

Paulina Święcicka

Ekonomiczna analiza odpowiedzialności akwiliańskiej - paradoks czy nowa możliwość analizy antycznej regulacji prawnej

Zeszyty Prawnicze 6/1, 219-256

2006

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.

PAULINA ŚWIĘCICKA

Uniwersytet Jagielloński

EKONOMICZNA ANALIZA ODPOWIEDZIALNOŚCI AKWILIAŃSKIEJ – PARADOKS CZY NOWA MOŻLIWOŚĆ ANALIZY ANTYCZNEJ REGULACJI PRAWNEJ

I. WSTĘPNE INTUICJE

Od kiedy tylko pojawiło się bezprawie, czyny niedozwolone, czy wreszcie w ich konsekwencji szkoda, zasady odpowiedzialności, mające na celu ukształtowanie sposobu jej naprawienia, stanowiły jedno z głównych pól zainteresowań jednostek żyjących w społeczeństwach¹. Truizmem wydaje się być przy tym stwierdzenie, że

¹ Oczywiście jest, że nie od razu możemy mówić o wykształconych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. W szczególności wyróżnić można kilka etapów kształtowania się tej formy reakcji na czyn niedozwolony, jak faza zemsty prywatnej (talion), faza kompozycji dobrowolnej, a następnie legalnej (in. faza układu poszkodowanego ze sprawcą) i wreszcie faza, kiedy określone reguły odpowiedzialności, można już ją nazwać odpowiedzialnością odszkodowawczą, były określane przez państwo. Oczywiście, granice między tymi wszystkimi formami są płynne, w szczególności różne formy reakcji mogły przez jakiś czas współistnieć, by następnie wyjść z użycia przez ich niestosowanie, a to z uwagi na nieadekwatność w odniesieniu do stosunków społecznych. Warto jednak podkreślić, że takie prawidłowości, a więc stopniowe wykształcanie się zasad odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, można zaobserwować u niemal wszystkich społeczności starożytnych, jak państwa Starożytnego Wschodu, Grecja, czy wreszcie Rzym. Por. z ogólnych opracowań, np. K. KORANYI, *Powszechna historia państwa i prawa*, I: *Starożyt-*

właściwe skonstruowanie zarówno zasad jak i reguł tej odpowiedzialności, w szczególności odpowiedzialności za spowodowanie szkody przez jedną osobę w majątku drugiej osoby, jest jednym z najważniejszych warunków poprawnego funkcjonowania społeczeństw. Intuicyjnie przekonujące wydaje się być stwierdzenie, że według starożytnych, choć nie tylko, reguły odszkodowawczej odpowiedzialności powinny być sprawiedliwe i słuszne². Czyż bowiem nie w tym kręgu prawnokulturowym podkreślano związek sprawiedliwości z prawem³, a także stwierdzono, że *iustitia est constans et*

ność, Warszawa 1961, s. 92 i n., R. TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 178-181 i cytowana przez tego autora literatura, a także J. W. JONES, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956, s. 248-276. Na temat rozwoju odpowiedzialności deliktowej w Rzymie, por. wśród licznych opracowań, m.in. G. MACCORMACK, *Fault and Causation in Early Roman Law*, «RIDA» 28 (1981), s. 97-126. Por. też opracowania dotyczące *damnum iniuria datum*, np. F. H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950, s. 2-6, G. VALDITARA, «*Damnum iniuria datum*», Torino 1996, s. 3-8.

² Próby zdefiniowania pojęcia „sprawiedliwości” pojawiają się już w księgach Starego Testamentu. Problematyka sprawiedliwości jest stale obecna w rozważaniach filozofów starożytności, jak Sokrates, Platon, czy Arystoteles, że wymienię tylko najwybitniejszych. Pojęcie „sprawiedliwości” ma olbrzymie znaczenie także dla filozofów chrześcijańskich, zaś jako najważniejszych współczesnych „filozofów sprawiedliwości” można uznać np. CH. PERELMANA, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London 1963; TENŹE, *Justice, Law and Argument*, Boston 1980 czy J. RAWLSA, *A Theory of Justice*, Oxford 1971. Przede wszystkim konieczne wydaje się jednak podkreślenie, że pojęciom „sprawiedliwości” jak też „słuszności” nadaje się obecnie wiele znaczeń. Por. np. J. STELMACH, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 135 i n., a także K. AJDUKIEWICZ, *O sprawiedliwości*, [w:] *Język i poznanie*, Warszawa 1985, I, s. 368 i n. Chociażby z tego powodu odwoływanie się do tych wartości przy konstruowaniu zasad odpowiedzialności w oparciu o nie, wymaga, jak się wydaje, uprzedniej refleksji filozoficzno-teoretyczno-prawnej.

³ Być może szukanie tego związku jest wyrazem ciągłego poszukiwania i działania na rzecz zaspokajania nieustającej ludzkiej tęsknoty do dobra, słuszności i sprawiedliwości. Nie można nie zauważyć, że ten odwieczny, nie tylko prawny, ale i filozoficzny problem zjednoczenia prawa i sprawiedliwości (*nomen-omen*) często pojawia się w starożytnych źródłach. Ulpian w swej definicji prawa wywodzi

*perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*⁴. Inną sprawą jest to, że, podobnie jak w starożytności, także i obecnie pojęcie „słuszności” (*aequitas*, „fairness”) intuicyjnie uznać można za podstawę obowiązku odszkodowawczego.

Nietrudno więc zauważyć, że zasady odpowiedzialności deliktowej stanowią przedmiot zainteresowań i refleksji prawnej także i współcześnie, w szczególności ich właściwym ukształtowaniem zajmują się zarówno prawnicy praktycy jak i teoretycy i filozofowie prawa⁵. Jedną z takich współczesnych propozycji są rozwiązania proponowane przez zwolenników ekonomicznej analizy prawa, według których funkcją prawa, w tym prawa deliktów, jest doprowadzenie do sytuacji ekonomicznie efektywnej („economic efficiency”), co może zostać osiągnięte przez np. minimalizowanie kosztów transakcji⁶, a w przypadku prawa deliktowego – redukcja całoś-

ius z *iustitia* i stwierdza, że uprawianie sprawiedliwości to zadanie prawników, podobnie jak dążenie do realizacji zasad dobra i słuszności. Podobnie – tytuł I *Institutiones* Justyniana brzmi: *de iustitia et iure*. O rozumieniu przez starożytnych pojęć *iustitia* i *ius*, na gruncie romanistyki polskiej pisał m.in. W. LITEWSKI, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 21-22, a także M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003, s. 33 i n., a także W. WOŁODKIEWICZ, *Pojęcie prawa [w:] Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków 2003, s. 34 i n.

⁴ Słowa Ulpiana w D, 1,1,10 pr., por. I. 1,1 pr: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*. 1. *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

⁵ Por. np. wypowiedzi cywilistów francuskich, niemieckich, czy polskich [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. PYZIAK-SZAFNICKA, Kraków 2004. W szczególności por. rozdz. *Kierunki rozwoju odpowiedzialności cywilnej w niektórych krajach europejskich*, (s. 59 i n.), gdzie zamieszczone są studia m.in. P. MALAURIE, *Liberté et responsabilité*, s. 73-77, czy G. WIEDERKEHR'A, *Les orientation du droit français de la responsabilité civile*, s. 93-100).

⁶ Minimalizowanie kosztów służy głównemu celowi prawa, jakim jest, według „ekonomistów”, osiągnięcie ekonomicznie efektywnej alokacji dóbr. Por. więcej o tym – dalszy wywód. Natomiast co do problemu minimalizowania społecznych kosztów transakcji, jako jednego z podstawowych postulatów przedstawicieli szkoły Law & Economics, o czym nie będzie już mowy, bowiem wykracza to poza ramy

witych kosztów, jakie społeczeństwo ponosi w wyniku popełnienia przez sprawcę deliktu⁷ (*o tym postuluacie będzie jeszcze dalej mowa*).

I choć na pierwszy rzut oka postulowane przez ekonomistów zastąpienie pryncypiów, takich jak sprawiedliwość i słuszność, przez postulat ekonomicznej efektywności prawa, budzi sprzeciw, to jednak po głębszej analizie nie wydaje się, że jest ono zupełnie nieuzasadnione, zaś minimalizowanie kosztów, jakie ponosi społeczeństwo w związku z popełnianiem czynów niedozwolonych przez sprawców, co ma być, jak już zostało to zaznaczone – według niektórych ekonomistów⁸ – główną rolą prawa deliktowego, może prowadzić do wcale niezłych efektów.

tego studium, por. w szczególności uznawaną za „klasyczną” w tej materii, pracę R. COASE’A, *The Problem of Social Cost*, «Journal of Law and Economics» 2 (1960), s. 1-44. Warto też wspomnieć, że za jedną z podstawowych i kluczowych dla rozumienia założeń Law & Economics koncepcji, może zostać uznane twierdzenie Coase’a na temat efektywnie ekonomicznej alokacji dóbr, która nastąpi niezależnie od pierwotnego sposobu ich dystrybucji w drodze aktu prawnego lub wyroku sądowego, przy założeniu zerowych kosztów transakcji.

⁷ Tak brzmi główna teza jednej z propozycji ekonomicznej analizy prawa deliktów THOMASA ULENA, *The Economic Analysis of Law and Flawed Decision-makers* przedstawiona w referacie, który wygłosił w ramach warsztatów, *Liability, Economics and Insurance*, odbywających się w Danii, w Odense w dniach 22-24 października 1998 r. (referat dostępny w Internecie, <http://www.akf.dk/som/pdf/som32/13ulen.pdf>). W zasadzie można uznać ów postulat dążenia do minimalizowania całkowitych kosztów społecznych deliktów za podstawową intuicję dla Law & Economics w odniesieniu do materii odpowiedzialności deliktowej.

⁸ Oczywiście pojawiły się i inne propozycje w ramach samej Law & Economics, alternatywne dla propozycji T. ULENA, *op. cit.*, dotyczącej minimalizowania całkowitych społecznych kosztów deliktu. W szczególności należy wspomnieć o nieco radykalnej koncepcji zaprezentowanej w studium L. KAPŁOWA, S. SHAVELLA, *Fairness vs. Welfare*, «Harvard Law Review», 2 (2001), s. 967-1380 oraz w książce o tym samym tytule, wydanej przez Harvard University Press w 2002 r. Autorzy ci, krytykując wszystkie inne metody interpretacji prawa z wyjątkiem proponowanej przez nich samej, opierają swą koncepcję odpowiedzialności deliktowej na założeniu, że funkcją prawa jest maksymalizowanie dobrobytu społecznego („social welfare”), który z kolei jest funkcją dobrobytów indywidualnych („individuals well-beings”), czym jest wszystko to, co jest pozytywnie wartościowane przez jednostkę,

Celem tego studium będzie pewien „eksperyment analityczny”, tj. próba wykazania, że rozwiązania wypracowane przez jurystów rzymskich w zakresie odpowiedzialności akwiliańskiej, którą bez większych wątpliwości uznać można za „starożytną wersję” współczesnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną niedozwolonym czynem człowieka na cudzym mieniu⁹, prowadziły do rozwiązań efektywnych ekonomicznie. Oczywiście, pomimo założonego podejścia deskryptywnego, konieczne będzie zastosowanie pewnych

a więc nie tylko wartości materialne, ale i takie wartości, jak przyjaźń, wierność zasadom, czy przyjemność czytania dobrej książki, itd. Przy konstruowaniu zasad odpowiedzialności deliktowej należy więc wziąć pod uwagę to, co jest pozytywnie wartościowane przez ludzi. Jako ciekawostkę warto dodać, że Kaplow i Shavell twierdzą, że ich ujęcie – przy zaakceptowaniu podstawowej przesłanki, tj. eksplikowanego przez nich celu prawa – jest tautologiczne, a więc w konsekwencji niepodważalne. Por. na temat tej propozycji np. M. ARASZKIEWICZ, *Ekonomiczna analiza odpowiedzialności deliktowej. Zasady – tło aksjologiczne – problemy konstrukcyjne*, «Zeszyty Prawnicze TBSP UJ» 13 (2005), s. 195 i n.

