

# Walenty Wójcik

---

"Epikie - verantwortlicher Umgang mit Normen. Eine historisch-systematische Untersuchung zu Aristoteles, Thomas von Aquin und Franz Suarez", Günter Virt, Mainz 1983 : [recenzja]

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 28/3-4, 304-320

---

1985

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

na pięć rozdziałów, poprzedzona jest jednostronicowym wstępem. W kolejnych rozdziałach autor omawia: fazę wstępną procesu małżeńskiego (ss. 207—211), rozwiązanie sporu, czyli uzgodnienie wątpliwości (ss. 213—215), poszczególne elementy postępowania dowodowego, a mianowicie przesłuchanie stron, dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych (ss. 217—226), zakończenie procesu: publikacja akt, *conclusio in causa*, dyskusja sprawy, wydanie wyroku (ss. 227—234) oraz zaczepienie wyroku lub apelacja (ss. 235—239).

Swoją relację Cesare Zaggia kończy uwagą o prawno-dyszpasterskim stylu nowego Kodeksu (ss. 241—242).

Wydaje się, że powyższa prezentacja przebiegu procesu małżeńskiego bez wątpienia daje ogólną orientację w tak ważnej dziedzinie życia kościelnego, jaką stanowią diecezjalne trybunały. Jednakże pracownicy tychże instytucji chcieliby mieć jak najszybciej do dyspozycji pełne omówienie całości formalnego prawa małżeńskiego. Stąd też czekają nie tylko na nowe opracowanie instrukcji *Provida Mater*, ale także spodziewają się, że specjaliści z dziedziny prawa procesowego w najbliższym czasie dostarczą im jasnych i wyczerpujących komentarzy. Dopóki to nie nastąpi, winni się zapoznać z ogólnymi opracowaniami tego typu, jak omówiona tu praca zbiorowa o małżeństwie w nowym Kodeksie Prawa Kanonicznego.

Ks. Ireneusz Pękalski

**Günter Virt, Epikie — verantwortlicher Umgang mit Normen. Eine historisch-systematische Untersuchung zu Aristoteles, Thomas von Aquin und Franz Suarez, Matthias-Grünwald-Verlag, Mainz 1983, ss. 299 in 8°.**

Pod tym tytułem ukazała się rozprawa habilitacyjna autora jako 21. tom *Tübinger theologische Studien*. Zainteresuje ona nie tylko teologów-moralistów ale też i kanonistów. We wprowadzeniu zaznacza autor, że narastający dziś gąszcz ustaw, przepisów i instrukcji w Kościele i w państwie nasuwa problemy tak w zakresie sumienia jak i w dziedzinie prawa. W dzisiejszym społeczeństwie i w literaturze z dziedziny etyki spotyka się dyskusję nad stanowiskiem człowieka wobec norm prawnych. Polaryzacja sięga od sceptycznego relatywizmu i skrajnej etyki sytuacyjnej aż do fanatyzmu przy realizowaniu obowiązujących norm. W tych warunkach wyłania się konieczność cnoty skłaniającej do racjonalnego traktowania norm, poznania i wolności, teorii i praktyki, jedności i różnorodności w przepisach prawnych. Tradycja nazywa tę cnotę epikeią. Ponieważ w ciągu wieków zmieniała się treść i zakres tego pojęcia, autor postawił sobie za cel zbadanie całego problemu w studium historyczno-systematycznym.

\*

Pierwsza część (s. 14—90) traktuje o epikei u Arystotelesa. Urodzony w 384 r. przed Chr. w Stagirze od 17 roku życia przebywał Arystoteles w Atenach, przez 13 lat obserwując tamtejsze rozwinięte życie publiczne. Punktem wyjścia jego rozważań była praktyka życiowa w polis, tj. mieście-państwie. Przyjęła się tam jedność państwa i społeczeństwa, identyczność panującego i podwładnego-obywatela. Powstała stąd u Platona idea jednego miasta i jednego prawdziwego prawa. Arystoteles w odróżnieniu od swego mistrza wychodził nie od idei ale od rzeczywistości. Budował etykę celu. Uwzględniał przy tym dorobek myślowy poprzedników i aktualne problemy społeczne. Chciał podać konkretne stałe zasady działania ludzkiego. Najwyższe dobro, szczęście życiowe osiąga się przez dobre czyny. W działaniu urzeczywistnia i doskonalili człowiek swoją naturę. Wymaga ona włączenia się do życia w polis i w społeczeństwie. Szczęśliwość dla jednostki i dla polis jest czymś identycznym. Zdobywa ją człowiek przez życie obywatelskie i przez cnotę, która jest czymś publicznym a nie wewnętrznym. Sprawy własne jednostki i sprawy ogółu w polis przenikają się wzajemnie. Arystoteles nie wyklucza, że do pełnego szczęścia potrzebne są dary bogów. Działanie ducha jest czymś najwyższym i najszczęśliwszym dla człowieka. Rozróżnia się cnoty poznania i cnoty działania. Przy poszczególnych czynnościach decyduje orthos logos — właściwe planowanie. Zależy ono od wychowania. Cnota ujmuje rzecz bez nadmiaru i bez niedomiaru. To, co jest pośrodku, jest moralnie najlepsze. Nie oznacza to przeciętności. Arystoteles ujmuje cnoty i wady fenomenologicznie: ilościowo z unikaniem odchyleń w prawo czy w lewo oraz jakościowo jako coś najwyższego. Czyny pochodzące z nieracjonalnych odruchów duszy są złe same w sobie. Ocena, co stanowi konkretnie „właściwy środek”, należy do szlachetnego męża — spoudaios. Arystoteles unika przez to subiektywizmu sofistów i relatywizmu pitagorejskiej zasady, że człowiek jest miarą. Etyczne działanie musi być wolne. Granice działania oznacza natura a nie idea. Kierunek nadaje każdorazowy cel. Prowadzi do niego etyka cnot a nie etyka norm. Idzie o etykę szlachetności — elity.

Arystoteles poświęca całą V księgę Etyki Nikomachejskiej cnotcie sprawiedliwości. Podstawę tego, co słuszne, stanowi natura ludzka. Prawo jest pochodzenia bożego. Świadczy o tym literatura i historiografia grecka. Jest harmonia między bożym prawem niepisany a ludzkim prawem zwyczajowym. Zmieniające się konkretne kazusy życia w polis wymagały stałych korektur. Pomocą w tym była według Arystotelesa epikeia i przyjaźń. Podstawową cnotą jest sprawiedliwość. niesprawiedliwość pochodzi z naruszania równości między obywatelami i z nierównomiernego rozdziału dóbr. Ogólna albo uniwersalna sprawiedliwość odnosi się do natury-nomos. Każda ustawa

zawiera w szerszym znaczeniu coś sprawiedliwego. Cnota sprawiedliwości, która obejmuje inne cnoty, zwyczajnie i etycznie nienaganne ustawy, różni się od reszty cnót przez swą relację do innego człowieka. Przez sprawiedliwość inne cnoty stają się cnotami społecznymi. Wyjście poza granice sprawiedliwości jest objawem przyjaźni. Prawo w najwyższym znaczeniu jest między przyjaciółmi. — Sprawiedliwość szczegółowa polega na zachowaniu równości przy rozdziale dóbr. Jest ona rozdzielcza, wyrównawcza i odwetowa. Pierwsza polega na rozdziale dóbr przez państwo. Równość ma być ujęta nie arytmetycznie: 2 osoby — 2 rzeczy ale geometrycznie: relacja 2 osób — relacja 2 rzeczy. Druga — dąży do osiągnięcia „środka” w równości relacji umownych między jednym a drugim człowiekiem. Równość ustala się arytmetycznie. Trzecia — odwetowa wychodzi swym zakresem na teren prawa prywatnego i publicznego. Przez sankcje karne przywraca ona sprawiedliwość według równości geometrycznej. Sens normy oznaczony jest teleologicznie. Sprawiedliwość jest cnotą „środka” między dwoma ekstremami: wyrządzaniem i doznawaniem krzywdy. Polega nie tylko na postawie duchowej ale w istocie swej ma wymiar społeczny, międzyludzki. Arystoteles jako pierwszy rozróżnił aspekt legalny i moralny sprawiedliwości. Nie rozdzielał jednak tych aspektów, jak to uczynił I. Kant.

