

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji

Studia
Prawnoustrojowe

25



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

KOMITET REDAKCYJNY
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)
Robert Dziembowski, Beata Kędzierska (zastępcy)

RADA NAUKOWA
Stanisław Pikulski (przewodniczący), Bronisław Sitek, Jaime Bonet Navarro,
Gaetano Dammacco, Jarosław Dobkowski, Janina Ciechanowicz-McLean,
Maria Lo Giacco, Piotr Majer, Agnieszka Malarewicz-Jakubów,
Renata Świrgoń-Skok, Sebastiano Tafaro

ADRES REDAKCJI
Wydział Prawa i Administracji UWM
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

REDAKTOR NAUKOWY
Adam Świętoń

REDAKCJA WYDAWNICZA
Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

Lista recenzentów zostanie zamieszczona
w ostatnim numerze danego roku

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2014

Wydawnictwo UWM
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 21; ark. druk. 18
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 41

Spis treści

Słowo wstępne (Adam Świątoń, Małgorzata Szwejkowska)	5
--	---

ARTYKUŁY

José Luis Zamora Manzano , <i>Crisis alimentaria y especulación en el derecho romano: a proposito de la lex Iulia de annona</i>	7
Jaime Bonet Navarro , <i>El matrimonio de las minorías religiosas en España, una regulación para la convivencia</i>	23
Jakub J. Szerbowski , <i>Roman law as an instrument for promoting equality in the Napoleonic Code</i>	43
Adam Świątoń , <i>Verbal aggression in the legal language of the Late Roman Empire – the case of the constitutions preserved in the book 16 of Codex Theodosianus</i>	51
Edyta Sokalska, Małgorzata Augustyniak , <i>The function of law in political and social conditions of pluralism in the reception of Hannah Arendt</i>	65
Magdalena Sitek , <i>Le agenzie europee. La centralizzazione ed il decentramento alla luce delle esperienze dell'Unione Europea e dell'antica Roma</i>	89
Bronisław Sitek , <i>Confiscation and nationalization as a timeless device of religious intolerance</i>	103
Paweł Polaczuk , <i>Tolerance in law</i>	113
José Miguel Piquer Marí , <i>Reflexiones sobre la formación jurídica de la conditio como herramienta para resolver conflictos</i>	127
María Cruz Musoles Cubedo , <i>Las Iglesias Orientales desde el Edicto de Milán hasta el final del imperio romano</i>	143
Amparo Montañana Casaní , <i>L'actio quanti minoris e la sua funzione nel nuovo regime dell'inadempimento contrattuale alla luce della sentenza della corte suprema del 4 marzo del 2013</i>	161
Carmen Lázaro Guillamón , <i>La transactio romana y el actual acuerdo de mediación</i>	173
Przemysław Kubiak , <i>Some remarks on "tolerant criminal law of Rome" in the light of legal and rhetorical sources</i>	189
Dobrochna Ossowska-Salamonowicz , <i>Gwarancje wolności osobistej i prawa obywatelskie w Konstytucji Królestwa Polskiego z 1815 r.</i>	203
Wojciech Truszkowski, Małgorzata Szwejkowska , <i>Prawo do środowiska a narastające zagrożenia ekologiczne</i>	213
Piotr Starzyński , <i>Skutki wniesienia skargi bezpośrednio do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – uwagi krytyczne na tle poglądów judykatury</i>	221
Bogusława Dobkowska, Kamil Klonowski , <i>Charakter prawny studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy</i>	231
Marta Sawicka , <i>Prawo do sądu w sprawie administracyjnej na tle unormowań Konstytucji RP</i>	247

GLOSY

Dorota Całkiewicz , <i>Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt III SA/Gd 799/12</i>	261
Agnieszka Rotkiewicz , <i>Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt II OSK 263/10</i>	269

SPRAWOZDANIA

<i>Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Konstytucjonalizm i system prawny Rosji. Wyniki i perspektywy” (Adam Zienkiewicz)</i>	277
<i>Sprawozdanie z II Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Konstytucje państw europejskich: historia i współczesność” (Jacek Wojciechowski)</i>	279
<i>Sprawozdanie z Międzynarodowej Interdyscyplinarnej Konferencji Naukowej „Wyzwania współczesnego prawa wyborczego” – edycja II (Tomasz Kowalczyk)</i>	283

Słowo wstępne

Niniejszym oddajemy do rąk Czytelników 25 tom „Studiów Prawnoustrojowych”, tym razem poświęcony rozważaniom dotyczącym prawa publicznego, w tym prawa administracyjnego. Zasadnicza część zamieszczonych w niniejszym tomie artykułów jest efektem współpracy pomiędzy Katedrą Prawa Rzymskiego i Porównawczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie a Wydziałem Prawa i Ekonomii hiszpańskiego Uniwersytetu Jaume I z Castellón de la Plana. W czerwcu 2013 r. w Castellón odbyło się czwarte seminarium poświęcone przede wszystkim zagadnieniom z zakresu prawa rzymskiego, choć także teorii i filozofii prawa. Jak wskazuje tytuł seminarium: *El Derecho como herramienta catalizadora de la convivencia y la tolerancia. Desde la perspectiva romanística hasta la actualidad* obrady zainspirowała tysiąc siedemsetna rocznica ogłoszenia przez Konstantyna Wielkiego edyktu mediolańskiego. Odniesiono się zatem do prawa jako narzędzia służącego umacnianiu społecznej harmonii i tolerancji, podejmując szerokie spektrum zagadnień: od tolerancji religijnej w cesarstwie rzymskim poprzez aspekty humanitaryzmu w rzymskim prawie karnym i niuanse rzymskiego prawa prywatnego do problemów z zakresu filozofii i teorii prawa, jak też doktryn polityczno-prawnych. Rozważania zostały wzbogacone także o istotne kwestie dotyczące prawa administracyjnego, postępowania administracyjnego oraz zagadnień prawa ochrony środowiska i ekologii.

Adam Świętoń
Małgorzata Szwejkowska

Artykuły

José Luis Zamora Manzano

Universidad de las Palmas de Gran Canaria
Las Palmas de Gran Canaria (Hiszpania)

Crisis alimentaria y especulación en el derecho romano: a propósito de la *lex Iulia de annona*

Introducción

Siempre ha habido quien se ha aprovechado de la crisis del abastecimiento y la subsistencia, principalmente, mediante el acaparamiento de alimentos que fuerza su encarecimiento, buscando el lucro excesivo a costa de los productos de primera necesidad. En este sentido, uno de los principales problemas a los que se enfrentó la sociedad romana fue la del aprovisionamiento urbano¹ de grano y trigo, la *annona*, que era ya desde la época Republicana una actividad encomendada a los ediles² que debían de controlar la provisión del grano en cantidades suficientes y a un precio razonable. Pero los ediles encontraban dificultades a la hora de adoptar medidas frente a los especuladores, de ahí que muchas veces se produjera una intervención directa del Estado buscando solución a la carestía y provisión de cereales³, intentando también controlar

¹ Es evidente que a ello contribuyó también el progreso técnico en la agricultura, donde se observan nuevos modelos organizativos y técnicos en este ámbito vid. J. Kolendo, *L'agricoltura nell'italia romana, Tecniche agrarie e progresso economico dalla tarda repubblica al principato*, Roma 1980, p. 179 ss y A. Oliva, *La politica granaria di Roma antica dal 265 a.C. al 410 d.C. Saggio di agricoltura ed economia rurale*, Piacenza 1930.

² Sobre las funciones vid. Cicerón, *De leg.* 3.3.7, *De off.* 2.17.58; Plinio, *Nat. hist.* 15.1.2; 18.3.15.16, Livio, *Hist.* 10.11.19; 32.42.8. A. Fernández de Buján, *Derecho público romano*, Pamplona 2010, p. 244 donde hace hincapié en la importancia de institutos relacionados con el Derecho administrativo moderno con base romana en numerosas actividades de naturaleza edilicia de la Administración; vid. “Hacia un Tratado de Derecho Administrativo Romano. *Studia et Documenta. Historia et Iuris*” 2011, LXXVII, p. 441–478, y en “Revista General de Derecho Administrativo. Iustel”, mayo 2010, no. 24.

³ M. Rostovzev, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, Firenze 1933, p. 133 alude a la complejidad de asegurar los víveres en la ciudad: “uno dei compiti piu complessi delle città e dei magistrati civici era quello di assicurare l'abondanza (abundantia) dei viveri, specialmente del grano *annona* εὐθηνία per il consumo pubblico. La condizioni tra le quali doveva assicurarse la soddisfacente fornitura dei viveri non erano abbastanza ampi da provvedere interamente al fabbisogno...” – vid. Marquardt, *De l'organisation financière chez les romains*, Paris 1988, p. 140 ss.

⁴ E. Höbenreich, *Annona, Juristische aspekte der Stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz 1997, p. 24 ss.

las fluctuaciones de precios. Ello requería una importante organización⁴ de la *annonna*⁵ que tuviese en cierta medida bajo control el alza de los precios que muchas veces era insostenible para la población. Sobre todo a partir de la segunda guerra púnica⁶ se va agudizando por el encarecimiento artificial de los cereales y las coaliciones de especuladores que alteraban el precio de los productos acaparando los mismos a fin de obtener cuantiosos beneficios, lo cual incide en los intentos de atajar el liberalismo marcando un nuevo orden económico⁷.

La situación de carestía del abastecimiento se produce por la disminución de la producción⁸ de cereales en Italia, lo que implica un aumento de los precios. Ante esta necesidad los ediles debían de buscar soluciones, y así se daba la intervención directa y el control de los mercados por parte del Estado para garantizar el regular aprovisionamiento ordenando la venta de grano a precio más reducido y por tanto más razonable⁹. De hecho muchas veces el cereal era importado de fuera mediante el expolio que roma hacía depauperando las provincias¹⁰, agudizando más las diferencias de unas y otras.

Son varias las medidas que trataron de atajar el problema, unas veces con iniciativa privada a la importación de cereales, otras mediante el envío de embajadores a países vecinos a fin de obtener un trigo a precio reducido, fijando los precios de adquisición de los mismos que se obtenía como botín de guerra o incluso racionalizando la cantidad que podía adquirir un ciudadano; llegando incluso a solicitar al senado la provisión de fondos públicos para la adquisición del grano a precio razonable, todo ello antes de que se fuera acentuando la crisis que llamaba a la creación de políticas

⁵ No vamos a estudiar las posibles acepciones pero sí señalar las que se han barajado de forma común como suministro urbano, D.48.19.37, D.49.12.1, D.50.4.1.2, D.50.5.10, D.50.8.12; precio de los víveres D.47.11.6, D.48.12.2.3, D.50.8.7, también el de víveres, entre otros, Cicerón, *In verr.* V.98, *Dom.* 5.6, Tácito, *Ann.* 1.7, *colum.* 3.21.6. sin olvidarnos de su valor como *vectigal canonis annonarii*. Vid. *Thesaurus Linguae Latinae*, v. *annonna*, II, Lipsiae 1900, col. 110-113.

⁶ E.G. Maier, *Römische Bevölkerungsgeschichte Uninschriftenstatt*, „Historia“ 1958, no. 2, p. 318 ss.

⁷ E. Lo Cascio, *Crescita e decline, Studi di storia dell'economia romana*, Roma 2009, p. 274 ss nos comenta como *l'autorita imperiale può svolgere anche una funzione di regolamentazione del mercato*.

⁸ Vid. G.E. Rickman, *The corn supply of Ancient rome*, Oxford 1980, p. 143 ss; De Martino, *Produzione di cereal in Roma nell'età antica*, Torino 1979, p. 241 ss. También en relación a las importaciones v. R. Scalais, *La production dans l'état romain et les importations de blés provinciaux jusqu'à la seconde Guerre punique*, MB 1934, no. 29, p. 143-162.

⁹ Las fuentes literarias que aluden a la situación problemática vid. T. Livio, *Ab urb.* 10.11.9, 30.26.6, 33.42.8, 50.1; Plinio, *Hist. nat.* 18.3.15; Dion., *Hal.* 6.90 y Cic. *De leg.* 3.3.7 y *In verr.* 5.14.

¹⁰ Dos fragmentos de Tácito ilustran la dependencia de roma del cereal que se importaba de Italia, Africa Egipto, España, Sicilia y Cerdeña Tácito, *Ann.* 3.54: *...quantulum istud est de quo aediles admonent! quam, si cetera respicias, in levi habendum! at hercule nemo refert quod Italia externae opis indiget, quod vita populi Romani per incerta maris et tempestatum cotidie volvitur. ac nisi provinciarum copiae et dominis et servitiis et agris subvenerint, nostra nos scilicet nemora nostraeque villae tuebuntur. hanc, patres conscripti, curam sustinet princeps; haec omissa funditus rem publicam trahet. reliquis intra animum medendum est: nos pudor, pauperes necessitas, divites satias in melius mutet. aut si quis ex magistratibus tantam industriam ac severitatem pollicetur ut ire obviam queat, hunc ego et laudo et exonerari laborum meorum partem fateor: sin accusare vitia volunt, dein, cum gloriam eius rei adepti sunt, simultates faciunt ac mihi relinquunt, credite, patres conscripti, me quoque non esse offensionum avidum; quas cum gravis et plerumque iniquas pro re publica suscipiam, inanis et inritas neque mihi aut vobis usui futuras iure deprecor...*

directas de estabilización de los mercados que evitaran la subida de precios y garantizase un aprovisionamiento en niveles óptimos¹¹.

Es cierto que existieron enormes dificultades¹² y desde época republicana existe ya intervencionismo para impedir la formación de coaliciones de especuladores a fin de crear monopolio en el mercado. Sin embargo, no existían unas líneas políticas de actuación que permitieran una represión penal específica, tan sólo se imponían multas ante este tipo de actuaciones que implican un acaparamiento o un *concilium inire* en el ámbito mercantil, como veremos más adelante¹³.

Prima facie, la resolución de conflictos era irregular y de forma coyuntural¹⁴ con medidas que se inician desde las acciones políticas de los hermanos Graco, con la aplicación de *leges frumentariae*¹⁵, instrumentos que van a tratar de frenar el liberalismo del mercado que operaba por iniciativa de los *mercatores*, con un intervencionismo por el que el Estado adquiere competencias en materia de precios y abastecimiento en los mercados¹⁶, si bien también existieron medidas demagógicas y populistas¹⁷ como la que establece el tribuno P. Clodio con la *Lex clodia frumentaria* 58 a.C. que repartía gratuitamente el trigo a la plebe romano¹⁸.

En el año 67 a.C. se agudiza el problema de la piratería en el mediterráneo y se organiza operaciones militares para combatirla ya que afectaba a la seguridad y transporte de mercancías, en nuestro caso el grano, de ahí que el Senado confiriera a Pompeyo poderes extraordinarios durante un lustro para tratar de restaurar el normal abastecimiento del cereal según nos informa Cicerón *Ad. Att.*, 4.1.7: *postridie senatus*

¹¹ P. Veyne, *Le pain et le cirque sociologie historique d'un pluralisme politique*, Paris 1976, p. 454 ss.

¹² V. Viriouvét, *Famines et émeutes à Rome des origines de la republique a la mort de Neron*, Roma 1985, p. 15 ss. Se acentuaron los problemas en el siglo I vid. años 123, 104 Cicerón, *Ad Heren.* 1.12.21, 90-80 a.C., (Livio, *Per.* 71; Cicerón, *Brut.* 62.222, *De off.* 2.21.72,) en el año 75 y 74 a.C (Cicerón, *In verr.* 3.215, *De off.* 2.58; Plinio, *Nat. hist.* 18.4.16), año 67 a.C. (Cicerón, *De Imperio Cn Pomp* 44, Dion., *Casio* 36.23.1) año 58-56 a.C. (Dion., *Casio* 38.13.1-2; Cicerón, *De dom.* 25 y *Ad farm.* 5.17.2.8).

¹³ Livio, *Ab urb.* 38.35.5: *Et duodecim clipea aurata ab aedilibus curulibus P. Claudio Pulchro et Ser. Sulpicio Galba sunt posita ex pecunia, qua frumentarios ob annonam compressam damnarunt*. En igual sentido Plauto, *Capit.* 494-5: *nunc barbarica lege certumst ius meum omne persequi: qui consilium iniere, quo nos victu et vita prohibeant, is diem dicam, irrogabo multam, ut mihi cenas decem meo arbitrato dent, cum cara annona sit. sic egero*. Vid. F. Garofalo, *Aediles e iudicia populi. Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, p. 69, n. 98.

¹⁴ De Martino, *Storia economica di Roma antica* II, Firenze 1979, p. 337 señala en relación a la economía: "que non si può dire che vi fosse una vera e propria política commerciale del governo né che esso venisse influenzato nelle sue decisioni da interessi di carattere commerciale".

¹⁵ A este respecto vid. amplio estudio de F. Reduzzi Merola, *Leges frumentariae da Gaio Gracco a Publio Clodio*, [en:] *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino* 2, Napoli 1984, p. 532 ss; C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris 1976, p. 255 ss.

¹⁶ Sobre estas leyes vid. el estudio cit. F. Reduzzi Merola, op. cit. p. 533 con las principales referencias literarias a Plut., *C. Gracch.* 5.1-2; App., *Bell. civ.* 1.21.89; Cicerón, *Pro Sest.* 103; *De off.* 2.72; *Brut.* 222; Livio, *Per.* 60 y Cicerón, *Tusc.* 3.48 entre otras.