⁹ Jest to pogląd wielu przedstawicieli romanistyki i cywilistyki. Por. m.in. R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, s. 146. Por. też TENŹE, *The Law of Obligation. Roman Foundation of Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, s. 953-1049. W. CZACHÓRSKI [w:] *System Prawa Cywilnego*, III. 1: *Prawo Zobowiązań – część ogólna*, red. Z. RADWAŃSKI, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 518, a także s. 533; rozpoczynając swe rozważania na temat odpowiedzialności deliktowej w prawie polskim, zauważył, że właśnie „bliższe sprecyzowanie *damnum iniuria datum* stało się załączkiem podstawowych wątków legislacyjnych czasów nowszych”. Inny romanista i cywilista, F. H. LAWSON, *Negligence*, cit. s. 341 rozważania o rozwoju odpowiedzialności deliktowej opartej na zasadzie winy, poprzedził gruntowną analizą odpowiedzialności akwiliańskiej, uznanej za *prius* dla współczesnych koncepcji. Na gruncie prawa włoskiego, pogląd taki wyraził już stosunkowo dawno m.in. G. ROTNODI, *Dalla 'Lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, «Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni» 1 (1916), s. 943-970, a ostatnio także, choć i ogólniej, G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'*, cit., s. 6 i przyp. 26. Por. też W. LITEWSKI, *Podstawowe wartości*, cit., s. 130, gdzie autor sam podkreśla, że „do dziś mówi się w cywilistyce o odpowiedzialności akwiliańskiej” oraz W. WOŁODKIEWICZ, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978, s. 101 i n. w odniesieniu do prawa francuskiego.

elementów „metody ekonomicznej” dla analizy wybranego przypadku, jednakże, co chcę bardzo mocno podkreślić, posłużenie się tą metodą nie oznacza bynajmniej twierdzenia, że Rzymianie sami znali i stosowali ekonomiczną analizę prawa w dzisiejszym rozumieniu. Takie stwierdzenie byłoby co najmniej absurdalne i zdecydowanie nieuprawnione, chociażby z tego powodu, że ekonomiczna analiza prawa jako analiza i też jak każda inna analiza (np. lingwistyczna), zakłada „tłumaczenie” interesującego przypadku na określony język, w tym przypadku – chodzi o język współczesnej ekonomii, a więc ma prowadzić do zredukowania rozpatrywanego stanu faktycznego do pewnego określonego układu pojęciowego¹⁰, którego Rzymianie nie znali, bo nie mogli go znać. Nie to jest jednak moim zdaniem najistotniejsze, bowiem ważna jest pewna metoda myślenia – analizy, którą chcę pokazać.

Nie można także nie zauważać tego, że czynniki ekonomiczne są i były zawsze, a więc i w starożytności¹¹, czynnikami stymulującymi rozwój instytucji i całych konstruktów prawnych, a także, że pojęcia, takie jak użyteczność (*utilitas*, „utility”), efektywność (*efficacitas*, „efficiency”), czy też słuszość (*aequitas*, „fairness”), do której także, chcąc-niechcąc, odwołują się niekiedy „ekonomiści”¹², nie były obce

¹⁰ Zakłada to oczywiście wcześniejszą akceptację tezy o układzie pojęciowym. Nie da się też ukryć, że teza ta jest jednocześnie słabością, jak i siłą metod analitycznych. Słabością, bo już samo uznanie jakiegoś układu pojęciowego za wyróżniony może zostać zakwestionowane jako decyzja arbitralna. Z kolei trudno zaprzeczyć, że określenie takiego układu pozwala na jasne wskazanie założeń metody, dzięki czemu wyniki uzyskane przy jej zastosowaniu da się stosunkowo łatwo ocenić. Por. więcej o metodach analitycznych oraz ich plusach i minusach, J. STELMACH, B. BROŻEK, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 103-156.

¹¹ Por. uwagi w dalszej części artykułu.

¹² Wspomniany już T. ULEN, *op. cit.*, przyznał w którymś momencie, że rozważanie zasad odpowiedzialności deliktowej jedynie z punktu widzenia ekonomicznej efektywności, w tym przypadku przejawiającej się jako postulat minimalizacji całkowitych kosztów społecznych deliktu, nie prowadzi do w pełni zadowolających rozwiązań, tak więc w niektórych przypadkach należy jako kryterium oceny przyjąć względy słuszości („fairness”), czy też sposób dystrybucji dóbr, aby nie wystą-

myśli rzymskich jurystów i nawet jeśli o niektórych z nich nie mówili oni wyraźnie, to na pewno je przeczuwali i intuicyjnie rozumieli.

Zanim jednak przejdę do meritum, zasadne wydaje się poczynienie kilku ogólnych uwag na temat współczesnych związków ekonomii i prawa, aby choć w pewnym zakresie przybliżyć myśl przedstawicieli Law & Economics.

II. PRAWO I EKONOMIA

Bez większych wątpliwości stwierdzić można, że choć ekonomiczne myślenie towarzyszy i napędza rozwój świata niemalże od początków istnienia społeczeństw, oczywiście z różnym natężeniem, to jednak właściwy rozkwit nurtów kładących nacisk na ekonomiczne aspekty rzeczywistości nastąpił dopiero w XVIII, XIX i XX wieku. Także we współczesnym, tj. XIX i XX-wiecznym sporze o metodę w filozofii i teorii prawa, ów rozwój myśli nakazującej połączenie prawa i ekonomii, przypada na lata 70-te ubiegłego stulecia. Law & Economics, tj. ekonomiczna analiza prawa, jako systematyczna filozofia i teoria prawa, powstała na gruncie amerykańskiej filozofii prawa, a za jej najwybitniejszego przedstawiciela uznawany jest R. Posner, jeden z filarów Chicagowskiej szkoły Law & Economics, długoletni sędzia Sądu Apelacyjnego USA, który w 1972 r. opublikował pracę *Economic Analysis of Law*¹³, gdzie starał się uzasadnić tezę o ekonomicznej efektywności instytucji uznawanych za tradycyjne w systemach *common law*¹⁴.

pił negatywny skutek („equitable or distributional consequences”). Por. uwagi w dalszej części artykułu.

¹³ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston 1972, s. 415. Dzieło to jest uznawane za najważniejsze – jak dotąd – w tej dziedzinie. Od tego czasu książka miała już co najmniej 6 wydań, ostatnie w 2003 r.

¹⁴ Takie podejście, tj. deskryptywna analiza ekonomicznej efektywności rozwiązań prawnych, było charakterystyczne dla pierwszych przedstawicieli Law & Economics. Obecnie główny nacisk kładzie się na normatywne podejście do problemów prawnych. Por. więcej o tym w dalszej części artykułu.

Oczywiście nie oznacza to, że szkoła Law & Economics powstała *ex nihilo*. Jak już zostało zaznaczone, i co być może będzie widoczne w późniejszym wywodzie, myślenie ekonomiczne jest „stare jak świat”, zaś pewne elementy „ekonomicznego spojrzenia na prawo” można odnaleźć już u Machiavellego, Montesquieu, czy też nawet przedstawiciele niemieckiej szkoły historycznej (F. C. von Savigny, G. F. Puchta), a przedstawiciele XX-wiecznego nurtu ekonomicznej analizy zjawisk społecznych, nawiązują i czerpią z takich koncepcji, jak brytyjski utilitaryzm, w szczególności w ujęciu J. Benthama, czy J. S. Milla, a także sięgają do założeń amerykańskiego realizmu prawnego (O. W. Holmes, K. Lewellyn) i jurysprudenencji socjologicznej (R. Pound)¹⁵.

Jednym z podstawowych twierdzeń Law & Economics, na co zwrócił uwagę i co starał się wykazać i uzasadnić wspomniany już R. Posner, jest pogląd, że procesy tworzenia i stosowania prawa rządzą się określonymi regułami ekonomicznymi. Podstawowe założenie brzmi więc następująco: prawo jest (ujęcie deskryptywne) lub być powinno (ujęcie normatywne) ekonomicznie efektywne¹⁶,

¹⁵ Por. więcej E. MACKAAY, *History of law and economics*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, I: *The History and the Methodology of Law and Economics*, red. B. BOUCKAERT, G. DE GEEST, Cheltenham 2000, s. 67-135. W nauce polskiej jednym z pierwszych opracowań historii i założeń tego nurtu jest rozdział o analizie ekonomicznej w J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 135-154. Por. też M. ARASZKIEWICZ, *op. cit.*, s. 187-205.

¹⁶ Ekonomiczni analitycy twierdzą, że ta właśnie „ekonomiczna efektywność” („economic efficiency”) to ekonomiczna eksplikacja sprawiedliwości. W literaturze podkreśla się też, że pojęcie „ekonomicznej efektywności” nie jest jednoznaczne. Co do zasady definiuje się je przez odwołanie do kryterium ekonomicznie efektywnej alokacji dóbr, które także może być różnie rozumiane. W szczególności można je wyjaśniać w sensie zaproponowanym przez Vilfredo Pareto, tj. alokacja dóbr jest Pareto-efektywna w danej grupie, gdy nie da się poprawić sytuacji żadnego z członków grupy, bez pogarszania sytuacji pozostałych. Alternatywne wyjaśnienie pojęcia efektywności to jego eksplikacja w sensie Kaldora-Hicksa. W tym ujęciu alokacja dóbr jest efektywna, gdy nie da się poprawić łącznego dobrobytu grupy, nawet przy założeniu, że sytuacja niektórych członków grupy uległaby pogorszeniu. Por. P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, *Ekonomia*, Warszawa

tj. powinno prowadzić do zwiększenia materialnego i niematerialnego bogactwa społecznego. Tak więc podmioty tworzące i stosujące prawo przy realizacji swych zadań (uchwalając prawo, wydając decyzje), kierują się (lub czynić to powinny) rachunkiem ekonomicznym dotyczącym kosztów podjęcia określonych decyzji legislacyjnych, czy też interpretacyjnych i orzeczniczych.

Co jednak rozumieją „ekonomiści” pod pojęciem „dobrej, racjonalnej decyzji”? Otóż jest to decyzja, która jest ekonomicznie uzasadniona i w konsekwencji prowadzi do maksymalizacji bogactwa społecznego¹⁷.

Oczywiście ów cel działania, a jednocześnie i jego efekt, tj. maksymalizacja dóbr, to kryterium ekonomiczne, które ma zdecydowanie szerszy wymiar i sięga do podstaw struktury społecznej. Każdy bowiem człowiek w swych działaniach zmierza przez swe racjonalne postępowanie do powiększenia przyjemności, w tym więc i bogactwa. „Ekonomiści” nazwali więc jednostkę *homo oeconomicus*¹⁸ i uznali, że w rzeczywistości społecznej i prawnej, zasada mak-

2000, I, s. 728, 734-736, II, s. 183-184; a także H. KERKMESTEER, *Methodology* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, I, cit. s. 386-389.

¹⁷ M.in. R. POSNER, *Problems of Jurisprudence*, Cambridge-London 1990, s. 360 i n., uważa, że sytuacja jest optymalna, jeżeli dobra znajdują się w rękach jednostek, które są gotowe zapłacić za nie najwyższą sumę (liczoną w pieniądzu) i sumą tą dysponują.

¹⁸ Do nauki koncepcję *homo oeconomicus* wprowadził J. S. MILL, *On the definition and method of political economy*, który w 1836 r. pisał (cyt. za D. HAUSMANN (red.), *The Philosophy of Economic. An Antology*, Cambridge 1988, s. 16): „Z punktu widzenia ekonomii politycznej wszystkie nasze działania są konsekwencjami pragnienia osiągnięcia bogactwa, podczas gdy w rzeczywistości większość ich jest wynikiem równoczesnego działania wielu motywów. Nauka stara się więc dobiec praw rządzących tymi działaniami, zgodnie z założeniem, iż naturalną potrzebą człowieka jest pragnienie posiadania większego, a nie mniejszego dobra ...”. J. S. Mill dodał jednak, że takie rozumowanie nie oznacza, że ludzkość jest rzeczywistość w taki sposób ukonstytuowana, ale jedynie, że jest to droga, którą nauka powinna koniecznie podążać. Koncepcję tę, a także pogląd o egoizmie jako cesze typowej dla człowieka, wyrażonym w dziele A. SMITHA, *The Theory of Moral Sentiments* (1 wyd. Edinburgh 1759), podjęli następnie XX-wieczni ekonomiści.

symalizacji bogactwa determinuje zachowania wszystkich uczestników obrotu prawnego (empiryczny sens zasady maksymalizacji bogactwa) oraz wyznacza kryteria dla efektywnego działania organów tworzących i stosujących prawo (normatywny sens zasady maksymalizacji bogactwa). I choć dziś wiadomo, że koncepcja *homo oeconomicus* nie była w stanie obronić się przed krytyką także wewnątrz samego nurtu¹⁹, nie można nie zauważyć pewnych trafnych jej aspektów.

