

Janusz Kaspryszyn

Podstawa odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c. : przeгляд stanowisk

Palestra 42/11-12(491-492), 45-58

1998

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Podstawa odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c.

Przegląd stanowisk

W przeszłości uważano powszechnie, iż rola prawa cywilnego rozpoczyna się i kończy na umożliwieniu sprawnego i pewnego dokonywania czynności cywilnoprawnych. Stąd prawo cywilne było i jest nastawione przede wszystkim na kompensację szkód¹, stanowiących następstwa zaburzeń występujących w sferze obrotu cywilnoprawnego.

Dominującą w zakresie odpowiedzialności za szkodę funkcję kompensacyjną można rozumieć jako „działanie prawa cywilnego, polegające na naprawieniu (wyrównaniu) szkód przez podmioty odpowiedzialne za te szkody”². Z tą funkcją łączy się ściśle funkcja represyjna, polegająca na przyczynieniu sprawcy pewnej dolegliwości poprzez nałożenie na niego określonych sankcji³.

Dopiero nieco na uboczu postrzega się także funkcję prewencyjną⁴. Panuje przekonanie, iż zapobiegawczo działa już sam przepis prawa kreujący odpowiedzialność za określone zachowanie⁵. Nie wyłącza to oczywiście prewencyjnego indywidualnego oddziaływania odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym zwłaszcza wpływu wywieranego przez wydanie wyroku zasądzającego odszkodo-

wanie oraz wykonanie tego orzeczenia⁶. W praktyce jednak obawa przed odpowiedzialnością za szkodę odgrywa w zespole czynników oddziałujących prewencyjnie rolę raczej marginalną⁷.

Z tej przyczyny w dobie postępującej industrializacji i mechanizacji, a co za tym idzie również chemizacji życia – w warunkach, gdy bezustannie pojawiają się nowe niebezpieczeństwa⁸, usprawiedliwione staje się pytanie o to, jakie mechanizmy prawne byłyby zdolne do odegrania znaczącej roli w dziedzinie szeroko pojmowanej prewencji. Nie ulega wątpliwości, że w omawianym zakresie prymat przyznać należy prawu administracyjnemu i karnemu. Wydaje się jednak, iż także w ramach prawa cywilnego pożądana byłaby tendencja do szerszego wykorzystywania instrumentów zapobiegających szkodom.

W minionych latach przesunięcie akcentu – przynajmniej z punktu widzenia teoretycznego – z kompensacji na prewencję było zgodne z idealistycznym dążeniem do społeczeństwa wolnego od przestępstw i czynów niedozwolonych. Można jednakże śmiało zaryzykować tezę, iż także na gruncie odradzającego się

w Polsce systemu kapitalistycznego próby zapobiegania grożącym szkodom powinny się spotkać z aprobatą, a środki, za pomocą których ochrona prewencyjna ma być realizowana, muszą być w sposób rzeczowy i dokładny analizowane, tak aby poprzez ich wyjaśnianie i propagowanie zachęcić uczestników obrotu cywilnoprawnego do ich szerszego praktycznego wykorzystywania.

Zadanie takie może spełnić generalna akcja prewencyjna przewidziana w art. 439 k.c. Trzeba przy tym mocno podkreślić, że wspomniany przepis stanowi – od chwili swego powstania – *novum* w zakresie prawa cywilnego, któremu postanowienia o tak szerokim zakresie są raczej obce⁹. Brzmi on następująco: „Ten, komu skutek zachowania się innej osoby, w szczególności skutek braku należytego nadzoru nad ruchem kierowanego przez nią przedsiębiorstwa lub zakładu, albo nad stanem posiadanego przez nią budynku lub innego urządzenia, zagraża bezpośrednio szkoda, może żądać, ażeby osoba ta przedsięwzięła środki niezbędne do odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, a w razie potrzeby także, by dała odpowiednie zabezpieczenie”.

Przytoczone sformułowanie budzi szereg wątpliwości, co może być między innymi przyczyną kompletnego braku zaufania społeczeństwa do cywilnoprawnych środków ochrony prewencyjnej – nieufności znajdującej swój dobitny wyraz w znikomym wykorzystaniu możliwości, jakie stwarza w tej mierze art. 439 k.c.

Podstawowy problem wyłaniający się przy wykładni art. 439 k.c. stanowi odpowiedź na pytanie, jaka jest podstawa obciążenia określonej osoby obowiąz-

kiem zapobieżenia szkodzie¹⁰, a ściślej mówiąc – na jakiej zasadzie została oparta odpowiedzialność prewencyjna przewidziana w powołanym przepisie. W ramach interesującej nas problematyki jest to bez wątpienia zagadnienie najbardziej kontrowersyjne. Decydujące znaczenie ma tu fakt, iż przepis art. 439 k.c. nie doczekał się zastosowania praktycznego, w konsekwencji czego polska judykatura nie miała okazji wyjaśnienia rodzących się na jego tle licznych wątpliwości interpretacyjnych¹¹. Nie bez znaczenia jest także dosyć niefortunna redakcja art. 439 k.c.

W literaturze przedmiotu zgłoszono – w omawianym zakresie – aż cztery propozycje¹².

Zwolennicy najdalej idącego poglądu twierdzą, że podstawą roszczenia prewencyjnego jest związek przyczynowy między zachowaniem się osoby zagrażającej a stanem zagrożenia¹³. Według drugiej grupy poglądów, zachowanie się osoby zagrażającej musi być zawinione¹⁴. Zdaniem twórców trzeciej propozycji, wystarcza bezprawność tego zachowania¹⁵. Zgłaszany jest wreszcie pogląd o tożsamości zasady roszczenia prewencyjnego z art. 439 k.c., z zasadą, która znalazłaby zastosowanie w razie rzeczywistego nastąpienia szkody (wina, ryzyko, słuszność)¹⁶.

Aby móc odpowiedzieć na pytanie, która z tych koncepcji jest najbardziej przekonująca, trzeba poszczególne stanowiska przedstawić dokładniej. Unikam przy tym zwrotu „koncepcja właściwa”, gdyż wskazanie jedynie słusznego stanowiska w tej materii wydaje się – jak na razie – niemożliwe.