¹⁷ Otra ley la *Lex Terentia Cassia* hace mención de las dificultades de abastecimiento de grano y restaura la distribución, si bien limita la ración a 5 modios por persona y mes. En los textos de las verrinas de Cicerón, *Verr.* 2.163; 5.52 nos comenta como Verres como gobernador de Sicilia compra tres millones de modios a tres sestercios por modio y una cantidad adicional de ochocientos mil modios a tres sestercios y medio, así lo hizo durante tres años en el cargo. Vid. también *Salustio* 3.48.

¹⁸ P. Veyne, op. cit., p. 455.

*frequens et omnes consulares nihil Pompeio postulanti negarunt. ille legatos quindecim cum postularet, me principem nominavit et ad omnia me alterum se fore dixit. legem consules conscripserunt qua Pompeio per quinquennium omnis potestas rei frumentariae toto orbe terrarum daretur, alteram Messius qui omnis pecuniae dat potestatem et adiungit classem et exercitum et maius imperium in provinciis quam sit eorum qui eas obtineant*¹⁹.

El intervencionismo de la Administración de Cesar en el año 49 a C trató de atajar el problema creando unos *ediles ceriales*²⁰ a fin de controlar los mercados y los desmanes de la especulación. Sin embargo, a pesar de haber reforzado esta magistratura, no se logra contrarrestar los problemas sociales y la escasez, esto hace que en el año 22 Augusto tome las riendas de la *cura annonae*; así en *Res gestae divi Augusti* 5.2 señala que: *Non recusavi in summa frumenti penuria curationem annonae, quam ita administravi, ut intra paucos dies metu et periculo praesenti populum universum liberarem impensa et cura mea. Consulatum quoque tum annuum et perpetuum mihi delatum non recepi*.

Donde el Emperador nos comenta que no se opuso en momentos de tremenda escasez de trigo ni a la administración de los víveres, tratando de evitar los peligros del desabastecimiento²¹.

Frente al liberalismo económico que no controlaba la provisión y la especulación del grano, se produce la intervención y el control de mercados con la creación del *Prefecto annonae*²², encargado de la política de racionamiento y control de los cereales y alimentos y por el marco jurídico que instituye la *lex iulia annonaria* del año 18 a efectos de mantener el orden en los mercados ya que trato de reprimir el acaparamiento de productos alimenticios a fin de provocar una subida de precios artificial y particular los cereales, ya sea mediante la creación de monopolios o agrupaciones de proveedores, auténticos *trusts*, con el fin de acaparar y provocar la alteración de los precios. Por ello, la política económica trato de incentivar a aquellos que desempeñaban un servicio a favor de la *annona*, consiguiendo a cambio ventajas y exenciones fiscales²³; de una política liberal de mercado pasamos a una política *annonaria* intervencionista.

¹⁹ J.P. Baldson, *Roman history 58-56 BC. Three Ciceronian problems*, JRS 1957, no. 45, p. 13-18. El a. considera que por un lado la medida trato de restaurar el regular abastecimiento de grano y por otro la *frumentatio* si bien en este punto era necesario una lista oficial de los ciudadanos de la ciudad: "regularize the *frumentatio*, the distribution of the corn ration in Rome [...] there was need of an official list of bona fide residentes in the city".

²⁰ [...] *caesar duos praetores et duos aediles qui frumento praessent et a cerere cereales constituit*, vid. Pomponio, D.1.2.2.32. Vid. también Suetonio, *Caes.* 41.

²¹ Vid. Dion., *Casio* 54.1.1 y Vell., *Pat.* 2.89.

²² Asume las funciones de los *ediles ceriales* con la ventaja de no tener límite temporal en el desempeño de su labor, con funciones más allá de las mera supervisión y custodia de los *horrea* para convertirse en intermediarios y negociadores con los *mercatores* y sociedades de naviero tratando de garantizar las provisiones y evitar la especulación.

²³ J. Rougè, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en méditerranée sous L'empire*, Paris 1966, p. 265 y ss. Encontramos referencias específicas a los privilegios en textos que pertenecen a una época ulterior como los de *Calistrato*, *lib I De Cog.*, D.50.6.6.3: *Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant*,

1. El control del mercado y la configuración penal de las conductas: a propósito de la *lex Iulia de annonae D.48.12*.

Hemos visto de forma sucinta algunas referencias al mercado de cereales, pero centrémonos en las conductas que atentan contra la libre competencia. La especulación, ejerce una función económica de equilibrar temporalmente la oferta y la demanda, si bien el fin privado que persigue es, como en toda actividad comercial, la consecución del beneficio de unos pocos. Precisamente, en términos actuales, la especulación nació en el negocio al contado y no a plazo, es decir, los especuladores compraban grandes partidas de cereal y las almacenaban hasta que la demanda hacía subir los precios. En Roma nos encontramos con este tipo de maquinaciones desde época Republicana que tratan de solventarse por parte de la Administración dado que afectan a la libre competencia y al mercado y consumo de alimentos básicos. Así nos informa Livio 38.35.5: *Et duodecim clipea aurata ab aedilibus curulibus P. Claudio Pulchro et Ser. Sulpicio Galba sunt posita ex pecunia, qua frumentarios ob annonam compressam damnarunt; et aedilis plebi Q. Fulvius Flaccus duo signa aurata uno reo damnato.*

Según se infiere del fragmento ya en el año 189 a.C. los *ediles curules*²⁴ imponían multas a los *frumentarii*, o especuladores, que después veremos reciben el nombre de *dardanarii*, en un proceso *apud populum en el que intervienen con el poder coercitivo los ediles ediles Claudio Pulcher y Servio Sulpicio Galba*, esa misma *coercitio edilicia* se aprecia en el siguiente fragmento en relación al edil Quinto Fulvio Flaco que también impone a un acaparador de grano Livio 38.35.5: *et aedilis plebi Q. Fulvius Flaccus duo signa aurata uno reo damnato – nam separatim accusauerant – posuit*²⁵.

Esa *coercitio* iría dirigida a evitar el desorden social que generaba la falta de provisiones, al margen de los intereses de los propios especuladores, podía existir unos intereses políticos en orden a crear un estado de malestar y agitación social²⁶.

item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit, ut qui peregre muneribus et quidem publicis cum periculo et labore fungantur, a domesticis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse y en § 5: Divus hadrianus rescripsit immunitatem navium maritimarum dumtaxat habere, qui annonae urbis serviunt.

²⁴ La ley de las XII tablas atribuyendo el conocimiento de las causas con condena capital al comicio centuriado no había privado ni a los tribunos ni a los ediles del conocimiento de los delitos que daban lugar a sanción pecuniaria y de instaurar procesos comiciales. Vid. R.A. Bauman, *Criminal prosecutions by the aediles*, "Latomus" 1974, no. 33, p. 257, n. 78. Donde el autor trae a colación la preocupación desde la propia ley de las XII tablas de los supuestos de *qui fruges exantassit* (Plinio, *Nat hist.* 28.2.17) y el encatamiento sobre las mieses *neve alienam segetem pellexeris* (Tab. 8.8).

²⁵ Livio 4.12.10: *multum frumenti advectum est, nullum momentum annonae fecisset, et revolutus ad dispensationem inopiae, profiteri cogendo frumentum et vendere quod usui menstuo superesset, fraudandoque parte diurni cibi seruitia, criminando inde et obiciendo irae populi frumentarios; vid. también 33.25.3; 33.42.10 y 38.35.6.*

²⁶ Ciceron, *De Dom.* 11: *Frumentum provinciae frumentariae partim non habebant, partim in alias terras, credo, propter avaritiam venditorum miserant, partim, quo gratius esset tum cum in ipsa fame subvenissent, custodiis suis clausum continebant, ut subito novum mitterent. Res erat non in opinione dubia,*

En este sentido y antes de la aparición de la *lex Iulia de annonae*, se menciona en los *captivi* de Plauto, donde el comediógrafo latino, nos referencia una ley, veamos el fragmento, Plauto, *Capt.* 3.1.122v. 492-495: *nunc barbarica lege certumst ius meum omne persequi; qui consilium iniere, quo nos victu et vita prohibeant, is diem dicam, irrogabo multam, ut mihi cenas decem, meo arbitrato dent, cum cara annonae sit.*

Si analizamos el comienzo del fragmento se observa que existía una ley que perseguía estas conductas y para ello utiliza la expresión *barbarica lege* pero cuya acepción debe interpretarse, como romano o itálico.

Prima facie, el texto habla como conducta *consilium iniere* = concitarse a fin de especular; pero no parece a priori una medida efectiva a diferencia de lo que va a suceder con la disposición de la *lex Iulia de annonae* que veremos a continuación; los versos hablan de una pena de multa ridícula haciendo alusión a diez cenas en tiempo de alza de precios *irrogabo multam, ut mihi cenas decem*. La brevedad del pasaje se centra en el comportamiento mercantil de encarecer el precio de los productos de primera necesidad y la pena pecuniaria, que tendrían que aplicar los ediles que se verían desbordados ante tales antimercado.

Asimismo, la referencia de la comedia plautina a una ley, sin mencionar cual, puede entrar en el ámbito de la ley de las doce tablas que ya se tipificaban comportamientos en los que asociaciones podían coaligarse con pactos ilícitos Tab. 8.27 (= D.47.22.4): *His sodalibus potestatem facit lex (XII tabularum), pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant...*

Esa misma expresión aparece dentro de las conductas del crimen de *maiestatis* en el fragmento de Ulpiano, 7 off. Pro, D.48.4.1.1²⁷ *consilium inicum*, concitarse mediante maniobras torticeras²⁸. El texto denota un conocimiento de estos comportamientos ilícitos, censurables y dignos de represión, en tanto en cuanto, a simple vista no sólo pueden verse intereses económicos de los propios especuladores, sino también, como

sed in praesenti atque ante oculos proposito periculo, neque id coniectura prospiciebamus, sed iam experti videbamus. Nam cum ingravesceret annonae, ut iam plane inopia ac fames non caritas timeretur, concursus est ad templum Concordiae factus, senatum illuc vocante Metello consule. Qui si verus fuit ex dolore hominum et fame, certe consules causam suscipere, certe senatus aliquid consilio capere potuit; sin causa fuit annonae, seditionis quidem instimulator et concitator tu fuisti, nonne id agendum nobis omnibus fuit ut materiam subtraheremus furori tuo?

²⁷ *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur. quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium inicum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint convenienter adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, quove coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur: cuiusve opera consilio malo consilium inicum erit, quo quis magistratus populi romani quive imperium potestatemve habet occidatur: quove quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi romani consilio iuventur adversus rem publicam: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat.* Existen otras referencias de la expresión *consilium iniere* en Livio, 2.8.2 y 4.15.4 pero en el contexto de la inducción a la *affectatio regni*.

²⁸ A. Torrent, *Crimen annonae y mantenimiento del orden público*, [en:] J. Zamora Manzano, S. Bello Rodríguez, *El Derecho comercial de Roma al Derecho moderno*, 2007, II, p. 1014, donde el a. habla de otras conductas pero que no encajan en el significado técnico de los juristas tardo-clásicos que en las comedias plautinas.

ya hemos señalado, de forma indirecta podría pensarse que dichas actuaciones pueden ser generadas para que la carestía de cereales y de otros alimentos de primera necesidad, provoquen la agitación popular y afecte directamente a los órganos de gobierno.

Ahora bien, el detonante para configurar y tipificar estas conductas arranca en el año 22 a.C.²⁹ por la situación de crisis y precariedad; ello hace que el emperador Augusto³⁰ promulgue la *lex iulia de annonae*³¹ en el año 18 a.C., que pone las bases precisas del delito que afecta a la libre concurrencia del mercado por parte de la coalición de especuladores llamados en época del Principado *dardanarii*³², que eran los que provocaban la escasez de cereales afectando a la oferta y por ende incidiendo en el alza de los precios.

Veamos cómo se configuran y tipifican las conductas³³ que afectan a estos sujetos, en la rúbrica de *lege iulia de annonae* del Digesto 48.12, la compilación recoge tres fragmentos uno de Marciano, otro de Ulpiano y finalmente uno de Papirio: así se establece en base al texto de Ulpiano, 9 off. Proc., D.48.12.2pr: *Lex iulia de annonae poena statuitur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemve coierit, quo annonae carior fiat. 1. Eadem lege continetur, ne quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur; 2. Et poena viginti aureorum statuitur.*

Si analizamos los supuestos de hecho contemplados en la ley podemos establecer como conductas en base a la exégesis del fragmento:

a) Actos que afectan directamente al abastecimiento o amenacen el mercado, es decir *contra annonam fecerit*, cualquier conducta que afecte a la distribución, este primer inciso de la ley parece determinado de forma genérica.

b) Conductas que implican la constitución de sociedades de *mercatores* que tratan de especular y afectar a la libre competencia, tratando de crear *trust* o monopolios, *societatemve coierit*. En este sentido, se trata de confabularse a través de sociedades a fin de encarecer los precios³⁴ *annonae carior fiat*, es decir cualquier tipo de acción; así cuanto mayores eran los medios de que disponían los acaparadores, tanto más sensible era su influencia en la formación de precios, hasta el punto de afectar a las materias de primera necesidad. Es clara que la finalidad de la sociedad era obtener un lucro a consta de crear una crisis alimentaria y escasez, convirtiéndose en usureras del cereal.

c) Pero se contempla una conducta relacionada con el incremento del comercio marítimo y es que se sancionaba el que retenía nave o que haga que la nave no salga

²⁹ Dion., *Cass.* 54.1.4 y 54.17.1

³⁰ La autoría de la ley es discutida por Mommsen que la atribuye al cesar “Alsdam ist das julische wharsheinlich von dem Dictator Caesar herrührende Gesetz gegen den Kornwucher ergangen und für die entsprechenden Criminalprozesse...” – Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 851–852.

³¹ Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, p. 448.

³² Ernout-Meillet, v. *dardanarius*, [en:] *Dictionnaire étymol. L. Latina*, Paris 1959, p. 164 speculateur sur les blés, deriva sin duda de la región Dardania según el autor. Du Cange, v. *dardanarius*, [en:] *Glossarium mediæ et infimæ Latinitatis*, Graz 1954, vol. III, p. 9 cociator-arillator, l. grac. Πανοπόλης. *Theasaurus Lingua Latina*, vol. V, Lipsiae 1910, col. 38: *danus- ioculariter derivatum esse putent.*

³³ C. Ferrini, *Diritto penale romano*, Roma 1976, p. 411 ss señala que la ley introdujo en el procedimiento con un amplia facultad de acusación.

³⁴ E. Höbenreich, op. cit., p. 160.

del puerto en el tiempo establecido *quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur*; en este sentido, es importante destacar que existía un privilegio fiscal para aquellos que desempeñaban transporte al servicio de la *annona*³⁵. Pero otra de las conductas que podemos incluir es el cambio de rumbo con dolo malo, para evitar que la mercancía llegue al puerto del porte, y evidentemente, que no quede justificado dicho motivo por incidente marítimo.

Se fija al final de párrafo la pena de 20 aureos equivalente a unos 200.000 sextercios que no va referida al supuesto de retención de naves, sino que lo entendemos aplicable a cualquiera de las conductas colusorias.

En la *Lex Imitana* 75.2-5 encontramos las referencias a este tipo de conductas: *ne quis in eo municipio quid coemito supprimito neve coito convento socetatmve facito quo quit carius veneat quove quien e veneat stiusve veneat*.

La disposición municipal también contempla la represión de la especulación y cualquier conducta colusoria dirigida a impedir la libre competencia y por tanto la formación de precios en el grano, lo que afecta al mantenimiento del orden público económico³⁶ y por ende a un comercio sin trabas.

Existe, por tanto, una importante preocupación municipal por impedir este tipo de maquinaciones, para que ninguno: “acapare, sustraiga, retire, reúna o constituya una *societas* para vender a un precio más caro o impida la venta o provoque un alza injustificado de los precios”.

Las conductas anticompetitivas tipificadas en la ley Iulia, que reordena y sistematiza comportamientos que ya se producían desde época republicana, y la recogida en la experiencia municipal con la *Imitana*³⁷ coinciden en lo relativo a la actuación por parte de un empresario individual o también en su caso social con el fin de provocar desabastecimiento y precios inmoderados.

³⁵ Calistrato, I de *Cogn*, D.50.6.5.3-5: *Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit, ut qui peregre muneribus et quidem publicis cum periculo et labore fungantur, a domesticis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse.4. Immunitati, quae naviculariis praestatur, certa forma data est: quam immunitatem ipsi dumtaxat habent, non etiam liberis aut libertis eorum praestatur: idque principalibus constitutionibus declaratur. 5. Divus hadrianus rescripsit immunitatem navium maritimarum dumtaxat habere, qui annonae urbis serviunt.*

³⁶ A. Torrent, *La cura annonae en la Lex Irn.75 un intento de explicación en clave económica del control de los mercados*, “Index” 2012, no. 40, p. 645. Donde el a. en base a *Irn.* 19 se mantiene la potestad y la supervisión de los *aediles* de la *annona*, a fin de salvaguardar el orden público económico; de hecho se equipara esta *iurisdictio* con la de los *Ilviri* conforme se explicita en *Irn.* 84, seguimos a F.J. Andrés Santos, “Función jurisdiccional de los *aediles* en las ciudades hispano-romanas, según las leyes municipales”, “Hispania Antiqua” 1998, no. 22, p. 157 ss; es decir se da una identificación entre la *iurisdictio de Ilviri iure dicundo* y los *aediles*. Donde las penas podían alcanzar multas de hasta 10.000 HS por especular con los productos de primera necesidad, a instancia de cualquier *municipes* que ejercitara la *actio, petitio* o *persecutio*.