Wracając jednak do związków prawa i ekonomii akcentowanych przez R. Posnera, to uważał on, że kierując się zasadą maksymalizacji bogactwa – jako wartości społecznej – można zrozumieć i wytłumaczyć, jak działa „racjonalny” ustawodawca, czy też organ stosujący prawo²⁰. Te też dwa aspekty, czy też może poziomy analizy, wyznaczają będą dwa pola dla późniejszego „eksperymentu analitycznego”.

Zanim jednak, wykorzystując ową współczesną metodę „mówienia o prawie”, przeniosę rozważania na ten odległy, antyczny grunt, na którym wyrosło i rozkwitło prawo rzymskie, konieczne wydaje się poczynienie jeszcze jednego złożenia metodologicznego. Otóż Law & Economics, jako stanowisko filozoficzno-prawne, podobnie jak i inne takie stanowiska²¹, kładzie nacisk na zastosowanie określonej metody do badania fenomenu jakim jest prawo. Oczywiście metoda ta, jak każda inna, może mieć różne zakresy zastosowania, jak np. zakres praktyczny, dogmatyczny, czy też teoretyczny²². Przedstawiciele nurtu, jak można się łatwo domyślić, mają ambicję wykorzystania swych propozycji na wszystkich wskazanych gruntach. Oczywiście, na pierwszy rzut oka intuicyjnie poprawne wydaje

¹⁹ Krytycznie do koncepcji odniósł się np. T. ROSTAIN, *Educating 'homo oeconomicus' – cautionary notes on the new behavioral and economics movement*, «Law & Society Review» 34 (2000), s. 45 i n.

²⁰ Por. R. POSNER, *Problems of Jurisprudence*, cit., s. 365.

²¹ Jak np. logika, analiza lingwistyczna, argumentacja i hermeneutyka.

²² Por. J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 34.

się stosowanie metody ekonomicznej przez praktyków, jednakże także i refleksja filozoficzno-prawna na poziomie teoretycznym może prowadzić do ciekawych wniosków oraz sformułowania godnych rozważenia postulatów *de lege ferenda* dla tych, którzy prawo mają tworzyć. I tu pojawia się kolejny problem – otóż czy metoda postulowana przez zwolenników Law & Economics, czy też szerzej rzecz ujmując, przez zwolenników każdego innego stanowiska filozoficzno-prawnego, jest jedyną właściwą metodą²³ dla „mówienia o prawie”?

Nie wnikając w szczegółową analizę tego zagadnienia, nazwijmy je problemem „wyłącznieści i autonomiczności metod prawnych”²⁴, można stwierdzić, że nie ma jednej powszechnie ważnej prawniczej metodologii ani też nie ma żadnej szczególnej metody prawniczej. Badaczom prawa, zarówno prawa pozytywnego, jak i prawa historycznego już, przychodzi więc działać w warunkach swoistego pluralizmu oraz heteronomiczności metod prawnych. Nie można też zasadnie mówić ani o hierarchii metod w odniesieniu do ich ważności, ani też o kolejności ich zastosowania, o czym bardzo często będą decydowały takie czynniki, jak specyfika danego przypadku, stopień jego trudności (tzw. przypadek akademicki czy też może „hard case”), a nawet metodologiczne nawyki interpretatora²⁵. Często też dopiero zastosowanie dwóch lub większej ilości metod może pozwolić na uzyskanie pełnego obrazu rozważanego przypadku.

Kończąc te wstępne rozważania, chciałabym, konkludując, podkreślić, że traktuję ekonomiczną analizę prawa, a więc zastosowanie „narzędzi ekonomicznych” do analizy tego, jakie prawo jest, czy też jakie być powinno, nie jako jedyną uprawnioną, ale jako jedną z metod „mówienia o prawie”, propozycję, której wykorzystanie może prowadzić do uzyskania ciekawych wniosków oraz pokazać

²³ Nie można też nie zauważyć, że już stwierdzenie „jedyna, właściwa metoda” domaga się wskazania kryteriów, które pozwolą na uznanie jej za taką właśnie.

²⁴ Por. więcej na ten temat np. J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 11 i n.

²⁵ Por. więcej o problemach pluralizmu, heteronomiczności oraz innych związanych z metodami prawniczymi J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 36-37.

dotatkowe aspekty danej regulacji prawnej, zarówno jako przepisu prawnego, jak i jako normy prawnej, zbudowanej i zastosowanej w danym przypadku.

III. EKONOMIA A PRAWO RZYMSKIE

Jak to już zostało zaznaczone, próba analizy odpowiedzialności akwiliańskiej pod kątem jej ewentualnej „ekonomicznej efektywności”, nastąpi na dwóch poziomach.

I. na „poziomie ustawodawcy”, a więc będzie to analiza określonych z ekonomicznego punktu widzenia przyczyn wydania *lex Aquilia*, która uregulowała określone przypadki odpowiedzialności za szkodę; oraz

II. na „poziomie podmiotów stosujących prawo”, a więc będzie dotyczyła jednego ze stanów faktycznych, z jakim przyszło się zmierzyć rzymskim jurystom.

Warto też wspomnieć o charakterystycznym dla tego prawa modelu jego rozwoju, który dokonywał się w drodze interpretacji istniejących już norm²⁶. W ten też sposób, tj. na drodze twórczej *inter-*

²⁶ *Interpretatio*, jako czynnik napędowy rozwoju prawa rzymskiego, może zostać śmiało uznana za swoisty fenomen, polegający na tym, że nie odrzucano dotychczasowej normy czy reguły prawnej na rzecz przyjęcia nowej, ale dokonywano redefinicji i interpretacji terminów czy instytucji, przez co uzyskiwały one nowe znaczenie juredyczne i nowy zakres zastosowania. Por. o metodach jurystów, np. W. LITEWSKI, *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 168 i wskazana tam literatura przedmiotu, czy też F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, s. 358, w szczególności s. 124-134, V. SCARANO USSANI, *L'ars' dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino 1997, s. 5-41, a także C. A. CANNATA, *Histoire de la Jurisprudence Européenne*, I: *La jurisprudence romaine*, Torino 1989, s. 86-93. Por. też S. WRÓBLEWSKI, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, I: *Historia stosunków wewnętrznych Rzymu i źródeł prawa. Losy prawa rzymskiego po śmierci Justyniana*. *Nauki ogólne prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 43-70, 114-124, 130-135.

pretatio przepisów *lex Aquilia*, dokonywanej przez jurystów, nastąpił rozwój poszczególnych jej elementów (dziś nazwalibyśmy je przesłankami odpowiedzialności), jak szkoda (*damnum*), wina (*culpa*), czy też związek przyczynowy (*causa*). Nie można też nie zauważać ekonomicznych przyczyn, które leżały u podstaw określonych decyzji interpretacyjnych powziętych gwoli rozpatrywania przypadków mieszczących się w zakresie *lex Aquilia*, bowiem podejmujący je juryści, żyjąc i działając w określonej czasoprzestrzeni, musieli rozumieć i uwzględniać postępujący rozwój gospodarczy społeczeństwa i, oceniając przedstawiane im sytuacje, z określonych powodów określone rozwiązania uznawali za uzasadnione.

Nie można bowiem zaprzeczyć, że prawo rzymskie, podobnie jak i prawo greckie, a także i inne prawa antyczne, podobnie też jak i prawo współczesne, wskazuje na swą adaptację do uwarunkowań ekonomicznych²⁷ i to na wiele sposobów, a także w zakresie zagadnień z różnych „gałęzi” prawa, jak chociażby modyfikacja konstrukcji *patria potestas*, rozwój *ius honorarium*, ewolucja instytucji zastawu itd.²⁸ Oczywiście jest także, że państwo rzymskie, na przestrzeni wieków przekształciło się z państwa rolniczego w państwo „prze-

²⁷ Na tę prawidłowość zwraca uwagę wielu uczonych, nie tylko romanistów, na przykład J. Woleński, przywołując dodatkowo pogląd L. Petrażyckiego, który zwrócił uwagę, że prawo rzymskie było wyjątkowo dobrze zestrojone z ówczesną gospodarką i bardzo dobrze ją organizowało. Zdaniem teoretyka i filozofa prawa, owo „zestrojenie” było wynikiem nieświadomionej mądrości i „genialnego przystosowania” prawa rzymskiego do potrzeb społecznych. J. WOLEŃSKI, *Okolice filozofii prawa*, Kraków 1999, s. 15.

²⁸ Por. więcej na temat wpływu ekonomiki na rozwój prawa rzymskiego, np. E. BALOGH, *Adaptation of law to economic conditions according to Roman law*, [w:] *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona 27-29 IX 1948, II, red. G. MASCHETTI, Milano 1951, s. 261 in. w szczeg. s. 263, 267. Por. też na temat ekonomicznych przyczyn określonego rozwoju zasad odpowiedzialności deliktowej E. VOLTERRA, *La base economica della elaborazione sistematica del diritto romano*, «RISG» 94 (1967), s. 254. O wpływie ekonomiki na inne zagadnienia, por. np. K. VISKY, *Quelques remarques sur la thèse 'ipsam rem condemnare' et ses rapports économiques*, «RIDA» 19 (1972), s. 469-494, gdzie, obok analizy konkretnego problemu, autor snuje także refleksje natury ogólnej.

mysłowe²⁹. Warunki ekonomiczne dwóch ostatnich stuleci Republiki Rzymskiej były zdecydowanie różne od tych z okresu uchwalenia ustawy XII tablic i dwóch późniejszych wieków. M.in. wiele konstrukcji z zakresu szeroko pojętego prawa obligacyjnego, okazało się niepasujących do „nowej” rzeczywistości, w szczególności zmian zaczął wymagać i system odpowiedzialności deliktowej oparty na *lex Aquilia*. Nie ulega też wątpliwości, że bardzo ważną rolę w tym procesie „dostosowywania” odegrali juryści, którzy wprowadzając zmiany, często czynili to *propter utilitatem publicam*³⁰, co jest już znaczącym stwierdzeniem.

IV. EKONOMICZNA ANALIZA PRZYCZYN WYDANIA *LEX AQUILIA*

Przechodząc *ad rem*, można pokusić się o stwierdzenie, że jednym z celów o wymiarze zdecydowanie ekonomicznym, które chciano osiągnąć na drodze uchwalenia *lex Aquilia* była derogacja swobodnego systemu stałej kary, uznawanego za niezwykle surowy i ekonomicznie nieadekwatny, który funkcjonował w okresie „przedakwiliańskim”³¹.

²⁹ Por. więcej o tej ewolucji, ze starszej już literatury, T. WAŁEK-CZERNECKI, *Historia gospodarcza świata starożytnego*, II: *Grecja-Rzym*, Warszawa 1948, s. 185 i n. oraz M. ROSTOVITZEFF, *The Social & Economic History of the Roman Empire*, Oxford 1926, s. 38 i n. w szczeg. s. 66-69, 142-179, 307-343; zaś z nowszej np. R. CAMERON, *Historia gospodarcza świata*, Warszawa 1997, s. 46-50. Por. też krytyczne spojrzenie na „ekonomikę starożytną” J. K. GALBRAITH, *Ekonomia w perspektywie. Krytyka historyczna*, Warszawa 1992, s. 19 i n.

