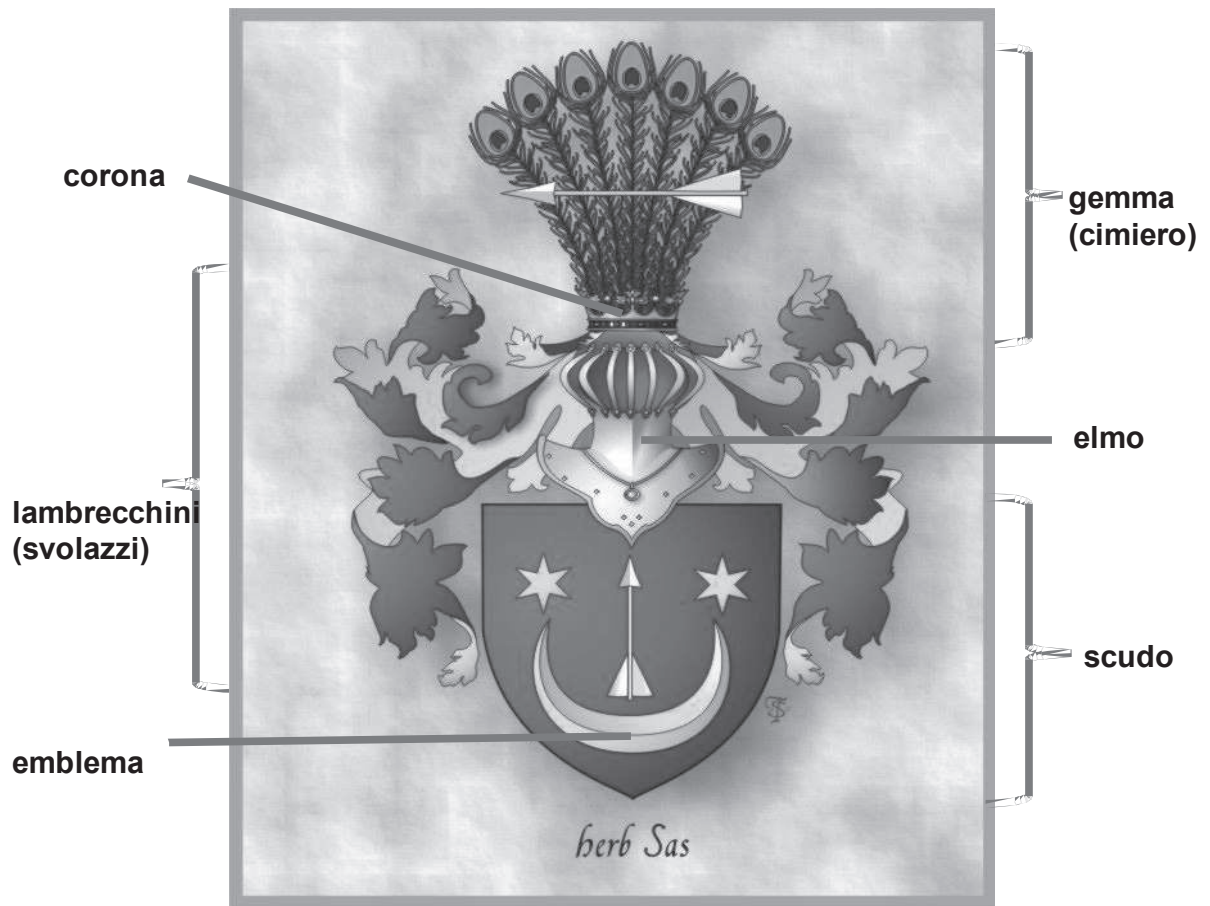
„bocca di rana”



elmo di barra



1. *Żieleźce strzały (Pogoria)*
2. *Strzała dwakroć przekrzyżowana (Lis)*
3. *Strzała przekrzyżowana (Kościeszawel Strzegonia Chodkiewiczów)*
4. *Strzała dołem rozdarta (Sas)*
5. *Strzała na barku pierścienia (Ogończyk, Ostrogscy – Zasławscy)*
6. *Krzyżostrzała a strzała przekrzyżowana z wąsem*
7. *Odrówąz a odrzywąs (Odrówązowi)*
8. *Pół strzały (a hak) przekrzyżowane*
9. *Strzała na pierścieniu (ogniwie)*
10. *Strzała przekrzyżowana z podporą*
11. *Garda a jelec*
12. *Winkiel (Norwid)*
13. *Dwie krokwie złączone (Adbank)*
14. *Dwie krokwie, jedna złamana*
15. *Dwie krokwie słupkiem złączone*
16. *Krzywaśń velikij krzywy (Sieniawa Lubomirskich)*
17. *Krzyż podwójny (na tarczy jeźdźca Pogoni Litewskiej)*
18. *Krzyż podwójny dołem rozdarty*
19. *Półtrzecia krzyża (Pilawa Potockich)*
20. *Półtora krzyża (Prus)*
21. *Krzyż złamany*
22. *Widły*
- 23, 24. *Typy znaków (runów?) bez nazwy, określanych w herbarzach słowami: „znak widoczny na rysunku”*



SPECIFICITY OF POLISH GENEALOGICAL AND HERALDIC LAW

Every European country has its cultural identity shaped by history, and it impresses the signs and symbols, and connects with the sense of national and family pride. Sciences supporting history, and in particular its genealogy and heraldry, meet that universal demands.

Both of these fields of knowledge are not only very “spectacular” because of the possibility of creating trees and coats of arms, but also enter perfectly into a worldwide genealogical movement, which appeared in the late 1980s and 1990s of the 20th century, largely due to the invention of the personal computer and the Internet. This revolution in computer science led to quite new ways in the collection, storage and presentation of data on family origins and their coats of arms. In parallel with this phenomenon, a “wave” of new, colorful and popular publications concerning genealogical and heraldic issues appeared, which today, still hold the attention of people interested in testing their “roots”.

Key words: genealogy, heraldry, coat of arm, revolution in computer science, Internet

INVESTIGATIVE JOURNALISM AS A NEW FORM OF JOURNALISM IN THE INFORMATION SOCIETY

The issue of so-called investigative journalism, journalistic investigation, certainly deserves serious scientific discussion in every respect. It seems strange that so little interest has been given to this matter in scientific journals as well as in more popular publications. This is made all the more remarkable by the fact that the Journalists' Code of Ethics of the Association of Polish Journalists,¹ has been in force since 2001, in which it was expressis verbis stated, that in collecting material, journalists must not use any illegal methods and ethically reprehensible behaviour; the exception is the investigative journalist, tracking in the name of public good – with the knowledge and consent of his superiors – crime, corruption and abuse of power (art. II pkt 5). Furthermore, in section 6 of that article, it was also stated that journalist should not violate the sphere of privacy and intimacy, an exception may be – in justified circumstances – activities in pursuit of investigations against public figures. The principles of journalistic ethics at TVP SA, also relates to the issue of investigative journalism, treating it as an unique kind of activity – due no doubt, to the activities of investigative journalist being in the greater public interest. According to the principles of journalistic ethics, collecting materials for the program, recording information, speeches, interviews and the like, should be conducted in a manner that is fair and consistent with both the principles of morality and the law in force. It is unacceptable to use methods that are morally reprehensible, methods such as misleading the interlocutor, impersonating other people, hiding the real nature of the conversation being recorded. And of course – the journalist must never behave in a threatening or intimidating manner. The only exception to this principle, is the use of a hidden camera or hidden microphone – in the greater public interest – to covertly obtain important information that would otherwise be impossible to come by.

Investigative Journalism (Investigative Reporting, journalism d'enquete), according to TVP SA's principles of journalistic ethics, is to denounce the abuse of power, fraud, corruption, crime – by obtaining evidence of guilt which in any

1 <http://www.sdp.pl/Kodeks-etyki-dziennikarskiej-SDP>

event can not serve the interests of any particular individuals or groups. It is also necessary to pay attention to the fact that a hidden camera or microphone may violate the right to privacy, therefore, in each instance where this practice is to be adopted, it must first be approved by a supervisor and even with that sanction, it can still only proceed with the approval of the person being filmed or recorded. Recording telephone conversations without any intention of issuing the required notice to the person on the other end of the line, is unacceptable – unless of course, it serves the public good. In the principles of TVP SA, it has also been concluded that investigative journalism is the domain of journalists with extensive experience and a reputation for professionalism and ethical propriety.² These ethical statements must surely serve to promote debate, not only on labour standards, but on the rules of conduct, and especially so where investigative journalism is concerned. Such debate is also important in another respect – journalism is a profession of public trust.³

Investigative journalism is a form of journalism which in Poland is not rich in tradition, because its development requires specific sociopolitical conditions in which to exist. In a word, it is primarily a system of ‘power’, which can only be effective in countries receptive to public opinion. Such conditions occurred in Poland after 1989, when the political system was changed to that of a parliamentary democracy and the country returned to a market economy. In 1994, the Polish essayists had come into being and they introduced the concept of “deceptive journalism”, journalism that is provocative.⁴ The most famous example of provocative journalism of that time, was carried out by E. Wanat and M. Gorzeliński, who “stole” a car and drove it around Poznan, under the noses of police patrols. That provocation exposed the low efficiency of the Polish police and deficiencies in the management and coordination of its activities. There were other provocations which followed⁵. At this point it should be noted that according to M. Palczewski,⁶ the techniques used by investigative journalists to obtain information, such as leakages or provocations, has nothing to do with investigative journalism. This view can be accepted but with the proviso, that the essence of investigative journalism is the determination of facts⁷

2 <http://www.tvp.pl/o-tvp/komisja-etyki/podstrony/rozwiniecie-zasad/105763>

3 See: *Opinia społeczna na temat zawodów zaufania publicznego komunikat z badań*, Warszawa, April 2004, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2004/K_073_04.PDF

4 Małgorzata Wszyńska in „Press” nr 1, 2005 has documented the phenomenon in Poland.

5 In 1995, journalists of „Super Express” without any difficulty obtained a large quantity of dynamite. In 2003, journalists of Newsweek and TVN in exchange for a bribe (700 PLN) received a favorable decision in the department of architecture of Krakow’s city council. In 2004, TVN journalists in exchange for a bribe, received from a psychiatrist in Kielce, a fictional mental health certificate for submission to the police. In 2005, journalists of TVN and journalists of “Newsweek” bought false documents at the market and used them freely to buy expensive equipment on credit, rent cars and an apartment, and tried to open a bank account. In 2005, the journalists of “Ekspres Reporterów” and TVP2 reveal the illegal activities of a gynecologist in Kozuchów, who suggested paid for an abortion to a woman who was not pregnant. A TVN journalist exposed the trade in fake paintings in the famous Auction House.

6 Dr, Wyższa Szkoła Humanistyczno-Ekonomiczna w Łodzi.

7 On the original findings of the journalist and independence on the findings made by other authorities designated for that: the police, prosecutor or special services as the essence of investigative journalism also notes A Marsza-

using a variety of techniques for collecting information (informers, leaks, journalistic provocation, and the like). Which method is used depends on the circumstances, it is not dependent on the use of one technique over another. As B. Page, rightly puts it, investigative journalism is all about investigation. It is not about asking important people what happened. The idea is to independently arrive at this⁸. Similarly, investigative journalism can not be reduced solely to news gathering, the collection of information, because investigative journalism is not just about “finding what is hidden”⁹ but also for disclosing it and publishing the facts¹⁰. S. Tandler (“The Times”) expresses this very clearly, claiming that: “...the investigative journalist can not be the depository of secrets, since they pay him for it”¹¹.

As indicated above, investigative journalism, which leads to the disclosure of acts of wrongdoing in public life and brings them to the attention of the general public, can not develop under the rule of a dictatorship, where the people and their participation in public life are subjugated under the instrument of totalitarian power. The communist government in Poland did not allow the truth to be revealed – the truth about the mechanisms of totalitarian governance, its abuses, its nepotism, its poverty, its unemployment and its common crimes. The rights and freedoms of the citizen were violated and public awareness was subject to indoctrination and propaganda. Even in the incapacitated and communist government controlled media, strict censorship was in force. However, in a democratic system, journalism – especially investigative journalism – is primarily a form of independent power and social control over the authorities. By raising awareness and shaping public opinion, investigative journalism undoubtedly affects, albeit in an indirect way, politics and governance.¹² However, investigative journalism also has a direct influence on the formation and development of civil society and both strengthens and smooths the functioning of democracy.¹³ It should be emphasized that investigative journalists cannot replace the constitutional state bodies in carrying out the tasks to which they have been appointed. According to art. 10 of the European Convention on Human Rights,¹⁴ a free, independent and pluralistic media is crucial in a democratic society. It should also be noted, that this type of journalism is a very difficult labour, one that is time-consuming, costly and potentially dangerous. For its effectiveness, it

tek in the discussion: Jak problem zagrożenia korupcją w Polsce był postrzegany przez międzynarodowe organizacje w 1999 r. i obecnie, [http:// WWW.batory.org.pl/korupcja/sesja1.htm](http://WWW.batory.org.pl/korupcja/sesja1.htm)

8 D. Spark, *Dziennikarstwo śledcze. Studium techniki*, Kraków 2007, p. 2.

9 W.M. Rivers, C. Mathews, *Etyka środków przekazu*, Warszawa 1995, p. 119.

10 Zob. M. Zaremba, *Śledztwo dziennikarskie. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych*, Łódź 2006, p. 89.

11 D. Spark, *op. cit.*, p. 18.

12 Zob. J. Jastrzębski, *Etyka dziennikarstwa śledczego.*, (w:) *Śledztwo dziennikarskie. Teoria i praktyka...*, *op. cit.*, p. 43 and the following.

13 Zob. M. Bierzyńska–Sudoł, *Rola dziennikarstwa śledczego w budowaniu demokracji i społeczeństwa obywatelskiego*, (w:) *Teoria i praktyka...*, p. 82 in.

14 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

must necessarily be equipped, in every respect, with the status of independence. These difficulties were pointed out by the late Pope John Paul II,¹⁵ who believed that journalists constantly feel the pressures of power, in all its various forms – ideologically and economically. The Pope, pointed out that journalists often have to work – perhaps like no other beings – within a very limited time span, sometimes being required to write about things that deviate from their rules, or even conflict with them. The Pope, observed that often the professional activities of journalists, forced them to remain away from family and home, moving from country to country with frequent changes of residence. Continuous, arduous, journalistic investigation, regardless of the level of frustration, requires a proper moral attitude from the investigative journalist. This is undoubtedly a mission. Investigative journalism was once known in the UK as journalism, bringing relief to victims and the demolition peace sated and satisfied. This is a fight in the name of readers.¹⁶ There is no doubt that journalism is an act of communication between the journalist and society.¹⁷

Although Polish investigative journalism can not boast a long pedigree, it was nevertheless not spared in the crisis which occurred as a consequence of events that created disequilibrium in the mass media market.¹⁸ In my opinion, one of the most important factors, was the “chaotic” situation created by the liquidation of the RSW Group (group “RSW Prasa – Książka – RUCH”), a division of the media, which resulted in the “oligarchic shape” of the media in Poland, and a poor ratio between public and commercial media. It should be noted that there is a direct correlation of state authority, the model of mass media access to the information unit and its quality. Other factors affecting the function and model of mass media are: the statutory regulations in the field of media, the share of foreign capital in the media and the applicable ethical standards involved. In addition, one needs to point to the computerization process of socioeconomic life, which brings Poland to the era of the information society, a society shaped primarily by the introduction and development of electronic media. Information civilization is a new quality based on freely available information. Information is also a basic commodity that is subservient to market forces and which directly conditions qualitative changes in all areas of social life. In this sense, it adds a totally different dimension to the right to information – freedom of information. What remains constant, however, is the fact that this freedom is not absolute, since, in the broader sense, it is still subject to constraints generated by the need to protect freedom of communication, privacy and security. In this latter respect in particular, unlimited access to electronic communication and universal access to electronic media, at any time and in any place, also serve to generate a

15 A speech delivered to journalists in Rome location of Catholic Press Association in Italy, Rome, 17th of January 1988.

16 D. Spark, *op. cit.*, p. 6.

17 Pope John Paul II.

18 Newspapers lose out in relation to the Internet.

new and severe phenomena – cyber–crime – and any individual participating in the information society, is not immune to its dangers. On the other hand, unlimited access to electronic communication and the widespread availability of electronic media, has determined a new and distinctive cultural phenomena – a new human activity. Of course, alongside electronic media, printed media continues to exist in its traditional form, with the printed media being complemented by on–line products.

Referring to the first topic of discussion, investigative journalism, at this point it is now worth mentioning the other forms of journalism that have developed. If it is assumed that the essence of journalism is public communication by means of mass communication, electronic media such as the Internet, now plays a dominant role. Thus, depending on the adopted criterion, journalism can mainly be divided into: public (non–commercial) and commercial; professional (performed by professional journalists) and non–professional; press, radio, television and internet (the so–called electronic media); news, current affairs, local, national and international; professional, political, economic, sporting, cultural, etc. This division shows an existing variety of journalistic forms and those which, with the development of the information society, are evolving into new solutions every day. Hence, more than seventy–percent of Internet users claim that public journalism will be crucial in the future. We should understand that under the concept of public journalism, what we are looking at is journalism practiced by ordinary members of the public in the public interest, using as a medium of mass communication – the Internet. Clearly, therefore, the rise and development of public journalism is directly linked to the rise of the Internet, which allows anyone to create interactive information for mass publication. The first public journalism site to be created in Poland, is considered to be the Polish language version of Wikipedia, which was created on 19 February 2005.¹⁹ Other journalistic sites to which members of the public contribute, have since been opened by the publishers of professional media. The largest such sites are: *Wiadomosci24.pl*, *Interia360.pl*, *iThink.pl*, *eioba.pl*, *salon24.pl*. One can also point to other developing journalistic activities, using the different tools and options available, such as: blogs²⁰, general or specialized social networking sites, horizontal portals²¹, vertical portals (thematic)²²,

19 <http://pl.wikipedia.org/wiki/Wikinews>

20 Blog (or web log) – Form of website containing entries created by the blog owner (blogger). All blogs are regarded as a communication medium called the blogosphere. Blogs are mostly the personal views and comments of the blogger. Blogs can be used as a vertical portals.

21 Internet portal – an online news service. It contains information available to an unlimited audience, such as current news, weather, web directory, chat, forums and mechanisms to locate information peer–to–peer or via external Internet based resources (search engines). Polish web portals include: *Onet.pl*, *Wirtualna Polska.pl*, *Interia.pl*, *Gazeta.pl*, *o2.pl*, *TVN24.pl*, *TVP.info.pl*, *RMF24.pl*, *Fakt.pl*, *Polonia.net*, *Polska.pl*, *Poland.com*, *RadioZET.pl*

22 Web site, a vertical portal – a specialized portal, containing information from one field, the theme, such as for film, music, computer programs, automotive. It should be noted that the information content of a particular news portal is more specialized compared to the portals.

public journalism sites, internet TV stations²³, Internet radio stations²⁴. Therefore it seems reasonable to say that public journalism (in the broad sense) will – in any form and using various forms of electronic media primarily centred on the Internet – will continue to develop dynamically. This does not mean that traditional media will disappear, though doubtless, it will need to develop new strategies to main its presence, particularly on–line. It seems that the evolution of online media, should also be used for the development of professional journalism and traditional media. However, judging public journalism on its merits, it should be emphasized that it provides a better understanding of events in a localised context, is quick and easy to apply (in terms of publishing information and material) and affords independence (in relation to a specific line of programming, and the assessment and approval of an editorial board). However, its main disadvantages are: lack of journalism workshop, objectivity, a peculiar one–sidedness and single–thematic information. Furthermore, it should also be noted that public journalism has a tendency to generate secondhand information in the form of comments or the reorganization of reports emanating from professional journalists.

Thus it seems reasonable to proceed to the question of what lays in store for the future of journalism in Poland? What will be the impact on the labour–intensive, time consuming, costly, dangerous, independent investigative journalism, if a crisis arises in the mass media market in Poland? Will, in the near future, any member of the public armed with a computer, a camera phone, or camera, be able to compete with the investigative journalist? The answer to this question is not so simple, given the specificity of the investigative journalists work and the fact that, in accordance with Art. 7 2 point 5 of the Act of 26 January 1984 – Press Law, a journalist is a person engaged in the preparation, compilation and editing of press materials under the authority of an editor. Without delving deeper into this definition, it is quite clear that, above all, reliable and original (primary) information, can only, and likely always will, be created by professional journalists. In this respect, it is also worth noting that the quality of the information, as well as the standards of its presentation, are a prerequisite. Ch. Fasel (Stern), aptly notes that: the journalist is not an artist, but is a craftsman. Referring to the specifics of investigative journalism, it should be noted that the journalist must possess strength, tenacity, determination and patience. Leading an investigation also needs support. Top stories require painstaking work and time. They are extremely expensive, they are often dangerous, and they also require a thorough knowledge of investigative procedures. According to T. Bower²⁵ “...fair journalism is expensive, frustrating and a lonely grind. Often it turns out to be

23 Internet TV – TV which uses the transmission medium of the Internet and which will make its television programs on the Internet. For the reception of such programs appropriate software is needed.

24 Internet radio – radio which broadcasts via the Internet and it is mostly produced by amateurs. Traditional radio stations also use the Internet as an additional broadcasting channel.

25 T. Bower following D. Spark, *op. cit.*, p. 15.

futile and inefficient. Even the rare success only brings to the investigative reporter unpleasant epithets: he is described as ‘obsessive’ and ‘dangerous.’ The final product is often complicated, difficult to read, not very interesting and unconvincing.” Consideration of this effort is primarily the satisfaction of knowing that something has been done, that was almost impossible to achieve, in order to help someone that has suffered an injustice. This is why investigative journalism is sometimes described as, involved journalism.

In considering the issue of investigative journalism it is impossible not to refer to the workshop and the working methods of investigative journalist. From the outset the definition of investigative journalism, put forward quite a surprising observation that a reporter investigating in Poland, is allowed to do just about anything. But this is not a fully justifiable claim, because the journalist is not relieved of liability for his actions, although it is worth mentioning that the Polish justice system treats media’s cases gently. What needs to be strongly emphasized, is that any statutory provision must not be in conflict with applicable law. Investigative journalist must be aware of this when citing “ethics” in defence of a breach of law: it will not protect him from either civil liability or criminal liability. Characteristic, even constitutive of this kind of journalism, is a paradox: a noble goal requires the methods and means of controversial ethics. However, in my opinion, belief that “the end justifies the means” is not valid, because the most important virtue of investigative journalism should be the virtue of credibility. According to the standards of the legendary British investigation team, “The Sunday Times”, the model of journalistic integrity – investigative reporters are required to be intransigent in their search for evidence, determining facts and reviewing the sources of information, especially in drawing conclusions, and must be ready to reject theories that are tempting but deceptive”. Even the slightest wrong detail can undermine the entire investigation. Public good is the respect for existing law by all citizens including journalists – especially investigative reporters, and no one can put themselves above the law. Moreover, it is the lot of the investigative journalist to protect peoples interests, whether that be the protection of a persons rights or their dignity, the protection of minors against immorality, the protection of ‘whistleblowers’ acting in good faith, or the protection of others, who turn to and place their trust in the reporter.

In conclusion, I cite the opinion of John Paul II on journalistic ethos, which he expressed on 4 June 2000, at an event organized for journalists by the Vatican in celebration of World Communications Day. According to John Paul II “...since journalism has such a vast and direct influence on public opinion it can not be controlled solely by economic factors, the pursuit of profit and partisan interests. It should be seen as a task, in some sense “sacred”, performed with the knowledge that the powerful media reporters are assigned for the benefit of vulnerable groups – from children to the poor, the sick to the people marginalized and discriminated

against. It can not be written or broadcast in programs, guided by the desire to obtain the largest possible audience, abandoning the very formative influence. Also it can not refer indiscriminately to the right to information, not taking into account other human rights. No freedom, including freedom of expression is absolute: in fact, facing the border in the form of the obligation to respect the dignity and legitimate freedom of others. It can not be written, produced and broadcast in programs, if it prejudices the truth: not only the truth of the facts of which it informs the public, but also the truth about man, human dignity in all its dimensions.”

INVESTIGATIVE JOURNALISM AS A NEW FORM OF JOURNALISM IN THE INFORMATION SOCIETY

This article provides an introduction to discussion on the issue of investigative journalism as a new form of journalism in the information society. The issue of so-called investigative journalism undoubtedly deserves serious scientific discussion in every respect, especially if one takes into account the fact that investigative journalism is an unique kind of journalistic activity due to it being in the greater public interest, albeit in the absence of the power and authority inherent in the disclosure and explanation of criminal offenses. Investigative journalism is a type of journalism, which in Poland is not rich in tradition because its development depends on sociopolitical conditions.

Since 2001, in Poland a Code of Ethics of Journalism Association of Polish Journalists is in force, in which it was expressly stated that: in collecting material journalists must not use any illegal methods and ethically reprehensible behavior, the exception is investigative journalists, such as tracking in the name of public good – with the knowledge and consent of their superiors – crime, corruption or abuse of power (Article II, paragraph 5). Furthermore, in section 6 of the same article, it was also stated that journalist should not violate the sphere of privacy and intimacy, an exception may be – in justified circumstances – activities in pursuit of investigations against public figures.

The quoted definition of investigative journalism show quite surprising assertions that the investigative reporter in Poland, is allowed to do just about anything. But this claim is not fully justifiable, because the journalist is not relieved of responsibility for his actions, although it is worth mentioning that the Polish justice system treats media cases gently. Considering the issue of investigative journalism, it is impossible not to refer to the workshop and working methods of investigative journalist.

Key words: journalism, Internet, investigation, ethics, information society

DZIENNIKARSTWO ŚLEDTCZE JAKO NOWA FORMA DZIENNIKARSTWA

Niniejszy artykuł stanowi wstęp do dyskusji dotyczącej problematyki dziennikarstwa śledczego jako nowej formy dziennikarstwa w społeczeństwie informacyjnym. Problematyka tzw. śledztwa dziennikarskiego niewątpliwie zasługuje na poważną dyskusję naukową pod każdym względem, szczególnie zaś, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, iż dziennikarstwo to jest wyjątkowym rodzajem działalności dziennikarskiej z uwagi na działanie dziennikarza śledczego w imię wyższego interesu publicznego przy jednoczesnym braku uprawnień i kompetencji właściwych dla organów ścigania w zakresie ujawniania i wyjaśniania popełnionych przestępstw. Dziennikarstwo śledcze jest rodzajem dziennikarstwa, który w Polsce nie ma bogatej tradycji, gdyż do swojego rozwoju potrzebuje charakterystycznych warunków społeczno – politycznych. Od 2001 r. w Polsce obowiązuje Kodeks Etyki Dziennikarskiej Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich, w którym *expressis verbis* zostało stwierdzone, iż w zbieraniu materiałów nie wolno posługiwać się metodami sprzecznymi z prawem i nagannymi etycznie; wyjątkiem jest dziennikarstwo śledcze, tj. tropienie w imię dobra publicznego – za wiedzą i zgodą przełożonych – zbrodni, korupcji czy nadużycia władzy (art. II pkt 5). Ponadto w punkcie 6 tegoż artykułu ustalono również, iż nie wolno naruszać prywatności i sfery intymnej; wyjątek mogą stanowić – w uzasadnionych okolicznościach – działania w zakresie dziennikarstwa śledczego, także wobec osób publicznych. Z przytoczonej definicji dziennikarstwa śledczego wynika dość zaskakująca konstatacja, że reporterowi śledczemu w Polsce wolno właściwie wszystko. Nie jest to jednak twierdzenie w pełni uzasadnione, gdyż dziennikarz nie jest zwolniony z odpowiedzialności za swoje czyny, chociaż zauważyć wypada, że polski wymiar sprawiedliwości łagodnie traktuje tzw. kazusy medialne. Rozważając problematykę dziennikarstwa śledczego nie sposób nie odnieść się również do kwestii warsztatu i metod pracy dziennikarza śledczego.

DIRITTO E FUTUROLOGIA

1. Introduzione

Si può dire che la problematica che collega le materie riguardanti il diritto e la futurologia ha un carattere sia filosofico, sia legislativo.

La filosofia applicata al campo legislativo come scienza interdisciplinare (polidisciplinare, o subdisciplinare) parla del diritto futuro (diritto ideale), cioè di un tipo di diritto che dovrebbe essere in vigore in futuro¹. In questo contesto la filosofia applicata al diritto diventa disciplina scientifica in grado di prevedere i flussi di sviluppo del diritto oggi esistente e l'apparire di nuove sconosciute regolamentazioni legislative, o addirittura di nuove forme del diritto, che oggi ancora non esistono.

Invece la futurologia (lat. *futurus*= futuro+ gr. *logos*=scienza) viene presentata come ragionamento degli scienziati e degli esperti delle varie discipline scientifiche sullo sviluppo futuro dell'umanità e dell'evoluzione, con lo scopo di facilitare la vita umana nei vari campi dell'attività sociale, politica, gestionale, scientifica, tecnica, medica, culturale, etc.² In questo modo la futurologia diventa materia nella quale l'obiettivo è sì una prognosi, ma anche un progetto di futuro dell'umanità. „Prevedere il futuro non è solo l'analisi di dati statistici (...), ma soprattutto creatività nel progettare—creare i cosiddetti scenari del futuro”³.

Tra gli argomenti principali della futurologia con i quali già oggi e sicuramente in futuro si scontra la scienza di alta tecnologia, dove la legge non potrà rimanere indifferente, hanno rilevanza sopra tutto i problemi legati alla clonazione, alla genetica, alla robotica, all'informatica, alla intelligenza artificiale e alla ricerca della vita e intelligenza nello spazio. In questo momento la maggior parte delle riflessioni su

1 A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin, s. 21; C. Gryko, *Perfekcjonizm prawa w ujęciu filozoficznym i prawnym*, (w:) B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, s. 95; R.A. Tokarczyk, *Rozważania o sprawiedliwości w świetle filozofii prawa*, Lublin 1993, s. 10; zob. także M. Szyszkowska, *Związki filozofii polityki z filozofią prawa*, (w:) *Elementy filozofii polityki*, M. Szyszkowska (red.), s. 54–55.

2 *Słownik języka polskiego*, t. I, A–K, M. Szymczak (red.), Warszawa 1993, s. 621.

3 *Mała encyklopedia filozofii. Pojęcia, problemy, kierunki, szkoły*, S. Jędynak (red.), Bydgoszcz 1996, s. 176–177.

questi argomenti hanno carattere speculare e teorico e ci si occupano scienziati specializzati e più genericamente futurologi, filosofi, etologi e bioetologi.

2. Problematica riguardante la clonazione e la modifica genetica

La clonazione delle cellule e di esseri viventi è possibile ed il problema legato a questo fatto consiste nella possibilità che si costituisca e funzioni in futuro un insieme di cloni degli esseri umani.

Oggi giorno il problema della clonazione (pecora Dolly) è regolato dalla legge, che vieta in modo assoluto la clonazione degli esseri viventi, anche se ciò è considerato dalla scienza molto probabile.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000 nell'articolo 3 conferma il diritto dell'uomo alla integrità secondo il quale:

1. Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica.
2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati :
 - a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge;
 - b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone;
 - c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro;
 - d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani⁴.

Comunque il problema maggiore è il modo di affrontare la questione generale della clonazione e lo sviluppo scientifico–legislativo dei vari Stati: si va dall'assoluto divieto di clonazione alla possibilità di clonare a certe condizioni.

Già la produzione del cibo geneticamente modificato provoca molte discussioni in tutto il mondo, ma lo sviluppo della genetica darà in futuro la possibilità di creare e perfezionare la razza umana secondo i principi della eugenetica: essa darà la possibilità di modificare l'uomo e la razza umana nell'aspetto fisico e psichico basandosi sullo sviluppo tecnologico.

Le norme legislative contemporanee sulla genetica generalmente fanno riferimento al Protocollo Supplementare di Convenzione per la protezione dei Diritti

4 Zob. http://pl.wikisource.org/wiki/Karta_Praw_Podstawowych_Unii_Europejskiej (25. 09. 2010 r.).

dell'Uomo e della dignità dell'essere umano di fronte agli esperimenti di biologia e medicina in divieto di clonazione degli esseri umani.

Con questa Convenzione gli Stati membri del Consiglio dell'Unione Europea e Comunità Europea,

- tenendo presente i successi scientifici ottenuti attraverso la clonazione dei mammiferi, soprattutto sulla strada della frammentazione dell'embrione e trasferimento del nucleo cellulare;
- consapevole del fatto che alcune tecniche di clonazione possono contribuire all'avanzare del progresso della scienza ed alla possibilità di uso nella medicina;
- credendo che la clonazione di esseri umani potrebbe essere tecnicamente possibile;
- considerando che la frammentazione dell'embrione può avvenire in modo naturale provocando la nascita di gemelli geneticamente identici;
- nella convinzione però che trattare un essere umano come uno strumento, creare intenzionalmente esseri umani geneticamente identici va contro la dignità umana e rappresenta un uso scorretto di biologia e medicina;
- prendendo in considerazione anche le grosse implicazioni di tipo medico, psicologico e sociale che potrebbero incontrarsi con questo tipo di pratica biomedica a danno dei soggetti interessati;
- nel rispetto della Convenzione dei diritti umani e biomedici soprattutto del principio proclamato nel suo articolo 1, che ha come scopo la protezione della dignità e identità dell'essere umano⁵,

hanno deciso con l'articolo 1: Qualsiasi intervento avente come scopo di creare un essere umano geneticamente identico ad un altro vivente o morto è vietato⁶. Essere umano „geneticamente identico” ad altro essere umano significa un essere umano che condivide con un altro lo stesso gruppo di geni contenuti nel nucleo cellulare.

3. Problematica riguardante l'intelligenza artificiale e robotica

Un altro problema del futuro che dovrà essere affrontato dai legislatori è la possibilità di creare una intelligenza artificiale, direttamente legato allo sviluppo di moderne tecnologie nella informatica e robotica avanzata. Abbiamo le prime idee circa gli umanoidi con intelligenza artificiale, come per esempio: Regole di robotica

5 <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=archiwum&id=21> (25.09.2010 r.).

6 <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=73> (25.09.2010 r.).

di Izaak Asimov e Mark Tilden; o Le aspettative di cosiddetta intelligenza artificiale amichevole di Elizar S. Yudkowski.

All'Università di Oxford dal 2005 si è costituito l'Istituto di Futuro dell'Umanità (Future of Humanity Institute – FHI). Il capo dell'Istituto è un filosofo svedese, Nick Bostrom, il quale nel 1998 è anche stato uno dei fondatori della Società Mondiale di Transumanisti. In questo contesto trans significa oltre o sopra, invece il termine transumanesimo⁷ che prevede l'avvento di un uomo perfezionato è risultato troppo controverso, perciò è stato cambiato e scelto uno più neutro: Humanity+⁸. Nella sua tesi "Cognitive, Emotive and Ethical Aspects of Decision Making in Humans and Artificial Intelligence" Nick Bostrom fa notare i pericoli dai quali ci dobbiamo proteggere in futuro, cioè „ le persone che creeranno le macchine superintelligenti, invece di dotarle di utilizzo universale filantropico, si codificheranno l'obbligo di servire solo ad un piccolo gruppo, per esempio i loro creatori o le persone che hanno sponsorizzato l'opera”⁹.

Invece il Professor Hans Moravec della Carnegie Mellon University sostiene che robot universali, simili all'uomo, raggiungeranno e supereranno il livello dell'intelligenza umana fra più o meno 30 anni (più o meno nel 2040) e poi ci commanderanno in maniera molto intelligente¹⁰. In questo caso è adeguato il test di Turing che inizia come un gioco: (la macchina) deve indovinare, usando varie domande e risposte scritte su un foglio, il sesso della persona che si trova in un'altra stanza¹¹. Secondo l'idea originaria di Alan Turing (1912–1954) la persona doveva fingere il sesso opposto e il test era ridotto a 5 minuti di conversazione. Oggi questa metodologia non viene considerata, come in partenza non si utilizzano i dettagli del test di Turing. Alan Turing si aspettava che le macchine alla fine avrebbero superato questo test e sarebbero state in grado di fingere di essere qualcun altro, chi non sono. Lo scienziato credeva che all'inizio del XXI secolo le macchine (computer) con la memoria di 109 bit (più o meno 119 MB) sarebbero state in grado di ingannare il 30% di giudici durante il test di 5 minuti¹².

Le necessità indispensabili descritte da Eliezer Yudkowsky che l'intelligenza artificiale amichevole (IA) sia effettiva e che l'umanità venga protetta da non volute conseguenze della sua azione, sono seguenti:

- 1) Intelligenza artificiale amichevole (IA): deve essere favorevole all'uomo ed a tutti gli esseri viventi e fare delle scelte che saranno nell'interesse di tutti;

7 Transhumanizm: www.racjonalista.pl/kk.php/d,242 (25.09.2010 r.).

8 K. Szymborski, Bajki o robotach, „Polityka”2010, nr 9 (2745), s. 77–79.

9 *Ibidem*

10 *Ibidem*

11 P. Stokes, 100 największych filozofów, tłum. J. Korpanty, Warszawa 2007, s. 228–229.

12 http://pl.wikipedia.org/wiki/Test_Turing (25.09.2010 r.).

- 2) Sostentimento della benevolenza (IA): l'uomo deve volere trasmettere il proprio sistema di valutazione a tutti i suoi discendenti ed insegnare questi valori agli esseri simili a se stesso;
- 3) Intelligenza (IA): deve essere abbastanza furba da sapere come si può raggiungere l'equilibrio tramite un comportamento altruistico e cercare di fare il possibile per avere la certezza che il risultato delle azioni compiute non sarà l'aumento di dolore;
- 4) Autoperfezionamento (IA): deve sentire il bisogno e voglia di continuo sviluppo di se stessa, sia di capire questa volontà da parte degli esseri viventi che la circondano.

Invece Isaac Asimov (1920–1992), autore americano e biochimico, ha formulato 3 famose Leggi di robotica:

- 1) Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno;
- 2) Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non contravvengano alla Prima Legge;
- 3) Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima e con la Seconda Legge. Nel racconto Robot ed Impero (Robots and Empire) Asimov ha aggiunto l'ultima regola, detta Legge Zero che è diventata superiore alle prime tre: Un robot non può recare danno all'umanità, né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, l'umanità riceva danno.

Ulteriori leggi di robotica ha proposto Mark Tilden, il quale sostiene che:

- 1) Un robot deve proteggere la sua esistenza a qualunque costo;
- 2) Un robot deve ottenere e mantenere l'accesso alle fonti di energia;
- 3) Un robot deve continuamente cercare migliori fonti di energia.

4. Problematica riguardante l'esistenza della intelligenza nell'universo

L'ultimo problema più di tipo fiction che scientifico è rappresentato dal possibile contatto del popolo umano con esseri intelligenti viventi nell'universo. Può essere. Probabilmente l'idea migliore è formulare una legge universale degli esseri intelligenti nell'universo sull'esempio dell'imperativo pratico di Immanuel Kant o del Principio di responsabilità di Hans Jonas. Il primo scriveva che gli esseri in-

telligenti devono trattare gli altri esseri intelligenti come lo scopo vero e proprio¹³. Il secondo nel capitolo Principio della responsabilità ha definito l'etica per la civiltà tecnologica, scrivendo: agisci per garantire solidità di vera vita umana sulla terra; agisci per non distruggere una futura possibilità di questa vita¹⁴. Una nuova versione in aggiunta alle proposte sopra descritte potrebbe essere questa frase: Agisci con gli altri esseri intelligenti, soprattutto con quelli di livello di sviluppo più basso (civile, culturale, morale ecc) del tuo, come tu volessi essere trattato dagli esseri intelligenti soprattutto da quelli di livello di sviluppo più alto del tuo.

5. Conclusione

In conclusione bisogna sottolineare come i sopradescritti problemi hanno oggi un carattere piuttosto teorico e rimangono legati più alla immaginazione che alla realtà. Inoltre non esauriscono tutta la ricchezza e la diversità della problematica di futurologia con la quale avrà a che fare in futuro il legislatore. Negli stati, quali destinano i grandi mezzi finanziari per sviluppo scientifico, un'introduzione di tecnologie moderne è la questione del tempo. Il continuo e veloce sviluppo della scienza e della tecnica porta comunque alla necessità di regolamentarle con leggi adeguate. Alcuni futurologi contemporanei prevedano che questo diventerà già nel XXI secolo.

13 I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tum. M. Wartenberg, Warszawa 1981, 1984, s. 62 i 76.

14 H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2001, s. 214.

DIRITTO E FUTUROLOGIA

L'intenzione dell'autore è un accenno della problematica che lega la futurologia, come disciplina che si occupi di prognosi e progetto del futuro umano, con la legge. Secondo lui i problemi più grandi, con i quali in futuro avrà a che fare il legislatore, visto lo sviluppo della scienza e della tecnica, sono questioni riguardanti: la clonazione e le modificazioni genetiche umane, la creazione di intelligenza artificiale, lo sviluppo della robotica e la conferma dei contatti con l'intelligenza (civiltà) extraterrestre.

Per il momento questi problemi sono piuttosto teorici anche se specialisti e scienziati ci si occupano da anni.

PRAWO I FUTUROLOGIA

Zamiarem Autora jest zarysowanie problematyki wiążącej futurologię jako dyscyplinę zajmującą się prognozowaniem i projektowaniem przyszłości ludzkości z prawem. Według niego do najpoważniejszych problemów, z którymi w przyszłości będzie musiało zetknąć się prawo, ze względu na rozwój nauki i techniki, należą kwestie dotyczące: klonowania ludzi, genetycznych modyfikacji ludzi, stworzenia sztucznej inteligencji, rozwoju robotyki, czy potwierdzenia kontaktów z inteligencją (cywilizacją) pozaziemską. Na razie problemy te są jednak wciąż bardziej teoretyczne, mimo iż wyspecjalizowani naukowcy i uczeni od lat nimi się zajmują, zwłaszcza w krajach wysokorozwiniętych.

LAW AND FUTUROLOGY

The intention of the author is to outline the issues connecting futurology, as a discipline prognosing and designing the future of humanity, with a law. According to the author, the most serious problems which will appear in the future – maybe as elements of legal regulation arising from the development of science and technology – are the issues of: the human cloning and genetic modification of human beings, the creation of artificial intelligence, the development of robotics, and the confirmation of contact with extraterrestrial intelligence (civilisation). For now, these problems are still more of theoretical nature, although specialised scientists and scholars have dealt with them for years.

Key words: Future, law, futurology, genetic modifications, artificial intelligence, robotics

CZEŚĆ III

KONIECZNOŚĆ REGULACJI JAKO KONSEKWENCJA GLOBALIZACJI

**PATIENTS' RIGHTS PROTECTION MODEL IN THE PATIENTS'
RIGHTS AND PATIENTS' RIGHTS OMBUDSMAN ACT
OF 6.11.2008**

Introductory remarks

On the 21 May 2009, the abovementioned Patients' Rights and Patients' Rights Ombudsman Act¹ entered into force. The act was passed due to the need of having a comprehensive regulation on patients' rights and the legal instruments for their protection.

This, however, does not mean that the Polish legal system in this field has not been regulated before. In the Health Care Institutions Act of 30.08.1991² there was, admittedly, a catalogue of patients' rights, but it concerned only some rights. Moreover, the act did not specify the substance of individual rights, which was the reason why for this purpose, one has to refer to other acts in the fields of medical law, such as: the Doctor and Dentist Professions Act of 5.07.1996³, the Nurse and Midwife Professions Act of 5.12.2008⁴, Act on Infectious Diseases and Infections of 19.09.1994⁵, and Mental Health Act of 19.09.1994⁶. The abovementioned legal acts define either the rights of particular patients' groups – like e.g. the Mental Health Act – which regulates the rights of the mentally ill, or, like the Act on Infectious Diseases and Infections – the rights of the ill with infectious diseases. If compared to the regulations of the Patients' Rights Act, these acts are of a specific character which complements a given field of interest. On the other hand, the corporate acts concerning the rights to practice medical professions, primarily focus on defining

1 Hereafter called the Patients' Rights Act.

2 Uniform text: Journal of Laws 2007, No. 14, *item* 89 with changes.

3 Uniform text: Journal of Laws 2008, No. 136, *item* 857 with changes.

4 Uniform text: Journal of Laws 2001, No. 57, *item* 602 with changes.

5 Journal of Laws No. 234, *item* 1570 with changes.

6 Journal of Laws No. 111, *item* 535 with changes.

the obligations of medical personnel towards patients⁷. Therefore, it is necessary to properly explain the patients' rights, as well as to introduce certain changes – first of all those which would give additional entitlements to the patients.

The aim of the legislator was to introduce a new means for the protection of patients' rights – namely the institution of the Patients' Rights Ombudsman (PRO) serving as an organ representing interests of all patients, which is independent of the National Health Fund and other entities providing health care services. It should be pointed out that in the former legal system, this function was managed by the following organs: Patients' Rights Office functioning under the Ministry of Health, patients' rights ombudsmen appointed in mental hospitals and patients' rights ombudsmen working under the National Health Fund⁸.

Dispersion of these organs, their location in the structure of the entities providing health care services (as in the case of ombudsmen appointed in mental psychiatric hospitals) or connection with the tasks being performed in order to finance health care services (as in the case of the National Health Fund's employees), as well as lack of adequate competences of the abovementioned organs, were the reasons the separate institution of the Patients' Rights Ombudsman was created.

According to the introductory provisions of the Patients' Rights Act⁹, the abovementioned Patients' Rights Office under the Minister of Health became the office of PRO. This solution was found to be beneficial as it saved the cost of creating a new PRO office, moreover, it took advantage of using the experience of people who had already dealt with patients' rights issues.

This publication's aim is to acquaint its readers with the current model of the Polish, legally binding, patients' rights protection system. The leitmotiv of the publication is the indication of new legal categories. Firstly, axiological assumptions on patients' rights protection are shown as well as basic definitions which occur in the area of study. Secondly, I will deal with the legally binding catalogue of patients' rights and the legal instruments for their protection in Poland which were created on the basis of the Patients' Right Act.

7 Obligations of the medical staff are correlate of the patients' rights and, as a result, undoubtedly, specify the substance of these rights. Nonetheless, making these issues understandable requires the introduction of adequate changes.