³⁷ La *lex Imitana* no recoge el supuesto del retraso o bloqueo de nave a fin de provocar escasez, dado que se trata de una ley que se aplica en una provincia exportadora que todo lo más afectaría a la zona de destino del porte. Aun así existieron numerosas medidas proteccionistas como las de Tiberio que tuvo que subvencionar la importación pagando dos sextercios por modio (Tacito, *Ann.* 2.87.1) o Tiberio que ordenó posteriormente revisión anual de precios (Suetonio, *Tib.* 34) o la concesión por parte de Claudio de privilegios a los *servies* a la *annona* (Suetonio, *Claud.* 18.2).

Nos centramos en las conductas que afectan a la libre competencia, no vamos aquí a analizar el procedimiento que crea la *quaestio* específica a juzgar el crimen de *annona*, instituyendo la figura del *praefectus annonae* con facultades de supervisión del mercado y de disposición de stock de alimentos en los *horrea* que le permitiera intervenir sobre el precio de mercado, manteniendo un precio político de los alimentos básicos, controlando los precios y estabilizar el comercio de la *annona*.

2. Los especuladores y la falsificación de medidas

El problema annonario afectaba a Roma y al resto del imperio de hecho Ulpiano alude a los acaparadores o *dardanarii*, tratando de recoger estas conductas en su de oficio proconsulis, D.47.11.6.pr: *Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent: quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus. mandatis denique ita cavetur: "praeterea debetis custodire, ne dardanarii ullius mercis sint, ne aut ab his, qui coemptas merces supprimunt, aut a locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent, dum minus uberes proventus exspectant, annona oneretur"* poena autem in hos varie statuitur: nam plerumque, si negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari.

Ulpiano recuerda en el fragmento la existencia de providencias imperiales³⁸ dirigidas a reprimir las conductas delictivas de los dardanarios³⁹ o acaparadores. En base al fragmento son varias las conductas que trataron de reprimirse mediante providencias imperiales, así varias mandatas, como señala el texto, fueron delineando y sistematizando conductas contra la *annona*, con una fisionomía autónoma, tipificando:

- Cualquier modalidad de acaparamiento con cualquier conducta entorpecedora o anti-competitiva⁴⁰.
- Sustracción y eliminación de mercancías.
- Ocultar o sustraer productos de mercado para así provocar alza y vender a mayor precio.
- Evitar vender los productos a precios razonables *aequis pretiis*.

³⁸ Se comienza a configurar un nuevo orden económico con una legislación que trata de garantizar el correcto funcionamiento de los mercados, vid. P. Herz, *Studien zur römischen Wirtschaftsrechtsgesetzgebung. Die Lebensmittelversorgung*, Stuttgart 1988, p. 148 ss.

³⁹ A. Visconti, *Dardanariatus e monopolium come reati contro l'economia pubblica*, "Ann. Macerata" 1932, p. 10 ss.

⁴⁰ Ya hemos comentado que a nivel municipal contamos con referencias explícitas a estos comportamientos en el cap. 75 de la *lex Irnitana*: *ne quis in eso municipio quid coemito supprimito neve coito convenito societatemve facito quo quit carius veneat quove quit ne veneat setiusve veneat [...]* se aprecia la preocupación municipal para que ninguna acapare, retire, reúna, acuerde o se confabule a través de una sociedad para vender a mayor precio, en definitiva que se atente contra el libre mercado, es claro el intervencionismo a nivel municipal donde los ediles gozaban de poderes jurisdiccionales y de policía (vid. cap. 84-93) con la facultad de *multae dictio* y de policía y con cierta mimetización jurisdiccional con los *duoviri*, aunque más limitadas.

Si observamos el texto aparece la referencia a *locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent...* es decir aquellos que no quieren vender sus productos a precios razonables, como hemos visto en la última conducta, en espera de momentos de carestía para así aprovechar la demanda y elevar los precios, afectando al libre mercado. Estos latifundistas o *locupletiores* se equiparan a los *dardanarii* y no hay razón para establecer una diferenciación dado que lo que se produce es una configuración penal adaptada a la realidad cambiante, nuevas hipótesis⁴¹ que van implementar la *lex Iulia de annonae* a través de la jurisprudencia y las providencias imperiales. Ulpiano trata de dar una sistematización científica a las conductas en sus *libri de officio proconsulis* escrito bajo el gobierno de Caracalla, por ello debemos de proceder a un análisis conjunto de otros fragmentos que también mencionan a los dardanarios que veremos a continuación. El final del fragmento trae a colación las penas que van desde la interdicción de negociar a los *negotiatores*⁴²; e incluso, en los supuestos más graves, la *relegatio*. Y en el caso de los *humilliores*, la condena a trabajos forzosos; además que se podían aplicar la pena establecida en la *lex Iulia* de veinte aureos.

Para continuar con la reconstrucción del delito debemos analizar tres fragmentos uno es el que viene a continuación del ya citado, también de Ulpiano D.47.11.6.1, otro de Paulo D.48.19.37 y el de Modestino D.48.10.32.

Veamos el primer lugar el de Ulpiano, 8 de off. Proc., D.47.11.6.1: *Onerant annonam etiam sterae adulterinae, de quibus Divus Traianus Edictum proposuit, quo Edicto poenam legis Cornelia in eos statuit perinde ac si lege testamentaria, quod testamentum falsum scripsisset, signasset, recitasset, damnatus esset*

Prima facie, se observa la preocupación del emperador Trajano por la provisión de la *annona* y la lucha por la falsificación de los pesos y medidas, que provoca alteración de precios y distorsión del mercado, aplicándose la pena de la *Lex Cornelia de falsis*. Está claro que el emperador prefirió subsumir la conducta que trataba de manipular las balanzas o falsear las medidas *sterae adulterinae* a fin de obtener ganancias dentro del crimen *falsi* dado que aparecían nuevas figuras como la que se referencia en el texto en relación a los testamentos, y cuya condena era la *relegatio*, sin distinción de si se trata o no de *humilliores* como el fragmento pr. Por otro lado, el fragmento D.47.11.6.2 hace referencia a cómo el emperador Adriano también mantiene la pena de *relegatio* cuando señala: *Sed et divus Hadrianus eum, qui falsas mensuras habuit, in insulam relegavit.*

Si tratamos de aquilatar y configurar o sistematizar el crimen de *annona* hemos pasado de la pena de multa a otras de carácter más grave a los *negotiatores* la interdicción de la negociación e incluso dentro de los *honestiores* la *relegatio* o la condena a trabajos forzados, en el caso de los *humilliores*. La represión y la innovación legislativa

⁴¹ E. Höbenreich, op. cit., p. 228: „der lex Iulia im generellen umschreibender Tatbestand, in dieser Formulierung nicht Bestandteil des ursprünglichen Gesetzesdiktates gewesen sein, sondern wahrscheinlich vom Juristen eintleitend. [...] Der Ausdruck dardanarii muss weitläufig bekannt und verbreitet gewesen sein, den der Jurist sieht sich nicht genötigt, nach Nennung, des Wortes eine Erklärung desselben anzufügen“.

⁴² C. Ferrini, op. cit., p. 411.

en aras a garantizar el buen funcionamiento de los mercados parece hacerse según nos van comentando los diferentes textos a través de *mandata principum* y otras providencias imperiales. A mi juicio desde Trajano se da una configuración autónoma a una conducta que evidentemente afectaba al mercado por el uso de balanzas o pesas falsificadas o con medición alterada y que el sanciona con la pena de la *lex Cornelia*, quizá porque las medidas propias de la *lex iulia* eran insuficientes y se endurece al aplicar a los falsificadores de pesos, sin que se especifiquen las formas de comisión⁴³, la *relegatio* de la *lex Cornelia*.

Otro de los textos que debemos de traer a colación para tratar de observar toda la sistemática de las conductas *onerant annonam* es el de Paulo en el que sólo señala que se castigue a los dardanarios de forma extraordinaria por adulterar las medidas por afectar a la *utilitatem popularis*, D.48.19.37: *In dardanarios propter falsum mensurarum modum ob utilitatem popularis annonae pro modo admissi extra ordinem vindicari placuit*.

Por su parte, el texto de Paulo habla de castigar en función de la gravedad de la conducta lesiva *pro modo admissi*, criterio que se une al de la condición de las personas⁴⁴ ya comentado, si bien el texto destaca la importancia de configurar este tipo de conductas como atentado contra la *utilitas publica*⁴⁵ conectando dos actividades que atentaban contra el orden de los mercados la de los acaparadores, *dardanarii* con el *modum falsum mensurarum*. Ello denota, bajo mi punto de vista, una preocupación cada vez más agudizada sobre el abastecimiento del mercado que obliga a mayor control e intervencionismo y por ende a mayor represión penal. Se apela, por otro lado, a la utilidad pública en lo que concierne a la justificación del delito; si bien, ese criterio constituye, *prima facie*, un concepto jurídico indeterminado, al que se va acudir en los supuestos de investigación de las hipótesis comentadas, así se referencia en un texto de Marciano sobre los juicios públicos, D.48.2.13: *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a Praefecto annonae deferentem, Divus Severus et Antoninos rescripserunt. Famosi quoque accusantes sine ulla dubitatione admittuntur. milites quoque, qui causas alienas deferre non possunt, qui pro pace excubant, vel magis ad hanc accusationem admittendi sunt. servi quoque deferentes audiuntur*.

Donde se establece que por utilidad pública sean oídos por parte del *Praefecto annonae* aquellos que pueden acusar en relación al problema de las provisiones desde

⁴³ E. Höbenreich, op. cit., p. 236–237 en relación a las balanzas y los pesos nos comenta la referencia al Sch1, Bas. 60.22.6 y señala: “ein schawcher Hinweis in diese Richtung könnte lediglich aus der den Text resümierenden Basilikenscholie gewonnen werden, die die trajanische Verordnung als ausschliesslich gegen gefälschte Waagen (explizit genannt werden Balkenwaagen und Laufgewichtswaagen gerichtet referiert”.

⁴⁴ De Robertis, *Le variazioni della pena pro qualitate personarum nel diritto penale romano*, RISG 1939, no. 14, p. 59 ss. En igual sentido vid. Cardascia, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*, RHD 1950, no. 28, p. 47 ss.

⁴⁵ Siguiendo a Pollera, *Annonan adtemplare et vexare vel maxime dardanarii solent D.47.11.6.1: note sulla repressione dei crimini annonari*, “Index” 1991, no. 19, p. 412 el a. señala que “si parla infatti di utilitas annonae e non di interesse pubblico anche se l'annona persegue fini economici, social, collettivi che giustificano l'adozione del termine utilitas nel senso classico”. En igual sentido vid. Longo, *Utilitas publica*, “Labeo” 1972, no. 18, p. 59 ss.

los militares, infamados, esclavos que podían acusar al propietario por defraudación⁴⁶ y las mujeres; texto en el que también se destacan las competencias jurisdiccionales y administrativas del *Praefecto*.

También Modestino, en relación a la falsificación de medidas y pesos, nos recuerda la pena de la *relegatio* que también recogía el fragmento de Ulpiano remitiéndose a la misma providencia *ex decreto divi* del Emperador Adriano, D.48.10.32: *Si venditor mensuras publice probatas vini, frumenti vel cuiuslibet rei, aut emptor corruperit dolove malo fraudem fecerit: quanti ea res est, eius dupli condemnatur: decretoque divi hadriani praeceptum est in insulam eos relegari, qui pondera aut mensuras falsassent*.

Este texto conmina a los que hubiesen falsificado pesos y medidas a la pena de *relegatio* en los mismos términos que el texto de Ulpiano D.47.11.6.2, antes citado.

Con los textos anteriormente citados se puede configurar y construir las conductas que afectan a la *vexatio* y *adtemptatio annonae*. Así hemos visto como Trajano castigó los nuevos supuestos que iban más allá de la alteración o las conductas que implicaban la coalición para especular, como era el uso de falsificación de pesas o el uso de balanzas adulteradas *staterae adulterinae*⁴⁷, para las cuales quiso extender la aplicación de la *Lex Cornelia de falsariis*, tipificando las conductas de los dardanarios bajo el *crimen falsi*. Adriano omitiendo referencias a la ley Cornelia, impone la *relegatio insulam* contra las conductas que implicaban la falsificación de pesos y medidas, *falsas mesuras*. Y la interpretación que a mi juicio parece más verosímil es aquella según la cual parte de una extensión de las conductas del *crimen falsi*, mediante senadoconsultos, constituciones, y naturalmente a través de la labor jurisprudencial; si bien, se produce una conexión entre las conductas del *falsum* y las nuevas hipótesis que van más allá de las inicialmente tipificadas por la *lex iulia* que ahora se amplían a la falsificación de pesos y medidas con el fin de obtener un lucro a consta de afectar a la libre competencia de los mercados. Debe existir, desde nuestro punto de vista una conexión⁴⁸ entre la referencia a los mandata que contiene el inicio del texto de Ulpiano D.47.11.6.pr: *Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent: quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus* y la disposición de Trajano, por ello aunque en un primer momento puedo aplicar por analogía a los delitos annonarios estas penas y no sólo para aquellos magistrados encargados de la vigilancia de los pesos y medidas a los que aludía la *lex Silia de ponderibus publicis*, sino por extensión tratando de endurecer las penas previstas anteriormente por Augusto en la *lex Iulia* por la *relegatio* contra esas nuevas conductas que implicaban la falsificación de pesos y medidas que atentaban, siguiendo el razonamiento de Paulo en

⁴⁶ Vid. D.48.12.1.

⁴⁷ Existía una regulación que castigaba a los funcionarios que alteraban los pesos y las medidas de forma dolosa, en base a la *lex Silia de ponderibus publicis* que preveía multas que podían alcanzar la mitad del patrimonio del infractor, si bien no creemos que la disposición de Trajano y su extensión penal solo vaya referido a los magistrados encargados de la vigilancia y conservación de los pesos y medidas. Vid. C. Ferrini, op. cit., p. 400 ss.

⁴⁸ En contra Rillinger, *Humiliores-honestiores. Zu einer sozialem Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München 1988, p. 245 ss.

D.48.19.37, anteriormente citado, contra la *utilitas popularis*; un desarrollo y configuración penal al compas de la aparición de nuevos supuestos que afectaban a la actividad de los mercados, y que demandaban una nueva modalidad de intervención *extra ordinem*, sometida a la jurisdicción del *praefectus annonae*.

En otro orden de cosas, existe un fragmento de Ulpiano en el mismo libro VIII *de officio Proconsulis* en el que también se hace referencia a la ocultación de mercancías, D.47.20.3.3: *qui merces suppressit, specialiter hoc crimine postulari potest*, pero en este caso el delito de referencia es el *stellionatus* y el texto coincide con la previsión de D.47.11.6.pr: *qui coemptas merces supprimunt...*

En primer lugar, en relación al primer fragmento, sabemos que el delito de estelionato⁴⁹ es un crimen extraordinario que da lugar a una *cognitio extra ordinem*⁵⁰; y en el que además aparece un elemento subjetivo al exigir en su comisión el dolo, pero que se aplica, según señala Volterra⁵¹, para extender las sanciones del estelionato a nuevas hipótesis como es la ocultación de mercancías.

Ahora bien, la cuestión que se plantea en este punto es, como distinguir las hipótesis a las que va referida el estelionato con la coincidente, ya analizada, del crimen de *annona* y el de los *dardanarii*, la punición del primero exige la comisión dolosa y el daño a personas concretas y determinadas, sin embargo en el caso del crimen de *annona*, es el mercado el que se ve perjudicado y por ende los consumidores, de ahí la mayor legitimación a la hora de formular la acusación⁵².

Es evidente, que el fragmento D.47.20.3.3 parece referirse, *prima facie*, al estelionato como una modalidad supletoria al señalar *specialiter hoc crimine postulari potest*, pero lo cierto es que se trata de agrupar conductas dolosas bajo este crimen cuando la persona o personas a las que afectaba la ocultación de mercancías eran determinadas, si bien la configuración del crimen de *annona* tenía una variable económica y social importante dado que el bien jurídico protegido es el orden público económico y la lucha contra actuaciones anticompetitivas.

⁴⁹ Pollera, op. cit., p. 430, n. 85; en D.47.20.3.1: *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus..., el a. habla de naturaleza subrogatoria del delito de estelionato.*

⁵⁰ D.47.20.2: *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercitioem extraordinariam spectat...*, pero hay que traer a colación también el fragmento, también de Ulpiano, contenido en D.47.11.3 que señala *Stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, sed non sunt publicae*, lo cual hace pensar en una acusación privada y no pública vid. A. Visconti, op. cit., p. 12 donde el a. señala: “i iudicia relativi non sono pubblici e per quanto la pena sia extraordinaria, pure non é iudicium famosum. Esso non è crimen legitimum, quindi anche la pena non è legitima: e per conseguenza il giudizio relativo si deve fare extra ordinem”.

⁵¹ Lo considera interpolado Volterra, *Stellionatus*, “Studi Saresi” 1930, no. 7, p. 114; L. Garofalo, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Milano 1998, p. 104 ss.