³⁰ Por. np. D. 1,1,7,1 (Pap. 2 *defin.*).

³¹ O odpowiedzialności za szkodę przed wydaniem *lex Aquilia*, por. np. Fest., 221 L. o dopuszczalności, a nawet obowiązku zemsty w przypadku zabójstwa członka rodu, który spoczywał na pozostałych. Por. też Servius, *Verg. ecl.* 4,43 o karaniu za nieumyślne zabójstwo. Por. Tab. 8,24a: *SI TELUM MANU FUGIT MAGIS QUAM IECIT, aries subicitur*. Fragment za rekonstrukcją S. RICCOBONO, FIRA, I, Florentiae 1968, s. 21-75. Z opracowań, por. np. A. WATSON, *The personal iniuries in the XII Tables* [w:] *Studies in Roman Private Law*, London 1991, s. 235-262, C. A. CANNATA, *Delitto e obbligazione* [w:] *Illecito e pena privata in eta repubblicana. Atti del convegno internazionale de diritto romano, Copanello 4-7 giugno*

Należy bowiem podkreślić, że przypadki spowodowania szkody na cudzym mieniu regulowane były już przez ustawy wcześniejsze niż *lex Aquilia*. W szczególności, na podstawie przepisów ustawy XII tablic, a także innych ustaw *de damno*, które wprawdzie się nie zachowały, lecz istnienie których zakłada się na podstawie fragmentów źródłowych³², już we wczesnym okresie państwa rzymskiego ochronę uzyskały najważniejsze z punktu widzenia ekonomiki Rzymu z V w. p.n.e. dobra, tj. niewolnicy, zbory, pastwiska, sady czy też domostwo³³. Kary pieniężne przewidziane za naruszenie cielesności, uszkodzenie lub zniszczenie któregoś z tych dóbr o podstawowym w tamtym okresie znaczeniu społecznym i ekonomicznym, określone były w przepisach ustawy kwotowo i sztywno³⁴. Wydana prawdopodobnie w roku 286 p.n.e.³⁵ *lex Aquilia* wprowadziła natomiast inny sposób ustalania kwoty należnej poszkodowanemu tytułem zadośćuczynienia, a mianowicie każdorazowe oszacowanie (*aestimatio*) straty, choć z zastosowa-

1990, Napoli 1992, s. 23-45. Z zagadnień procesowych por. np. E. GINTOWT, *Rzymskie prawo prywatne w epoce postępowania legisakcyjnego (od decemwiratu do 'lex Aebutia')*, Warszawa 1960, s. 146 (ostatnio wydane w opracowaniu W. WOŁODKIEWICZA, Warszawa 2005).

³² Por. D. 9,2,1pr. (Ulp. 18 *ad ed.*).

³³ W V w. p.n.e. gospodarka rzymska wciąż była oparta na rolnictwie i hodowli. Oczywiście nie znano też jeszcze pieniądza bitego (monet), zaś środkiem płatniczym był *aes rude*, a więc sztuki miedzi lub gliny, zaś w IV w. p.n.e. *aes grave* (moneta, lecz nie bita, a odlewana). Ożywienie gospodarcze nastąpiło na przełomie II i I w. p.n.e. Por. więcej na temat pierwotnej gospodarki rolniczej starożytnego Rzymu np. R. PANKIEWICZ, *Quelques remarques sur l'économie prémonétaire dans la Rome Archaique*, «AC» 33 (1990) s. 65-75; L. CLERICI, *Economia e finanza dei Romani. Dalle origini alla delle guerre sannitiche*, Bologna 1943, s. 55-121, F. SER-RAO, *Diritto privato, economia e la società*, I, Napoli 1984, s. 141.

³⁴ Por. np. Tab. 8,2. Por. Gell. 20,1,14-18. Por. też Plin., *nat. hist.* 17,7,7; Coll. 2,5,5; G. 3,223; D. 47,9,9 (Gai. 4 *ad legem XII tab.*); I. 4,4,7.

³⁵ O problemach z datacją ustawy por. np. A. BISCARDI, *Sulla data della 'lex Aquilia'*, [w:] *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano 1968, s. 77 i n.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., s. 955 i n.

niem określonej metody. Zmianę tę należy uznać za jedno z głównych osiągnięć ustawy, bowiem system stałej kary miał sens jedynie wtedy, gdy pieniądź utrzymywał się na stałym poziomie i, w obliczu ciągle postępującej w tamtym okresie dewaluacji pieniądza, spowodowanej m.in. niestabilną sytuacją wewnętrzną i zewnętrzną Rzymu³⁶, był już zdecydowanie nieadekwatny.

W III w. p.n.e. konieczne więc stało się stworzenie takiego mechanizmu obliczania sumy należnej poszkodowanemu, rozumianej początkowo jako zadośćuczynienie, aby interesy tegoż poszkodowanego, tj. właściciela rzeczy zniszczonej lub uszkodzonej³⁷, znalazły jak najlepszą ochronę poprzez jak najprecyzyjniejsze ustalenie wartości utraconego lub zniszczonego mienia. Można więc śmiało stwierdzić, że analiza sytuacji społeczno-ekonomicznej Rzymu III w. p.n.e. doprowadziła do przyjęcia takiego właśnie sposobu ustalania należnej poszkodowanemu sumy zadośćuczynienia, który miał polegać na *aestimatio rei*, oczywiście przy zastosowaniu określonych ustawowo wskazówek. O tej metodzie ustalania wysokości *summa condemnationis* będzie jeszcze mowa, natomiast już teraz można zauważyć, że także i swoistego rodzaju ewolucja w odniesieniu do metody szacowania szkody, nosi znamiona „ekonomicznie podbudowanej”.

³⁶ W III w. p.n.e., a więc wtedy, gdy tradycyjnie sytuuje się uchwalenie *lex Aquilia*, miały miejsce swoiste „zawiorania” polityczne i społeczne, tj. wojny punickie oraz ostatnia z trzech secesji plebsu (287/286 p.n.e.), *nota bene* jedyna, która ma potwierdzenie źródłowe. Także jedna z hipotez, dotyczących genezy *lex Aquilia*, łączy głosowanie ustawy, która była *plebiscitum*, właśnie z tą trzecią secesją. Zwolennicy tej hipotezy opierają się głównie na fragmencie z parafrazy Instytucji justyniańskich autorstwa Theophilusa (4,3,15) oraz na tekście anonimowego komentarza do Basilica (60,30,1,2-5). Oczywiście są i głosy krytyczne co do tego świadectwa, któremu zarzuca się m.in. tzw. „błąd perspektywy”. Por. więcej na ten temat G. VALDITARA, ‘*Damnum iniuria datum*’, cit., s. 6-7.

³⁷ Według koncepcji T. HONORÉ, *Linguistic and Social context of ‘Lex Aquilia’*, «The Irish Jurist» 7 (1972), s. 138-150, uchwalenie ustawy było fragmentem szerszego programu ochrony prawa własności, jaki został w tamtym czasie, na skutek nacisków plebsu, podjęty.

V. EKONOMICZNA ANALIZA DECYZJI W SPRAWIE *EX LEGE AQUILIA*

Jak zostało już zauważone, rozwój odpowiedzialności akwiliańskiej nastąpił głównie dzięki *interpretatio* jurystów³⁸. Z jakimi problemami interpretacyjnymi stykali się więc ci starożytni prawnicy przy ocenie przypadków wyrządzenia szkody w cudzym majątku? Otóż lektura fragmentów źródłowych, m.in. z tytułu 2. księgi 9. Digestów, a także *Institutiones* Gaiusa czy *Institutiones* Justyniana, skłania do stwierdzenia, że zaprzętały ich zdecydowanie te same problemy, co i współczesnych prawników, rozpatrujących przypadki odpowiedzialności deliktowej. Biorąc bowiem pod uwagę najprostszą formułę normatywną: „kto wyrządził drugiemu szkodę, zobowiązany jest ją naprawić”; stajemy przed problemem rozumienia – interpretacji niemal każdego

³⁸ Nie wnikając w szczegóły można stwierdzić, że wspomniana już kilkakrotnie interpretacja ustawy akwiliańskiej polegała na odejściu od dosłownego brzmienia tekstu *lex*, w szczególności trzech terminów: *damnum*, *iniuria* i *facere*. Dzięki temu doszło do zmiany pierwotnego znaczenia każdego z tych słów, zaś z kolei ów rozwój semantyczny doprowadził do modyfikacji znaczenia jurydycznego tych „elementów składowych” odpowiedzialności *ex lege Aquilia*, np. uznania *dare damnum*, które nie wymagało materialności działania, a zakładało spowodowanie określonej sytuacji po stronie drugiej osoby-poszkodowanego, za wystarczające dla uruchomienia postępowania; czy też propozycja nowego znaczenia terminu *iniuria*, które powstało na gruncie interpretacji *iniuria* w sensie *culpa*. Za kluczowe należy jednak uznać zastąpienie *damnum facere* przez *damnum dare*, bowiem to ono właśnie doprowadziło do przeniesienia punktu ciężkości odpowiedzialności akwiliańskiej na dwóch kolejnych płaszczyznach, tj. z działania materialnie szkodliwego na spowodowanie szkody, oraz z bezprawności na winę. W ten sposób samo *damnum* przestało być wystarczające dla uruchomienia postępowania *ex lege Aquilia*, zaś konieczne stało się w tym celu *damnum culpa dare*. Por. o interpretacji, nierzadko śmiałej, w odniesieniu do przepisów *lex Aquilia*, wśród licznej literatury, np. stosunkowo niedawno wydaną pracę A. CASTRESANY, *Nuevas Lecturas de la Responsabilidad Aquiliana*, Salamanca 2001, s. 129, gdzie autorka dokonuje analizy semantycznej i jurydycznej tychże elementów składowych odpowiedzialności akwiliańskiej, por. w szczególności uwagi podsumowujące (s. 119-124). Por. też analizę rozwoju poszczególnych elementów odpowiedzialności G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'*, cit., s. 60.

z członów takiej formuły. Pojawiają się pytania³⁹, takie jak chociażby:

- 1) jak zdefiniować szkodę?
- 2) co oznacza, że X wyrządził szkodę Y?
- 3) czy jest konieczne, aby czynności podjęte przez X bezpośrednio spowodowały skutek w postaci szkody po stronie Y; czy też związek pomiędzy czynem X a szkodą po stronie Y może być „luźniejszy”?
- 4) co oznacza naprawić szkodę?

Każde z pytań o rozumienie wskazanych pojęć, to *de facto* pytanie o kryterium interpretacji.

Możliwe są oczywiście i dalsze pytania:

- 5) Czy X ma pokryć całą szkodę na mieniu Y, w sytuacji, gdy Y swoim zachowaniem przyczynił się do powstania tejże szkody?
- 6) Według jakich kryteriów należy oceniać zachowanie X?

Rozstrzygnięcie takich zagadnień, a więc wybór określonego, jednego z możliwych rozwiązań jakiegoś konkretnego przypadku, doprowadziło do takiego ukształtowania odpowiedzialności akwiliańskiej, że mogła następnie, oczywiście po przejściu określonych etapów rozwojowych⁴⁰, stać się podstawą dla współczesnych systemów odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadzie winy.

Raz jeszcze powtórzmy, że ekonomiczna analiza prawa, jak każda analiza, polega na redukcji badanego przypadku do określonego układu pojęciowego, w tym konkretnym przypadku – chodzi o ję-

³⁹ Por. inne jeszcze możliwe problemy związane z analizą przypadków odpowiedzialności deliktowej T. DYBOWSKI [w:] *System prawa cywilnego*, III. 1, cit. s. 163 i n., a także ogólne uwagi W. CZACHÓRSKIEGO [w:] *System prawa cywilnego*, III. 1, cit., s. 517 i n. Por. też A. SZPUNAR, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, «Studia Cywilistyczne» 25 (1970), s. 94 i n.; W. CZACHÓRSKI, *Problèmes fondamentaux de la responsabilité civile*, [w:] *Droit civil polonais. Problèmes choisis*, red. J. WASILKOWSKI, Warszawa 1975, s. 144 i n. Por. też uwagi „teoretyczno-prawne” J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 138 i n.