8 It may be assumed that this kind of tasks are performed by the Civil Rights Ombudsman and, with respect to under age patients – the PRO. This assumption is legitimate since patients' rights are part of the broadly defined human rights.

9 Act of 24 April 2009., Journal of Laws No. 76, *item* 641.

1. Axiological conditionings of patients' rights

Patients' rights constitute a particular category of human rights. This is why the literature defines it as human rights applying to a specific institution (primarily healthcare institutions) or to representatives of medical professions who perform certain professional or official duties¹⁰.

Why are lawyers so much interested in the patients' rights and their protection? What is the reason why this category is specifically and distinctly protected by the law? This approach may seem odd since nobody would be deprived of their rights and freedoms as a human being by simply becoming a patient.

Relations between patients and entities providing healthcare services are of a special character. What draws particular attention is that in these relations, the patient's position is weaker as he/she, due to lack of knowledge and skills, is not able to assess the professional's action. This relation, in itself, is asymmetrical and becomes even more difficult for the patient in a situation when he/she is to face and cope with the organized health care institutions' structures. The anonymity of patients who are being treated solely as medical cases and who are treated by a team of professionals, has always posed a serious risk to the idea of patients' autonomy. Also, the cases known from history¹¹ on treating people as subjects for scientific experiments or performing medical experiments on them without them being aware of it, leads to the conclusion that patients' protection is necessary so as to introduce balance in healthcare system relations.

Therefore, the basic factor influencing the development of the concept of patients' rights, is the prevention of a situation where patients would be treated as objects. This risk has progressively become more appalling consistent with the progress made in medicine and development of healthcare systems.

The fundamental aspect of patients' rights consists of the idea of protection of human life, freedom, dignity and privacy in a specific situation of one's life: when benefiting from health care services.

The introduction of the new human rights category – patients' rights, has triggered the development of a new legal field dealing with this category. New questions have arisen on the substance of particular rights (since every right creates specific obligations). There also occurred a necessity to find a compromise between legitimate patients' interests and the obligations of medical personnel since patients'

10 According to: D. Safjan, *Prawa pacjenta. Raport o stanie prawnym*. Helsińska Fundacja Praw Człowieka 1992.

11 See: J. Thorwald, *Pacjenci*, Kraków 1995.

rights, even though legitimate, should not obstruct the practice of medical professions¹².

2. Basic terms and definitions

According to article 1 of the Patients' Rights Act, the scope of the act covers: patients' rights, rules on access to medical documentation, obligation of the entities providing medical services connected with the patients' rights, procedure for appointing, dismissal and competences of PRO, as well as procedure for cases of violation of patients' collective interests.

The new act also puts in order or introduces definitions of persons who are specifically entitled. It is the first time in medical legislation, that the definition of a patient appears (art. 3 paragraph 1, subparagraph 4 of the Patients' Rights Act). A patient is a person who applies to benefit from healthcare services or who makes use of those which are provided by an entity providing such services or by a person practicing a medical profession. The scope of the definition is so broad, that it may well cover both an ill and a healthy person, under the condition that the person applies to benefit from healthcare services.

The legislator introduces also the term of a close person covering: a spouse, relatives up to the second degree of affinity or consanguinity in direct line, statutory agent, a person factually in cohabitation or a person otherwise indicated by the patient. As an example of the changes under the new regulation, a close person has gained a new and important entitlement: a right to information on the patient's health in a situation where he/she is under 16 years old, is unconscious or is unable to understand the information provided¹³. This regulation has filled the formerly occurring gap in the law, due to which, in a situation where a given person was not entitled to obtain information on the patient's health, for example where, due to the patient being in a state of unconsciousness, the doctor could not provide the information to a close person. This situation was avoided by applying the institution of an actual custodian. It is important to note, that the actual custodian is a person who wields permanent guardianship of a patient who, regardless of age, health condition, or psychical state, requires such care (article 3, paragraph 1, subparagraph 1 of the Patients' Rights Act)

While considering the above definition, it is noticeable that not always was there a possibility of categorizing a given person as the actual custodian of the patient (as in case of a patient of full age, who previously has not been bedridden). Due to

12 As an example, patient's right to consent is limited by the coercive treatment which can be used only in strictly justified situations which are specified in the Mental Health Act or Act of Infectious Diseases and Infections.

13 The entitlement is based on article 31 paragraph 6 of the Doctor and Dentist Professions Act of 5.07.1996.

this, there was a practice of using an “over interpretation” of this term in order to allow the close persons to access information on the patient's health. There were, however, also cases when a husband was denied access on his wife's health, when she was brought unconscious to the hospital, for the reason that he could not have been categorized as the actual custodian. The current solution, which introduces a definition and entitlements of a close person, eliminated this gap in the law.

The legislator also introduced the following terms: a person practicing a medical profession and an entity providing medical benefits (article 3 paragraph 3 subparagraph 3 and 5 of the Patients' Rights Act). In the first case, these are the persons listed in article 18d, paragraph 1, subparagraph 1 of the Health Care Institutions Act (that is: persons who on the basis of separate provisions are entitled to provide medical benefits of a given scope, in a given field of medicine). In the second case, these are: the health care institutions as well as doctors', nurses', and midwives' who practice individually or as a group.

3. Patients' individual rights

1. The right to healthcare provided in accordance with present medical knowledge (art. 6–8 of the Patients' Rights Act)
2. The right to the clear and objective procedure based on the medical criteria procedure of establishing the order of access to medical healthcare where there is a limited possibility of providing the service (art. 6 par. 2 of the Patients' Rights Act)
3. The right to demand that the healthcare provider – a doctor or a nurse – take additional opinion of another professional and the right to demand to hold a case conference (art. 6 par. 3–6 of the Patients' Rights Act)
4. The right to obtain information about his/her health and treatment, and very detailed information about his/her rights as a patient, and also information about medical prophylactic healthcare programs provided by the institution founded by the state (art. 9–12 of the Patients' Rights Act)
5. The right to doctor–patient privilege (art. 13–14 of the Patients' Rights Act)
6. The right to express informed consent for treatment (art. 15–19 of the Patients' Rights Act)
7. The right to respect the patient's intimacy and dignity (art. 20 par. 1 of the Patients' Rights Act)
8. The right to die in peace and with dignity. (art. 20 par. 2 of the Patients' Rights Act)

9. The right to the presence of an intimate when healthcare services are provided (art. 21 of the Patients' Rights Act)
10. The right of access to medical documentation (art. 23–29 of the Patients' Rights Act)
11. The right to protection of medical documentation (art. 24 of the Patients' Rights Act)
12. The right to make an objection to a medical opinion or to a medical certificate (art. 31–32 of the Patients' Rights Act)
13. The right to personal contact, by telephone or by mail with the other patients that need 24h, or day–long medical treatment (art. 33 par. 1 of the Patients' Rights Act)
14. The right to additional nursing care (art. 34 of the Patients' Rights Act)
15. The right to pastoral care (art. 36–38 of the Patients' Rights Act)
16. The right to put personal belongings in deposit at the medical healthcare facility (art. 39–40 of the Patients' Rights Act)

Due to the limited scope of this publication it is not possible to cover all of the laws mentioned above, so only those problems which were not *expressis verbis* detailed in any previous act are addressed.

One of those laws is the right to demand of a doctor, another doctor's opinion. There is a similar entitlement of the patient towards a nurse or a midwife providing medical treatment, but this one is limited to the nursing and midwifery range of services. A patient is also entitled to demand a case conference.

These rights are to give an assurance of safety to the patient who may have doubts about the treatment being provided. On the other hand, medical staff may reject such demands if they recognize them as baseless. The patient's right is strictly limited in this circumstance, because of the doctor or nurse's arbitrary decision, however, both the demand and the refusal must be noted in the medical documentation with the possibility of further legal consequences. The notation may be used by the patient–plaintiff as evidence of lack of appropriate care on the part of medical staff: there being no consultancy despite the plaintiff's well–grounded demand.

According to art. 21 of the act, the patient has the right to the presence of a relative or other person (e.g. cohabiter), when medical services are provided. Medical staff may refuse this for epidemiological reasons or to avoid unnecessary risk to the

patients health. The request and the refusal must also be noted in the medical documentation¹⁴.

The novelty of the act, is the right to object to a medical certificate or opinion where the opinion has influence on the patient's rights or his duties arising from law. This type of objection must be submitted to the Medical Committee of the Patients' Rights Ombudsman, with the mediation of the Patients' Rights Ombudsman, within 30 days from the date the certificate or opinion was issued. The objection must be well-grounded and must include indication of the articles of law that states the rights or duties. If these conditions are not fulfilled the objection is returned to the objector.

This seems to be far too strict, the patient should not be burdened with the duty of indicating the appropriate articles of law, because the objection is submitted by mediation of the Patients' Rights Ombudsman, which is the institution established to protect the law. This office is itself capable of assessing whether the objection is justified and whether there has been a violation of law.

Follow-up procedure is conducted by a medical commission¹⁵, which examines the medical documentation and, if there is such a need, may demand additional examination of the patient. The certificate should be issued immediately, not later than 30 days from the date the objection was submitted.¹⁶ The case must be adjudicated by voting, the ordinary majority at the presence of all commission members is decisive. It is strongly criticized that there is no right to appeal. The commission, which consists of doctors, judge another doctor's certificate, which raises doubt about the impartiality of judges¹⁷.

Ratio legis of the described right to appeal against a medical certificate should be recognized as a reaction to the European Tribunal of Justice finding in the case of *Alicja T. vs. Poland*¹⁸. In the verdict the ETJ pronounced that lack of the right to appeal against the medical opinion which rejected the request for abortion, might be an unacceptable interference in people's lives. (art. 8 of The Human Rights Con-

14 It should be noted that art. 5 states that generally the manager of the healthcare facility or someone authorized by the manager may introduce limitation of the patients' right in the facility if there is an epidemiological risk or because of the patients' safeness. The art. 5 also states that the right to a personal contact with visitors – relatives can be limited due to the logistic possibilities of the facility. Because the art. 5 concerns all of the patients' rights the repeating of these limitations in the art. 21 point 2 seems to be unnecessary *superfluum*.

15 According to the art. 32 of the act the commission constitutes of three doctors appointed by the Patients Rights Ombudsman chosen from the list of candidates prepared by the regional consultants. At least two doctors must be the same specialty as the author of the charged certificate or opinion. The Patients' Rights Ombudsman establishes the fee for the commissioners. The costs of the commission is covered by the state within the part dedicated to the Ombudsman.

16 The Thirty days term seems to be too long it is called for the introduction of the fourteen day term, see: M. Śliwka, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, pod red. M. Nesterowicza, Warszawa 2009, p. 210.

17 *Ibid.* p. 210. The author suggests the commission that should consist of doctors and lawyers. The chairman of the commission could be the judge of the District Court in Warsaw.

18 The complaint no 5410/03.

vention). The verdict has charged Poland for the payment of appropriate compensation “because of the unintended birth”, despite the fact that no violation of law in the doctors’ activity had been found.

In this case the patient, Alicja T. wanted to have an abortion because of a high level of short sightedness and the risk of total blindness. The ophthalmologist stated that there were no medical grounds on which to support this view because the child can could be delivered by cesarean section. Despite the cesarean section, which was accomplished without complication, a serious worsening of the patient’s eyesight was recognized after the operation. The judicial proceedings on all instances, did not prove that ophthalmologist was guilty of medical malpractice and only such a mistake – according to Polish law – could be the basis of the doctor’s responsibility. In these circumstances, the European Tribunal of Justice, recognized that lack of the possibility for changing the ophthalmologist’s certificate is a serious drawback of the system.

4. Legal instruments used for patients’ protection

The next issue concerns the manner in which patients’ rights are protected. In particular, there is the question on legal instruments provided by the act, and their preliminary assessment.

1. Article 4 of the act provides that in case of culpable infringement of a patient’s rights, the court can adjudge an adequate compensation for non–pecuniary loss on the basis of article 448 of the Civil Law Code (CLD)¹⁹. Paragraph 2 of this article states that, in case of a culpable infringement of the patient’s right to die in peace and dignity, the court can, on the request of the spouse, or relatives up to the second degree of affinity or consanguinity in direct line, or statutory agent, adjudge, on the basis of the article 448 CLD, an adequate sum of money for a social purpose indicated by them. On the other hand, paragraph 3 institutes limitations on the possibilities to claim compensation for non–pecuniary loss in cases of infringing some of the patients’ rights. As a result, a patient cannot claim compensation for non–pecuniary loss in cases of a culpable infringement of the right to leave one’s valuable belongings for safekeeping in the deposit of a stationary healthcare institution (1), infringement of the right to information on the kind and scope of medical services provided by the healthcare providers (2), infringement of the patient’s right to access medical documentation on the state of his/her health.

Article 4 is an equivalent of the formerly legally binding article 19a of the Health Care Institutions Act. Therefore, it should be deemed that the views of the doctri-

19 Civil Law Code of 23.04.1964, Dz.U. Nr 16, poz. 93 with changes, hereafter called CLD.

ne²⁰ and judicature²¹ in article 19a, are still valid. In particular, it should be stressed that the former article 19a of the Health Care Institutions Act and current article 4 of the Patients' Rights Act, has introduced an additional legal instrument for the protection of patients' rights, which means that it was assumed that the protection of the personal rights in case of their infringement, had not been sufficient. This so happened since not every infringement of the patients' rights could have been categorized as an infringement of personal rights.

In comparison to the former article 19a, the changes apply to the definition of the group of persons entitled to claim a sum of money for an indicated social purpose (article 4, paragraph 2) and limitations on the patients' right to receive compensation for non-pecuniary loss. (article 4, paragraph 2).

In case of a culpable infringement of the patient's right to die in peace and dignity, the legal capacity to claim a sum of money for an indicated social purpose, can be applied solely to close persons: spouse, relatives up to the second degree of affinity or consanguinity in direct line, and a statutory agent. A person factually in cohabitation has been excluded from this group. In comparison to the former legal situation, the definition of the group of entitled persons has become more detailed. Article 19a has provided for the legal capacity to the: closest relative, other statutory agent, and the actual custodian. The change which eliminated from the eligible group both the actual custodian – due to its excessively broad definition, and the other statutory agent, who – compared with the closest relative, was certainly superfluous, should be appreciated. By specifying the definition of the eligible group, the legislator could simultaneously refer to article 3, paragraph 1, subparagraph 2, which introduces the definition of a close person while it does not close the option of claiming the adequate sum of money for social purposes by the late patient's cohabiter (that is, not for their own benefit).

It should be noted that the limitations comprised in article 4, paragraph 3, do not raise doubts on the point where there is no right to claim compensation for non-pecuniary loss for the culpable infringement of the right to leave one's valuable belongings for safekeeping in the deposit of a healthcare institution. In that particular case, there is no non-material damage (non-pecuniary loss defined as pain, suffering or significant psychological discomfort). Compensation for non-pecuniary loss is a

20 See: M. Kolasiński, Ochrona dóbr osobistych w prawie medycznym, PiM 2002, nr 11; M. Nesterowicz, Prawa pacjenta i zadośćuczynienie pieniężne za ich naruszenie w prawie medycznym i cywilnym, PiM 2005, Nr 2; J. Jończyk, Naprawienie szkody (krzywdy) w związku z ubezpieczeniem zdrowotnym, PS 2003, nr 9; M. Sajjan, Kilka refleksji wokół zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentowi, PiM 2005, nr 1; A. Górski, J.P. Górski, Zadośćuczynienie za naruszenie praw pacjenta, Palestra 2005, nr 6; U. Drozdowska, Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta, Warszawa 2007, see: M. Wałachowska, in: Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, pod red. M. Nesterowicza, Warszawa 2009.

21 See: Judgment of the Supreme Court dated 29.05.2007, V CSK 76/07, OSNIC 2008, no. 7–8 with a gloss of M. Wałachowska, PS 2009, no. 5;

legal instrument aimed at awarding exclusively this kind of damage (non-pecuniary loss). Possible redress of property damage (e.g. connected with a loss of clothing) is applicable on the basis of the Ordinance of the Minister of Health of 30.07.2010 on Stationary Healthcare Institutions' Deposits.²²

Further limitations pertaining to the unavailability of the right to claim compensation for non-pecuniary loss in case of a culpable infringement of the right to access information on the kind and scope of medical services provided by the healthcare providers, does not raise doubts either.

The legislator did not introduce limitations on the instruments for legal protection of the patient's autonomy with regard to the right of access to information described in article 9, paragraph 2 of the act. The lack of the right to claim compensation for non-pecuniary loss pertains only to the right to access information on the kind and scope of services provided by a specific healthcare provider, including information on prophylactic programmes financed from public sources, which are provided by a given entity (article 12 of the act). This kind of information is displayed in a public place (in written form), in the office of the healthcare provider. Article 12, plays an organizational role; a patient should know which services are provided by a given entity. From the business activity point of view, these requirements are obvious and both the contractor and the client are interested in meeting them. Therefore, there is no need to place sanctions on these obligations by introducing the right to claim compensation for non-pecuniary loss.

However, doubts apply to the third exclusion. According to article 4, paragraph 3, subparagraph 3 of the act, the possibility of claiming compensation for non-pecuniary loss, is excluded only in cases of culpable infringement of the right to access medical documentation with respect to the patient's state of health. The right of access to medical documentation consists of: medical documentation on the state of health (1), and health benefits provided (2). Therefore, this limitation does not pertain to the access to medical documentation in the area of healthcare services provided.

Why is the patient entitled to claim compensation for non-pecuniary loss from the infringement of the right to access medical documentation on the healthcare services provided, while, at the same time, being deprived of this right with regard to the access to data on the state of his/her health?

Enhancing legal protection of the patient's right to access the medical documentation only in a limited manner and depriving in the other does not find a justification. Moreover, this entitlement is strictly connected with the patient's right to privacy and right to consent as, by disabling the access, the patient can be deprived of

22 Journal of Laws No. 129, *item* 1068.

adequate information. This is why it should be postulated that this kind of limitation is to be eliminated and why, in line with the principle of enhanced legal protection of medical data, the law on access to the medical documentation should be protected in a comprehensive way.

2. Article 4 of the act described above, is of a private character, while the newly introduced institution of Patients' Rights Ombudsman, is of a public character.

The PRO institution, by its name and similar tasks (from the area of human rights' protection), reminds us of the institution of ombudsman which is well anchored in European legal systems.

The legislator places the PRO in the structure of central organs of governmental administration. The PRO is appointed, dismissed and supervised by the Prime Minister, while the classical regulation for the ombudsman is connected with this institution being appointed and subordinate only to Parliament, which ensures independence from the organs of the executive branch. According to the Constitution of the Republic of Poland of 1997,²³ the Civil Rights' Ombudsman is independent in its actions from other state organs and is responsible only to the lower house of the Polish Parliament. Similar regulation applies to the Children Rights Ombudsman.

The difference in treatment of the PRO against the organs of governmental administration and in comparison to the other ombudsmen – Civil Rights Ombudsman and Children Rights Ombudsman – is justified by the fact that the PRO is equipped with competences of a different kind, primarily, competences of power. In cases of violation of the so-called patients' collective interests, the PRO is entitled to impose an administrative penalty. However, in cases of actions connected with the infringement of the so-called patients' individual rights, PRO competences are regulated analogically to those of the Civil Rights Ombudsman. As it may seem, in practice, patients will use the patients' individual rights' infringement case provisions, since, as the act states, it is possible to prove infringement of the collective patients' rights only in very specific situations. In particular, the total of patients' individual rights infringements does not constitute a violation of the patients' collective rights.

According to the provisions of the act, the violation of the patients' collective rights is defined as an unlawful organized act, or act of abandonment by the entity providing healthcare services and a protest action, adjudicated with a legally binding court sentence aimed at depriving or limiting patients of their rights, in particular if these actions are intended to bring material benefits. The manner in which the practices violating patients' collective interests is defined, refers to the definition of practices infringing consumers' collective interests. According to article 24,

23 Journal of Laws No. 78, *item* 483 with changes.

paragraph 2 of the Act of 16.02.2007 on Competition and Consumer Protection,²⁴ a practice violating collective consumer interests shall mean unlawful activity of an undertaking prejudicial to those interests, in particular application of the provisions of standard forms of agreement entered in the register of the stipulations of standard forms of agreement that have not been pronounced inadmissible, a breach of the duty to provide consumers with reliable, truthful and complete information, unfair or misleading advertising, and other acts of unfair competition. It should be noted that in case of a paid healthcare service (that is a commercial service) the patient occurs also in the role of consumer. In such a case he is protected both by the patients' rights law, as well as the consumers' law²⁵.

The statutory definition of practices violating patients' collective rights is imprecise. First of all, there is concern that it may be interpreted in a too broad a manner. It should be remembered, that in reality in Poland, the violation of patients' collective rights often occurs in cases where there are insufficient financial resources. Therefore, the liability for these kinds of infringements should pertain also to the "health care services taxpayer", that is the health insurer (The National Health Fund)²⁶. The second case of violation of collective rights, concerns organizing a protest action or strike against the rule of law. The same causes (financial pressure) often result in protest action by medical personnel. As it may seem, these cases of violating patients' collective rights should be solved by improving the existing healthcare system – and not by penalizing healthcare providers whose financial situation is already unfavourable.

It is worth noting that the PRO is entitled to impose heavy financial penalties in cases where its decision has not been implemented by healthcare providers. According to article 68 of the act, the PRO by way of administrative decision, imposes a penalty of 500.000 zloty where actions defined in previously issued administrative decisions have not been implemented, which aims at removing the effects of violating the warrant of abandoning the violation of rights. In cases where documentation and information on actual practices required by RPO has not been provided, the penalty is 50.000 zloty.

This type of competences are not, as previously described, used by either the Civil Rights Ombudsman or the Children Rights' Ombudsman. However, if we take a closer look at the PRO competences, there are some similarities in these competences in cases of violating the patients' individual rights (articles 50–53 of the act).

24 Journal of Laws No. 50, item 337 with changes.

25 Besides the aforementioned act, another one should be indicated: the act of 27 July 2002 on specific terms and conditions of consumer sale and amendments to the Civil Code.

26 For more information go to: U. Drozdowska, *Rzecznik Praw Pacjenta – nowy sposób ochrony praw pacjenta?*, *Zeszyty Naukowe WSAP im. S. Staszica w Białymstoku* 2009, No. 1.

The explanatory proceedings on the violation of the patients' individual rights can result in two ways. PRO explains to the applicant and the concerned patient that there was no infringement of the patient's right. This decision is also sent to the provider concerned. To this decision, a case to move for a new trial is applicable.

However, in cases where infringement was affirmed by PRO, PRO can proceed with the action directly to the institution where the infringement of the patients' right was deemed to have taken place. In such an address the PRO formulates his conclusions and opinions, also require an initiation of disciplinary proceedings or impose official sanctions on the persons guilty of the violation/infringement; the addressee then has 30 days in which to take a stand on the issue and for informing the PRO on the action taken (which means that he/she may not share the views of PRO and take no action at all).

The PRO may proceed with the action directly towards the institution superior to the one which is being accused of infringing patients' rights by applying for the implementation of the means provided by law. This kind of address is possible in a situation where the entity towards which the accusation was filed had not shared the position of the PRO or had not taken any action preventing the infringement of patients' rights. Analysis of the Patients' Rights Act, leads to the conclusion that actions taken by the PRO – referred to as addresses or explanations – are not in the form of administrative decisions. Similar addresses are issued by the Civil Rights Ombudsman, in cases where civil rights are violated. It is reiterated in the judicature, that addresses issued by the CRO to various institutions and organs are not issued in a form provided by articles 3, paragraph 2, subparagraphs 1–4 of the Law on Proceedings before Administrative Courts,²⁷ and as a result, according to the rules of the aforementioned law, they are non-actionable. A similar approach should be applied to the PRO. Following, the addresses and explanations of the PRO will be enforced by the institution's authority rather than by competences provided by the law itself. Taking into account the abovementioned arguments, we should wish that the RPO is able to gain as much authority in Poland as the Civil Rights Ombudsman.

27 Decision of Voivodeship/Provincial Administrative Court in Warsaw dated 24.11.2004, II SAB/Wa 343/04. See also: E. Bagińska, in: *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, pod red. M. Nestorowicza, *op. cit.*, p. 271.

**PATIENTS' RIGHTS PROTECTION MODEL IN THE PATIENTS' RIGHTS
AND PATIENTS' RIGHTS OMBUDSMAN ACT OF 6.11.2008**

Patients' rights constitute a new field of law which undoubtedly needs an in – depth reflection from a legal perspective. The author discussing present acts (after introduction of Patients' Rights and Patients' Rights Ombudsman Act) analyze the legal position of patient. It is necessary to consider whether sanctions for the infringements of the patients' rights are properly selected and adequately constructed. First of all, positive assessment should be given to the sanction from the article 4 of the act, which provides for a compensation for a non–pecuniary loss in case of an infringement of the patients' rights.

The establishment of the Patients' Rights Ombudsman (PRO) for the purposes of institutionalized protection of patients' rights should be, in principle, assessed as a positive step. The hybrid character of the institution is also noteworthy. On one hand, the PRO is a special kind of ombudsman appointed to control the observance of the rights of particular groups of people, on the other hand is the central organ of the governmental administration. It may also be assumed that just as the patients' rights form a more specialized type of the human rights, the PRO is a „subtype” of the Civil rights Ombudsman. However, it is not exactly the case, as the PRO is the central organ of the governmental administration, and can use the competence of power only in cases of violation of the patients' collective interests, while at the same time, no such competences can be used with respect to the infringement of the patients' individual rights.

Key words: patient, patient's individual rights, health care, infringement of the patients' rights, sanctions

**MODEL OCHRONY PRAW PACJENTA NA GRUNCIE USTAWY
Z DNIA 6 XI 2008 R. O PRAWACH PACJENTA I RZECZNIKU
PRAW PACJENTA (DZ.U. Z 2009 R., NR 52, POZ. 417)**

Prawa pacjentów stanowią nową dziedzinę prawa, która bez wątpienia wymaga pogłębionej refleksji z prawnego punktu widzenia. Autorka prezentując obowiązujący stan prawny (po wejściu w życie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) poddaje analizie sytuację prawną pacjenta. Należy zastanowić się, w tym kontekście, nad tym czy sankcje za naruszanie praw pacjentów zostały poprawnie wybrane i odpowiednio skonstruowane. Przede wszystkim należy pozytywnie ocenić sankcję z artykułu 4 ustawy, który przewiduje kompensację za szkodę niemajątkową w przypadku naruszenia praw pacjentów.

Ustanowienie Rzecznika Praw Pacjenta dla zinstytucjonalizowanej ochrony praw pacjentów w tej perspektywie należy w zasadzie ocenić pozytywnie. Wart jest odnotowania hybrydowy charakter tej instytucji. Z jednej strony Rzecznik Praw Pacjenta jest szczególnym rodzajem Rzecznika Praw Obywatelskich powołanym do kontrolowania przestrzegania praw określonej grupy osób, z drugiej zaś jest organem administracji państwowej.

Można poczynić założenie, że podobnie jak prawa pacjenta stanowią szczególny rodzaj praw człowieka, tak Rzecznik Praw Pacjenta stanowi „podtyp” Rzecznika Praw Obywatelskich. Nie jest to jednak do końca prawdziwa teza, gdyż Rzecznik Praw Pacjenta – jako centralny organ administracji rządowej może wykonywać kompetencje władcze tylko w sprawach o naruszenie zbiorowych interesów pacjentów, podczas gdy nie jest władny do wykonywania takich kompetencji w odniesieniu do naruszeń indywidualnych praw pacjentów.

A NEW REGULATION ON STATE TREASURY RESPONSIBILITIES FOR THE DAMAGE DONE WHILE EXECUTING OFFICIAL AUTHORITY

1. State responsibility in historical perspective

Current legislation of State Treasury responsibilities in the Polish Civil Code (CC) in force from 1st Sept. 2004. From that date, the Act of amending the Civil Code and certain other laws,¹ which adapted the rules of the Civil Code to Art. 77, par. 1 of the Constitution,² containing a general rule of liability for the exercise of official authority³.

Under Polish law, the principle that the state is liable for damage caused to the citizens was first introduced in the Constitution of 17th March 1921 (the March Constitution), the first constitution adopted after Poland regained independence. It is remarked that The Republic of Poland was the first European country with ‘constitutionalisation’ which entitled compensation for damage caused by the operation of public authority⁴. The provision of Art. 121 stated: “Every citizen has the right to compensation for damage which was caused to him by state, civil or military authorities through illegal official activities or against service obligations. Responsible for the damage is the state together with other bodies; bringing an action against the State and against the officials is not dependent upon the authorization of a public authority. Likewise, the responsibility lies on municipalities and other government bodies and their authorities. Carrying out this policy is defined by separate laws”. Unfortunately, the pre-war legislature has not adopted provisions of laws through which victims could claim compensation. In subject literature,

1 The Act of 17.6.2004, Journal of Laws No. 162, *item* 1692.

2 The Polish Constitution of 2.4.1997, Journal of Laws No. 78, *item* 483 with further amendments.

3 See: art. 77.1 of the Constitution: „Everyone shall have the right to compensation for any harm done to him by any action of an organ of public authority contrary to law.”

4 See: E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006 r., s. 143, P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, p. 35, M. Safjan, K.J. Matużyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, p. 19.

doubts have arisen whether Art. 121 of the Constitution could be used directly.⁵ The most quoted statement of the Supreme Court of this period is the decision of 16 December 1927, in which the Court stated that “damage caused by a State officer, even in the public service, causes the State’s responsibility if it is not about the acts of the authority⁶”. In the interwar period, courts differentiated activities for those of a commanding character, for which the country bore no responsibility and acts in the sphere of dominion where the damage could be compensated.

However, the actual introduction of the principle of State liability for damage caused by the exercise of public authority, was of great importance. For centuries, the rule in force said that the one who exercises sovereign authority can not be responsible for damages related to its implementation in accordance with the following principle: “The King can’t do wrong”. The creators of the Constitution recognized the necessity of a different approach so that victims would not have to bear the same risk of damage from the exercise of public authority.

In the early postwar period, the possibility of claims for compensation for prejudice resulting from the exercise of public authority was excluded. The Supreme Court, in its decision of 31 October 1950, stated that “if a specific provision does not provide otherwise, the State is not liable for damage caused by the executing authority of the State acting as a coercive apparatus, which does not exclude the possibility that perceiving this as the irresponsibility of the State for its authorities also in other cases, where the public interest does not allow the limitation of the operational efficiency of those bodies⁷”. At the same time it should be noted that in the economic sphere, the state bore responsibility as a legal person for the actions of their bodies.

For this problem an essential act is the one of 15th November 1956, on responsibility for damages caused by State officers.⁸ The Act provided the legal claims, constituted an independent basis of liability. In both doctrine and case law it has been stated that the responsibility of the Treasury concerned state officials both in the sphere of the empire and dominion. The condition of this responsibility, however, was that the damage was done in the exercise of officer activity. The literature highlights the political nature of the regulation, since the law introduced the principle of State liability, while in any other cases it refers to civil law (code of obligations⁹). This meant that the principle of State responsibility was the principle of guilt. The victim had to prove in the process that the conservation officer in the exercise of his function was culpable. At the same time it should be noted that the

5 See: E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 146 and following, also literature quoted therein.

6 Quoted after E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 148

7 C 226/50, OSN 1952, No. 2, *item* 33

8 Journal of Laws No. 54, *item* 243 with further amendments.

9 Regulation of the President of Poland dated 27.10.1933, Code of obligations, Journal of Laws No. 82, *item* 599.

adopted design, according to which the State is responsible for damage caused by its officers when carrying out their activities means that the state is responsible for an act of someone else, and not for their own acts. A consequence of this is further-reaching, namely in that the Act of 1956 had not broken the rule: King can't do wrong. The State is responsible for the actions of its officers, their behavior causes injury, while the State still may not be the perpetrator of the injury, the action cannot be impaired, cannot be an anomaly. It was evaluated positively that victims' right to claim compensation for personal injury suffered in the absence of grounds for State liability under the Civil Code was introduced (Art. 5 of the Act). Alignment of the loss was possible if there was a principle of equity in favor of it. The provision, for example, mentioned the loss of the ability to work or difficult material situation. In practice, its use was limited to situations where the injury was inflicted as a result of actions taken to protect the public interest, such as vaccination.¹⁰

The Law Art. 4, limited liability of the state in case of a decision or order. It was necessary to prove a qualified guilt, as determined under criminal or disciplinary proceedings. The solution adopted in the Act has been incorporated into the Civil Code in Art. 417–421, located within the tort. In 1996, due to the amendment of the Civil Code, protection of the individual has been extended to a situation where the damage was caused by a local government unit, the provisions of Art. 4201 and 4202 CC, were added.

The general standard of liability of the Treasury was Art. 417 of the Civil Code. Other provisions constituted a *lex specialis* in relation to 417 of the CC. The equivalent of Art. 4 of the Act, was Art. 418 of the Civil Code and Art. 5 – Art. 419 of the CC.

The provision of Art. 417 § 1 of the CC, stated that the State is liable for damage caused by a state officer in the implementation of activities entrusted to him. In view of the vague wording of the provision in the doctrine and jurisprudence there appeared doubt as to the conditions of liability of the Treasury if it is a standalone provision, or perhaps merely a declaration of the State Treasury, and for the implementation of this declaration it is necessary to apply other rules of tort liability.¹¹

The concept of independence of Art. 417 CC, was approved by the Supreme Court in the resolution of the full composition of the Civil Chamber of 15.02.1971 – justice and jurisprudence guidelines on the liability of the Treasury and state legal

10 Also according to the later prevailing views, on the base of art. 419 of CC, being an equivalent of art. 5, see: Resolution of the Supreme Court dated 15.2.1971, III CZP 33/70, OSNC 1971, No. 4, item 59, Judgment of the Supreme Court dated 20.8.1968, II CR 310/68, OSNC 1969, No. 2, *item* 38 with a gloss of M. Sośniak, OSP 1969, No. 3, *item* 67, Judgment of the Supreme Court dated 25.9.1969, II CR 353/69, OSNC 1970, No. 6, item 116, see A. Szpunar, Odpowiedzialność Skarbu Państwa na zasadzie słuszności, PIP 1970, No. 2, p. 232.

11 See: A. Szpunar, Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy, Warszawa 1985, p. 76 and following.

persons.¹² In that resolution, the Supreme Court has interpreted the laws of the State Treasury. The court held that the liability of the Treasury is a separate type of liability in tort scheme. The literature indicates that it gave rise to the stratification of tortious liability and certain provisions were used, depending on who is the subject of liability, even if the damage was done in similar circumstances.¹³ The Treasury responded to the Art. 417 et seq. both when an action that causes the damage could have been classified into the realm of empire and dominion.

The wording of the provision has not fully identified conditions of liability, which could raise doubts of interpretation. The Supreme Court stated that the necessary condition of liability is the fault of the officer. The State Treasury shall be liable in responsibility for someone else's act, and a feature which justifies the responsibility of the Treasury was culpable conduct of a state officer. Demonstration of any degree of a government official's guilt resulted in the responsibility of the Treasury.

Despite indications of guilt, it was assumed that in the case of liability on the base currency. Art. 417 of the Civil Code, it is not essential if the officers were at fault, if it is proved that the guilt was caused by one of the members of a specific team of officers. The essence of this argument in the judicial practice denotes that only illegality of the behavior of an unidentified officer has been determined. In the absence of individualization of the perpetrator it was not possible to determine the subjective elements in the form of guilt. This structure corresponds to the concept of "anonymous guilt". That was the evidence which could undoubtedly facilitate the victim, who had to demonstrate in the process that the damage remained in the normal causal connection with the conduct of the officer who carried out their duties. In practice, anonymous guilt has been used in particular in cases of responsibilities of public healthcare centers.

The State Treasury was responsible for the actions of public officials. The definition of an officer was based on the principle of example listing included in Art. 417 § 2 of the Civil Code. In its understanding, state officers are: employees of public authorities, government or the national economy, moreover, persons acting on behalf of these organs, persons appointed by election, judges, prosecutors and soldiers of the armed forces. It should be noted that the case law applied the broad interpretation of the provision for the benefit of victims. A state officer was a teacher, doctor, police officer, an employee of the National Health Service, deputy, senator, juror, but also, for example, a policeman called for help when chasing a criminal. In the guidelines of 1971, the Supreme Court stated that the wording of the rule allows to consider as public officials all persons who, regardless of the type and nature

12 III CZP 33/70, OSN 1971, No. 4, *item* 59.

13 E. Łętowska, *Stratyfikacja odpowiedzialności deliktowej*, PiP 1971, No. 6, p. 943.

of their functions, remained with the state authorities or public corporation in any employment relationship.

The Supreme Court acknowledged in the guidelines that the Treasury will be liable under Art. 417 § 1 CC, under the following conditions:

- 1) damage caused by a State officer within the meaning of Art. 417 § 2 of this article;
- 2) wrongful act or omission of an officer;
- 3) normal causal link between the act or omission of the officer and the damage;
- 4) injury caused by the officer entrusted due to their feasibility step.

Specific provision in relation to Art. 417 CC was Art. 418 CC, which provides for the responsibility of the Treasury for the damage caused by a ruling or order. It limited the liability of the Treasury, introducing qualified guilt. The victim had to demonstrate that at the release of the decision or order there was a breach of the law which should be prosecuted in criminal or disciplinary proceedings, and in addition, a State officer's fault also had to be found in the criminal appeal, disciplinary decision or declared by the superior of the perpetrator of the injury. Primarily the requirement to prove a double-qualified fault caused that Art. 418 CC, in practice, did not have wider application.

If the injury was caused by faulty execution of orders or judgments, the responsibility of the Treasury was based on Art. 417 § 1 CC, rather than Art. 418 CC. It should be emphasized that the Supreme Court in the 1971 guidelines, said that broad interpretation should not be given to the meaning of the term "decision or order". This was of great importance to the victim because of the dim possibility of seeking damages for injury when the source of injury was not an individual act (judgment of the court, administrative decisions). There were no grounds to claim compensation for a defectively issued normative act.

The Treasury responded on the basis of Art. 418 CC, when the following conditions were met:

- damage resulting from a decision or order
- adequate causal link between the adoption of a decision or order and the damage
- ruling or order was in violation of the law prosecuted by the criminal or disciplinary proceedings

- fault of the person responsible for the detriment has been established by criminal conviction, disciplinary action or recognized by the organ superior to the injury's perpetrator.

Specific provision in relation to Art. 417 CC was also Art. 419 CC. It stipulated the responsibility of the Treasury on an equitable basis. The victim could claim compensation and satisfaction if the conditions of Art. 417 CC and Art. 418 CC were not met and the victim suffered bodily injury or health damage. Thus, compensation could be made even with no fault of the officer, but the officer's act had to be considered unlawful. Only personal injury was subjected to compensation and the rules of social relationships had to support the compensation (important moral considerations). The Act, in particular, mentioned the victim's inability to work or a difficult material situation. The principles of fairness decided not only of the granted compensation, but also of its amount. Only part of the damage could be compensated for to the victim.

On the basis of Art. 419 CC, the victim could claim compensation for all costs¹⁴ in connection with personal injury and harm to health, including primarily the cost of medical care, pensions, compensation.¹⁵ In case of death of the direct victim, persons close to the victim were entitled to claim reimbursement of medical expenses, pension, compensation and reimbursement of funeral costs if they covered them themselves.¹⁶

Premises of liability which had to be shown in the process were:

- personal injury,
- the unlawful conduct of an officer in the performance of his duties,
- adequate causal connection between the injury and the conduct of an officer,
- legitimacy of awarding damages under the principles of social relationships.

In practice, the judicature departed from the obligation to prove causation in accordance with Art. 361 § 1 CC. It accepted as sufficient the causal link, which facilitated the situation of the victim. The Supreme Court in appeal dated 09/05/1969 stated that at the responsibility of Art. 419 CC, it is enough to adopt such a link which indicates that the damage is the result of an officer's conduct, and considerations of fairness are in favor of its compensation. The action does not necessarily aim

14 See more in: J. Matys, Szkoła na osobie – uwagi na tle art. 444 kc., *Monitor Prawniczy* 2004, No. 10, p. 457 and following, A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoła na mieniu i na osobie*, Bydgoszcz 1998.

15 See more in: J. Matys, *Model zadośćuczynienia z tytułu szkody niemajątkowej w Kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010, M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007.

16 See more in: A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody wynikłej wskutek śmierci osoby bliskiej*, Bydgoszcz 2000.

to cause damage; it is aimed at stating that without this action the damage could not occur. Such a relationship appeared in a case decided by the Court where the plaintiff would not have suffered injury if she had refused the vaccination.¹⁷

Interpretation of the liability provisions of the Treasury for the damage caused by State officials approved in doctrine and law, was generally accepted until the entry into force of the Polish Constitution of 2 April 1997, i.e. until 17 October 1997. The provision of article 77, § 1 of the Constitution, states that “everyone has the right to compensation for damage which was caused by an unlawful act of public authority”. In the doctrine there were doubts about the constitutionality of the liability provisions of the Treasury.¹⁸ In particular, the condition of guilt set in the 1971 guidelines of the Supreme Court in Art. 417 CC, drew attention. A prerequisite of liability in accordance with Art. 77 § 1 of the Constitution, is being unlawful. Thus, as defined by the Supreme Court in 1971 and used in the case-law claiming damages under Art. 417 § 1 CC, was more difficult for the victim than as suggested in the conditions stated in the Constitution, which meant non-compliance of the provisions of the responsibility of the Treasury established in the Civil Code of the Basic Law.¹⁹

The dispute was settled by the Constitutional Court. In its ruling of December 4, 2001, the Constitutional Court held that Art. 418 CC is unconstitutional, and Art. 417 understood in this way says that the State is liable for damage caused by unlawful action of a public servant in the performance of activities entrusted to him, is in accordance with Art. 77 § 1 of the Constitution. Thus it was necessary to change the interpretation of the provision. The Court held that Art. 417 CC, did not contain evidence of the State Treasury’s responsibility for the actions of public officials which did not comply with the Constitution.

The broad interpretation of Art. 417 CC established in the guidelines of the Supreme Court, 1971, was incompatible with Art. 77 § 1 of the Constitution. Strict, literal interpretation of the former Art. 417 CC, points to its compliance with Art. 77 § 1 of the Constitution.

17 II CZ 223/69, Lex 6554.

18 P. Granecki, Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną działaniem swojego funkcjonariusza (wybrane zagadnienia), *Palestra* 2000, No. 11, p. 16, E. Łętowska, W kwestii zmian przepisów o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej, *PiP* 1999, No. 7, p. 75, M. Kępiński, R. Szczepaniak, O bezpośrednim stosowaniu art. 77 ust 1 Konstytucji, *PiP* 2000, No. 3, p. 79, M. Safjan, Odpowiedzialność państwa na podst. art. 77 Konstytucji RP, *PiP* 1999, No. 4, p. 3, M. Safjan, Jeszcze o odpowiedzialności Skarbu Państwa na podst. art. 77 ust. 1 Konstytucji (W odpowiedzi Prof. A. Szpunarowi), *PiP* 1999, No. 9, p. 79, A. Szpunar, O odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, *PiP* 1999, No. 6, p. 86, A. Szpunar, Kilka uwag o odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, *Rejent* 2001, No. 2, p. 121.

19 See: S. Wronkowska, W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji, *PiP* 2001, No. 9, p. 3, also see: Judgment of the Supreme Court dated 15.5.2000, II KKN 293/00, OSNC 2000, No. 11, *item* 209 with the glosses of E. Łętowska, *OSP* 2000, No. 12, *item* 188 and P. Granecki, *Palestra* 2001, No. 11–12, p. 225, A. Mączyński, Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy, *PiP* 2000, No. 5, p. 3, A. Szpunar, O odpowiedzialności odszkodowawczej ..., *PiP* 1999, No. 6, p. 86.

For the provision of Art. 417 § 1 of the CC to remain in compliance with the Constitution, it had to be assumed that since the Basic Law's entry into force, the premises of liability of Art. 417 § 1 of the Central Committee were:

- damage caused by a State official in the performance of his duties;
- the unlawful conduct of the officer
- adequate causal link between the unlawful conduct of the officer and caused injury to the victim.

However, the Constitutional Court ruling did not remove all doubts about the interpretation of Art. 417 § 1 CC. Disputes mainly concerned the question whether the condition of illegality should be used only if the behavior of the officer belonged to the realm of the empire and for the sphere of dominion the guilt of the officer or non-compliance with the law, which is a prerequisite of liability of the Treasury, remains to be proven, both in its dominion and empire.²⁰

As a result of changes in the interpretation of Art. 417 § 1 CC lining of Art. 419 CC was also changed. The Constitutional Court pointed out that the condition of the State Treasury to Art. 419 CC after the entry into force of the Constitution is that the injury was proven to be the result of lawful behavior of a public servant.

Once again, it should be noted that Art. 418 CC was declared unconstitutional and therefore should not be applied to events arising after 17 October 1997. The effects of Constitutional Court's ruling of 4 December, 2001, concerned the legal status arising after the Constitution's coming into force. This date was also indicated in another decision of the Constitutional Court of 23 September 2003.²¹

2. The general rule of responsibility of the Treasury on the grounds of the Polish Civil Code

On 17 June 2004, Parliament passed an amendment adapting the rules of the State Treasury's responsibility for exercising public authority according to Art. 77, par. 1 of the Constitution and to the recommendations of the Council of Europe (Nr R (84)). The Act came into force on 1 September 2004. It revoked previous Articles 417 CC, 418 CC and 420 CC and in their place new provisions of Art. 417, Art. 417¹ and Art. 417² were introduced.

20 W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, p. 261, Z. Banaszczyk (in:), J. Pietrzykowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2005, p. 1109–1110, G. Bieniek, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4.12.2001 r.*, *Przegląd Sądowy* 2002, No. 4, p. 3 and following, A. Górski, *Artykuł 417 kc. – przepis niewłaściwie interpretowany czy niekonstytucyjny*, *Przegląd Sądowy* 2003, No. 1, p. 40 and following.

21 K 20/02, OTK ZU 2003, No. 7A, *item* 76, also see: Judgment of the Supreme Court dated 15.5.2000, II CKN 293/00, OSNC 2000, No. 11, *item* 209, Judgment of the Supreme Court dated 9.10.2003, I CK 150/02, OSNC 2004, No. 7–8, *item* 132.