⁵² D.48.2.13: *mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a Praefecto annonae deferentem, Divus Severus et Antoninus rescripserunt. Ffamosi quoque accusantes sine ulla dubitatione admittuntur: milites quoque, qui causas alienas deferre non possunt, qui pro pace excubant, vel magis ad hanc accusationem admittendi sunt. servi quoque deferentes audiuntur.*

3. Reflexion final

En nuestro estudio, hemos podido observa como la especulación fue una amenaza real en del Derecho romano como se pone de manifiestos en los diferentes textos analizados, que parten de una disminución de la producción, sobre todo en el marco de los cereales y otros productos de primera necesidad (Tito Livio 36.21.2, Livio ab urb. 2.52, Dion Hal.8.70.5), que derivaron en muchas ocasiones en una terrible situación de hambruna.

Se encauzaron una serie de medidas que trataron de solventar el problema, y desde época republicana se adoptaron medidas políticas intervencionistas frente a las coaliciones de los especuladores, mucho antes incluso de la *lex iulia de annonae*, como hemos tenido ocasión de analizar en el fragmento de Plauto Cap. 3.1.122. Donde ya se persigue con multa la concitación a fin de especular. Si bien la configuración de estas prácticas monopolísticas como delito económico arranca con la *lex iulia de annonae* del año 18 que tipifica los comportamientos, en base al texto analizado de Ulpiano D.48.12.2 pr, desde los actos que afectan al abastecimiento, la creación de truts o la confabulación empresarial para atentar contra la libre competencia o incluso aquellas conducas que afectan en el tráfico marítimo a la retención ilícita de mercancías o su detención afectando incluso al servicio público de la *annonae*; fijándose penas de unos veinte *aureos*. Pero hemos visto que se produce un mimetismo jurídico con referencias a leyes como la *Irnitana* que sanciona dichas conductas Irn. 75.2-5. Por tanto, el intervencionismo, como hemos podido comprobar, se centró en la represión de conductas anticompetitivas y también la realizada por los dardanarios, que muchas veces ocultaban y sustraían los productos para provocar el alza de precios y obtener mayores beneficios.

Además en nuestro estudio hemos visto como se va configurando el delito de forma paulatina incluyéndose nuevas conductas como la falsificación de pesos y medidas a las que inicialmente se aplico la *lex Cornelia*, si bien posteriormente se aplico sin referencias a esta ley la pena de relegatio contra las conductas *onerant annonam*, sobre todo porque se consideran como comportamientos que atentan contra la *utilitas popularis* en base al ya analizado texto de Paulo D.48.19.37.

Summary

The food crisis and speculation in the Roman law: a scope of the lex Iulia of annonae

Key words: *annonae*, *lex Iulia*, *dardanarii*, speculation, *societatemve coerit*.

One problem that arises in today's society is hoarding and price control in the field, especially cereals; the irregularity of the purchase of wheat is where caution, the radical defects of the current economic order. In this sense, one of the main problems

faced by the Roman society was urban grain provisioning through *annona*. From time Republican control and market surveillance was entrusted to the *aediles* who were to verify the grain supply in sufficient quantities and at a reasonable price. But *aediles* were difficulties in taking action against speculators, hence often produce direct state intervention seeking solution to the high cost and provision of grain, trying also control price fluctuations and chasing speculators and those who acted anti-competitively in the markets. Therefore laws were promulgated as of *annona Iulia* (D.48.12.2.pr), which was a first instrument of economic maintenance of public order.

Streszczenie

Kryzys żywnościowy i spekulacja w prawie rzymskim w odniesieniu do lex Iulia de annona

Słowa kluczowe: *annona*, *lex Iulia*, *dardanarii*, spekulacja, *societatemve coierit*.

Jednym z problemów dzisiejszego społeczeństwa jest gromadzenie towaru i kontrola cen. Nieregularność, która dotyczy zwłaszcza rynku pszenicy, pokazuje zasadnicze wady obecnego systemu ekonomicznego. Jednym z wielu problemów, z jakimi musiało zetknąć się społeczeństwo antycznego Rzymu, była kwestia zaopatrzenia w zboże poprzez system tzw. *annony*. Od czasów republiki nadzór nad rynkiem był powierzany edydom, którzy troszczyli się o napływ do miasta wystarczającej ilości zboża po rozsądnej cenie. Jednakże edylowie napotykali trudności w podejmowaniu działań przeciwko spekulantom, stąd też wymagana była bezpośrednia interwencja państwa, by rozwiązać problemy, jakie nastęrczały wysokie ceny i kłopoty z zaopatrzeniem miasta w ziarno. Podejmowano zatem próby w zakresie kontroli cen, aby uniknąć ich gwałtownych zmian, ścigano spekulantów i tych, którzy działali na rynku w sposób niekonkurencyjny. Uchwalenie ustawy *annona Iulia* (D. 48.12.2 pr) miało pomóc w utrzymaniu porządku publicznego przy pomocy narzędzi ekonomicznych.

Jaime Bonet Navarro

Universidad de Valencia (Walencja, Hiszpania)

El matrimonio de las minorías religiosas en España, una regulación para la convivencia*

1. Introducción

El sistema matrimonial español reconoce la eficacia civil de las formas de celebración de los matrimonios de las minorías religiosas con acuerdo de cooperación firmado con el Estado: protestantes, judíos y musulmanes¹. Se trata del “matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas de España”, el “matrimonio celebrado según la propia normativa formal israelita ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España” y el “matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración”.

Tales confesiones cumplen los requisitos del artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa: poseer personalidad jurídica civil por su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas y haber obtenido la declaración por el Estado de su notorio arraigo en España, atendiendo a su ámbito y número de creyentes. Muchas entidades religiosas gozan de personalidad jurídica civil, pero el requisito de notorio arraigo sólo lo cumplen las confesiones mencionadas más los mormones, los hinduistas, los testi-

* Este trabajo se ha realizado dentro del proyecto de investigación “Derechos Humanos, Sociedades Multiculturales y Conflictos” DER 2012-31771), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, como parte del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (Plan Nacional de I+D+i).

¹ Vid. Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1994, [en:] M. E. Olmos Ortega, J. Landete Casas, *Legislación eclesiástica*, Civitas, Valencia 2012; cf. J. Escrivá Ivars, *El sistema matrimonial español. Eficacia civil de los matrimonios confesionales*, [en:] D. García Hervás (coord.), *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 1997, p. 354-360; R. M. Ramírez Navalón, *Estudio comparado del art. 7 de los Acuerdos de la FEREDE, FCI y CIE*, “Revista Española de Derecho Canónico” 1997, no. 142, p. 155-186; M. E. Olmos Ortega, *El matrimonio religioso no canónico en el ordenamiento civil español*, [en:] *Curso de Derecho matrimonial canónico para profesionales del Foro XI*, Universidad Pontificia de Salamanca 1994, p. 307-332; D. García Hervás, *Contribución al estudio del matrimonio religioso en España, según los acuerdos con la FEREDE y la FCI*, “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” 1991, no. 7, p. 589-606; R. Navarro Valls, *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, Universidad Complutense de Madrid 1984.

gos de Jehová y los cristianos ortodoxos, que podrían ver reconocida su forma religiosa de celebración matrimonial si firmaran su propio acuerdo. De ese modo se mejoraría la convivencia en el seno de la sociedad española actual en la que hay mayor pluralidad religiosa. A continuación tras analizar las normas confesionales matrimoniales y la regulación estatal que les otorga eficacia civil en España, podremos ver el grado de compatibilidad de tales regulaciones con el orden público español.

2. El matrimonio protestante

Para las entidades religiosas integradas en la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) el matrimonio es un contrato consensual por el que el vínculo matrimonial surge por el consentimiento. Sin embargo, la naturaleza jurídica concreta del matrimonio protestante² no es fácil de determinar por existir muchas denominaciones protestantes con su peculiar visión del matrimonio, y porque a los protestantes no les preocupa las cuestiones jurídicas. Así, para los luteranos el matrimonio posee una naturaleza mixta, tanto civil como religiosa, debido a su concepción monista de la relación entre las iglesias y el Estado, a la inexistencia de un derecho canónico luterano y la consecuente dejación en manos del Estado de la regulación de las cuestiones religiosas. Pero para las iglesias reformadas, que propugnan la separación con el Estado, el matrimonio se escinde en dos momentos: la celebración del contrato civil y la celebración religiosa. Para ambas corrientes principales del protestantismo es relevante el ordenamiento jurídico secular, que regula las condiciones de capacidad matrimonial así como las prohibiciones o impedimentos. Además, debe tenerse en cuenta que la regulación civil será diferente en los Códigos civiles de cada Estado.

Las diversas corrientes protestantes coinciden en reconocer como únicos sacramentos al bautismo y a la eucaristía, por haber sido instituidos por Cristo. El resto de sacramentos católicos, incluido el matrimonio, carecen de base suficiente en las Sagradas Escrituras. En consecuencia, el matrimonio carece, para todos los protestantes, de carácter sacramental. Pese a ello, algunos teólogos protestantes, como Benoît, admiten que el matrimonio pueda ser fuente de gracia, sin llegar a ser sacramento, al considerar el estado de vida matrimonial como inferior al de la vida célibe³. Otros autores, como von Allmen, están abiertos a admitir el matrimonio como sacramento, aunque para Voeltzel, “aún no se desprende con claridad de la práctica de la bendición nupcial”⁴.

² En este punto seguimos a R. Voeltzel, *El vínculo matrimonial entre los protestantes*, [en:] R. Metz, J. Schlick (coords.), *Matrimonio y divorcio*, Sígueme, Salamanca 1974, p. 157-186.

³ Es una “gracia negativa” o “remedio para el pecado, al suprimir la concupiscencia... La unión física es algo malo en sí mismo, y esta maldad sólo puede neutralizarla la gracia de Dios”. Cf. J. D. Benoît, *Initiation à la liturgie de l'Église réformée de France*, Berger Levrault, Paris 1956, p. 157.

⁴ Cf. R. Voeltzel, op. cit., p. 161; J. J. Von Allmen, *Le prophétisme sacramental: neuf études pour le renouveau et l'unité de l'église*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel 1964.

2.1. La celebración del matrimonio protestante

Para los protestantes la celebración matrimonial es un acto de acompañamiento de la comunidad eclesial en las grandes circunstancias de la vida de los fieles, como son: el nacimiento, mediante el acto de bautismo o presentación del niño; el inicio de la vida conyugal, con la bendición nupcial; o la muerte, con el servicio fúnebre⁵. Por ese motivo, la celebración matrimonial forma parte del culto protestante y la ceremonia nupcial suele realizarse dentro del culto público dominical. La ceremonia nupcial protestante, entendida como servicio religioso, contiene alguna diferencia según se trate de una confesión luterana o reformada, pero siempre consta de diez elementos litúrgicos: introducción, institución, instrucción, profesión de fe, lecturas y meditación, declaraciones y promesas, intercambio de anillos, bendición, oración, y entrega de la Biblia. Los de mayor trascendencia jurídica son las declaraciones y promesas, intercambio de los anillos y bendición de los esposos.

La ceremonia comienza con la introducción al servicio, consistente en un saludo de acogida a los esposos y una oración de introducción⁶. A continuación, en el momento de institución del matrimonio, se citan pasajes de la Sagrada Escritura, como los del Génesis referentes a la creación del hombre y la mujer y el mandato de procrear. En el momento de instrucción, los esposos reciben indicaciones sobre la vida matrimonial que van a iniciar, partiendo de fuentes bíblicas. Para ello, las iglesias reformadas realizan la lectura de textos seleccionados, mientras que los luteranos hacen la exhortación en tono discursivo. En ambos tipos de celebración se mencionan las obligaciones de los cónyuges, la recomendación a la mujer de “estar sometida a su marido”; al marido, la de amar a su mujer, y a ambos: “El hombre pertenece a su mujer como la mujer pertenece a su marido”⁷. Después, en la ceremonia nupcial luterana se realiza la profesión de fe recitando el credo, mientras que en la ceremonia reformada o calvinista, este momento se realiza tras la introducción o acogida, aunque la recitación del credo es facultativa, y normalmente sólo se hace en caso de matrimonio mixto o cuando en la asamblea hay católicos presentes. Por otro lado, en el momento de las lecturas se leen textos propuestos por los contrayentes que sirvan para la posterior meditación del pastor luterano, o predicación del pastor, en la terminología reformada. A continuación, tras los importantes momentos de las declaraciones y promesas, intercambio de anillos y bendición, la ceremonia finaliza con la bendición de alabanza y la entrega de la Biblia, en la que se leyeron las lecturas, a los contrayentes.

En el momento de las declaraciones y promesas, los esposos afirman que se han elegido recíprocamente. Las fórmulas de declaración de los principales rituales protestantes difieren y tienen consecuencias jurídicas diferentes. Según el ritual luterano el

⁵ R. Voeltzel, op. cit., p. 161.

⁶ En la celebración luterana, esa oración es de confesión de los pecados; en la reformada, es de acción de gracias y alabanza. Cf. *Église Réformée de France, Liturgie*, Berger-Levrault, Paris 1963; *Église Evangélique luthérienne de France, Liturgie II*, Montbéliard, Paris 1965.

⁷ Cf. Carta a los efesios 5, 21-6; Carta a los colosenses, 3, 19; Carta a los filipenses 2, 1-4I. Vid. R. Voeltzel, op. cit., p. 169-171.

pastor dice: “Tú, N., ¿declaras... que tomas por mujer a N., aquí presente?”, por lo que en el momento de contestar a la declaración con un “sí” se está “tomando” mujer, es decir, está constituyéndose el matrimonio. Sin embargo, del ritual reformado: “N., ¿declaras que has tomado por mujer a N., aquí presente?” se deduce que en el momento de la declaración ya se había contraído matrimonio, en la celebración del matrimonio civil; además, la fórmula reformada “has tomado” puede entenderse como que se ha consumado el matrimonio antes de su celebración.

Como consecuencia jurídica de tales fórmulas de declaración, para los luteranos el matrimonio se constituye en la ceremonia religiosa, y la ceremonia civil realizada anteriormente no tiene relevancia para originar el vínculo matrimonial. Para las iglesias reformadas, por el contrario, la ceremonia matrimonial civil sería al menos moralmente válida, por lo que, según Voetzel⁸, “el matrimonio existiría incluso si faltara la ceremonia religiosa, desde el momento en que se ha expresado claramente el consentimiento mutuo, que es precisamente lo que se ha hecho en el Ayuntamiento”. Sin embargo, desde una estricta perspectiva teológica protestante, que no es satisfactoria jurídicamente, ni la ceremonia civil ni la religiosa constituyen en realidad el vínculo matrimonial sino la decisión de los contrayentes tomada tiempo antes, al decidir contraer matrimonio. De ese modo, el consentimiento pronunciado en el ayuntamiento o en la iglesia no son constitutivos de una unión matrimonial, sino confirmativos de la mencionada decisión.

Las obligaciones que los contrayentes asumen en el matrimonio se contienen en las promesas que realizan en la ceremonia nupcial, al contestar a las preguntas del pastor. Puede contestarse a las preguntas afirmativamente de manera individualizada o globalmente. El varón y la mujer se comprometen a amarse, respetarse, protegerse, vivir unidos en los días buenos y en los malos y ser fieles hasta que la muerte los separe; promesa de fidelidad que supone admitir la indisolubilidad del matrimonio en vida de los contrayentes. La diferencia en las promesas radica en que la mujer no dice “proteger” sino “secundar” al varón, lo cual supone una mayor jerarquía en la posición del varón.

En el intercambio de anillos, en la ceremonia luterana, el pastor recuerda la fórmula “Ya no sois dos, sino uno. Que el hombre no separe lo que Dios ha unido”, citada en el momento de la institución, e invita a los contrayentes a intercambiar los anillos diciendo: “Daos el uno al otro estos anillos como prenda de amor y de fidelidad”. Las iglesias reformadas intercambian los anillos en un momento posterior, tras la bendición, al entender que no son los contrayentes sino la acción de la iglesia por medio de la bendición la que constituiría el vínculo; por ello, tras la bendición recitan la fórmula: “Unidos por los lazos del matrimonio, llevad en adelante, como prenda de vuestra unión, el anillo que la recuerda. Ya no sois dos sino uno”. Al pronunciarse la fórmula con posterioridad a la bendición, los contrayentes ya son mencionados como “unidos”, por tanto ya casados, lo cual introduce la duda jurídica sobre si la bendición en estas iglesias tiene alguna relevancia constitutiva del vínculo.

⁸ R. Voetzel, *op. cit.*, p. 177.

La bendición nupcial, como hito de acompañamiento en los momentos importantes de la vida de los fieles, conlleva una solemnidad especial: la imposición de las manos por el pastor, por ser Dios quien une a los esposos y porque la comunidad eclesial intercede por ellos. Es un servicio religioso en el que el pastor declara que “este hombre y esta mujer son marido y mujer”. Por ello, en las iglesias luteranas, la bendición origina el matrimonio, al contrario que en las reformadas, pues al intercambiar los anillos ya se les considera unidos en matrimonio por la bendición inmediatamente anterior.

2.2. La disolución del matrimonio protestante

Los protestantes consideran que el matrimonio no es un sacramento sino un contrato civil. Por ello, si el derecho civil de cada país admite el divorcio, éste afectará siempre al vínculo religioso, con independencia del momento de constitución del vínculo. Es indiferente que se celebren dos ceremonias (civil y religiosa) como en los países con sistema matrimonial facultativo anglosajón, o que sólo se celebre la ceremonia religiosa, supliendo la celebración civil, como en España. Pero la vinculación del matrimonio protestante a las normas civiles de cada país no supone que se dude de la indisolubilidad del matrimonio. Según Voetzel⁹, “los protestantes se sitúan así del lado de la reflexión católica” en esta cuestión, pese a entender que no es un sacramento. Debe recordarse que una de las promesas de los contrayentes en la ceremonia nupcial es la de fidelidad “hasta que la muerte los separe”.