Pierwszą koncepcję, polegającą na oparciu roszczenia tylko o związek przy-

czynowy istniejący między zachowaniem się osoby zagrażającej a stanem zagrożenia, zgłosił A. Ohanowicz¹⁷. Zauważył on, że ustawa nie ustanawia *expressis verbis* żadnych ograniczeń¹⁸. Wprawdzie w art. 439 k.c. jest mowa o „braku należytego nadzoru”, co mogłoby sugerować winę, ale z wykładni językowej wynika, że ustawodawca umieścił taką wzmiankę tylko przykładowo, a w istocie decydującym warunkiem powstania roszczenia jest właśnie związek przyczynowy¹⁹. Dochodząc do takiego wniosku A. Ohanowicz dostrzega niebezpieczeństwo podjęcia akcji prewencyjnej na tak szeroką skalę, że doprowadziłoby to do kompletnego zastój, zwłaszcza w działalności gospodarczej²⁰. Stąd, by nadać realny sens wykładni rozważanego przepisu, wprowadza on dwa ograniczenia²¹. Po pierwsze, roszczenie z art. 439 k.c. musi być skierowane przeciwko osobie, która w razie powstania szkody byłaby zobowiązana do jej wynagrodzenia. Po drugie, spełniony winien być wymóg „bezpośredniości”²². I choć sformułowanie „bezpośrednio” to określenie ogólnikowe i wieloznaczne, to jednak – jak twierdzi autor – stanowi ono w istocie jedyny punkt zaczepienia dla judykatury²³.

Na tle przedstawionego stanowiska nasuwa się szereg wątpliwości, skrupulatnie odnotowanych w doktrynie. Jak słusznie zauważa R. Kasprzyk, przyjęcie koncepcji związku przyczynowego prowadzi do kreacji ogólnego obowiązku niezagrażania, gdyż każdy stan zagrożenia powodowałby już odpowiedzialność (np. jazda samochodem stanowi zagrożenie dla pieszych, prowadzenie przedsiębiorstwa stanowi zagrożenie dla konkurentów)²⁴. Tymczasem prawo polskie

nie zna ogólnego obowiązku nieszkodzenia (*neminem laedere*)²⁵, tym bardziej brak w nim generalnego obowiązku nieprzedsięwzięcia (zaniechania) działań niebezpiecznych lub groźących szkoda²⁶. Przeciwnie – należy wychodzić od prawa do wolności działania, zakładającego konieczność ograniczonego wkraczania w cudzą sferę (bez tego nie jest możliwy rozwój społeczeństw)²⁷. Jak słusznie zauważa H. Rot, „władze współczesnych państw demokratycznych znacznie (...) rozszerzają pole aktywności na coraz nowe dziedziny życia społecznego, gospodarczego, kulturalnego”²⁸. Stąd sytuacje, gdy aktywność życiowa konkretnej jednostki zagraża interesom innych, muszą być uznane za zjawisko normalne²⁹. Nie pomagają przeto – postulowane przez A. Ohanowicza – ograniczenie odpowiedzialności prewencyjnej do „normalnego” skutku zachowania, które wywołuje stan zagrożenia³⁰.

Należy ponadto pamiętać, że istnieją szkody, które ustawodawca uważa za zjawiska prawnie indyferentne, skoro wprowadza odpowiedzialność odszkodowawczą tylko w przewidzianych przez ustawę przypadkach³¹. Nie ma potrzeby, by przyjmować odmienną regułę, gdy chodzi o zapobieżenie szkodzie³². Dlatego koncepcja A. Ohanowicza prowadziłaby do nieuzasadnionego rozszerzenia zastosowania akcji prewencyjnej³³, przyczyniając się do „zalanania” sądów roszczeniami pieniężnymi³⁴.

Ciekawie uzasadnia odrzucenie przedstawionej koncepcji J. Skoczyłlas³⁵. Twierdzi on, iż wskutek przyjęcia proponowanego rozwiązania powstawałaby odpowiedzialność absolutna³⁶, co prowadziłoby do takiego skutku, że sprawca dążyłby wręcz do wyrządzenia szkody,

gdyż wówczas surowsza odpowiedzialność prewencyjna zmieniłaby się w węższą odpowiedzialność kompensacyjną. Co za tym idzie, wspomniany sprawca mógłby uniknąć wówczas odpowiedzialności (szczególnie za naruszenie środowiska naturalnego).

Najbardziej oryginalną i sugestywną koncepcję stworzył A. Agopszowicz. Uznał on, iż przesłanki, które decydują o powstaniu odpowiedzialności za szkodę, winny rodzić również obowiązek zapobieżenia szkodzie³⁷. Za takim rozwiązaniem przemawia – jego zdaniem – umieszczenie przepisu art. 439 k.c. w tytule dotyczącym odpowiedzialności za czyny niedozwolone³⁸. Autor podkreśla też, że skoro nie istnieje odpowiedzialność za każdą szkodę, to nie ma potrzeby zapobiegania każdej szkodzie³⁹. Jednak koronnym argumentem A. Agopszowicza wydaje się być podobieństwo zdarzenia rodzącego skargę zapobiegawczą do zdarzeń kreujących samoistne stosunki odszkodowawcze. Można mianowicie wyróżnić trzy przesłanki odpowiedzialności z art. 439 k.c.:

1) stan bezpośredniego zagrożenia szkodą,

2) stan ten musi być spowodowany przez jakiś fakt, z którym ustawa łączy obowiązek odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa,

3) między wskazanymi wyżej elementami powinien istnieć normalny związek przyczynowy⁴⁰.

Różnice – w porównaniu z obowiązkiem odszkodowawczym – sprowadzają się do pierwszego elementu, gdyż w przytoczonym wyżej stosunku odpowiedzialność prewencyjna powstaje już przy zaistnieniu stanu bezpośredniego zagrożenia szkodą⁴¹. Warto zauważyć,

że zdarzenie, z którym art. 439 k.c. łączy odpowiedzialność, rodzi samoistny stosunek prawny⁴².