The literature states that the amendment of the Civil Code of the State Treasury for the damage caused by exercising public authority, includes three significant changes in comparison to the legal state before the amendment. The first is ideological, and the next two are of systemic nature.²² The first amendment should be particularly emphasized since it means the total departure from the rules previously in force and is a novelty in the entire system of accountability of public authority in Polish civil law. This change affects the structure of the State Treasury's responsibility. Within its framework, in order to better identify its essence, we can distinguish two aspects, namely the adoption of the State Treasury's responsibility for the damage done by an officer and the other one, which is consistent with the first, a departure from the personal relationship of injury to the officer of the state in favor of a functional relationship – the exercise of public authority. Prior to the amendment of the Civil Code of 17 June 2004, in full force was the rule: “King can't do wrong”. Malfunction is not typical of public authority, the damage arose as a result of its improper performance by a state official understood in practice very broadly. This official act or omission was a damaging event. In the previously approved scheme perpetrator was an officer of the injury, so the Treasury was responsible for the act of someone else. Currently, according to the construction of Art. 417 CC, responsibility concerns only someone's own acts. The Treasury, a local government unit or a state legal person performing a public authority under the law shall be liable for damage caused by the exercise of public authority. Emphasis was placed on functional criteria rather than subjective. Indicated in the wording entities will be held liable if they were the direct perpetrators of the damage. It is not important to identify the individual and his classification as a public servant in order to assign responsibility to the Treasury. The Treasury and other appropriate entities are liable for damage caused by the exercise of public authority, regardless of who was the direct perpetrator of the injury. It is also possible to assign liability where the damage was caused by a person with no formal links with the institution, for instance, a passerby called for help by a policeman chasing a thief. It is sufficient to establish a causal link between the exercise of public authority and the damage. A key element is the exercise of public authority is either law or an order. Where there is a sovereign entity subordination to civil government, the performance of which the entity can not object, there will arise a liability of the Treasury (local government unit, legal persons performing public authority under the law), if the result of the exercise of public authority will be detrimental. The Treasury will be responsible for their own act,²³ for exercising public authority, for actions which are associated with the State's well-being. In the previous legislation the Treasury was responsible for the culpable (until the entry into force of the Constitution) conduct of

22 Z. Banaszczyk (in:) A. Olejniczak (ed.), *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – cz. ogólna*, t. VI, Warszawa 2009, pp. 777–781.

23 See: M. Safjan, K.J. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 32.

a public servant, and not for actions that are the State's matters. It can be concluded that an officer has behaved badly, causing injury, but the Treasury only bears the consequences of this behavior and it has not caused the damage itself. The doctrine states that the change is related to the Polish accession to the European Union and the necessity to adjust Polish law to the standards required by the Community.²⁴ It is also indicated that the provisions governing the liability of the Treasury passed to the Polish law underwent a significant evolution. At the beginning, the principle of full irresponsibility was implemented, then it was departed from in different ways to have a rule of full responsibility now.²⁵

Systemic changes regard in particular the formation of the State Treasury on the premise of unlawfulness on the basis of objective criteria. The liability premise of Art. 417 CC, is not the fault of the entity performing public authority, but unlawful exercise of public authority. It was accepted that the principle of accountability is the principle of risk here, not the principle of guilt.²⁶ At the same time it should be noted that the concept of illegality is not identical with the concept of unlawfulness under the civil law. In terms of civil law, the unlawfulness is generally understood as the behavior of non-compliance with the law and rules of social conduct (principles of fairness, moral and ethical standards).²⁷ However, the illegality is a narrower concept, covering only the behavior of non-compliance with the legal standards in terms of positive law (law is what is included in the act); it is incompatible with the norms of positive law in constitutional terms.

Withdrawing from the premise of fault occurred, according to the ruling of the Constitutional Court of 4 December 2001, upon the entry into force of the Constitution. Since that time, in the cases of causing damage, the victims have not had to prove guilt of a public servant in a trial. It should be noted that the departure from the principle of fault is a more severe liability of the Treasury, which facilitates the procedural situation of the victim. At the same time it can be postulated that the introduction of conditions for non-compliance with the laws of behavior rather than the condition of illegality in the classic civil law approach is a positive change. In this way, the responsibility for damage resulting from the exercise of public authority is founded on a clear, predictable and transparent basis. It cannot be assumed that the unlawfulness understood as a contradiction with the laws and rules of social interaction is predictable, since the principles of community life are vague and

24 Z. Banaszczyk (in:) A. Olejniczak (ed.), *System Prawa Prywatnego...*, p. 780.

25 *Ibidem*, s. 780.

26 See also: other opinions regarding the principles: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, p. 109 and following, J. Kremis, *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2002, No. 6, p. 40, Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu cywilnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2004, vol. 2, p. 14.

27 See also: a standpoint of K. Pietrzykowski (in:) M. Pyziak-Szafnicka (ed.) *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, p. 167 and following.

change over time. On the one hand, they may extend the scope of a situation for which the Treasury will be liable, on the other, however, they may inflict confusion, cause a different outcome in comparison to similar situations in which different courts adjudicate.

The second change of a systemic character relates to, without any doubts and disputes, including strict liability under Art. 417 § 1 CC, only the imperious sphere – the empire. In situations where the State acts in the sphere of dominion, in the economic sphere, it is liable like any legal person, based on the general provisions of tort liability.

In accordance with Art. 417 § 1 CC, the Treasury shall be liable for an unlawful act or failure in the exercise of public authority. This standard is an independent basis for liability. Premises of liability are: harm, unlawful exercise of public authority and an adequate causal link between the damage and the causative event, i.e. unlawful exercise of public authority.

It should be emphasized that under Art. 417 CC a natural person shall not be liable.²⁸ The direct perpetrator of the damage – a natural person, a person employed in staciones fiscali at the Treasury – may incur personal liability under other provisions of tort liability.

It seems that most of the difficulties of interpretation may be related to the concept of the exercise of public authority. In order to clarify this concept one should refer to the Constitution. The Constitutional Court in the appeal dated to 12/04/2001 noted that the concept of a public authority within the meaning of Art. 77, par. 1 of the Constitution covers all the authorities in the constitutional sense, namely the legislative, executive and judicial. It is not sufficient, though. The provision of Art. 163 of the Constitution, states that exercising public authority can be also done by a local government unit. Additionally, taking into account the subjective meaning of the term public authority, it is clear that the exercise of public authority may be given to other entities, institutions.

Due to the fact that the scope of the subjective concept of the term public authority is not clear and legal qualification cannot be made on this basis and without doubt say that every aspect of a particular legal subject's activity is in accordance with the premise of executing public authority of Art. 417 CC, one should make use of the objective interpretation of the term public authority. The Constitutional Court, in support to the ruling of 4th December 2001, indicated that the exercise of public authority, “as a rule, though not always, is connected with the possibility of legal shaping of an individual situation. This applies to an area where there may be a violation of the rights and freedoms of individuals by the public authority”.

28 It seems questionable in a case of notary public, exercising public authority in some cases.

Authority executing in the colloquial sense, sociological or even legal, means possibility of implementing coercion against specific persons. However, the literature indicates that “the action of public authority” can not be confined to the realm of strictly understood empire, but it includes all forms of public tasks, even without the element the authoritative influence on the individual’s legal situation.²⁹ G. Bieniek, believes that the exercise of public authority covers activities under the Constitution and other legislation, the execution of which usually involves the possibility to legally shape an individual’s situation. It is an action in the area in which the rights and freedoms of an individual may be violated by public authority.³⁰ It is also indicated that the state is carrying out public tasks not only when there is a possibility of shaping legal status of an individual, but we can also talk about exercising public authority when the implementation of public tasks is not of an authoritative character. It is also noted that this sphere of the State’s activity is not imperious when it is done properly, but when done incorrectly, the individual without power and means of protection is put in a situation of direct coercion³¹. Consequently, the doctrine states that this concept should include not only the issue of acts of governmental authority in the sphere of the empire, but also other acts and activities characteristic of public authorities, including acts of organization and order, for example, the security of mass events, marking public roads,³² beating a citizen by a police officer, a prisoner – by prison guards, in the sphere of health protection, without any doubt, where there is specific statutory compulsion of treatment, mandatory vaccinations.³³ In the sphere of education there is a sovereign decision on admission to primary school, the decision to delist students, postponement of compulsory schooling.

It is important to underline the fact that the amendment of Art. 417 CC, limited the range of situations in which the State took responsibility on the basis of Art. 417 CC. The Treasury’s detrimental action, which can be classified into the realm of dominion, gives rise to liability under general principles. This is a significant change compared to the previous legal situation. Under the previous legislation in the public health care in case of a medical error, the Treasury was responsible under the former Art. 417 CC.³⁴ However, under the current rules of liability Art. 430 or Art. 429 CC will give legal base in the case of a contracted physician, while the hospital is released in the latter case from liability by proving that they ordered the execution

29 Z. Banaszczyk (in:) A. Olejniczak (ed.) System Prawa Prywatnego..., p. 790 and literature and judgments quoted therein, especially E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, p. 258 and following.

30 G. Bieniek (in:), G. Bieniek (ed.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga III, t.1*, Warszawa 2006, p. 271–272.

31 Z. Banaszczyk (in:) A. Olejniczak (ed.) System Prawa Prywatnego..., p. 791.

32 M. Safjan, K.J. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 38, W. Czachórski, *Zobowiązania...*, p. 263–264.

33 See: E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, p. 296 and following.

34 See more in: E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, p. 278 and following.

of activities to a specialist, which means that the victim is in a worse situation. It is more difficult to obtain compensation from an individual than an organized entity.

Another condition which the victim has to prove is damage. Pursuant to Art. 417 § 1 CC, both economic forfeiture (loss and lost profits) and non-pecuniary damage (harm) are subject to compensation.³⁵ It is worth noting, however, that compensation for non-pecuniary damage in the Polish civil law is due in these statutory cases: when the harm arises as a result of a breach of casualty's personal rights (Art. 445 CC, Art. 448 CC) or as a result of the death of a close relative (Art. 446 § 4 CC). The choice of natural remedy or restitution, payment of compensation shall be decided by the victim according to Art. 363 § 1 CC.

The Treasury will be liable if the victim proves that there is an adequate causal link between the injury and the causal event, i.e. the exercise of public authority. On the background of Art. 417 § 1 CC, in practice there are no departures from the theory of adequacy from Art. 361 § 1 CC. The Supreme Court in the decision dated to 27th November 2002, stated that the normal causal link between the incident and the injury occurs when in a given set of relations and conditions and in the ordinary course of things, with no special circumstances, the injury is a normal consequence of such events.³⁶ Such a conducted interpretation should be agreed with also on the background of causation as a premise of Art. 417 CC.

3. Liability for damage caused while performing tasks within public authority

A new solution introduced by an amendment to the Civil Code dated to 16 th June 2004, is regulating the liability of the Treasury in case of an order by agreement of the tasks within public authority (Art. 417 § 2 CC). Entities that may issue an order to carry out tasks within public authority shall be indicated in Art. 417 § 1 CC. It should also be noted that the order may be made only for the local government or a legal person, therefore, ordering the tasks of public authority to a natural person is ruled out.

It is important to point out the consequences of the solution adopted in Art. 417 § 2. The first one is the joint responsibility of both the commissioner and the contractor. The commissioner shall not relieve from the strict liability incurred by the contractor of public authority by ordering its performance to the entity listed in the Act. Solidarity liability means that the victim may choose a person against whom

35 Also see J.J. Skoczylas, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa i innych podmiotów przy wykonywaniu władzy publicznej w noweli do Kodeksu cywilnego*, *Przegląd Sądowy* 2004, No. 9, p. 33, who treats pecuniary damage as an impediment of liability according to art. 417 § 1 of CC, excluding non-pecuniary damage.

36 I CKN 1215/00, Lex 78330 with a gloss of A. Jaroszyński. *OSP* 2004, No. 1, *item* 3.

to issue the claims, which gives him a higher probability of settling the claims. At the same time a statutory basis for solidarity has been created.³⁷

A second consequence is to establish a strict, based on the risk principle, liability of the entity performing the tasks of public authority. Both the contractor and commissioner are liable if the damage was caused by the unlawful exercise of public authority and there is an adequate causal link between the exercise of public authority and the resulting damage. In addition, the victim must prove the fact of entrusting the implementation of actions by the commissioner. Liability is based on the criterion of functional, just as in Art. 417 § 1 CC, anyone who exercises public authority bears more severe liability. The literature indicates that the responsibility of the orderer is a responsibility similar to that formed in Art. 474 CC (debtor's liability for third party performing the obligation)³⁸.

The order on the basis of agreement can occur only when such a possibility is predicted by a provision of the law. The agreement is not of the civil law type, but administrative law and, therefore, is allowed only in cases provided for by law, the principle of freedom of contract is excluded in public and legal relations. Delegating tasks of public authority is based on the agreement which requires the consent of both parties. In agreeing to the execution of tasks from the sphere of the empire, the entity at the same time assumes strict liability for damage incurred in the performance of these activities. The principle of liability is the same as provided for in Art. 417 § 1 CC in relation to sovereign entities performing duties on legal basis.³⁹

4. Liability of the State Treasury for prescriptive acts and individual adjudications

The amendment act introduced significant changes to the scope of liabilities of the public authority organs for prescriptive acts and individual adjudications. The legislative basis was Art. 4171 CC, that is *lex specialis* to Art. 417 CC. The construction of the regulation was such that the source of damage included not only actions i.e. issuing a prescriptive act or individual, final decision or legally binding adjudication, but also nonfeasance i.e. not issuing a prescriptive act or adjustment in an individual case. This is the first significant change in comparison to the legislation binding before the establishment of the Polish Constitution. The former Art. 418 CC, equivalent of the current Art. 4171 CC, referred to the responsibility for the positive activities only, for actions taken excluding nonfeasance. The second difference that is

37 There is also an opinion in the Polish doctrine that art. 417 § 2 of CC creates the base of liability of the commissioner, J.J. Skoczyła, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, p. 33–34.

38 Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 10.

39 M. Sajjan, K.J. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 31.

worth noticing, regards the subject scope of liability, which according to the previous regulation defined the State Treasury responsible for the individual adjudications only. The third change incorporates the general substance of the public authority organs' amended liability for damages and regards the basic premises of liability, i.e. against the law.

The cases indicated in Art. 4171 restrict application of Art. 417 CC. Not every defect of a prescriptive act, legally binding adjudication or final decision can constitute the basis for liability. The premise of unlawfulness under Art. 4171 CC has to be therefore verified according to appropriate proceedings, the procedure defined by the proper regulations. The Compensatory Court – the court examining the case can not therefore by itself define defectiveness of a prescriptive act or unlawfulness of a binding court adjudication or a final decision, but it has to base its verdict on the case on the former definition of the fact made with appropriate proceedings – pre-judicial procedure, so called “pre-judgment”. An exception to the obligatory pre-judgment is Art. 4171 § 4 defining the liability for not issuing a prescriptive act. In this circumstance the court hearing the case adjudicates whether not issuing the prescriptive act was lawful.

The regulation under Art. 4171 consists of four norms. In each of them the premise of the liability is the damage, the adequate relation of the damage reason and the causative event and unlawfulness of the event that caused the damage. It seems that under Art. 4171 only the property damages are compensated. Polish civil law allows claims for non-material damage reparations only in cases that the regulation provides for: in case of personal rights violation and in case of a close relative death. It is hardly possible that this kinds of damages resulted from issuing or non-issuing a prescriptive act or individual adjudication happen in practice to the aggrieved party. Additionally, the literature indicates that to receive compensation for lost benefits the aggrieved party has to prove that in this specific case the damage would be caused, indicating only the potential possibility of benefits is insufficient.⁴⁰

The regulation under Art. 4171 § 1 CC, defines the liability for the damage caused by issuing a prescriptive act against the norm higher in the hierarchy. The prescriptive act under this regulation is the Constitution, ratified international agreement, order, directive, but also local law rule. The Constitutional Tribunal has the competence to adjudicate the compliance of the lower rank regulation to the higher rank ones. Therefore the pre-judicial procedures in this case will take place at the Constitutional Tribunal. An exception is adjudicating the compliance of local law rule to the higher rank regulations. The Administrative Court is competent in this case. Doubts emerge on the issue of adjudicating the compliance of Polish law to the

40 Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 18, Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, cz. ogólna, Warszawa 2006, p. 219.

Union regulations – which organ: Polish Constitutional Tribunal or the European Court of Justice is competent to adjudicate the issues⁴¹.

The defendant should be the subject that issued the prosecuted norm. The State Treasury is liable for the laws enacted by the state organs, acts and directives.

The regulation under Art. 4171 § 4 defines the liability for so called nonfeasance that is not issuing a prescriptive act, but only in the situation that issuing the act is allowed by law. Not issuing the act is unlawful and constitutes the event causing damage. Issuing the prescriptive act has to derive from the law, not from axiological, general principles of the legal system. Simultaneously, the date of the prescriptive act issuing should also be indicated by law.

It is indicated in the literature that only the prescriptive acts defining the legal status of the civil law subjects can be prosecuted.⁴²

The characteristic feature is no requirement of pre-judgment.

The State Treasury shall be liable exclusively for not issuing the prescriptive acts that the state organ was obliged to issue.

Regulation under Art. 4171 § 2 CC refers to the situation when the damage is caused by unlawful issuing of the final decision or legally binding order, it does not include the cases when the cause of damage is improper execution of the decision or the order. Unlawful execution undergoes Art. 417 § 1 CC.

The above regulation defines the liability of the State Treasury and other subjects in two situations. The first one when the source of damage was issuing the adjudication or decision against the binding law. The second when the damage resulted from issuing the adjustment or decision legally based on the prescriptive act against the Constitution, act or ratified international agreement, and therefore not the final decision or adjustment itself was correct and officially in compliance to the law but the legal basis was incorrect.

The subject entitled for the compensation will be anybody who aggrieved damage resulting from the decision or order against the law. It is assumed that the compensation can be claimed by any subject legally able to act as a party in the court or administrative proceedings.

The requirement is that the cause of damage which the State Treasury is liable for should be the legally binding adjudication or final decision. The decision is final

41 See: M. Safjan, K.J. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, p. 69 and following, Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, p. 218, Z. Banaszczyk, (in:) A. Olejniczak (ed.), *System Prawa Prywatnego...*, p. 817.

42 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, p. 223.

if there is no entitlement to appeal in the administrative proceeding. The court order is legally binding if there is no appeal entitlement or other prosecution means.

The regulation does not require any degree of incompliance to the law e.g. gross. Each decision or adjustment, disregarding the level of incompliance to the law, makes the basis for claiming compensation.

The legislators require everyone who claims damage compensations under Art. 4171 § 2 CC, to present the pre-judicial adjudication confirming the binding adjudication or final decision to be unlawful. The aggrieved can also present the pre-judicial adjudication that confirms the legal basis of the individual act to be unlawful.

Regulation under Art. 4171 § 2 CC does not itself define the course of defining the adjudications and decisions unlawful. However, there are indications concerning the possibility of finding reference to the procedural instruments that depend on the kind of proceedings and the character of adjudication i.e. if the compensation claim is based on the adjudication in the civil case, the pre-judicial adjudication should also be defined in course of the civil proceedings. In the civil proceedings the pre-judgment character concern adjudications made in two basic kinds of proceedings: the proceedings instituted on a complaint to reopen the case that was closed with a binding verdict (Art. 3990416 CPC) and the proceedings regarding a complaint to qualify unlawfulness of a binding court adjudication (Art. 4241 – art. 42412 CPC). Also the adjudication in cassation complaint proceedings can be the pre-judicial proceedings.

Character of the pre-judgment in penal proceedings concern the adjudications made in case reopening proceedings (Art. 540 and next PPC) and cassation proceedings (Art. 518 and next PPC).

In the administrative proceedings the pre-judgment character concerns also proceedings to declare invalidity that may take place under Art. 172 of Administrative Court Proceedings regulations and proceedings to reopen the proceedings 270 ppsa (Law on proceedings before the courts).

In the case when the damage resulted from issuing an adjudication or decision incompatible with a hierarchically higher norm, the preliminary ruling will be an adequate decision of the Constitutional Court and also a verdict of the Administrative Court in case of invalid declaration of local law act.⁴³

Compensative liability for not issuing a decision or adjudication when the obligation to issue them was under Art. 4171 § 3 CC. This regulation concerns the

43 According to the amendment to CC dated 22.7.2010, art. 4172 § 2 was changed.

liability for nonfeasance by the authority and refers to not issuing ruling acts of individual character.

An activity causing damage under this regulation means not issuing the individual act and also if issuing the adjudication took the public authority organ too much time and therefore the related subjects are liable for lengthiness of the proceedings.

The pre-judicial proceedings in this case relate to all of the court proceedings: civil, penal, administrative and executive based on the same act of 17.06.2004 concerning complaint on breaking the rights of a party to have the case adjudicated in court proceedings without any unjustified delay.⁴⁴ The proceedings evaluates the promptness, correctness of the court procedure, complexity of the case. The complaint is lodged to the court that proceeds the case and the court transfers the case files immediately to the court appropriate for adjudicating the case that is the superior court. The case is then adjudicated by 3 judges and the relevant regulations are applied regarding the kind of proceedings CPC, PPC. The court can order to follow the relevant procedures. It can pronounce following the relevant procedures. It can also on demand of a party grant a compensation of 20.000 PLN.

5. The State Treasury liability for legal damages

Art. 4172 CC provides for the reparation of the damage which resulted from executing public authority (in accordance with law), but not in the situation when it would be unjustified to burden the effects on the aggravated party only. The State Treasury under Art. 4172 CC, is liable under the rightness rule. Moral, ethic norms support the reparation of damages made to the aggravated. The liability under the rightness rule is updated only if there is no basis for a compensation claim under general regulations and there is significant evidence for granting a compensation.

The liability evidence under Art. 4172 CC:

- lawful execution of public authority;
- damage on person
- basically relevant cause relation between the public authority act and damage
- legitimacy of granting the compensation under the rightness rule.

44 Journal of Laws No. 179, *item* 1843 with further amendments.

The evidence under Art. 4172 CC does not include unlawfulness of the causative behavior, the regulation provides for liability for the legally done damage. Behavior of the subject executing public authority was in accordance to the regulation however, the damage was done.

The evidence of executing public authority should be understood the same way as the general formula of Art. 417 CC. It refers to activities of the State Treasury in the sphere of empire. It does not include activities irrelevant to executing the power.

Art. 4172 CC does not include any separate rules that could modify excepting from the generally accepted in compensative liability evidence of adequate causative relation. Under the former Art. 419 CC, the adjudications were contented with the ordinary causative relation if it was justified by the rightness rule.

Restrictions under Art 4172 CC can be observed with damage premises in comparison to the general rules formulated in Art. 417 CC. The aggravated can claim compensation but not for any form of damage done. The exclusion from compensation under Art. 4172 CC, includes the damage on property. The regulation states that if the damage was one to the person there is a possibility of full or partial repair or compensation for non-material damage. The compensative damage can be fully or only partially repaired and the scope of compensation undergoes the rightness rule.

The acceptability of compensation claims depends on the evaluations reflecting the regards of correctness and therefore moral convictions and axiological rules established in the society.

On the evaluations regarding the rightness rule depend not only the adjudication if the compensation and reparation is granted, but also what shall be the scope of it. The evaluation depends on two criterions: those which concern the circumstance of the case: the situation that the damage was done, the reasons for activities taken, the kind of public authority's actions related to the causative event.

The second refers to the situation of an aggravated individual, his/her material and family situation, kind and scope of damage done, the level of disability to work.

On account of the function similarities of the general clauses used in regulations doctrine or judicature considerations can be applied regarding the interpretation of the social code notion.

6. Conclusion

The new regulation introduced to the Polish Civil Code regarding the State Treasury liability for damages done while executing public authority, can be considered an adaptation to the market economy rules. It differs significantly from the previous one. First of all no premises for a government functionary's fault can be noticed that until 17.10.1997 the aggravated had to prove in court. It is definitely a facilitation for the aggravated. Basing the liability on the premise of unlawful activities while executing public authority deserves a positive note because of the premise clarity. However, in practice of executing the law Art. 417 § 1 CC can cause ambiguities. The difficulties might regard categorization of the activity as public authority execution. In the literature some opinions have already appeared that also activities which do not closely belong to the empire sphere can be categorized as public authority execution. Especially problematic seems to be liability in the system of health service, defining NHF (National Health Fund) liability. It is additionally stressed that this is a very broad liability, won't it lead to unsettling the balance between the rights of an individual to receive compensation from the state and the general public interest represented by the state.⁴⁵ Compensations paid by the State Treasury are in fact paid by citizens. Therefore, the judicature will be responsible for determining the borders of what should be categorized as execution of public authority and what will the State Treasury be liable for. The former regulation adjudications broadened the subject scope of liability under Art 417 CC, a demand can be made for socially acceptable rules and regulation on the State Treasury liability for damages done by execution of public authority to be worked out under the updated legislation.

45 See: M. Safjan, K.J. Matuszyk, *Odpowiedzialność...*, p. 152–153.

A NEW REGULATION ON STATE TREASURY RESPONSIBILITIES FOR THE DAMAGE DONE WHILE EXECUTING OFFICIAL AUTHORITY

Current legislation of State Treasury responsibilities in the Polish Civil Code is in force from 1st Sept. 2004.

The literature states that the amendment of the Civil Code of the State Treasury for the damage caused by exercising public authority includes three significant changes in comparison to the legal state before the amendment. The first is ideological, and the next two are of systemic nature. The first amendment should be particularly emphasized since it means the total departure from the rules previously in force and is a novelty in the entire system of accountability of public authority in the Polish civil law. This change affects the structure of the State Treasury's responsibility. Within its framework, in order to better identify its essence, we can distinguish two aspects, namely the adoption of the State Treasury's responsibility for the damage done by an officer and the other one, which is consistent with the first, a departure from the personal relationship of injury to the officer of the state in favor of a functional relationship – the exercise of public authority.

Systemic changes regard in particular the formation of the State Treasury on the premise of unlawfulness on the basis of objective criteria. The liability premise of Art. 417 CC is not the fault of the entity performing public authority, but unlawful exercise of public authority.

The second change of a systemic character relates to, without any doubts and disputes, including strict liability under Art. 417 § 1 CC only the imperious sphere – the empire.

The amendment act introduced significant changes to the scope of liabilities of the public authority organs for prescriptive acts and individual adjudications. The legislative basis was Art. 417 CC, that is *lex specialis* to Art. 417 CC.

Art. 417 CC provides for the reparation of the damage which resulted from executing public authority (in accordance with law), but not in the situation when it would be unjustified to burden the effects on the aggravated party only. The State Treasury under Art. 417 CC is liable under the rightness rule.

The new regulation introduced to the Polish Civil Code regarding the State Treasury liability for damages done while executing public authority can be considered an adaptation to the market economy rules.

Key words: State Treasury liability, damage, unlawfulness, public authority execution, the imperious sphere

NOWA REGULACJA ODPOWIEDZIALNOŚCI SKARBU PAŃSTWA ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZY WYKONYWANIU WŁADZY PUBLICZNEJ

Obecne uregulowanie odpowiedzialności Skarbu Państwa w polskim Kodeksie cywilnym obowiązuje od dnia 1 września 2004 r.

W literaturze wyróżnia się w związku z nowelizacją, trzy istotne zmiany w porównaniu do poprzedniego stanu prawnego. Szczególne znaczenie należy przypisać pierwszej z nich, o charakterze ideologicznym. Dotyczy ona konstrukcji odpowiedzialności Skarbu Państwa jako odpowiedzialności za czyn własny; oznacza również odejście od podmiotowego powiązania wyrządzenia szkody z funkcjonariuszem państwowym na rzecz powiązania funkcjonalnego – wykonywania władzy publicznej.

Druga zmiana obejmuje przesłankę odpowiedzialności Skarbu Państwa, jaką jest niezgodność z prawem.

Kolejna zmiana łączy się ze sferą działania. Zaostrzoną odpowiedzialność na podstawie art. 417 § 1 kc. Skarb Państwa ponosi wyłącznie za działania w sferze władczej – imperium, nie zaś w sferze dominium.

Ustawa nowelizacyjna wprowadziła istotne zmiany w odpowiedzialności organów władzy publicznej za akty normatywne oraz indywidualne rozstrzygnięcia. Podstawą prawną jest tu art. 4171 kc., który stanowi *lex specialis* wobec art. 417 kc.

Przepis art. 4172 kc. przewiduje natomiast naprawienie szkody, która jest następstwem wykonywania władzy publicznej w sposób zgodny z prawem, ale w sytuacji gdyby było niesłuszne aby skutki wyrządzenia szkody obciążały wyłącznie poszkodowanego.

Można uznać, że wprowadzona w polskim Kodeksie cywilnym nowa regulacja odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej przystosowała przepisy do reguł gospodarki rynkowej.

SELECTED ISSUES RESULTING FROM THE IMPLEMENTATION OF THE MARKETS IN FINANCIAL INSTRUMENTS DIRECTIVE (MIFID) OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL IN THE POLISH REGULATORY FRAMEWORK

1. Introduction

There are several reasons to discuss the problems of the regulations for standardization of operations of the markets in financial instruments, the so-called MiFID.¹ Undoubtedly it is important to stress that it is a new regulation which has only been in effect in Poland from this year and which has so far been quite rarely addressed by our juristic writing.² The most important issue, however, is the scope of amendments introduced by this regulation to the Polish regulatory framework, in particular, in the aspect of customer protection on the market in financial instruments. This issue is gaining a specific importance in terms of reality in Poland, taking into account the difficulties which, in connection with the world economic crisis, some entrepreneurs, who trade in FX derivatives have experienced.³ Given this situation, one may give careful consideration (taking into account the scope of changes arising from the new regulation) as to whether an earlier transposition thereof would have served to limit the losses suffered by entrepreneurs.⁴

Referring to this issue, it is necessary to raise here a proposal, which will form the basic assumption of this article, i.e. the solutions introduced could provide an increase in the protection afforded to customers in the market in financial instruments. It is

1 MiFID is an English-language abbreviation of the Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council and executive regulations.

2 Issues on outsourcing have been analyzed.

3 The conclusions made by the Polish Financial Supervision Authority (KNF) were presented in the document "Basic Conclusions of the Analysis of Businesses Engagement in FX Derivatives – the Polish Financial Supervision Authority" dated 11 March 2009. In the KNF's opinion, approximately 15–20% of entrepreneurs could suffer losses from FX derivatives transactions.

4 It is however interesting that in the said document (page 3), KNF confirmed that in this aspect the banks – which, irrespective of the lack of implementation of the MiFID Directive into the Polish regulatory framework, have introduced the amendments arising there from to their internal regulations – acted properly.

necessary, however, to make reservation to the effect that the genuine scale of their impact will be greatly determined by both the quality of relevant internal regulations drawn up by financial institutions, and the accuracy in application thereof.

The basic objective of the new regulation is to increase the protection of customers in the market in financial instruments by the determination of specified standards of the financial services market. However, it is necessary to stress that this objective is being implemented comprehensively, because the assumption of the said regulation is the establishment of the unified legal framework for financial markets that operate within the framework of the EU member–states, Iceland, Norway, and Lichtenstein. The directive introduces standards to such issues as: conditions of activity related to the businesses' provision of investment services (also including additional services), organization of financial institutions, requirements concerning their reporting and the principles of transaction transparency. In order to achieve these objectives, financial institutions were obliged to introduce stringent internal provisions in the scope of: compliance with provisions, risk management, complaint examination, personal transactions, outsourcing, and the management of conflict of interest.⁵

For the purpose of making correct deliberations (including, in particular, the verification of the proposal raised hereinabove), it is necessary to apply certain structural assumptions. It is obvious that the scope of problems analyzed is quite broad, therefore the main task will be to show the most essential (in the author's opinion) changes in the scope of standards that are binding on the provision of financial services in Poland, which standards, are viewed from the standpoint of customer protection. New obligations imposed on financial institutions will be presented herein below, which obligations will be divided into three categories. The first category will incorporate problems related to the classification (segmentation) of new and existing customers. Thereafter, the issues related to information obligations, also including procedures followed as early as on the stage of commencement and provision of services, will be presented. Finally, obligations of the individual analysis and customer evaluation will be indicated.

It is, however, necessary to first remind ourselves that the above conceptualization is tricky, because it incorporates new problems, which have yet to be properly addressed in Polish doctrine and which as yet are not supported by any existing practice. Therefore, our analysis will be based almost exclusively on the legislative materials transposing the provisions of the EU directive to the Polish regulatory framework.

5 Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, Official Journal L 145, 30/04/2004 P. 0001–0044, point 5, page 2.

2. Legal basis in European law and transposition into Polish law

In order to provide our considerations in an orderly manner, it is first necessary to specify the legal basis for the binding force of MiFID, which legal basis incorporates the following acts of law:

- 1) Directive 2004/39/EU of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, Official Journal L 145, 30/04/2004 P. 0001–0044, referred to as MiFID I.
- 2) Commission Directive 2006/73/EC of 10 August 2006, implementing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council as regards organizational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive, Official Journal 09/08/2007 L 209, Supplement No. 38 (referred to as MiFID II).
- 3) Commission Regulation (EC) No. 1287/2006 of 10 August 2006, implementing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council as regards recordkeeping obligations for investment firms, transaction reporting, market transparency, admission of financial instruments to trading, and defined terms for the purposes of the Directive, Official Journal 09/08/2007 L 209, Supplement No. 38.

The term of transposition by Poland, as the EU member–state, of the provisions of Directive 2004/39/EU of the European Parliament and of the Council arises from Art. 41 of the Commission Directive 2006/73/EU, according to which this act was to become effective on 1 November 2007.⁶ Poland, however, like many other European states, implemented the Directive after a long delay.⁷ On 4 September 2008, Sejm (the Polish Parliament) adopted the Law Amending the Law on the Turnover in Financial Instruments and Some Other Legal Acts, which law was forwarded by the Polish President to the Constitutional Tribunal for the verification of its compliance with the Polish Constitution in the scope of the National Bank of Poland’s obligation to dispose of the stock in Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. (the National Depository of Securities) held thereby. In the opinion of the Polish President, provisions on this obligation breach the constitutional principle of the central bank’s independence. On 16 July 2009, the Constitutional Tribunal rendered

6 According to the provisions of Art. 11 and Art. 34.5–34.6, this Act became effective on 1 June 2007. Taking into account, however, a 9-months adjustment period, the Directive shall become effective in the Polish regulatory framework by a deadline of 9 November 2009.

7 Finally, these provisions became effective in Poland in April 2010.

the judgment on the case (file No. Kp 4/08)⁸ whereby it declared that the imposition on the National Bank of Poland of the obligation to dispose of the stock in Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. is non-constitutional. At the same time, the Constitutional Tribunal declared that challenged Art. 19 is not inseparably associated with the amendment of the Trading in Financial Instruments Act as a whole. Finally, after the above-mentioned provision was removed, the MiFID regulations were introduced into the Polish regulatory framework. The transposition of the said Directive caused the introduction of amendments into a range of legal acts and the most important of these acts were as follows:

- 1) Trading in Financial Instruments Act of 4 September 2008, and other acts on trading in financial instruments of 29 July, and some other acts (Dz.U. of 2009, No. 165, item 1316).
- 2) Finance Minister's Ordinance of 20 November 2009, on the manner and conditions of conduct of investment firms, banks, referred to in Art. 70.2 of the Trading in Financial Instruments Act, and of custodian banks (Dz.U. of 2009 No. 204, item 1577),
- 3) Finance Minister's Ordinance of 23 November 2009, on determination of detailed technical and organizational conditions for investment firms, banks, referred to in Art. 70.2 of the Trading in Financial Instruments Act, and for custodian banks, as well on conditions of brokerage house's evaluation of the internal capital (Dz.U. of 2009, No. 204 item 1579).

3. Legal analysis of selected issues

In accordance with the above, the assumption of new regulations is to ensure fair competition in the financial sector, to guarantee relevant standards, and primarily to ensure a high scope of investment protection to the customers of financial institutions. Precisely in this context one should underline the most essential obligations of financial institutions, incorporating such issues as: the scope of information to be made available to customers, the preparation of systemic solutions concerning the so-called good practice of order fulfillment, the principles of management of conflict of interest, and the methods of customer insight/assessment by introducing the so-called suitability and appropriateness/adequacy tests. It should be stressed here that precisely these issues are underlined in the information package requiring to be provided by financial institutions operating on the Polish market for financial services.⁹

8 Monitor Polski, No. 46, *item* 683.

9 As an example, here one may refer to the information materials prepared by: Raiffeisen Bank S.A. – MiFID information brochure for customers of Raiffeisen Bank Polska S.A.; Bank BGŻ S.A. – Information about MiFID; BPS

Prior to the commencement of the analysis of specified amendments, it is necessary to determine the products offered by financial institutions, to which the new regulations shall apply. Art. 2.1 of the Law¹⁰ introduces the uniform definition of the financial instrument, within which two categories may be specified. The first category incorporates securities, i.e. stocks and bonds. The second category includes share units (which are not securities), money market instruments, options, futures contracts, swaps, forwards, and other derivatives.

MiFID makes the scope of customer protection conditional on the classification category of the customer. This places an obligation on financial institutions to make classification (segmentation) of their customers on the basis of definitions mentioned in the legal act.¹¹ In Art. 3.39, the lawmaker introduced a negative definition for the most numerous group of customers, indicating that a retail customer shall be the entity, who is not a professional customer¹² in whose favor a minimum of one service — relating to acceptance and fulfillment of orders, the service of keeping and the service of registration of financial instruments, and investment advice — is being provided. This manner of definition causes the necessity to precisely determine the category of the “professional customer”, which category is quite broad. Speaking generally, given the provisions of Art. 3.39.b of the Law,¹³ one may assume that the lawmakers in this category, — apart from financial institutions, such as banks, insurance institutions, investment and pension funds, and public administration units — included entrepreneurs who meet a minimum of two of the three criteria required: balance sheet total, value of income from sale, amount of equity capital.¹⁴

In terms of legislation, the third category, i.e. “an authorized contractor” may cause doubts. The Polish lawmakers, after all, in line with the European regulations¹⁵ did not place this category under the legal definition of customers, Art. 3 of the law.¹⁶ These definitions, however, can be found in the secondary legislation, i.e. in § 7.1 of the Minister of Finance’s Ordinance,¹⁷ pursuant to which the customer, being

10 S.A.— MiFID information brochure; Guide for the Customer and PKO BP S.A. —Information brochure on MiFID requirements with regard to the Customers of Powszechna Kasa Oszczędności Banku Polskiego Spółki Akcyjnej. Law of 4 September 2008, amending the Trading in Financial Instruments Act of 29 July and some other acts (Journal of Laws 2009, No. 165, *item* 1316).

11 See above.

12 The Directive introduced the category of a “trade customer” — Directive 2004/39/EU of the European Parliament and of the Council on markets in financial instruments..., Official Journal L 145, 30/04/2004 P. 0001–0044.

13 Journal of Laws 2009, No. 165, *item* 1316.

14 In accordance with Art. 3.39.b, the criteria are as follows: the balance sheet total at the level of a minimum of EUR 20 000 000, the value of income from sale at the level of a minimum of EUR 40 000 000, entrepreneur’s equity capital at the level of a minimum of EUR 2 000 000, Journal of Laws 2009, No. 165, *item* 1316.

15 Art. 50.1–50.2 of the Commission Directive 2006/73/EC implementing Directive 2004/39/EC..., Official Journal 09/08/2007 L 209, Supplement No. 38.

16 Journal of Laws 2009, No. 165, *item* 1316.

17 Finance Minister’s ordinance of 20 November 2009 on the manner and conditions of conduct of investment firms, banks, referred to in Art. 70.2 of the Trading in Financial Instruments Act, and of custodian banks, Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

a financial institution,¹⁸ to whom another investment firm renders services, is an authorized contractor. Therefore, it is a category of professional customers operating in the financial sector, with regard to whom, it is assumed that they have amassed experience that makes it possible for them to make investment decisions on the basis of their corporate profile. For this category of customers the lowest protection is stipulated, which protection incorporates only the transfer of necessary information documenting the implemented transactions, which is to be discussed herein below. This legislative measure, however may cause doubts in terms of the purposefulness of defining this group of customers at the level of the secondary legislation.¹⁹

Analyzing the issues relating to the classification (segmentation) of customers, it is also necessary to underline special situations, i.e. an opportunity to re-classify a given customer and the given customer's migration between specified categories. We will deal with the first situation *inter alia* when the customer, despite his failure to meet statutory prerequisites, will forward a written request to classify him as a professional customer. Here, however, an obligation was imposed on the investment firm to establish whether the customer applying for the change of category, possesses the knowledge and experience necessary for making proper investment decisions, including, in particular, whether the customer can make risk assessment. This risk assessment may be supported by the presumption contained in § 5.1 of the Minister of Finance's Ordinance,²⁰ according to which the condition to have knowledge is deemed satisfied, if the customer meets a minimum of two of the following requirements: if the customer makes transactions valued at a minimum of the PLN equivalent of EUR 50 000 per transaction on the relevant market with an average frequency of a minimum of 10 transactions per quarter during the last four quarters; if the value of the customer's portfolio of financial instruments, including currency, amounts to a minimum of the PLN equivalent of EUR 500 000, or the customer operates or will operate (if at all) in the financial sector during a minimum of one year in a position requiring specialist knowledge about financial instruments. Undoubtedly, the customer applying for such re-classification shall prove the circumstances, to which he referred, by submitting proof of concluded transactions, the condition of assets or an employment agreement (employment certificate) certifying the scope of duties performed. In addition, the customer of the financial institution, applying for placement in the category of professional customers, shall, in accordance with the provisions of § 5.5 of the Minister of Finance's Ordinance,²¹ make a statement to certify that he has knowledge of the principles of how such

18 This provision refers to Art. 3.39.b of the law, incorporating into this group, *inter alia*, banks, investment firms, investment funds / investment companies and pension funds / pension companies, Journal of Laws 2009, No. 165, *item* 1316.

19 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

20 See above.

21 See above.

customer is treated. The investment firm, however, shall notify the customer about these principles.

The provisions of Art. 3.a).2 of the Law,²² stipulate an opportunity for the professional customer to apply for his classification to a category, which is covered by the broadest protection, i.e. as a retail customer. Given this provision, doubts may arise of whether the investment firm is obliged or solely authorized to make this re-classification. Taking into account the wording of § 5.1, in conjunction with § 3.1 and § 3.2 of the Minister of Finance's Ordinance,²³ the first option is rather a must.

Second, it is necessary to present an opportunity arising from the wording of provisions of § 6.3 and § 7.5 of the Ordinance²⁴ on the basis of which the financial institution will also be authorized to make an independent re-classification of the customer based on obtained information.²⁵

This being the case, certain doubts may arise from the fact that all variants of re-classification of customers (at the financial institutions' initiative) have been regulated, except for the case when the existing retail customer begins to meet the requirements of a higher category. It is, however, necessary to admit that in this case re-classification may be made with a reservation to the effect that the customer will be notified of the option to remain in the "retail customer" category and will not take advantage of the opportunity.²⁶

It is necessary to stress that basic differences between the scope of information obligation may be seen only between the category of retail customers and the category of authorized contractors. The financial institution, on the basis of § 7.1 of the Minister of Finance's Ordinance,²⁷ may limit, toward authorized contractors, its obligation to make information available (apart from the basic data concerning a given transaction) to the transfer of the principles of management of conflict of interest and the individual notification to a given customer concerning a case of a materialized conflict of interest. With regard, however, to the information obligation toward retail customers and professional customers, one may assume that this obligation is very similar. This latter obligation incorporates the information

22 Journal of Laws 2009 r., No. 165, *item* 1316.

23 Journal of Laws 2009 No. 204, *item* 1577.

24 See above.

25 Given these provisions, at issue are the cases of re-classification in order to increase the protection. It is however possible to assume that if the financial institution obtains the formal basis (on the grounds of updated documentation) for the re-classification of the customer to a lower protection category, said re-classification is also admissible, undoubtedly against the prior written notification of the customer, who may also request that he be classified as before.

26 This is the a contrario application on the basis of the provisions of § 3 of the Finance Minister's Ordinance of 20 November 2009, on the manner and conditions of conduct of investment firms. As the potential customer may take advantage of an opportunity to be treated as a retail customer (despite the fact that he meets the criteria for being classified as a professional customer), there are no grounds to turn down the rights of the customer, who is serviced by the classification-making institution.

27 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

of a general nature concerning the principles of management of a conflict of interest and the principles of operation in the best interest of the customer during the performance of the order.²⁸ In addition, the information characterizing specified financial instruments, with a detailed specification of types of risks related thereto, and the general information about the financial institution shall be conveyed.²⁹

From the viewpoint of the protection of customer interests, particularly essential is the information concerning the description of the financial instrument and the risks related thereto, which shall be communicated to the customer so that the customer, taking into account his profile (category), will be able to understand the essence of the product and the risks involved. The Minister of Finance in § 13 of his Ordinance³⁰ expressly defined this requirement and stressed that the scope of this information shall enable the customer to take responsible investment decisions, including the specification of the risk related to a given type of financial instruments (inclusive of an explanation of the term ‘financial lever’), the feature of changeability of the price of these instruments, any limitations in their availability on the market, the scope of contracted financial obligations, and insurance requirements (if any). Although the contents of sec. 3 of this paragraph show that it is possible (with regard to a financial instrument being the subject-matter of a public offer) to refer the customer to the prospectus, taking into account the scope of required information and, in particular, the manner of its formulation as adjusted to a given group of customers, it is necessary to admit that this obligation will be of a practical importance due to the complex nature of contemporary financial instruments.

Given this aspect, it is also worth emphasizing the requirements concerning the information which is being made available to customers under cover of an advertisement. In accordance with § 9 of the Ordinance,³¹ this type of information, which is made available by the investment firm, shall be “reliable, unquestionable and not misleading” and shall stress that it is made available for the purpose of advertising or promotion of services. In particular, the advertisement, which is forwarded to retail customers, must not conceal (decrease) the risks, which accompany the financial instrument being offered. If comparisons to other products or simulations are applied, they shall be: authoritative, reliably presented, indicate the source of their origin, and include a statement to the effect that they are being

28 § 48, 52, Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

29 The purposefulness of limitation solely to retail customers of the general information concerning the investment firm itself, e.g. the name of the firm, contact data, the confirmation that the company holds permissions issued by supervisory authorities, detailed principles of service provision, operations through an agent (if any), the principles of submission and administration of customers' complaints may cause doubts. This is not quite understandable, because these are the basic data, which, in accordance with § 11.2 of the above-mentioned Ordinance, the investment firm may place (and most often it does) on its webpage, access to which is open to all categories of customers.