Aún así, los protestantes aceptan el segundo matrimonio de divorciados, como excepción y con precauciones. Algunas iglesias dejan al pastor la decisión sobre el matrimonio de divorciados; otras lo dejan a instancias superiores al pastor y otras han creado organismos *ad hoc* como “comisiones del matrimonio” sin cuya opinión favorable el pastor no puede celebrar el matrimonio. Sobre esta cuestión se pronunció en 1967 el LX Sínodo nacional de la iglesia reformada de Francia: “Si se considera la bendición de un segundo matrimonio... esta bendición significa que puede ser invocada sobre la pareja la gracia de Dios, pero no comporta una aprobación del divorcio”¹⁰.

3. El matrimonio judío

La concepción judía de la familia, del matrimonio y de la sociedad se basa en la Sagrada Escritura. La Ley revelada sobre estas cuestiones se halla en los cinco primeros libros de la Biblia, en el relato de la vida de los israelitas desde la promulgación de la Ley en el monte Sinaí hasta la muerte de Moisés. Junto a la ley “escrita” se halla la tradición o ley “oral”, que debe atenderse a la escrita precisando el contenido y las modalidades de su aplicación, para configurar la realidad de las instituciones judías.

⁹ Ibidem, p. 184.

¹⁰ Ibidem.

De los primeros versículos del Génesis sobre la creación del hombre, la ley o tradición oral concibe el matrimonio como una institución querida por Dios. El matrimonio entre Adán y Eva es el modelo para el resto de matrimonios. La interpretación judía del Génesis considera que la primera mujer fue separada de una costilla del primer hombre, por lo que el primer matrimonio no supone un mero contrato o asociación entre dos personas, sino la reunión o el reencuentro entre dos partes del mismo cuerpo, de modo que el matrimonio es la situación natural del ser humano adulto, hombre o mujer. En el mismo sentido se interpreta la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios como “invitación de Dios a la humanidad entera para que se asocie a la obra de la creación, perpetuándola. Para ello es necesario que se case, porque si permaneciera célibe, faltaría a su finalidad”¹¹. Por ello, el matrimonio es la base de la familia y de la sociedad¹².

A pesar de la visión homogénea de ambos sexos en el plano de la creación y de su vocación a la procreación, el judaísmo considera a la mujer como inferior al varón. Así, Chouchena recuerda el consejo que da el Talmud al varón a la hora de elegir esposa: “baja un escalón para escoger una mujer, sube un escalón para escoger un amigo”. De ese modo, “el equilibrio familiar será más sólido, si en el hogar la mujer está un paso más atrás respecto del marido”¹³. El marido, por tanto, deberá ser atento con su mujer, amarla y respetarla, evitando alzarle la voz, pues de ello depende su felicidad.

El *kiddusin* (matrimonio en hebreo) significa “consagración” de la mujer a un hombre. El matrimonio judío requiere la prestación del consentimiento como contrato civil y religioso, y los contrayentes no pueden rechazar los compromisos adquiridos en un contrato específico: la *Ketubá*. La esposa debe guardar fidelidad al marido y atender el hogar conyugal. El marido, que administra los bienes de su esposa y goza de las plusvalías que generen, está obligado a alimentar y vestir a su mujer, cuidar a sus hijos y cumplir con las obligaciones conyugales de acuerdo con la ley, consumar el matrimonio y seguir cumpliendo el débito conyugal posteriormente. Si fallece el marido, la mujer seguirá viviendo en el domicilio conyugal mientras no contraiga nuevo matrimonio.

3.1. La celebración del matrimonio judío

El matrimonio judío consta de dos actos distintos realizados de manera sucesiva, aunque en otros tiempos se celebraban separados. Se trata del *siddukin* (esponsales) y el *kiddusin* (unión sagrada). Un tercer momento es el *nissuin* o estatus de casados¹⁴.

¹¹ E. Chouchena, *El vínculo matrimonial en el judaísmo*, [en:] R. Metz, J. Schlick (dirs.), *Matrimonio y divorcio*, Sígueme, Salamanca 1974, p. 53.

¹² Vid. M. E. Olmos Ortega, *El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en España*, [en:] M. L. Jordán Villacampa (coord.), *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, p. 193–199.

¹³ E. Chouchena, op. cit., p. 53.

¹⁴ *Ibidem*, p. 55–58. Cf. I. Mihalovici, *El judaísmo. Los judíos en España*, [en:] *Pluralismo religioso*, vol. III: *Religiones no cristianas*, Sociedad de Educación Atenas, Madrid 1997, p. 179–216; G. Prader, *El matrimonio nel mondo*, Cedam, Padova 1986, p. 325–326; M. J. Redondo Andrés, A. I. Ribes Suriol, *Análisis descriptivo de las minorías religiosas establecidas en la Comunidad Valenciana, creencias, régimen jurídico confesional y tradiciones*, [en:] M. L. Jordán Villacampa (coord.), *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, p. 158–160.

De ellos nos interesa el *kiddusin*, la celebración, en la que se exige la presencia de testigos. Suele realizarse en la sinagoga bajo un dosel (*jupá*), símbolo del hogar en el que vivirán los contrayentes. Durante la celebración el marido entrega un anillo a su esposa diciendo: “Por la entrega de este anillo tú quedas consagrada para mí como esposa, según la Ley de Moisés y de Israel”. El anillo simboliza la constancia de la vida matrimonial, pero la fórmula nupcial es dicha sólo por el marido, quedando la mujer “consagrada” a él, lo cual refleja el desigual tratamiento jurídico de los esposos. El ritual nupcial prosigue con un acto que simboliza la participación de los esposos en la vida común bebiendo vino de la misma copa, momento en que el rabino lee la *Ketubá* o contrato matrimonial con las obligaciones económicas de los cónyuges: dote, relaciones patrimoniales y sucesión hereditaria. A continuación el rabino lee las siete bendiciones para dar gracias por la institución matrimonial. La celebración termina con la destrucción del vaso en el que han bebido los cónyuges, conmemorando la destrucción del Templo de Jerusalén.

La fórmula matrimonial contiene una consagración de la mujer al varón, porque la Biblia no se opone a la poligamia de éste, al preocuparse sólo de que todos sepan quién es su padre y su madre. Admite que un varón posea varias esposas (poliginia) sucesiva o simultáneamente, siempre que no sean parientes del marido o entre ellas y de que sean judías, pero no la poliandria, ya que en tal caso no se tendría la seguridad de saber quién es el padre de cada hijo. Algunos judíos practicaron la poligamia hasta principios de la Edad Moderna, época en la que todos dejaron de practicarla.

3.2. Capacidad para contraer y prohibiciones matrimoniales

Para manifestar el consentimiento matrimonial válido, el judaísmo exige a los contrayentes la edad y capacidad suficientes. El varón debe tener dieciocho años cumplidos y diecisiete la mujer, aunque se admiten contrayentes con un año menos de tales edades. Por otro lado, son incapaces para contraer los enfermos mentales o faltos de conciencia, los sordomudos y los incurso en algún impedimento.

Las normas matrimoniales judías contienen prohibiciones que hacen irregular el matrimonio e impedimentos que lo hacen nulo. En tal caso, el matrimonio es inválido aunque se contraiga por error, aunque los hijos no se considerarían adulterinos. Los impedimentos que hacen nulo el matrimonio son el ligamen, que prohíbe contraer a los ligados por vínculo anterior, pese a que la Biblia admite y no prohíbe la poligamia del varón; el matrimonio mixto entre judío y no judío¹⁵, en cuyo caso los hijos que nazcan de ese matrimonio tendrán los derechos y deberes según la situación religiosa de la madre; la consanguinidad en primer grado, y entre hermano y hermana o hermanastra, y entre tía y sobrino, y la afinidad en los mismos grados, por lo que el marido no puede contraer matrimonio con su cuñada hasta la muerte de la esposa¹⁶. Las prohibiciones, que no hacen nulo el matrimonio, son el adulterio, que prohíbe contraer a la mujer

¹⁵ Cf. Esdras 9, 1-3 y 10, 3.

¹⁶ Levítico 18, 14 y 20, 20, para la consanguinidad, y Levítico 28,14, para la afinidad.

culpable con su cómplice; el sacerdocio, que prohíbe contraer a los descendientes de Aarón con mujeres divorciadas, de nacimiento ilegítimo o que hayan tenido hijos ilegítimos, y el tiempo de espera, por el que la mujer viuda debe esperar 90 días para contraer de nuevo, y dos años si amamanta un hijo del matrimonio.

Finalmente, por la ley de levirato, el hermano del marido difunto sin hijos está obligado a contraer matrimonio con la viuda, quien, mediante la ceremonia de *halizah*, consistente en quitarse un zapato, puede evitar casarse y se desliga de la familia del marido para poder casarse con quien desee. Pese a todo, si no hay una renuncia explícita del cuñado a casarse con su cuñada viuda, el matrimonio que ésta contraiga con otro hombre podrá ser disuelto por el rabino si el cuñado lo pide.

3.3. La disolución del matrimonio judío

El judaísmo admite la disolución del matrimonio por muerte o divorcio. Cabe la disolución o divorcio consensual cuando el varón entrega a la mujer la carta de repudio, aunque esto sólo lo podrá hacer con el consentimiento explícito de la esposa. Por ello, el divorcio judío es un acto jurídico que realizan ambos esposos; pese a ello, para que el tribunal rabínico pueda disolver el matrimonio es necesaria la carta de repudio del varón. También se admite el repudio unilateral por el varón, que sólo cabe por una causa de suficiente gravedad, como el adulterio de la mujer, o porque el marido hubiera contraído por error sobre la virginidad de la esposa¹⁷. En ese caso el matrimonio se disuelve aunque la mujer no consienta al repudio. Cuando el marido repudia a la mujer por causa distinta al adulterio no puede contraer matrimonio con ella de nuevo, a no ser que ella se casara con otro y posteriormente fuera repudiada por su nuevo marido o enviudara. Por otro lado, la impotencia del varón sería causa para pedir el divorcio por la mujer. También hay causas de divorcio comunes, impedimentos, el incumplimiento de obligaciones matrimoniales o la ocultación de defectos físicos o enfermedades.

En la disolución por muerte, si muere la esposa, el marido puede contraer matrimonio con su cuñada, prohibido hasta entonces. Si fallece el marido se distingue si tenía hijos de ese matrimonio. En el primer caso, se debe guardar el ya mencionado tiempo de espera, por el que se distingue los hijos nacidos del primer y del segundo matrimonio. Si el marido fallece sin hijos se aplica la ley del levirato y la viuda debe casarse con el cuñado, pudiendo evitarlo con la ceremonia de *halizah*.

4. El matrimonio musulmán

La familia es el fundamento de la sociedad musulmana. Por la concepción patriarcal de la familia, la *sharia* (derecho musulmán) establece que el varón, jefe de la familia, se ocupa del sustento y protección de su mujer e hijos y de las tareas que se realizan fuera de la casa. La mujer se ocupa de tareas internas a la casa, como cuidar

¹⁷ Vid. M. J. Redondo Andrés, A. I. Ribes Suriol, op. cit., p. 160.

y educar a los hijos¹⁸. A su vez, la familia musulmana, se basa en el matrimonio¹⁹ (en árabe, *yabr*), que es una obligación moral. Según la *sharia*, el hombre debe controlar sus deseos sexuales, y no se valora positivamente que una persona pueda llegar a la negación de tales deseos. Por el contrario, la ley islámica insta a satisfacerlos dentro del matrimonio, dado que el estado matrimonial se considera la situación normal para los adultos de ambos sexos, dentro del que pueden gozar de los placeres legítimos de la vida. Así, la negación personal no tiene sentido. En una perspectiva más amplia, el matrimonio islámico es un instrumento para reducir en lo posible las relaciones sexuales ilícitas y legitimar las relaciones sexuales entre personas de diferente sexo, siendo también un medio para aumentar el número de creyentes musulmanes, la *Umma*.

En el plano jurídico, el matrimonio musulmán es un contrato de carácter económico. Prader lo define como contrato privado por el que el hombre se compromete a dar a la mujer una dote (*mahr*) y a mantenerla, a cambio de tener con ella relaciones sexuales que se convierten así, en legítimas²⁰. El matrimonio musulmán desconoce la igualdad entre los sexos y se aproxima a una compraventa por la que el hombre compra los favores sexuales de la mujer a cambio de un precio, que inicialmente es la dote, pero posteriormente supone la obligación de mantener a la mujer. Chehata²¹ incide en su carácter de compra; así, el matrimonio es la causa que produce el efecto de que el varón adquiera el derecho sobre el cuerpo de la esposa y la obligación de pagar la dote. Además, existe un trato discriminatorio de la mujer, y se admite la poligamia y la disolución por repudio unilateral del varón. Por ello, para el derecho español, contiene numerosos aspectos no admisibles por el orden²².

4.1. La habilidad para contraer

La ley islámica contiene varios impedimentos o prohibiciones matrimoniales que tienen como consecuencia que el matrimonio sea nulo (*batil*) y sin eficacia. La declaración de nulidad sólo puede realizarse por un juez (*qadi*) a petición de alguna de las partes o de tercero interesado.

¹⁸ Cf. D. Pearl, W. Menski, *Muslim family law*, Sweet & Maxwell, London 1998; A. Mottilla, P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid 2002.

¹⁹ Vid. L. Ruano Espina, *Derecho e Islam en España*, "Ius Canonicum" 2003, no. 86, p. 465-543; J. Bonet Navarro, *El matrimonio en el Derecho islámico*, [en:] *Curso de Derecho matrimonial canónico para profesionales de Foro XI*, Universidad Pontificia de Salamanca 1994, p. 467-481; M. J. Redondo Andrés, A. I. Ribes Suriol, op. cit., p. 152-154; C. Chehata, *El vínculo matrimonial en el Islam*, [en:] R. Metz, J. Schlick (dirs.), *Matrimonio y divorcio*, Sígueme, Salamanca 1974, p. 59-72; M. Mutahhari, *I diritti della donna nell'Islam*, Centro Culturale Islamico Europeo, Roma 1988.

²⁰ G. Prader, op. cit., p. 17-18.

²¹ C. Chehata, op. cit., p. 60-61.

²² Cf. J. Bonet Navarro, J. Landete Casas, *Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público*, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado" 2005, no. 9. [online] <Iustel.com>; M. Vargas Gómez-Urrutia, *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*, "Actualidad Laboral" 2003, no. 33, p. 581-601; P. Lagarde, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation. L'expérience française*, [en:] *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigau*, Bruylant, Bruxelles 1993, p. 263-282.

Las prohibiciones matrimoniales referentes al parentesco son la consanguinidad en línea recta y hasta el segundo grado de línea colateral, y la afinidad, que prohíbe el matrimonio en línea recta. Ambas se originan también de la relación con concubinas o esclavas. También existe el impedimento derivado del parentesco de leche, análogo al de consanguinidad, que surge cuando un bebé es alimentado en el pecho de una mujer distinta de su madre por más de cinco veces, y que se da entre el niño y la mujer que lo ha amamantado así como con sus parientes y con todos los que, cumpliéndose el requisito de frecuencia, hayan sido amamantados por la misma madre de leche.

Al impedimento de vínculo de precedente matrimonio se somete en todo caso la mujer, mientras que el varón sólo lo sufre a partir del quinto vínculo, por lo que se admite hasta cuatro esposas para un solo varón, siempre que las pueda mantener. Es evidente la dispar situación jurídica de los dos sexos, y de discriminación de la mujer²³. Algo similar ocurre con el impedimento de matrimonio mixto, cuando los cónyuges son de distinta religión, ya que sólo la mujer sufre la prohibición de contraer matrimonio con no musulmanes, pues sólo le está permitido casarse con musulmanes. Pero el varón musulmán puede hacerlo con mujeres hebreas o cristianas, esto es, con mujeres de religiones reveladas, o “mujeres del libro”. Esta prohibición sólo la sufren los varones si pretenden contraer con mujeres pertenecientes a otras religiones. También atañe sólo a la mujer el impedimento de “tiempo de espera” (*idda*) por el que la mujer que estuviera embarazada en el momento de la disolución del matrimonio, sea causada por muerte, divorcio o repudio, no podrá contraer antes del parto.

Finalmente, el varón tiene la prohibición derivada del repudio triple, que supone la imposibilidad de contraer con la mujer a la que ha repudiado por tercera vez. En ese caso, sólo podrá casarse con esa mujer, por cuarta vez, si ésta se casa con otro varón y es repudiada también por él²⁴.

4.2. El consentimiento y la capacidad para consentir

La naturaleza jurídica contractual del matrimonio exige la prestación del consentimiento, consistente en que el varón ofrece el matrimonio a la mujer y ésta lo acepta. El consentimiento debe ser emitido por persona con capacidad suficiente, lo cual se da al alcanzar la pubertad: el varón a partir de los 15 años, y la mujer a partir de los 9. Entre los árabes, el padre tiene derecho para decidir el matrimonio de sus hijas vírgenes y de sus hijos impúberes, posponiéndose la consumación matrimonial al momento de alcanzar la capacidad conyugal. Los hijos casados de ese modo, al llegar a la pubertad y antes de consumir su matrimonio, tienen derecho a pedir al juez que se declare nulo. Sin embargo, no puede decirse que el contrato matrimonial reciba su fuerza obligatoria del consentimiento. La regla general del derecho musulmán consistente en que un contrato es una manifestación de voluntad en palabras de presente o de futuro con

²³ Cf. Z. Combalfa, *Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico*, “Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres” 2001, no. 6, p. 14–20.