A. Agopszowicz uważa ponadto, że za jego koncepcją przemawiają wykładnia historyczna i systemowa. Ich zastosowanie pozwala stwierdzić, że zawsze, gdy w prawie polskim pojawia się odpowiedzialność prewencyjna obok odpowiedzialności kompensacyjnej, to łączy je wspólna zasada odpowiedzialności, czego najlepszym przykładem jest oparcie zarówno odpowiedzialności kompensacyjnej, jak i prewencyjnej z art. 24 § 1 k.c. na bezprawności⁴³. Autor nie widzi przeto przeszkód, by stosować odpowiedzialność prewencyjną na zasadzie ryzyka, a więc by obciążyć obowiązkiem zapobieżenia szkodzie podmiot, który byłby obciążony za szkodę wyrządzoną zachowaniem (się) nakazanym⁴⁴.

R. Mikosz – opowiadając się za stanowiskiem A. Agopszowicza – podkreśla, że nie ma obowiązku nieszkodzenia, więc brak podstaw do żądania zapobieżenia wszelkim uszczerbkom, nawet grożącym bezpośrednio⁴⁵. Natomiast ocena czyjegoś zachowania powinna być dokonywana zawsze przez pryzmat skutków, jakimi dane zachowanie grozi⁴⁶. Dzieje się tak dlatego, że między odpowiedzialnością kompensacyjną i prewencyjną istnieje zawsze ścisła więź, która wyraża się między innymi we wspólnej podstawie możliwości podnoszenia roszczeń⁴⁷.

Przedstawione przez A. Agopszowicza i R. Mikosza argumenty mogłyby – jak zauważa W. Czachórski – „roszczenia o zapobieżenie szkodzie jako roszczenie prewencyjne łatwo usprawiedliwić nawiązaniem do przyszłej szko-

dy⁴⁸. Konsekwencją takiego postępowania jest analogiczne konstruowanie zasady odpowiedzialności z tytułu prewencji.

Na tle rozważanej obecnie koncepcji nasuwa się jednak także szereg wątpliwości, dostrzeganych od dawna w literaturze przedmiotu.

Podstawowym zarzutem zgłaszanym w stosunku do propozycji A. Agopszowicza jest fakt, iż podstawa roszczenia prewencyjnego (jak też kompensacyjnego) powinna być jednolita; nic nie wskazuje na możliwość jej rozbicia (zróżnicowania)⁴⁹. To rozbicie podstawy odpowiedzialności nie jest przy tym li tylko zagadnieniem teoretycznym, gdyż wywołuje także reperkusje praktyczne. Należy pamiętać, że uzasadnienie odpowiedzialności niezależnej od winy dotyczyło zawsze odpowiedzialności za szkodę powstałą i wiązało się z potrzebą ochrony poszkodowanego⁵⁰. Stąd wprowadzenie odpowiedzialności prewencyjnej opartej na zasadzie ryzyka wiązałyby się z nadmiernymi trudnościami, a może wręcz brakiem możliwości uchylecia się od niej⁵¹. W ten sposób odpowiedzialność zapobiegawcza wykraczałaby poza granice wyznaczone odpowiedzialnością z tytułu ryzyka, która w systemie prawa utrzymywana jest w ramach uwzględniających uzasadniony interes społeczny⁵². Warto zauważyć, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka stanowi wyjątek przewidziany dla sytuacji szczególnych, zwłaszcza zaś nieuchronnych. Cechą tych ostatnich sytuacji jest niemożność zapobieżenia im. Skoro tak, to nie istnieje możliwość wyeliminowania takich sytuacji także z pomocą art. 439 k.c.⁵³. Jeżeli nie istnieje możliwość zapobieżenia szkodzie, to roszczenie zapobiegaw-

cze nie powstanie, bez względu na jakiej podstawie byłaby ukształtowana odpowiedzialność⁵⁴. Kreowanie w rozważanych przypadkach odpowiedzialności prewencyjnej byłoby sprzecznością samą w sobie⁵⁵.

Istotny problem praktyczny stanowi także okoliczność, że oparcie odpowiedzialności prewencyjnej na zasadzie ryzyka mogłoby doprowadzić do mnożenia się roszczeń o charakterze pieniaczym, skoro odwrócenie niebezpieczeństwa szkody możliwe jest w wielu przypadkach tylko przez całkowite zaniechanie używania określonych sił (np. kolej)⁵⁶.

Takiego zagrożenia nie dostrzega R. Mikosz. Twierdzi on, że współcześnie dostrzec można ogólną tendencję do dalszego zaostrzania odpowiedzialności prowadzącego przedsiębiorstwo lub zakład⁵⁷. Natomiast przeciwko groźbie pieniaczych akcji przemawia dotychczasowa praktyka⁵⁸. Należałoby się więc raczej zastanowić nad pobudzeniem zainteresowania społeczeństwa środkami przewidzianymi w art. 439 k.c., a nie stwarzaniem im dodatkowych barier. Trzeba zresztą pamiętać, że nie chodzi tu o każdy uszczerbek, lecz jedynie o taki, za który prawo czyni kogoś odpowiedzialnym⁵⁹.

Warto jednak od razu przytoczyć w tym miejscu zastrzeżenie samego A. Agopszowicza, które autor sformułował w następujący sposób: „Odpowiedzialność prewencyjna oparta na zasadzie ryzyka może ulec ograniczeniu lub nawet zgaśnięciu w przypadkach zachowań dozwolonych, a w szczególności zaś nakazanych przez normę prawną, jeżeli wymagać tego będą względy społeczno-gospodarcze, a zwłaszcza społeczno-

-gospodarcza funkcja prawa podmiotowego”⁶⁰. To nieco asekuranckie twierdzenie zaciemnia tylko obraz omawianej koncepcji. Stwarza ponadto pole do popisu jej przeciwnikom. Daje im bowiem możliwość podniesienia zarzutu, że pojawia się oto nowa okoliczność zwalniająca, nieznaną postanowieniom dotyczącym odpowiedzialności na zasadzie ryzyka⁶¹. Poza tym w przepisach o odpowiedzialności na zasadzie ryzyka zawsze chodzi generalnie o działalność dozwoloną i (lub) przydatną gospodarczo⁶².

Kolejne istotne zastrzeżenie można wyrazić w formie argumentu, że podstawą prawną odpowiedzialności musi być – zgodnie z ogólnie przyjętym stanowiskiem – stan istniejący, a nie mogący powstać w przyszłości⁶³. Powodem takiego rozstrzygnięcia jest fakt, iż w przypadku stanu dopiero mogącego powstać nie wiadomo z góry, na jakiej podstawie będzie oparta odpowiedzialność cywilna⁶⁴, co godzi w pewność porządku prawnego.