Dalszy punkt rozważań to problem prawa. W polis czyli w państwie jest prawo w części prawem natury, w części prawem stanowionym. Powstaje pytanie, czy Arystoteles rozumiał to inkluzywnie a czy ekskluzywnie. Innymi słowy, czy prawo natury i prawo stanowione są wobec siebie w relacji przeciwieństwa a czy też prawo natury przynajmniej częściowo tkwi w prawie stanowionym. Wypowiedzi Stagiryty zdają się przemawiać za pierwszym i za drugim ujęciem. Autor przytacza teksty. Ilustruje je wykresami. Powołuje się na zdania komentatorów. W dalszym ciągu czytamy rozważania na temat prawa. W pełnym znaczeniu jest ono tam, gdzie równi ludzie łączą się w celu osiągnięcia samowystarczalności-autarkeia. Wolni różnią się od niewolników tym, że mają swoją wolę i żyją dla siebie. Niewolni nie mają ani jednego ani drugiego. Tylko u wolnych jest równość panowania i podporządkowania się. Jedynie wśród wolnych może być naruszana równość. Oni potrzebują ustaw. Domownicy nie są wolnymi i nie ma wśród nich prawa w pełnym sensie. Prawo jest dopiero w polis — państwie. W nim realizuje się ludzka natura. Nie ma prawa bezpośrednio w stanie natury. Nie może być prawa poza polis — państwem. Prawo natury u Arystotelesa jest prawem realizowanym w polis. Ujmując rzecz fenomenologicznie dziedzina prawa to zespół norm i reguł porządkujących życie ludzi. Jedne z nich mogą być zmieniane. Inne dotyczą substancji człowieka i nie mogą być samowolnie zmieniane bez wyrządzenia szkody człowiekowi. Obowiązują niezależnie od obywateli. Legalność

i moralność są czymś różnym ale nie mogą być oddzielane od siebie. Polityka ma uzasadnienie etyczne. Nie ma różnicy między sprawiedliwym działaniem a prawem. Norma prawna ma taki stosunek do konkretnego czynu jak zasada do czegoś pojedynczego. Konsekwencją tego będzie epikeia. U Arystotelesa oznacza ona raz prawo do uzupełniania luk w ustawach, raz interpretację według intencji ustawodawcy. Czasem jest ona niezmienna jak prawo natury. W Etyce Nikomachejskiej, choć prawo natury uznawane jest za coś stałego, to jednak stosowanie tego prawa nie przebiega automatycznie jak u innych istot, lecz jest powierzone człowiekowi. Przez sztukę i cnotę aktualizuje, urzeczywistnia człowiek swoją naturę. Prawo natury dotyczące bogów jest niezmienne. Prawo odnoszące się do natury człowieka jest niezmienne tylko w ujęciu abstrakcyjnym, wykluczającym jego realizację w pełni. Przez realizację staje się ono zmienne.

Bezpośredni kontekst epikei znajdujemy w V księdze Etyki Nikomachejskiej. Autor omawia rozdział za rozdziałem tego dzieła Stagiryty. Podstawę działania sprawiedliwego stanowi dobrowolność czynu. Ocenie moralnej podlega sprawiedliwość tylko u osoby działającej a nie u tej, która ponosi skutki działania. Epikeia oznaczać może przy tym rezygnację z przysługującego prawa. Trudne jest odnalezienie zobiektywizowanej postaci tej cnoty. Prawo jest zawsze wytyczeniem delikatnej drogi między „za mało” i „za dużo”. Stąd wyłania się potrzeba oceny ze strony działającego. Już w Iliadzie oznaczała epikeia stosowanie słuszności, etykę umiaru. U Demokryta epikeia polegała na godnym znoszeniu ubóstwa. Pierwszy Herodot uznał epikeię za przeciwieństwo do rygoryzmu prawnego. Sofiści podkreślali wolność człowieka. Thukidydes, uznający historię za współdziałanie doświadczenia ludzkiego umysłu i losu, uważał, że epikeia oznacza umiar w wykonywaniu władzy. Pochodziło to z pragmatycznej oceny sytuacji. Podobnie sądzili Spartanie. Mieszkańcy wyspiarskiego miasta Melos odwoływali się w tym duchu do Ateńczyków. Plato używał wyrazu epikeia na oznaczenie łagodności i słuszności. Jest to sztuka działania filozofa-króla a nie cnota obywatela. Arystoteles podsuwał różne znaczenia pod wyraz epieikos. Odnosił tę cnotę do patrycjuszów i wybitnych obywateli a nie tylko do władców, sędziów i mędrców. Szło o wykrywanie i tworzenie prawa niezależnie od przepisów ustawy. W Etyce Nikomachejskiej można dostrzec trylemat: albo ustawa wyraża wystarczająco treść objętą cnotą sprawiedliwości — wtedy epikeia jest zbędna, albo nie wyraża wystarczająco — wtedy za pomocą epikei trzeba szukać dobra etycznego, albo dobro etyczne i epikeia są czymś identycznym. Epikeia jest lepszą formą sprawiedliwości wyrażonej w ustawie ale nie jest lepsza od prawa natury. Tworzenie prawa polega na napięciu między ogólnym sformułowaniem normy w ustawie a znalezieniem optymalnie sprawiedliwego rozwią-

zania w poszczególnych sytuacjach. Innymi słowy epikeia polega na znalezieniu obiektywnej normy w konkretnych warunkach. Wyjęte jest prawo natury. W demokracji, gdzie jest równość między rządzącym a podwładnym, każdy jest potencjalnym ustawodawcą. Człowiek delikatny i wielkoduszny jest sam równocześnie ustawą. Poznanie i sąd krytyczny wskazuje, kiedy stosować epikeię.

W Retoryce akcentuje Arystoteles, że epikeia wypełnia luki w ustawie i jest prawem obok pisanej ustawy. Obejmuje ona kazusy prawne. Stanowi rekurs od prawa pisanego do prawdziwego. Sędzia polubowny wynajduje słuszne rozwiązanie w oparciu o wyższe zasady. Idzie o prawo natury. W streszczeniu rozważań nad epikeią u Arystotelesa próbuje autor sprecyzować to pojęcie w świetle dzieł tegoż filozofa. Punkt wyjścia stanowi konieczność i uzupełnienie ustawy ogólnej z natury rzeczy. Epikeia jest wyższą sprawiedliwością. Odnosi się do obywateli wyrobionych etycznie. Polega ona na zachowaniu zasad etycznych i uwzględnianiu praw innych ludzi. Stanowi o wolności obywatela i zapobiega samowoli. Nie jest rekuresem od pozytywnej ustawy do prawa natury. Ta koncepcja sprawiedliwości jest korzeniem zachodniej wolności sumienia. Człowiek odnajduje sprawiedliwość niezależnie od ustawy, w oparciu o swoje wysokie walory etyczne. Arystoteles rozwiązał przez swą naukę o epikei wiele problemów filozofii praktycznej.