²⁴ Vid. G. Prader, op. cit., p. 17–18.

intención de obligarse, no es aplicable al matrimonio. En consecuencia, la declaración manifestada *jocandi causa* es tan eficaz en materia matrimonial como la realizada en serio; y por la misma razón, la violencia no vicia el consentimiento. Por ello, Chehata considera al matrimonio musulmán como un “acto abstracto”²⁵.

Por otro lado, la mayoría de las escuelas jurídicas islámicas sunitas (hanbalí, chaféí y malikí) admiten que el padre o tutor (*wali*) de la esposa imponga su voluntad a la mujer, incluso, cuando sea mayor de edad. En tal caso, en el momento de la celebración es necesaria la presencia de quien preste el consentimiento por la mujer: normalmente, su padre. En caso de ausencia del padre o si se halla en algún supuesto de incapacidad, quien presta el consentimiento será el tutor es el abuelo paterno o, de manera sucesiva, el hermano mayor, el tío paterno o sus descendientes. Si la esposa careciera de cualquier pariente de sexo masculino, el consentimiento tendría que ser dado por el juez (*qadi*). Para estas escuelas jurídicas, si el consentimiento es prestado por la mujer y no por su tutor, el matrimonio es nulo (*batil*). Por su parte, la escuela sunita hanafí, así como los chiítas, admiten que la mujer mayor de edad pueda prestar libremente el consentimiento matrimonial; en tal caso, el matrimonio es sólo anulable (*fasid*), y puede ser sanado si el *wali* presta el consentimiento posteriormente.

4.3. La forma jurídica

Aunque el matrimonio musulmán se reviste de forma religiosa, por sí mismo no es un acto religioso. Tampoco hay ninguna exigencia de que el contrato matrimonial se realice en forma solemne. La ausencia de solemnidad tiene como consecuencia que si no hay desacuerdo entre las partes el contrato matrimonial se considera concluido y existente sin necesidad de otras pruebas. Por ello, es igualmente válida la realización del contrato en forma escrita como oral; y también se admite celebrar el matrimonio por medio de procurador.

Para la validez del matrimonio se exige una dote (*mahr*), a pagar por el esposo, que se constituye mediante un contrato de carácter matrimonial pero diferente del propio acto del matrimonio. Antes de la ceremonia matrimonial se redacta el contrato de matrimonio, en el que necesariamente se deberá reflejar la cuantía de la dote. También debe reflejarse si la esposa ya ha tenido marido o si es virgen. La dote se fija por la costumbre, atendiendo a dichas circunstancias y a la posición social de la mujer.

El matrimonio musulmán se realiza en dos tiempos: firma del contrato (*aqd an-nikan*) y prestación del consentimiento. El esposo debe pagar la dote antes de cohabitar con la esposa, sea la totalidad de la misma o una parte como adelanto. En este caso, si hubo un pago parcial de la dote y posteriormente se produce el divorcio, el esposo deberá pagar necesariamente el resto de la misma. La doctrina considera que la dote no confiere al matrimonio musulmán carácter de compraventa de la mujer porque tras la celebración del matrimonio la mujer posee libertad para disponer de sus propios bienes, lo cual no impide, como hemos visto, que este tipo de matrimonio comporte la

²⁵ Vid. C. Chehata, op. cit., p. 60.

adquisición por el varón de derechos sobre el cuerpo de la esposa. También es un requisito necesario para la validez la presencia de dos testigos, además del *wali* o tutor para las escuelas jurídicas que así lo exigen. Por tanto, la clandestinidad supone la nulidad del matrimonio musulmán. En esta exigencia coinciden todas las escuelas sunitas, pero no los chiítas. La intervención del imán en la celebración matrimonial, no es una función religiosa, sino de prueba, a modo de notario.

En cuanto al ritual religioso, durante la celebración se invoca a Dios y se lee la *fatiha*, primera sura del Corán. Tales rituales, aunque acompañan al matrimonio, no constituyen su forma jurídica, al no ser necesarios según la Ley musulmana y variar en los diferentes países, al adecuarse a las tradiciones de celebración.

4.4. La disolución del matrimonio musulmán

Las causas de disolución del matrimonio musulmán son la muerte, la presunción legal de muerte, la apostasía del Islam por uno de los cónyuges, el divorcio y el repudio. En los dos últimos casos, se admite la disolución a pesar de que el Islam recomienda la reconciliación. El Islam permite que el matrimonio pueda disolverse recurriendo al juez (*qadi*) para que disuelva el matrimonio por existir una causa, como por la voluntad unilateral de uno de los contrayentes. La mujer, para obtener el divorcio debe siempre recurrir al juez, pero el varón tiene libertad para repudiar a su mujer sin tener que acudir a ninguna autoridad, pudiendo disolver el matrimonio por voluntad propia y sin explicaciones. Para ello sólo debe pronunciar la fórmula del *talaq* o repudio.

La mujer repudiada no puede contraer matrimonio hasta que no transcurran cien días desde que el varón pronunciara el repudio. Ese tiempo de retiro legal de la mujer (*idda*), debe pasarlo en casa del marido, y puede ser prorrogado si se prueba que está esperando un hijo. Para evitar que la disolución del matrimonio obedezca a una reacción pasajera del varón, el Corán exige un tiempo de reflexión, la *idda*, durante el cual el matrimonio sigue subsistiendo. En ese tiempo, el varón puede revocar el repudio pronunciado, restableciéndose la situación anterior sin necesidad de una nueva celebración. No obstante, durante el tiempo de *idda* el varón puede repetir el repudio nuevamente, hasta tres veces, sobre la misma mujer, momento en el que se convierte en definitivo. En tal caso, el tercer *talaq* actúa, como hemos visto, como impedimento para contraer matrimonio con la misma mujer, por lo que se necesita que la mujer contraiga matrimonio con otro hombre y que, a su vez, sea repudiada por el posterior marido. Para garantizar la necesaria reflexión del varón, algunas escuelas jurídicas rechazan que el *talaq* se pronuncie tres veces en el mismo acto. El repudio también se convierte en definitivo si transcurre el tiempo de la *idda* sin que el varón se retracte y si, de hecho, la mujer decide no volver a casarse con quien la repudió²⁶.

²⁶ Vid. C. García-Vaso Pérez-Templado, *El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento*, [en:] A. L. Calvo Caravaca, E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI, aspectos internacionales*, Colex, Madrid 2004, p. 411-426; A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona 2002.

Que la mujer pueda pedir el divorcio sólo se admite por las escuelas jurídicas musulmanas malikí y chaféí. Según Prader²⁷, la mujer puede alegar ante el juez son la impotencia antecedente e incurable del esposo; el impago de la dote o la imposibilidad de que el esposo la mantenga, salvo que éste fuera más pobre que ella en el momento de constituirse el matrimonio; la imposibilidad de convivir con su marido a causa de alguna enfermedad física o psíquica, y si el marido se ausenta del hogar durante más de un año, aunque siga manteniéndola. También es posible que en el contrato matrimonial se incluya la facultad de la mujer de poder acudir al juez a pedir el divorcio. Por último, algunas escuelas jurídicas admiten que la mujer pueda solicitar el divorcio si no está de acuerdo en que el marido tome una segunda mujer. Otra posibilidad de la mujer para obtener la disolución del vínculo es el denominado “divorcio indirecto”, que consiste en que la mujer que deseara ser repudiada por su marido provoque que éste llegue a pronunciar el *talaq*. El matrimonio musulmán también puede ser disuelto por repudio bilateral con mutuo consentimiento de los cónyuges (*khul*), que se pronuncia por el marido a petición de la mujer y que es irrevocable. Para obtener un derecho que siempre tiene el varón, la mujer paga como rescate la devolución de la dote, como compensación al marido, lo cual puede preverse en el contrato matrimonial.

Los musulmanes chiítas admiten el matrimonio temporal, que se disuelve al finalizar el plazo que se hubiera establecido previamente, y que recibe el nombre de *mut'a* (disfrute)²⁸. Esta modalidad matrimonial no es admitida por los sunitas por entender que fue prohibida por el mismo Mahoma.

4.5. La poligamia

El matrimonio islámico admite hasta cuatro esposas para el mismo esposo, siempre que las pueda mantener. Es una poliginia en la que el varón puede llegar a ser tetragámico, mientras que la mujer siempre ha de mantenerse monógama, pues sólo puede tener un esposo. En países de mayoría musulmana como Egipto o los Emiratos Árabes Unidos constituye el 9% de los matrimonios. Lo habitual es que el esposo vaya tomando sucesivamente nuevas esposas a medida que se lo permitan sus posibilidades económicas, hasta cuatro como máximo. Todas las esposas deben ser tratadas con equidad, sin favorecer a unas sobre las otras. La asunción de nuevas esposas por el varón debe contar con el beneplácito de la esposa o esposas anteriores; y en caso de no estar de acuerdo, como se ha indicado, algunas escuelas jurídicas musulmanas admiten que la mujer pueda pedir el divorcio.

La admisión de la poligamia por el Islam se remonta a costumbres anteriores a Mahoma, y se debe tanto a razones psicológicas, por la supuesta inclinación natural de los varones a la poligamia, reduciendo el recurso de los varones a la prostitución, como a razones económicas, que solucionan que haya más hombres que mujeres por la guerra u otras causas. Así, para el Islam la poligamia es una solución, no una obliga-

²⁷ G. Prader, op. cit., p. 22–24.

²⁸ M. Mutahhari, op. cit., p. 156–175.

ción. Para los chiítas la poligamia es, incluso, un derecho de la mujer. Es consecuencia de la concepción patriarcal de la familia musulmana, dada la importancia de los hijos varones en la familia, hasta el punto de que puede suponer la razón de ser del matrimonio. Así, la poligamia daría solución a la infertilidad de la primera mujer a quien el marido no quiere repudiar²⁹.

5. Reconocimiento civil del matrimonio de las minorías religiosas

Las formas religiosas de celebración matrimonial admitidas en España son matrimonios civiles en los que, en el momento de constitución del vínculo se sustituye el acto de celebración civil, ante juez o autoridad administrativa competente, por un acto religioso ante el ministro de culto de una entidad religiosa. El momento de la celebración se ajusta, por tanto, a la normativa confesional. Pero en todo lo demás, como capacidad, impedimentos o vicios del consentimiento, se les aplica el Código civil.

En el matrimonio protestante no cabe ninguna duda al respecto pues el mismo acuerdo con los protestantes alude a su celebración ante el ministro de culto. Lo mismo cabe decir del matrimonio judío y musulmán, pese a que sus acuerdos aluden a la normativa israelita y a la Ley islámica, pues ambos remiten a aspectos formales de las normas judías y musulmanas, y no a los requisitos de capacidad. Igualmente, aunque sólo el artículo 7.1 del acuerdo con los musulmanes mencione que ese matrimonio religioso tiene eficacia civil “desde el momento de la celebración”, también el momento de la constitución del vínculo matrimonial protestante o judío será el de la celebración.

Los matrimonios de las confesiones religiosas minoritarias son “matrimonios civiles con celebración religiosa” más que “matrimonios religiosos”. El uso de esta expresión podría llevar al error de pensar que estos matrimonios y el matrimonio canónico fueran formas religiosas de celebración, pues el actual sistema matrimonial considera al matrimonio canónico como clase de matrimonio y no como una forma de celebración. Según el artículo VI.1 del acuerdo sobre Asuntos Jurídicos: “el Estado reconoce los efectos civiles del matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico”. Considerar el matrimonio canónico como una forma de matrimonio civil y no como una clase de matrimonio distinta, conculca el artículo VI.1 del acuerdo sobre Asuntos Jurídicos firmado por el Estado con la Santa Sede, cuyo tenor literal es muy claro. Éste, por ser un tratado internacional, está por encima de las leyes internas (como el Código civil) que lo contradigan, en aplicación del principio de jerarquía normativa. Para el matrimonio canónico, el sistema matrimonial es facultativo de tipo latino, de elección de clase de matrimonio; para los matrimonios de las minorías religiosas es un sistema facultativo de tipo anglosajón, de elección de la forma de celebración.

²⁹ Sobre la oposición de la poligamia al orden público español, vid. M. Vargas Gómez-Urrutia, op. cit.

La regla general para que se produzca la eficacia civil de los matrimonios de las minorías religiosas, o, lo que es lo mismo, que el Estado reconozca que sus formas de celebración originen el vínculo matrimonial, produciendo efectos civiles como el cambio de estado civil de los contrayentes, se halla en los respectivos artículos 7 de cada uno de los acuerdos³⁰. Estos artículos son consecuencia del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y de la necesidad de que los poderes públicos tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con las confesiones, establecido en su párrafo tercero. También son consecuencia del desarrollo legislativo del precepto constitucional que reconoce el derecho al matrimonio de todos los españoles, el artículo 32.2 de la Constitución y a la posibilidad admitida en el artículo 59 del Código civil de que “el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados por el Estado”.

5.1. Formalidades previas a la celebración

Los artículos 7.2 de los acuerdos de cooperación se refieren a las formalidades que deben cumplirse antes de la celebración religiosa. Los acuerdos con los protestantes y con los judíos coinciden en este punto, a diferencia del acuerdo con los musulmanes. Así, los acuerdos con los protestantes y con los judíos establecen que “las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán el expediente previo al matrimonio, ante el Encargado del Registro Civil correspondiente”³¹. Ello se debe realizar para comprobar que los contrayentes reúnen los requisitos civiles de capacidad. Por tanto, quien pudiera ser capaz según la norma religiosa de su confesión (protestante o judía) y no lo sea de acuerdo con el Código civil, no podrá celebrar el matrimonio en forma religiosa, y si lo hiciera, dicha celebración carecería de validez y de eficacia para el Estado. Igualmente, sólo los acuerdos con los protestantes y con los judíos incluyen la referencia del artículo 7.3, según el cual, una vez se haya realizado el trámite del expediente previo al matrimonio, “el encargado del Registro Civil expedirá, por duplicado, certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio”.

Por su parte, el artículo 7.2 del acuerdo con los musulmanes no menciona la necesidad de realizar el expediente matrimonial previo a la celebración, por lo que el matrimonio musulmán puede celebrarse sin dicho expediente matrimonial, sin acudir al Encargado del Registro civil y sin obtener ninguna certificación de capacidad previa a la celebración del matrimonio. Así, la acreditación de capacidad matrimonial sólo se exige a los musulmanes en el momento de la inscripción. La deficiente redacción del

³⁰ Cf. Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los acuerdos de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y con la Comisión Islámica de España. Vid. R. M. Ramírez Navalón, *op. cit.*, p. 155–186.

³¹ Cf. M. E. Olmos Ortega, *op. cit.*, p. 307–332; R. Navarro Valls, *op. cit.*

acuerdo con los musulmanes en este punto, dada la peculiar concepción musulmana del matrimonio, abre la posibilidad de que, si no se actúa con la diligencia suficiente por las autoridades civiles, y si llega a celebrarse un matrimonio musulmán por quien no cumpla alguno de los requisitos civiles, como sería el de no estar ligado por vínculo anterior, se puedan producir casos de bigamia.

El artículo 7.1 del acuerdo con los musulmanes, tras atribuir efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica desde el momento de su celebración, matiza que la eficacia civil se producirá “si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil”. De ese modo, queda claro que el matrimonio islámico también es una forma religiosa de celebración del matrimonio civil, pese a que no menciona la necesidad de expediente matrimonial. Por tanto, su status jurídico es el mismo que el de los matrimonios protestante y judío.

5.2. La celebración de los matrimonios civiles en forma religiosa

El reconocimiento de eficacia civil de los matrimonios celebrados ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Ferede, según la propia normativa formal israelita ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la FCI de España – actualmente, Federación de Comunidades Judías de España (FCJE) – y según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, conlleva que las formalidades confesionales se amolden a la forma civil. Así, la exigencia de que los contrayentes expresen el consentimiento “ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 (dirigentes islámicos e Imanes) y al menos dos testigos mayores de edad”, del artículo 7.1 del acuerdo con los musulmanes, es paralela al artículo 7.4 de los acuerdos con los protestantes y con los judíos: “para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad”.

Sin embargo, estos mismos acuerdos añaden que la prestación del consentimiento matrimonial debe realizarse “antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial”, como consecuencia de la necesidad de expediente previo al matrimonio y consecuente certificación de la capacidad matrimonial que se exige para la celebración de los matrimonios protestantes y judíos, pero no para los musulmanes. Por tanto, si se celebra un matrimonio protestante o judío transcurrido el plazo de caducidad del expediente matrimonial, tales matrimonios no serán válidos civilmente, según establece expresamente el artículo 7.4 de los acuerdos con los protestantes y con los judíos. De la misma manera, tampoco son válidos civilmente los matrimonios protestantes o judíos en los que no se realizó el expediente matrimonial previo a la celebración, y por tanto, no se obtuvo el certificado de capacidad matrimonial.

De los acuerdos se desprende que los matrimonios de las tres minorías religiosas deben cumplir las exigencias civiles, incluso las formales, como la presencia de dos testigos, salvo que el funcionario público que recibe el consentimiento es un ministro de culto protestante, judío o musulmán.