⁴⁰ Por. wśród wielu opracowań tego zagadnienia, np. zestawienie dokonane przez R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., s. 953-997.

zyk współczesnej ekonomii – a następnie na poddaniu otrzymanego rezultatu interpretacji.

Spróbujmy więc, posługując się metodą ekonomiczną, przyjrzeć się takiej „antycznej sprawie”. W tym celu konieczne będzie dokonanie następujących kroków:

1. ekonomizacji badanego przypadku polegającej na kwantyfikacji elementów relewantnych dla sprawy i przeliczeniu ich na pieniądze,
2. zbudowaniu odpowiedniego modelu ekonomicznego, dzięki któremu możliwe będzie udzielenie odpowiedzi na pytania relewantne dla sprawy,
3. wyciągnięciu wniosków z analizy zbudowanego modelu⁴¹.

Oczywiście nietrudno się domyślić, że na każdym ze wskazanych etapów podejmowane będą decyzje, często niełatwe.

D. 9,2,11pr. (Ulp. 18. *ad ed.*): *Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: In quocumque forum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur. Si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere*⁴².

Ulpian, przywołując opinie swych poprzedników, Meli i Proculusa, rozważa przypadek, w którym fryzjer, podczas strzyżenia niewolnika podciął mu gardło brzytwą, gdyż jego ręka została popchnięta przez rzuconą przez gracza piłkę, zaś ów stan faktyczny

⁴¹ Jest oczywiste, że w rzeczywistości modele są bardziej rozbudowane na wszystkich trzech etapach. Celem artykułu nie jest jednak przedstawienie wszystkich możliwych wariacji, a pokazanie pewnego sposobu analizy, tak więc wymienione zostały jedynie trzy kluczowe elementy tejże analizy, które występują (a przynajmniej powinny wystąpić) zawsze.

⁴² Por. „klasyczną” interpretację tego fragmentu np. G. MACCORMACK, *Aquilian ‘culpa’* [w:] *Daube Noster*, red. A. WATSON, Edinburgh-London 1974, s. 215-216.

wydarzył się w miejscu, w którym zwyczajowo odbywała się gra w piłkę. Nie ulega wątpliwości, że po stronie właściciela niewolnika (oznaczymy go X) powstała szkoda w postaci utraty rzeczy (niewolnika). Sprawcą szkody był fryzjer (Y), który bezpośrednio dokonał czynu powodującego szkodę – *occisio servi*.

Pojawia się więc pytanie: czy Y będzie odpowiadał za szkodę i w jakim zakresie?

Na mocy normy zawartej w rozdziale I *lex Aquilia*, każdy, kto zabił cudzego niewolnika miał obowiązek naprawienia tej szkody⁴³. Jeśli weźmiemy pod uwagę tylko taką formułę, odpowiedź jest prosta, ale też odczuwalny jest pewien „niedosyt” w takim jedynie rozstrzygnięciu. Wydaje się więc zasadne poddanie ocenie jeszcze kilku dodatkowych elementów stanu faktycznego. W szczególności należy rozważyć, czy X w jakiś sposób nie przyczynił się do powstania szkody, poprzez dopuszczenie do tego, by jego niewolnik był strzyżony w miejscu do tego nieprzeznaczonym i, można powiedzieć, „niebezpiecznym”, ze względu na uprawianą tam aktywność fizyczną, a także konieczna będzie ocena zachowania Y przez pryzmat ewentualnej możliwości zapobieżenia przez niego szkodzie. Są to więc *de facto* pytania o kryteria, wedle których należy oceniać zachowanie X i Y, tak, aby rozstrzygnięcie prowadziło do rozwiązania ekonomicznie efektywnego.

Dla odpowiedzi na te pytania posłużymy się modelem ekonomicznym, choć nieco uproszczonym. Z oczywistych powodów konieczne jest uwzględnienie wysokości szkody, bowiem w prawie

⁴³ Por. D. 9,2,2 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.): *Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'*. Por. G. 3,210: *Iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur*. Oczywiście, pomijam tu problem kwalifikacji działania sprawcy jako *occidere*. Na temat problemu rozróżnienia jak i uznania odpowiedzialności zarówno w przypadku *occidere*, jak i *mortis causam praebere*, por. np. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., s. 976-983.

rzymskim⁴⁴, podobnie jak i obecnie⁴⁵ jej wystąpienie uważane było za warunek konieczny (*sine qua non*) rozważania czyjejs odpowiedzialności. Szkodę w postaci śmierci niewolnika, a więc jego utratę przez właściciela, oznaczmy jako S. Oczywiście w dalszej kolejności konieczna będzie kwantyfikacja tej zmiennej, a więc ustalenie jej wartości, a posługując się terminem ekonomicznym – jej nieplanowanego kosztu po stronie poszkodowanego – właściciela rzeczy, polegającego np. na konieczności zakupienia nowego niewolnika itd.

Już w tym miejscu warto zauważyć, że ustalanie wysokości szkody – *damnum*, rozumianej już w starożytności jako szkoda ekonomiczna⁴⁶, stanowiło swoistego rodzaju problem dla rzymskich jury-

⁴⁴ Wprawdzie *expressis verbis* termin *damnum* pojawia się jedynie w *caput III lex Aquilia*, to jednak należy przyjąć, że dla uznania odpowiedzialności *ex capite* I i II także konieczne było zaistnienie *damnum*.

⁴⁵ Należy podkreślić, że szkoda majątkowa jest w polskiej cywilistyce ujmowana jako kategoria ekonomiczna. O pojęciu szkody Por. np. OSN 22.11.1963, III PO 31/63, «OSNCP» (1964) nr 7-8, poz. 128, a także T. DYBOWSKI, [w:] *System prawa cywilnego* III. 1, cit., s. 213-245.

⁴⁶ A więc jako rzeczywista strata majątkowa, ubytek w majątku, dający się wyrazić w pieniądzu. W konsekwencji takiego rozumienia *damnum* wykluczone było postępowanie w tych przypadkach, gdy działanie odpowiadające którejś postaci *damnum facere*, nie powodowało utraty lub zmniejszenia wartości mienia, a z czasem po prostu nie wpływało negatywnie na stan majątku *dominus rei* uszkodzonej lub zniszczonej. Przykładowo, w przypadku, gdy *mutatio rei* będąca skutkiem deliktu, nie powodowała spadku wartości rzeczy, ale czyniła z niej *corpus pretiosus*, odmawiano właścicielowi zmienionej rzeczy *actio legis Aquiliae*, jak w przypadku D. 9,2,27,28 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Et si puerum quis castraverit et pretiosorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum*; gdzie w wyniku okaleczenia, niewolnik stał się eunuchem, przez co jego wartość rynkowa wzrosła. Por. D. DAUBE, *On the Use of the Term 'Damnum'*, [w:] *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt 1991, s. 283-290 i 293-297 (= *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario, 1899-1948*, Napoli 1948, s. 93-156), gdzie uczony podkreśla konieczność zaistnienia straty materialnej po stronie właściciela rzeczy uszkodzonej, dla przyznania mu *actio legis Aquiliae*. Por. też uwagi S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'*. *Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino 1969, s. 340-341 i s. 341 przyp. 5.

stów⁴⁷, w szczególności przy zastosowaniu określonych reguł dokonywania *aestimatio rei*⁴⁸. Nie wnikając w szczegóły, można stwier-

⁴⁷ Warto też zauważyć, że i obecnie zagadnienie ustalania wysokości szkody jest jednym z bardziej problematycznych zagadnień związanych z odpowiedzialnością deliktową, i to nie tylko dla szkoły ekonomicznej analizy prawa. W szczególności w praktyce trudne jest ustalenie wysokości szkody, a w konsekwencji i należnego odszkodowania w takich przypadkach, jak uszkodzenie ciała albo naruszenie dóbr osobistych. Orzekające w takich sprawach sądy kierują się wskazówkami ustawowymi (w prawie polskim są to art. 444-446 k.c.), ale także i regułami wypracowanymi przez orzecznictwo. Nie da się bowiem ukryć, że niektóre wartości są trudne do oszacowania w pieniądzu. O problemach związanych z ustalaniem wysokości szkody por. np. S. SZPUNAR, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, a także T. DYBOWSKI, [w:] *System prawa cywilnego*, III. 1, s. 245-308 i literatura cytowana na s. 245-246. Autor rozważa m.in. problem chwili miarodajnej dla ustalania rozmiaru szkody, adekwatnych cen, a także przedstawia problemy powstające przy sądowym miarkowaniu szkody.

⁴⁸ *Condemnatio Aquiliana* zawierała formułę *quanti ea res (plurimi) erit (fuit)*, która zakładała dokonanie *aestimatio rei*. Por. odnośnie do rozdziału I – G. 3,210 (cyt. w przyp. 43) oraz odnośnie do rozdziału III ustawy G. 3,218: *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset. W przypadkach podpadających pod I rozdział ustawy, tj. *occisio servi vel servae et quadrupedes vel pecudes, aestimatio rei* zakładała zapłatę najwyższej wartości rynkowej tychże, jaka została osiągnięta przez nie w ciągu roku poprzedzającym wyrządzenie szkody. Pozwalało to na wzięcie pod uwagę sezonowych wahań cen niewolników lub zwierząt, bowiem cena ta mogła mieć różną wysokość w zależności od takich zdarzeń, jak zasiewy, zbiory, winobranie, itd. W okresach, gdy zapotrzebowanie na określone rzeczy było większe, wzrastały koszty ich zastąpienia, co też należało uwzględnić przy ocenie wysokości szkody. *Aestimatio* w odniesieniu do szkód będących wynikiem czynów *damnum facere* podpadających pod hipotezy III rozdziału *lex* także zakładała odniesienie do najwyższej wartości uszkodzonych rzeczy, tym razem w ciągu 30 dni poprzedzających szkodę (*in diebus triginta proximis*). Także i w tym przypadku rozwiązanie takie wydaje się być uzasadnione, bowiem wartość sporej większości dóbr chronionych *ex capite* I i III ustawy, podlegała sezonowym zmianom. Konieczne więc było uwzględnienie tej ekonomicznej prawidłowości. Z kolei w formule *condemnatio ex**

dzić, że w III w. n.e., reguły dotyczące *aestimatio damni*⁴⁹ były już na tyle wypracowane, że prawnicy byli w zasadzie zgodni, że należało przy jej wycenie wziąć pod uwagę nie tylko sumę *pretium corporis* ale i *utilitas domini*⁵⁰, w postaci takich *causa rei*, jak nieoczekiwana

capite secundo, która *nota bene* dość szybko utraciła moc w wyniku *desuetudo*, pojawiała się forma czasu terażniejszego, tj. *quanti es res est*. W tym bowiem przypadku chodziło o zapłatę wartości wierzytelności równej jej aktualnej wartości w chwili, gdy została ona umorzona przez bezprawną *acceptilatio*. Por. G. 3,215.

⁴⁹ Można bowiem powiedzieć, że w II w. n.e. *damnum* z przestanki koniecznej dla uruchomienia postępowania akwilańskiego, stała się przedmiotem wyceny sądowej, zaś idąc tropem Salviusa Iulianusa oraz Ulpiana, dla realizacji tegoż *aestimatio damni* kluczowa stała się zasada *id quod interest* (= *utilitas* poszkodowanego). G. VALDITARA, 'Damnum iniuria datum', cit., s. 47-48, 55-60 uważa, że ewolucja ta była najprawdopodobniej konsekwencją przekształcenia funkcji *actio ex lege Aquilia*, która była początkowo uważana za skargę penalną, a więc celem było ukaranie tego, kto nastawał i narusza cudzą własność, w skargę reipesekutoryjną, której celem było zadośćuczynienie szkodzie spowodowanej przez delikwenta. Można też widzieć w tej ewolucji refleks innego, nowego spojrzenia na mienie, które przestało być pojmowane w sposób statyczny i wyizolowany, co jest zauważalne we wcześniejszym okresie. Zaczęto więc dostrzegać dynamiczny charakter i funkcję instrumentalną mienia w tym sensie, że mogło być ono podstawą dla dalszych działań właściciela, np. służyć nabywaniu dóbr, inwestowaniu itd. A takie rozumowanie można już uznać za myślenie ekonomiczne.