Według A. Szpunara, nietrafne też jest sięgnięcie przez A. Agopszowicza do wykładni systemowej, gdyż uzasadnia ona jedynie stosowanie ogólnych przepisów o czynach niedozwolonych (np. co do przedawnienia – art. 442 k.c.), natomiast nie przemawia jeszcze za powiązaniem z unormowanymi przez ustawę konkretnymi podstawami odpowiedzialności⁶⁵. Słuszne wydają się ponadto te uwagi dotyczące wykładni językowej art. 439 k.c., w których podkreśla się, że ustawodawca nieprzypadkowo odszedł od dokładnego powtórzenia art. 434 i 435 k.c.⁶⁶ Sytuacje wskazane *expressis verbis* w art. 439 k.c. są dwoma najbardziej typowymi i klasycznymi źródłami

niebezpieczeństw mogącymi doprowadzić do szkody, a w konsekwencji do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka⁶⁷. W art. 439 k.c. dla zdarzeń tych zastrzeżono jednak wymóg braku należytego nadzoru, co sugeruje odejście od zasady ryzyka na rzecz zasady winy⁶⁸.

Wątpliwości wzbudziła wreszcie argumentacja A. Agopszowicza dotycząca analogii między art. 24 § 1 k.c. a art. 439 k.c. Zdaniem W. Bogusławskiego, wspólna podstawa odpowiedzialności prewencyjnej i kompensacyjnej w przypadku art. 24 § 1 k.c. wynika z zasady, że o naruszeniu bezwzględnych praw podmiotowych możemy mówić tylko i wyłącznie w przypadku bezprawności, co nie oznacza, że taka sama zasada musiała działać w sferze czynów niedozwolonych⁶⁹.

W stosunku do koncepcji A. Agopszowicza podnoszone są jeszcze inne zarzuty, które kierując się przeciwko wyżej przedstawionej koncepcji, są jednak częstokroć sprzeczne między sobą⁷⁰. Warto jednak wśród nich odnotować wywód Z. Banaszczyka, który opierając się na koncepcji A. Agopszowicza dochodzi do paradoksalnego wniosku, iż polski porządek prawny bardziej chroni przed doznanem uszczerbku majątkowego niż niemajątkowego (w dobrach osobistych)⁷¹.

Przejdźmy teraz do kolejnej koncepcji. Jej zwolennicy twierdzą, że możliwość podniesienia roszczenia z art. 439 k.c. uzależniona jest od istnienia winy po stronie podmiotu stwarzającego zagrożenie. Powołują się oni głównie na prymat winy w odpowiedzialności *ex delicto*⁷². Obowiązuje zatem zasada, że przy braku wskazówek co do właściwości zachowania się sprawcy, działanie lub zaniechanie musi być zawinione⁷³. Jak już wcze-

śniej wspomniano, inne zasady odpowiedzialności działają raczej na zasadzie wyjątku⁷⁴.

Sięgając jeszcze raz do wykładni językowej dostrzegamy argumenty przemawiające na rzecz zasady winy⁷⁵. Dodajmy też, że „roszczenie z art. 439 k.c. przysługuje podmiotowi, któremu wskutek zachowania się innej osoby bezpośrednio zagraża szkoda. Przepis ten przewiduje zatem odpowiedzialność za własne czyny, kodeks cywilny zaś taką odpowiedzialność wyraźnie wiąże z wymaganiem winy (oprócz wyjątkowej sytuacji, dla której przewidziano odpowiedzialność na zasadzie słuszności)”⁷⁶. Nie bez znaczenia jest w końcu argument, że przepisy kodeksu cywilnego o czynach niedozwolonych przewidują wyłącznie odpowiedzialność na zasadzie winy, ryzyka i słuszności. A brak jest w treści art. 439 k.c. wskazówki, jakoby ustawodawca chciał wprowadzić jakąś szczególną zasadę odpowiedzialności⁷⁷.

Według W. Bogusławskiego, subiektywny element winy nie powoduje – wbrew pozorom – zbyt daleko idących ograniczeń z podnoszeniem roszczeń prewencyjnych, gdyż w praktyce wywołanie w sposób bezprawny naruszenia dóbr innych podmiotów będzie z reguły wynikiem niedbalstwa⁷⁸. Ponadto doktryna nie wyłącza możliwości – w przypadku udowodnienia elementu obiektywnego – posłużenia się domniemaniem faktycznym istnienia elementu subiektywnego winy⁷⁹. Autor zaznacza wreszcie, że podjęcie akcji prewencyjnej jest w zasadzie możliwe tylko w przypadkach względnej trwałości zagrożenia, przy czym wymóg ten wynika z samej istoty rozwiązania przewidzianego w art. 439 k.c.⁸⁰. Zawinione będzie tu utrzymywanie stanu zagrożenia.

Przeciwko przyjęciu zasady winy jako podstawy roszczenia z art. 439 k.c. stanowczo oponuje R. Kasprzyk. Twierdzi on, iż stanowisko W. Bogusławskiego jest sprzeczne z brzmieniem przepisu art. 439 k.c.⁸¹ Przyznajmy jednak, że inne sformułowanie (np.: „Ten, komu skutek zawinionego zachowania się innej osoby...”) mogłoby rozstrzygnąć jednoznacznie problem.

R. Kasprzyk twierdzi, że za odrzuceniem koncepcji winy przemawia też wykładnia historyczna. W prawie rzymskim istniał katalog deliktów stanowiących odrębne podstawy odpowiedzialności za szkodę. Problem pojawił się, gdy naganne zachowanie sprawcy nie wyczerpywało znamion żadnego z tych deliktów. Stąd w XVII wieku pojawiły się postulaty szkoły prawa natury, by stworzyć ogólną formułę deliktu. Ideę tę urzeczywistniono w art. 1382 k.c. francuskiego, który stał się z kolei wzorem dla art. 134 k.z., a później art. 415 k.c.⁸² Stąd wniosek, że wina jest ogólną podstawą odpowiedzialności, ale tylko odszkodowawczej⁸³. Ma ona uzasadnienie logiczne, psychologiczne i moralne tak długo, jak długo jest podstawą roszczenia o naprawienie szkody⁸⁴. Sprawcy można tu bowiem postawić zarzut. Trudno natomiast stawiać taki zarzut w przypadku, gdy szkoda jeszcze nie powstała⁸⁵. Ponadto funkcja kompensacyjna odpowiedzialności na zasadzie winy stoi w sprzeczności z odpowiedzialnością prewencyjną⁸⁶.