\*

Drugą część (s. 91—171) poświęcił autor rozważaniom na temat epikei u św. Tomasza z Akwinu. Na wstępie podał uwagi historyczne o warunkach życia duchowego i społecznego w średniowieczu Europy. W oparciu o swego mistrza św. Alberta W. przejął wtedy Tomasz naukę o cnocie epikei od Arystotelesa. Następnie opisuje autor plan Summy teologicznej. Tomasz uwzględniając różnorodność sytuacji, w których działa człowiek, stworzył przesłanki do pozytywnej oceny epikei. Fundamentem dla jego etyki jest chrystologia. Idzie o powrót do Boga drogą otwartą przez Chrystusa a nie o zasadę naśladowania. Człowiek nie kopiuje danych przykładów ale tworzy na nowy sposób drogę do Boga. Sam jest dla siebie ustawą. Moralność posiada swoją autonomię. Epikeia jest ostateczną konkretyzacją sprawiedliwości. Rozum i wolna wola czynią człowieka panem jego czynów. Na jego działanie wpływają racje wewnętrzne i zewnętrzne. Do tych ostatnich należy natura i łaska boża. Ustawa jest odwieczna, naturalna i ludzka. W odróżnieniu od Arystotelesa przyjmuje Tomasz istotną nierówność między panującym a podwładnym. Uznaje roztropność za cnotę pośredniczącą między cnotami moralnymi i umysłowymi. Zgodnie z Arystotelesem przyjmuje sprawiedliwość jako cnotę społeczną. Prawo natury jest według Arystotelesa i Tomasza zmienne, gdyż zmienna jest natura ludzka. Idzie o naturę ujętą konkret-

nie a nie abstrakcyjnie. Dlatego stan niewolniczy pochodzić ma z prawa natury. Prawo narodów nie należy ani do prawa natury ani do prawa stanowionego ale jest tym, co nakazuje naturalny rozum. Podstawą prawną tego rozumu jest słusność — *aequitas*. Ustawa pozytywna jest niesprawiedliwa, jeśli zawsze lub najczęściej sprzeciwia się prawu natury. W tych wypadkach trzeba stosować zasadę słusności. *Epikeia* kończy szereg cnót podporządkowanych sprawiedliwości.

W *Summie* teologicznej dyskutuje Tomasz pytanie, czy *epikeia* jest cnotą. Przyjmuje za Arystotelesem, że ustawa obejmuje tylko większość wypadków. Są przykłady uzasadniające działanie przeciw ustawie, np. oddanie pozostawionego miecza człowiekowi szalonemu. Należy kierować się sensem ustawy a nie brzmieniem jej słów. *Epikeia* nie jest wykładem niejasnej ustawy ale moralnie uzasadnionym samodzielnym działaniem wobec ustawy niewłaściwej w danej sytuacji. Przede wszystkim realizuje ona sprawiedliwość a tylko wtórnie stanowi naruszenie ustawy. Sprawiedliwość ustaw winna kierować się według *epikei* a nie na odwrót. *Epikeia* jest wyższą regułą działań ludzkich. Stanowi część sprawiedliwości. Nie jest jednak cnotą wyższą od niej. Na pytanie, czy *epikeia* kieruje się zasadą prawidłowości a czy wolą ustawodawcy, Tomasz przechyla się za pierwszą alternatywą. Decyduje sumienie człowieka i światło jego rozumu. Niedopuszczalna jest jednak samowola. Kto decyduje się stosować *epikeię* wobec niesprawiedliwej ustawy, winien rozważyć, czy nie powstanie przez to większa szkoda dla dobra ogólnego i dla koniecznej pewności prawa niż przez zachowanie takiej normy. *Epikeia* ma moc prawotwórczą i jest źródłem prawa zwyczajowego, również przeciwnego ustawie.

Dalszy punkt rozważań to stosowanie *epikei* wobec prawa bożego, naturalnego i ludzkiego. Z najwyższych zasad wypływają ogólne zdania. Z nich dokonuje się *determinatio* lub *conclusio* przez Boga i przez człowieka. Tworzy to prawo boże lub boży nakaz wyjątkowy i ustawę ludzką — dla wielu wypadków. W końcu dochodzi zastosowanie prawa bożego i ludzkiego w konkretnej sytuacji. Są różne wyjątki, znane z Pisma św. Przy prawie ludzkim należy sięgnąć od tekstu ustawy do motywu ustawodawcy. Jest nim dobro ogólne. Ze względu na ogólnikowość sformułowań potrzebna jest cnota *epikei*. Ustawa ludzka jest przedłużeniem prawa natury w konkretnych sytuacjach. Dlatego prawa ludzkie wiążą w sumieniu. Jest to coś innego niż nowoczesne ujęcie stosunku między legalnością a moralnością. Wyjątki pochodzą z zakłóceń natury ludzkiej. *Epikeia* nie zmienia ludzkiej ustawy tak jak zakłócenia w naturze nie zmieniają prawa naturalnego. Szczególne okoliczności czynią zachowanie ustawy nierozsądne i dlatego niemoralne. W tych wypadkach trzeba posłużyć się *epikeią* w oparciu o *superior regula* prawa natury. W odniesieniu do prawa bożego nie może być wyjątków.

Ostatni punkt rozważań autora stanowi podanie źródeł nauki Tomasza z Akwinu o epikei. Za pośrednictwem *Corpus Iuris Civilis* przejął on rzymską *aequitas*. Stosował ją pretor przy realizacji prawa. Definicja Celsusa: *ius est ars boni et aequi* wpłynęła na rozwój sztuki twórczej w wypadku sprzeczności między tekstem ustawy a rozsądną oceną konkretnej sytuacji. W r. 314 ogłosił Konstantyn W. wyższość *aequitas* nad *strictum ius*. Tomasz opierał się następnie na Biblii. W czasie tłumaczenia Septuaginty zastrzegano stosowanie epikei monarsze, z wykluczeniem obywateli jak im przyznawał to prawo Arystoteles. Bóg stosował epikeię wobec ludu wybranego. Nowy Testament używa terminów: *prays*, *tapeinophron*, *epikeikes* na oznaczenie łagodności Boga wobec człowieka. Zamiast relacji pan-sługa zjawia się stosunek braterstwa. Tomasz przejął pojęcie *aequitas* i *epikeia* ze scholastyki. We wczesnym średniowieczu *aequitas* i *iustitia* były używane jako synonimy. Komentarz do *Corpus Iuris Civilis* napisany przez Irneriusza zbliżył Zachodowi prawo rzymskie. Tomasz cytuje je ok. 150 razy. Cycerona w samej Summie teologicznej — 166 razy. Powtarzała się formuła, że ustawa stanowi normę *ut in pluribus*. W poszczególnych wypadkach są wyjątki. W katalogach cnót z XII w. spotyka się *misericordia* i *gratia* oraz *modestia* i *clementia*. *Aequitas* — w *Opusculum de fructibus carnis et spiritus*. Są to cnoty stanowiące częściowy przejaw lub uzupełnienie sprawiedliwości. Albert W. oparł się na tłumaczeniu i komentarzu Etyki Nikomachejskiej napisanym przez Roberta z Grosseteste († 1253). Przy swoim zainteresowaniu konkretnymi zajął się epikeią. Nazwał ją *super-iustitia*. Poszedł za tym Tomasz. Realizujący prawo uzupełnia braki ustawy. Zezwała na to sens ustawy, którym jest dobro ogólne. Prawo pozytywne czerpie swą legitymację z *aequitas*, którą Albert stawia na równi z prawem natury. Sprawiedliwość naturalna jest podobna, ujmując rzecz hilemorfistycznie, do formy, która kształtuje partykularne okoliczności. Inny jest porządek ustawodawstwa, inny epikei. Sięga ona dalej niż sprawiedliwość ustaw. Realizujący prawo kieruje nim a nie na odwrót. Epikeię można stosować także w obecności ustawodawcy. Każdy człowiek mający użycie rozumu jest podmiotem epikei. Jej przedmiot obejmuje również prawo boże pozytywne. Jej teologicznym motywem jest wolność Jezusa Chrystusa w stosunku do prawa.