5.3. Las formalidades posteriores a la celebración: la inscripción

Si bien los matrimonios protestantes, judíos y musulmanes se constituyen desde la celebración, momento en el que se originan sus efectos civiles, para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria su inscripción en el Registro Civil, tal como establece el artículo 61 del Código civil. También los tres acuerdos de cooperación aluden a la necesidad de inscripción para la consecución de los plenos efectos civiles en los respectivos incisos finales de sus artículos 7.1.

Como consecuencia de la peculiaridad del acuerdo con los musulmanes, éste no menciona las previsiones de los párrafos 5 y 6 de los artículos 7 de los acuerdos con los protestantes y con los judíos. Así, en el párrafo 5 establecen que “una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá, en la certificación de capacidad matrimonial, diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos. Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remitirá al encargado del Registro Civil competente para su inscripción, y el otro, se conservará como acta de la celebración en el archivo”. Sólo varían en que el archivo es el “del oficiante” para los protestantes, o el “de la Comunidad Israelita respectiva”, para los judíos.

Coinciden los tres acuerdos en que “sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción podrá ser promovida en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior”, a tenor del artículo 7.6 de los acuerdos con los protestantes y con los judíos y del artículo 7.4 del acuerdo con los musulmanes. No obstante, en el acuerdo con los musulmanes, el “número anterior” – el 3 – no alude a una “certificación diligenciada”, cosa que sí ocurre con el “párrafo anterior” de los acuerdos con los protestantes y con los judíos – en este caso, el párrafo 5 de los mismos – sino sólo a una “certificación acreditativa de la celebración del matrimonio”. Pasando por alto esta imprecisión jurídica, que denota la inicial redacción conjunta para los tres acuerdos de esta materia, la cual habría sido modificada ¿a favor? de los musulmanes sin reparar en el detalle indicado³², el párrafo 3 del acuerdo con los musulmanes establece que “una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél, enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil”.

Además, según el artículo 7.2 del acuerdo con los judíos, “las personas que deseen inscribir el matrimonio [...], deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente”. Así, para los musulmanes la exigencia de obtención de la capacidad matrimonial sólo aparece de manera expresa para el momento de su inscripción, no de la celebración, si bien, como

³² Cf. el artículo 7.5 de los acuerdos con los protestantes y los judíos.

señala Escrivá, la exigencia expresa de esta capacidad en el momento de la inscripción supone un requisito implícito para el momento de la celebración³³.

Continúa el artículo 7.2 del acuerdo con los musulmanes señalando que “no podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación”. Esta mención, similar a la de los matrimonios protestantes y judíos, en el caso del acuerdo con los musulmanes se refiere sólo a la posibilidad de inscripción del matrimonio, no a su celebración, como ocurre en los otros dos tipos de matrimonios religiosos.

El artículo 65 del Código civil establece que en los “casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá probar si concurren los requisitos legales para su celebración”. Pese a que el artículo 65 menciona la salvedad del artículo 63 del Código civil, según el cual “la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva”, y teniendo en cuenta que el mismo artículo 63 establece que “se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen” deducimos que, si se celebrara un matrimonio musulmán sin solicitar previamente el certificado de capacidad matrimonial, posteriormente, en el momento de su inscripción, el encargado del Registro civil no podrá atenerse únicamente a las cuestiones formales – como haría si se tratara de la inscripción de un matrimonio protestante o judío – sino que deberá entrar en cuestiones de fondo. Así se podría evitar la inscripción de matrimonios musulmanes que no cumplan todos los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil.

También coinciden los tres acuerdos en el último párrafo de sus artículos 7 – el séptimo en los acuerdos con protestantes y judíos, y el quinto en el acuerdo con los musulmanes – en los que se establece que “las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil”, siempre previa audiencia de la federación de comunidades religiosas respectiva.

6. Consideraciones finales

La eficacia civil del matrimonio de las minorías religiosas españolas con acuerdo de cooperación constituye uno de los hitos en el progresivo avance hacia la normalización de la convivencia en la sociedad multirreligiosa de España, de modo que la forma religiosa musulmana, judía y protestante de celebración del matrimonio puede ser elegida por los contrayentes en sustitución de la forma puramente civil. Dado que, a diferencia del matrimonio canónico, se trata de matrimonios civiles en forma religio-

³³ J. Escrivá Ivars, op. cit., p. 357.

sa, se someten al Derecho civil en cuanto a los requisitos de capacidad. Ello explica la necesidad del control de dicha capacidad civil por el encargado del Registro civil.

Precisamente sobre esta cuestión cobra relevancia la dispar redacción del acuerdo con los musulmanes con respecto al de los protestantes y los judíos, pues en estos últimos existe un control de capacidad previo a la celebración del matrimonio, al exigirse la realización de un expediente matrimonial y la obtención de una certificación de capacidad matrimonial con una validez de seis meses, transcurridos los cuales se debe repetir el proceso. Dicho control vuelve a reiterarse en el momento de la inscripción de dichos matrimonios en el registro. La deficiente (posiblemente, intencionada) redacción del acuerdo con los musulmanes en esta cuestión hace que el control de capacidad se dé solamente en el momento de la inscripción del matrimonio, lo cual posibilita que, si no se extreman las precauciones por el encargado del Registro, pudiera llegar a inscribirse matrimonios musulmanes que incumplan requisitos civiles de capacidad, especialmente, la posibilidad de que se produzcan supuestos de bigamia, dada la peculiar regulación del matrimonio musulmán.

Sobre esta cuestión, debe reseñarse que, de las tres formas de celebración de matrimonio confesional reconocidas, la que mayores problemas prácticos plantea es la musulmana, debido a que la regulación del matrimonio musulmán es claramente discriminatoria de la mujer, pues además de la mencionada cuestión de la bigamia, consecuencia de la admisión de la poligamia a favor del varón, también admite el repudio unilateral de la mujer, y varios impedimentos matrimoniales que se aplican sólo o de modo más gravoso a la mujer. Por tanto, el respeto del orden público español justificaría una modificación del acuerdo con los musulmanes en esta cuestión.

Summary

Marriage of religious minorities in Spain – some rules for coexistence

Key words: marriage, Protestants, Jews, Muslims, civil efficacy.

Since the agreements, signed in 1992, between the Spanish State and the three main religious minorities in the country (Protestant, Jewish, and Muslim), their religious forms of marriage have a civil efficacy. Just only the celebration is ruled by religious law, because both before and after the celebration, they are ruled by civil standards. Thus, unlike what happens with catholic marriage, these are civil marriage acted in a religious form. So, all religious rules about a marriage – explained in this work – that they be in contradiction the Spanish civil rules about marriage, they won't have a civil efficacy. The confrontation with the Spanish public order is very high in the case of Islamic marriage. It is due to Islamic polygamy and to male's unilateral repudiation, and it, also, contains bigger limitations on the ability to contract for women. The rules agreed with the State provide a prior control on the celebration of marriages acted in Protestant and in Jewish religious form, but not, paradoxically, for Muslim celebration.

Streszczenie

Małżeństwa zawierane przez przedstawicieli mniejszości religijnych w świetle prawa hiszpańskiego – o pewnych zasadach wzajemnej egzystencji

Słowa kluczowe: małżeństwo, protestanci, żydzi, muzułmanie.

W 1992 r. podpisane zostało porozumienie pomiędzy hiszpańskim rządem a trzema głównymi zamieszkującymi Hiszpanię mniejszościami religijnymi (protestanci, żydzi, muzułmanie). Odtąd związki małżeńskie zawarte przez członków tych wspólnot w myśl uregulowań na gruncie religijnym są ważne w świetle hiszpańskiego prawa cywilnego. Reguły religijne odnoszą się jedynie do ceremonii zawierania małżeństwa, natomiast do pozostałych sytuacji stosuje się zasady prawa cywilnego. Tak więc są to związki oparte na prawie cywilnym, choć zawierane według zasad narzucanych przez religię. Wszelkie reguły religijne ww. mniejszości dotyczące zawierania małżeństw – opisane w tym artykule – wskutek sprzeczności z hiszpańskim prawem cywilnym nie mają mocy prawnej. Najbardziej jest to widoczne w przypadku małżeństw zawieranych przez muzułmanów, m.in. z powodu praktykowanej poligamii i możliwości rozvodu w drodze jednostronnego oświadczenia woli męża, a z drugiej strony licznych ograniczeń zawarcia umowy małżeńskiej przez kobiety. Regulacje uzgodnione z rządem hiszpańskim umożliwiają istotną kontrolę prawną nad aktem zawarcia małżeństwa w formach przewidzianych przez judaizm i protestantyzm, choć – paradoksalnie – nie jest tak w przypadku muzułmanów.

Jakub J. Szczerbowski

Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej
w Warszawie

Roman law as an instrument for promoting equality in the Napoleonic Code

Introduction

The Roman law is oftentimes considered as a prototypical legal system when it comes to considering inequality. The most prominent example of inequality in Roman law is the institutionalization of slavery. Another often-raised example of an institution, which promotes inequality, is the power of husband over wife. This stereotype has to be put, however, in a historical and social context. Roman law becomes an interesting case because it did not interfere with many of the social institutions; it merely regulated infringements of social order; in other words, many of the legal rules were mirror images of the social institutions. The question I want to pose in this article is whether the rules of Roman substantive law, and the Roman style of lawmaking was a force, which promoted equality in the Napoleonic Code and other codes, which were clearly influenced by it. Equality here is meant in both formal and economic sense. Equality is a concept, which is usually thought of as a state of affairs in a given point in time. In historical research it is more useful to think of equality not only as a state of affairs, but also as a process of becoming more egalitarian through legal and social change. Clearly Roman law did not guarantee equality in a modern sense, but this is not an interesting question. Roman law has to be viewed as an element of an ancient world. A very interesting element, as it continued evolving in later centuries, beyond the existence of the state, which created it.

This paper is concentrating on the, so-called, pillars of the Napoleonic Code¹, i.e. concept of property, freedom of contract, and the general clause of

¹ J. Gordley, *Myths of the French Civil Code*, "American Journal of Comparative Law" 1994, no. 42, p. 459.

liability in delict. It is therefore useful to analyze the originality of those concepts, and the amount of influence Roman law had in their creation. By this indirect means it is possible to assess whether the Roman law was promoting equality. The text does not analyze the institution of marriage, or the other aspects of family law. Law of property, law of contract and the law of delict are also interesting for the questions they answer are simple, yet the answers are complex. Just like in mathematics the most beautiful problems are simply stated but difficult to solve. Famous Fermat's Last Theorem could be written in one line², but proof of it eluded mathematicians for centuries. Likewise, property, contract and tort ask similarly simple questions but the answers elude lawyers for millennia. Property law is there to answer: What resources should be private and what resources should be public? What are the limits of exclusive and public use of resources? Contract law strives to answer questions such as: What promises between individuals deserve enforcement by the state? Law of delict is concerned with the question: How to minimize the social cost of accidents and intentional injuries to body, mind, and resources? Those questions while simple in wording are extremely difficult to answer.

1. Some historical remarks

It is often said, that every lawyer looks at the law by the prism of the first legal system he learns. This problem was not alien to the drafters of the Napoleonic Code. Should they gone the way of recreating the institutions from the beginning they would, most probably, still end up translating the revolutionary concepts into the dogmatic of *ius commune*. If they were to create the system of private law from completely *ex nihilo*, then some of the answers Roman law gave to the questions above. Some of the answers were incompatible with the revolutionary spirit, but most of the were valuable, one would be tempted to say true, solutions to the problems of interactions between actors of society.

The Code Civil did not share the spirit of French Revolution for the above reasons. At the time of the drafting of the Code the territory of France was divided among various legal systems. The law in the south of France was based largely on the reception of Roman law. Roman law was therefore not an alien element in the drafting process. The north of France used a variety of customary laws, with the Common Law of Paris as a most prominent example³.

² It states that no three positive integers a , b , and c can satisfy the equation $a^n + b^n = cn$ for $n > 2$.

³ E. Stankovic, *Influence of Roman Law on Napoleon's Code Civil*, "Fundamina" 2005, no. 11, p. 310.

This division between two parts of France created a perceived need for unification. The French Revolution proved to be a historical moment when unification was possible. Equality, liberty and fraternity were the values aimed to provide an individual with a framework to pursue happiness in any manner, restrained only by negatively stated principles of society. The revolutionary values were supposed to make it into the Code, as it is difficult to imagine the revolutionary values come to life without a private law, which would enshrine and protect them.

2. Object and limits of property rights

The Roman law of property cannot be easily divided to the property of people and the property of things. The division serves only to clarify the problem from the modern perspective. On the other hands, Romans were perfectly aware that slaves are people. For Roman law slavery did not mean the reduction of slaves to inanimate objects, or their treatment as animals. For Roman law slaves remained humans, and it shows in the legal sources, e.g. the *Institutions of Gaius* mentions slaves in the chapter about persons.

2.1. Slavery

The Romans did not invent the concept of slave ownership. Many ancient civilizations relied on slavery as an important part of an economic system. Some argue, that while humans are not subject to property rights in modern system, economically many of the social classes still play the role of slaves, having minimal wages and not being owners of the housing they occupy. This opinions show, that the concept of slavery has a normative layer and an economic layer. It is therefore necessary to examine both aspects while thinking about Roman slavery.

Firstly it is necessary to examine the source of slaves in the ancient Rome. As in many ancient societies slaves were captured during war⁴. Only in later period a substantial part of slaves were the descendants of other slaves. The owner could free a slave, and usually he would not need any permit from the authorities. This stands completely in contradiction with more modern systems of slavery. This is usually caused by the connection made between race and social status. This association made it necessary to limit manumissions in legal systems such as Louisiana. The connection between race and slave status was even pronounced by a presumption. The Superior Court of the territory of Orleans decided in *Adele v. Beauregard* (1809) that

⁴ J. Kelleher Schafer, *Roman Roots of the Louisiana Law of Slavery: Emancipation in American Louisiana, 1803–1857*, "Louisiana Law Review" 1996–1995, no. 56, p. 410.

Mulattoes were presumed to be free and Negroes were presumed to be slaves⁵. This presumption makes the then American law much harsher than the Roman law, where the presumption of freedom was the rule.

Another important difference was the kind of works done by the slaves in Rome vs. the slavery of the recent centuries. Roman slaves often worked as artisans, teachers, musicians etc. This implied, that the status of slave was not necessarily indicative of mental deficits. Again, quite contrary to the laws of North America, where slavery was based on the assumption that race indicates mental capacity, to the point where some states enacted legislation prohibiting education of the slaves⁶.

It is therefore justified to say, that Roman law was not a justification for modern systems of slavery. The Roman system of slavery was just indicative of the ancient economy; they just did not develop the understanding of the economics of labor, which allowed for the development of ethical framework flowing from the realization that slavery is not an economic necessity.

2.2. Property of things

Art. 544 of Code Civil is one of the most often cited definitions of property in the whole of legal history. It expresses an individualistic approach, which enables the owner to do whatever he pleases with a thing, unless it is contrary to laws or regulations⁷. This approach is a generalization of the rules, which formed the law of things in the ancient Roman law, and was already fully developed in the definition of Bartolus, *dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*. The works of Bartolus are just a development of Roman law feel for property, a conjecture on a probable definition of the concept in antiquity. It is often said Romans did not develop the definition of property but it is more precise to say, that the scarce sources of law that remain do not contain such a definition.

The Roman law of property laid base to the modern thinking about it. In the classical Roman law there existed two kinds of property, one “true” property, and the other “in bonum” property. The division disappeared in the later law and the resulting singular property is the sort, which is intuitively understood by us. Different kinds of property are not alien to recent legal systems. Although we think of property as unitary concept there exist many similarities to the Roman dual property. For example, the ability of foreign nationals in Poland to acquire land is greatly limited. The rules which govern the process of such acquisition belong to the realm of administrative law, however, functionally it is hard to reduce property rights to a single definition.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, p. 411.

⁷ J. Gordley, op. cit., p. 462.

The main development of Roman law was to separate property from possession, a non-obvious trick, which made it possible to think of property as a right and not as a thing. Another abstraction was the concept of restricted property rights, and in consequence – improved economic flexibility of the concept of property. This flexibility is often underappreciated in the discussions about freedom and equality. Roman law understood property as a technical concept, not as a political statement. Being a technical (legal) concept, property could be adopted to the conceptual net of the Age of Enlightenment.

3. Boundaries of the law of delict

The law of delict in the Napoleonic Code is most famous for its art. 1382⁸. It is a general clause of liability in delict, and it imposes liability based on three pillars: fault, causality and harm. The norm of the art. 1382 is a generalization of *lex Aquilia*. Romans used words *delictum* and *maleficium* to signify an illicit act. The most important category of delict was contained in *lex Aquilia*, which regulated destruction and harm done to a thing, including slaves and animals. *Lex Aquilia* developed the concept of connecting the amount of damages with the extent of harm. According to Zimmermann, it was at the time, the most important law in the ancient Rome⁹.

The first chapter of *lex Aquilia* provided action for killing of a slave or an animal: G. 3.210. *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamv. quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.* It provides a rule for assessing value of the destroyed thing, which guarantees that the owner can buy a similar thing for the damages.