Dostrzegając fakt usytuowania przepisu art. 439 k.c. po art. 438 k.c., który normuje roszczenie powstałe wskutek odwrócenia wspólnego niebezpieczeństwa i jest instytucją zaczerpniętą z rzymskiej *lex Rhodia de iactu*⁸⁷, trudno oprzeć

się wrażeniu, że jest to przepis samoistny⁸⁸. Systematyka wskazuje więc na to, że ustawodawca – po regulacjach dotyczących odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (art. 435, 436, 437 k.c.) – postanowił uregulować dwa inne zagadnienia⁸⁹.

Wielu autorów podnosi też ogólniejszy zarzut, że oparcie podstawy odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c. na zasadzie winy byłoby znacznym zawężeniem wykładni tego przepisu⁹⁰. Jednak największą słabością przedstawionej koncepcji, z którą nie mogą do końca sobie poradzić nawet jej orędownicy, jest wątpliwość powstająca w sytuacji, gdy stan zagrożenia wynika z zachowania się osoby, której winy poczytać nie można, a która nie pozostaje pod nadzorem⁹¹. Według A. Śmieji, powoływanie się w takim przypadku na art. 439 k.c. byłoby niemożliwe⁹².

Zasygnalizowane zastrzeżenia dały asumpt koncepcji, zgodnie z którą dla podniesienia roszczenia z art. 439 k.c. wystarcza wystąpienie obiektywnego elementu winy po stronie podmiotu wywołującego stan zagrożenia. R. Kasprzyk wyróżnia aż trzy grupy argumentów przemawiających za takim ujęciem problemu:⁹³

1) płynące z funkcji bezprawności⁹⁴, którą jest wyodrębnienie sfer dozwolonego postępowania (możliwość oddzielenia tego co dozwolone, od tego co niedozwolone)⁹⁵; bezprawność stanowi kwalifikację zachowania naruszającego nakazy i zakazy, a więc tworzy dostateczną podstawę do uruchomienia roszczenia z art. 439 k.c.⁹⁶;

2) wynikające z celu unormowania art. 439 k.c. Przepis art. 439 k.c. należy do systemu norm ochronnych (ma chro-

nić przed uszczerbkiem) i stąd bierze się jego podobieństwo do art. 423 k.c. regulującego instytucję obrony koniecznej⁹⁷. Do podjęcia tej ostatniej wystarcza bezprawność zamachu. Skoro można się bronić, to tym bardziej wolno żądać odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa (*argumentum a maiori ad minus*)⁹⁸. Za prezentowanym ujęciem przemawia także rozwój akcji prewencyjnej w innych krajach, szczególnie we Francji, gdzie mimo ustawowego oparcia roszczenia zapobiegawczego na zasadzie winy – orzecznictwo i doktryna poszły w końcu w kierunku bezprawności⁹⁹.

Wydaje się, iż również pokrewieństwo odpowiedzialności z art. 24 § 1 i art. 222 § 2 k.c. wykazuje zasadność proponowanego przez autora rozwiązania¹⁰⁰, gdyż zamieszczenie przepisu w tytule o czynach niedozwolonych sugeruje, że chodzi o szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, a więc bezprawnym w rozumieniu przepisów o odpowiedzialności deliktowej¹⁰¹;

3) wynikające ze sformułowania przepisu art. 439 k.c. Zdaniem R. Kasprzyka, „w naszej i obcej literaturze przyjmuje się (...), że niedołożenie należytej staranności i bezprawność w pewnych wypadkach są zbieżne. (...) Na gruncie art. 439 k.c. można przyjąć, że wyrażenie „brak należytego nadzoru” oznacza brak właściwego nadzoru rozumianego w sensie obiektywnym, bez względu na zarzucalność postępowania osoby za nadzór ten odpowiedzialnej”¹⁰².

Trzeci argument wydaje się najmniej przekonujący, tym bardziej że sprawę można było rozwiązać w sposób zdecydowany, redagując przepis art. 439 k.c. w następujący sposób: „Ten, komu wskutek bezprawnego zachowania się...”¹⁰³

O wiele bardziej przekonujące wydaje się twierdzenie A. Szpunara, iż zasadniczo wszystkie roszczenia o zaniechanie zakładają jedynie bezprawność zachowania się sprawcy¹⁰⁴. Można także powołać stanowisko A. Śmieji, według którego podstawową zasadą odpowiedzialności prewencyjnej jest właśnie bezprawność a nie wina¹⁰⁵. Nie pozbawiony racji wydaje się w końcu pogląd B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, że tak głęboka interwencja, jaką niewątpliwie jest roszczenie prewencyjne, wymaga szczególnego tytułu¹⁰⁶. Takiego rozwiązania problemu wymaga – zdaniem A. Szpunara – racjonalność¹⁰⁷.

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż w orzecznictwie zarysowała się tendencja do pomijania subiektywnego elementu winy przy ocenie zachowania się sprawcy szkody¹⁰⁸.

Przeciwnicy koncepcji bezprawności jako podstawy roszczenia prewencyjnego twierdzą, że historia powstania tego przepisu nie uzasadnia takiej jego wykładni¹⁰⁹. Nie uzasadnia też tego stanowiska wykładnia systemowa¹¹⁰.

W. Bogusławski uważa, że nie ma podstaw do tworzenia analogii z art. 24 k.c. i 144 k.c., gdyż brak jest podmiotowego prawa do wolności od szkody bądź groźby jej nastąpienia, a roszczenie zapobiegawcze powstaje równocześnie ze stosunkiem zobowiązaniowym z art. 439 k.c.¹¹¹

Z przedstawionych poglądów wynika, jak różne wnioski zostały wyciągnięte przez autorów z tego samego sformułowania ustawowego. Szczególnie zwod-

nicze okazuje się korzystanie – przy analizie art. 439 k.c. – z wykładni językowej¹¹². Warto zauważyć, iż w zależności od rozłożenia akcentów niemal wszyscy autorzy korzystający z tej metody otrzymywali satysfakcjonujące ich wyniki.