W końcu omawia autor w świetle całości dzieł Tomasza z Akwinu pojęcia i problemy zbliżone do epikei. Spotyka się wyrazy: *aequitas* jako równość, *aequitas* wyroku, *aequitas* kary, *aequitas* jako łagodność, *aequitas* jako pełna i dokładna sprawiedliwość osobowa. *Epikeia* i *aequitas* zakładają czasem interpretację ustawy według ogólnego używania wyrazów. Streszczenie nauki o epikei i porównanie jej z nauką Arystotelesa i Alberta zamykają drugą część rozprawy.



Trzecia część traktuje o epikei u Franciszka Suareza. Najpierw czytamy o „losie” epikei między Tomaszem a Suarezem. Nastąpiło załamanie się scholastyki. Epikeia została upolityczniona. Marsyliusz z Padwy pisał, że epikeia służy zapełnianiu luk w ustawie. Czyni to władca. On jest kompetentnym tłumaczem ustawy. Nie podlega on prawu ale dysponuje epikeią dla realizacji swej władzy nad ustawami. Wilhelm Ockham uczył, że epikeia interpretuje ustawę ale nie opiera się na regułach wyższego rzędu. Jest ona instrumentem politycznym w walce z kurialnym legalizmem. W okresie schizmy zachodniej i koncyliaryzmu głoszone potrzebę epikei dla przewyciężenia rozłamu w oparciu o prawo boże — *epieikes divinae legis*. Według Jana Gersona epikeia stanowi element interpretacji ustawy, w tym także prawa bożego. Ustawy wymagają ciągłej konkretyzacji. Podmiotem stosującym epikeię są teologowie, kanoniści i wykształceni świeccy. Na soborze — ojcowie soboru. Mikołaj z Kues początkowo rozumiał przez epikeię cnotę interpretującą roztropnie ustawy i dyspensującą w poszczególnych wypadkach od ich zachowania. W Kościele podlega ona kontroli soboru. Z czasem zmodyfikował on swe poglądy ucząc, że decyduje nie większa ale lepsza część Kościoła. Przyznał papieżowi prawo interpretacji ustaw i udzielania dyspens. Epikeia jest w rzeczach kościelno-politycznych zarezerwowana papieżowi. Szereg pisarzy kontynuowało w XV—XVI w. tradycję scholastyczną w poglądach na epikeię. Humaniści starali się na nowo przemyśleć relację etyki, prawa i polityki. Erazm z Rotterdamu podnosił znaczenie prawa natury ucząc, że ustawy nabierają mocy nie z woli ustawodawcy ale ze zgodności z *aequitas* i z *honestas*. Sformułował adagium, że w przeciwnym razie może być *summum ius summa iniuria*. Marcin Luter dążył do uwolnienia sumień ludzkich od nacisku ze strony norm prawa kościelnego i świeckiego. Był nastawiony antylegalistycznie. Mówił o *epikei* i *aequitas*. Ustawa nie tworzy sprawiedliwości. W epikei jaśnieje łaska boża. Stąd w praktyce epikeia musi panować.

Franciszek Suarez (1548—1617) kształcił się w centrum odrodzenia scholastyki. Cesarz Karol V chciał stworzyć pierwsze nowożytne imperium kolonialne: umocnić chrześcijaństwo w życiu społeczeństwa. Przed nim kard. Ximenes de Cisneros dążył do zorganizowania humanizmu na płaszczyźnie kościelnej. Teologia moralna była u jezuitów hiszpańskich złączona z prawem kanonicznym. Suarez w swoich wykładach rzymskich krytykował wywody Tomasza z Akwinu, rozróżniając sprawiedliwość w sensie szerszym i w sensie zwykłym. Ta ostatnia jest albo legalna — dotycząca *bonum commune* albo prywatna, tj. zamienna i rozdzielcza. W odróżnieniu od Tomasza z Akwinu idzie on nie w kierunku dobra ogólnego ale odwrotnie: dedukcyjnie — od zorganizowanego państwa i zarządzanego *bonum commune*. Państwo posiada *dominium altum* nad mieniem i życiem obywateli.

Epikeia stanowi *iustum contra verba legis*. Tomasz uczył natomiast, że epikeia jest realizowaniem właściwej moralności niezależnie od ustawy, w oparciu o stosowanie wyższych reguł do konkretnej sytuacji. Celem epikei jest u Tomasza *communis utilitas*, u Suareza — *mensura securitatis rei publicae*. Ustawy nakazują według niego nie tylko akty sprawiedliwości ale i innych cnót. Stąd epikeia jak i *aequitas* należy do różnych cnót a nie tylko do sprawiedliwości. Sprawiedliwość pochodzi z *dominium altum* państwa — z formalności prawnej. Podporządkowanie dobru publicznemu zapewnia wola ustawodawcy — suwerennego władcy.