30 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

31 See above.

used for comparative purposes. In addition, the main facts and assumptions that were used for comparison shall also be specified.³²

Taking into account the scope of information that is made available to customers, it is worth considering here the internal procedures, which the financial institution is obliged to implement and convey to the customers as part of the information package. They concern two aspects, i.e. the principles of operation in the best interest of the customer while fulfilling the order and the principles of management of conflicts of interest.

The financial institutions' obligation to prepare, implement and apply the procedure (often referred to as the policy), which determines the principles of order fulfillment, arises from the second part of the Ordinance³³ titled "the obligation to act on conditions which are most beneficial for the customer". In accordance with § 48.1 of the Ordinance,³⁴ the financial institution is obliged to implement and apply the solutions, which ensure operations in the best interest of the customer. However, the preceding provision of § 47.1 of the Ordinance,³⁵ stresses that the company providing investment services is obliged to take "all reasonable acts in order to achieve the best possible results for the customer in connection with the order fulfillment". Undoubtedly, this definition is very general, therefore, to be effective (enforceable), in the subsequent part of this provision it was made more precise by indicating the criteria by which the investment firm shall be guided. These will be the following factors: the price of a given financial instrument, the costs related to the order performance, the size of the order (the nature thereof), the time of the transaction implementation, the probability of its conclusion (including the settlement), and other factors, which may exert an essential impact on the achievement of the best economic effect from the provision of investment services.³⁶

The scope of transferred information will differ depending on the category of the customer classification. In case of a retail customer, the investment firm, within the framework of the order fulfillment policy, is obliged to provide the description of the importance attributed to specified factors and a list of places where the order will be fulfilled. The retail customer shall also receive the warning, in an express and unequivocal manner, that the customer's detailed conditions of the order fulfillment

32 This Ordinance regulates these issues in a very detailed manner. Even the time-period (5 years) to present the results is specified. In case of the above-mentioned simulations of the results to be obtained in the future or the projections of potential profit, detailed information/warning in this scope shall be included.

33 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

34 See above.

35 § 47, see above.

36 Due to the general nature of the latter criterion, it is essential to provide as many details as possible, in accordance with provisions of §§ 51.2–51.3 of the Ordinance, according to which this obligation does not mean the necessity to include into the policy of acting in the best interest of the customer all possible places where the order may be fulfilled. The criterion however is deemed to be satisfied, if the existence of more than one place of fulfillment is considered, Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

could make it impossible for the service provider to act in the direction of achievement of the best possible results. The crucial criteria, however, in the assessment of the customer order fulfillment will be as follows: the price of the financial instrument and all costs related to the implementation of the transaction.³⁷

Another obligation is to inform the customer of the issues related to conflicts of interest. The necessity to draw up and implement procedures in this scope was imposed on the investment institutions by the provisions of § 3.1 of the Minister of Finance's Ordinance of 23 November 2009, on determination of detailed technical and organizational conditions for investment firms, banks, referred to in Art. 70.2 of the Trading in Financial Instruments Act, and for custodian banks, as well on conditions of brokerage house's evaluation of the internal capital.³⁸ Pursuant to these provisions, the task of the internal procedure regulating the issues connected with conflicts of interest is, first, to specify the acts to be taken by the investment institution in order to eliminate cases of conflicts of interest. Second, in case of the occurrence of this situation, the customer shall be notified about the emergence of the conflict so that the customer could take a responsible decision on whether or not to use the services of a given company prior to the conclusion of the agreement.³⁹ The above-mentioned ordinance determines in a quite precise way the contents of the procedure aimed at working against and managing conflicts of interest. Prior to describing these conflicts of interest, it is first necessary to define the term 'conflict of interest' and the situation in which it could emerge. This definition is based on the Minister of Finance's Ordinance, which has already been referred to hereinabove,⁴⁰ pursuant to which, conflict of interest shall mean the circumstances which could cause disagreement between the interest of the investment firm or of a person connected with the investment firm and its obligation to act for the customer in a reliable manner, guided by both the best interest of the customer and any circumstances of which the investment firm is aware which may lead to disagreement between the interests of several customers of the investment firm. The circumstances that may cause this conflict of interest were provided on the basis of an open catalogue.

First, it will be a situation where the investment firm or a person connected with the investment firm could derive benefit or avoid loss due to its customer(s) suffering loss or not deriving any benefit. Second, when the investment firm or person connected with the investment firm has reasons to apply preferences toward a given customer (or group of customers). Third, the conflict of interest will occur

37 § 48 *item* 4, see above.

38 Minister of Finance's Ordinance of 23 November 2009, on determination of detailed technical and organizational conditions for investment firms, banks, referred to in Art. 70.2 of the Trading in Financial Instruments Act, and for custodian banks, as well on conditions of brokerage house's evaluation of the internal capital, Journal of Laws 2009 No. 204, *item* 1579.

39 § 23.1, Journal of Laws 2009 No. 204, *item* 1577.

40 § 23 *items* 2,3 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

in a situation where the investment firm or person connected with the investment firm is interested in a specified result of the provided service, which result conflicts with the customer's best interests. Four, in the situation where the financial gain was received from a third party. Undoubtedly, it should be emphasized that at issue here is not regular fees and charges that constitute the consideration for the provided service. The final and the simplest situation for identification is when the investment firm or person connected with the investment firm, carries out economic activity that is analogical to its customers' activity. With a view to systematizing all possible situations of conflicts of interest, it is possible to determine three lines (relations), along which conflicts of interest can occur: disagreement between the interest of the financial institution and the interest of the customer(s) disagreement between the interest of the customer or group of customers and the interest of another customer or group of customers, disagreement between the interest of the financial institution and/or its customers and the interests of an individual or group of individuals in the financial institution's employ.

If we return to the issues, which shall be determined in the internal procedure aimed at counteracting the occurrence of conflicts of interest, the Minister of Finance underlined certain minimum requirements, which said internal procedure shall incorporate. In particular, the situations, which may generate the crucial risk of customer interests violation as well as the actions aimed at the management of conflicts of interest in case of their occurrence, shall be specified (identified). In order to generalize these actions, one may assume that at issue is, first, the performance of adequate official supervision of the persons who, due to their fundamental obligations, may cause conflict to occur. However, it is also necessary to admit that this, in particular, concerns the current supervision over employees in terms of official hierarchy as well as control of the actions implemented by entities responsible for internal control procedures. Second, these will be actions meant to manage the conflicts of interest. These actions may be referred to as organizational actions connected with the remuneration of the financial institution employees, the elimination of the impact of third parties, and the proper determination of the scope of financial institution employees' obligations.

Within the framework of obligations related to the management of conflicts of interest, the investment firm is also obliged to maintain a register of types of activity which have already caused, or which could cause, conflicts of interest to arise.

Summarizing the above, it is necessary to emphasize here that the obligation to draw up, implement, and apply procedures concerning conflict of interest involves all categories of customers, and, therefore, authorized contractors.

On par with the above-mentioned information obligations – which address the financial institution customers and the prerequisite actions needed to provide services

properly, reliably and fairly – it is also necessary to stress here the obligations related to the collection of information about customers and the verification of their knowledge in the scope and use of financial services, i.e. the conduct of the so-called suitability and appropriateness/adequacy tests. Apart from the obligation to provide information, this is, so to speak, the second key element in meeting conditions for the implementation of MiFID objectives.

At first, a certain inaccuracy of a legislative nature emerges here, which is materialized in two aspects. First, the terminology concerning the conduct of these tests is not quite coherent. If the Directive⁴¹ in Art. 36 applies the definition of “general appropriateness/adequacy”, in Polish legislation these categories shall be derived from the provisions of § 15 of the Minister of Finance’s Ordinance.⁴² Both regulations, however, lack the express differentiation of issues, which fall under assessment of the so-called suitability and appropriateness/adequacy tests. This circumstance gains even a greater importance, as in accordance with the provisions of § 18 of the Ordinance,⁴³ the investment firm may withdraw from the assessment of customers, who have been placed in the professional customers category⁴⁴ in terms of their knowledge about financial instruments and investment experience.

In practice, both the suitability test and the appropriateness/adequacy test, will be made on the basis of the study of customers’ questionnaires. This being the case, the objective of the appropriateness/adequacy test is to examine the customer’s level of knowledge (one may say, of general knowledge) about financial services and financial instruments. On the basis of the test, the investment firm will analyze the customer’s level of knowledge and will specify a group of financial instruments with similar features (including, a similar level of risk), which could be suitable for a given customer. As a result, within the framework of one and the same test, the customer may expect questions about the financial services and financial instruments, of which he is aware, about the scope of current use of said financial services and instrument and about the frequency of this use. In addition, there could be questions about the level of education and the profession practiced.⁴⁵

In respect the suitability test, one shall assume that its objective is to examine the customer’s individual situation in a detailed and precise manner. To carry out the suitability test, the investment firm shall obtain information about the customer’s

41 Official Journal 09/08/2007 L 209, Supplement No. 38.

42 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

43 Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

44 It is worth indicating here that in the case of authorized contractors, the exclusion specified in § 7.1 has been expressively included, See above.

45 § 15 sec.sec. 1 and 2, See above.

financial situation and the sources and the level of “permanent income, assets possessed, investments, real properties and permanent financial liabilities”.⁴⁶

In addition, the information shall also incorporate “the length of the period during which the customer would like to make investments, his preferences with regard to the level of risk, the profile of risk, and the objective of the investment”.⁴⁷

On the basis of the suitability test, the investment firm is obliged to specify whether, taking into account the nature and the scope of rendered service, a given transaction – which is recommended to the customer or which is being implemented (i.e. the service is being provided) – meets the customer’s investment objectives and whether the structure of this transaction is understandable to the customer, due to which understanding, the customer can appropriately assess the level of risk and can decide whether this level of risk is acceptable. The issue of risk is particularly emphasized here, given the edited version of § 16.2 of the Ordinance,⁴⁸ in accordance with which the investment firm is obliged to specify the level of acceptability of risk by a given customer and at the same time shall determine that this risk is properly understood (i.e. assessed) by the customer.

Unfortunately, apart from this information, the investment firm was made responsible to again examine the level of customer’s knowledge about the investment in financial instruments and the customer’s investment experience. This approach shall be assessed negatively, as on the one hand, the optionality of data collection and customer examination is emphasized (§ 18.1), while on the other hand, the obligation is imposed to examine these issues under pain of refusal to provide services (§ 16.5.1).⁴⁹ Doubts in this scope also arise on the basis of § 20.1, pursuant to which the investment firm may not conduct the appropriateness/adequacy test in case of provision of services consisting in performance or acceptance of orders, on condition that these orders concern uncomplicated financial instruments,⁵⁰ that the

46 In this instance an unclear legislative measure is applied. On the one hand, in sec. 16.3, it is stressed that the investment firm, in case of need, may request that the customer provides the data about his permanent income, investment, real properties, and liabilities, while on the other hand, in sec. 5, the consequences of the refusal to render the service in the case of lack of data about the customer’s financial situation, are emphasized. Here a rhetorical question arises: how can the customer’s financial situation be established if there are no data on precisely the amount and sources of income, investments, liabilities, etc. This means that these data will be required not only on the “if–necessary” basis, but also in each situation. If the objective of this regulation is to provide some space for the financial institution’s decision–making process, the specification of data which the financial institution has to obtain from the customer in order to assess his financial situation – is not required in this case. The financial situation will be assessed in a standard manner, *Journal of Laws 2009 No. 204 item 1577*.

47 The remark on the financial institution’s search for the information to make it possible to specify the customer’s investment objectives is analogical to the above remark concerning the data required to determine the customer’s individual financial situation.

48 *Journal of Laws 2009 No. 204 item 1577*.

49 See above.

50 The definition of the uncomplicated instrument is provided in § 20.2, pursuant to which this term shall mean: 1) shares/stock admitted for trading on a regulated market or on an equivalent market in a state, which is not a member–state; 2) bonds or other securities which do not have embedded derivatives; 3) share units of investment funds, titles of participation in foreign funds and titles of participation in open investment funds with registe-

conclusion of the agreement for provision of services was initiated by the customer, who had been warned by the investment firm to the effect that the obligation to make this assessment is not being realized and for this reason the customer will not enjoy protection in this scope. There is also a requirement in this scope to the effect that the financial institution shall maintain and apply procedures concerning the conflict of interest.

As stated above, this means that in practice investment firms (in quite a few cases) will be able not to conduct the adequacy test as an individual act (on the basis of study of customers' questionnaires), while at the same time investment firms will be obliged to make this assessment within the suitability test framework, of course, with the exclusion of customers placed in the category of authorized contractors.

The assumption is that the assessment made by the investment firm shall be used as the basis for the individual analysis of a given customer. On the basis of this analysis, the investment firm may take up actions of two types. With regard to a given financial instrument, the investment firm is obliged to warn the customer that a given financial instrument or service is improper for him.⁵¹ In addition, analyzing the entire situation, the investment firm may recommend that the customer modifies his investment strategy.⁵²

Undoubtedly, the financial institution may solely suggest (recommend) specified action, which may subsequently be ignored by the customer. The fulfillment of these obligations, however, causes that the customer makes his investment decision on the basis of knowledge in the scope of a given financial instrument and is fully aware of the risk specified.

4. Summary

Consistent with the opening statement of this article, the Directive regulates a wide scope of issues related to the operations of financial institutions. Therefore, it would seem appropriate at this stage to view them from the customers' standpoint and, from that perspective, to address the most essential amendments and their

red offices in the states that are members of the European Economic Area and open investment funds with registered offices in states that are members of OECD, other than member states or the states that are members of the European Economic Area and 4) financial instruments, other than mentioned in Art. 2.1.2 c) – i) of the Law: a) which can, on a permanent basis, be disposed of, bought out or sold in any other manner for the instrument value at a price, which is generally affordable for the market participants and which is the market price or a price established or confirmed by the valuation system, which is independent from the issuer of given financial instruments, b) with which customer's actual or potential liabilities – exceeding the purchase cost of these instruments – are not connected, c) with regard to which there exists publicly available information explaining their characteristics in manner, which is understandable to the customer, Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

51 §19 *item* 1, See above.

52 §16 *item* 6, See above.

consequences in relation to the scope of standards (currently binding in Poland) effecting the implementation of financial services. Taking into consideration the obligations imposed in this scope on financial institutions, the statement to the effect that the new regulation will lead to raising standards on the market for financial services in the scope of protecting customer interests seems to be justified. This is despite the fact that the applied criteria of division (segmentation) of customers causes a quite flat structure thereof. As a result, a prevailing majority will be retail customers on par with a less frequent group of professional customers, among which a group of entities providing services on the financial market – i.e. authorized contractors – will be expressly separated. This, however, does not change the fact that customers will receive information about financial instruments (the essence thereof) in a much wider scope, with a special accent on investment risks related thereto, because at issue here is the customer's ability to make an informed and responsible decision. Also of essence here, are the additional details imposing the obligation to explain such terms as: the financial lever, the features of changeability in the price of these instruments, any limitations in their availability on the market, the scope of contracted financial obligations, and insurance requirements (if any).⁵³ It is necessary to stress here that the way of formulation of this information shall also be adjusted to the customer, who is the addressee thereof. These circumstances are of a particular importance, if we take into consideration the complex nature of contemporary financial instruments. It is worth emphasizing here that information obligations were also determined in the aspect of advertisements, which shall not conceal (decrease) the risks related to a given instrument. All comparisons, simulations and analyses placed in advertisements shall be reliable and trustworthy.

The obligations in the scope of the financial institutions' introduction of internal regulations concerning the management of conflict of interest and the principles of conduct in the best interest of the customer, are important here as well. On the one hand, these regulations should be regarded as the information obligation toward the customer. On the other hand, however, the introduction of this type of procedure could have an impact on the reliability of services rendered and on the customer's opportunity to assess them, given elimination of the situation threatening the objectivism of the service provider (the financial institution).

Apart from information obligations, it is finally necessary to mention activities, which financial institutions will be obliged to undertake in order to analyze and assess its specified customers. At issue here, is the assessment of suitability and appropriateness/adequacy. Disregarding the fact that the separation of these two assessments and the necessity to carry them out was specified in a doubt-raising manner, it is necessary to admit that the change consisting in the introduction of

53 § 13, Journal of Laws 2009 No. 204 *item* 1577.

the obligation to examine and assess the customer's general knowledge as well as to determine the customer's individual expectations with regard to a given financial instrument, is profound and positive. Besides, the consequences of this assessment consisting in the preparation of recommendations by the investment firm both in the scope of a given service and the customer's entire investment strategy are also important.

Summarizing the above, one should admit that obligations stemming from the transposition of the new regulation to the Polish regulatory framework, may influence the level of customer protection on the market in financial services. At the same time, it is necessary to stress that apart from a quite precise definition of new obligations, the genuine scale of their effect will to a greater degree be determined by the quality of relevant internal regulations formulated by financial institutions and by the meticulousness of their application. As a result, only a well-shaped practice will show the scale of positive changes. A special role (particularly in the initial period) will be played by the Financial Supervision Authority, which during the inspection of specified financial institutions will be obliged to verify in detail the correctness and the feasibility of these procedures. The meticulousness of these inspections will be exceptionally important for the implementation of the objective of the new regulation, including in particular, for the elimination of risk relating to the apparent nature and character of changes accepted by specified financial institutions. However, referring to the issue raised at the outset of this article, it is necessary to admit that had the new regulation been transposed earlier, it could have somewhat limited the losses of Polish entrepreneurs, who suffered losses from the application of the so-called FX/currency options, in particular, those Polish entrepreneurs, who were the customers of banks in which Polish capital held a majority stake and which banks had not yet introduced MiFID. It is, however, genuinely difficult to assess the scale by which the losses suffered could have been avoided.

**SELECTED ISSUES RESULTING FROM THE IMPLEMENTATION
OF THE MARKETS IN FINANCIAL INSTRUMENTS DIRECTIVE
OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL (MIFID)
IN THE POLISH REGULATORY FRAMEWORK**

The regulations for standardization of operations of the markets in financial instruments (MiFID) is a new regulation which has been in effect in Poland from this year and is gaining a specific importance in terms of reality, taking into account the difficulties which, in connection with the world economic crisis, some entrepreneurs, who trade in FX derivatives have experienced.

It is necessary to raise here a proposal, which will form the basic assumption of this article, i.e. the solutions introduced could provide an increase in the protection afforded to customers in the market in financial instruments. It is, however, necessary to stress that the protection of customers in the market in financial instruments is being implemented comprehensively, because the assumption of said regulation is the establishment of an unified legal framework for financial markets that operates within the framework of the EU member-states, together with Iceland, Norway, and Lichtenstein. The directive introduces standards to such issues as: conditions of activity related to a businesses' provision of investment services (also including additional services), organization of financial institutions, requirements concerning their reporting and the principles of transaction transparency.

New obligations imposed on financial institutions will be divided into three categories. The first category will incorporate problems related to the classification (segmentation) of new and existing customers. Thereafter, the issues related to information obligations, also including procedures followed as early as on the stage of commencement and provision of services, will be presented. Finally, obligations of the individual analysis and customer evaluation will be indicated.

At the same time, it is necessary to stress that apart from a quite precise definition of new obligations, the genuine scale of their effects will to a great degree be determined by the quality of relevant internal regulations formulated by financial institutions and by the meticulousness of their application. As a result, only a well-shaped practice will show the scale of positive changes. A special role (particularly, in the initial period) will be played by the Financial Supervision Authority, which during the inspection of specified financial institutions will be obliged to verify in detail the correctness and feasibility of these procedures.

Key words: MiFID, FX derivatives, customer, financial market, Financial Supervision Authority

NOWE OBOWIĄZKI DLA SEKTORA BANKOWEGO WYNIKAJĄCE Z IMPLEMENTACJI REGULACJI EUROPEJSKICH

Regulacja dotycząca standaryzacji funkcjonowania rynków instrumentów finansowych (MiFID) wprowadzona została w Polsce w kwietniu 2010 r. i zyskuje w naszych realiach na znaczeniu, biorąc pod uwagę trudności, które w związku z kryzysem światowym dotyczą niektórych polskich przedsiębiorców.

W tym miejscu konieczne jest postawienie tezy, która stanowi podstawowe założenie przyjęte w niniejszym artykule, stąd – wprowadzone rozwiązania mogą spowodować wzrost ochrony klientów na rynku instrumentów finansowych.

Należy podkreślić, że ochrona klientów na rynku instrumentów finansowych jest wdrażana kompleksowo, ponieważ założeniem wspomnianej regulacji jest ustanowienie jednolitych ram prawnych w zakresie rynków finansowych, które działają w ramach Państw Członkowskich UE, Islandii, Norwegii i Lichtensteinu.

Dyrektywa wprowadza standardy między innymi dotyczące: organizacji instytucji finansowych, wymogów dotyczących ich kontroli i zasad odnoszących się do przejrzystości transakcji.

Nowe obowiązki nakładane na instytucje finansowe można podzielić na trzy kategorie. Pierwsza kategoria dotyczy problemów związanych z klasyfikacją (segmentacją) nowych i obecnych klientów. W następnej mieszczą się kwestie obowiązków informacyjnych, również w sferze procedur stosowanych w jak najwcześniejszym stadium współpracy z klientem. W końcu, w trzeciej z nich są obowiązki dotyczące indywidualnej analizy i oceny klienta.

Na podkreślenie zasługuje to, że abstrahując od dość precyzyjnej definicji nowych obowiązków, prawdziwa skala skutków ich realizacji będzie w dużym stopniu zdeterminowana jakością odpowiednich przepisów wewnętrznych przyjętych przez instytucje finansowe i skrupulatnością ich stosowania. W efekcie, tylko dobrze ukształtowana praktyka pokaże skalę pozytywnych zmian. Szczególną rolę (w szczególności w okresie początkowym) będzie odgrywała Komisja Nadzoru Finansowego, która podczas kontroli określonych instytucji finansowych będzie zobligowana do szczegółowego sprawdzenia prawidłowości i wykonalności tych procedur.

HANDEL LUDŹMI JAKO CZARNA STREFA EKONOMII W PROCESIE MIGRACJI

Problematyka migracji od dawna interesowała geografów ludności. Od najdawniejszych czasów zjawisko migracji wywołuje daleko idące następstwa polityczne, społeczne i ekonomiczne.¹ Migracje należą do najbardziej charakterystycznych zjawisk współczesnych dziejów świata.² Migracja i mobilność są symbolem naszych czasów. Rzutują na wszystkie dziedziny życia człowieka: pracę i czas wolny. Absorbują polityków. Są przedmiotem badań naukowych. Migracja stała się istotnym czynnikiem gospodarczym.³

Procesem migracji są objęci nie tylko uchodźcy polityczni, ofiary klęsk naturalnych czy ludzie poszukujący pracy. Wśród osób, które nazywamy migrantami, można znaleźć również takie, które wbrew swojej woli zostały zmuszone do zmiany miejsca przebywania i stały się przedmiotem handlu żywym towarem⁴.

Migracji towarzyszą również negatywne zjawiska życia społecznego. Migranci, którzy osiedlili się w miejscu, którego do końca nie znają, stają się często ich ofiarami. W poczet negatywnych zjawisk, które towarzyszą procesom migracji, można zaliczyć min. handel ludźmi w celu świadczenia usług seksualnych oraz pracy niewolniczej, nielegalną adopcję, handel ludzkimi organami. W chwili obecnej uważa się, że handel ludźmi jest trzecim, po handlu narkotykami i bronią, nielegalnym źródłem dochodu międzynarodowych grup przestępczych.⁵

Niewolnictwo, handel ludźmi to synonimy pochodzące z odległych epok. Współcześnie jest to wielki biznes, z którego czerpią zyski międzynarodowe, zorganizowane grupy przestępcze. Proceder ten na trwałe wpisał się w zjawisko migracji ludności. Stanowi czarną stronę procesu przemieszczania się ludzi.

1 M. Latuch, Demografia społeczno-gospodarcza, Warszawa 1985, s. 308.

2 A. Sakson, Nowa fala migracji w Europie, „Przegląd Zachodni” 1995, nr 1, s. 75.

3 U. Köppel, Kościół przed wyzwaniem migracji, „Communio” 2000, nr 3, s. 105.

4 Termin „handel żywym towarem” posiada negatywne znaczenie z punktu etycznego. Zob. E. Zielińska, Zwalczenie handlu ludźmi i wykorzystywania seksualnego dzieci, (w:) Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. T. 3. Dokumenty karne, red. E. Zielińska, Warszawa 2000, s. 351.

5 K. Laskowska, Handel ludźmi jako problem prawny kryminologiczny, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 2, s. 37.

Przemiany społeczno gospodarcze, jakie miały miejsce w Europie Środkowo-Wschodniej w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku oraz wejście niektórych państw tego regionu w skład Unii Europejskiej, spowodowały, że proces migracji w obrębie tych państw nabrał innego charakteru. Traktaty będące fundamentem Unii Europejskiej zagwarantowały swobodny przepływ osób w ramach Wspólnoty.⁶ Z jednej strony traktaty te ułatwiły poruszanie się obywateli Unii w obrębie jej terytorium. Natomiast z drugiej dały swobodę działania międzynarodowym grupom przestępczym, które wykorzystując proces likwidacji granic między państwami – członkami Unii Europejskiej, czerpią ogromne zyski z handlu żywym towarem.

Osoby trudniące się do tej pory nielegalnym handlem bronią, przemytem materiałów radioaktywnych oraz narkotyków niejednokrotnie decydują się na zmianę swojej przestępczej specjalizacji i podejmują się handlu ludźmi. Wynika to, z jednej strony, z potencjalnie mniejszych szans bycia pociągniętym do odpowiedzialności i ryzyka otrzymania relatywnie niższych kar pozbawienia wolności, z drugiej zaś z powodu wysokiej opłacalności finansowej i niewielkich kosztów własnych prowadzonej działalności. Różne statystyki podają, że rocznie na całym świecie sprzedawanych jest od 700 000 do 2000000 ludzi, przy czym większość stanowią kobiety⁷ i dzieci. Świadczy to, że nie ma się już do czynienia z wydarzeniami o charakterze epizodycznym, lecz ze świetnie zorganizowanym systemem międzynarodowej współpracy przestępców, mającym negatywny wpływ z socjologicznego, demograficznego, ekonomicznego i politycznego punktu widzenia na sytuację społeczeństw krajów uwikłanych w handel ludźmi.⁸ Handel ten przynosi ok. 13 miliardów dolarów zysku rocznie międzynarodowym grupom przestępczym.⁹

Dokładne określenie liczby osób, które stały się ofiarami handlu, nie jest możliwe. Dane, które podają różne organizacje czy instytucje, są szacunkowe, nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu. Przyczyny są różne. Najważniejsza jednak jest ta, że o zaistnieniu przypadku handlu wiedzą sprawcy i ofiary, te zaś, będąc niekiedy jedynymi świadkami przestępstwa, z powodu niewiedzy, wstydu czy strachu, nie podejmują dalszych działań w celu ujawnienia sprawców. W związku z tym określenie rozmiarów zjawiska jest tak trudne. Szacunkowe dane Międzynarodowej Organizacji ds. Migracji z 2000 r. wskazują, że rocznie około 10000 Polek pada ofiarami handlu kobietami. Statystyki policyjne natomiast, w oparciu o zgłoszone przypadki, podają liczbę około 100 kobiet rocznie będących przedmiotem handlu rocznie.¹⁰

6 Traktat z Maastricht, OJ C 191, 29.07.1992; Traktat Amsterdamski, OJ 340 C 27.11.1997; Traktat Nicejski, OJ C 80, 10.03.2001; czytaj również Traktat o Unii Europejskiej – komentarz, red. K. Lankosz, Warszawa 2003; S. Hambura, M. Makuszyński, Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem, Bielsko-Biała 2002.

7 M. Kołataj, G. Sadowski, 27 milionów niewolników, „Wprost” 2002, nr 25.

8 Por. F. Jasiński, K. Krasznicki, Walka z handlem ludźmi z perspektywy Unii Europejskiej, „Państwo i Prawo” 2003, z. 8, s. 85.

9 A. Staszewska, La Strada. Handel Ludźmi w czasach demokracji, „Niebieska Linia” 2002, nr 5.

10 J. Bryk, Handel ludźmi, „Policja” 997” 2006, nr 12, s. 44.

Handel ludźmi nie jest zjawiskiem nowym. Niewolnictwo przetrwało od starożytności do czasów współczesnych.¹¹ Zaczęto je postrzegać jako problem o zasięgu szerszym niż lokalny pod koniec XIX wieku. W 1899 r. w Londynie odbył się pierwszy międzynarodowy kongres w sprawie handlu białymi niewolnikami. Wówczas społeczność międzynarodowa podjęła współpracę w przeciwdziałaniu temu zjawisku.¹² Aktualnie proceder ten zaliczany jest do grupy przestępstw międzynarodowych (konwencyjnych), podlegających ściganiu i karaniu ich sprawców przez poszczególne państwa.¹³

Wiele międzynarodowych traktatów uwzględniało naruszania praw człowieka w kontekście handlu ludźmi. Wśród nich można wymienić: Międzynarodowe Porozumienie z 18.05.1904 r. i Międzynarodową Konwencję z 04.05.1910 r. o zwalczaniu handlu żywym towarem¹⁴, Konwencję z 11.09.1921 r. o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi¹⁵, Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Organizacji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 15.11.2000 r.¹⁶, Decyzję Ramową Rady Unii Europejskiej (2002/629/JHA) z 19.07.2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi¹⁷.

Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji z 1949 r. skonsolidowała wcześniejsze traktaty¹⁸ dotyczące handlu ludźmi i wykorzystywania prostytucji innych osób. Traktat ten był krytykowany m.in. za brak definicji handlu ludźmi, brak mechanizmów egzekwowania oraz za zawężenie pojęcia handlu ludźmi do przepływu ludzi między granicami w celu uprawiania prostytucji.¹⁹

Brak precyzyjnej definicji handlu ludźmi spowodował, że wiele organizacji o zasięgu międzynarodowym przyjęło własne definicje.²⁰ Komisja Europejska w Komunikacji z 1996 r. w sprawie handlu kobietami w celu wykorzystywania seksualnego przyjęła następującą definicję tego zjawiska:

11 Por. Handel ludźmi. Informacja o zjawisku 2004, red. I. Dawid-Olczyk, Anna Dośpiał. Wyd. Noktus 2004, s. 4. Na temat niewolnictwa w Europie Środkowo-wschodniej w średniowieczu zob. S. Zając, Niewolniczy rozdział „Nowe Państwo” 2002, nr 10, s. 36–38.

12 J. Bryk, Handel ludźmi, „Policja” 997 2006, nr 12 (21) s. 44.

13 Handel ludźmi. Informacja o zjawisku 2004, red. I. Dawid-Olczyk, Anna Dośpiał, Łódź 2004, s. 4.

14 Dz.U. z 1922 r. Nr 87, poz. 783.

15 Dz.U. z 1925 r. Nr 125, poz. 893.

16 Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 160.

17 Dz.Urz. WE L 203 z 01.08.2002 r.

18 Międzynarodowe Porozumienie z 18.05.1904 r. i Międzynarodowa Konwencja z 04.05.1910 r. o zwalczaniu handlu żywym towarem, Konwencja z 11.09.1921 r. o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi, Międzynarodowa Konwencja z 30.09.1933 r. w sprawie zniesienia handlu pełnoletnimi kobietami.

19 E. Pearson, Handel ludźmi a prawa człowieka. Nowe rozumienie ochrony ofiar, Warszawa 2002, s. 12–13.

20 F. Jasiński, K. Krasznicki, Walka z handlem ludźmi z perspektywy Unii Europejskiej, „Państwo i Prawo” 2003, z. 8, s. 84.

„Handel ludźmi w celu wykorzystywania seksualnego obejmuje kobiety, wobec których stosowano zastraszanie, przemoc poprzez handel. Wstępna zgoda może nie być istotna, gdyż niektóre kobiety stają się elementem łańcucha handlu, wiedząc, że będą pracowały jako prostytutki, ale później są pozbawiane przysługujących im podstawowych praw człowieka, w warunkach, które są podobne do niewolnictwa”. Późniejszy Komunikat Komisji Europejskiej z 12.1998 r. sugeruje, że definicja powinna być rozszerzona i „uwzględniać także kobiety, które są nielegalnie przewożone za granicę i zmuszane do wykonywania innych form skomercjalizowanego seksu, jak również kobiety, które zostały zmuszone do zawarcia związku małżeńskiego w celu komercyjnego wykorzystywania seksualnego”.

Według Międzynarodowej Organizacji ds. Migracji do handlu ludźmi dochodzi, gdy: migrant zostaje bezprawnie zaangażowany (zwerbowany, porwany, sprzedany itp.) i/lub jest przewożony w kraju lub przez międzynarodowe granice, a pośrednicy (handlarze) w dowolnej części tego procesu uzyskują ekonomiczny lub inny dochód poprzez oszukiwanie, zmuszanie lub inne formy wykorzystywania w warunkach, które naruszają podstawowe prawa imigrantów.²¹

Z punktu widzenia praktyki najważniejszym traktatem międzynarodowym dotyczącym handlu ludźmi jest Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 2000 roku wraz z Protokołem uzupełniającym zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi. Przepis artykułu 3 ww. Protokołu definiuje pojęcie handlu ludźmi jako werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób, z zastosowaniem groźby lub użyciem siły, lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa wprowadzania w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności, lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje wykorzystanie prostytutki innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów.²²

21 E. Pearson, *Handel ludźmi a prawa człowieka. Nowe rozumienie ochrony ofiar*, Warszawa 2002, s. 12–13.

22 *Handel ludźmi. Informacja o zjawisku 2004*, red. I. Dawid–Olczyk, Anna Dośpiał, Łódź 2004, s. 4.

Statystyki – Nielegalny handel i eksploatacja ludzi w Polsce²³

Rok	Art. 204 par. 4		Art. 253 par. 1		Art. 253 par. 2	
	Liczba przestępstw	Liczba podejrzanych	Liczba przestępstw	Liczba podejrzanych	Liczba przestępstw	Liczba podejrzanych
1999	3	4	5	3	3	3
2000	6	7	19	12	0	0
2001	10	3	24	23	1	0
2002	2	2	8	7	0	0
2003	3	1	21	12	0	0
2004	6	4	44	21	0	0
2005	3	1	19	9	1	1

W polskim systemie prawnym przepisy penalizujące handel ludźmi znajdują się w Kodeksie karnym²⁴. W artykule 253 została określona odpowiedzialność za przestępstwo handlu ludźmi, zwane również przestępstwem handlu żywym towarem.²⁵ Należy jednak zauważyć, że przepis artykułu 253 § 1 kk. posługuje się niezdefiniowanym pojęciem „handlu ludźmi”, które wywołuje zarówno w judykaturze, jak i te-

23 Statystyka Komendy Głównej Policji.

24 Ustawa z dnia 06.06.1997 r. Kodeks karny Dz.U. Nr 88, poz. 553. Zob. art. 189. § 1. Kto pozbawia człowieka wolności, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Jeżeli pozbawienie wolności trwało dłużej niż 7 dni lub łączyło się ze szczególnym udręczeniem, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Art. 190. § 1. Kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego. Art. 191. § 1. Kto stosuje przemoc wobec osoby lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Jeżeli sprawca działa w sposób określony w § 1 w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Art. 197. § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. § 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia określonego w § 1 lub 2, działając ze szczególnym okrucieństwem lub wspólnie z inną osobą, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. Art. 203. Kto, przemocą, groźbą bezprawną, podstępem lub wykorzystując stosunek zależności lub krytyczne położenie, doprowadza inną osobę do uprawiania prostytucji, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Art. 204. § 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nakłania inną osobę do uprawiania prostytucji lub jej to ułatwia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Karze określonej w § 1 podlega, kto czerpie korzyści majątkowe z uprawiania prostytucji przez inną osobę. § 3. Jeżeli osoba określona w § 1 lub 2 jest małoletnim, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. § 4. Karze określonej w § 3 podlega, kto zwabia lub uprowadza inną osobę w celu uprawiania prostytucji za granicą. Art. 253. § 1. Kto uprawia handel ludźmi nawet za ich zgodą, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 2. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

25 Swoistą interpretację tego artykułu podał Sąd Apelacyjny w Lublinie, który wyrok orzekł, że „[...] jednostkowa transakcja sprzedaży człowieka czy nawet ludzi, zgodnie z przeważającymi w judykaturze i doktrynie poglądami nie może być w żadnym wypadku uznana za uprawianie handlu ludźmi w rozumieniu art. 253 § 1 kk.” Patrz szerzej wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie, Ka 270/01, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 4.

orii prawa karnego wiele wątpliwości.²⁶ Kontrowersje te pojawiły się już na etapie projektowania treści zapisów Kodeksu karnego z 1997 r. Artykuł 253 § kk. uznany został za sprzeczny z zasadą jasności i zrozumiałego formułowania przepisu karnego.²⁷ Wątpliwości budzi termin „handel” oraz interpretacja słowa „ludzie”.²⁸

Karalność tego przestępstwa wynika z ratyfikowanych przez Polskę konwencji międzynarodowych, zakazujących niewolnictwa. Odpowiedzialności z artykułu 253 podlega handel, czyli taki czyn, gdy sprawca traktuje człowieka jako przedmiot transakcji cywilnoprawnej. Handel jest obrotem towarowo–pieniężnym, zatem handel ludźmi wyraża traktowanie człowieka jako towaru, a więc bezpodmiotowość istoty ludzkiej jako jego przedmiotu.²⁹ Handel ludźmi traktowany jest jako przestępstwo powszechne. Sprawcą przestępstwa może być każdy, kto w jakikolwiek sposób bierze udział w tym swoistym obrocie handlowym, zarówno sprawca, nabywający, jak i pośrednicy biorący udział w transakcji. Dla zaistnienia przestępstwa nie ma znaczenia cel, w jakim dokonuje się sprzedaży. Sprawca ponosi taką samą odpowiedzialność karną bez względu na cel transakcji.

Głównymi przyczynami istnienia handlu ludźmi są m.in. bieda, bezrobocie, niski poziom edukacji i niewystarczający dostęp do źródeł pomocy w tzw. krajach pochodzenia (głównie z Europy Środkowej i Wschodniej, byłych republik ZSRR, krajów Afryki i Dalekiego Wschodu), a także możliwość zdobycia tanich i nieewidencjonowanych pracowników przez pracodawców z wysoko rozwiniętych tzw. państw docelowych (krajów Europy Zachodniej i USA). Ponadto z handlem ludźmi powiązany jest ich przemysł³⁰. Różnicą między tym zjawiskiem jest to, że w pierwszym przypadku ofiary nie wiedzą lub nie zdają sobie sprawy z sytuacji, w której się znalazły – często są przekonane, że wyjeżdżając za granicę, będą zajmować się np. intratną opieką nad dziećmi lub sezonowymi pracami polowymi. Odnośnie do prze-

26 Zob.: wyrok SA w Krakowie z dnia 08.03.2000 r., II Aka 71/2000, KZS 2000, nr 6, poz. 14; wyrok SN z dnia 07.06.2001 r., V KKN 109/99, OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 79; wyrok SN z dnia 19.04.2002 r., V KKN 353/00, „Prokuratura i Prawo” 2002, dodatek Orzecznictwo, nr 11, poz. 4; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 21.02.2003 r., II Aka586/02, OSA 2003, nr 5, poz. 405; wyrok SA w Białymstoku z dnia 24.05.2004 r., II Aka66/04, OSAB 2004, nr 3, poz. 30; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 533; E. Pływaczewski, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny Część szczególna, t. II. Komentarz do artykułów 222–316, Warszawa 2005, s. 372; K. Laskowska, Handel ludźmi jako problem prawny i kryminologiczny, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 2, s. 29–39; K. Krasznicki, Handel kobietami w świetle spraw karnych, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12, s. 67; J. Warylewski, Karalność handlu żywym towarem w świetle nowego kodeksu karnego, „Palestra” 2000, nr 7–8, s. 43–56.

27 Zob. L. Gardocki, Organizowanie adopcji a handel dziećmi, „Palestra” 1994, nr 11; M. Filar, Glosa do uchwały z 29.09.1995, I KZP 33/95, „Państwo i Prawo” 1996, nr 12.

28 Zob. A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2005, s. 653; Z. Cwiągalski, (w:) Kodeks karny, Część szczególna. Komentarz, t. II, Kraków 1999, s. 896; wyrok SA w Białymstoku z dnia 24.05.2004 r., II Aka 66/04, OSAB 2004, nr 3, poz. 30; wyrok SN z dnia 19.04.2002 r., V KKN 353/00, Lex nr 56863

29 Zob. szerzej J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1998, s. 446–447.

30 Na temat przemytu osób przez granicę K. Głębicka, Przerzut osób jako forma nielegalnej migracji, „Polityka Społeczna” 2000, nr 5–6, s. 28 i następn.

mytu zainteresowane osoby świadomie akceptują ten fakt i opłacają swój transport do innego kraju (sprawcy ułatwiają wówczas nielegalne przekraczanie granicy).³¹

Istnieje wiele form stosowanych praktyk wyzysku powiązanych z handlem ludźmi.³² Do tych form można zaliczyć:

1. Handel ludźmi w celu świadczenia usług seksualnych. Proceder ten związany jest z przymuszaniem do pracy w seksbiznesie, tj. do prostytucji i pornografii. Zjawisko to obejmuje nabór osób, przetrzymywanie, przewożenie i zmuszanie do świadczenia usług seksualnych. Jest to najbardziej rozpowszechniona i znana forma handlu ludźmi.
2. Handel ludźmi związany z przymusową pracą³³. Od zjawiska tego należy odróżnić migrację zarobkową i nielegalną pracę. W procederze tym można wyróżnić następujące formy:
 - praca za długi jest najprawdopodobniej najmniej znaną dzisiaj formą handlu ludźmi, a przecież najszerzej stosowaną formą zniewolenia. Ofiary tego procederu stają się tak zwanymi pracownikami „za długi” w momencie, gdy ich praca jest formą spłaty pożyczki, której zasady nie zostały sprecyzowane. Wartość tej pracy jest większa niż pierwotnie zaciągnięta kwota pożyczki;
 - praca przymusowa ma miejsce wówczas, gdy ofiara tego procederu jest zmuszana do pracy wbrew własnej woli pod groźbą przemocy lub innej formy kary. Wolność takiej osoby jest ograniczona. Formy pracy przymusowej obejmują pracę w charakterze pomocy domowej, pracę w rolnictwie, rybołówstwie, ciężką pracę fizyczną w fabrykach, prostytucję, stróżowanie i ochronę budynków, pracę w branży gastronomicznej i żebractwo;
 - praca dzieci to praca, która może stanowić zagrożenie dla zdrowia fizycznego, psychicznego, duchowego oraz rozwoju moralnego i społecznego dzie-

31 Por. F. Jasiński, K. Krasznicki, Walka z handlem ludźmi z perspektywy Unii Europejskiej, „Państwo i Prawo” 2003, z. 8, s. 85.

32 Według danych statystycznych Międzynarodowej Organizacji Pracy 80% ofiar handlu ludźmi to kobiety i dziewczęta, od 40% do 50% ofiar to dzieci. Kobiety stanowią 56% ofiar pracy przymusowej, a spośród osób sprzedawanych w celach seksualnych 98%.

33 Obecnie mamy do czynienia z handlem ludźmi w formie pracy niewolniczej. Obozy pracy na południu Włoch oraz w Hiszpanii są tego charakterystycznym przykładem. Pojawiają się w nich wątki międzynarodowej organizacji przestępczej działającej zarówno w Polsce, jak i poza granicami. W ramach polsko-włoskiej operacji „Ziemia Obiecana”, rozbito międzynarodową organizację przestępczą składającą się z obywateli Polski, Ukrainy, Włoch i Algierii. Organizacja stworzyła na terenie włoskiej prowincji Apulia niewolnicze obozy pracy, w których przetrzymywani byli obywatele polscy. Zwabiono ich podstępnie do Włoch obietnicą zatrudnienia i osiągnięcia wysokich zarobków. Ofiary były werbowane na terenie Polski i transportowane do obozów pracy, a następnie pozbawiane pieniędzy, mienia oraz wykorzystywane do pracy niewolniczej w warunkach urągających ludzkiej godności. Stosowano wobec nich przemoc fizyczną, torturowano, bito, gwałcono i szczuto psami. Wśród ofiar dochodziło do samobójstw. Były także zabójstwa. Zob. (w:) J. Bryk, Handel ludźmi, „Policja 997” 2006, nr 12, s. 45. Również w Polsce mamy do czynienia z obozami pracy, o czym można przeczytać (w:) J. Urbański, Łągier Nadwiślański, „Wprost” 2007, nr 12, s. 38; Niewolnicy XXI wieku. Wykorzystywani i bici. Chińskie cegielnie, brazylijskie plantacje, „Rzeczpospolita” 2007, nr 155, s. 7.

ci i może kolidować z ich nauką. Międzynarodowa Organizacja Pracy (ILO) szacuje liczbę pracujących dzieci w wieku od 5 do 17 lat na 246000000 na świecie. Pracują one za długi, są zmuszane do udziału w konfliktach zbrojnych, do prostytucji, pornografii i wielu innych nielegalnych form zarobkowania na całym świecie. Do prac domowych poszukiwane są szczególnie dziewczęta.³⁴

3. Handel dziećmi w celu świadczenia usług seksualnych. Wyróżnić można tu takie zjawiska, jak nielegalna adopcja oraz sprzedaż osoby nieletniej pedofilom.³⁵
4. Handel narządami. Jest to najmłodsza gałąź procederu, jakim jest handel żywym towarem. Powstał w wyniku rosnącego zapotrzebowania w krajach wysokoprzemysłowych na organy ludzkie potrzebne do transplantacji oraz dużego postępu w medycynie. Nielegalny handel narządami ludzkimi przyczynia się do powstawania dodatkowych problemów etycznych w tak trudnej i złożonej moralnie dziedzinie medycyny, jaką jest transplantacja.³⁶

Wśród grup przestępczych trudniących się procederem handlu żywym towarem występuje pewna specjalizacja. Wyróżnić można następujące typy: grupy, które ograniczają się do werbowania osób do prostytucji; grupy, które zajmują się zarówno werbunkiem, konwojem, a po przybyciu do miejsca docelowego także sprzedają zwerbowanych wcześniej osób; grupy, które zajmują się bezpośrednią eksploatacją prostytucji, czerpiąc zyski z prowadzonych przez siebie domów publicznych; potężne zorganizowane grupy przestępcze, które kontrolują całą sieć domów publicznych, a także agencji towarzyskich; grupy specjalizujące się w pornografii, które do publikowanych przez siebie pism bądź realizowanych filmów wykorzystują kobiety i dzieci nabyte od handlarzy ludźmi.³⁷ Celem handlu ludźmi, tak jak przed wiekami, jest zdobywanie taniej, często darmowej i nielegalnej siły roboczej, jednak wiele sprzedawanych osób wykorzystywanych jest przede wszystkim do celów seksualnych.³⁸

Handel ludźmi jest zagrożeniem wielowymiarowym: pozbawia ludzi przyśługujących im praw i swobód, stanowi globalne zagrożenie dla życia i zdrowia,

34 Zob. szerzej www.acf.hhs.gov/trafficking

35 Szerzej na temat tego procederu Dzieci i młodzież – ofiary handlu: działania regionalne na rzecz zapewnienia im prawa do ochrony, opieki i rehabilitacji. Tł. A. Nowak, „Dziecko Krzywdzone” 200, nr 12; Badania dotyczące handlu dziećmi w Europie. Tł. A. Nowak, „Dziecko Krzywdzone” 2005, nr 12; M. Kukułowicz, Polityka Unii Europejskiej wobec problemu handlu dziećmi, „Dziecko Krzywdzone” 2005, nr 12; A. Morawska, Proceder handlu dziećmi – perspektywa doświadczeń europejskich, „Dziecko Krzywdzone” 2005, nr 12.