⁵⁰ O wspomnianej powyżej ewolucji w zakresie sposobu dokonywania *aestimatio* możemy mówić już od przełomu I i II w. n.e. Wtedy to tacy juryści, jak np. Neratius, Iavolenus czy Iulianus obok wartości rynkowej *corpus*, zaczęli uwzględniać w sumie będącej przedmiotem *condemnatio Aquiliana* także podkreślaną już wartość tzw. *utilitas* poszkodowanego, tj. szacowano cenę zniszczonej lub uszkodzonej rzeczy, wychodząc w każdym przypadku od *pretium corporis*, do której dodawano wartość *utilitas*, jaką rzecz stanowiła dla swego właściciela. W ten sposób możliwe stało się uwzględnienie tych *commoda*, które uzyskałby właściciel w przypadku, gdyby szkoda nie zaistniała. Por. I. 4,3,10: *Computatur, quanto depretiati sunt qui supersunt. illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse, secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea, perempto eo corpore, damni vobis adlatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit quam is iussu tuo adiret: nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat. item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fu-*

szkoda⁵¹ albo utracone korzyści⁵². Praktyka nakazywała więc uwzględnić całościową sytuację poszkodowanego – właściciela rzeczy utraconej (lub uszkodzonej w przypadku odpowiedzialności *ex capite tertio*), w jakiej znalazł się on wskutek zaistnienia szkody w jego majątku. Warto też dodać, że wypracowanie takiej reguły należy uznać za duże osiągnięcie jurysprudencki rzymskiej, która, wychodząc od dyrektywy dotyczącej *aestimatio*, polegającej na ustaleniu ceny utraconego lub zniszczonego *corpus* licząc wstecz odpowiednio *in anno* lub *in diebus triginta proximis*, doprowadziła do zbliżonej do obowiązującej w obecnych systemach reguły nakazującej naprawienie szkody rzeczywiście⁵³.

erit occisus: non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque. Por. w szczególności studium G VALDITARY, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, s. 1-301 oraz S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quantum ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980, s. 224, w szczeg. s. 111 przyp. 96 oraz s. 132-134, 170-172.

⁵¹ G. 3,212: ... *Item si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quod ceteri, qui supersunt, depretiati sunt. idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit.*

⁵² G. 3,212: *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur; sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur, velut si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. ...*

⁵³ Uwzględnianie całościowego wpływu deliktu na majątek poszkodowanego właściciela rzeczy (a z czasem i innych podmiotów) zakładało w ostatecznej swej formule uwzględnienie także utraty tych dalszych korzyści, które zagwarantowałyby posiadane mienie oraz tych wydatków, które były konieczne, aby przywrócić stan poprzedni. Tym samym nastąpił zbieg z tym, co dziś określamy jako *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Por. D. 9,2,33 pr. (Paul. 2 ad Plaut.): *Si servum meum occiderit, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo,*

Obok szkody, konieczne wydaje się uwzględnienie w modelu ekonomicznym tzw. aktów staranności ekonomicznej (econom. „actes of precaution”, „precautionary acts”), a więc określonego rodzaju działań, których podjęcie przez sprawcę szkody pozwoliłoby mu na uwolnienie się od odpowiedzialności (na potrzeby modelu ekonomicznego określimy je jako As). Tęgo typu akty staranności najczęściej wyznaczane są przez prawo w postaci jakiejś wartości kwotowej albo w postaci określonego standardu staranności, którego dochowanie ma skutki egzoneracyjne. Oczywiście takie działania także mają swój koszt, bowiem ich wykonywanie powoduje, że potencjalny sprawca ponosi jakieś wydatki lub nie robi czegoś innego, co mogłoby przynieść mu dochód (np. oszczędzić pieniądze, czy też czas).

Z całą pewnością można powiedzieć, że juryści rzymscy wypracowali taki właśnie standard staranności, w postaci zobiektywizowanego wzorca *bonus pater familias*. Jeśli więc potencjalny sprawca nie przewidywał tego, co rozsądny człowiek przewidziałby będąc na jego miejscu w danych okolicznościach, można było postawić mu zarzut niezachowania należytej staranności, a więc stwierdzić, że nie zachował się tak, jak zachowałby się „dobry ojciec rodziny” i konsekwencji uznać jego odpowiedzialność⁵⁴.

si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. Por. T. DYBOWSKI, [w:], *System prawa cywilnego*, III. 1, cit., s. 215, który podkreśla, że obecnie szkoda, która *note bene* nie jest zdefiniowana w przepisach polskiego k.c., zarówno w polskiej jak i zagranicznej doktrynie jest rozumiana jako „różnica pomiędzy stanem dóbr, jaki już istniał i jaki mógłby nastąpić w normalnym stanie rzeczy wytworzyć się, a stanem, jaki powstał na skutek zdarzenia wywołującego zmianę w dotychczasowym stanie rzeczy, z którym ustawodawca wiąże powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej”. Por. też o szerokim ujęciu szkody w doktrynie francuskiej, np. J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris 1963, s. 340 i n.

⁵⁴ Por. np. D. 9,2,31 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Si putator ex arbore raram cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non*

W analizowanym przypadku możliwe jest wskazanie tegoż standardu staranności, którego dochowanie pozwoliłoby sprawcy na uniknięcie odpowiedzialności. Otóż jeśli sprawca szkody – fryzjer – strzygł lub golił klientów w miejscu gdzie zwyczajowo gra się w piłkę lub w miejscu, gdzie jest duży ruch, a więc gdzie potencjalnie

possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit. Jurysta wyraźnie stwierdził, że wina obcinającego gałęzie polegała na tym, że nie przewidział tego, co przewidziałby dobry ojciec rodziny, człowiek rozsądny, a czego można było od niego zasadnie oczekiwać i w konsekwencji zachował się nierozważnie oraz spowodował szkodę. Wypracowanie koncepcji winy należy uznać za jedno z największych osiągnięć jursprudencji rzymskiej. Oczywiście był to proces złożony, gdzie punktem wyjścia było pojęcie *iniuria*, która najpierw stała się kryterium dla oceny, czy *damnum dare* było usprawiedliwione czy nie, zaś następnie została zdefiniowana jako zawinienie sprawcy, gdy ten spowodował po stronie innego podmiotu *damnum*, nie mając do tego prawa, tj. bez usprawiedliwienia. Ów brak usprawiedliwienia pozwalał na uznanie odpowiedzialności sprawcy, bowiem możliwe było przypisanie mu *damnum dare*. Juryści rozróżniali też wyraźną umyślność działania i chęć spowodowania *damnum* po stronie drugiego podmiotu (*dolus*); i brak tej umyślności i chęci (*culpa*). Co istotne, *culpa* była początkowo definiowana przez negację *dolus*, co jednak było mało precyzyjne, bowiem o braku *dolus* można było orzec w nieograniczonej liczbie przypadków zachowań ludzkich, z których nie każde zasługiwało na jednorodną ocenę pod kątem wpływu na *damnum dare*. Kryterium braku *dolus* pozwalało więc na zbyt małą selektywność, stąd pojawiła się konieczność wyznaczenia bardziej precyzyjnego pojęcia winy, zaś *de facto* chodziło o takie kryterium oceny ludzkiego zachowania, które pozwoliłoby na wyznaczenie granicy między rozsądnym przewidywaniem a zawinionym brakiem przewidywania lub wymaganą świadomością i jej zawinionym brakiem. W ten sposób powstała koncepcja obowiązku postępowania, który miał wiązać potencjalnych sprawców *damnum*, zaś na potrzeby oceny, czy ten obowiązek postępowania został dochowany juryści stworzyli model postępowania, który miał służyć do oceny możliwych naruszeń. Niespełnienie obowiązku zachowania pozwalało na kwalifikację zachowania jako *damnum culpa datum*. *Culpa Aquiliana* została więc w ostateczności określona jako naruszenie obiektywnego modelu postępowania określonego jako *bonus pater familias*. Więcej na temat kształtowania się koncepcji *culpa* w prawie rzymskim, por. np. S. SCHIPANI, *op. cit.*, s. 494, a także G. MACCORMACK, *Aquilian 'culpa'*, *cit.*, s. 201-224.

wzrasta prawdopodobieństwo uderzenia piłką (jak stało się w analizowanym przypadku) lub też popchnięcia itd., można powiedzieć, że nie dochował staranności od niego zasadnie oczekiwanej, na co też zwrócił uwagę Proculus.

Z kolei, idąc tropem Ulpiana, należy zastanowić się jeszcze nad tym, czy i w gestii poszkodowanego nie leżała jakaś możliwość zapobieżenia szkodzie, bowiem i od potencjalnego poszkodowanego można wymagać określonego zachowania, nazwijmy je czynnościami zapobiegawczymi, które w zasadzie mają ten sam walor, co akty staranności potencjalnego sprawcy. I rzeczywiście, jurysta trafnie zauważa, że skoro ktoś powierza się w ręce fryzjera w miejscu niebezpiecznym, sam jest sobie winien. Można więc uznać, że X przyczynił się do poniesionej przez siebie szkody, powierzając swego niewolnika w ręce fryzjera i pozwalając na jego strzyżenie w miejscu, gdzie istniało duże prawdopodobieństwo nastąpienia szkody. Oczywiście i w tym przypadku konieczne będzie dokonanie kwantyfikacji tych czynności zapobiegawczych (określimy je jako Cz).

Postarajmy się teraz, wykorzystując wskazane zmienne, sformułować pewne wstępne wnioski.

Otóż już na pierwszy rzut oka można stwierdzić, że jeśli okazałoby się, że koszty czynności zapobiegawczych, jakie mógłby podjąć potencjalny poszkodowany, byłyby wyższe niż wysokość szkody $=> Cz > S$, to z jego punktu widzenia, podejmowanie tychże czynności byłoby nieracjonalne i niecelowe.

W ten sposób zasadne wydaje się postawienie nierówności: $Cz < S$.

Czy więc w każdym przypadku, gdy czynności zapobiegawcze, które mogą być podjęte przez X, należy tego od niego wymagać i ewentualnie uwzględnić na jego niekorzyść ich niepodjęcie? Wydaje się, że postawienie takiego wymagania będzie zasadne jedynie w przypadkach, gdy zawsze, gdy X nie podejmie takich czynności, szkoda wystąpi (szkoda pewna). Oczywiście jest jednak, że nie zawsze tak właśnie będzie.

W ten sposób konieczne jest wprowadzenie jeszcze jednej zmiennej – a mianowicie prawdopodobieństwa wystąpienia szkody, gdy X czynności zapobiegawczych nie podejmie (P).

Otrzymujemy więc następujący model: $Cz < P \times S$

Zakładając przykładowo, że: 4 sesterce $< 10\% \times 100$ sestrców, to 4 sesterce < 10 sesterców

A więc w każdym przypadku, gdy koszt czynności zapobiegawczych będzie mniejszy niż szkoda, racjonalne będzie jej zapobieganie i można tego od potencjalnego poszkodowanego wymagać. Jeśli więc tego nie czyni, a szkoda nastąpi, można postawić mu zarzut przyczynienia się do jej wystąpienia⁵⁵ i odpowiednio zmodyfikować odpowiedzialność sprawcy szkody⁵⁶. Analogicznie należy ocenić problem kosztów aktów staranności potencjalnego sprawcy.

Tak więc w danym przypadku możemy uznać, że określone przez jurystów wymagania zachowania należytej staranności zarówno przez potencjalnego sprawcę, jak i przez potencjalnego poszkodo-

⁵⁵ Jak podają J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 139 przyp. 145, zasadę tę sformułował sędzia Learned Hand w sprawie z 1947 r.: *US vs. Carroll Towing Co.* (159 F. 2d, 169 C. A. 2, 1947, Jan. 09 1947). Orzeczenie dostępne <http://www.econ.brown.edu/2002/Feldman&Kim.pdf>. Por. też omówienie tego orzeczenia A. M. FELDMAN, J. KIM, *The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered*. Por. też J. D. HANSON, M. R. HART, *Law and economics*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. PATTERSON, Malden-Oxford 2000, s. 311-331.