W głównym swym dziele: *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* zajmuje się Suarez podstawą zobowiązania moralnego. Przechodzi od wypowiedzi o bycie do wypowiedzi o powinności. Prawdliwość sumienia polega na zachowaniu ustaw. *Aequitas* jest to samo co *aequum et bonum*. Epikeia odnosi się do *aequitas naturalis*. Stosuje ją sędzia, gdy wyrokuje nie według tekstu ustawy ale według intencji prawa. Istotą epikei stanowi *agere contra*. Suarez zajmuje się przy tym problemem pewności prawa. Jest ona oddzielona od prawa i moralności. Podlega władzy państwowej. Legitymuje władzę państwa absolutnego. Przy pewności prawa mało jest miejsca na epikeię. Inaczej przy zajmowaniu stanowiska sprawiedliwości. Podwładny nie może kierować się przy realizowaniu ustawy swoją wolą ale winien iść za głosem rozumu. Natomiast ustawodawca kieruje się rozumem i wolą. Suarez zabezpiecza się jednak przed pozytywizmem prawnym. Wola ustawodawcy jest uwarunkowana. Ustawa niesprawiedliwa czy niemoralna nie jest ustawą. W wątpliwości trzeba jednak przyjąć, że ustawodawca ma rację. Interpretacja ustawy w znaczeniu ścisłym polega na stosowaniu epikei lub słuszności — *aequitas*. Epikeia możliwa jest w odniesieniu do prawa natury. Stosować ją może tylko Bóg. Suarez analizuje różne przykłady z pogranicza prawa bożego i ludzkiego. Zasadniczo jest przeciw stosowaniu przez człowieka epikei w odniesieniu do prawa natury. Rozróżnia interpretację: zwykłą, tj. wyjaśnienie brzmienia słów, stwierdzającą fakt zmiany materii ustawy i korygującą ogólny tekst ustawy przez zwrócenie się do intencji ustawodawcy czyli przez epikeię. Stwierdza, że prawo pozytywne cywilne ma pierwszeństwo przed pozytywną ustawą kościelną, gdyż łaska suponuje naturę i ustawy ludzkie były wcześniejsze od objawionych ustaw bożych. Epikeia polega na częściowej zmianie ustawy od wewnątrz. Jest ona poszukiwaniem woli ustawodawcy, która też jest ustawą. Domniemywanie tej woli jest epikeią. Suarez jako doradca Filipa II i Filipa III zabiegał, aby w swej doktrynie utrzymać pewność prawa. Gdy wypełnienie ustawy jest zbyt trudne, dozwolone jest posłużenie się epikeią. Tak samo, gdy w danych okolicznościach ustawodawca nie chciałby zobowiązywać. Autor zestawia na tabeli: epikeia niemożliwa, gdy sens ustawy nie odnosi się do danego wypadku, na-

kazana — gdy zachowanie ustawy byłoby czynem niemoralnym, możliwa — gdy zachowanie ustawy byłoby nadzwyczaj trudne i gdyby ustawodawca nie żądał tego. Rozważa też różne możliwości uwolnienia się od wykonania ustawy. Ocenia różne kazusy ze Starego i z Nowego Testamentu.

Dalszy rozdział stanowi streszczenie nauki Suareza o epikei i porównanie jej z doktryną Tomasza z Akwinu. Na skutek poglądów nominalistów i sytuacji imperium hiszpańskiego nastąpiło upolitycznienie epikei. Suarez wybrał drogę „liberalną” chcąc przezwyciężyć trudności z inkwizycją. Kładł nacisk nie tyle na formalizm prawny ile na dobro ogólne. Ograniczał zakres pojęcia sprawiedliwości legalnej a więc i zakres epikei. Nie jest już ona *praeter legem* ale zawsze *contra legem*. U Suareza jest nie do pomyślenia działanie niezależne od woli ustawodawcy. W pismach swych rozwija Suarez szeroką kazuistykę w celu uchronienia pewności prawa. Epikeia polega na roztropnej interpretacji i na akcie woli zgodnym z wolą ustawodawcy. Wystarcza sąd prawdopodobny do jej stosowania. Jest ona *superior regula* działania ludzkiego. — Po wzmiankach o oderwaniu prawa natury od teologii u H. Grotiusa, o traktowaniu epikei jako prawa bez przymusu i o prawdopodobnym domniemywaniu woli ustawodawcy u św. Alfonsa Liguori przedstawia autor poglądy moralistów w podręcznikach XIX i XX w. Są one w pewnej mierze nawrotem do scholastyki. Uwzględniają też nowe prądy. Powtarza się w nich pogląd o dyspensie dla samego siebie udzielanej zgodnie z sumieniem i o łagodnej interpretacji. Rzadsze są zdania o niebezpieczeństwie dla dobra ogólnego. Znika natomiast pojęcie epikei jako cnoty skłaniającej do prawnego ułożenia stosunków wobec innych ludzi.

\*

Czwarta część (s. 245—277) zatytułowana jest: spojrzenie wstecz i perspektywy znaczenia doktryny o epikei dla dzisiejszej problematyki w etyce teologicznej i w pedagogice moralnej. Wykład zaczyna się od zarysowania epikei u Arystotelesa, Tomasza z Akwinu i Suareza. W dalszym ciągu przedstawia autor zainteresowanie epikeią po drugiej wojnie światowej. Przytacza opinie szeregu pisarzy. Na uwagę zasługuje projekt współpracy moralistów i kanonistów w celu humanizacji prawa kanonicznego w rozwiązywaniu trudnych problemów w życiu Kościoła, w zmaganiu się z zalewem etyki sytuacyjnej oraz w obronie absolutnych norm moralnych. Epikeia ma znaczenie w rozwiązywaniu trudności pożycia małżeńskiego. Winna ona dopomagać w zastępowaniu sformułowań prawa natury przez konkretne normy. Przed człowiekiem staje nie tylko odpowiedzialność za ukształtowanie realizacji norm. Idzie o uściślenie i uzupełnienie norm otwartych na korektury, o wolność sumienia i o prawidłowe obchodzenie się z nor-

mami etyki i prawa. Epikeia nie może dziś polegać na przywracaniu dawnych modeli ale winna być przede wszystkim pomostem między abstrakcyjnymi normami a zespołem konkretnych okoliczności wewnętrznych i zewnętrznych. Ma ona zapobiegać wielkiemu przedziałowi między kościelnym nauczaniem etycznym a praktyką życia moralnego i ustrzegać przed podwójną etyką w tworzeniu nowej pastoralnej moralności. — W ustawodawstwie kościelnym inny jest stosunek wolności człowieka do porządku prawnego niż w społeczności państwa. Nie może być wtedy prawa „konieczności”. Groziłoby wtedy niebezpieczeństwo utraty funkcji kontrolnej. Autor proponuje, aby zwierzchnik kościelny stosował zasadę „ekonomii”, tj. uwzględniania sytuacji. Będzie to epikeia „odgórna”. W całości jest epikeia czymś podobnym do kompromisu, choć w rzeczywistości jest ona realizacją zasad moralnych w danych okolicznościach wewnętrznych i zewnętrznych. — Następne zadanie epikei to pośredniczenie między moralnością aktu a etyką cnót. Działanie i motywacja etyczna, legalność i moralność stwarzają miejsce dla epikei. Dalszym zadaniem epikei jest pośredniczenie między etyką istoty a nauką o egzystencji. Przede wszystkim K. Rahner odróżniał imperatyw etyczny od pojęć w etyce istoty (ustawa, norma, zasada itd.). Epikeia jest realizacją imperatywu moralnego. Ostatnie zadanie epikei to pośredniczenie między moralnością autonomiczną a chrześcijańską duchowością. Rozpoznawanie duchów oraz prądów charyzmatycznych wymaga stosowania epikei. Nie musi to być działanie przeciw ustawie. Realizuje się przez to samodzielność w moralnej ocenie sytuacji.