36 Szerzej na temat dylematów etycznych związanych z transplantacją M. Gałuszka, Etyka a społeczne wartości transplantologii, „Żyjmy Dłużej” 1995, nr 5; J. Kopania, Niemoralny aspekt transplantacji, „W drodze” 1997, nr 1; J. Petry–Mroczkowska. Przeszczepy, wartość i cena, „W drodze” 1997, nr 1.

37 M. Wasilewska. Handel żywym towarem w celach prostytucji, „Dziś” 2005, nr 8, s. 182.

38 F. Jasiński, K. Krasznicki, Walka z handlem ludźmi z perspektywy Unii Europejskiej, „Państwo i Prawo” 2003, z. 8, s. 85.

jest jedną z postaci przestępczości zorganizowanej. Wpływa nie tylko na jednostki, które padają jego ofiarami, ale także zmniejsza jakość zabezpieczenia społecznego wszystkich narodów, których dotyczy to zjawisko, zagraża bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu.³⁹

Ironią współczesnego świata jest fakt, że bogate państwa Zachodu z jednej strony publicznie szafują obroną praw człowieka i godności ludzkiej, a z drugiej strony są głównymi nabywcami niewolników w postaci taniej siły roboczej, usług seksualnych czy niezbędnych do transplantacji organów ludzkich. Można śmiało stwierdzić, że w szeroko pojętym handlu ludźmi działają prawa, którymi rządzi się ekonomia, tzn. popyt, podaż, zysk. Dopóki będzie zapotrzebowanie na towar, jakim są współcześni niewolnicy, dopóty migranci dobrowolni i ci z przymusu będą w kręgu zainteresowań zorganizowanych grup przestępczych. Ich niestabilna sytuacja życiowa sprawia, że stają się łatwymi ofiarami handlu ludźmi.

39 J. Bryk, Handel ludźmi, „Policja 997” 2006, nr 12, s. 44.

HANDEL LUDŹMI JAKO CZARNA STREFA EKONOMII W PROCESIE MIGRACJI

Problematyka migracji od dawna interesowała geografów ludności. Od najdawniejszych czasów zjawisko migracji wywołuje daleko idące następstwa polityczne, społeczne i ekonomiczne, a migracje należą do najbardziej charakterystycznych zjawisk współczesnych dziejów świata. Zjawisko to, jakże charakterystyczne dla współczesności, powiązane jest w nierozzerwalny sposób z handlem ludźmi. Istnieje również wiele form stosowanych praktyk wyzysku powiązanych z handlem ludźmi.

Handel ludźmi jest zagrożeniem wielowymiarowym: pozbawia ludzi przysługujących im praw i swobód, stanowi globalne zagrożenie dla życia i zdrowia, jest jedną z postaci przestępczości zorganizowanej. Wpływa nie tylko na jednostki, które padają jego ofiarami, ale także zmniejsza jakość zabezpieczenia społecznego wszystkich narodów, których dotyczy to zjawisko, zagraża bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu.

TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS AS THE BLACK ZONE OF ECONOMICS IN THE PROCESS OF MIGRATION

The issue of migration has been the subject matter of interest to geographers for a long time. From far back, the phenomenon of migration has had far-reaching political, social, and economic implications and migration is among the most characteristic phenomena in the modern history of the world. This phenomenon, so characteristic of present times, is unequivocally associated with the trafficking in human beings. Equally, there are many practices relating to acts of exploitation which can be directly linked to human trafficking.

Human trafficking is a multidimensional threat: it deprives people of their rights and freedoms, constitutes a global threat to life and health, and is one of the many forms of organized crime. It affects not only the individuals who are its victims, but also reduces the quality of the social security of all nations concerned and endangers both safety and public policy.

Key words: migrations, pathology, trafficking in people, victims, smuggling

SCHIAVITÀ E TRATTA DI ESSERI UMANI: NUOVE CATEGORIE PER ANTICHE PIAGHE

1. Premessa

Avete mai visto uno schiavo? La domanda è di certo provocatoria, ma non così banale come potrebbe sembrare. Purtroppo ho il fondato timore di aver visto degli schiavi, in Italia, nel 2010, e di aver provato a difenderli nella mia attività lavorativa di avvocato, rendendomi ben presto conto delle gravi lacune dell'attuale corpus normativo italiano nella loro tutela. Mi rendo conto che le mie affermazioni possono apparire incredibili ed eccessive, ma la cronaca è riuscita a superare ogni immaginazione. Mi riferisco agli stranieri di Rosarno, in particolare agli sviluppi giuridici delle note vicende.

Per quanti non vivono in Italia riassumerò brevemente le vicende di cronaca. A Rosarno¹ si trovavano circa cinquemila stranieri, immigrati irregolari, che lavoravano alla raccolta degli agrumi per il tramite di intermediari, forse legati alla criminalità organizzata. I clandestini lavoravano per dodici ore al giorno, senza cibo né acqua, per ottenere la cifra di circa 20 euro al giorno². Vivevano in capannoni sprovvisti di acqua, luce, gas, fognatura: semplici ammassi di lamiera privi di suppellettili e riscaldamento. A gennaio alcuni immigrati si sono ribellati chiedendo che la retribuzione fosse a cottimo non solo nel caso di mancato raggiungimento di standards di efficienza minimi, ma anche in caso di particolari abilità tecniche, ossia il rispetto dei patti stretti coi "caporali". La reazione alle loro richieste è stata una spartoria contro gli stranieri. Gli immigrati, quindi, si sono uniti, hanno dato luogo ad una rivolta e, armatisi di spranghe e bastoni, hanno per giorni recato disordini nella cittadina e scontri con gli italiani. Per riuscire a riportare la legalità vi è stato un for-

1 Provincia dei Reggio Calabria.

2 Tale pagamento veniva effettuato solo qualora lo straniero non avesse debiti nei confronti dei "caporali".

te intervento dello Stato che, tramite le Forze dell'Ordine, ha prelevato gli stranieri al fine di proteggerli³.

Il problema è che tali stranieri erano tutti irregolari, pertanto soggetti alla pena per il reato di clandestinità e destinati ad essere ospitati presso un Centro di Identificazione ed Espulsione (CIE) fino al rimpatrio forzato nei Paesi d'origine, poverissimi Stati dell'Africa Subsahariana. Il CIE⁴ non è un carcere, ma è il luogo dove si attua la detenzione amministrativa. Gli ospiti del CIE non possono uscire dalla struttura, da un punto di vista architettonico del tutto analoga ad un carcere, dove l'ordine viene mantenuto grazie a personale militare armato⁵. Per evitare che i continui episodi di autolesionismo all'interno della struttura portino a conseguenze irreparabili il CIE è sprovvisto di rubinetti, chiodi, bulloni, viti, lamette, bastoni e ogni altro oggetto utilizzabile per ferirsi. Tuttavia, come si entra, è incessante il rumore di quanti si scagliano contro le porte antisfondamento e le pareti. La disperazione viene tenuta sotto controllo con l'ausilio di personale specializzato in psichiatria. Gli avvocati durante i colloqui con gli ospiti sono controllati da almeno due militari armati a distanza molto ravvicinata. All'interno della struttura non sono ammessi visitatori di sorta, in particolare i giornalisti. Possono visitare i CIE esclusivamente i parlamentari, previa autorizzazione prefettizia.

A fronte della terribile situazione dei migranti a Rosarno credo che il dubbio sull'attuale esistenza della schiavitù sia lecito.

Il mio intervento, che si dipanerà in un continuo confronto tra antichità, modernità ed attualità pratica, spero riuscirà a fornire degli spunti di riflessione, nella consapevolezza della mancanza di risposte definitive.

2. La dominica potestas sui servi e la nuova schiavitù

La schiavitù, intesa come diritto di proprietà di un essere umano su un altro essere umano, è stata da lungo tempo abolita in ogni angolo del globo terrestre⁶. Inol-

3 Cfr. per una sintesi degli avvenimenti "Schiavi a Rosarno per due euro l'ora", Giovanni Bianconi, in "Il Corriere della Sera", 27 aprile 2010 e "Rosarno: 30 arresti per caporalato", Marco Ludovico, in "Il sole 24 ore", 27 aprile 2010. Sul ruolo della criminalità organizzata nella vicenda vedasi per tutti "Immigrati in mano alle 'ndrine", Francesco Condoluti, in "Il sole 24 ore", 31 marzo 2010. Di opposta opinione "Altro che 'ndrangheta", Giacomo Amadori in "Panorama", 6 maggio 2010.

4 I CIE sono previsti dall'art. 14 D. Lgs 286/98 (T.U. Immigrazione), come modificato dall'art. 12 L. 189/2002. Il D. L. n. 92/2008 disciplina tali strutture.

5 E' vietato fotografare e/o riprendere l'interno del CIE. Nelle zone destinate alla permanenza degli ospiti non possono accedere neanche i legali. Immagini e video di denuncia delle condizioni di vita all'interno di tale struttura sono visionabili in <<radioradicale.it/riprese-esclusive-da-dentro-il-cie-di-bari-immagini-di-uno-stato-illegale>>. Il 5 maggio 2010 è iniziata una class action procedimentale nei confronti delle pubbliche amministrazioni e un'azione partecipativa dei cittadini a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, finalizzata al riconoscimento dei diritti civili per i migranti ristretti nel CIE di Bari. Cfr. <<classactionprocedimentale.it>>

6 L'ultimo Paese ad abolire la schiavitù è stato la Mauritania nel 1981.

tre, non bisogna confondere la schiavitù con forme più o meno brutali di lavoro forzato, di sfruttamento, di debolezza socio-economica e di prostrazione psicologica.

Lo studio della schiavitù in epoca antica esula dagli obiettivi di questo intervento, necessariamente contenuto, ma è opportuno richiamare in estrema sintesi alcuni concetti fondamentali.

Nel diritto romano lo schiavo era una *res*: il *servus* non era soggetto di diritto, ma solo oggetto.

Il solo parlare di “schiavitù in periodo romano” è viziato da una prospettiva distorta: infatti mentre la modernità parte dal punto di vista dell’essere umano tenuto in stato di schiavitù, il diritto romano disciplinava la *dominica potestas* sui servi, ossia si preoccupava di regolamentare il diritto del proprietario dello schiavo, secondo una prospettiva invertita rispetto alla nostra.

Tale concezione emerge nelle affermazioni di Gaio:

“*summa divisio personarum hac est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”⁷.

Successivamente il giurista si occupa degli *status* delle persone, incluso quello dei servi⁸, che erano una *res mancipi*⁹. L’insigne giurista si preoccupa subito di sottolineare che non era lecito “*infierire in maniera eccessiva e senza motivo sui propri schiavi*”¹⁰ e che “*sulla base di una costituzione dell’augusto principe Antonino*¹¹, *colui che uccide senza motivo il proprio schiavo è responsabile alla stregua di colui che uccide uno schiavo altrui*”¹². Tuttavia, ciò accade non già per un ipotetico autonomo diritto dello schiavo, ma perché “*non è lecito fare cattivo uso di un nostro diritto*”¹³, come avviene per i prodighi, cui viene interdetta l’amministrazione dei beni¹⁴.

La *condicio servilis* si protraeva a tempo indeterminato e si tramandava nelle famiglie servili, ma era trasformabile attraverso la *manumissio*. La forza originaria della condizione di schiavo si riflette anche in caso di *manomissione*, per il particolare rapporto che il liberto aveva con il suo *patronus*, che, tra l’altro, non poteva accusare¹⁵.

7 Gai, 1,9.

8 Gai 1, 52–54.

9 Gai 2, 14 a.

10 Gai, 2,53 Traduzione di M. Balzarini, Torino, 1998.

11 Antonino Pio 86–161 d.C., imperatore dal 138.

12 Gai, 2,53 Traduzione di M. Balzarini, Torino, 1998.

13 Gai, 2,53 Traduzione di M. Balzarini, Torino, 1998.

14 Cfr. contra, S. Tafaro, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d’uomo*, Bari, 2009.

15 Cfr. D. 48.2.8.

Conseguenza della condizione di *res dei servi* erano la preclusione della possibilità di contrarre matrimonio¹⁶, l'assenza di potestà sui figli, dei quali il diritto si interrogava se fossero *fructus*¹⁷.

Ovviamente, come le altre *personae in protestate*, lo schiavo di regola¹⁸ non poteva essere titolare di rapporti giuridici, e su di esso il *dominus* aveva il *ius vitae ac necis*, il *ius vendendi* e il *ius noxae dandi*.

La condizione servile da un punto di vista giuridico apparentemente uniforme era di fatto estremamente variegata da un punto di vista sociale: tra gli schiavi della *familia rustica*, impiegati nei lavori agricoli più duri e gli schiavi intellettuali nelle grandi famiglie romane le differenze erano abissali. Ovviamente anche l'evoluzione storica ebbe un peso notevole e il cristianesimo influi sulle limitazioni ai poteri del *dominus* e sulla semplificazione delle *manomissioni*¹⁹.

Ciò che vorrei sottolineare è la concezione giuridica antica in base alla quale un essere umano poteva essere in proprietà di un altro e del tutto spogliato di autonomi diritti. Il problema del diritto romano era disciplinare il diritto del *dominus* sul *servus*, le *manomissioni*, la condizione dei liberti, ma non quella dei servi.

Una tale concezione è lontanissima da quella cristiana espressa in Col. 3,11 "Greci e Giudei, Sciti e barbari, liberi e schiavi, uomo o donna, costituiscono infatti una sola cosa in Gesù Cristo". Sarà l'evoluzione di tali concetti ed idee a condurre, attraverso un lunghissimo percorso, magistralmente enucleato dal Bucci²⁰, all'egualitarismo di stampo moderno, con il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, come limpidamente espresso dall'art. 2 Cost.:

"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...".

3. Il diritto penale e la nuova schiavitù

Sembra impossibile che oggi possano esserci persone in condizioni analoghe a quelle che caratterizzavano l'antica schiavitù. Eppure il diritto non ignora che ciò possa avvenire. La condanna del fenomeno schiavile a livello mondiale è nota e si è sviluppata per tappe. Fin dal 1462 il Papa Pio II definì la schiavitù un *magnum scelus*, ma solo nel 1807 la Gran Bretagna, maggiore potenza marina dell'epoca, abolì

16 L'unione tra schiavi prendeva il nome di *contubernium*, come l'unione tra animali subumani.

17 Cic. de fin. 1.4.12 testimonia la lunga *diatriba* giurisprudenziale se il *partus ancillae* fosse o meno da considerarsi *fructus* al pari dei cuccioli degli animali.

18 Ma vi era l'importante eccezione del *peculium servile*.

19 Si pensi alla *manumissio in ecclesia*.

20 Sul concetto di persona ed il valore di essere umano nelle differenti concezioni giuridiche cfr. O. Bucci, *Persona. Una introduzione storico-giuridica alla civiltà greco-romano-giudaico-cristiana*, Roman, 2006.

il commercio degli schiavi, e ancora nel 1815, durante il Congresso di Vienna, il Papa Pio VII chiese la proibizione del commercio di schiavi.

Numerose convenzioni internazionali²¹ proibiscono la schiavitù, stigmatizzata in modo esemplare dall'art. 4 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948:

“Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù e servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma”.

Per ottemperare a tali disposizioni soprannazionali e per evitare che potessero ripetersi le tristi situazioni dell'antichità la schiavitù è penalmente sanzionata. L'art. 600 c.p. punisce “Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento” e spiega che “la riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona”. Nonostante la formula ampia della fattispecie, di regola viene riconosciuta unicamente in casi di sfruttamento della prostituzione caratterizzati da una forte violenza psichica e fisica sulle donne, in quanto condizione analoga alla schiavitù. E' importante sottolineare che il consenso dell'offeso non giustifica il fatto, essendo lo status libertatis un diritto di cui il titolare non può disporre fino al punto da permetterne la completa soppressione²².

Sono altresì punite la tratta di persone (art. 601 c.p.) e l'acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

Ci sembrerebbe di trovarci di fronte ad un quadro rassicurante, ma purtroppo la schiavitù continua ad esistere, sotto altre forme.

Kevin Bales, massimo esperto mondiale di schiavitù contemporanea, insegna che “Si può pensare che la schiavitù sia una questione di proprietà, ma dipende da ciò che intendiamo per proprietà. In passato il rapporto di schiavitù presupponeva che una persona ne possedesse legalmente un'altra, ma la schiavitù moderna è diversa. Oggi la schiavitù è illegale ovunque e non esiste più alcuna forma legale di proprietà di un essere umano. Oggi coloro che comprano degli schiavi non chiedono una ricevuta o un certificato di proprietà, eppure ne ottengono il control-

21 Tra queste: Convenzione di Ginevra del 1929, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

22 Cfr. Conf. Assise Roma 14 luglio 1968, in Giust. Pen. 1969, vol. II, P. 865.

lo – e ricorrono alla coercizione per mantenerlo. I detentori di schiavi hanno tutti i benefici della proprietà senza averne i fastidi legali. In effetti, per i detentori di schiavi, non averne la proprietà legale si rivela un vantaggio perché esercitano su di loro il controllo totale senza avere alcuna responsabilità per ciò che possiedono²³. L'insigne autore rileva che mentre la vecchia schiavitù, sul modello di quella romana aveva determinate caratteristiche²⁴, la nuova schiavitù ne ha altre, non meno insidiose: l'evitare la proprietà legale, il bassissimo costo d'acquisto dello schiavo e i suoi elevatissimi profitti²⁵, il surplus di potenziali schiavi, il rapporto di breve periodo che porta agli schiavi “usa e getta”.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che in uno Stato di diritto come l'Italia una persona tenuta in tali condizioni di schiavitù potrebbe comunque rivolgersi alle forze dell'ordine, denunciare gli sfruttatori ed esser protetta e tutelata. Tutto ciò avviene per le prostitute, che hanno diritto di accedere a specifici programmi di protezione²⁶. Ma cosa avviene per gli immigrati clandestini tenuti in stato di schiavitù?

4. Un esempio di schiavitù in Italia: gli stranieri a Rosarno

Gli stranieri presenti ai valichi di frontiera senza i requisiti richiesti dalla normativa sull'immigrazione sono respinti dalla Polizia di Frontiera in forza dell'art. 10 D.Lgs. 286/1998. Gli stranieri che entrino o soggiornino sul territorio nazionale senza essere in regola con la normativa vigente in materia di immigrazione integrano il reato di clandestinità e sono soggetti ad espulsione amministrativa²⁷. L'espulsione amministrativa per lungo tempo si è rivelata un mezzo inidoneo a fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, poiché i migranti colpiti da tale provvedimento non lasciavano spontaneamente il territorio nazionale: sono stati pertanto istituiti i Centri di Identificazione ed Espulsione. In tali strutture gli stranieri irregolari sono trattenuti su disposizione del Questore, convalidata dal Giudice²⁸ nel contraddittorio con le parti. Il trattenimento è disposto “per il tempo strettamente necessario”²⁹ e, sommando tutte le proroghe non può comunque superare la durata di 180 giorni, ossia circa sei mesi.

23 Cfr. K. Bales, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*. Trad. It. Maria Nadotti, Milano, 2008.

24 Proprietà legale accertata, alto costo d'acquisto, bassi profitti, scarsità di potenziali schiavi, rapporto di lungo periodo, schiavi mantenuti a vita, importanza delle differenze etniche e di cittadinanza.

25 Si calcola ad esempio che l'utile procurato da una prostituta schiava thailandese superi l'850% annuo. Cfr. K. Bales, *op. cit.*, pp. 55–62.

26 Il Dipartimento per le Pari Opportunità – Presidenza del Consiglio dei Ministri finanzia, unitamente alle Regioni tali programmi di protezione e reinserimento.

27 Cfr. art. 13 D.Lgs 286/1998.

28 La competenza in materia di immigrazione, trattenimenti e proroghe del trattenimento è del Giudice di Pace, una magistratura non togata.

29 Art. 14 D.Lgs 286/1998.

Secondo alcuni i CIE “costituiscono di fatto strutture carcerarie extra ordinem”³⁰, di certo comportano una limitazione della libertà personale che impone il controllo giurisdizionale sull’ingresso e la proroga del trattenimento presso tali strutture.

Vi è di più: l’immigrato clandestino non può prendere in locazione un’abitazione perché ciò è proibito dall’art. 12 c. 5 bis del D.Lgs 286/1998³¹, non può stare illegalmente sul territorio dello Stato, pena il reato di clandestinità, non può stipulare alcun contratto poiché la controparte, italiana o straniera che sia, altrimenti rischia un’accusa per favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Per chiarire: un datore di lavoro che voglia stipulare un contratto di lavoro regolare con uno straniero clandestino che già si trovi in Italia non può farlo³², in quanto il cd. decreto flussi, che regola l’ingresso regolare dei migranti in Italia presuppone che lo straniero si trovi nel suo Paese d’origine al momento dell’assunzione (art. 3 c. 4 D. Lgs 286/1998), né può stipulare un contratto di lavoro “in nero” altrimenti rischia di incorrere nel reato di favoreggiamento della permanenza clandestina. E’ evidente che con il reato di clandestinità è preclusa all’immigrato irregolare la possibilità di agire in giudizio per vedere riconosciuti i propri diritti, come quella di rivolgersi alle Forze dell’Ordine, che altrimenti sarebbero costrette a restringere i migranti in un CIE.

In base all’art. 1 c. 15 L. 94/2009 gli stranieri clandestini non possono contrarre matrimonio e, comunque, lo straniero che sposi un cittadino acquista la cittadinanza solo dopo due anni dal matrimonio, sempre che il matrimonio sia ancora valido e i coniugi non siano separati. Il cosiddetto reato di clandestinità, molto controverso³³, è stato introdotto dalla novella della L. n. 94/2009, cd. pacchetto sicurezza all’art. 10 bis D. Lgs n. 286/1998 (T.U. immigrazione): punisce con la pena dell’ammenda, senza possibilità di effettuare oblazione, “salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente Testo Unico”. Stessa pena è prevista per chi viola la disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio, di cui all’art. 1 L. n. 68/2007.

In sintesi: intorno agli stranieri clandestini si è fatta “terra bruciata”, negando loro tutti i diritti civili ad eccezione di quello alla salute. Inizialmente vi era anche la

30 Cfr. <<classactioneprocementali.it>>.

31 Il D.L. n. 92/2008 comportava anche la confisca dell’immobile locato, attualmente per la punibilità del locatore è richiesto l’ingiusto profitto, in base all’art. 1 c. 14 L. 94/2009 cd. pacchetto sicurezza 2009.

32 Salvo espressi provvedimenti legislativi, come la cd. sanatoria per le badanti, L. n. 102/2009.

33 Vi è stata una forte polemica sulla legittimità costituzionale di tale norma penale, che sembra sanzionare non una condotta o una omissione, ma uno status. E’ opportuno sottolineare che il Capo dello Stato ha inviato al Governo una lettera in occasione della promulgazione del cd. pacchetto sicurezza, ove si esprimevano perplessità sulla tecnica legislativa adottata. La Corte Costituzionale con sentenza 5–8 luglio 2010 n. 250 ha stabilito la legittimità costituzionale della norma in esame in quanto “oggetto dell’incriminazione non è un modo d’essere della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti”. La Consulta è stata di diverso avviso in relazione all’aggravante di clandestinità, ritenuta incostituzionale con sentenza 5–8 luglio 2010 n. 249.

proposta di legge di obbligare i medici a denunciare i clandestini che si presentasse-
ro per essere curati, ma tale provvedimento non è stato approvato per la fiera opposi-
zione dell'Ordine dei Medici e per fatti di cronaca che hanno dimostrato che negare
il diritto alla salute a fasce di persone significa mettere in pericolo la sanità pubblica,
soprattutto per quanto concerne le malattie infettive³⁴.

5. Conclusione

Certamente la schiavitù intesa come proprietà legale di un essere umano
sull'altro è ormai scomparsa da tempo in ogni parte del mondo, da ultimo nel 1981
in Mauritania. Tuttavia, come autorevolmente insegnato da Kevin Bales, vi sono nu-
ove forme di schiavitù che si sostanziano non nella proprietà ma nella detenzione di
esseri umani, che divengono così “merce umana usa e getta”.

Sebbene la legislazione italiana punisca molto severamente la schiavitù e la
tratta di esseri umani le recenti modifiche legislative hanno creato delle situazioni di
soggettività giuridica ridotta, quella degli immigrati irregolari.

Come in antico avveniva per i servi oggi i clandestini non possono sposarsi, non
possono stipulare contratti, non possono agire in giudizio³⁵, non possono essere tu-
telati dalle Forze dell'Ordine, non vedono tutelata la loro libertà personale in quan-
to devono essere ristretti presso il CIE fino al rimpatrio forzato. Unico diritto ricono-
sciuto agli stranieri è quello alla salute, ma non si comprende se ciò sia per tutelare
i migranti in quanto persone, o piuttosto per tutelare la sanità pubblica ed evitare
epidemie. E' vero che teoricamente i clandestini potrebbero chiedere la protezione
internazionale e accedere allo status di rifugiati, ma di fatto ciò comporta un rischio
elevatissimo di essere nelle more trattenuti presso il CIE ed espulsi in caso di dinie-
go dell'istanza, ipotesi molto frequente³⁶.

Poiché da un punto di vista giuridico i clandestini sono persone cui sono ricono-
sciuti pochissimi diritti, finiscono con l'esser facile preda dei nuovi schiavisti, come
è avvenuto a Rosarno. A Rosarno gli stranieri lavoravano in condizioni disumane,
senza possibilità di stipulare validi contratti di lavoro, senza poter abitare in case di-

34 Emblematico a tal proposito è stato il caso di una giovane prostituta nigeriana che è morta di tubercolosi nell'autunno 2009. La ragazza, nel timore di essere denunciata e ristretta nel CIE non si è curata e, oltre ad aver così causato la propria morte, ha infettato i suoi “clienti” e le altre persone con le quali è entrata in contatto.

35 Se non avverso il decreto di espulsione e, in linea del tutto teorica, dati i costi dell'azione, avverso il diniego di protezione internazionale. Peraltro, salvo il caso di Patrocinio a Spese dello Stato espressamente previsto per il trattenimento e l'espulsione, non possono essere assistiti di fiducia da un legale. Infatti, non è possibile ai clan-destini accedere la Patrocinio a Spese dello Stato in quanto privi di codice fiscale e per il medesimo motivo non possono retribuire il difensore, che non potrebbe rilasciare loro regolare fattura.

36 La dott.ssa E. Beer, responsabile ACNUR presso la Commissione Territoriale per il Riconoscimento della Prote-
zione Internazionale di Bari ha affermato che le istanze vengono accolte in circa il 10% dei casi durante il con-
vegno su “Diritto dell'Immigrazione”, Bari, 19.6.2009.

gnitose, e con un tentativo di affermazione del *ius vitae ac necis* da parte dei “caporali” quando vi è stata la richiesta di rispettare gli accordi di lavoro. Certo, su questi migranti nessuno ha la formale proprietà, ma il fatto che i loro spostamenti fossero eterodiretti³⁷, che la scelta di sottostare a determinati accordi lavorativi fosse priva di alternative giuridicamente lecite, e che la richiesta di aiuto si sia tramutata in detenzione amministrativa presso il CIE non è per nulla rassicurante.

I ricorsi avverso l’espulsione presentati dai difensori stanno formando una giurisprudenza di merito³⁸, incoraggiata dalla Corte di Cassazione³⁹, che tende a concedere la protezione ex art. 18 T.U. Immigrazione, con conseguente annullamento dell’espulsione “essendo state accertate situazioni di violenza e di grave sfruttamento nei confronti dello straniero”. Tuttavia, spessissimo le decisioni dei giudici giungono quando ormai gli stranieri, trascorso il periodo massimo di trattenimento nei CIE, vengono rilasciati con consegna del foglio di via. Ciò comporta che in attesa di giudizio, che non sospende l’espulsione, i migranti dovrebbero lasciare il territorio italiano. Inoltre, rimane aperta la questione del reato di clandestinità, cui, *strictu iuris*, dovrebbero incorrere gli stranieri in attesa di giudizio. La durata del giudizio in casi così delicati da un punto di vista giuridico ed umano non è affatto neutra, ma può addirittura comportare la mancanza di effettività delle norme a presidio degli stranieri sfruttati. Una giustizia tardiva a volte si rivela, infatti, un diniego di giustizia, come purtroppo è accaduto per le persone che ho difeso⁴⁰.

Inoltre la grande confusione che regna nell’applicazione della normativa conduce talvolta a situazioni paradossali: i giudici di pace annullano le espulsioni riconoscendo la protezione ex art. 18 T.U. Immigrazione, ma poi le questure non concedono il corrispondente permesso di soggiorno a causa di divergenze interpretative della normativa⁴¹. In questo caso gli stranieri si trovano in un vero e proprio “limbo del diritto”: non possono essere espulsi, ma nemmeno vivere legittimamente in Italia perché privi di permesso di soggiorno. Pertanto a costoro è preclusa la possibilità di lavorare lecitamente, nel rispetto della legge. Non vivendo più all’interno dei CIE per scadenza dei termini di trattenimento, né essendoci strutture assistenziali specifiche, mi chiedo come possano sostenersi queste persone, visto che non possono lavorare lecitamente.

37 Le indagini stanno accertando lo spostamento stagionale di circa 5000 persone lungo l’asse Napoli – Reggio Calabria – Foggia. Tali spostamenti avvenivano in base a precise indicazioni dei “datori di lavoro” degli stranieri.

38 Cfr. Giudice di Pace di Bari del 24.5.2010 cron. N. 692/10, N. 874/10 R.G..

39 C. Cass. sez. I Ord. n. 10636 del 3.5.2010.

40 Nei casi concreti che ho affrontato le sentenze di annullamento dell’espulsione per concessione di protezione ex art. 18 T.U. immigrati sono giunte a distanza di vari mesi dalla proposizione delle domande, quando gli stranieri erano da tempo stati rilasciati dal CIE per scadenza dei sei mesi di termine massimo di trattenimento. Ciò significa che per sei mesi sono state trattenute in una struttura simile ad un carcere persone che non avrebbero dovuto esserlo. Cfr. Giudice di Pace di Bari sent. 1586/2010 del 5.10.2010 e n. 971/2010 del 27.6.2010.

41 La Questura di Bari non rilascia il permesso di soggiorno ex art. 18 perché le indagini sul presunto sfruttamento lavorativo degli stranieri sono ancora in corso; la Questura di Napoli richiede che il Giudice di Pace nella sentenza di annullamento dell’espulsione espressamente autorizzi al rilascio di permesso di soggiorno.

Sarebbe a mio avviso opportuna una interpretazione autentica della normativa, per evitare tali situazioni paradossali

Di certo chi ha anche un solo diritto riconosciuto non può essere paragonato al servus che era esclusivamente oggetto di diritto, ma il fatto che esistano ancora oggi, in Italia, esseri umani con soggettività giuridica estremamente ridotta è inquietante. Gli effetti della applicazione concreta della normativa sugli stranieri, a causa della eccessiva durata dei processi, a volte tradiscono le aspettative di giustizia e causano inaccettabili disparità dovute alla tempistica.

A mio avviso precludere a delle persone ogni possibilità di vivere lecitamente, perché il loro stesso status di clandestini è reato, significa condurle nelle mani dei moderni schiavisti. Inoltre, ritengo che uno stato di diritto, quale l'Italia, non dovrebbe permettere che la giustizia arrivi quando ormai è troppo tardi.

6. Postilla

La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 13767/2010 ha statuito la obbligatorietà del contraddittorio per la proroga del trattenimento dello straniero irregolare presso il Centro di identificazione ed espulsione. Da tale decisione sono scaturite nel febbraio 2011⁴² le ordinanze della Suprema Corte di manifesta ammissibilità dei ricorsi per Cassazione avverso i decreti di proroga del trattenimento di alcuni stranieri sfruttati a Rosarno, trasferiti presso il CIE di Bari. Si rileva che tali decisioni sono pervenute quando ormai erano scaduti i termini massimi per il trattenimento dei migranti, i quali però, ancora a fine 2011, non hanno ottenuto il permesso di soggiorno.

42 Ord. N. 4133, 4134, 4136 e 4137 del 18.2.2011 C. Cass. sez. VI civile.

SCHIAVITÀ E TRATTA DI ESSERI UMANI: NUOVE CATEGORIE PER ANTICHE PIAGHE

Nell'intervento al convegno del giugno 2010 si è trattato del tema della schiavitù, interrogandosi criticamente sulla situazione giuridica dei migranti clandestini in Italia, sulla scorta di esperienze professionali legate a vicende di cronaca.

La schiavitù era, in diritto romano, uno status personale disciplinato in base ad un'ottica opposta rispetto a quella attuale: fulcro della disciplina era la dominica potestas sui servi, ossia il diritto del proprietario su quella particolare res, che era lo schiavo.

A partire dalla concezione cristiana dell'uguaglianza umana di fronte a Dio e attraverso un lunghissimo percorso che giungerà fino alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, si arriverà a vietare la schiavitù e ad affermare che ogni essere umano è soggetto di diritto. Tuttavia, come sostenuto da autorevoli autori, vi sono attualmente nuove forme di schiavitù che si sostanziano non nella proprietà ma nella detenzione di esseri umani, che divengono così "merce umana usa e getta".

Sebbene la legislazione italiana punisca molto severamente la schiavitù e la tratta di esseri umani, il reato di immigrazione clandestina, introdotto dalla L. n. 94/2009, aveva di fatto creato una situazione giuridica di assenza quasi totale di diritti per gli immigrati clandestini. Tale situazione aveva posto le premesse per uno sfruttamento di tipo schiavistico, venuto alla ribalta delle cronache in seguito a disordini verificatisi in Rosarno nel gennaio 2010. Nell'attività legale si era preso atto della impossibilità di effettuare una efficace difesa dei migranti clandestini vittime di tale situazione indegna di uno Stato di diritto.

NIEWOLNICTWO I HANDEL LUDŹMI: NOWE KATEGORIE DLA STAROŻYTNYCH PLAG

Niewolnictwo było w prawie rzymskim statusem osobistym opartym o regulacje różne od współczesnych: głównym punktem regulacji była dominica potestas nad niewolnikami, czyli prawo właściciela co do tej szczególnej res, którą był niewolnik.

Poczawszy od chrześcijańskiej koncepcji równości ludzi przed Bogiem i poprzez długą drogę prowadzącą do Uniwersalnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. doszliśmy do zakazu niewolnictwa i do stwierdzenia, że każdy człowiek jest podmiotem prawa. Jednakże, jak to twierdzi wielu wiarygodnych autorów, mamy do czynienia obecnie z nowymi formami niewolnictwa, które bazują nie na własności, ale na przetrzymywaniu ludzi, którzy stają się w ten sposób “ludzkim towarem jednorazowego użytku”.

Pomimo że prawo włoskie surowo karze niewolnictwo i handel ludźmi, przestępstwo bezdomnej imigracji, wprowadzone przez Ustawę nr 94/2009, stworzyło poniekąd sytuację prawie całkowitego braku praw dla bezdomnych imigrantów. Taka sytuacja stworzyła podstawy pod wykorzystywanie w stylu niewolnictwa, o którym mówiło się wyraźnie w mediach po rozruchach w Rosarno w styczniu 2010. Podczas czynności prawnych zdano sobie sprawę z niemożliwości skutecznej obrony bezdomnych imigrantów, ofiar tej sytuacji niegodnej Państwa prawa.

SLAVERY AND TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS: NEW CATEGORIES FOR ANCIENT PLAGUES

Slavery in Roman law was a personal status based on provisions different from those which exist today: the main point of regulation was *dominica potestas* over the slaves, or the right of ownership of a particular *res* – which was a slave.

Starting with the Christian concept of equality of men before God, and along the long and arduous road leading to the 1948 Universal Declaration of Human Rights, we arrived at the prohibition of slavery and to the conclusion that every man is a subject of law. However, as is claimed by a multitude of reliable authors, we are now dealing with new forms of slavery, which are based not on property, but on detaining people who are in the way, “human disposable merchandise”.

Although Italian law severely penalizes slavery and human trafficking, the offence of being a homeless immigrant, introduced by Law No 94/2009, created an almost total absence of rights for homeless immigrants – as in the style of slavery – of which the media spoke out clearly and positively after the Rosarno riots in January 2010. While taking legal action on their behalf, one started to be aware of the impossibility of an effective defense for homeless immigrants, who are undeserving victims of the state of law.

Sharp criticism of the legal situation effecting homeless immigrants in Italy gave rise in April 2011, to the withdrawal of the Italian regulation concerning the offence of homelessness by the Court of Justice of the European Union.

Key words: homeless immigrants, rights, law, slavery, victim

MEDIAZIONE E PROCESSO: CRISI DEL PROCESSO E RICORSO ALLA CONCILIAZIONE

1. La mediazione nell'UE

Il nostro tempo assiste alla riscoperta e al rilancio a tutti i livelli sia riguardo al 'pubblico' sia riguardo al 'privato' della mediazione.

In particolare si pensa di risolvere le difficoltà di accesso alla giustizia attraverso l'introduzione della mediazione e conciliazione, come forma parallela e stragiudiziale di composizione delle liti.

È questa la soluzione escogitata in sede europea all'interno dell'UE.

L'Unione, infatti, dopo un lungo e faticoso percorso ha emanato una direttiva che si muove in questa direzione e impegna gli Stati membri a introdurre forme di conciliazione spontanea e preventiva delle liti.

Si tratta della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, entrata in vigore il 12.6.2008, la quale promuove il ricorso alla mediazione come metodo di risoluzione consensuale delle controversie in materia civile e commerciale ed impegna gli Stati membri a realizzarne il contenuto entro maggio 2011.¹

Poiché le procedure sono diverse da Paese a Paese, pur all'interno dell'Unione, vi sarà una varietà di modalità di applicazione della direttiva, dalle quali dipenderà il raggiungimento effettivo dello scopo perseguito con essa.

Basti considerare un punto. Secondo la direttiva la conciliazione non è obbligatoria, tuttavia se in qualche Stato venga imposta obbligatoriamente prevarrà l'obbligatorietà: ebbene già questo costituisce motivo di differenze fondamentali sull'andamento dei processi.

La direttiva, comunque, rappresenta un esempio del riconoscimento del diritto alla giustizia come diritto fondamentale e segna un passo avanti rispetto alla Carta

dei diritti fondamentali dell'UE del 2000, nella quale il diritto alla giustizia, previsto al capo VI, era considerato nell'ottica dell'organizzazione tradizionale della giustizia, vale a dire quella dei Tribunali, con attenzione accentuata sulle procedure penali.² La nuova direttiva si fonda sulla raggiunta consapevolezza che le difficoltà di accesso alla giustizia in campo civile e commerciale ledono diritti fondamentali e possono essere non meno devastanti di una condanna penale.

L'Ue, con questa direttiva, si fa carico dell'esigenza di assicurare un giudizio di equità a parti che possono avere peso e capacità di organizzarsi nel processo molto differenti.³

Il giudizio di equità proposto attraverso la mediazione mi sembra dettato da diverse consapevolezze, dipendenti dai cambiamenti dei sistemi giuridici nel momento attuale. Intanto perché vi è un'obiettiva difficoltà a individuare le norme da applicare. Poi perché, specie nelle materie contrattuali, assistiamo a un'ampia formazione di diritto spontaneo, di difficile conoscenza e dettato da gruppi di potere (e di pressione) molto forti e sovranazionali. Infine perché non si può essere certi della 'giustizia' delle leggi, peraltro spesso di difficile individuazione perché si devono applicare ad una negoziazione che travalica i confini degli Stati, rendendo arduo dire se utilizzare la legge dello Stato A o dello Stato B, di fronte alla globalizzazione dei processi di produzione e di commercializzazione delle merci, i quali interessano più Stati.

Se questo, come a me pare, è il punto di partenza per ritenere meglio confacente la mediazione (delegata a persona che, presumibilmente, è ritenuta affidabile e riscuota la fiducia di tutte le parti), a me sembra anche che essa non possa risolversi soltanto in un problema settoriale, concernente il processo e/o i mezzi extragiudiziali di risoluzione delle controversie. Essa diventa espressione di una visione che investe il modo di concepire l'organizzazione della società (cioè dello Stato e delle aggregazioni di Stati) a tutto tondo, ivi compresi gli aspetti legati all'amministrazione della Giustizia.

In altre parole, le motivazioni che oggi giustificano il ricorso alla mediazione mettono in discussione il modello di organizzazione dello Stato, non foss'altro che per il fatto che i modi d'interazione dei cittadini con le istituzioni, impostati al modello della democrazia rappresentativa, sono in crisi, sicché di ciò risente anche la Giustizia (tout court) e l'accesso alla Giustizia.

2. Precedenti

La direttiva europea 2008/52/CE è eco di questo malessere, ma solo parziale. Essa risente dell'impronta che la mediazione aveva ricevuto nelle esperienze anglo-

sassoni, dove era nata con riguardo alla soluzione delle dispute destinate al processo,⁴ e sembra orientata esclusivamente alla proposizione di soluzioni da affiancare, sia pure in via alternativa, ai Tribunali. Va però aggiunto che essa, in qualche modo, accoglie l'eredità francese, dove con la rivoluzione francese furono introdotte forme di conciliazione obbligatoria e preventiva delle controversie.⁵

Il richiamo delle difficoltà riscontrati nell'applicazione della mediazione in Francia, dove la conciliazione ha avuto origini proprie, evidenzia la sostanziale e radicale differenza che esiste tra le esperienze di Common Law e quelle di Civil Law: a differenza di quanto si verifica nell'esperienza dei paesi anglosassoni, nei paesi di civil Law vi è una diffidenza (a volte celata) verso la conciliazione. Perciò la direttiva europea mi sembra più un atto di ottimismo che non uno strumento per la soluzione effettiva e quantitativamente significativa delle controversie.

Per una riflessione consapevole e completa credo che gioverebbe anche richiamare la secolare esperienza del diritto romano.

Il diritto romano, durante la sua lunga storia, ha considerato il processo civile come regolamentazione privata degli assetti di interessi contrastanti: private erano le parti, privato era anche l'organo giudicante (arbiter o iudex). La Repubblica si preoccupava, attraverso un proprio magistrato (principalmente il praetor) di garantire il corretto svolgimento della procedura e l'imparzialità del giudicante.

Nelle diverse fasi che caratterizzarono il processo dell'esperienza romana ebbe sempre grande rilievo la mediazione⁶: infatti, "L'uso dei privati di affidare la decisione delle controversie ad arbitri, al di fuori del processo o dei processi controllati dagli organi della collettività, fu certamente a Roma molto antico... bisogna credere ... che il pretore abbia modellato il processo formulare che andava sorgendo per suo impulso su un tipo di arbitrato".⁷ Il ricorso all'arbitrato si presentava come una forma di autogestione dei propri interessi e, in ultima analisi, può essere considerato come una faccia della sovranità diffusa riconosciuta ai cives, poiché "... è possibile pensare che la diffusione dell'arbitrato, più che al favore o disfavore del legislatore e dei minori o maggiori vantaggi rispetto al processo ufficiale, sia dipesa a Roma dall'esistenza di formazioni sociali libere e spontanee, in cui i membri si identificavano più che rispetto alla compagine statale, ed erano tra loro spontaneamente solidali. Si tratta dello stesso fenomeno, in fondo, per cui per lungo tempo il cittadino romano nel compiere un affare ritenne di essere largamente garantito dalla fides risposta nell'altro contraente".⁸ Una delle forme di maggiore diffusione della mediazione consistette nel compromissum, il quale ricorda il moderna 'arbitrato', essendo strutturato sulla promessa di demandare ad un arbitro liberamente scelto la decisione della controversia, a pena del pagamento di una somma di denaro (poena) da parte di chi si fosse sottratto a tale procedimento.⁹

3. La disciplina italiana

Né di questi precedenti né delle finalità perseguite in sede europea mi pare tener conto la recente introduzione della mediazione–conciliazione nel sistema di composizione delle liti in Italia. A dir il vero, mi pare, che la soluzione italiana, in relazione, alla direttiva europea approdi ad un vero ‘pasticcio’, per giunta minato da prospettive di facili guadagni a favore di sedicenti organismi nascenti in vista dell’attuazione della mediazione.