⁵⁶ W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że konsekwencje przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody inaczej się przedstawiały w prawie rzymskim, zaś inaczej są uwzględniane obecnie. W prawie rzymskim postawienie zarzutu poszkodowanemu, że nie dochował staranności i od niego wymaganej, np. swym nierozważnym zachowaniem przyczynił się do powstania szkody, powodowało nie tyle odpowiednie zmniejszenie odpowiedzialności sprawcy, ale zupełnie jego od niej uwolnienie. Por. więcej na temat przyczynienia się poszkodowanego w prawie rzymskim, np. F. H. LAWSON, *op. cit.*, s. 53-59, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., s. 1010-1011. Rozważania na temat „przyczynienia się” (ang. „contributory negligence”) w ujęciu komparatystycznym, por. w szczególności T. HONORÉ, *Causation and Remoteness of Damage*, «International Encyclopedia of Comparative Law» 11.7 (1983), s. 144 i n. Na gruncie prawa polskiego por. T. DĄBOWSKI, [w:] *System prawa cywilnego*, III. 1, cit., s. 265-267 i TENŻE, *Przyczynowość jako przestępstwo odpowiedzialności*, «NP» 18.2 (1962), s. 32 i n.

wanego, były zasadne, a także – niejako przy okazji – „ekonomicznie efektywne”.

Model, którym się posłużyliśmy, jest rzecz jasna bardzo uproszczony i opiera się na wielu idealizujących założeniach, jak chociażby założenie, że czynności zapobiegawcze potencjalnego poszkodowanego zmniejszają niemal do zera prawdopodobieństwo wystąpienia szkody albo też, że wszystkie koszty są kwantyfikowalne, a jednostką jest pieniądz itd⁵⁷. Oczywiście model ten można nieco uszczegółowić dodając kolejne zmienne oznaczające inne jeszcze elementy stanu faktycznego⁵⁸. Nie jest to jednak celem tego studium. Chodzi bowiem o pokazanie pewnego sposobu myślenia – analizy przypadku, przy zastosowaniu tej właśnie metody. Należy też podkreślić, że na każdym etapie analizy ekonomicznej konieczna wydaje się refleksja oraz rozstrzygnięcie problematycznych kwestii, jak chociażby „wycena” elementów, czynności, którym trudno przypisać wartość ekonomiczną, która to trudność jest *nota bene* podnoszona jako jeden z częstszych zarzutów dla metody⁵⁹, choć nietrudno zauważyć, że nie

⁵⁷ Na inne założenia „idealizujące”, które często są zakładane w analizie ekonomicznej, jak np. neutralność wobec ryzyka, nieuwzględnianie poziomów aktywności potencjalnego sprawcy i potencjalnego poszkodowanego przy ustalaniu wysokości kosztów czynności zapobiegawczych itd., wskazują J. STELMACH, B. BROŻEK, *op. cit.*, s. 141.

⁵⁸ Oczywiście każde dodatkowe założenie wpływa w jakiś sposób na wynik analizy, a więc konieczna jest refleksja, czy przyjęcie danego założenia jest trafne i koniecznie potrzebne.

⁵⁹ Inne zarzuty, o różnej naturze, stawiane koncepcjom postulowanym przez Law & Economics, to m.in. opieranie się na licznych idealizujących założeniach, jak np. teoria racjonalnego wyboru, fundamentalna dla tej szkoły; a także, wspomniany już zarzut rezygnacji z innych wartości, które prawo powinno chronić, na rzecz ekonomicznej efektywności prawa, czy wreszcie przyjmowanie licznych założeń upraszczających, jak np. założenie neutralności względem ryzyka, równy poziom aktywności jednostek itd.; i w konsekwencji tego budowanie uproszczonych modeli, które nie oddają bogactwa rzeczywistości społecznej. Z kolei nie można nie zauważyć, że wprowadzanie kolejnych faktorów do modeli zaciemnia je i w efekcie stają się bezużyteczne. Por. więcej o krytyce nurtu np. D. A. FARBER, P. P. FRICKEY, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago 1991, s. 27-

ma on charakteru metodologicznego, a jedynie bazuje na trudnościach związanych ze stosowaniem metody.

Spróbujmy wykonać jeszcze jedną „operację myślową” przy zastosowaniu przedstawianej metody i zastanowić się, czy reżim odpowiedzialności przyjęty przez jurystów w przypadkach podobnych do analizowanego, tj. odpowiedzialności opartej na winie sprawcy, przy założeniu odpowiednio wyznaczonego standardu staranności, pozwolił na osiągnięcie rezultatu ekonomicznie efektywnego, z punktu widzenia „ekonomiczno-analitycznej retoryki”.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że prawo rzymskie znało także i odpowiedzialność obiektywną, dla której wystarczającą przesłanką był sam fakt zaistnienia szkodliwego skutku. Nie szukając daleko, wystarczy wskazać pierwsze unormowania w odniesieniu do spowodowania szkody, zarówno te sprzed wydania *lex Aquilia*⁶⁰,

33. Nie da się ukryć, że niektóre argumenty kwestionują podstawowe dla Law & Economics założenia i metodę interpretacji (mają więc charakter normatywny) a niektóre wskazują jedynie na trudności z jej stosowaniem. Należy też zauważyć, że metoda ekonomiczna nie jest wolna od niedoskonałości, ale która z prawniczych metod jest doskonała?

⁶⁰ Pierwotnie, dla uznania odpowiedzialności sprawcy polegającej na zadośćuczynieniu poszkodowanemu lub jego najbliższemu, wystarczało zaistnienie jakiegoś szkodliwego skutku materialnego w rzeczywistości (jak np. spalony dom, wycięte drzewo, złamana ręka niewolnika, itd.) i powiązanie go z osobą sprawcy. Natomiast nieobecny jest ogólny obraz szkody. Por. literatura cytowana w przyp. 1 i 31 tego artykułu. W swym pierwotnym unormowaniu, dla uznania odpowiedzialności sprawcy szkody, *lex Aquilia* wymagała jedynie *iniuria* – a więc bezprawności szkody i dopiero uznanie *dolus* i *culpa* za miarodajne dla oceny działania sprawczego, pozwoliło na swoistego rodzaju ‘oczyszczenie’ odpowiedzialności o charakterze początkowo obiektywnym – absolutnym, a więc opartej na wspomnianej przesłance *iniuria* w jej najbardziej restrykcyjnym, pierwotnym znaczeniu. W ten sposób nawet jeśli okazało się, że szkoda została wyrządzona bezprawnie, działanie mogło zostać usprawiedliwione przez wykazanie, że po stronie sprawcy *damnum* nie było ani woli, ani chęci jej wyrządzenia (*dolus*), ani też żadnych zaniedbań (*culpa* – *neglegentia*). Inaczej mówiąc, takie działanie, które nie było intencjonalne lub niedbałe, nie mogło być w dalszym ciągu uznawane jako bezprawne. Więcej na ten temat, por. np. F. LA ROSA, *Il valore originario di ‘iniuria’ nella ‘Lex Aquilia’*, «Labeo» 44 (1998), s. 366-376.

jak i zgodnie z jej pierwotnym rozumieniem⁶¹, które następnie uległy zmianom, co należy ocenić wysoko, dzięki interpretacji jurystów. Mianowicie, jak to zostało to już podkreślone, wypracowana została koncepcja winy – *dolus/culpa* – na której została oparta odpowiedzialność za *damnum dare*⁶². Czy jednak w każdej sytuacji odpowiedzialność na zasadzie winy pozwalała na osiągnięcie efektu sprawiedliwego, słusznego, czy też ekonomicznie efektywnego?

Exemplum niech będzie następujący przypadek.

D. 9,2,31 (Paulus 10 *ad Sab.*): *Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit*⁶³.

W przedstawionym stanie faktycznym Paulus rozważa ewentualną odpowiedzialność obcinającego gałęzie (*putator*), który czyni to

⁶¹ Por. rekonstrukcję tekstu *lex Aquilia* na podstawie fragmentów z *Institutiones Gaiusa* oraz księgi 9,2 *Digestów* – C. A. CANNATA, *Sul testo della 'lex Aquilia' e la sua porta originaria*, [w:] *La responsabilita civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid 1993, s. 25-57. Na temat pierwotnego brzmienia uregulowań por. np. F. H. LAWSON, *op. cit.*, s. 4-11, a także G. CARDASCIA, *La Portée Primitive de la Loi Aquilia*, [w:] *Daube Noster*, cit., s. 53-75.

⁶² Por. przedstawienie ewolucji „od *iniuria do culpa*” w przyp. 38 i 54.

⁶³ Por. „klasyczną” interpretację tego fragmentu G. MACCORMACK, *Aquilian 'culpa'*, cit., s. 203-204 i 213-214. Por. I. 4,3,5.

siedząc na drzewie rosnącym przy drodze. Jurysta analizuje różne wariacje takiej sytuacji i stara się znaleźć właściwy standard staranności, którego dochowanie pozwoli obcinającemu gałęzie uniknąć odpowiedzialności w przypadku ewentualnej szkody, w postaci zabicia przechodzącego niewolnika przez spadającą gałąź. Pojawiają się następujące możliwości:

1) obcinający gałęzie będzie odpowiedzialny zawsze w przypadku, gdy popełni *dolus*, tj. celowo i umyślnie zrzuci obciętą gałąź na przechodzącego; odpowiedzialność ta będzie więc miała miejsce i w przypadku, gdy nie będzie żadnej ścieżki pod drzewem, gdzie odbywa się obcinanie gałęzi (co wydaje się być całkowicie zasadne);

2) obcinający będzie odpowiedzialny za umyślne spowodowanie szkody, a także za niedochowanie należytej staranności, tj. niepodjęcie aktów staranności w postaci ostrzeżenia krzykiem, w odpowiednim momencie, tak aby potencjalna ofiara zdążyła jeszcze uskoczyć, jednak jedynie gdy droga, przy której odbywa się owo przycinanie drzewa, jest drogą publiczną;

3) obcinający będzie odpowiedzialny za umyślne spowodowanie szkody, a także za niedochowanie należytej staranności, tj. niepodjęcie aktów staranności wskazanych przykładowo w przypadku 2), jednak zarówno w przypadku, gdy droga, przy której zdarzenie może mieć miejsce ma charakter publiczny, jak i prywatny; jak bowiem zauważa jurysta, powszechnym procederem w tamtym okresie było przechodzenie przez grunty prywatne;

4) obcinający gałęzie będzie zawsze odpowiedzialny, bez względu na to, gdzie może wydarzyć się sytuacja, jak też i bez względu na to, czy podjęcie jakiegokolwiek działania zapobiegawcze; będzie to więc odpowiedzialność za wystąpienie skutku w postaci szkody materialnej, zupełnie niezależna od oceny zachowania i nastawienia potencjalnego sprawcy, którą dziś nazwalibyśmy odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Każde z tych możliwych rozwiązań można przedstawić przy pomocy narzędzi ekonomicznych, zaś opisując „ekonomicznie” oba

modele odpowiedzialności⁶⁴, możemy już na wstępie – niejako intuicyjnie – stwierdzić, że w przypadku odpowiedzialności na zasadzie winy, to, czy sprawca będzie odpowiedzialny za szkodę zależy od faktu, czy poniósł on odpowiednie nakłady na tzw. akty staranności (=dochował należytej staranności, tj. postąpił tak, jak zachowałby się *bonus et diligens pater familias* będą na jego miejscu), czy też tego zaniedbał. Z kolei w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, sprawca zawsze będzie ponosił odpowiedzialność, bez względu na akty staranności, które podejmie, aby zapobiec ewentualnej szkodzie.

przypadek	koszty (oczekiwanych) aktów staranności	prawdopodobieństwo wystąpienia szkody	wysokość szkody	całkowity koszt społeczny deliktu
odpowiedzialność na zasadzie winy				
1.	1	100%	100	101
2.	2	50%	100	102
3.	5	20%	100	105
odpowiedzialność na zasadzie ryzyka				
4.1.	1	100%	100	101
4.2.	50	2%	100	150