\*

Instytut epikei studiowany jest tak przez etyków i moralistów jak i przez prawników i kanonistów. Z natury swej należy on więcej do dziedziny etyki i moralności. Poza dziełami Arystotelesa, Tomasza z Akwinu i Suareza uwzględnił autor jako źródła 76 dzieł moralistów i etyków do 1900 roku. Poza tym 288 pozycji literatury z zakresu etyki i moralności. Czytelnik spotyka w rozprawie nowe wiadomości. Cenne są wyjaśnienia, przypisy i wykresy. Autor ujął rzecz w świetle całej doktryny greckiej i teologii średniowiecza. Pogłębił problematykę przez szczegółową analizę tekstów Arystotelesa, Tomasza z Akwinu i Suareza. Poziom rozprawy jest wysoki. Są jednak i usterki. Pożądane byłoby uwypuklenie różnych sytuacji politycznych i społecznych, w których kształtowali swe poglądy i pisali swe dzieła wspomniani filozofowie moralności i prawa. Arystoteles analizował problemy według demokracji ateńskiej, gdzie tylko ok. 10% mieszkańców było obywatelami i uczestniczyło w rządach miasta-państwa. Tomasz z Akwinu miał przed oczyma napięcia między średniowiecznym sacerdotium a imperium. Suarez — nowożytną monarchią absolutną.

Rzutowało to na poglądy umieszczone w dziełach moralnych i prawniczych. — Pożyteczne byłoby uwydatnić różnicę między epikeią stosowaną przez ustawodawcę, urzędnika administracyjnego i sędziego a korzystaniem z epikei przez podwładnego. — Wydaje się, że w części dotyczącej Tomasza z Akwinu lepiej byłoby pierw pisać o źródłach doktryny tegoż Doktora a dopiero później o jego nauce. W wykazie literatury są zamieszczone niemal w całości tylko dzieła pisane w języku niemieckim.

Uzupełnieniem omówionej dysertacji może być przytoczenie poglądów przynajmniej niektórych kanonistów na instytut epikei. Rozwijała się ona w ciągu wieków jako przedmiot badań także prawników i kanonistów. Najpierw synonimem epikei była *aequitas*. Rozróżniano *aequitas rudis et primaria* oraz *aequitas scripta* lub *constituta*. W średniowieczu doszła *aequitas canonica*. Jest o niej mowa w Dekrecie Gracjana i w zbiorach Dekretalów. Zastanawiali się nad jej treścią i stosowaniem dekretyści oraz dekretaliści. Zestawiano szereg: *aequitas-Deus-ius naturale*. *Aequitas non scripta* to źródło prawa zwyczajowego. Zapełnia ona luki w ustawach. Trzeba ją zachować, gdy grozi *periculum animarum* i gdy wchodzi w grę *bonum commune*. Występuje ona w prawie karnym, obligatoryjnym i spadkowym. Ogólnie jest to *iustitia dulcore misericordiae temperata*. *Epikeia-aequitas* nie odnosi się do samych zasad prawa natury ale do praw stanowionych, opartych na tychże zasadach. Może być *aequitas condita* i *aequitas condenda*<sup>1</sup>. — Kanoniści XX w. rozróżniali między *aequitas-słuszność* a epikeią. Tę ostatnią jedni łączyli z problemem interpretacji i zapełniania luk w ustawach, inni przesuwali ją raczej do dziedziny moralności. F. X. Wernz<sup>2</sup> uczył, że epikeia oznacza działanie contra verba legis humanae, gdy zachowanie ustawy byłoby czymś niegodziwym, naruszającym naturalną słuszność lub zbyt uciążliwym. Sędzia działa wtedy nie w oparciu o prawo ujęte materialnie według brzmienia słów ustawy ale według *aequum et bonum*. Prawo zachowuje się wtedy zgodnie z intencją ustawodawcy. — Inne stanowisko zajął J. B. Sägmüller w oparciu o ustalenie J. Haringa<sup>3</sup>: prawo jako takie nie zna epikei czyli poglądu, że w określonym kwalifikowanym przypadku ustawodawca nie chciał zobowiązywać, chociaż ustawa jest jasna. Innymi słowy kanonista ten ściśle biorąc lokował epikeię w dziedzinie moralności. Zbliżał się do pozytywizmu prawnego.

Kodeks z 1917 r. nie wspominał bezpośrednio o epikei. *Aequitas naturalis* spotykało się w kan. 144, 192 § 3, 643 § 2. *Aequitas* — w kan. 1455 n. 2, 1833 n. 2. Wyrazy te oznaczały jednolitość, równość,

<sup>1</sup> V. Frosini, *Equità (nozione)*, Enciclopedia del diritto, t. XV s. 69—82; P. Fedele, *Equità canonica*, tamże, s. 147—159.

<sup>2</sup> *Ius Decretalium*, t. I, wyd. II, Roma 1905 s. 58.

<sup>3</sup> *Lehrbuch des kath. Kirchenrechts*, t. I, wyd. III, Freiburg i. Br. 1914 s. 135.

umiar. Temat *aequitas-epikeia* nasuwał się niektórym kanonistom przy komentowaniu kan. 20, który mówił o uzupełnianiu luk w ustawie przez tworzenie nowej normy m. i. *a generalibus iuris principis aequitate canonica servatis*. Tłumaczenie rzeczownika *aequitas* jest sporne. Według E. Eichmanna idzie o jednakowe równomierne stosowanie ogólnych norm prawa zgodnie z sensem i duchem prawa kanonicznego. S. d'Angelo sądził, że idzie tylko o metodę a nie o treść. E. Wohlhaupter, że idzie o treść czerpaną z prawa natury. H. Singer łączył jeden i drugi pogląd czyli treść prawa natury należy stosować zgodnie z sensem i duchem prawa kanonicznego<sup>4</sup>. G. Michiels ogólnie tłumaczył, że *epikeia* jest *benigna legis applicatio secundum aequum et bonum*, że używanie jej podlega dziś mniejszym ograniczeniom ale że dziś rzadko spotyka się ją w zakresie zewnętrznym<sup>5</sup>. W zasadzie przesuwiał więc ten kanonista *epikeię* do dziedziny moralności. — Szerzej zajął się wyjaśnieniem kan. 20 P. Fedele<sup>6</sup>. Za źródło przytoczonego zwrotu uznał on zdanie dekretu Honoriusza III: *procedas aequitate servata. Generalia iuris principia* to zasady prawa natury. W oparciu o zdanie Tomasza z Akwinu i Suareza tłumaczył Fedele, że *aequitas canonica* obejmuje również *epikeię*, kiedy to same zasady ogólne nie ulegają zmianie ale tak zmienia się podlegała im materia, ut actio subtrahatur ab obligatione legis naturalis. Wtedy jest miejsce na *epikeię*. — Inaczej nieco ujął tę rzecz W. Molinski<sup>7</sup> stwierdzając, że kan. 20 daje miejsce do stosowania *epikei*. Realizuje się ona w dystansie między etosem a ustawą. Opiera się na prawnym poczuciu rzeczywistości w zakresie społecznym. Stawia szranki legalizmowi. — Ch. Lefebre<sup>8</sup> rozróżniał na podstawie aktualnej doktryny *epikeię* w znaczeniu szerszym jako cnotę skłaniającą do stosowania ogólnej teorii prawa i w znaczeniu ścisłym — jako posługiwanie się w wyjątkowych wypadkach inną normą, którą przyjąłby z pewnością ustawodawca, gdyby przewidział daną sytuację. Znaczna część dzisiejszych pisarzy przyjmuje to drugie pojęcie. U podstaw *epikei*, jak stwierdzał J. Messner<sup>9</sup>, leży tzw. delegacja prawa natury i prawa odwiecznego. Stąd pochodzi moralne sankcjonowanie ustaw. Dlatego też uzupełnia się i koryguje się braki prawa pozytywnego przez stosowanie zasady słuszności i *epikei*. Oparcie stanowi prawo ponadusta-

<sup>4</sup> K. Mörsdorf, *Die Rechtssprache des Codex Iuris Canonici*, Paderborn 1967 s. 42.