La mia pessimistica previsione parte dal parziale fallimento della ‘mediazione’ già esistente in Italia prima della direttiva: esso investe i pregressi conciliatori ed i giudici di pace, oggetto di continue riforme che, piano piano, li configurano sempre più giudici giurisdicenti per questioni ritenute di lieve entità (in realtà non sempre ciò è esatto!).

Per un certo tempo si è ritenuto che la stessa Costituzione sia d’ostacolo all’imposizione di tentativi di conciliazione obbligatori, sulla scorta dell’art. 24: Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. La Corte Costituzionale, però, ha superato questo preliminare impedimento, sostenendo l’obbligatorietà e la piena legittimità costituzionale della conciliazione in materie private (Corte Cost. 13 luglio 2000, n. 276, in FI 2000, I, 2752), sulla base della considerazione che, se è vero che la Costituzione afferma solennemente l’effettività della tutela giurisdizionale, è altrettanto vero che “l’ineffettività del modo di tutela può risolversi nella violazione della norma costituzionale, in quanto derivi direttamente dalla legge così come formulata e strutturata e non dalle modalità, più o meno efficaci della sua applicazione”. Né la violazione potrebbe sussistere, a parere della Corte, per l’eventuale ritardo che potrebbe registrare l’azione innanzi all’Autorità Giudiziaria, in considerazione del fatto che l’art. 24 non garantisce l’immediatezza dell’azione, essendo possibili oneri ex lege finalizzati alla tutela di interessi superiori.

Superato l’ostacolo dell’incostituzionalità, è comunque indicativo che laddove c’era, cioè nei rapporti di lavoro subordinato, la conciliazione obbligatoria è fallita, riducendosi a mero e vuoto rituale, al quale le parti il più delle volte neppure si presentavano.¹⁰

Sta di fatto che nel 2009 si è inteso dare attuazione alla direttiva dell’UE 2008/52/CE dando delega al Governo affinché provvedesse ad introdurre e disciplinare la mediazione e conciliazione¹¹; assunto attuato con il successivo decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28.¹²

Il risultato mi sembra pieno di contraddizioni e incongruenze.

Innanzitutto la mediazione è stata prevista non per il suo valore intrinseco di strumento più duttile e maggiormente idoneo a recepire le istanze dei contendenti e,

in generale, degli uomini, bensì per la sua presunta capacità di far diminuire il carico, davvero eccessivo e destinato a tempi quasi biblici, dei processi italiani.

Pia illusione, come la citata esperienza del contenzioso del lavoro ha già ampiamente dimostrato.

La direttiva europea e lo spirito della mediazione sono stati traditi dalla normativa italiana. Infatti, mentre la direttiva, pur nella sua ottica ristretta al contenzioso giudiziario, ipotizza una mediazione a tutto campo, in Italia, proprio per la predetta finalità pre-processuale (tendente a ridurre i processi civili), la mediazione è poco libera, essendo imposta in via obbligatoria, ed ha margini ristretti, poiché interviene solo sulla stessa materia dell'eventuale futura lite¹³ Di conseguenza, viene meno allo scopo principale: quello di consentire una valutazione che travalichi gli aspetti di legge, per esperire accomodamenti di reciproco gradimento. Ad esempio, “un litigante ... potrebbe rinunciare ad una parte del credito o del diritto perché in cambio gli viene offerto un nuovo contratto, o nuove opportunità di lavoro o guadagno, od un diverso bene che egualmente ha interesse a ricevere, ecc... Tutto questo, però, il mediatore del d. lgs. 28/10 non lo può proporre, e quindi nessuna conciliazione di questo genere può essere immaginata con l'ausilio del mediatore. ... il mediatore può fare solo proposte che stiano nell'ambito dell'oggetto della disputa, e tali da potere essere poi accolte o rigettate dal giudice, poiché, se ne facesse altre, diversificando le proposte di conciliazione oltre i limiti dell'oggetto del processo, il meccanismo delle spese salterebbe, e con esso anche la struttura e le finalità del d. lgs. 28/10. Così, il d. lgs. 28/10, invece di attribuire al mediatore ogni più ampia libertà nell'individuare l'oggetto della possibile conciliazione, gli impone di muoversi entro il tracciato delle domande delle parti, limitando la sua funzione e pregiudicando in molti casi l'obiettivo che il sistema invece dovrebbe avere, e che è quello di giungere alla transazione della lite”.¹⁴

Se a ciò si aggiunge l'evidente strumentalizzazione della mediazione–conciliazione a favore degli avvocati, i quali, ragionando proprio sulla natura pre-processuale dell'innovazione sostengono di dovere essere sempre presenti, mentre i loro ordini professionali sono stati riconosciuti come centri per la conciliazione, a discapito evidente della terzietà e imparzialità dell'esercizio dell'avvocatura. Perché, poi, una grave e pericolosa anomalia della normativa italiana è stata quella di prevedere che la conciliazione non sia effettuata direttamente dai mediatori–conciliatori abilitati e riconosciuti come tali dal Ministero della Giustizia, bensì da appositi centri, i quali diventano centri di affare e arbitri della scelta dei mediatori.

Insomma vi sono aspetti che gettano un'ombra di dubbio e sospetto sulle finalità reali perseguibili con la mediazione e in concreto scaturenti dalla normativa italiana.¹⁵

Tra avvocati sul piede di guerra, per combattere la conciliazione obbligatoria e per far affermare la necessità della propria presenza, e gente comune, fiduciosa di poter esperire un meccanismo non costoso, rapido e in grado di andare di là dalla ragione meramente formale ancorché legale, occorre rimeditare in termini più generali sulla mediazione. A partire dalla considerazione che essa abbraccia tutti gli aspetti della vita odierna, nella quale ha sempre mena incidenza il discrimine tra pubblico e privato, sicché la mediazione ha ragione di essere invocata e di potere risultare utile in molti campi, ivi compresi quelli pubblici, dai quali sempre di più in misura maggiore dipendono anche gli interessi dei singoli.

L'esclusione della materia amministrativa nella direttiva europea si giustifica non perché non possa essere oggetto di mediazione, bensì perché anzi richiede una mediazione più continua e penetrante. La quale (questo sí) non può assolutamente essere legata o proiettata al processo. E vorrei qui ricordare che proprio in quello che potremmo indicare come 'pubblico' la mediazione si è affermata per prima ed in termini più generali, che abbracciano l'ampia gamma dei rapporti tra cittadini e diritto.

4. Gli Ombudsman

Il fenomeno della mediazione e dei 'mediatori' nel pubblico non può essere ritenuto materia a sé ed influente sulla mediazione privata; esso invece concorre all'obiettivo essenziale di garantire all'uomo l'accesso alla giustizia, in ogni aspetto dell'esperienza contemporanea.

Di conseguenza, mi sembra opportuno richiamare (per apices) alcuni tratti della mediazione 'pubblica'.

Nel pubblico pare inarrestabile la creazione di 'mediatori', variamente denominati: ombudsman, mediateur, parliamentary commissioner, defensores del pueblo, avvocati del popolo, ecc.¹⁶ Alla base di essi vi è il desiderio di dare agli uomini la possibilità di avere un organo in grado di operare come 'intermediario' tra i cittadini, sia tra loro sia nei confronti degli organi di Governo, in modo da comporre le discriminazioni e le recriminazioni, attraverso organi che abbiano maggiori possibilità di incidenza rispetto a quelle che potrebbe mai avere il singolo.

La mediazione che ne scaturisce si differenzia dalle forme di controllo di legittimità e/o di merito degli atti della pubblica amministrazione e cerca di conciliare 'a monte' le aspettative degli uomini con le azioni della p.a., da un lato con lo scopo di prevenire le lungaggini e le spese dei 'ricorsi' alla 'Giustizia', amministrativa e civile, dall'altro per consentire di rappresentare le proprie esigenze liberamente e di là dal mero controllo formale e/o discrezionale.

Le articolazioni assunte dalla mediazione nel ‘pubblico’ sono varie e, secondo alcuni, richiamano le gloriose istituzioni dell’esperienza giuridica romana, quali il Tribunato della plebe e i *Defensores civitatum*.¹⁷

Esse costituiscono uno strumento di controllo ma anche un tramite tra i singoli e i detentori del potere ed hanno animato ed innervato il dibattito che ha accompagnato la nascita dello Stato contemporaneo, da Pagano al Rouzier, da Montesquieu a Rousseau, da Altusio a Fichte, quando si discusse della necessità di creare organi che, sull’esempio dell’Eforato dell’antica Sparta o dei Tribuni plebis fossero in grado di garantire concretamente la sovranità al popolo.¹⁸

Oggi queste figure potrebbero svolgere una penetrante opera d’intermediazione ed assumere iniziative a favore degli interessi dei singoli, che dovrebbero essere riconsiderate attentamente assieme alla discussione che concerne i mediatori–conciliatori finalizzati al processo.¹⁹

5. Verso un nuovo processo civile

Collaterale alle proposte che sono state avanzate e talora pretese, perché ritenute addirittura prova della democraticità degli Stati e dirette alla tutela dell’uomo²⁰, mi sembra la riconsiderazione del processo civile, con la limitazione dell’ingerenza dello Stato (attuato attraverso i giudici dell’ordinamento giudiziario statale). La critica dell’attuale assetto del processo civile in direzione della restituzione ai privati dei loro poteri di disporre degli interessi in conflitto, appare meno approfondita nella storia del pensiero contemporaneo; tuttavia, a ben vedere, essa prospetta le stesse istanze di difesa della sovranità (di base) dei singoli, che sono invocate a fondamento della mediazione ‘pubblica’. Invero, spesso si assiste all’ingerenza immotivata dello Stato contemporaneo, nel processo civile; la quale si traduce in una sottrazione ai privati della disponibilità dei propri interessi ed, in ultima istanza, nella sottrazione di quella sovranità che dovrebbe appartenere al popolo ed essere esercitata da esso, quando non sia in discussione il bene comune.

Qui intendo sottolineare l’urgenza di ridare agli uomini l’esercizio ed il potere di decidere da soli dei propri interessi, avendo presente che anche ai fini della realizzazione del dettato costituzionale degli art. 24 e 3, occorre ridare snellezza, semplicità, velocità e, possibilmente, gratuità all’accesso alla Giustizia per le vie normali, che sono quelle del processo, civile ed amministrativo. In ciò lasciando uno spazio per la mediazione, ma non come forma di pre–processo, bensì come forma differente di concepire il riassetto degli equilibri turbati, vuoi dall’inadempimento di una parte vuoi persino dall’uso di strumenti legali, che possano configurare atti legittimi, ma ugualmente ‘ingiusti’.

È in questo più ampio spazio che va collocata la mediazione, la quale potrà ristabilire l'equità e proporsi sia in previsione di liti sia in difesa di ragioni dei deboli, oppure per elaborare soluzioni innovative che ridefiniscano i rapporti tra le parti e tra i cittadini ed il potere (pubblico e/o privato), in direzione della giustizia sostanziale e del diritto capace di andare oltre la legge.

Note:

1. Ne trascivo il testo. Articolo 1. Obiettivo e ambito di applicazione. 1. La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. 2. La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*). 3. Nella presente direttiva per "Stato membro" si intendono gli Stati membri ad eccezione della Danimarca. Articolo 2 Controversie transfrontaliere. 1. Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui: a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia; b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale; c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti. 2. In deroga al paragrafo 1, ai fini degli articoli 7 e 8 per controversia transfrontaliera si intende altresì una controversia in cui un procedimento giudiziario o di arbitrato risultante da una mediazione tra le parti è avviato in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c). 3. Ai fini dei paragrafi 1 e 2, il domicilio è stabilito in conformità degli articoli 59 e 60 del regolamento (CE) n. 44/2001. Articolo 3 Definizioni. Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a) per "mediazione" si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima; b) per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione. Articolo 4 Qualità della mediazione. 1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. 2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti. Articolo 5 Ricorso alla mediazione. 1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili. 2. La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario. Articolo 6 Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione. 1. Gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività. 2. Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta. 3. Gli Stati membri indicano alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste conformemente ai paragrafi 1 e 2. 4. Nessuna disposizione del presente articolo pregiudica le norme applicabili al riconoscimento e all'esecuzione in un altro Stato membro di un accordo reso esecutivo in conformità del paragrafo 1. Articolo 7 Riservatezza della mediazione. 1. Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di

mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso, tranne nei casi in cui: a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona; oppure b) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo. 2. Il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione. Articolo 8 Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza. 1. Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza. 2. Il paragrafo 1 lascia impregiudicate le disposizioni relative ai termini di prescrizione o decadenza previste dagli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte. Articolo 9 Informazioni al pubblico. Gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione. Articolo 10 Informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti. La Commissione mette a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti comunicate dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3. Articolo 11 Revisione. Entro il 21 maggio 2016 la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'attuazione della presente direttiva. La relazione esamina lo sviluppo della mediazione nell'Unione europea e l'impatto della presente direttiva negli Stati membri. Se del caso, la relazione è corredata di proposte di modifica della presente direttiva. Articolo 12 Attuazione. 1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011, fatta eccezione per l'articolo 10, per il quale tale data è fissata al più tardi al 21 novembre 2010. Essi ne informano immediatamente la Commissione. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri. 2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva. Articolo 13 Entrata in vigore. La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Articolo 14 Destinatari. Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

2. Capo VI. Giustizia. Articolo 47. Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia. Articolo 48. Presunzione di innocenza e diritti della difesa. 1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato. Articolo 49. Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene. 1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Articolo 50. Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.
3. In casi sempre più numerosi il commercio ed i contratti investono privati e grandi imprese ed è ovvio che queste ultime dispongono di avvocati e di mezzi molto superiori ai privati, avendo per ciò stesso maggiori probabilità di prevalere davanti ai Tribunali.
4. Cfr., M. MARINARI, L'esperienza dell'ADR negli Stati Uniti ed in Inghilterra, in Documenti Giustizia 2000. Infatti, anche se si è affermato che la 'culla delle forme alternative sia stata l'Oriente ed in particolare la Cina propensa per sua cultura alla composizione amichevole della lite, è negli U.S.A. che va collocata la nascita della mediazione come strumento di risoluzione dei conflitti, databile intorno al 1906 quando nacque un movimento culturale delle Alternative Dispute ovvero di metodi di risoluzione alternativa delle dispute (ADR) Questo movimento in una conferenza di studi, celebrata in onore di Roscoe Pound, tenutasi dinanzi all'American Bar Association, aveva denunciato gravi disfunzioni del sistema di amministrazione della giustizia che avevano causato la litigation explosion sino alla litigation crisis Resolution, prospettando l'opportunità di sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti giudiziari. Nel 1983 attraverso un emendamento al Federal Rules of Civil Procedure (il Codice federale di procedura civile americano), si prevede che nel corso della pretrial conference (quando l'autorità giudiziaria delinea l'oggetto della causa) il giudice aveva l'obbligo di tentare una transazione (settlement) illustrando alle parti la

possibilità di ricorrere anche a procedure extragiudiziali o endoprocessuali di arbitrato obbligatorio o di strumenti alternativi al giudizio ordinario, in via sperimentale e con la supervisione da parte delle corti degli ADR (court annexed programs e ADR court connected programs). Nel 1990 l'approvazione del Civil Justice Reform Act da parte del Congresso suggeriva l'utilizzo dei metodi ADR e della mediation. Nel 1998, attraverso l'Alternative Dispute Resolution Act, si pose fine alla fase sperimentale e si stabilì che ciascuna Corte distrettuale degli Stati Uniti avrebbe potuto autorizzare l'uso di procedure di risoluzione alternative delle controversie in ogni azione civile. Infine nel 2001 la mediation ricevette l'assetto definitivo, attraverso l'Uniform Mediation Act. Le procedure ADR negli Stati Uniti d'America si possono classificare secondo le seguenti tipologie: conciliation – mediation; arbitration – adjudication; settlement conference giudiziaria; court annexed arbitration e court annexed mediation. Il primo tipo configura un modello conciliativo – mediativo che mira alla risoluzione della controversia tra le parti mediante l'accordo delle stesse facilitato dall'intervento di mediazione di un terzo che non emette una decisione vincolante. Tale modello va distinto dalla negotiation in cui avviene una contrattazione diretta tra le parti. Il secondo rimane un modello aggiudicativo ove il terzo arbitro con una procedura formale e riservata emette un giudizio privato vincolante tra le parti. Il terzo modello configura una conciliazione giudiziaria che viene riservata ai giudici nella fase introduttiva del giudizio. La quarta figura è una procedura che ha carattere endoprocessuale, che viene delegata dal giudice a terzi anche su richiesta delle parti. Cfr. G. Rossillo, I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale, in *Il diritto dell'Unione europea*, a. XIII fasc. e 2008.

5. Risale all'Assemblea costituente francese l'istituzione (con Decreto del 16 –14 agosto del 1790 n.16 nel1790) del juge de paix et de conciliation, che era un magistrato laico onorario dotato di funzioni giurisdizionali, di giurisdizione volontaria e di funzioni di conciliazione. Dapprima era elettivo (da parte delle assemblee primarie), poi diventò di nomina governativa fu successivamente nominato dal governo. Il ricorso al juge de paix et de conciliation era obbligatorio e preventivo, non potendosi procedere all'adizione di un giudice ordinario senza documentare di avere prima esperita la conciliazione. Tale obbligatorietà della conciliazione preventiva fu mantenuta dal Code Napoléon del 1806, attraverso l'art. 48, del libro II titolo I, anche se, a parere unanime, essa era di fatto vanificata dal successivo art. 49. La Giurisprudenza considerò l'obbligatorietà in un modo particolare, la ritenne, cioè, un motivo di invalidità della successiva procedura, rilevabile esclusivamente su istanza del convenuto. Si determinò, in realtà, un clima di sfiducia verso la conciliazione, motivato in gran parte dal fatto che il juge de paix et de conciliation era pur sempre un 'giudice, con funzioni conciliative ma anche giurisdizionali, assumente un posizione di predominanza che mal si accordavano con il ruolo di parità necessarie in un pacificator–mediatore. In tempi recenti la conciliazione registrò un ritorno di fiamma, che portò alla previsione di un conciliateur de justice previsto nel Decret n. 381–78 del 20 mar.1978. Esso è un organo extragiudiziale, privo di poteri giurisdizionali, che ha il compito de faciliter beevolment ed in via amichevole il contenzioso al fine di favorire la résolution des litiges. Secondo la dottrina francese si è aperta la strada a Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (M.A.R.C.) con caratteristiche e radici indipendenti dai modelli delle Alternative Dispute Resolution. La competenza du conciliateur de justice verte sui soli diritti disponibili rimanendo escluse dalla sua competenza tutte le questioni in tema di stato, capacità delle persone, divorzio, separazione dei coniugi e le materie di ordine pubblico che sono riservate al giudice ordinario. Va però notato che nel frattempo si era registrata la nascita del Médiateur de la République de France che, per certi versi, completava il quadro della mediazione, per le questioni che, direttamente o indirettamente, dipendevano dalla p.a. inoltre in ambiti specifici sono emerse nuove figure: come le conciliateur médical e le conciliateur de la consommation. In generale les conciliateurs sono sfornite di potere coercitivo sulle parti o decisionale. Queste sono tutte forme di conciliazione stragiudiziaria. L'ordinamento francese conosce anche la conciliazione giudiziaria, attuata, con il consenso delle parti, da un delegato del giudice o, in caso di mancata richiesta delle parti, direttamente dal giudice della causa. Inoltre, presso il Tribunal de grande instance di Parigi, con esclusione dalla Corte di Cassazione, è stata introdotta la mediation judiciaire, esperita, sempre nell'ambito dei diritti disponibili, su rilevanti questioni di diritto, attraverso una proposta di accordo (constat d'accord) che le partisono libere di accettare o meno. Quest'ultimo approdo della mediazione in Francia si avvicina all'ADR di matrice anglosassone. Punto di forza della mediazione francese è la brevità: massimo 3 mesi. Cfr., tra i tanti, L. CADIET, I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2006; G. ROSSILLO, I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale cit.
6. Cfr. M. KASER, *Das römisches Zivilprozessrecht*, München 1996, cfr. particolarmente l'indice, alle voci arbiter e compromissum.
7. Così M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato* 1, 1996, p. 1. L'apone in evidenza la permanenza dell'arbitrato per tutto l'arco del diritto romano e ne individua le ragioni nella maggiore snellezza, nella gratuità e nella immediatezza: "... il procedimento relativo era gratuito ... e, nonostante i tanti interventi legislativi, il dibattito arbitrale era assai più snello e semplice rispetto al processo ordinario, e ampia rimase complessivamente l'autonomia lasciata ai contendenti; ai quali, d'altronde, erano assicurate ... maggiori garanzie" (p. 16, concernente l'età postclassica e giustiniana).
8. M. MARRONE, *op. cit.*, p. 17.
9. V.M. Marrone, *op. cit.*, p. 2. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 568 s.
10. Ricordo che l'art. 410 c.p.c. dispone che: Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409, e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collet-

tivi deve promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, il tentativo di conciliazione, presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413 c.p.c. Il successivo art. 411 c.p.c. stabilisce che, se la conciliazione non riesce, si redige processo verbale firmato dal presidente del collegio che certifica l'autenticità della sottoscrizione o l'impossibilità a sottoscrivere delle parti, per lo più perché assenti. Per le controversie individuali e plurime, la legge prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione, configurandolo come condizione di procedibilità per la successiva domanda giudiziaria (art. 412: l'espletamento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda), la cui mancanza deve essere rilevata dal giudice adito anche d'ufficio, ma non comporta la caduta della causa, bensì la sospensione del giudizio e l'assegnazione di un termine alle parti per il relativo espletamento. Successivamente, con l'art. del d.lg. 31.3.1998, n. 80 è stata introdotta l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale. In conseguenza, in materia di controversie di lavoro si può procedere o attraverso la conciliazione sindacale, avvalendosi delle procedure di conciliazione eventualmente previste dai contratti o dagli accordi collettivi (art. 411 c.p.c.), oppure una conciliazione amministrativa, non intendendo avvalersi delle procedure sopra menzionate, ma ricorrendo, anche tramite l'associazione sindacale, a specifica Commissione di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 410 c.p.c.). L'art. 410 bis, 1° co., c.p.c. prevede poi che: il tentativo di conciliazione, anche se nelle forme previste dai contratti o accordi collettivi, deve essere espletato entro 60 giorni dalla presentazione della richiesta e trascorso inutilmente tale termine il tentativo di conciliazione si considera comunque espletato ai fini dell'art. 412 bis cod. proc. civ. (così il 2° co. dell'art. 412 bis c.p.c.).

11. L. 19 giugno 2009, n. 69 Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. Art. 60 Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali della legge: 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato "Registro", vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'art. 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia; e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgano del personale degli stessi consigli; f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro; g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali; h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro; i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche; l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali; m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti; n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione; o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'art. 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181; p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'art. 9 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presiden-

- te della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115; q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi; r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni; s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.». – La direttiva 2008/52/CE è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea – serie L 136/3 del 24 maggio 2008. Note all'art. 1: – Il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 reca: «Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.».
12. Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: Il Presidente della Repubblica omissis: E m a n a il seguente decreto legislativo: Art. 1 Definizioni 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per: a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa; b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo; c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione; d) organismo: l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto; e) registro: il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 16 del presente decreto, nonché, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222.
 13. Sul punto v. le caustiche osservazioni di G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Judicium – Il processo civile in Italia e in Europa*, consultabile online al sito www.judicum.it.
 14. Così SCARSELLI, loc.cit.
 15. Radicale la critica, ad esempio, di SCARSELLI loc. cit.: «questa normativa sembra pensata apposta per accontentare due categorie di soggetti, i magistrati e gli apparati degli ordini professionali. I magistrati, poiché questi sperano, se non proprio in una riduzione delle sentenze da pronunciare, quanto meno, contro il monito di Calamandrei, in una più ampia possibilità di differire e rinviare le cause, e quindi di allontanare nel tempo la pronuncia delle sentenze. Gli apparati degli ordini professionali, poiché essi vedono in questa novità, e non possono non vederlo, una opportunità di lavoro per gli iscritti. Al di là di questo, il resto è incerto. Per venire veramente incontro ai cittadini, e per favorire veramente la conciliazione delle liti attraverso la mediazione, è necessario invece riportarla ai normali criteri già indicati nelle direttive europee, quale fenomeno semplicemente rimesso alla discrezionalità della parte, e senza condizionamento sul diritto costituzionale all'azione, e senza aspetti punitivi appartenenti ad una logica che non può essere approvata. Poiché solo se la mediazione ha queste caratteristiche essa ha concreta possibilità di dare un contributo alla situazione generale del nostro contenzioso civile». Il 'monito' di Calamandrei, citato dall'a. in apertura del suo articolo, è il seguente: «Quante comparizioni personali delle parti, quanti tentativi di conciliazione ... sono ordinati dal giudice istruttore unicamente come espedienti per rimandare l'istruttoria di un mese o due, eppur colla certezza che il tentativo di conciliazione non riuscirà». P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 37.
 16. Il termine Ombudsman significava l'uomo che fa da tramite. La sua creazione e risale ad un decreto del 1713 di Carlo XII che, per l'appunto, istituì l'Högste Ombudsman. Comunemente si ritiene che la sua definizione si debba attribuire all'art. 96 della Costituzione del regno di Svezia del 1809, il quale prevede, accanto al Justitiekansler, un commissario parlamentare (Justitie Ombudsman), scelto «tra persone di comprovata capacità tecnica, imparzialità ed integrità»: cfr., S. TAFARO, *Le radici. Proposte*, in [cur. A. LOIODICE, S. TAFARO E N. SHEHU], *L'avvocato Del Popolo Albanese*, vol. 2, Torino 2008 (ISBN: 88-348-4259-6), pp. 3-24; *Ibidem* N. SHEHU, *Dall'högste Ombudsman all'Avvocato del Popolo Albanese*, in *L'avvocato Del Popolo Albanese*, p. 27 s.
 17. Sul punto rinvio alle riflessioni avanzate in altre sedi: S. TAFARO, *L'eredità dei «tribuni plebis»*, in [cur. Maria Pia Baccari e Cosimo Cascione] *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretta da Luigi Labruna. (vol. II, pp. 1841-1880). Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana». Napoli, 2006. ISBN: 88-495-1248-1. S. TAFARO, *La herencia de los Tribuni Plebis*, in *DIRITTO@STORIA* (riv. on line). N. 7 – Nuova Serie (2008). ISSN: 1825-0300. S. TAFARO, *Continuidad de la función tribunicia*, en *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, [cur. JOSÉ LUIS CUEVAS GAYOSSO], pp.353-375, Universidad Veracruzana, México, noviembre de 2009. ISBN 978-607-00-1953-1.
 18. Sul tema rinvio al mio articolo *Il controllo del potere: ieri ed oggi*, in *Scritti Panza*, Bari 2010.
 19. Vorrei precisare che oggi attraverso gli Ombudsman si tende a perseguire l'effettivo ed efficace riconoscimento del ruolo del popolo e della conseguente sovranità insopprimibile di ciascun cittadino, così come avveniva in Roma attraverso il Tribunato della plebe. In concreto si cerca di vedere nelle nuove figure (più o meno ispirate all'originario Ombudsman) le istituzioni invocate in sedi internazionali per la difesa dei diritti dell'uomo. I quali sollevano la questione di chi debba proteggerli, soprattutto quando a violarli siano lo stesso Stato o suoi organi, e di chi possa assumerne le ragioni mediandole dinanzi ai poteri dello Stato e/o della grandi imprese. Si ritiene o si propone che a svolgere tale compito possano essere chiamati proprio le figure, comunque denominate, che impropriamente vengono indicate come Ombudsman. Certamente, in ogni caso, l'impegno e l'attività in difesa dei

diritti umani assume grande rilievo presso tutti i tipi di Defensores e si sostanzia in molteplici interventi: dalla partecipazione ad organismi e commissioni, che definiscono e ridefiniscono continuamente i diritti dell'uomo, alla promozione di incontri (convegni, seminari, ecc.) per sensibilizzare le istituzioni e l'opinione pubblica sulla tutela dei diritti umani. Non si può, però, sottovalutare anche il fatto che gli Ombudsmen (di norma) non hanno legittimazione dinanzi alle istanze internazionali create per la tutela dei diritti dell'uomo; generalmente non hanno neanche legittimazione presso i Tribunali nazionali. Per questa ragione, alcuni di essi hanno chiesto di potere intervenire almeno nel delicato momento dell'acquisizione delle prove, invocando l'estensione dell'istituto di matrice anglosassone dell'*Amicus Curiae*, con facoltà di partecipazione al processo di chi non vi sarebbe legittimato, per carenza di interesse. Di recente è stato previsto dall'art. 74 del Regolamento per l'istituzione del Tribunale Internazionale penale per i crimini della ex Jugoslavia; su di esso, V. PALCHETTI, *Amici curiae* davanti alla Corte internazionale di giustizia?, in *Rivista di diritto internazionale* 83, fasc. 4 (2000) 965–991; H. ASCENSIO, *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales, in *Revue générale de droit int. public* (2001) 924 s. Ciò sarebbe una svolta innovativa nelle procedure ed affiancherebbe felicemente, nell'interesse dei cittadini, la mediazione, come strumenti di accesso alla Giustizia.

20. V. N. SHEHU *Dall'högste Ombudsman all'Avvocato del Popolo Albanese* cit., p. 42: "La preoccupazione per i diritti dell'uomo è una costante delle Organizzazioni internazionali. Già nel 1946 presso il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite fu esaminata una proposta tendente ad affidare la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo ad apposite istituzioni nazionali. Si innescarono vari processi per i quali fu necessario fare il punto in tempi più recenti. Tra le vicende che e le iniziative che ne seguirono va segnalata soprattutto quella del giugno del 1990, quando i Paesi partecipanti alla Conferenza per la Sicurezza e la Cooperazione, riunita in Danimarca a Copenaghen, proposero, in primo luogo agli Stati partecipanti ma in generale ad ogni Paese, di "rendere possibile la creazione e il consolidamento delle istituzioni nazionali, indipendenti nel campo dei diritti dell'uomo e dello Stato del diritto". L'anno dopo furono enunciati i "Principi di Parigi" i quali, a conclusione della Conferenza internazionale, tenutasi a Parigi, tra le istituzioni nazionali che si occupano della difesa e lo sviluppo dei diritti dell'uomo, enunciarono i punti essenziali per fare in modo che le legislazione dei singoli Stati creassero o rafforzassero attraverso la propria legislazione in maniera chiara ed esplicita le istituzioni che dovevano badare alla difesa ed allo sviluppo dei diritti dell'uomo. Questa esigenza fu confermata e sottolineata con forza nel 1993 dalla Dichiarazione di Vienna, la quale tornò a chiedere la creazione ed il rafforzamento di istituzioni nazionali dirette alla salvezza e promozione dei diritti dell'uomo. In conseguenza di queste spinte e della forza che la tutela dei diritti dell'uomo stava assumendo presso l'opinione pubblica mondiale alcuni Paesi pensarono di utilizzare gli istituti dell'Ombudsman per affidare loro la tutela dei diritti dell'uomo"

MEDIAZIONE E PROCESSO: CRISI DEL PROCESSO E RICORSO ALLA CONCILIAZIONE

La mediazione nell'UE. – Il nostro tempo assiste alla riscoperta e al rilancio a tutti i livelli sia riguardo al 'pubblico' sia riguardo al 'privato' della mediazione.

In particolare si pensa di risolvere le difficoltà di accesso alla giustizia attraverso l'introduzione della mediazione e conciliazione, come forma parallela e stragiudiziale di composizione delle liti.

È questa la soluzione escogitata in sede europea all'interno dell'UE.

L'Unione, infatti, dopo un lungo e faticoso percorso ha emanato una direttiva che si muove in questa direzione e impegna gli Stati membri a introdurre forme di conciliazione spontanea e preventiva delle liti.

Si tratta della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, entrata in vigore il 12.6.2008, la quale promuove il ricorso alla mediazione come metodo di risoluzione consensuale delle controversie in materia civile e commerciale ed impegna gli Stati membri a realizzarne il contenuto entro maggio 2011.

La direttiva, comunque, rappresenta un esempio del riconoscimento del diritto alla giustizia come diritto fondamentale e segna un passo avanti rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000, nella quale il diritto alla giustizia, previsto al capo VI, era considerato nell'ottica dell'organizzazione tradizionale della giustizia, vale a dire quella dei Tribunali, con attenzione accentuata sulle procedure penali. La nuova direttiva si fonda sulla raggiunta consapevolezza che le difficoltà di accesso alla giustizia in campo civile e commerciale ledono diritti fondamentali e possono essere non meno devastanti di una condanna penale.

L'Ue, con questa direttiva, si fa carico dell'esigenza di assicurare un giudizio di equità a parti che possono avere peso e capacità di organizzarsi nel processo molto differenti.

Il giudizio di equità proposto attraverso la mediazione mi sembra dettato da diverse consapevolezze, dipendenti dai cambiamenti dei sistemi giuridici nel momento attuale. Intanto perché vi è un'obiettivo difficoltà a individuare le norme da applicare. Poi perché, specie nelle materie contrattuali, assistiamo a un'ampia formazione di diritto spontaneo, di difficile conoscenza e dettato da gruppi di potere (e di pressione) molto forti e sovranazionali. Infine perché non si può essere certi del-

la ‘giustizia’ delle leggi, peraltro spesso di difficile individuazione perché si devono applicare ad una negoziazione che travalica i confini degli Stati, rendendo arduo dire se utilizzare la legge dello Stato A o dello Stato B, di fronte alla globalizzazione dei processi di produzione e di commercializzazione delle merci, i quali interessano più Stati.

Esemplare ed utile può apparire, per la soluzione delle liti mediante arbitrato e/o conciliazione, l’esperienza romana della Repubblica, nella quale il processo civile era visto come regolamentazione privata degli assetti di interessi contrastanti: private erano le parti, privato era anche l’organo giudicante (arbiter o iudex). La Repubblica si preoccupava, attraverso un proprio magistrato (principalmente il praetor) di garantire il corretto svolgimento della procedura e l’imparzialità del giudicante.

In Italia nel 2009 si è inteso dare attuazione alla direttiva dell’UE 2008/52/CE dando delega al Governo affinché provvedesse ad introdurre e disciplinare la mediazione e conciliazione; assunto attuato con il successivo decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28. La soluzione italiana è particolare, perché dichiaratamente rivolta ad accorciare i lunghi tempi dei processi, più che alla ricerca della vera giustizia.

Manca all’appello la mediazione nel settore pubblico. Forse perché demandata alle varie figure di ombudsman che alcuni Paesi dell’UE conoscono da tempo ed è previsto all’interno della stessa UE con il nome di mediatore europeo. Su di essi occorre invece soffermarsi per avere il quadro completo della mediazione nell’ambito dell’UE e per perseguire prospettive unificanti, conformi alla finalità di assicurare vera giustizia.

MEDIACJA I PROCES: KRYZYS PROCESU I UCIECZKA DO POJEDNANIA

Mediacja w UE – W obecnych czasach uczestniczymy w ponownym odkryciu i odrodzeniu mediacji, na wszystkich poziomach – zarówno w stosunku „publicznym” jak i „prywatnym”. W szczególności zmierza się ku rozwiązaniu problemu dostępu do sprawiedliwości poprzez wprowadzenie mediacji i pojednania, jako form równoległych i pozasądowych przy rozstrzyganiu sporów. Jest to rozwiązanie opracowane w Unii Europejskiej.

Unia, po długiej i trudnej drodze, ustanowiła dyrektywę, która wskazuje odpowiedni kierunek i zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzania formy dobrowolnego i prewencyjnego pojednawczego rozstrzygania sporów. Chodzi tu o dyrektywę 2008/52/CE Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej z dnia 21 maja 2008, która weszła w życie 12.6.2008. Zmierza ona do zwiększenia popularności mediacji jako metody rozwiązywania sporów w dziedzinie prawa cywilnego i handlowego oraz zobowiązuje państwa członkowskie do zrealizowania jej treści do maja 2011.

Dyrektywa stanowi przykład uznania prawa do sprawiedliwości jako prawa fundamentalnego i oznacza krok naprzód wobec Karty praw podstawowych UE z 2000 r., w której prawo do sprawiedliwości, przewidziane w rozdziale VI, było uznawane w związku z tradycyjną organizacją sądownictwa, czyli należącą do kompetencji sądów, z naciskiem położonym na procedury karne. Nowa dyrektywa bazuje na przeświadczeniu, że trudności w dostępie do sprawiedliwości w sprawach cywilnych i handlowych szkodzą fundamentalnym prawom i mogą wywołać skutek tak samo niszczący jak wyrok skazujący.

Unia Europejska, poprzez tę dyrektywę, nakłada na siebie obowiązek zapewnienia sprawiedliwego sądu stronom, które mogą przywiązywać do tego wagę i mają możliwości zorganizowania odrębnego procesu.

Sprawiedliwość osiągnięta w drodze mediacji wydaje się być podyktowana różnymi rodzajami świadomości, w zależności od zmian w systemach prawnych w obecnych czasach. Po pierwsze z przyczyny istnienia obiektywnych trudności w określeniu prawa właściwego do zastosowania. Po drugie, ponieważ, szczególnie w sprawach związanych z umowami, mamy do czynienia z szerokim pojęciem prawa zwyczajowego, w którym trudno się zorientować i które jest tworzone przez grupy trzymające władze (grupy nacisku) – bardzo silne i ponadnarodowe. W końcu, ponieważ nie można być pewnym „sprawiedliwości” prawa, zresztą bardzo trud-

nego do określenia, ponieważ trzeba je stosować do negocjacji, które przekraczają granice państw i bardzo trudno jest powiedzieć, czy należy stosować prawo państwa A czy państwa B – wobec globalizacji procesów produkcji i handlu towarami, które interesują większą ilość państw.

Doświadczenie Republiki Rzymskiej, w której proces cywilny był widziany jako prywatne uregulowanie sprzecznych interesów może służyć za wzór oraz być przydatne, dla rozwiązania sporów poprzez arbitraż i/lub pojednanie: prywatne były strony, prywatnym był również organ sądowniczy (arbiter lub iudex). Republice zależało aby, poprzez własnego sędziego (głównie praetora) zapewnić sprawny przebiegu postępowania i niezawisłość sędziego.

We Włoszech w 2009 r. postanowiono wprowadzić w życie dyrektywę UE 2008/52/CE upoważniając Rząd do ustalenia i przyjęcia zasad mediacji i pojednania; założenie zostało zrealizowane poprzez ustawę z dnia 4 marca 2010 r., nr 28. Włoskie rozwiązanie jest szczególne, ponieważ bardziej zmierza do skrócenia długiego czasu procesów, niż do poszukiwania prawdziwej sprawiedliwości.

Mediacji brakuje w sektorze publicznym. Być może dlatego, że to zadanie oddaje się różnym ombudsmanom urzędnikom, których niektóre państwa UE znają od dawna i który jest przewidziany wewnątrz samej Unii pod nazwą Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich. Na tym należy się zatrzymać, aby uzyskać pełen obraz mediacji w Unii Europejskiej i aby dążyć do jednoczących perspektyw, w celu zapewnienia prawdziwej sprawiedliwości.

MEDIATION AND THE PROCESS: THE CRISIS OF PROCESS AND THE ESCAPE TO RECONCILIATION

Mediation in the EU. – Nowadays one takes part in the re-discovery and renaissance of mediation at all levels – both “public” and “private”. In particular, it is intended to solve the problem of access to justice through the introduction of mediation and reconciliation, as parallel and out-of-court forms applied during disputes. This is the solution developed in the European Union.

The European Union, after a long and difficult road, laid down the directive, which shows the right direction in which to proceed and obliges member states to introduce forms of voluntary and preventive reconciliation to settle disputes.

With regard to Directive 2008/52/CE of the European Parliament and of the European Council of 21 May 2008, which entered into force 12.6.2008, the Directive aims to increase the popularity of mediation as a method of dispute resolution in both civil and commercial law and obliges member states to implement its contents by May 2011.

The Directive, is an example of the recognition of the right to justice as being a fundamental right and is also a step forward in comparison to the regulation of the 2000 Charter of Fundamental Rights of the EU, in which the right to justice, as provided for in chapter VI, is recognized only in connection with the traditional organization of the judiciary, i.e. belonging to the competence of the courts, with the emphasis on criminal procedures. The new directive is based on the awareness that difficulties with access to justice in civil and commercial matters harm fundamental rights and that their effect could be equally as devastating as a conviction.

Key words: mediation, justice, civil process, ombudsman, European Union

L'ELUSIONE COME CATEGORIA AUTONOMA DEL DIRITTO TRIBUTARIO

1. L'elusione come categoria autonoma del diritto positivo connotata dall'irrepressibilità del regime formale e dall'intrinseca violazione del precetto normativo. – Il fenomeno dell'elusione può essere ricondotto alla morfologia delle categorie giuridiche trasversali. Infatti, la fattispecie elusiva è una figura diffusa nel sistema normativo, che trova allogazione in vari settori del diritto positivo: il diritto civile; il diritto amministrativo; il diritto tributario. In quest'ultimo comparto, la fenomenologia è conosciuta con il sintagma «elusione fiscale»¹.

A differenza di altre figure, l'elusione² non costituisce una categoria formale, in quanto manca di una nozione normativa: si tratta, in realtà, di una categoria logica, idonea ad individuare le ipotesi di aggiramento delle norme tributarie. Difatti, eludere una disposizione fiscale significa aggirarla, o mediante il perfezionamento di apposite fattispecie civilistiche, o attraverso comportamenti posti in essere allo scopo di azzerare o di rendere meno gravoso il carico fiscale³.

In altri termini, l'elusione si realizza allorché i mezzi utilizzati per costruire la fattispecie concreta risultano irrepressibili sul piano formale del diritto positivo; diversamente, si rientrerebbe nella figura dell'evasione fiscale.

1 Sull'elusione tributaria, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. V, Torino, 1990, pagg. 220 e segg.; A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria (ad vocem)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1989, pagg. 1 e segg.; TABELLINI, *Elusione fiscale (ad vocem)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, vol. III, Milano, 1999, pagg. 545 e segg.; R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24–Ore*, vol. 6, Milano, 2007, pagg. 1 e segg.; P.M. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, Milano, 1989, passim; TABELLINI, *Libertà negoziale ed elusione di imposta*, Padova, 1995, passim; KRUSE, *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da AMATUCCI, III, Padova, 1994, pagg. 207 e segg.; P. TABELLINI, *Elusione tributaria della norma tributaria*, Milano, 2007, passim; FIORENTINO, *L'Elusione tributaria*, Napoli, 1996, passim. Del fenomeno si è occupato il recente Convegno di Studi "Evasione ed elusione fiscale. L'evoluzione del diritto penale tributario a dieci anni dalla riforma del 2000", Taranto 18 ottobre 2010, Auditorium Avv. F. Miro – Tribunale di Taranto.

2 Il fenomeno dell'elusione si ricollega alle problematiche civilistiche concernenti il negozio indiretto. Sul negozio indiretto, cfr. DI PAOLO, *Negozio indiretto (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, pagg. 124 e segg.; SCALFI, *Negozio indiretto (ad vocem)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, pagg. 1 e segg.

3 In tal senso, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pagg. 220–221.

Il procedimento elusivo non è mai occulto⁴, ma caratterizzato da una legittimità formale, considerato che l'obiettivo perseguito dall'elusore è quello di ridurre o di evitare l'onere tributario correlato ad una data operazione economica, senza porre in essere una violazione esplicita del dato normativo: l'intento è di aggirare la fattispecie astratta, per distogliere la norma elusa dal suo naturale ambito di applicazione.

L'elusione, dunque, appare espressione di una *habilité* delle parti, di una loro malizia, che, tuttavia, in apparenza, resta nei confini del gioco leale⁵. Inoltre, dato che il procedimento elusivo è caratterizzato da una legittimità formale e da un'intrinseca violazione della *ratio legis*, esso è connotato dalla manipolazione mediata della fattispecie: l'amministrazione finanziaria, analizzando la fattispecie, decide se, nel singolo caso, si sia verificata un'elusione e se la norma elusa debba essere in concreto applicata.

2. Le origini storiche del fenomeno elusivo: l'agere in *fraudem legis*. – La fattispecie elusiva presenta origini storiche remote⁶: già nelle fonti del diritto romano è possibile annoverare tracce dell'istituto. Difatti, l'elusione può essere ricondotta all'antica figura dell'agere in *fraudem legis*⁷, quale comportamento umano che, sebbene caratterizzato dal rispetto di singole disposizioni, trasgrediva i principi di un settore normativo o quelli desumibili dal complesso ordinamentale.

Alcuni frammenti di Paolo e di Ulpiano, confluiti nella compilazione giustiniana, riassumono i termini della questione, laddove inquadrano l'elusione nella fattispecie del comportamento in frode alla legge, che integra un aggiramento dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Secondo l'insegnamento di Paolo, l'agere in *fraudem legis*, cui la dottrina tributaria riconduce l'elusione fiscale⁸, è il fenomeno per il quale l'agente «*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis substantiam eius circumvenit*»⁹.

La frode alla legge, così delineata, costituisce una sorta di clausola generale, che si adegua alle esigenze dei vari settori dell'ordinamento e, quindi, anche del diritto tributario.

4 Così, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 221.

5 Per tale considerazione, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 221.

6 Un inquadramento storico al fenomeno dell'elusione viene dato da LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit. pagg. 1 e 2.

7 Il tal senso, cfr. R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 3.

8 In tal senso, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 223.

9 In particolare, notano giustamente R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 1, nt. 2, che «già a quell'epoca erano ravvisabili dei casi in cui, in conseguenza delle imperfezioni legislative, i privati riuscivano a porre in essere comunque espedienti elusivi, di fronte ai quali la giurisprudenza non aveva argomenti interpretativi sufficientemente forti per poterli contrastare. Le fonti riportano l'esempio delle numerose leggi, fino alla *lex sempronia* del 193 a.c., emanate al solo fine di contrastare la diffusa pratica dell'usura, in un contesto in cui i privati riuscivano di volta in volta regolarmente a trovare il metodo per sottrarsi ai divieti imposti dalle leggi».