Być może rację ma A. Śmieja, gdy twierdzi, iż takie sformułowanie nurtującego wszystkich autorów fragmentu: „(...) w szczególności skutek braku należytego nadzoru nad ruchem kierowanego przez nią przedsiębiorstwa lub zakładu albo nad stanem posiadanego przez nią budynku lub innego urządzenia (...)”, było konsekwencją odwołania się w przepisie do zachowania się człowieka (początek art. 439 k.c. brzmi: „Ten, komu skutek zachowania się innej osoby...”)¹¹³. Można jednak chyba było zrehabilitować ten przepis dokładniej i wówczas sformułowanie „skutek braku należytego nadzoru” nie budziłoby tytułu kontrowersji.

Moim zdaniem, wspomniany fragment art. 439 k.c. skłania do przyjęcia poglądu, że odpowiedzialność prewencyjna z art. 439 k.c. została celowo oparta na zasadzie winy¹¹⁴. Przyznaję jednak, że obraz sytuacji maćci poprzedenie go słowami „w szczególności”, oznaczającymi, że mamy tu do czynienia z wyliczeniem o charakterze przykładowym¹¹⁵.

Bardzo kusząca – głównie ze względów praktycznych – jest koncepcja bezprawności, ale nie wszystkie argumenty przytoczone dla jej poparcia wydają się celne i w pełni zasadne.

Przypisy:

¹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska w recenzji pracy A. Agopszowicza: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, PiP 1980, z. 8, s. 107; A. Kędzierska-Cieślakowa: *Zagadnienie funkcji prawa cywilnego w związku z unormowaniem odszkodowania w ustawodawstwie polskim*, (w:) *Odpowiedzialność cywilna za wyrządzone szkody*, Warszawa 1969, s. 29–30.

² A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 36.

³ Ibidem, s. 47.

⁴ W polskiej literaturze przedmiotu wyróżnienie wspomnianych trzech funkcji znajdujemy przede wszystkim w pracy W. Warkała: *Prawo i ryzyko. Prewencja, represja i kompensacja w polityce przeciwszkodowej*, Warszawa 1949, s. 12, oraz w stanowiącej kontynuację tego tematu monografii: *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 18; zob. także A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 33.

⁵ W. Warkało: *Odpowiedzialność...*, s. 26.

⁶ A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 55–56.

⁷ A. Agopszowicz: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, Ossolineum 1978, s. 5.

⁸ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie o zapobieżenie szkodzie*, SPE 1974, t. XIII, s. 45.

⁹ A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 32.

¹⁰ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 50; R. Kasprzyk: *Podstawa roszczenia prewencyjnego*, „Palestra” 1989, nr 3, s. 17.

¹¹ Jest to zgodnie podkreślane przez wszystkich autorów. Por. przykładowo: A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 8; W. Czachórski (w:) *System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna*, t. III, cz. I, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 658; Z. Radwański: *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 189.

¹² Nie wszyscy autorzy wypowiadający się na temat roszczenia z art. 439 k.c., zajmują jasne stanowisko co do jego podstawy. Por. np. W. Kuryłowicz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 1972, s. 1083; bardzo niejasne są też wywody M. Longchamps: *Odpowiedzialność za szkodę ekologiczną*, Wrocław 1986, s. 45, G. Bieniek (w:) G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kotakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, s. 335.

¹³ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 1510–1511; A. Kubas: *Komentarz do orzeczenia SN z 12 marca 1972 r.*, II CR 6/72, (w:) *Funkcjonowanie administracji w świetle orzecznictwa*, t. V, Warszawa 1972, s. 234; E. Borkowska: *Odpowiedzialność cywilna państwowych przedsiębiorstw przemysłowych za zanieczyszczenie powietrza*, PiP 1975, z. 3, 118–119; A. Klein (rec.): A. Agopszowicz: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, RPEiS 1981, nr 20; M. Nesterowicz (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1988, s. 437; W. Radecki: *Odpowiedzialność cywilna w ochronie środowiska*, Ossolineum 1987, s. 117. Ten ostatni autor nie precyzuje bliżej swojego poglądu, twierdzi, że właśnie to stanowisko „najlepiej służyłoby interesom ochrony środowiska”.

¹⁴ J. Szachułowicz: *Odpowiedzialność deliktowa przedsiębiorstw państwowych wprawianych w ruch siłami przyrody*, Warszawa 1968, s. 85; W. Bogustawski: *Roszczenie o zapobieżenie szkodzie (art. 439 k.c.)*, NP 1981, nr 4, s. 31; W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658; tenże: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 191.

¹⁵ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 52; G. Domański: *Rola prawa cywilnego w zakresie ochrony w kształtowaniu naturalnego środowiska człowieka*, „Studia Iuridica” 1974, t. II., s. 90; A. Szpunar: *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 218; tenże: *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 242; tenże: *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta i rzeczy*, Warszawa 1985, s. 156, tenże: *Odpowiedzialność cywilna. Komentarz w formie glos*, Sopot 1997, s. 497; W. J. Katner: *Roszczenie o zapobieżenie szkodzie w stosunkach sąsiedzkich*, NP 1979, nr 12, s. 46; tenże: *Ochrona własności nieruchomości przed naruszeniami pośrednimi*, Warszawa 1982, s. 156; Z. Banaszczyk w rec. pracy A. Agopszowicza: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, NP 1980, nr 9, s. 102; S. Rudnicki: *Problemy ochrony środowiska w orzecznictwie Sądu Najwyższego*.

Problemy graniczne prawa cywilnego i administracyjnego, Warszawa 1980, s. 79; Z. Radwański: *Prawo zobowiązań*, s. 189; R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 18; A. Śmieja: *Odpowiedzialność odszkodowawcza za zawałenie się budowli (art. 434 k.c.)*, Wrocław 1993, s. 191; J. Skoczylas: *Cywilnoprawna ochrona środowiska naturalnego*, NP 1979, nr 11, s. 16; W. Czachórski: *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 294 (dwaj ostatni autorzy w późniejszych pracach odchodzą od tego zapatrywania; zob. przyp. nr 14, 16). Za takim stanowiskiem zdaje się optować również A. Rembieniński w rec. pracy J. Skoczylasa: *Cywilnoprawne środki ochrony środowiska*, NP 1987, nr 10, s. 116–117.