<sup>5</sup> *Normae generales iuris canonici*, t. I, wyd. II, Parisiis-Tornacii-Romae 1949 s. 468—469.

<sup>6</sup> Dz. cyt., s. 156—159. G. Michiels, dz. cyt., t. I s. 620—624 zaprzecza zależności kan. 20 od dekretu Honoriusza III.

<sup>7</sup> *Epikie, Sacramentum mundi*, Freiburg-Basel-Wien 1968, t. I kol. 1064—1069.

<sup>8</sup> *Epikie. Doctrine actuelle*, Dictionnaire de droit canonique, t. V, Paris 1950 kol. 371—375.

<sup>9</sup> *Das Naturrecht*, Innsbruck-Wien-München 1966 s. 402—405.

wowe. Dochodzi zasada dobra ogólnego. Z tych źródeł czerpie w razie potrzeby sędzia i urzędnik administracyjny podejmujący decyzję. — K. Mördorf<sup>10</sup> zacieśniał pojęcie epikei jako wygaśnięcia obowiązku zachowania ustawy w pojedynczym wypadku. Według doktryny scholastycznej dokonuje się to, gdy zachowanie ustawy byłoby czymś niemoralnym lub szkodliwym. Subiektywne przekonanie o tym nie zmienia obiektywnego obowiązku przestrzegania ustawy ale tylko uwalnia w sumieniu w danym wypadku od więzi ustawowej. W zakresie zewnętrznym zwierzchnik może i wtedy urgować zachowanie ustawy, oceniać dopuszczalność działania przeciw ustawie i uwzględnić dobrą wiarę działającego w razie stosowania sankcji karnych. Według nowszych poglądów epikeia w sensie właściwym oznacza stwierdzenie dokonane w nadzwyczajnych okolicznościach, że ustawodawca wyjąłby konkretny przypadek spod obowiązującej ustawy, gdyby wiedział o nim. Tak rozumiana epikeia daje wolne pole sądowi subiektywnemu i powoduje bliskie niebezpieczeństwo przekształcenia cnoty epikei w wadę podcinającą porządek prawny. Panujące dziś poglądy zaprzeczają poza uznanymi kilkoma wyjątkami, aby epikeię można było stosować do ustaw unieważniających i uniezdalniających. Epikeia jest decyzją sumienia i wobec wymienionych ustaw może być stosowana jedynie z bardzo ważnych przyczyn przy grożącym niebezpieczeństwie dla zbawienia duszy. Powstaje wtedy zobowiązanie, aby według możliwości postarać się o uważnienie aktu w zakresie zewnętrznym.

W nowszych opracowaniach encyklopedycznych autorzy hasła epikeia zwracają uwagę raczej na moralną stronę problemu. P. Palazzini<sup>11</sup> podkreśla, że *aequitas* dotyczy raczej zakresu prawa a epikeia — sumienia, że epikeia jest domniemaną dyspensą. Może być w wyjątkowych okolicznościach stosowana przy zrywającej przeszko-dzie małżeńskiej *disparitas cultus* czy też przy rozgrzeszaniu *complicis in peccato turpi*. — R. Egenter<sup>12</sup> twierdzi, że epikeią jest zachowanie się moralne wtedy, gdy obowiązujące prawo nie wiąże w sumieniu. Podczas gdy w średniowieczu uważano epikeię za usposobienie co do wartościowania, dziś jest ona raczej usposobieniem rzeczowej uczciwości i silniej występuje jako zasada, która chroni przed przekształceniem się tradycyjnego instytutu w instrument chytrego obchodzenia ustawy. — W Encyklopedii Katolickiej<sup>13</sup> H. Juros przedstawia epikeię z punktu widzenia moralności a J. Krukowski — pod kątem prawa kanonicznego. Zaznaczono różnicę między epikeią a łagodną interpretacją, słuszością i dyspensą. Epikeia nie powoduje bez-

<sup>10</sup> *Kirchenrecht*, t. I wyd. XI, München-Paderborn-Wien 1964 s. 102—103.

<sup>11</sup> *Epikéia*, Enciclopedia Cattolica, t. V, kol. 440—442.

<sup>12</sup> *Epikie*, Lexikon für Theologie und Kirche, wyd. II, t. III kol. 934—935.

<sup>13</sup> *Epikia*, t. IV kol. 1026—1028.

pośrednich skutków prawnych w zakresie zewnętrznym. Sędzia winien ją respektować przy dowodzeniu dobrej wiary i przy stosowaniu kar kościelnych. — Ujmując całość poglądów na epikeię w czasach po kodeksie z 1917 r. należy stwierdzić, że nastąpiło wyraźniejsze rozróżnienie pojęć pokrewnych i że przy zachowaniu tego instytutu w zakresie moralności dokonało się jakieś umocnienie roli epikei również w zakresie prawa kanonicznego i nawet wobec ustaw unieważniających i uniezdalniających. Ta ewolucja rozwinęła się przy redagowaniu nowego kodeksu.

\*

Kodeks z 1983 r. nie zawiera podobnie jak kodeks poprzedni wyrazu epikeia. Natomiast o rzeczowniku *aequitas* wspomina w kan. 221,2; *naturalis aequitas* 271,3 i 1143,3; *aequitas et caritas* 686,3; *aequitas et evangelica caritas* 702,2; *aequitas canonica* 19 i 1752. Poza tym przymiotnik *aequus* spotyka się w 12 kanonach<sup>14</sup>. W porównaniu z kodeksem z 1917 r. stanowi to jakieś rozszerzenie. Problem uzupełniania luk w prawie reguluje kan. 19. Reformuje on normę kan. 20 z 1917 r. o tyle, że upoważnia do uzupełniania luki w razie braku normy także prawa zwyczajowego<sup>15</sup>. Zwrot o *generalibus iuris principis cum aequitate canonica servatis* pozostał niezmienny.

Pierwsze komentarze powtarzały tradycyjne objaśnienia cytowanego zwrotu. W *Codigo de derecho canonico*<sup>16</sup> wyjaśniono, że w odróżnieniu od ścisłego prawa należy ze względu na szczególne okoliczności stosować łagodność i miłosierdzie Kościoła. J. Listl<sup>17</sup> powtórzył przy tym opinię K. Mörsdorfa o zaniechaniu stosowania ustawy w nadzwyczajnych okolicznościach: gdy odpadł jej cel, gdyby jej sens został odwrócony w przeciwnym kierunku, gdy następuje kolizja między normami i gdy jest niemożliwość wykonania ustawy. Szerzej zajął się problemem epikei H. Heimerl — H. Pree<sup>18</sup> w komentarzu do norm ogólnych nowego kodeksu. Najpierw podano pojęcia: u Arystotelesa epikeia to cnota podległa sprawiedliwości, u Tomasza z Akwinu to sprawiedliwość osobista, u Suareza to działanie przeciw ustawie niemoralnej w przypadku wyjątkowym. Człowiek opiera się wtedy na

<sup>14</sup> X. Ochoa, *Index verborum ac locorum Codicis Iuris Canonici*, Romae 1983 s. 17—18.

<sup>15</sup> Taka norma była już w pierwotnym schemacie. Odrzucono projekt skreślenia wyrazu *consuetudo* dodając, że idzie o wszelki zwyczaj aprobowany, *Communicationes* 14 (1982) 134.