Ad 1, 2, 3: to przypadki odpowiedzialności na zasadzie winy. w przypadku 1), gdy od sprawcy wymaga się podjęcia aktów staranności na poziomie minimalnym, tj. jedynie powstrzymania się od *do-lus*, prawdopodobieństwo wystąpienia szkody, za którą sprawca będzie odpowiedzialny, wynosi 100% zawsze, gdy nie będzie on działał

⁶⁴ Dziś nazwalibyśmy te modele odpowiednio reżimem ryzyka, w doktrynie angielskiej i amerykańskiej – „strict liability”; oraz reżimem odpowiedzialności opartej na zasadzie winy – „negligence standard”. Por. analizę i porównanie obu reżimów z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa np. S. SHAVELL, *Strict Liability v. Negligence*, «JLS» 9 (1980), s. 1-25 oraz H. SHAFER, A. SCHONENBERGER, *Strict Liability v. Negligence*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, II: *Civil Law and Economics*, cit., s. 597-624. Por. też M. ARASZKIEWICZ, *op. cit.*, s. 187-205.

celowo i umyślnie, jednak w tych wszystkich przypadkach będzie on zupełnie wolny od odpowiedzialności, bowiem brak jest tu *dolus*. Wyznaczenie poziomu staranności na tym poziomie nie jest więc ekonomicznie efektywne, bowiem na potencjalnym poszkodowanym będzie spoczywało zdecydowanie większe ryzyko. Z kolei w przypadkach 2) i 3) standard został wyznaczony na poziomie wyższym, koszty aktów staranności wynoszą odpowiednio 2 i 5, co, przy ich poniesieniu przez potencjalnego sprawcę, zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia szkody, odpowiednio do 50% i 20 %. Tak więc przy założeniu, że dochowanie określonego standardu przez sprawcę jest wskazane w danej sytuacji, zaś w danym przypadku, w szczególności przy uwzględnieniu specyfiki pewnych prawidłowości, jak okoliczność, że zwyczajem starożytnych Rzymian było swobodnie chodzić i po drogach publicznych, jak i prywatnych, zarówno z punktu widzenia potencjalnej ofiary, jak i sprawcy najlepszy efekt daje wyznaczenie ich na poziomie 3), bowiem wprowadzie są one najwyższe w porównaniu z 1) i 2), ale też prowadzą do sytuacji, gdzie prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest najniższe. Racjonalny sprawca będzie więc podejmował działania zapobiegawcze wyznaczone na tym poziomie, bowiem przy ich podjęciu cały koszt z jego strony wyniesie 20, zaś gdy ich nie podejmie 100.

Ad 4: to przypadek odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. W takim modelu, bez względu jak wysokie koszty aktów staranności zostaną wyznaczone potencjalnemu sprawcy, a także bez względu czy i w jakiej wysokości je poniesie, będzie odpowiedzialny za całą szkodę. Poziom staranności potencjalnego sprawcy nie ma więc znaczenia dla kwestii poniesienia przez niego odpowiedzialności za szkodę. Jednakże potencjalny sprawca, myślący racjonalnie, docho-wa poziomu staranności, który dla niego będzie efektywny ekonomicznie, bowiem skoro zawsze będzie musiał zapłacić całkowite koszty społeczne deliktu, będzie się starał je zminimalizować.

Jakie wnioski płyną z takiej analizy?

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku, w którym potencjalny sprawca ma możliwość podjęcia aktów staranności uwalniających

go od ponoszenia odpowiedzialności (oczywiście chodzi o akty skuteczne, tj. zapobiegające w jakimś stopniu wystąpieniu szkody), a więc np. w takim przypadku, który jest przedmiotem analizy, przyjęcie reżimu ryzyka, będzie prowadziło do rozwiązania ekonomicznie nieefektywnego, bowiem potencjalni poszkodowani nie będą wystarczająco ostrożni, gdyż i tak otrzymają odszkodowanie, jako że jedyną przesłanką jego przyznania, będzie sam fakt wystąpienia szkody po ich stronie. Z kolei niedostateczna ostrożność potencjalnych poszkodowanych wpłynie na zwiększenie ilości szkód lub też rozmiarów szkód, co z kolei – stosując terminologię ekonomiczną – doprowadzi do globalnego wzrostu kosztów społecznych deliktów⁶⁵. Jak się więc wydaje, przyjęcie reżimu odpowiedzialności na zasadzie winy jest w takim przypadku uzasadnione.

Z kolei zastosowanie reżimu winy w sytuacjach, gdzie adekwatny wydaje się reżim ryzyka, jak np. w przypadku quasi-deliktów, nie spowoduje negatywnych skutków z punktu widzenia ekonomii, oczywiście przy założeniu odpowiedniego standardu staranności, tj. ekonomicznie efektywnego. Jeśli bowiem potencjalny sprawca dochowa wskazanego standardu staranności (=poniesie koszty), nie będzie odpowiedzialny za szkodę, jeśli ta mimo to nastąpi. Natomiast koszt w tym przypadku poniesie poszkodowany. Nie da się ukryć, że takie rozwiązania będą prowadziły do skutku negatywnego z punktu widzenia ... „słuszności”, czy też ze względu na sposób dystrybucji dóbr⁶⁶. W tym miejscu nie można nie zauważyć, że pojawiło się nowe kryterium oceny danego rozwiązania, tj. kryterium słuszności, od którego klasycy Law & Economics tak bardzo chcieli uciec. Można więc zapytać, czy aby ocena rozwiązań w zakresie odpowiedzialności deliktowej jedynie w oparciu o postulat minimalizacji kosztów, nie prowadzi do nie w pełni komplementarnego rozwiązania? Zamiast odpowiedzi można przywołać jedno z początko-

⁶⁵ Jest to *de facto* prawidłowość zauważona przez T. ULENA, *op. cit.*

⁶⁶ Także i ten wniosek został wysnuty przez T. ULENA, *op. cit.* Por. też uwagi w przyp. 8 i 12.

wych stwierdzeń, jakie zostało postawione w tym studium, a mianowicie, że metoda ekonomiczna jest jedną z metod, jednakże nie powinna być stosowana jako jedyny wyznacznik dla oceny czy to decyzji legislacyjnej, czy też decyzji interpretacyjnej (tj. decyzji na etapie stosowania prawa).

Na zakończenie można więc zapytać, jak należy ocenić to, co dokonało się dzięki *interpretatio* jurystów w zakresie odpowiedzialności za szkodę spowodowaną czynem niedozwolonym w cudzym majątku? Czyż rezygnacja z odpowiedzialności o charakterze obiektywnym, jaka dominowała jeszcze w pierwszym okresie stosowania *lex Aquilia*, na rzecz odpowiedzialności opartej na *culpa* sprawcy, czy też sformułowanie koncepcji winy po stronie poszkodowanego i uwolnienie rzeczywistego sprawcy szkody od odpowiedzialności były aż tak przypadkowe, że niewłaściwe jest poszukiwanie przyczyn tych zmian? Wydaje się, że była to świadoma ewolucja, która, pomimo że zaszła w inny sposób niż działania legislacyjne poprzedzone ekonomiczną analizą istniejących unormowań, co ma (a może – powinno mieć) miejsce obecnie, bowiem juryści posługiwali się innymi metodami, doprowadziła do rozwiązań ekonomicznie efektywnych.

VI. KONKLUZJE

Zdaję sobie sprawę, że prezentując takie ujęcie tematu, narażam się na krytykę, zarzut „błędu perspektywy” itd. Zdaję sobie też sprawę, że tradycyjne metody badania i interpretacji prawa, jak np. metoda historyczna, wykładnia językowa, są bardziej zrozumiałe, a na pewno bardziej zakorzenione w kulturze prawnej.

Skąd więc pomysł? Otóż, gdy czytam wypowiedzi przedstawicieli współczesnej doktryny prawa cywilnego, czy też teoretyków, filozofów prawa, którzy stawiają pytania, często nietatwe i poszukują na nie odpowiedzi, a także próbują wypracować rozwiązania optymalne z punktu widzenia obu stron stosunku prawnego, nie potrafię oprzeć się wrażeniu, że kiedyś, w czasach nazywanych przez nas „starożytnością”, juryści stawali przed koniecznością odpowiedzi na podobne pytania: powtórzmy je raz jeszcze: Jak właściwie skon-

struować zasady odpowiedzialności? I konsekwentnie, co robili jurysci, gdy zauważali, że jakieś rozwiązanie nie pasuje? Co oceniali poszukując rozwiązania konkretnej sprawy? Czy stawiali jakieś wymagania „bohaterom casusów”, czy też zadowalali się stwierdzeniem, że zaistniała szkoda, a więc należy ją naprawić? Czy szukali sposobów, aby zapobiegać potencjalnej szkodzie? Nie da się ukryć, że poszukiwania rozwiązań doprowadziły do wykształcenia się wielu instytucji i rozwiązań prawnych, na których bazujemy do dziś. Stawianiu pytań i poszukiwaniu na nie odpowiedzi, nie można bowiem odmówić niezwyklej wręcz funkcji jednego z najważniejszych czynników ewolucji w dziedzinie prawa.

Inną sprawą jest oczywiście posługiwanie się jakąś metodą dla uzyskania odpowiedzi na pojawiające się pytania. Oczywiście wcześniej konieczny jest wybór tejże metody, przy stawianiu zdecydowanie uzasadnionego wymagania, że powinna ona dawać gwarancje pewności i naukowości wiedzy oraz intersubiektywną sprawdzalność decyzji interpretacyjnych podjętych przy jej zastosowaniu. Jak się wydaje, co zostało już zresztą kilka razy zauważone, zarówno starożytni, jak i obecni prawnicy nie dysponują taką metodą absolutną. Czy jednak ów pluralizm metodologiczny ma prowadzić do impasu? Nie sądzę, jednak opowiadając się *in plus* za podejmowaniem prób interpretowania starożytnych źródeł w świetle nowych propozycji prawno-filozoficznych, muszę zgodzić się z niedawno wyrażonym poglądem jednego z polskich romanistów, że konieczne jest jednak przy tym jasne postawienie założeń i uczciwość naukowa⁶⁷.

⁶⁷ Tak F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, ‘*Summum ius summa iniuria*’. *O ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, «Zeszyty Prawnicze» [UKSW] 5.1 (2005), s. 66-67.

ECONOMIC ANALYSIS OF RESPONSIBILITY *EX LEGE AQUILIA* – AN ANALYTIC
PARADOX OR A NEW POSSIBILITY OF ANALYSIS OF THE ANCIENT LAW

Summary

During the last 200 years, economists have made important contributions to the analysis of many areas of law. Nevertheless, it is only during the last 25 years when the economists and legal scholars – have turned their attention in a systematic way to the analysis of torts, contracts, and criminal law. In spite of the youth of the sub-discipline that examines these branches, it has quickly become a discipline of great significance in the U. S. and, to a lesser extent, in Europe.

We can also say, that the economic analysis of the tort liability is one of the most important achievements of law and economics. The main economic insight is that exposure to tort liability may induce potential victims and injurers to take actions before an accident occurs, which will minimize the social costs of accidents (where these social costs include the precautionary costs of victims and injurers, the accident losses suffered by both parties and the administrative costs of determining liability).

In early times a person was held liable for wrongdoing if he acted without right (*iniuria*), and only if the death or the injury was the result of a direct contact between the body of the wrongdoer and the thing. After this period, in classical times, after an extensive interpretation of the text of the above mentioned *lex*, the wrongdoer had also to be willful, negligent and reasonably foreseeable, i.e. his acting had to include *dolus* or *culpa* (*neglegentia*). It is also obvious that the modern civil law constantly revolves around the terminology and constructions formed in the Roman law or on the grounds of the Roman law.

One of the aims of this paper is to show the similarities and the influences of Roman law on the modern legal systems in the sphere of civil liability founded on a principle of fault-*culpa*. Another one is to elucidate possible factors which may lay under the development of this ancient concepts and also to attempt to establish a framework for examination of Roman legal rules through the intellectual apparatus provided by the modern Law & Economics.