¹⁶ A. Agopszowicz: *Roszczenie o odwrócenie grożącego niebezpieczeństwa*, PiP 1973, nr 4, s. 85; tenże: *Obowiązek...*, s. 88 i n.; J. Skoczylas: *Cywilnoprawne środki ochrony środowiska*, Warszawa 1986, s. 222; R. Mikosz: *Prewencyjna ochrona praw rzeczowych*, Katowice 1991, s. 92, M. Safjan (w): *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom I, Warszawa 1997, s. 874–875.

¹⁷ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1510.

¹⁸ Ibidem, s. 1510.

¹⁹ Ibidem, s. 1510. Takie rozwiązanie zostało zastosowane w kodeksie cywilnym szwajcarskim, chociaż jak zauważa W. J. Katner zastosowanie art. 679 k.c. szwajc., o którym tu mowa zostało ograniczone do spraw o zaniechanie immisji sąsiedzkich; zob. W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 39–40.

²⁰ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, NP 1966, nr 12, s. 1510; por. także A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 16.

²¹ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1510–1511; także A. Klein (op. cit., s. 238), który twierdzi, że jedynym ograniczeniem odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c. jest wymóg bezpośredniego zagrożenia.

²² Sformułowanie „bezpośrednio” A. Ohanowicz rozumie w ten sposób, iż między zdarzeniem, będącym przyczyną szkody a szkodą nie będzie już żadnych członów przyczynowych pośrednich.

²³ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1511.

²⁴ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19.

²⁵ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, SPE 1969, t. II, s. 97; A. Szpunar: *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 51.

²⁶ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51.

²⁷ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19.

²⁸ H. Rot: *Elementy teorii prawa*, Wrocław 1992, s. 185.

²⁹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19.

³⁰ Ibidem, s. 19.

³¹ A. Agopszowicz: *Roszczenie...*, s. 85.

³² Ibidem, s. 85.

³³ W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 43; tak też inni, np. A. Śmieja: op. cit., s. 190.

³⁴ A. Szpunar: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156.

³⁵ J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 217.

³⁶ Zgodność w tym względzie innych autorów; por. np. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Wina...*, s. 87; A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 17; R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 18. O odpowiedzialności „zblížonej do absolutnej” mówi W. Bogusławski (*Roszczenie...*, s. 33).

³⁷ Chodzi o przesłanki, z którymi ustawa wiąże odpowiedzialność; A. Agopszowicz: *Roszczenie...*, s. 85.

³⁸ Ibidem, s. 85.

³⁹ Ibidem, s. 85.

⁴⁰ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 88, tak też J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 216.

⁴¹ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 88.

⁴² Po stronie zagrożonego pojawiają się *ex lege* uprawnienia, po stronie odpowiedzialnego obowiązki; A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 89.

⁴³ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 89, tak też J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 217.

⁴⁴ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 102.

- ⁴⁵ R. Mikosz: op. cit., s. 92.
- ⁴⁶ Ibidem, s. 92.
- ⁴⁷ Ibidem, s. 92.
- ⁴⁸ W. Czachórski (w:) *System...*, s. 657; tak też A. Śmieja: op. cit, s. 189.
- ⁴⁹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51; A. Śmieja: op. cit., s. 189.
- ⁵⁰ W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 45; taki wniosek wypływa też z orzecznictwa; por. orzeczenie SN z 12 lipca 1977 r., IV CR 216/77, OSNCP 1978, poz. 73.
- ⁵¹ W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.
- ⁵² Ibidem, s. 658.
- ⁵³ A. Śmieja: op. cit., s. 189–190.
- ⁵⁴ W. Bogusławski: op. cit., s. 36; A. Agopszowicz uważa jednak, że „z istoty ryzyka wynika (...), iż szkoda może lecz nie musi nastąpić. Nie ma natomiast założenia, że jej wystąpienie (niewystąpienie) ma być dziełem przypadku. Jeżeli więc m o ż n a (podkreślenie – J. K.) ją przewidzieć oraz jej zapobiec, nie znajdując motywów, dla których należałoby potencjalnego sprawcę szkody zwolnić od obowiązku zapobieżenia grożącemu niebezpieczeństwu” (*Obowiązek...*, s. 102).
- ⁵⁵ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51.
- ⁵⁶ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 25; B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51–52; B. Lewaszkiwicz-Petrykowska w rec. pracy A. Agopszowicz: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, PiP 1980, z. 8, s. 109.
- ⁵⁷ R. Mikosz: op. cit., s. 93.
- ⁵⁸ Ibidem, s. 93.
- ⁵⁹ Ibidem, s. 93.
- ⁶⁰ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 121.
- ⁶¹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Recenzja...*, s. 109.
- ⁶² Ibidem, s. 109.
- ⁶³ Ibidem, s. 109.
- ⁶⁴ A. Szpunar: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156.
- ⁶⁵ A. Szpunar: *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 128, tenże: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156.
- ⁶⁶ W. Bogusławski: op. cit., s. 35; W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.
- ⁶⁷ W. Bogusławski: op. cit., s. 35.
- ⁶⁸ Ibidem, s. 205; W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.
- ⁶⁹ W. Bogusławski: op. cit., s. 33–34.
- ⁷⁰ Np. W. J. Katner, by uzasadnić odrzucenie koncepcji A. Agopszowicza, sięga w celach prawno-porównawczych do innych ustawodawstw (*Roszczenie...*, s. 37–41). Natomiast W. Bogusławski odrzucając wspomnianą wyżej koncepcję twierdzi, iż nie można sięgać do obcych ustawodawstw, gdyż instytucja przewidziana w art. 439 k.c. stanowi *novum* w polskim prawie cywilnym i musi dopiero wykształcić się praktyka w omawianym zakresie (polska praktyka!) op. cit., s. 33.
- ⁷¹ Autor ten zauważa, iż A. Agopszowicz odnosi hipotezę art. 439 k.c. tylko do uszczerbku majątkowego. Stąd niemożliwy jest zbieg podstaw odpowiedzialności. Jeżeli teraz weźmiemy pod uwagę, że odpowiedzialność osoby prowadzącej przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody jest oparta na zasadzie ryzyka, to dojdziemy do wniosku, że roszczenie prewencyjne dotyczące zagrożenia dobra majątkowego oparte też jest na tej zasadzie, ale jeżeli owo zagrożenie dotyczy tylko dóbr osobistych, to potrzeba aż bezprawności (art. 24 § 1 k.c.). Por. Z. Banaszczyk: op. cit., s. 105–106.
- ⁷² B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Wina...*, s. 87; A. Ohanowicz, J. Górski: *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 124; W. Czachórski: *Zobowiązania...*, s. 145, 146.
- ⁷³ W. Bogusławski: op. cit., s. 35.
- ⁷⁴ Por. rozważania dotyczące koncepcji A. Agopszowicza.
- ⁷⁵ Por. literaturę przytoczoną w przypisach nr 58–60.
- ⁷⁶ W. Bogusławski: op. cit., s. 35.
- ⁷⁷ Ibidem, s. 33.