<sup>16</sup> *Edicion anotada*, P. Lombardia-J. I. Arrieta, Pamplona 1983 s. 80.

<sup>17</sup> J. Listl-H. Müller-H. Schmitz, *Handbuch des kath. Kirchenrecht*, Regensburg 1983 s. 92.

<sup>18</sup> *Kirchenrecht-Allgemeine Normen und Eherecht*, Wien, New York 1983 ss. 11—13, 33, 44, 47, 72, 269.



wiążące w sumieniu wyższej sprawiedliwości i odstępuje od przepisu ustawy, która w danej sytuacji nie obowiązuje. Nie można jednak stosować epikei, gdy ustawa zabrania czynności złej w samej sobie, gdy naruszenie ustawy powodowałoby pogardę dla wiary lub władzy kościelnej czy też przynosiłoby szkodę dla zbawienia dusz. Jest rzeczą sporną w dzisiejszej kanonistyce, czy można stosować epikeię wobec ustaw unieważniających czy uniezdalniających. Trzeba przy tym uwzględniać hierarchię wartości i dóbr, ocenić z jakim dobrem prawnym lub z jaką wartością koliduje sankcja nieważności czy niezdolności i czy nie jest wyższe dobro pewności porządku prawnego. Zależnie od tego *lex irritans* lub *inhabilitans* musiałaby ustąpić lub nie. Jest w tym elastyczność prawa kościelnego. W przypadkach wyjątkowych stosuje się specjalne instrumenty prawa, w tym także epikeię. Należy ona jako instrument metodyczny raczej do etyki i teologii moralnej niż do prawa. Właściwe uzasadnienie epikei pochodzi z posłuszeństwa sumienia wobec władzy. *Aequitas* i *epikeia* są bliskie sobie pochodzeniem i celem. Wyższą sprawiedliwością dla nich jest *ius divinum*. Słuszność ma szersze zastosowanie w prawie kanonicznym niż w cywilnym. Przy interpretacji trzeba zawsze zwracać uwagę na *aequitas canonica* i na epikeię. Ta ostatnia polega na uzasadnionym przekonaniu, że w danym przypadku ustawa nie obowiązuje w sumieniu. Jako szczegółowy problem spotykamy rozważanie, czy można stosować epikeię przy tajnej, tzn. nie dającej się udowodnić nieważności małżeństwa. Czy można wtedy drugi, tylko cywilny związek uważać w sumieniu za ważny wobec Kościoła. W odpowiedzi czytamy, że w zasadzie nie da się to wykluczyć. Nie wolno jednak czynić z tego reguły, gdyż byłoby to przeciwne istocie epikei i podcinałoby znaczenie ustawy. Po wtóre, nie wystarczy subiektywne przekonanie o nieważności małżeństwa. Z drugiej strony nie można jednak w tej sytuacji żądać takiej pewności moralnej, jaką osiąga się w procesie o nieważność małżeństwa. — Z jakąś perspektywą rozwoju wspomina K. Walf<sup>19</sup> o *aequitas canonica* i o epikei. Ta ostatnia stanowi przypadek szczegółowy, gdy ustawodawca wyjąłby spod obowiązku ustawy, jeśli by wiedział. *Aequitas canonica* i *epikeia* mają źródła biblijne. Stanowią zasadę dynamiczną rozwoju prawa przeciw pozytywizmowi prawnemu. *Aequitas* jest wskazówką dla sędziego i wykonawcy prawa. *Epikeia* dla indywidualium. Powstaje napięcie między *aequitas* a prawem „właściwym”. Tak *aequitas* jak i *epikeia* są instrumentami w rozwiązywaniu skomplikowanych konfliktów. Należy zabiegać przy tym o utrzymanie pewności porządku prawnego. Ze względu na niebezpieczeństwo zamieszania konieczne jest przestrzeganie ogólnych, nieugiętych praw, aby położyć szranki stronnictwośći i chciwości wśród ludzi.

<sup>19</sup> *Einführung in das kath. Kirchenrecht*, Zürich-Einsiedeln-Köln 1984 s. 52—56.

Pierwsze komentarze do nowego kodeksu wskazują, że problem epikei jest dziś aktualny w kanonistyce. Słuszne jest stwierdzenie dokonane już w drugiej połowie XIX w., że instytut ten nie należy ze swej natury do dziedziny prawa. Wypełnianie luk w ustawach i w prawie zwyczajowym może być stosowane przez dedukcję z ogólnych zasad prawa natury i prawa kanonicznego. Wyjątkowo spotyka się jednak coś więcej — przypadki, gdy w nadzwyczajnych okolicznościach trudne lub niemożliwe jest stosowanie jasnej normy ustawy czy zwyczaju i nie pozostaje nic innego jak działanie przeciw normie obowiązującej w oparciu o domniemaną wolę ustawodawcy. Wtedy epikeia stanowi konieczne uzupełnienie samej ustawy. W sumieniu działającego daje ona upoważnienie moralne do czynu *contra legem*. Najnowsza literatura kanonistyczna przyjmuje epikeię w tym znaczeniu jako instytut bliski *aequitas canonica*, choć różny od niej. Szerokie a nawet ogólne stosowanie słuszności kanonicznej w interpretowaniu przepisów nowego zbioru upoważnia wiernych do korzystania z epikei w sytuacjach wyjątkowych. Instytut ten, choć nie może być łączony z kanonem o wypełnianiu luk w ustawie, ma przy określonych zabezpieczeniach szanse rozwoju. Dlatego też opracowanie źródeł epikei w dziełach Arystotelesa, Tomasza z Akwinu i Suareza oraz naświetlenie tego instytutu z punktu widzenia etyki i moralności należy powitać z uznaniem.

Bp Walenty Wójcik

**Francesco De Martino, Diritto privato e società romana (a cura di Alberto dell'Agli e Tullio Spagnuolo Vigorita) — Scritti di diritto romano II — Editori Riuniti, Roma 1982, s. 557**

Francesco De Martino, urodzony w 1907 r., wykładał od 1934 roku historię prawa rzymskiego na Wydziałach Prawa w Neapolu, Mesynie i Bari. Oprócz swojej 6 tomowej fundamentalnej pracy, mającej już dwa wydania, pt. *Storia della Costituzione romana* (1951—1967) napisał *La giurisdizione in diritto romano* (1936), *Lo Stato di Augusto* (1937) i *Storia economica di Roma Antica* (1980). W swoich pracach dotyczących prawa rzymskiego ze szczególnym upodobaniem zajmuje się problemami ekonomicznymi i społecznymi, ich związkami i wpływem na tworzenie prawa.

Prezentowany tom *Scritti di diritto romano*, jest już drugim zbiorem artykułów tego Autora (pierwszy to *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979), drukowanych w trudnodostępnych często czasopismach. Wydany został w serii *Biblioteca di storia antica*. Składa się on z 18 artykułów, z których 8 poświęconych jest problematyce tzw. prawa morskiego, 3 poruszają problem osobowego zabezpieczenia wierzytelności, zaś 7 pozostałych dotyczy różnych dziedzin prawa prywatnego. W apendiksie zostały umieszczone wspomnienia o Siro Solazzim (s. 543—554) oraz *Postilla a „Riforme del IV secolo a.C.”* (s.