Nel vigente codice civile, la norma di riferimento è contenuta nell'art. 1344, che disciplina il contratto in frode alla legge, il quale costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Nell'attualità, quindi, il lemma «elusione» individua situazioni nelle quali, malgrado il rispetto della lettera della disposizione, è violata la ratio legis, ossia lo spirito che la norma esprime, con conseguente lesione dell'interesse tutelato¹⁰.

3. Elusione ed altre figure normative: l'evasione, la simulazione, la frode alla legge e l'abuso del diritto. L'assimilazione del fenomeno elusivo alla frode alla legge. – In realtà, la fattispecie elusiva¹¹, pur derivando storicamente dal negozio in frode alla legge, presenta elementi di differenziazione¹² dagli istituti dell'evasione¹³, della simulazione¹⁴ e dell'abuso del diritto¹⁵.

Difatti, l'evasione si ravvisa allorché il contribuente occulta proventi o deduce costi inesistenti¹⁶; la simulazione integra ipotesi nelle quali le parti pongono in essere un regolamento soltanto apparente della fattispecie, mentre gli interessi funzionali al negozio sono in concreto inesistenti (simulazione assoluta) o diversi da quelli effettivamente perseguiti (simulazione relativa)¹⁷.

In altri termini, nella simulazione, le parti fingono, in tutto o in parte, di porre in essere un determinato regolamento contrattuale. Nella fattispecie simulata, quindi, si

10 In senso conforme, R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 3.

11 Il fenomeno dell'elusione tributaria è stato da sempre oggetto di attenzione in dottrina, in quanto ha prospettato una serie di problematiche applicative ed interpretative. Per più approfondite considerazioni, si veda GANGEMI, *Alcune note in tema di elusione in campo tributario*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1985, pagg. 537 e segg.; G. TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1985, pagg. 511; G. TREMONTI, *Elusione figlia della legge*, in Il Sole 24–Ore del 23 aprile 1986, pag. 18; G. TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in Riv. Dir. Fin., 1986, I, pagg. 369 e segg.; S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in Riv. Dir. Fin., 1988, I, pagg. 122 e segg.; P. PACITTO, *Attività negoziale, evasione ed elusione: spunti problematici*, in Riv. Dir. Fin., 1987, I, pagg. 726; R. LUPI, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in Rass. Trib., 1994, pagg. 225 e segg.; R. LUPI, *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in Rass. Trib., 1995, pagg. 409 e segg.

12 Un esempio concreto delle interferenze esistenti tra l'elusione, la simulazione e la frode alla legge viene offerto da STEVENATO, *Donazione e successiva vendita del terreno edificabile, tra elusione, ipotesi simulatorie e frode alla legge*, in Dialoghi di diritto tributario, 2006, pag. 1463.

13 Le differenze tra l'istituto dell'evasione e quello dell'elusione tributaria vengono approfondite in maniera attenta da KRUSE, *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, cit., pagg. 207 e segg.

14 Autorevole e risalente dottrina (HELSEN, *Diritto tributario*, Milano, 1956, pag. 149) metteva in luce le profonde differenze esistenti tra il negozio simulato e l'elusione tributaria, affermando che «l'elusione dell'imposta sta in netta opposizione col negozio simulato e col negozio dissimulato, i quali altrettanto spesso quanto erroneamente vengono richiamati per combattere l'elusione d'imposta; appunto l'intenzione di evitare l'imposta nei casi genuini di elusione parla sempre in favore della serietà del negozio; questo, non il negozio normale posto dal legislatore come fattispecie, vogliono effettivamente le parti».

15 Per le differenze tra elusione fiscale ed abuso del diritto, si rinvia alla pregevole monografia di P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995, passim.

16 In tal senso, cfr. R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 2.

17 Cfr., ancora, R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale (ad vocem)*, cit., pag. 3, che forniscono un'esemplificazione di comportamenti riconducibili alla simulazione. Si pensi, ad esempio, all'uso di un prestanome o al mascheramento di una certa operazione sotto una definizione giuridica alla quale è ricollegato un trattamento fiscale migliore. In tale ipotesi, l'Amministrazione finanziaria può contrastare tale comportamento attribuendo a chi utilizza il prestanome gli effetti delle operazioni compiute da quest'ultimo, sulla base della disposizione normativa di cui all'art. 37 del D.P.R. 600/1973, concernente l'interposizione fittizia di persona in sede di controllo delle dichiarazioni.

verifica un'antinomia tra ciò che appare nella rete dei rapporti sociali, ed è visibile ai terzi, e ciò che le parti effettivamente intendono attuare.

Dal punto di vista tributario, la simulazione¹⁸ assume rilievo allorchando è utilizzato un prestanome, che appare formalmente soggetto passivo d'imposta, nella cui sfera giuridica si produrranno gli effetti dell'atto e a carico del quale si applicherà il tributo; oppure nell'ipotesi in cui viene mascherata una certa operazione, attraverso l'attribuzione di una qualificazione giuridica che comporta l'applicazione di un trattamento fiscale meno oneroso.

L'amministrazione finanziaria potrà contrastare il comportamento simulato, imputando al dominus gli effetti fiscali delle operazioni compiute dal prestanome, mediante l'applicazione dell'art. 37 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, concernente l'interposizione fittizia di persona in materia di accertamento tributario.

L'evasione fiscale¹⁹, per converso, può essere inquadrata nel comportamento *contra legem* tenuto dal contribuente, il quale, pur essendo obbligato al pagamento di un tributo, se ne sottrae in tutto (evasione totale) o in parte (evasione parziale). Nel comportamento mirato all'evasione, l'azione posta in essere dal soggetto passivo d'imposta non è volta a modificare, nei limiti della legalità formale, la struttura della fattispecie tributaria, ma tende a sfuggire illegalmente alle sue conseguenze.

In forza di questa configurazione, l'evasione fiscale integra un inadempimento colpevole della pretesa tributaria, già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie, e presuppone un contegno fraudolento e antitributario del contribuente²⁰.

18 Sulla simulazione applicata al diritto tributario, cfr. DOLIA, *Simulazione* (Dir. Trib.), in Enc. Giur. Treccani, vol. XXVIII, Roma, 1990, pagg. 1 e segg.; S. COVINO, voce *Simulazione* (Dir. Trib.), in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24-Ore*, vol. 14, Milano, 2007, pagg. 499-500; I. VIGLIOTTI, *Simulazione ed elusione d'imposta*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1983, II, pagg. 665 e segg., che in commento a Cass., 27 luglio 1982, n. 4328, affronta il problema del rapporto tra i due istituti in relazione all'imposta di registro. Peraltro, incidentalmente dell'istituto della simulazione si è occupato anche A. URICCHIO, *Commento all'art. 20 T.U.R.*, in N. D'AMATI, *La nuova disciplina dell'imposta di registro*, Torino, 1989, pag. 180. Dell'istituto della simulazione in campo tributario, in relazione al tributo di registro, si è occupata anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, nonché l'Amministrazione finanziaria. A titolo esemplificativo, cfr. *Comm. Trib. Centr.*, 2 giugno 1982, n. 2943, in *Comm. Trib. Centr.*, 1983, I, pag. 17; *Comm. Trib. Centr.*, 11 ottobre 1984, n. 8765, in *Boll. Trib.*, 1985, pag. 1270; *Comm. Trib. Centr.*, 30 gennaio 1985, in *Comm. Trib. Centr.*, 1985, I, pag. 89; Cass., 13 marzo 1980, n. 1691, in *Comm. Trib. Centr.*, 1980, II, pag. 776; Cass., 12 luglio 1984, n. 4097, in *Foro It.*, 1984, I, c. 2463; Cass., 1 dicembre 1994, n. 10247, in *Corr. Trib.*, 1995, pag. 463; Cass., 12 novembre 1998, n. 11424, in *Riv. Giur. Trib.*, 1999, pag. 756; *Ris. Min. Fin.*, 22 dicembre 1989, n. 461696, in *Corr. Trib.*, 1990, pag. 501.

19 Sulla tematica dell'evasione fiscale, si rinvia a R. LUPI, *Evasione fiscale (ad vocem)*, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24-Ore*, vol. 6, Milano, 2007, pagg. 275 e segg.; A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria (ad vocem)*, cit., pagg. 5 e segg.; V. VISCO, *Evasione fiscale (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., vol. V, Torino, 1990, pagg. 291 e segg.; E. GONZALEZ GARCIA, *La cosiddetta «evasione fiscale»*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1974, I, pagg. 52 e segg.; A. BRANCACCIO, *L'evasione delle imposte sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1978, I, pagg. 96 e segg.; A. GIORGETTI, *L'evasione tributaria*, Torino, 1964, passim; C.F. GROSSO, *L'evasione fiscale*, Torino, 1980, passim.

20 All'evasione tributaria viene ricollegato il problema della frode fiscale. In tema, si veda F. LEMME, voce *Frode fiscale*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIV, Roma, 1989, pag. 3. In particolare, sulla frode fiscale, cfr. R. PASELLA, *Questioni interpretative in tema di frode fiscale*, in *Indice pen.*, 1979, pagg. 173 e segg.; M. CARATTOZZOLO, *La frode fiscale*, in *Dir. e prat. Trib.*, 1983, pagg. 90 e segg.; B. SANTAMARIA, *La frode fiscale*, Milano, 1987.

Appare netta la differenza rispetto alla fattispecie elusiva, la quale ha sempre uno sviluppo palese e formalmente legittimo, che comporta l'intrinseco aggiramento dello spirito della legge.

A differenza del comportamento elusivo, l'evasione costituisce un vero e proprio illecito, che può integrare gli estremi di un'infrazione amministrativa, che implica l'applicazione di sanzioni tributarie amministrative, ovvero, nelle ipotesi più gravi, quelli di un reato penale, che comporta l'irrogazione di sanzioni tributarie penali.

Pertanto, va ribadita la netta distinzione tra l'evasione e l'elusione: la prima costituisce un comportamento in violazione diretta di una norma tributaria; la seconda comporta l'apparente osservanza del precetto normativo e la sua violazione implicita, laddove si configura come meccanismo mediante il quale il contribuente mira ad evitare il prelievo tributario, ricorrendo ad apposite «scappatoie» al limite della legalità. Di qui, l'assimilazione del fenomeno elusivo alla frode alla legge, piuttosto che alla violazione diretta del precetto normativo.

4. Le differenze concettuali tra l'elusione, l'evasione e l'erosione. – Malgrado la fondatezza della conclusione teoretica, sul piano applicativo sussistono stretti legami tra l'evasione fiscale, l'elusione tributaria e l'erosione. I tre fenomeni, pur rivestendo caratteristiche differenti, presentano un denominatore comune: la vocazione unitaria alla riduzione del gettito tributario.

Tuttavia, la differenza tra le fattispecie può assumere connotati così labili da rendere difficile la distinzione tra i comportamenti conclamati. Difatti, come si è visto, l'evasione configura un comportamento illegale, che viola una disposizione normativa, in conseguenza del quale il contribuente versa allo Stato meno di quanto dovrebbe o si sottrae all'obbligo tributario.

L'elusione costituisce un *quid minus*, che si sostanzia nell'utilizzo consapevole delle imperfezioni e delle lacune delle leggi tributarie per ridurre l'onere fiscale, nel rispetto formale della normativa di diritto positivo. La differenza tra l'evasione e l'elusione, quindi, appare netta sul piano formale, sebbene dal punto di vista sostanziale gli obiettivi cui tendono i due comportamenti risultano pressoché identici.

L'erosione, invece, è caratterizzata dalla previsione normativa di deroghe ai principi generali d'imposizione e di trattamenti privilegiati legati al riconoscimento di regimi fiscali agevolati. Nondimeno, anche la distinzione tra l'elusione e l'erosione può assumere connotazioni impercettibili, qualora le agevolazioni siano intenzionalmente utilizzate in maniera più ampia di quanto programmato o supposto dal legislatore. In tale ipotesi, il regime agevolato può costituire fonte di comportamenti elusivi.

Dal punto di vista concreto, dunque, la differenziazione dell'attività elusiva dai fenomeni dell'evasione e dell'erosione può risultare più ardua della mera rappresentazione teoretica.

5. L'esercizio del diritto soggettivo in difformità dai suoi limiti funzionali: l'elusione fiscale e l'abuso del diritto. L'intento elusivo come artificio soggettivo avente una specifica rilevanza giuridica. – Nella categoria «abuso del diritto»²¹, il diritto soggettivo cessa di ricevere tutela, in quanto esercitato in difformità dai suoi limiti funzionali: il comportamento del titolare del diritto, malgrado la conformità formale alla disposizione normativa, tradisce le finalità intrinseche della norma.

La figura, che presenta notevoli affinità con la fattispecie dell'elusione fiscale²², sulla scia della prassi dei paesi di common law, ha avuto di recente un inusuale risvolto applicativo in materia tributaria, per effetto della giurisprudenza di legittimità e comunitaria²³.

La giurisprudenza della Corte Suprema, che, nell'adattare il principio al settore delle imposte dirette, ne rinveniva le origini nell'ordinamento comunitario, in seguito, ha ricostruito l'abuso del diritto come figura immanente all'ordinamento italiano, avente fondamento nell'art. 53 Cost., che delinea il criterio della capacità contributiva²⁴ e il parametro della progressività del sistema tributario.

Nella prassi della giurisprudenza tributaria e di legittimità, la figura, in mancanza di una nozione normativa unitaria, è stata applicata alle operazioni dogana-

21 Per una disamina generale sull'istituto dell'abuso del diritto, cfr. U. NATOLI, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano, in Riv. Trim., 1958, pagg. 18 e segg.; V. GIORGIANNI, L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963; S. ROMANO, voce Abuso del diritto, c) Diritto attuale, in Enc. Dir., vol. I, Milano, 1958, pagg. 166 e segg.; S. PATTI, Abuso del diritto (ad vocem), in Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24–Ore, vol. 1, Milano, 2007, pagg. 1 e segg.; C. SALVI, voce Abuso del diritto I) Diritto civile, in Enc. Giur. Treccani, vol. I, Roma, 1988, pagg. 1 e segg.; M. D'AMELIO, voce Abuso del diritto, in Nov. Dig. It., vol. I, Torino, 1957, pagg. 95–96; A. DI FRANZIA, L'abuso del diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, in Inchieste di diritto comparato, 7, L'abuso del diritto, a cura di M. ROTONDI, Padova, 1979, pagg. 115 e segg.; F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, 8ª ed., Napoli, 1964, pag. 76; G. CATTANEO, Buona fede obiettiva e abuso del diritto, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1971, pagg. 613 e segg.; P. RESCIGNO, L'abuso del diritto, in Riv. Dir. Civ., 1965, I, pagg. 205 e segg.; P. RESCIGNO, L'abuso del diritto, Bologna, 1998; M. DOSSETTI, Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto, in Giur. It., I, 1, pagg. 1573 e segg.; SACCO, L'abuso del diritto soggettivo, in Trattato di diritto civile, diretto da SACCO, Torino, 2001; RESTIVO, Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano, 2007; CASTRONOVO, Abuso del diritto come illecito atipico?, in Europa e Dir. Priv., 2006, pagg. 1051 e segg.; M. MESSINA, L'abuso del diritto, Napoli, 2004; F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, XIV ed., Napoli, 2009, pag. 57; P. PERLINGIERI – P. FEMIA, in P. PERLINGIERI Manuale di diritto civile, 6ª ed., Napoli, 2007, pagg. 80–81; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, 19ª ed., Milano, 2009, pagg. 77–78.

22 Recentemente l'elusione fiscale è stata estesa anche al controllo sulle società estere. Sul punto, si veda l'articolo di D. AVOLIO – B. SANTACROCE, Sulle controllate estere serve giusto equilibrio, in Il Sole 24–Ore del 23 giugno 2010, n. 171, pag. 33.

23 Si vedano, in particolare, le sentenze della Suprema Corte, che hanno costituito tappe significative per arrivare ad applicare il principio del divieto dell'abuso del diritto anche in materia fiscale. In tal senso, cfr. Cass., 10 maggio 2005, n. 22932; Cass., 12 maggio 2005, n. 20826; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398. In verità, l'apertura della giurisprudenza di legittimità, in recepimento di ciò che stava avvenendo a livello comunitario, costituisce anche una reazione ai comportamenti, sempre più diffusi, posti in essere dai contribuenti per addivenire ad un illecito risparmio di imposta. Difatti, ci si era accorti che, con il passare del tempo, la normativa concernente l'elusione tributaria era insufficiente a contrastare il fenomeno, giacché il risparmio di imposta veniva realizzato attraverso manovre complesse, difficilmente arginabili con le norme sull'elusione e sull'evasione fiscale.

24 Sul principio di capacità contributiva, si rinvia a R. LUPI, voce Capacità contributiva, in Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24–Ore, vol. 2, Milano, 2007, pagg. 683 e segg.

li²⁵, all'ICI²⁶, all'imposta di registro²⁷, alla tassazione delle tipologie contrattuali²⁸, alla materia dell'accertamento fiscale²⁹, a quella del rimborso delle imposte³⁰, ai profili tri-

- 25 In tal senso, si veda Cass., 15 settembre 2009, n. 19827. Per le prime osservazioni sulla decisione della Suprema corte, si rinvia a F. FALCONE – A. IORIO, L'abuso del diritto colpisce anche le dogane, in *Il Sole 24–Ore* del 17 settembre 2009, n. 256, pag. 35, che mettono in luce come «l'abuso del diritto colpisce anche le operazioni doganali se per eludere i contingentamenti e le restrizioni sull'importazione di una determinata merce viene utilizzata una società ritenuta prestanome. Ciò perché è immanente nel diritto comunitario, interessato direttamente dai dazi doganali, una clausola generale “antiabusiva” per delegittimare le operazioni commerciali realizzate al fine di ottenere indebite agevolazioni daziarie». Peraltro, la materia dell'abuso del diritto, ricollegata al problema dei dazi doganali, non ha interessato la sola giurisprudenza di legittimità, ma anche quella di merito. A titolo esemplificativo, cfr. *Comm. Trib. Reg. Liguria*, sent. 18 marzo 2009, la quale ha trattato la tematica in relazione al più vasto problema delle importazioni irregolari.
- 26 In particolare, la tematica dell'abuso del diritto ricollegata all'applicazione dell'ICI è stata oggetto della decisione adottata da Cass., 30 novembre 2009, n. 25127, la quale si è occupata del trattamento delle aree pertinenziali, nell'ambito dell'imposta comunale sugli immobili. La Suprema Corte non ha mancato di osservare che il vincolo pertinenziale è opponibile all'Amministrazione finanziaria solo quando è sorretto da esigenze di natura economica, ornamentale o altro. Di conseguenza, non sarà opponibile qualora sia giustificato da mere ragioni di risparmio di imposta. Pertanto, l'impresa edilizia, che simula un rapporto pertinenziale all'esclusivo fine di corrispondere l'imposta comunale sugli immobili in misura ridotta, incorrerà nell'abuso del diritto, categoria giuridica generale desunta dalla giurisprudenza di legittimità dal disposto di cui all'art. 53 Cost. In argomento, si rinvia a L. LOVECCHIO, Abuso del diritto applicabile alla disciplina Ici, in *Il Sole 24–Ore* del 2 dicembre 2009, n. 332, pag. 33, il quale, fornendo un primo commento alla decisione in esame, sottolinea che «L'abuso del diritto debutta anche nell'Ici. L'impresa che simula un vincolo pertinenziale per evitare il pagamento dell'Ici su un'area edificabile mette in atto un comportamento inopponibile all'ente impositore, in quanto contrario alle regole che presidiano l'applicazione del tributo».
- 27 Per un'applicazione del principio del divieto dell'abuso del diritto all'imposta di registro, si rinvia alla decisione della *Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia*, del 09/10/2009, in *Giur. Trib.*, 2010, con nota di BEGHINI, L'imposta di registro e l'interpretazione degli atti incentrata sulla sostanza economica nell'«abracadabra» nell'abuso del diritto. In particolare, la decisione ha configurato una fattispecie elusiva riconducibile all'abuso del diritto, ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, nell'operazione di conferimento in società di beni in natura (nel caso di specie, immobili), gravati da debiti, e di successiva cessione delle partecipazioni. In altri termini, secondo la ricostruzione fornita da questa giurisprudenza tributaria di merito, si tratta di un negozio giuridico posto in essere con abuso del diritto. Peraltro, la materia dell'imposta di registro è stata oggetto di attenzione in relazione al problema dell'elusione tributaria. Sul punto, si rinvia, per approfondimenti, allo Studio del CNN (est. G. PETRELLI) n. 95/2003/T, *Imposta di registro. Elusione fiscale. Interpretazione e riqualificazione degli atti*, approvato dalla Commissione studi tributari il 26 marzo 2004 e consultabile in CNN *Notizie* del 4 maggio 2004. Pregevole appare, altresì, la ricostruzione fornita da G. MARONGIU, L'elusione nell'imposta di registro tra l'abuso del diritto e l'abuso del potere, in *Dir. Prat. Trib.*, 2008, pagg. 107 e segg.
- 28 In materia, recentemente si è pronunciata anche la Suprema Corte (Cass., 19 maggio 2010, n. 12249), affermando che la presenza di un contratto tipico tra le parti non esclude, in via generale, l'abuso di diritto, quando la tipologia contrattuale prescelta cela la natura abusiva dell'operazione, finalizzata ad ottenere un cospicuo risparmio di imposta. Di conseguenza, l'Amministrazione finanziaria può disconoscere le operazioni (ossia, i contratti conclusi tra le parti) prive di valide ragioni economiche, che mirano ad eludere le leggi fiscali, giacché poste in essere al solo fine di ottenere un indebito risparmio d'imposta. Per un primo commento alla decisione, cfr. F. FALCONE – A. IORIO, Abuso del diritto per contratti tipici, in *Il Sole 24–Ore* del 21 maggio 2010, n. 138, pag. 33.
- 29 In materia, si veda il contributo interpretativo offerto da A. IORIO, Per l'abuso del diritto il limite del beneficio, in *Il Sole 24–Ore* del 3 marzo 2010, n. 61, pag. 36, il quale mette in luce come la recente giurisprudenza di legittimità viene a configurare esistente, anche nell'ordinamento tributario, il divieto dell'abuso del diritto, consistente nel «divieto di conseguire vantaggi fiscali mediante l'uso distorto di strumenti giuridici, pur se non contrastanti con alcuna disposizione normativa, al fine di ottenere vantaggi fiscali in assenza di ragioni economicamente apprezzabili». In particolare, il principio del divieto dell'abuso del diritto, applicato alla tematica dell'accertamento tributario, impone all'Amministrazione finanziaria di dimostrare che il contribuente sottoposto a controllo si sia effettivamente avvantaggiato dall'operazione posta in essere, in violazione del principio predetto. Interessante appare, altresì, la ricostruzione di A. CRISCIONE, Con l'abuso del diritto una spinta ai controlli, in *Il Sole 24–Ore* del 4 marzo 2010, n. 62, pag. 33, il quale sottolinea che «l'abuso del diritto non è più solo un' “invenzione” della Corte di Cassazione, il jolly per le sentenze nei casi in cui ricorrere al tradizionale concetto di elusione offriva appigli troppo deboli. Ora è anche uno strumento usato con una relativa frequenza dagli uffici fiscali, anche se con una certa preferenza per i casi relativi ai grandi contribuenti. E se in qualche regione se ne ammette l'utilizzo come strumento quasi “ordinario” in alcuni casi, in altre l'abuso del diritto è strumento residuale quando le altre forme “tipizzate” di elusione non reggono».
- 30 In tal senso, cfr. *Comm. Trib. Reg. Lombardia*, sent. n. 171/28/09, depositata il 23 novembre 2009, la quale ritie-

butari delle successioni mortis causa³¹ e, da ultimo, si è cercato di estenderla anche al settore delle imposte dirette³².

La categoria dell'abuso del diritto, che sembra condividere con l'elusione l'obiettivo di aggirare l'applicazione della norma e di contravvenire alle sue finalità intrinseche, in realtà non può essere assimilata alla fattispecie elusiva, trattandosi di figure tra loro non sovrapponibili.

In questa prospettiva, l'opzione del contribuente per una soluzione idonea a ridurre il gravame impositivo assume connotazione elusiva allorché si trasforma in un espediente, formalmente lecito, che cagiona la violazione sostanziale del precetto tributario. In altri termini, i comportamenti elusivi costituiscono artifici giuridici, i quali, nell'apparente osservanza della norma, di fatto la violano, perché in contrasto con l'ordine normativo sostanziale.

Pertanto, un elemento essenziale della fattispecie elusiva è costituito dall'artificio soggettivo, che assume specifica rilevanza giuridica. L'intento elusivo, tuttavia, non va inteso come mera consapevolezza dell'autore di porre in essere un atto in contrasto con lo spirito della legge, ma come progetto concreto che informa l'azione e da essa è direttamente rilevato. Dal punto di vista definitorio, quindi, l'elusore è colui che, nel compiere le operazioni programmate, non nasconde la realtà formale, ma aggira lo spirito di una disposizione cogente del sistema normativo.

ne che ci può essere abuso del diritto anche nelle modalità di scelta e nella tempistica della richiesta di rimborso delle imposte, con la conseguente possibilità per l'Amministrazione finanziaria di sindacare anche le procedure scelte dal contribuente. Per un primo commento alla decisione, cfr. A. CRISCIONE – A. IORIO, L'abuso del diritto «invade» i tempi per il rimborso, in *Il Sole 24–Ore* del 28 novembre 2009, n. 328, pag. 25.

31 Pregevole appare in materia la ricostruzione offerta da E. DE MITA, Abuso del diritto inserito a forza nelle successioni, in *Il Sole 24–Ore*, del 13 settembre 2009, n. 252, pag. 25, il quale critica la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 24 agosto 2009, n. 234/E, che, facendo ricorso al divieto dell'abuso del diritto, ha ritenuto illegittimo il comportamento dell'erede superstite, il quale ha rinunciato, in nome e per conto del chiamato defunto, all'eredità che a quest'ultimo sarebbe spettata. In particolare, l'Amministrazione finanziaria sottolinea che una tale rinuncia, effettuata all'esclusivo scopo di fruire di un risparmio d'imposta, verrebbe a concretizzare l'abuso del diritto. In realtà, l'Autore nota che «nell'imposta di successione la rinuncia all'eredità da parte dell'erede che succede a un chiamato defunto non è automaticamente abuso del diritto. Se c'è rinuncia non c'è tassazione; ma non si può dire che c'è violazione dell'articolo 53 solo perché non c'è tassazione». In altri termini, si mette in luce la prassi, che recentemente si sta diffondendo in seno alla giurisprudenza tributaria (di merito e di legittimità) ed all'Amministrazione finanziaria, di invocare l'abuso del diritto come principio interpretativo. A tal fine, l'autore sottolinea che «l'abuso del diritto non è un principio interpretativo, una specie di “in dubio pro fisco” che vada a scegliere la sola interpretazione favorevole al fisco. Anche se in materia si è fatto riferimento, in una giurisprudenza corriva, all'articolo 53 della Costituzione, non mi pare vi sia una coincidenza fra principio di capacità contributiva e divieto dell'abuso del diritto. L'interpretazione adeguatrice fatta sulla base del principio di capacità contributiva non porta all'identificazione letterale con la nozione di abuso del diritto».

32 In materia, si veda, in particolare, l'ordinanza adottata recentemente dalla Corte di Cassazione il 4 agosto 2010, n. 18055, con la quale la Suprema Corte sottopone alla Corte Ue il problema della rilevanza in ambito comunitario dell'abuso del diritto nell'imposizione diretta. In altri termini, la Cassazione ha ritenuto opportuno il parere dei giudici comunitari in relazione alla rilevanza, rispetto ai principi comunitari, di pratiche di abuso del diritto sulle imposte dirette. Sulla tematica, cfr. A. IORIO – F. FALCONE, Abuso del diritto e imposte dirette al test Corte Ue, in *Il Sole 24–Ore*, del 5 agosto 2010, n. 213, pag. 21, i quali osservano che «ora risulterà particolarmente importante conoscere l'opinione sul punto dei giudici comunitari sia con riferimento al futuro della nuova definizione, sia, soprattutto, circa il valore che verrà attribuito all'abuso del diritto all'interno dell'imposizione diretta, in ambito comunitario». Peraltro, è opportuno ricordare che della problematica dell'elusione ricollegata alle imposte reddituali si era già occupato in passato A. ZOPPINI, Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, pagg. 53 e segg.

Il fenomeno consiste, appunto, nello sfruttamento delle smagliature delle norme tributarie, al fine di realizzare un consistente risparmio d'imposta, alla luce apparen- te della legalità e nel rispetto formale delle regole.

In questi termini, per aversi una fattispecie elusiva è necessario il concorso di tre requisiti essenziali: l'intento di risparmiare l'imposta; l'anormalità dei procedi- menti scelti; l'alleggerimento effettivo del carico fiscale. Il primo elemento include gli altri, i quali assurgono a indici obiettivi della struttura della fattispecie.

6. L'elusione fiscale e il *negotium in fraudem fisci*. – Per quanto l'elusione fi- scale prenda le mosse dal negozio in frode alla legge³³ (art. 1344 cod. civ.), non pare corretta la riconduzione a questa figura giuridica. Le due fattispecie presentano mol- teplici elementi discretivi³⁴: l'imperatività della norma tributaria riveste peculiari- tà diverse dall'imperatività dell'art. 1344 cod. civ., che tende ad impedire che i sog- getti dell'ordinamento possano dare surrettizia attuazione a regolamenti negoziali in contrasto con interessi meritevoli di tutela³⁵.

In altri termini, l'art. 1344 cod. civ. si riferisce alle norme imperative di dirit- to privato, le quali, nell'individuare i limiti all'autonomia negoziale³⁶, inibiscono comportamenti diretti a aggirare un'autoregolamentazione dei rapporti privati dif- forme da quanto astrattamente previsto dal legislatore.

Questa connotazione finalistica esclude che la disposizione possa essere appli- cata ai negozi in frode al fisco (c.d. *negotia in fraudem fisci*): l'imperatività dell'art. 1344 cod. civ. non si conforma a tutte le norme inderogabili, ma solo a quelle precet- tive o proibitive che subordinano il perseguimento di un risultato materiale alla sus- sistenza di particolari condizioni o dichiarano l'obiettivo programmato direttamen- te illecito.

In questa tipologia non rientrano le norme tributarie, le quali, pur caratterizzate dal requisito dell'inderogabilità, non considerano determinate situazioni come non meritevoli di protezione o non riconoscono la tutela di altre in presenza di specifiche condizioni, ma assumono talune situazioni della realtà fenomenica come indice di capacità contributiva (ex art. 53 Cost.), al fine di ricollegarvi il tributo ed individuar- ne il soggetto passivo d'imposta.

Pertanto, nelle norme tributarie viene meno la ratio dell'art. 1344 cod. civ. di colpire pure il risultato, diverso ma analogo a quello previsto dalla norma proibitiva

33 Per i rapporti tra l'elusione e la frode alla legge, cfr. GALLO, Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa), in *Rass. Trib.*, 1989, I, pagg. 11 e segg.; GIULIANI, Elusione fiscale, frode alla legge e causa concreta del contratto, in *Contratto e impresa*, 2007, 2, pag. 455.

34 Sul punto, si rinvia all'approfondita ricostruzione di S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pagg. 222 e segg.

35 In tal senso, cfr. R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 3.

36 Così, in particolare, R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pagg. 3–4.

o precettiva, maliziosamente conseguito dalle parti per superare l'ostacolo legislativo alla sua realizzazione³⁷.

Inoltre, mentre nel negozio in frode alla legge sussistono sia l'elemento oggettivo e che quello soggettivo, nell'elusione è presente il parametro soggettivo della frode, ma non l'elemento oggettivo della lesione dell'interesse sociale, che l'ordinamento tutela attraverso la previsione del divieto o del precetto. L'oggetto della frode fiscale, quindi, non è ravvisabile nella violazione della norma, ma nella lesione dell'interesse dello Stato alla percezione del tributo.

In realtà, la *fraus fisci* può essere allogata nella categoria della frode ai creditori, piuttosto che nel negozio in frode alla legge³⁸ (ex art. 1344 cod. civ.), considerato che lo Stato, quale soggetto attivo d'imposta, può essere assimilato alla parte attiva del rapporto obbligatorio di diritto privato.

In conclusione, l'elusione fiscale, a differenza del negozio in frode alla legge, può ricevere attuazione non soltanto mediante le tipologie contrattuali e, quindi, abusando delle regole in materia di autonomia privata, ma anche attraverso atti non negoziali: non sono infrequenti le ipotesi in cui il contribuente, titolare di un'impresa di produzione di beni, effettui una manipolazione materiale dei prodotti per beneficiare di un regime fiscale meno gravoso in forza dell'imprecisione della norma tributaria; ovvero le altre ipotesi di chi pone in essere operazioni imponibili al solo scopo di sbloccare i rimborsi dei crediti³⁹.

Neppure sono rare le situazioni nelle quali il contribuente, per conseguire un risultato economico, adotta, in luogo della forma contrattuale tipica, una tipologia negoziale anomala o indiretta, mirata a perseguire il medesimo risultato, ma con un evidente risparmio d'imposta: può pensarsi alla situazione in cui, in luogo di una compravendita fiscalmente più onerosa, viene stipulato un mandato a vendere con contestuale rilascio di una procura irrevocabile alla gestione del bene. In questi casi, l'applicazione della norma civilistica (art. 1344 cod. civ.) non permette di arginare il fenomeno dell'elusione fiscale.

37 Cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 222.

38 Per un'approfondita ricostruzione del negozio in frode alla legge, cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, Milano, 1968; G. GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, pagg. 73 e segg.; MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996; M. RABITTI, voce *Frode alla legge* (contratto in), in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24-Ore*, vol. 6, Milano, 2007, pagg. 553 e segg.; U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., vol. VIII, Torino, 1992, pagg. 501 e segg.; M. NUZZO, voce *Negoziato giuridico*, IV) *Negoziato illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, pagg. 3 e segg.; F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, pagg. 573 e segg.; DI MARZIO, *Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 2001, II, pag. 433; G. GITTI, *Il contratto in frode alla legge. Itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, pagg. 697 e segg.; VELLUZZI, *Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, pagg. 183 e segg.

39 Per tali esempi, si veda R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 4, nt. 1.

7. Il contegno elusivo e l'interpretazione antielusiva della norma fiscale: la linea di demarcazione tra il comportamento elusivo e il risparmio lecito dell'imposta. La rilevanza della distinzione tra le disposizioni antielusive a struttura ordinaria e la disposizione antielusiva generale. – L'approccio più congruente per la comprensione della figura dell'elusione deve analizzare il rapporto tra il contegno elusivo e l'interpretazione della norma fiscale⁴⁰.

Infatti, l'elusione integra un comportamento del contribuente non contrastabile soltanto per via interpretativa; altrimenti, il raggirò delle disposizioni normative si rivelerebbe inidoneo a perseguire lo scopo fraudolento e farebbe fallire il comportamento elusivo. L'attività interpretativa deve svolgersi nel rispetto delle limitazioni imposte dallo spirito e dal sintagma della legge.

In questa prospettiva, l'interpretazione antielusiva può costituire un ostacolo all'elusione, una volta che si sia verificata, ma non appare uno strumento idoneo alla sua inibizione aprioristica⁴¹.

Per un corretto inquadramento della problematica, occorre individuare la linea di demarcazione tra il comportamento elusivo e il risparmio lecito dell'imposta⁴², ossia tra l'aggiramento malizioso della fattispecie e la scelta fiscalmente meno onerosa per il contribuente. Invero, la linea di confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è non sembra immutabile, ma risente dell'applicazione combinata di due fattori: il grado di evoluzione raggiunto dall'ordinamento giuridico; l'impostazione accolta dall'interprete nell'ermeneutica della norma elusa⁴³.

In realtà, le tecniche antielusive presentano non pochi inconvenienti, dato che l'elusione costituisce un fenomeno complesso, che non può essere arginato con strumenti artificiosi, ma richiede interventi legislativi mirati ad introdurre appositi strumenti di repressione⁴⁴.

Il legislatore tributario, nel corso degli anni, ha introdotto una serie di strumenti normativi diretti a neutralizzare i comportamenti elusivi: da un lato, la categoria delle presunzioni legali, al fine individuare con precisione il fatto tassabile; dall'altro, l'abrogazione o la modifica di disposizioni fiscali eccessivamente permissive o contenenti clausole ampie e innominate, tali da prestarsi ad interpretazioni variegate; infine, la previsione di sanzioni tributarie amministrative e penali da applicare ai fenomeni elusivi e non soltanto alle fattispecie di evasione fiscale.

40 Per un'attenta ricostruzione dell'interpretazione della norma elusa, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pagg. 224 e segg.

41 Cfr. R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 4.

42 Per tale considerazione, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 222.

43 In tal senso, cfr. S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 222.

44 Sulla questione degli strumenti volti a reprimere i comportamenti elusivi, cfr. DUS, *Categorie ordinanti della fiscalità e norma antielusiva*, in *Dialoghi*, 2007, pagg. 1127 e segg.; BEGHIN, *Il dividend stripping tra clausole generali antielusive, disposizioni ordinarie con funzione antielusiva e abnorme impiego di strumentazione civilistica*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, II, pagg. 691 e segg.

Inizialmente, il legislatore italiano ha cercato di porre rimedio all'elusione con interventi settoriali di modifica delle norme in materia di calcolo dell'imposta e di prevenzione dei comportamenti elusivi, senza dettare disposizioni generali sul fenomeno. Ne è derivata una sorta di legislazione dell'emergenza, volta a reprimere specifici comportamenti elusivi, senza alcuna vocazione unificante⁴⁵.

Il protrarsi di questa tecnica legislativa ha determinato una sovrapposizione di criteri normativi, che ha portato all'elaborazione di regole farraginose e contraddittorie. Infatti, per alcuni decenni, il contrasto al fenomeno è stato affidato a disposizioni «rigide», aventi struttura ordinaria e funzione latamente antielusiva, cui è conseguito l'inconveniente di estendere il regime normativo ad ipotesi in cui le preoccupazioni antielusive erano ingiustificate⁴⁶.

Per superare le antinomie prodotte dalle disposizioni a struttura ordinaria, il legislatore ha introdotto nel sistema tributario una norma antielusiva di portata generale (art. 10, legge n. 408/1990), la quale consente all'amministrazione finanziaria di disconoscere il vantaggio conseguito dal contribuente attraverso scappatoie ermeneutiche ed espedienti fattuali⁴⁷.

La norma antielusiva generale è stata inserita nell'art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973⁴⁸ (Decreto sull'accertamento delle imposte sui redditi), che dispone: «Sono inopponibili all'Amministrazione Finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi, altrimenti indebiti. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al 1 comma, applicando le imposte determinate sulla base delle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione».

Il legislatore ha subordinato l'applicazione della disposizione antielusiva⁴⁹ generale a presupposti di natura formale, che conferiscono rilievo alla tassatività delle operazioni elencate (fusioni, scissioni e altre operazioni), e a requisiti di carattere teleologico, che assegnano rilevanza alle finalità che hanno indotto il contribuente ad agire⁵⁰. Infatti, il comportamento del soggetto passivo d'imposta deve essere finaliz-

45 Cfr. R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 4.

46 Per tali considerazioni, cfr. R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 4.

47 In tal senso, cfr., ancora, R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 5.

48 Pregevole sul tema appare la ricostruzione fornita da ZIZZO, *La nozione di elusione nella clausola generale*, in *Corr. Trib.*, 1996, pagg. 3087 e segg., il quale, definendo l'ambito di applicazione della disposizione normativa, rileva che la collocazione della norma «ne condiziona la sfera di applicazione, limitandola a quelle imposte (quelle sui redditi), e a quelle altre il cui accertamento è regolato mediante il rinvio alla normativa in materia di imposte sui redditi».

49 In materia di disposizioni antielusive, cfr. RUSSO, *Note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.*, 1999, pagg. 68 e segg.

50 Così R. LUPI – G. SEPIO, *Elusione fiscale* (ad vocem), cit., pag. 5.

zato al conseguimento di un indebito vantaggio fiscale e, quindi, deve risultare privo di ragioni economiche legate ad esigenze extrafiscali.

In ogni caso, qualora l'amministrazione finanziaria intenda applicare la disposizione per disconoscere i vantaggi fiscali conseguiti indebitamente dal contribuente⁵¹, deve chiedere, a pena di nullità, gli opportuni chiarimenti e indicare le motivazioni per le quali ritiene di procedere all'applicazione della disposizione generale antielusiva⁵². La normativa, pertanto, a differenza delle disposizioni antielusive a struttura ordinaria, presenta una portata del tutto diversa, per l'attitudine a conformarsi alla mutevolezza della prassi applicativa.

8. La tutela del contribuente tra interpello ordinario e interpello speciale antielusivo. – Un ulteriore istituto che viene in rilievo nella materia dell'elusione fiscale è costituito dall'interpello speciale antielusivo, strumento a tutela del contribuente, che, per mettersi al riparo da sanzioni fiscali, chiede preventivamente all'amministrazione finanziaria se il comportamento programmato possa essere considerato elusivo⁵³.

Questa forma di interpello⁵⁴ ha un ambito di applicazione più ristretto dell'interpello ordinario (art. 11, legge n. 212/2000) (Statuto dei diritti del contribuente⁵⁵), in quanto concerne l'applicazione di disposizioni specifiche⁵⁶: la norma antielusiva generale (art. 37 bis, D.P.R. n. 600/1973); l'interposizione fittizia di persone (art. 37, D.P.R. n. 600/1973); la distinzione tra spese promozionali e spese di rappresentanza; i dividendi esteri; le operazioni infragruppo con non residenti; i conferimenti esteri; la dual income tax.

L'interpello antielusivo consente al contribuente di sollecitare una risposta dell'amministrazione finanziaria e di metterla in mora in caso di omessa risposta. Infatti, in presenza di particolari presupposti, il silenzio dell'amministrazione è equiparato all'accoglimento dell'istanza⁵⁷.

51 Sulle conseguenze derivanti dall'aver posto in essere un comportamento rientrante nella fattispecie elusiva di cui all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, cfr. F. GALLO, Rilevanza penale dell'elusione, in *Rass. Trib.*, 2001, pagg. 327 e segg.; DEL FEDERICO, Elusione e illecito tributario, in *Corr. Trib.*, 2006, pagg. 3113 e segg.

52 Cfr. R. LUPI – G. SEPIO, Elusione fiscale (ad vocem), cit., pagg. 5–6.

53 Cfr. R. LUPI – G. SEPIO, Elusione fiscale (ad vocem), cit., pag. 11.

54 Si tratta di una forma di interpello introdotta nel nostro ordinamento dalla legge n. 413/1991, la quale ha ricevuto attuazione molto più tardi con i decreti ministeriali del 13 giugno 1997 numeri 194 e 195. Per alcune considerazioni su tale tipo di interpello, cfr. ZIZZO, Diritto d'interpello e ruling, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992, pagg. 136 e segg.; LA ROSA, Prime considerazioni sul diritto di interpello, in *Il Fisco*, 1992, pagg. 7946 e segg. Per un'attenta ricostruzione dell'istituto dell'interpello, cfr. G. SEPIO, voce Interpello (Dir. Trib.), in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24–Ore*, vol. 8, Milano, 2007, pagg. 116 e segg.

55 Sullo Statuto del contribuente si rinvia alle attente ricostruzioni di A. URICCHIO, voce Statuto del contribuente, in *Digesto Agg.*, vol. II., Torino, 2003, pagg. 845 e segg.; F. BIANCHI – R. LUPI, voce Statuto del contribuente, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24–Ore*, vol. 15, Milano, 2007, pagg. 419 e segg.; A. FANTOZZI – A. FEDELE (a cura di), Statuto dei diritti del contribuente, Milano, 2005.

56 Per tali considerazioni, si rinvia a R. LUPI – G. SEPIO, Elusione fiscale (ad vocem), cit., pag. 11.

57 Così, ancora, R. LUPI – G. SEPIO, Elusione fiscale (ad vocem), cit., pag. 11.

Invero, le ipotesi più frequenti nelle quali l'interpello speciale antielusivo ha trovato applicazione riguardano proprio la disposizione antielusiva generale, a riprova dell'interesse che l'istituto ha suscitato nella prassi applicativa⁵⁸.

58 Interesse solleva, altresì, lo strumento di cui all'art. 37 bis, comma 8, D.P.R. n. 600/1973, finalizzato alla disapplicazione delle norme antielusive a struttura ordinaria, il quale si pone come alternativa all'interpello speciale antielusivo. La previsione normativa dispone che «le norme tributarie finalizzate a contrastare comportamenti antielusivi possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui si chiede la disapplicazione».

L'ELUSIONE COME CATEGORIA AUTONOMA DEL DIRITTO TRIBUTARIO

Il fenomeno dell'elusione può essere ricondotto alla morfologia delle categorie giuridiche trasversali. Infatti, la fattispecie elusiva è una figura diffusa nel sistema normativo, presente in vari settori del diritto positivo: il diritto civile; il diritto amministrativo; il diritto tributario. In quest'ultimo comparto, la fenomenologia è conosciuta come «elusione fiscale».

A differenza di altre figure, l'elusione non costituisce una categoria formale, in quanto manca di una nozione normativa: si tratta, in realtà, di una categoria logica, idonea ad individuare le ipotesi di aggiramento delle norme tributarie.

Eludere una disposizione fiscale significa aggirarla, o mediante il perfezionamento di apposite fattispecie civilistiche, o attraverso comportamenti posti in essere allo scopo di azzerare o di rendere meno gravoso il carico fiscale.

In altri termini, l'elusione si realizza allorché i mezzi utilizzati per costruire la fattispecie risultano irreprensibili sul piano formale del diritto positivo; diversamente, si rientrerebbe nella figura dell'evasione fiscale.

La fattispecie elusiva presenta origini storiche remote: già nelle fonti del diritto romano è possibile annoverare tracce dell'istituto. Difatti, l'elusione può essere ricondotta all'antica figura dell'agere in fraudem legis, quale comportamento umano che, sebbene caratterizzato dal rispetto di singole disposizioni, trasgrediva i principi di un settore normativo o quelli desumibili dal complesso ordinamentale.

Nell'attualità, il lemma «elusione» individua situazioni nelle quali, malgrado il rispetto della lettera della disposizione, è violata la ratio legis, ossia lo spirito che la norma esprime, con conseguente lesione dell'interesse tutelato.