⁷⁸ A przy niedbalstwie mamy do czynienia ze zobiektywizowanym wzorcem postępowania; por. W. Bogusławski: op. cit., s. 37.

⁷⁹ W. Bogusławski: op. cit., s. 38.

⁸⁰ Ibidem, s. 38; odmiennie A. Szpunar (*Odpowiedzialność za szkody...*, s. 154), który uważa, że trwałość nie jest konieczna, gdyż przepis nie zawiera tego rodzaju ograniczenia. Sąd Najwyższy w uchwale z 12 sierpnia 1970 roku, III CZP 54/70 (OSNCP 1971, poz. 95) opowiada się za potrzebą trwałości zagrożenia.

⁸¹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19–20; na ten fakt zwraca też uwagę Z. Radwański: *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 189. Według A. Szpunara: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156 w przepisie art. 439 k.c. nie ma żadnej wzmianki o winie, wprowadzone są przy ocenie zachowania się zagrażającego jedynie elementy obiektywne.

⁸² Wywód za R. Kasprzykiem: *Podstawa...*, s. 20. Podobnie co do prototypu art. 134 k.z. wypowiada się W. Czachórski: *Zobowiązania...*, s. 148. Tam też autor zwraca uwagę, iż przyjęcie winy w kodeksie zobowiązań nie było takie oczywiste, gdyż rozpatrywano właśnie koncepcję obiektywnej bezprawności.

⁸³ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 20; por. też A. Śmieja: op. cit., s. 191.

⁸⁴ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 21.

⁸⁵ Ibidem, s. 21. Uwaga ta wydaje się niezbyt przekonująca, ponieważ można tu chyba jednak postawić zarzut – właśnie „braku należytego nadzoru”.

⁸⁶ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 21–22. Należy się jednak zastanowić, czy nie można tej funkcji doszukać się w kompensacji obawy zagrożonego.

⁸⁷ Jest to rodyjskie prawo o zrzucie morskim; zasady dotyczące tzw. awarii wspólnej, wykształcone na wyspie Rhodos i przejęte przez Rzymian. W myśl *lex Rhodia de iactu*, jeżeli w celu uniknięcia niebezpieczeństwa zatonięcia statku wyrzucano ładunek lub wyposażenie statku do morza, należało wynikłe z tego straty rozdzielić proporcjonalnie między właścicieli ładunków i przewoźnika. Nie dotyczyło to rzeczy zrabowanych przez piratów. Por. W. Wołodkiewicz (w:) *Prawo rzymskie – słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 94.

⁸⁸ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Recenzja...*, s. 109.

⁸⁹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 22.

⁹⁰ Tak: B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51; też: *Recenzja...*, s. 109; W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 43, tenże: *Ochrona...*, s. 155; R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 23.

⁹¹ W. Bogusławski: op. cit., s. 36.

⁹² A. Śmieja: op. cit., s. 191.

⁹³ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 26.

⁹⁴ Używając tego pojęcia myślimy o tzw. „szeroko rozumianej” bezprawności, a więc o zgodności nie tylko z nakazami czy zakazami prawa, ale też z zasadami współżycia społecznego; tak w orzeczeniu SN z 13 listopada 1936 r. (OSN 1937, poz. 187), niekwestionowanym w doktrynie (także pod rządem kodeksu cywilnego).

⁹⁵ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 26.

⁹⁶ Ibidem, s. 27.

⁹⁷ Ibidem, s. 28.

⁹⁸ Zdaniem R. Kasprzyka, inne stanowisko prowadziłyby do paradoksalnych wniosków (*Podstawa...*, s. 28).

⁹⁹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 29.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 29; tak też B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 53; A. Śmieja: op. cit., s. 191.

¹⁰¹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 29; tak też chyba W. Czachórski: *Zobowiązania...*, s. 156.

¹⁰² R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 32.

¹⁰³ A. Śmieja: op. cit., s. 189.

¹⁰⁴ A. Szpunar: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 157.

¹⁰⁵ A. Śmieja: op. cit., s. 191. Inaczej A. Agopszowicz, który uważa, iż bezprawność uzasadnia tylko ochronę dóbr niematerialnych (*Obowiązek...*, s. 57):

¹⁰⁶ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 52.

¹⁰⁷ A. Szpunar: *Ustalenie odszkodowania...*, s. 218.

¹⁰⁸ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 90. Tendencje prowadzą według A. Agopszowicza do uznania pojęcia winy i bezprawności za synonimy, co jest *contra*, a przynajmniej *praeter legem* (tamże, s. 90–91).

¹⁰⁹ W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.

¹¹⁰ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 100; J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 222. Według tych autorów wykładnia systemowa uzasadnia koncepcję ścisłego powiązania podstawy odpowiedzialności prewencyjnej i kompensacyjnej.

¹¹¹ W. Bogusławski: op. cit., s. 34.

¹¹² Por. A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 16 i n.; A. Śmieja: op. cit., s. 188.

¹¹³ Por. A. Śmieja: op. cit., s. 189.

¹¹⁴ Tak J. Szachułowicz: op. cit., s. 85.

¹¹⁵ Tak A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1509–1510; R. Kasprzyk: *Prześlanki roszczenia prewencyjnego z art. 439 k.c.*, SPE 1988, t. XL, s. 85–86.