In realtà, la fattispecie elusiva, pur derivando storicamente dal negozio in frode alla legge, presenta elementi di differenziazione dagli istituti dell'evasione, della simulazione e dell'abuso del diritto.

Difatti, l'evasione si ravvisa allorché il contribuente occulta proventi o deduce costi inesistenti. A differenza del comportamento elusivo, l'evasione costituisce un vero e proprio illecito, che può integrare gli estremi di un'infrazione amministrativa, che implica l'applicazione di sanzioni tributarie amministrative, ovvero, nelle ipotesi più gravi, quelli di un reato penale, che comporta l'irrogazione di sanzioni tributarie penali.

La simulazione integra ipotesi nelle quali le parti pongono in essere un regolamento soltanto apparente della fattispecie, mentre gli interessi funzionali al negozio sono in concreto inesistenti (simulazione assoluta) o diversi da quelli effettivamente perseguiti (simulazione relativa).

Dal punto di vista tributario, la simulazione assume rilievo allorché è utilizzato un prestanome, che appare formalmente soggetto passivo d'imposta, nella cui sfera giuridica si produrranno gli effetti dell'atto e a carico del quale si applicherà il tributo; oppure nell'ipotesi in cui viene mascherata una certa operazione, attraverso l'attribuzione di una qualificazione giuridica che comporta l'applicazione di un trattamento fiscale meno oneroso.

Nell'«abuso del diritto», infine, il diritto soggettivo cessa di ricevere tutela, in quanto esercitato in difformità dai suoi limiti funzionali: il comportamento del titolare del diritto, malgrado la conformità formale alla disposizione normativa, tradisce le finalità intrinseche della norma.

Per quanto l'elusione fiscale prenda le mosse dal negozio in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.), quindi, le due fattispecie presentano molteplici elementi discretivi: l'imperatività della norma tributaria riveste peculiarità diverse dall'imperatività dell'art. 1344 cod. civ., che tende ad impedire che i soggetti dell'ordinamento possano dare surrettizia attuazione a regolamenti negoziali in contrasto con interessi meritevoli di tutela.

In altri termini, l'art. 1344 cod. civ. si riferisce alle norme imperative di diritto privato, le quali, nell'individuare i limiti all'autonomia negoziale, inibiscono comportamenti diretti a aggirare un'autoregolamentazione dei rapporti privati difforme da quanto astrattamente previsto dal legislatore.

Questa connotazione finalistica esclude che la disposizione possa essere applicata ai negozi in frode al fisco (c.d. *negotia in fraudem fisci*).

OBEJŚCIE PRAWA JAKO SAMODZIELNA KATEGORIA PRAWA PODATKOWEGO

Przypadek obejścia prawa i jest rozpowszechnionym zjawiskiem w systemie prawnym, obecnym w różnych dziedzinach prawa pozytywnego: w prawie cywilnym; w prawie administracyjnym; w prawie podatkowym. W tym ostatnim segmencie prawa fenomen jest znany jako “unikanie podatków”.

W odróżnieniu od innych zjawisk, obchodzenie przepisów nie stanowi formalnej kategorii, ponieważ brakuje w nim elementu prawnego: chodzi w rzeczywistości o kategorię logiczną, zdolną do określenia założeń związanych z ominięciem zasad podatkowych.

Obejście przepisu podatkowego znaczy uniknięcie go poprzez doprowadzenie do odpowiednich okoliczności cywilnych lub poprzez działania w celu wyzerowania lub zmniejszenia obciążenia podatkowego.

Innymi słowami, obejście prawa dokonuje się więc, kiedy środki użyte do skonstruowania okoliczności z formalnego punktu widzenia prawa pozytywnego nie sprzeciwiają się przepisom prawa; w przeciwnym razie miałyby się do czynienia ze zjawiskiem unikania podatków.

Zjawisko obchodzenia prawa ma bardzo stare pochodzenie: już w źródłach prawa rzymskiego można znaleźć ślady tej instytucji. Obchodzenie prawa może być sprowadzone do starożytnego *agere in fraudem legis*, czyli zachowania ludzkiego, które, pomimo poszanowania poszczególnych przepisów prawnych, naruszało główne zasady prawodawstwa lub zasady pochodzące ze zbioru norm prawnych.

Obecnie termin «obejście prawa» określa sytuacje kiedy, pomimo poszanowania dla treści przepisu, jest łamana *ratio legis*, czyli duch, który wyraża przepis, z jednoczesną szkodą dla interesu chronionych.

W rzeczywistości, zjawisko obejścia prawa, pomimo, że historycznie pochodzi od aktu oszustwa, posiada elementy, które odróżniają je od instytucji unikania podatków, symulacji i nadużycia prawa.

W istocie, uznaje się za unikanie podatków sytuację, kiedy podatnik ukrywa przychody lub odejmuje od przychodu nieistniejące koszty. W odróżnieniu od działań dążących do obejścia prawa, unikanie opodatkowania stanowi prawdziwy i właściwy czyn niedozwolony, noszący znamiona wykroczenia administracyjnego, co wiąże się z nałożeniem kary grzywny za wykroczenie skarbowe, a w najbardziej

skrajnych przypadkach, można mówić o przestępstwie karnym, za które grozi mandat karny.

Z symulacją mamy do czynienia, kiedy strony podejmują tylko pozorne działania, podczas gdy w rzeczywistości nie mają one wywołać skutków prawnych (symulacja absolutna) lub różnią się one od tych, do których dąży się w rzeczywistości (symulacja relatywna).

Z punktu widzenia prawa skarbowego symulacja jest istotna, kiedy zostaje użyty figurant, który będzie formalnie podatnikiem, dla którego będą wiążące efekty prawne aktu i który zostanie obciążony podatkiem; lub przypadek, kiedy zostaje ukartowana pewna operacja, której nadaje się taką kwalifikację prawną, która skutkuje mniejszym obciążeniem podatkowym.

Podczas «nadużycia prawa» prawo podmiotowe przestaje być chronione, ponieważ jest wykonywane w sposób sprzeczny z jego funkcjonalnymi ograniczeniami: zachowanie osoby uprawnionej, pomimo zgodności formalnej z rozporządzeniem prawnym, zdradza jego prawdziwy cel.

Chociaż obejście podatków ma swoje początki w akcie oszustwa prawnego (art. 1344 cod. civ.), obie czynności posiadają wiele elementów, które je rozróżniają: imperatywność przepisu podatkowego nabiera specyfiki odmiennej od imperatywności art. 1344 cod. civ., który dąży do zakazania podmiotom możliwości podstępnego korzystania z przepisów prawnych w sposób sprzeczny z interesem publicznym.

Innymi słowy, art. 1344 cod. civ. odnosi się do imperatywnych zasad prawa prywatnego, które przy określaniu autonomii prawnej zabraniają czynów dążących do obejścia samoregulacji stosunków prywatnych różnej od tej przewidzianej w teorii przez ustawodawcę.

Ta celowa konotacja wyklucza możliwość zastosowania rozporządzenia do aktów oszustwa podatkowego (*negotia in fraudem fisci*).

EVASION OF LAW AS THE CATEGORY OF TAX LAW

The phenomenon of evasion is widespread in the legal system and present in different areas of positive law: in civil law; in administrative law; in tax law. In the latter, the phenomenon is known as “tax avoidance”.

In contrast to other phenomena, the evasion of law is not a formal category, because it lacks the element of law: it is in fact a logical category, capable of determining the assumptions associated with the evasion of tax principles.

Evasion of the tax provision means its avoidance by implementing measures to reset or reduce the tax burden.

In other words, evasion of law occurs when the means used to construct the circumstances from the formal point of view of positive law is not in conflict with the provisions of the law; otherwise, one would have to deal with the phenomenon of avoiding taxes.

Key words: taxes, application of law, evasion, fraud

RECENZJE

Alexander J. Bělohlávek

ROZPORZĄDZENIE RZYM I. KONWENCJA RZYMSKA. KOMENTARZ

C.H. Beck, Warszawa 2010, 1480 s.

Wydawnictwo C.H. Beck w 2010 roku wydało dwutomowe dzieło pt.: „Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz”. Autorem tego dzieła jest Alexander J. Bělohlávek, czeski teoretyk i praktyk prawa – profesor prawa na Wydziale Ekonomii Uniwersytetu Technicznego w Ostrawie i na Wydziale Prawa Uniwersytetu Masaryka w Brnie, adwokat, arbiter oraz członek szeregu organizacji zajmujących się arbitrażem oraz obrotem handlowym.

Dwutomowe wydawnictwo liczy łącznie, bagatela, 2693 strony, a na każdy z tomów składa się ponad 1300 stron. Układ pracy jest charakterystyczny dla komentarza. Oprócz obszernej części zawierającej wykaz skrótów, wstępu (liczącego 41 stron), dwuksiąż zawiera bardzo szczegółowe opracowanie przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dziennik Urzędowy L 177, 04/07/2008 P. 0006–0016) w konfrontacji z postanowieniami Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r. (Dz.U. z 2008 r., Nr 10, poz. 57). Ponadto znalazły się tam teksty protokołów do konwencji rzymskiej, raport do niej, tłumaczenia wybranych konwencji przyjętych w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego i Unidroit oraz wybranych przepisów prawa kolizyjnego państw europejskich, obszerna bibliografia i indeks rzeczowy.

Trudno jest w krótkiej formie recenzji analizować oryginalność i prawidłowość też w komentarzu, szczególnie tak obszernym i wielowątkowym. Stąd też uwagi zawarte poniżej mają raczej służyć ocenie praktycznej przydatności publikacji, szczególnie z punktu widzenia polskiego prawnika, przede wszystkim praktyka.

Temat publikacji został przez autora wybrany trafnie. Trafność tę można uzasadnić choćby jego aktualnością, ponieważ rozporządzenie obowiązuje od niedawna, po drugie praktyka w zakresie stosowania jego przepisów nie wydaje się być

jeszcze ugruntowana, w końcu, po trzecie – na polskim rynku wydawniczym nie ma drugiej takiej publikacji dotyczącej rozporządzenia.

Faktem jest jednak, że w relacji do rozporządzenia konwencja rzymska odgrywa rolę zdecydowanie marginalną, stąd zresztą słusznie autor prezentuje ją tylko w jego kontekście, choć być może celem autora było również ukazanie ewolucji rozwiązań prawnych przyjętych w prawie europejskim. Pierwszy z aktów prawnych będących przedmiotem analizy wszedł bowiem w życie 17 grudnia 2009 r., eliminując możliwość zastosowania przepisów drugiego z nich poza, jak się wydaje, rzadkimi przypadkami, a więc wówczas gdy jakaś kwestia nie została uregulowana rozporządzeniem (ponieważ konwencja weszła w Polsce w życie 22 stycznia 2008 r.), ewentualnie w relacjach z Danią, która nie wyraziła chęci związania się przepisami rozporządzenia (ale w sytuacjach, gdy sprawa rozstrzygana jest w Danii). Z punktu widzenia polskiego prawa kolizyjnego oba akty prawne mają tym większe znaczenie, że z racji na nie toczyła się ożywiona dyskusja dotycząca konieczności przyjęcia zmian w prawie, przygotowano projekty tych zmian i w końcu – przyjęto nową ustawę – prawo prywatne międzynarodowe.

Jak już wspomniano, publikacja jest bardzo obszerna. Jej czytelność na pierwszy rzut oka budzi pewne wątpliwości, przede wszystkim z racji na mocno rozbudowaną numerację jej części. Jednak konfrontacja zawartości dwuksięgu ze spisem treści znacznie ułatwia posługiwanie się nim. Choć z drugiej strony, aby odnaleźć konkretne rozwiązania, należy znać tekst rozporządzenia (co trzeba zresztą przyznać, został on umieszczony w książce zarówno w całości, jak i w rozbiciu na artykuły). Autor komentując poszczególne przepisy wykorzystuje poglądy doktryny, posługuje się orzecznictwem organów międzynarodowych (ETS) i sądów powszechnych państw europejskich (ale także Hong Kongu). Ponadto przytacza przykłady zastosowania przepisów (hipotetyczne stany faktyczne) oraz proponuje rozwiązania modelowe. Przykładowo autor wskazuje orzecznictwo w sprawach zobowiązań umownych, ich kwalifikację oraz prezentuje wybór z orzecznictwa powszechnego mającego związek z problematyką omawianą w konwencji/ rozporządzeniu, sięgając nawet do orzeczenia wydanego w Zjednoczonym Królestwie przez Lorda Mansfielda w 1775 r. (sprawa *Holman v. Johnson*). W tym kontekście pewien niedosyt budzi niewielkie wykorzystanie polskiego orzecznictwa, co byłoby zrozumiałe gdyby autor sięgał po orzeczenia wydawane jedynie na podstawie przepisów rozporządzenia lub konwencji, których rzeczywiście może być znikoma liczba. Można sugerować autorowi, żeby przy następnym wydaniu, które z całą pewnością będzie miało miejsce, uwzględnił je w szerszym zakresie.

Obszerność komentarza spowodowana jest również faktem, że autor omawia nawet instytucje, które zostały wyłączone z zakresu przedmiotowego zastosowania rozporządzenia. Stąd na przykład pisze on o instytucji *culpa in contrahendo*,

która (mimo wątpliwości i różnego traktowania w ramach krajowych systemów prawnych państw europejskich) mieści się w ujęciu europejskiego prawa kolizyjnego w zakresie statutu zobowiązań pozaumownych i jest uregulowana przepisami rozporządzenia Rzym II. Poza tym autor, co dodatkowo poszerza zakres owego opracowania, w odniesieniu do końcowych artykułów rozporządzenia prezentuje również Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego, Międzynarodową Komisję Stanu Cywilnego oraz ich dorobek, a także normy kolizyjne – ich klasyfikacje, funkcje.

Wszystko to świadczy o chęci całościowego opracowania treści będących przedmiotem regulacji rozporządzenia lub konwencji, ewentualnie z tą regulacją w jakiś sposób powiązanych. Ocena tego, czy jest to zabieg słuszny należy do czytelnika. Wydaje się jednak, że wygodnym rozwiązaniem jest danie mu możliwości korzystania z kompleksowych informacji zawartych w jednym miejscu (książce). Nawet jeżeli ta kompleksowość nie oznacza w rzeczywistości wykorzystania wszystkich możliwych źródeł (co autor zresztą sygnalizuje), czy też całościowego omówienia wszystkich zasygnalizowanych w pracy treści (na przykład dość ogólnego podejścia do pojęcia habitual residence w prawie brytyjskim i generalnie w common law, niedefiniującego go choćby za pośrednictwem orzecznictwa, a raczej ukazującego jego odmiennosć od domicylu, czy też odniesienia się jedynie do prawa stanu Nowy Jork w kwestii stosowania przepisów Restatement (second), choć są one stosowane w znacznej liczbie stanów USA, czy też dość enigmatycznego potraktowania zasad common law w konfrontacji z klasycznymi zasadami prawa angielskiego).

Czytając komentarz nie można się momentami oprzeć wrażeniu, że jego tłumaczenie na język polski mogłoby bardziej przystawać do terminologii używanej we współczesnym polskim prawie kolizyjnym. Tytułem przykładu można wskazać, że łącznik narodowości powinien być łącznikiem obywatelstwa, kwalifikacja primarna – kwalifikacją pierwotną, a sekundarna – wtórną. Ponadto trudno jest odszyfrować co kryje się pod określeniem: „atomizacja podstawowych cech charakterystycznych stosunku prawnego jako założenie oraz podstawa kwalifikacji zobowiązania umownego”.

Podsumowując, analiza tematyki, układu i treści dwuksięgu przygotowanego przez Alexandra J. Bělohávka prowadzi do wniosku: jest to opracowanie użyteczne i godne polecenia. Dla praktyka, który będzie musiał zmagać się z zawłościami rozporządzenia Rzym I, może się ono okazać nieocenioną pomocą.

Katarzyna Bagan–Kurluta

ORZECZNICTWO

Słowo kluczowe: handel ludźmi

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2007 r.,
III KK 177/07, Lex nr 322851**

Zachowanie polegające na nakłanianiu kobiet do wyjazdu za granicę oraz wprowadzaniu ich w błąd co do charakteru wykonywanej tam pracy – zamiast opieki nad dziećmi prostytutka – wypełniało znamiona określone w art. 253 § 1 kk. także przed wejściem w życie ustawy o ratyfikacji Protokołu o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniającego Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 24 maja 2004 r.,
II AKa 66/04, OSAB 2004, nr 3, poz. 30**

Handel ludźmi w znaczeniu art. 253 § 1 kk. jest obrotem przenoszącym własność człowieka jako przedmiotu (towaru), połączonym z przeznaczeniem go celom sprzecznym z ludzką podmiotowością.

Nawet pojedyncza transakcja dotycząca jednej osoby może wypełnić znamiona art. 253 § 1 kk., jeśli zamiarem sprawcy było uprawianie handlu ludźmi.

Jeśli sprawca najpierw nakłania do uprawiania prostytutki lub ją ułatwia, a następnie czerpie z jej uprawiania korzyści majątkowe, to zachowanie opisane w § 2 art. 204 kk. pochłania zachowanie uprzednie stypizowane w § 1 art. 204 kk.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2003 r.,
II AKa 586/02, OSA 2003, nr 5, poz. 45**

Mimo posłużenia się przez ustawodawcę w art. 253 § 1 kk. liczbą mnogą (ludźmi), to dla bytu przestępstwa tam opisanego wystarczająca jest transakcja, której przedmiotem jest jedna osoba.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.04.2002 r., V KKN 353/00,
„Prokuratura i Prawo” 2002, nr 11, poz. 4 (wkładka)**

1. W przypadku zgody osoby, która chce za granicą świadczyć usługi seksualne, nie dochodzi do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 204 § 4 kk.

2. Znamieniem art. 253 § 1 kk. jest handel ludźmi. Uprawianie handlu ludźmi podlega, zgodnie z tym przepisem, karze bez względu na cel, w jakim się go dokonuje, również wtedy, gdy sprawca działa w zamiarze uprawiania prostytucji przez osoby, które są przedmiotem tego handlu. W ramach przepisu art. 253 § 1 kk. odpowiedzialności karnej ulega więc również zwabienie lub uprowadzenie innej osoby w celu uprawiania prostytucji za granicą, jeśli ta osoba jest przedmiotem uprawiania handlu. Konkludując, jeśli przedmiotem uprawiania handlu jest osoba ludzka, to bez względu na to, jak i w jakim celu stała się przedmiotem transakcji handlowej, sprawca podlega odpowiedzialności karnej z art. 253 § 1 kk.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 kwietnia 2002 r.,
II AKa 330/02, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 4, poz. 19 (wkładka)**

Jednostkowa transakcja sprzedaży człowieka czy nawet ludzi (więcej niż jednej osoby), zgodnie z przeważającymi w judykaturze i doktrynie poglądami [...] nie może być w żadnym wypadku uznana za uprawianie handlu ludźmi w rozumieniu art. 253 § 1 kk.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2001 r.,
V KKN 109/99, OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 79**

Dokonując oceny prawnej zachowania sprawcy, polegającego albo na „nakłanianiu” innej osoby do uprawiania prostytucji (art. 204 § 1 kk.), w tym za granicą, albo na „zwabianiu” jej – a także „uprowadzeniu” – w celu uprawiania prostytucji za granicą (art. 204 § 4 kk.) oraz jednocześnie na dostarczeniu tej osoby za granicę dla celu tego procederu, nie można pomijać kwestii odpowiedzialności przewidzianej w art. 253 § 1 kk., penalizującym handel ludźmi (nawet za ich zgodą).

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 marca 2001 r.,
II AKa 33/01, KZS 2001, nr 5, poz. 29**

Handel ludźmi (dziećmi) jest obrotem przenoszącym własność człowieka jako przedmiotu (towaru) połączonym z przeznaczeniem go celom sprzecznym z ludzką podmiotowością, szkodliwym dla człowieka. Posłużenie się kryterium przeznaczenia przedmiotu obrotu jest niezbędne, by odróżnić handel od innych działań tyjących przekazania dziecka, np. w ramach adopcji (także niezgodnej z prawem),

polegającej również na swoistym „obrocie” dzieckiem, który nie liczy się z wolą dziecka, choćby potrafiło ją wyrazić. Gdyby nie ów cel, cel pozytywny i zgodny z interesem dziecka, można by wywodzić, że i tu dokonuje się obrotu człowiekiem jak rzeczą.

Słowa kluczowe: przestępczość zorganizowana, terroryzm

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 lipca 2009 r.,
II AKa 150/09, Lex nr 519648**

Istnienie grupy, o której mowa w art. 258 § 1 kk. nie wymaga „specjalnej wewnętrznej struktury”. Niemniej jednak przepis ten jest na tyle jednoznaczny w swej wymowie, że nie pozwala penalizować przynależności do każdej grupy osób połączonych celem popełnienia przestępstwa. Nawet wtedy, gdy role tych osób w popełnieniu przestępstwa, a także sposób podziału osiągniętych z niego korzyści zostały wcześniej określone i zróżnicowane. Nie ulega jakiegokolwiek wątpliwości, że „zorganizowanie” oznacza w języku polskim ułożenie czegoś w pewne formy, podporządkowanie regułom, normom, wprowadzenie do czegoś ładu i organizacji. Karalnym jest zatem udział tylko w takiej grupie przestępczej, której struktura cechuje się wymaganym przez kodeks karny zorganizowaniem. Progiem karalnego zorganizowania grupy przestępczej będzie istnienie między jej członkami chociażby niewysokiego, ale widocznego stopnia powiązań organizacyjnych i hierarchicznych.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2009 r.,
II AKa 405/08, Lex nr 519653**

1. Sprawstwo kierownicze czerpie swój sens z dokonania czynu przez bezpośredniego wykonawcę, zaś brak owego dokonania musi oznaczać, że nie zostało zrealizowane jedno z przedmiotowych znamion charakteryzujących sprawstwo kierownicze, a więc można mówić co najwyżej o jego usiłowaniu. Wypełnienie znamion czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę stanowi konieczny warunek dokonania sprawstwa kierowniczego.

2. Dla przyjęcia, iż sprawca bierze udział w grupie przestępczej o charakterze zbrojnym, nie jest wymagane, by posiadał broń osobiście. Wystarczy bowiem, że inni uczestnicy związku lub grupy działają z bronią, a sprawca ma tego świadomość.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 marca 2009 r.,
II AKa 155/08, KZS 2009, nr 9, poz. 42**

1. Za stwierdzeniem działania oskarżonych w grupie zorganizowanej w celu popełniania przestępstw przemawia jej trwałość, planowanie przestępstw wraz

z zapewnieniem źródeł zaopatrzenia w narkotyki, rozległa sieć osób, które je wprowadzały do obrotu, istnienie lokali przystosowanych do magazynowania, liczenia, dzielenia i porcjowania narkotyków, zabezpieczanie potrzeb grupy (środki finansowe, opieka, pomoc prawna), skoordynowany sposób działania i jednoosobowe kierownictwo. Grupa ta charakteryzowała się niższym stopniem zorganizowania i sformalizowania elementów organizacyjnych, zwłaszcza strukturalnych, a wyższym zorganizowaniem funkcjonalnym. Cechowała się trwałością form działalności oraz wysoką dyscypliną członków. Te cechy odróżniały ją od luźnej grupy popełniającej przestępstwa (szajki przestępczej).

2. Kilkakrotne nabycie narkotyków od członków grupy zorganizowanej, uprawiającej handel narkotykami, nie świadczy jeszcze, że nabywca był uczestnikiem (członkiem) tej grupy.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 listopada 2008 r.,
II AKa 168/08, KZS 2008, nr 12, poz. 35**

Przestępstwo przynależności do zorganizowanej grupy przestępczej jest przestępstwem formalnym. Do wypełnienia jego znamion wystarczające jest samo stwierdzenie tej przynależności, nawet bez konieczności wykazania popełnienia w ramach tej grupy jakichkolwiek czynów zabronionych. Dla odpowiedzialności karnej nie robi różnicy, czy udział w grupie jest czynny czy bierny. Do przypisania przynależności do grupy wystarczające jest stwierdzenie, że sprawca przystąpił do grupy ze świadomością jej celu i form działania, gotowy poddać się panującej w grupie dyscyplinie i brać udział w prowadzonej działalności. Wystarczy pozostać w strukturze grupy, nawet nie pełniąc funkcji i nie wykonując żadnych zadań, a tylko jakieś czynności pomocnicze. Strona podmiotowa tego przestępstwa obejmuje obie formy umyślności. Wystarczające jest, że sprawca ma świadomość istnienia grupy, akceptuje jej cele i co najmniej godzi się na ich przestępczą realizację. Nie musi znać szczegółów organizacji, osób ją tworzących, mechanizmów funkcjonowania.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2008 r., IV KK 389/07,
„Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11, poz. 10 (wkładka)**

Ustawodawca nie określił minimalnego czasu wymaganego do wypełnienia znamienia „udziału w zorganizowanej grupie”. Grupa taka może powstać dla popełnienia już tylko jednego przestępstwa. Do dokonania czynu z art. 258 § 1 kk. dojdzie także (nawet) wtedy, gdy nie zostanie popełnione przestępstwo, dla którego grupa została zorganizowana. Przestępstwo z art. 258 § 1 kk. jest bowiem przestępstwem tzw. formalnym (bezskutkowym), polegającym tylko na określonym zachowaniu się (braniu udziału w zorganizowanej grupie).

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2003 r., V CKN 432/01,
OSNC 2004, nr 9, poz. 145**

Nie jest aktem terroryzmu dokonana przez nieustalonego sprawcę detonacja ładunku wybuchowego, której celem nie jest wymuszenie określonych zachowań od władz państwowych i społeczeństwa, lecz wyrządzenie szkody w mieniu ubezpieczonego.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2003 r., V KK 193/02, Lex nr 78390

„Zbrojny charakter” zorganizowanej grupy jest nie tylko znamieniem kwalifikującym w § 2 przestępstwa przewidzianego w art. 258 § 1 kk., lecz także elementem, który określa sposób działania grupy. Oznacza to, że w działalności przestępczej owa grupa używa broni lub zakłada jej użycie w przyszłości i w tym celu broń posiada bądź ją gromadzi. Natomiast sytuacje stanowiące eksces ze strony któregoś z członków grupy, gdy bez wiedzy pozostałych uczestników posiada broń, a nawet ją indywidualnie wykorzystywał, nie powinny być kwalifikowane jako przestępstwa określone w art. 258 § 2 kk.

Słowo kluczowe: prawa pacjenta, ochrona praw pacjenta

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08,
OSNC 2009, nr 3, poz. 48**

Uprawnienie do przeprowadzenia badań prenatalnych wynika z prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia w okresie płodowym (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.).

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2006 r.,
I ACa 973/05, OSA, 2008, nr 1, poz. 2**

Zabieg medyczny wykonany bez zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy wykonany jest zgodnie z zasadami wiedzy.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r., III CK 99/05,
OSP 2008, nr 6, poz. 68**

Podstawą zadośćuczynienia z art. 445 § 1 kc. może być naruszenie praw pacjenta, polegające na przeprowadzeniu operacji bez jego zgody, jeżeli negatywne przeżycia związane z samym faktem braku zgody wywołały skutek wyrażający się

w przejściowym chociażby zaburzeniu funkcjonowania organizmu mogącym zostać zakwalifikowanym jako wywołanie rozstroju zdrowia w rozumieniu tego przepisu.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 listopada 2004 r.,
I ACa 550/04, OSA 2005, nr 8, poz. 34**

1. Nie może budzić wątpliwości prawo kobiety do swobodnego kształtowania swojego życia osobistego, jak też uprawnienie do planowania rodziny, nie wyłączając przeprowadzenia zabiegu aborcyjnego. Naruszenie powyższych uprawnień należy postrzegać w kategoriach systemu ochrony dóbr osobistych – naruszenia wolności – dobra osobistego, o którym stanowi art. 47 Konstytucji oraz art. 23 kc. Również w kategoriach naruszenia dóbr osobistych należy rozpatrywać uniemożliwienie przeprowadzenia badań, które zadecydowałyby o powstaniu prawnej możliwości uwzględnienia żądania przerwania ciąży.

2. W sytuacji, gdy jako źródło powstania szkody był wskazywany fakt urodzenia niepełnosprawnego dziecka i skoro nie można było tego uniknąć przy działaniu w ramach obowiązującego porządku prawnego, to nie można przyjąć istnienia związku przyczynowego między szkodą a działaniem pozwanego szpitala.

Słowo kluczowe: odpowiedzialność Skarbu Państwa

**Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2009 r., III CZP 139/08,
OSNC 2009, nr 11, poz. 144**

Skarb Państwa odpowiada za szkodę wyrządzoną niewydaniem aktu normatywnego, którego obowiązek wydania powstał po wejściu w życie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2008 r.,
V CSK 271/08, Lex nr 488965**

Skoro powód wywodzi roszczenie odszkodowawcze ze zdarzeń powstałych przed wejściem w życie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, roszczenie to należy oceniać przez pryzmat art. 417 § 1 kc. w brzmieniu sprzed dnia 1 września 2004 r., rozumianego w ten sposób, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 października 2006 r.,
I ACa 838/06, Lex nr 269613**

Kodeks cywilny przewiduje szczególną odpowiedzialność Skarbu Państwa jedynie w odniesieniu do działań publicznoprawnych, wymienionych w art. 417–4172. W pozostałych przypadkach, określanych jako sfera dominium, Skarb Państwa odpowiada na takich samych zasadach jak inne osoby fizyczne i prawne. Zasady równości wobec prawa oraz równorzędnego usytuowania osób fizycznych i prawnych w ramach stosunku cywilnoprawnego, wynikające z istoty tego stosunku, nie pozwalają na przyjęcie, że odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną zachowaniem, pozbawionym charakteru wykonywania władzy publicznej, zachodzi bez względu na możliwość przypisania winy konkretnej osobie, za którą Skarb Państwa odpowiada.

Słowa kluczowe: nowoczesne technologie, podpis elektroniczny

**Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku
z dnia 21 listopada 2007 r., II SAB/Gd 25/07, Lex nr 338685**

Wniosek o udostępnienie informacji publicznej wniesiony w formie dokumentu elektronicznego wszczyna postępowanie w sprawie, mimo że nie został on opatrzony bezpiecznym podpisem elektronicznym. Aczkolwiek art. 16 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.) stanowi, że przepisy kpa. stosuje się do decyzji, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, jednakże wydaje się celowe odwołanie do art. 63 § 3a kpa. dla ustalenia warunków formalnych składanego drogą elektroniczną wniosku o udzielenie informacji publicznej. Brak właściwego podpisu nie powoduje bezskuteczności wniosku, a jedynie stanowi jego brak formalny, podlegający uzupełnieniu na żądanie organu.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2006 r., SNO 68/06,
Lex nr 471775**

Korzystanie z nowoczesnych urządzeń technicznych, zwłaszcza komputerów, skanerów i drukarek powinno odbywać się według reguł zabezpieczających przed utworzeniem więcej niż jednej wersji wyroku przeznaczonej do druku oraz umożliwiającej kontrolę tworzenia, kopiowania, przekształcania i drukowania zawierających ten dokument. Przy niskim poziomie zabezpieczeń elektronicznych postaci orzeczeń wydaje się uzasadnione zalecanie własnoręcznego sporządzania części rozstrzygającej (tenoru) wyroku.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2003 r., I CKN 384/01,
Lex nr 358821**

Złożenie oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej – w rozumieniu art. 61 § 2 kc. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408) – polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy, i przekazane przez Internet – za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość – trafia ono do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawcy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia – posiadacza tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej. W związku z powyższym złożenie oświadczenia woli za pomocą telefaksu nie może być zakwalifikowane jako świadczenie złożone w postaci elektronicznej.

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2003 r.,
V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12**

Głosa A. Koniewicz OSP 2005, nr 6, poz. 76

Oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane *on line* zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.

Słowa kluczowe: związki partnerskie, konkubinat

**Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2008 r.,
P 18/06, OTK–A 2008, nr 5, poz. 83**

Z uzasadnienia:

Biorąc pod uwagę, że alimenty są najczęściej zasądzone w sytuacji urodzenia się dziecka w rezultacie związku nieformalnego (i niekoniecznie trwałego) albo rozpadu więzi małżeńskiej (rozvodu lub separacji), należy uznać, że zaliczka alimentacyjna będzie wypłacana głównie osobom samotnie wychowującym dzieci. Nie znaczy to jednak, że status rodziny niepełnej, ani tym bardziej – złożenie wniosku o rozwód lub separację – powinny zostać uznany za warunek *sine qua non* otrzymania świadczenia. Byłoby to jaskrawo niesprawiedliwe zwłaszcza w wypadku rodzin rekonstruowanych (a więc formalnie rzecz biorąc pełnych), funkcjonujących w oparciu o nową więź między rodzicem dziecka i osobą dla dziecka obcą. Dziecko wychowujące się w takiej rodzinie na skutek zmiany stanu cywilnego przez jego rodzica (zawarcia małżeństwa) lub podjętych decyzji życiowych (konkubina-

tu i wspólnych dzieci z tego związku) traciłoby status osoby wychowywanej przez samotnego rodzica i byłoby pozbawione zaliczki z przyczyn od niego niezależnych, warunkowanych w dużej mierze wolą i decyzjami życiowymi osób dla niego obcych (nowego męża lub konkubenta matki, nowej żony lub konkubiny ojca). Tym samym świadczenie to, zamiast opierać się na stosunku alimentacyjnym między osobą uprawnioną (dzieckiem) i dłużnikiem alimentacyjnym, byłoby uzależnione od stosunków prawnych lub faktycznych między zupełnie innymi osobami: drugim z rodziców, który je wychowuje i nie ma sędownie zasądzonych alimentów i jego nowym partnerem życiowym

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2008 r., I OSK 430/07, Lex nr 469688

Konkubent matki dziecka, który nie jest jednocześnie ojcem tego dziecka, nie ma wobec niego obowiązków wynikających z Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a zatem nie ma obowiązku alimentacyjnego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 lutego 2007 r., I ACa 590/06, OSAB 2007, nr 1, poz. 10

1. Pod pojęciem konkubinatu należy rozumieć stabilną, faktyczną wspólnotę osobisto–majątkową dwojga osób. Bez znaczenia we wspomnianym aspekcie jest płeć.

2. Nie ma podstaw do stosowania odmiennych zasad przy rozliczaniu konkubinatu homoseksualnego niż te, które mają zastosowanie odnośnie konkubinatu heteroseksualnego.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 29

Rozliczenie majątkowe po ustaniu faktycznego związku osobisto–majątkowego osób tej samej płci następuje na podstawie przepisów kodeksu cywilnego odpowiednich do treści stosunków ukształtowanych w danym związku.

Z uzasadnienia:

Wobec braku prawnej regulacji pozamałżeńskiej wspólnoty osobisto–majątkowej, w orzecznictwie i piśmiennictwie zostały wypracowane pewne sposoby ujmowania i traktowania takiej wspólnoty, określanej mianem konkubinatu. Do kryteriów konkubinatu zalicza się z reguły brak formalnej podstawy pożycia partnerów oraz ograniczeń zakończenia związku, jego stabilność, istnienie osobisto–majątkowej wspólnoty życiowej oraz odmienność płci partnerów. Wypracowane w doktry-

nie i orzecznictwie pojęcie konkubinatu traktuje odmienność płci konkubentów jako jedną z jego cech istotnych.

Przeciw objęciu pojęciem konkubinatu wspólnot osób tej samej płci, zorganizowanych na wzór związków heteroseksualnych, przemawia ugruntowana tradycja, także językowa. Jak trafnie podkreśla się w doktrynie, argumentem przeciwnym jest również ujmowanie cech wspólnot konkubenckich w nawiązaniu do modelu wspólnot małżeńskich, a więc dotyczących wyłącznie związków osób różnej płci.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 32/00,
OSNC 2000, nr 12, poz. 222**

Do rozliczeń majątkowych pomiędzy osobami pozostającymi w trwałym związku faktycznym (konkubinacie) mogą mieć zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Słowa kluczowe: kod genetyczny, badania DNA

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2005 r.,
V CK 244/05, Lex nr 398447**

1. Umowa, której przedmiotem jest wytypowanie dawcy szpiku kostnego i dokonanie niezbędnych badań oraz pobranie szpiku, jest umową o świadczenie usług, która nie jest uregulowana innymi przepisami i do której z mocy art. 750 kc. należy stosować przepisy dotyczące zlecenia (art. 734 i nast. kc.).

2. Określenie „rzeczywiście poniesione”, znajdujące się w art. 18 ust. 2 ustawy z 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, oznacza że nie chodzi tu o opłaty zryczałtowane, ale o koszty udokumentowane co do wysokości i rzeczywiście wydatkowane.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1998 r., I CKN 412/97,
Lex nr 78429**

Wprawdzie Kodeks postępowania cywilnego nie ustanawia hierarchii dowodów (art. 244–309 kpc.), ponieważ żaden dowód nie wiąże sądu i podlega swobodnej ocenie sędziowskiej (art. 233 § 1 kpc.), jednakże dowód przyrodniczy z badania kodu genetycznego DNA (art. 309 kpc.), którego wyniki wykluczają ojcostwo domniemanego ojca, ma szczególny walor dowodowy w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka i zwykle dowód ten uważać należy za bardziej pewny od dowodów osobowych (zeznań świadków, zeznań stron).

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 1996 r., I CKU 27/96,
Lex nr 50561**

Dowód z zakończonych wynikiem pozytywnym badań kodu genetycznego posiada pełną wartość poznawczą i dowodową wtedy, gdy badania przeprowadziła pracownia działająca w ramach katedry naukowej albo legitymująca się atestem.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1994 r., II CRN 176/93,
OSNC 1994, nr 10, poz. 197**

Glosy: J. Wójcikiewicz, „Palestra” 1995, nr 3–4, s. 269

K. Płończyk, A. Sowa, „Prokuratura i Prawo” 1995 nr 7–8, s. 93

Wdrożenie do praktyki sądowej w sprawach o ustalenie ojcostwa, w miarę rozwoju nauk biologicznych, środków dowodowych o charakterze przyrodniczym (badanie kodu genetycznego DNA), nie może prowadzić do naruszenia zasad procesowych przez ograniczenie zakresu postępowania dowodowego i sędziowskiej oceny dowodów. Rozstrzygające znaczenie nowego środka dowodowego nie zwalnia sądu od obowiązku oceny całokształtu materiału dowodowego w ramach art. 233 § 1 kpc.

Opracowała Justyna Matys

WYBÓR LITERATURY

- Abłażewicz D., Fras M., Umowa o macierzyństwo zastępcze i jej dopuszczalność na tle prawa polskiego, *Rodzina i Prawo* 2008 nr 3/4
- Adamski A., Cyberprzestępczość – aspekty prawne i kryminologiczne, „*Studia Prawnicze*” 2005, nr 4
- Adamski A., Podstawy jurysdykcji cyberprzestępstw w prawie porównawczym (w:), T. Jasudowicz, M. Balcerzak, *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza. T. 2*, Toruń 2009
- Akińcza J., Piractwo domenowe (cybersquatting). *Jurysta* 2005 nr 5
- Ambroziewicz A., Odpowiedzialność związana z zastosowaniem podpisu cyfrowego. *Studia Prawnicze* 2003 nr 4
- Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006
- Bieniek G., *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Rejent 2008, nr 9
- Breczko A., *Prawo i moralność w teorii i praktyce, wczoraj i dziś: (zarys wykładu)*, Białystok 2004
- Borkowski R., *Terroryzm ponowoczesny: studium z antropologii polityki*, Toruń 2006
- Bógdał-Brzezińska A., Gawrycki M.F., *Cyberterroryzm i problemy bezpieczeństwa informacyjnego we współczesnym świecie*. Warszawa 2003
- Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wis. J.L. Gender&Soc’y* 2009
- Chyrowicz Barbara, *Eutanazja. Prawo do życia. Prawo do wolności*, Lublin 2005
- Contini G., *Some notes on the relationship between globalisation and law. (w:) Prawo w XXI wieku*. Czaplński W., *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN*. Warszawa 2006
- Drozdowska U., *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007
- Dzienia P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006
- Fras M., Abłażewicz D., *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VI*, 2008
- Frug M.J., *Women and the Law*, Foundation Press, 1992
- Fuller L.L., *Moralność prawa*, Warszawa 2004
- Gałęska-Śliwka A., Śliwka M., *Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii*, *PiP* 2009, nr 11
- Gardocki L., *Organizowanie adopcji a handel dziećmi*. *Palestra* 1994 nr 11

- Gittleman M., In the Matter of Baby M.: A Setback for Surrogacy Contracts, 40 Rutgers L. Rev. 1987–1988
- Guzik B., Buchowska N., Wiliński P. (red.) Prawo wobec wyzwań współczesności. T. 2, T. 3, T. 4, T. 5, Poznań 2008
- Hołys B., Terroryzm, Warszawa 2009
- Ikemoto L.C., Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services, 27 Law&Ineq., 2009
- Indecki K., Potejko P., (red.), Terroryzm: materia ustawowa?, Warszawa 2009
- Jałoszyński K., Wiśniewski B., Terroryzm: diagnoza, zadania administracji publicznej w przeciwdziałaniu zjawisku, Bielsko–Biała 2007
- Janowski J., Elektroniczny obrót prawny, Warszawa 2008
- Janowski J., Podpis elektroniczny w obrocie prawnym, Warszawa 2007
- Jasiński F., Krasznicki K., Walka z handlem ludźmi z perspektywy Unii Europejskiej. Państwo i Prawo 2003, nr 3
- Jastrzębski J., Etyka dziennikarstwa śledczego, (w:) Śledztwo dziennikarskie. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych., Łódź 2006
- Jemioło T., Kisielnicki J., Rajchel K. (red.), Cyberterroryzm nowe wyzwania XXI wieku, Warszawa 2009
- Justyński T., Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Kraków 2003
- Kairys D. (ed), The Politics of Law: Progressive Critique, New York: Pantheon Books, 1990
- Kaliński M., Szkoda na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2008
- Karkowska D., Prawa Pacjenta, Warszawa 2008
- Krawiec K.D., Altruism and Intermediation in the Market for Babies, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009
- Kustra E., (red.), Przemiany polskiego prawa (1989–1999), Toruń 2001
- Lang W., Aksjologia polskiego systemu prawa w okresie transformacji ustrojowej, w: Przemiany polskiego prawa (1989–1999), pod red. E. Kustry, Toruń 2001
- Laskowska K., Handel ludźmi jako problem prawny kryminologiczny, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2004, nr 2
- Legrand P., Against a European Civil Code, Modern Law Review 1997, nr 1, vol. 60
- Legrand P., The impossibility of legal transplants, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, nr 2, vol. 4
- Matuszyk K.J., Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej, Warszawa 2009, wyd. II
- Mączyński A., Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy, PiP 2000, nr 5
- Mróz T., O potrzebie i kierunkach zmian przepisów prawa spadkowego, Przegląd Sądowy 2008, nr 1
- Naffine N., Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person, Hart Publishing, 2009

Wybór literatury

- Nestorowicz M., Prawa pacjenta i zadośćuczynienie pieniężne za ich naruszenie w prawie medycznym i cywilnym, PiM 2005, Nr 2
- Nesterowicz M., Przemiany odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu, PiP 2000, z. 3
- Pazdan M., (w:) E. Kremer, Z. Truskiewicz (red.), Przesłanki dopuszczalności notarialnego poświadczenia dziedziczenia, Rozprawy i studia. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Lichorowiczowi, Kraków 2009
- Pearson E., Handel ludźmi a prawa człowieka. Nowe rozumienie ochrony ofiar. Warszawa 2002
- Penner J.E., Schiff D., Nobles R., Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials, Oxford University Press 2005
- Rivers W.M., Mathews C., Etyka środków przekazu, Warszawa 1995
- Safjan M., O metodach rozwiązywania dylematów bioetyki, PiP 1992 nr 5
- Safjan M., Prawo i medycyna: ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, Warszawa 1998
- Safjan M., Państwo a wartości etyczne. Prawo i polityka, Monitor Prawniczy 2006, nr 6
- Safjan M., Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990
- Safjan M., Wybrane aspekty prawne eksperymentów medycznych na człowieku (problem legalności i odpowiedzialność cywilna), Studia Iuridica 1993, nr 2
- Safjan M., Wyzwania dla państwa prawa, Warszawa 2007
- Sartor G., Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law, Berlin 2005
- Shaw M.W., Preconception and Prenatal Torts (w:) Genetics and the Law, vol. II, New York 1979
- Spark D., Dziennikarstwo śledcze. Studium techniki, Kraków 2007
- Stemach J., Paradoksy bioetyki prawniczej, Warszawa 2010
- Stelmachowski A., Zarys teorii prawa cywilnego, Warszawa 1998
- Śliwka M., Prawa Pacjenta w prawie polskim na tle prawno-porównawczym, Toruń 2008
- Tarnogórski R., Konwencja o cyberprzestępczości – międzynarodowa odpowiedź na przestępczość ery informacyjnej (w:) M. Madej i M. Terlikowski (red.), Bezpieczeństwo teleinformatyczne państwa, Warszawa 2009
- Tokarczyk R.A., „Biojurysprudencja. Podstawy prawa dla XXI wieku, Lublin 2008
- Tokarczyk R.A., Prawo narodzin, życia i śmierci: podstawy biojurysprudencji, Kraków 2006
- Tokarczyk R.A., Prawa narodzin, życia i śmierci, Kraków 1997
- Van Erp J.H.M., The Pre-Contractual Stage (w:) A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. Du Perron, M. Veldman (red.), Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International 2004
- Wacks R., Philosophy of Law, Oxford University Press, 2006
- Weimann G., Terror on the Internet. The New Arena, the New Challenges, Washington 2006
- Wiliński P. (red.), Prawo wobec wyzwań współczesności. T. 1, Poznań 2008
- Wronkowska S., W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji, PiP 2001, nr 9

Wybór literatury

Wójcik J.W., Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu, Warszawa 2007

Załoski W., Ewolucyjna filozofia prawa, Warszawa 2009

Zaremba M., Śledztwo dziennikarskie. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych., Łódź 2006

Zielińska E., Zwalczanie handlu ludźmi i wykorzystywania seksualnego dzieci. (w:) Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. T. 3. Dokumenty karne, red. E. Zielińska. Warszawa 2000

Opr. Justyna Matys