The third chapter of *lex Aquilia* is even more important historically, it allowed for further generalizations, and finally formation of the general clause of the art. 1382: D. 9.2.27.5 Ulpianus 18 ad ed. *Tertio autem capite ait eadem lex aquilia: “ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto”.* The third chapter was subject to later interpretation and allowed for creation of new types of liability. Already in the classical period, *lex Aquilia* was used to

⁸ Article 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

⁹ R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, New York 1996, p. 953.

create liability for what we call today pure economic loss. In the fragment of Ulpian an action is given to an owner of a flat, who suffers loss because of a third party committing a delict for which he is liable: D. 9.3.5.4 Ulpianus 23 ad ed. *Cum autem legis aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem.*

The contemporary law of delict, greatly influenced by the *lex Aquilia*, developed along the lines of Roman cases. Although other cultures must have had the same cases, it was the method of thinking developed by the jurists, which led to the elaboration of modern law of delict. Romans understood that the purpose of the law of delict is not only to punish the tortfeasor, but also to encourage precaution at an appropriate level. The precaution element allows for the development of the doctrines of objective and subjective liability form harm. Understanding of the necessity to stimulate precaution is a key feature of the law of delict. This feature allows us to live in a society where accidents happen but, supposedly, the cost of accidents is minimized.

4. Freedom of contract

The general clause of freedom of contract is an interesting institution. At the time of the enactment of the Napoleonic Code it was a new institution. On the other hand, it was seen by many as a generalization of the Roman system of contracts. Despite the very broad wording of the art. 1134¹⁰, the concept of contract was constrained by the requirement of *causa*. This basically means, that the parties to the contract need to have compatible economic goals. But still, freedom of contract allowed for further generalizations two hundred years later, when the drafters of the Draft Common Frame of Reference decided that the requirement of *causa* is not necessary, it would be sufficient to ascertain that the parties agreed on a certain content of the contract and that they want to, or can reasonably be expected to want to enter into a legally binding relationship.

Despite a new way of thinking about contracts, which came from the school of natural law, it is difficult to overlook the influence Roman law had at the system of contracts contained in the Napoleonic Code. The main argument is, that the freedom of contract is not necessary for a system of

¹⁰ Article 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

contracts to promote freedom and equality. Freedom of contract means the legal systems accepts atypical promises as valid contracts. This has not really much to do with freedom and its positive associations. In fact, freedom of contract does not need to be explicit. It can be hidden in a different dogmatic. The Romans from a very early stage had a unilateral contract called stipulation. Under this contract an obligation to perform any consideration could be created. Most of the economic results of later contracts could be achieved by two contrary stipulations, e.g. one party stipulates to give a certain amount of money, another party stipulates to give a certain thing. This, of course, did not solve all the problems related to the details of such transaction, however, stipulation provided a lot of elasticity to the Roman law of contract. Another development of in Roman law was the gradual institutionalization of pacts, i.e. informal agreements.

Conclusions

It is difficult to conclude whether the Roman law promoted equality in historical perspective, however, I think the generalizations of Roman institutions where not promoting equality to the same extent the original did. Many indicate the Age of Enlightenment as the most influential period when it comes to promoting equality but still, the equality came at great price. The bloody revolution allegedly led to two world wars. Roman law is blamed for not abolishing slavery but its defenders claim, that it was unthinkable in Antiquity. This defense is not convincing because it is easy to say after the fact that the intellectual climate forbade the change to happen. If the French revolution failed, some would come to the same conclusion as they did with the Roman law. This is purely tautological. The defense of Roman law should be based on the relevant issues. Those relevant institutions are those, which create the conceptual basis for a stable economic system.

One feature of Roman law which was not retained by the codification movement, and I think it is a most regrettable fact, is the juristic method which allowed for creation of the wonderful rules of Roman substantive law. The juristic method was developed by elimination of moral and personal arguments from legal discourse¹¹. This omission is one of the most influential factors shaping the legal systems of continental Europe and other legal system under their influence.

¹¹ T. Giaro, *Knowledge of Law as Knowledge of Facts. The Roman Experience*, [in:] T. Giaro (ed.), *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Henryk Kupiszewski*, University of Warsaw, Warszawa 2011, p. 215.

Resumen

Derecho Romano como herramienta para la promoción de igualdad en el Código de Napoleón

Palabras clave: Derecho Romano, la igualdad, el código napoleónico, la economía del derecho privado.

El Código Napoleónico fue preparado en un período de cambio social tumultuosa. Nuevos conceptos y radical de la sociedad se transforman en realidad, entre otros, los medios de la reforma legislativa. Curiosamente, en la época de la Revolución Francesa hubo un “jugador” que no encaja en la imagen: el derecho romano. Era antigua, una palabra despreciado por los revolucionarios. Permitted mantener los esclavos. ¿Cómo es entonces que la ley de los romanos sobrevivió en las normas del Código de Napoleón? El papel del derecho romano derivado de sus instituciones, en especial de la ley de propiedad y el derecho de las obligaciones. Los conceptos de posesión, propiedad, derechos reales limitados, el contrato, la solidaridad, la responsabilidad en materia delictual etc. resultaron tan útil que sería muy poco práctico para reinventar los conceptos de cumplir un capricho.

Streszczenie

Prawo rzymskie jako narzędzie propagowania równości w Kodeksie Napoleona

Słowa kluczowe: prawo rzymskie, Kodeks Napoleona, ekonomia prawa prywatnego.

Kodeks Napoleona powstawał w okresie burzliwych zmian społecznych. Nowe i radykalne koncepcje społeczeństwa zostały wprowadzone w życie za pomocą m.in. reform prawnych. Co ciekawe, w okresie rewolucji francuskiej istniał jeden czynnik, który nie wpisywał się w ogólny obraz sytuacji – prawo rzymskie, zezwalające np. na posiadanie niewolników. Było ono „antyczne”, a samym tym słowem rewolucjoniści pogardzali. Jak zatem doszło do tego, że przetrwało w normach Kodeksu Napoleńskiego? Siła prawa rzymskiego bierze się z jego instytucji, zwłaszcza tych wykształconych na gruncie prawa rzeczowego i prawa zobowiązań. Koncepcje posiadania, własności, ograniczonych praw rzeczowych, kontraktów, solidarności, odpowiedzialności deliktowej itp. okazały się tak użyteczne, że byłoby skrajnie niepraktyczne opisywanie ich na nowo tylko w tym celu, aby zaspokoić kaprysy ideologii.

Adam Świętoń

Katedra Prawa Rzymskiego i Porównawczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

**Verbal aggression in the legal language
of the Late Roman Empire
– the case of the constitutions preserved
in the book 16 of *Codex Theodosianus***

Introduction

In the course of the 4th century the clash between the Christianity and the traditional religious system of the ancient Roman world kindled strong mutual animosity. When the Christian religion had attracted attention and the approval of the Roman authorities, their attitude towards old religions became more and more unfavourable – till the climax during the reign of emperor Theodosius the Great. Along with the *pagani* also other enemies of the new order appeared – apostates and heretics. This paper briefly presents the question of the verbal aggression that marked the late Roman imperial legislation. It is clearly visible in the laws published towards all those who were in opposition to an existing order and system of values preferred by the imperial court. I will focus here only on the invectives and manifestations of intolerance occurring in the imperial constitutions preserved in the 16th book of the *Codex Theodosianus* devoted to religious issues.

Imperial constitutions were not only the tool of the dissemination of the law, but also established the channels of communication between the emperor and his officials. In this manner the ideological message spread according to the shape of the late Roman propaganda. Therefore the late imperial law may be treated (to some extent) as expression of the governmental orders and wishes than as real testimony of the social and political situation in the Late Roman Empire. Research of such scholars as Tony Honore, Fergus Millar, Jill Harries on the style of the legal language in the literary, rhetorical and historical context examined its ideological and propaganda layer and

allow to come to the interesting conclusions about the role of the law in establishing and developing the link between the emperor and his subjects¹.

Late Roman imperial propaganda left its mark on the process of creation and distribution the law – especially in relation to key areas of the emperor’s authority such as economy and taxes, succession of the power, mechanism of the administration and the question of Christianity. In this period the verbal aggression accompanied by insult and threat was increasing – it is clearly evident for the areas of social life that were the most vulnerable to disruption and disintegration. Emperor’s attention was focused on the efficiency of the administration threatened by corruption, nefarious *suffragium*, nepotism and on the unity of the Christian world endangered by heretics, unorthodox movements, apostates and pagans. Thus the aim of law was not only to order and to demand but also to educate. Educational role on law is visible in the construction of invective which is accompanied by the appeals for betterment. Sometimes threat was added – but as a rhetorical complement to the emperor’s reprimand rather than criminal sanction. For instance in his famous constitution emperor Constantine called the officials to stop the corruption: “The rapacious hands of the officials shall immediately cease, I say, the shall cease”² (*cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent inquam...*), and then “if they, after this warning, do not cease, they shall be cut off by the sword” (*nam si moniti non cessaverint, gladii praecidentur...*)³. Cutting off the hands was in this case rather a kind of harsh rhetorical figure than announcement of the punishment for the disobedient officials. Specific function in the spreading of the propaganda, education of the subjects and communication between them and the highest authority had *praefatio* (equivalent of the modern preamble). The compilers of the *Codex Theodosianus* and *Codex Iustinianus* had shortened the texts of constitutions and removed the *praefationes* before they put the extract in the

¹ J. Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press 1999; idem, *Legal Culture and the Identity in the Fifth-Century West*, [in:] S. Mitchell, G. Geoffrey (eds.), *Ethnicity and Culture in Late Antiquity*, Duckworth, London 2000, p. 45–57; idem, *Roman Law Codes and the Roman Legal Tradition*, [in:] J.W. Cairns, P.J. du Plessis (eds.), *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World*, Edinburgh University Press 2007, p. 53–82; T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, Duckworth, London 1981; idem, *Law in the Crisis of Empire 379–455 AD. The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Clarendon Press, Oxford 1998; F. Millar, *Emperors at Work*, “The Journal of Roman Studies” 1967, no. 57, p. 9–19. As for literature about the ideological and legislative role of the constitutions see also M. Stachura, *Foreword to: Codicis Theodosiani Liber Sextus Decimus*, A. Caba, (transl.), M. Ożóg, M. Wójcik (eds.), Wydawnictwo Akademii Ignatianum, Kraków 2014, p. XIV, n. 5.

² All cited translation of the constitutions denoted as CTh. follows C. Pharr (transl.), *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian constitutions. A translation with commentary, glossary and bibliography*, Princeton University Press 1952.

³ CTh. 1.16.7. For detailed analyze of the constitution see. M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego. Studium zjawiska agresji językowej w Kodeksie Teodozjusza, Nowelach Postteodozjańskich i Konstytucjach Sirmondiańskich*, “Historia Iagellonica”, Kraków 2010, p. 64f.

Codes⁴, but in some cases the remains of propaganda and admonition penetrated parts of the texts which were preserved in the Codes.

Legal language of late antiquity was quite specific and in comparison with the law of classical era was permeated with the verbal aggression⁵. As Michał Stachura states in his work, 29% of texts preserved in the *Codex Theodosianus* contains one offensive word and almost 3% of them contain five or more offensive expressions. As for the Post-Theodosian Novels which were untouched by the compilers about 76% of the material contain one insulting or aggressive expression and nearly 24% contain five or more invectives⁶. The relatively high diversity of invective and also a high degree of repeatability is distinctive. So the question arises about the harsh style of the constitutions which not survived in its original form.

Concerning misbehaviour of the subjects such as corrupted officials, apparitors, imperial agents or judges such phrases are used as banditry (*latrocinium*), robbery (*rapacitas*), violent action, assault (*impetus*), plunder (*depraedatio*). They are driven by greed, nefarious ambition (*avaritia*, *cupiditas*), hate or envy (*invidia*), audacity (*audacia*), insolence (*insolentia*) or madness (*furor*). Sometimes appears the association with the despised animals – for example the efforts of the officials promoted unlawfully to higher grades are defined as *subreptio* which suggest slithering into the world of privileges like a snake or viper⁷. Apparitors are verbally branded as wicked, arrogant (*superbus*) and nefarious (*nefarius*)⁸. Wrongdoers and antagonists are described as public enemies (*hostes publici*) for instance sorcerers (*magi*) and soothsayers (*haruspices*) are shown as the enemies of mankind (*inimici humani generis*)⁹. Some laws depict them as *inimici*: “an enemy alike of the fisc and of the women” (*fisci et mulieris inimicus*) or “the public enemy and Our own enemy” (*publicus ac noster inimicus*). In this latter instance emperor Constantine II is considered hostile to the People and at the same time personally to the emperor Constantius¹⁰.

⁴ Ibidem, p. 45.

⁵ As for the distinctions between the legal terminology of the classical and post-classical age see: ibidem p. 38–42.

⁶ Ibidem, p. 63.

⁷ E.g. CTh. 1.15.10, CTh. 1.16.3, CTh. 1.16.7, CTh. 1.28.3, CTh. 1.32.32, CTh. 5.14.31, CTh. 6.4.22.3, CTh. 6.29.5, CTh. 6.35.11, CTh. 8.4.28.3, CTh. 10.4.1, CTh. 11.1.32, CTh. 11.7.3, CTh. 13.11.11. See also M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 109f, 112f, 132f.

⁸ CTh. 1.16.7.

⁹ CTh. 6.4.22.3, CTh. 9.16.6. The term *humanum genus* means all human kind which lives on the world – *orbis terrarum* (after enlargement of the territory of the Roman State described often as *orbis Romanus* or *orbis noster*). *Humanum genus* is opposed to animals (see D. 1.1.1.3). For more precise interpretation of the term see L. Janssen, “*Superstitio*” and the *Persecutions of the Christians*, “*Vigiliae Christianae*” 1979, no. 33, p. 144f.

¹⁰ CTh. 10.11.1, CTh. 11.12.1. M. Stachura points out the difference between the words *inimicitia* and *hostilitas*. *Inimicitia* appears in the sources in relation to the personal unfriendliness inside the Roman community (it is antonym of *amicitia*). *Hostilitas* (antonym of *societas*)

Verbal aggression towards heretics and pagans

As for the imperial constitutions related to religious issues the verbal aggression turned against some groups of subjects which can be generally described (as in some constitution) by the expression “enemies of the Catholics”¹¹. The bulk of legal texts referred to this problem is preserved in the followed titles of 16th book of the *Codex Theodosianus*: title 5 (*De haereticis*) and title 10 (*De paganis, sacrificiis et templis*) from which the title devoted to the heretics is the most marked by verbal violence.

The end of the fourth century in the Roman Empire was a period of the consolidation of the state’s religious policy. Its nucleus was the orthodox Christianity with the emperor in its centre as the guarantor and protector of the Christian religious unity and the leader of the Christian world¹². Theodosius II saw the role of the emperor just “as a sort of mediator between God and Man, who received from God the duty to rule in order that there be harmony between the religious and temporal life of the people”¹³. Thus the concept of the “only true faith” (*una catholica veneratio*¹⁴) was harmonized with the idea of the one absolute (in the secular and religious sense) ruler of the state that was multicultural but united in God.

One of the most fundamental rule which characterises and at the same time explains the attitude the Christian orthodox towards the dissenters was *credo* of Nicene. Emperors repeatedly acknowledged the Nicene Creed as the ground of the “true faith”. In their constitution addressed in 380 AD to the people of Constantinople (that is the people of the Roman East)¹⁵ emperors Theodosius the Great, Valentinian II and Gratian drew up the distinct line

is applies to the situation of hostility in the relationships outside the Roman state. But sometimes these two words were used as a synonyms. M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 84, 87 n. 339 and p. 87–92.

¹¹ CTh. 16.5.42 (*Eos, qui catholicae sectae sunt inimici...*), CTh. 16.5.62, CTh. 16.5.64. It is worth to note that this hostility might move from internal relationships to external – the majority of Goths, Vandals and Ostrogoths that invaded Roman territory was Arian faith. M. Wójcik, „Szaleństwo Arian” jako przestępstwo godzące w jedność państwa, [in:] A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz (eds.), *Salus rei publicae suprema lex. Ochrona interesów państwa w prawie karnym starożytnej Grecji i Rzymu*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2007, p. 367.

¹² Bishop Ambrosius praised Gratian and Theodosius the Great as a head of Christian community (*Ambrosius, De obitu Theodosii* 51). Theodosius I deserved with absolute certainty to be remembered as promoter of the Christian faith. On the one hand he supported *fides Catholica*, on the other actively and radically fought off the heretic movements and controversies. In this respect his reign was landmark. See I. Fargnoli, *Many Faiths and One Emperor. Remarks about the Religious Legislation of Theodosius the Great*, „Revue Internationale des droits de l’Antiquité” 2005, no. 52, p. 146f.

¹³ M.R. Salzman, *The evidence for the conversion of the Roman empire to the Christianity in book 16 of the “Theodosian Code”*, “Historia” 1993, no. 42, p. 362.

¹⁴ CTh. 16.5.38.

¹⁵ CTh. 16.1.2. See G.G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1976, p. 159.

between Catholics¹⁶ and the rest “whom We adjudge demented and insane”¹⁷. Those who do not adhere to the Nicene Creed the constitution ascribed the foolishness and uncontrollable madness (*dementia, vesania*) and opposed them to the believers of the *fides Catholica* – the only true and official religion¹⁸. They were undoubtedly heretics and apostates, but in wider sense besides the Christian dissenters the constitution also branded those who worshipped the old Roman gods. Next year (381 AD) Theodosius the Great issued another constitution that strengthened the foundation of the Catholic faith by the supporting the Nicene Creed and made the Catholics its protectors¹⁹. The law is also the great example of the elaborate invective against unorthodox sects (see below). Both constitutions were included by Theodosius II in his *Codex* as a *leges generales* and almost hundred years later by Justinian in his Code. Their location in the structure of the 1st book of the Justinian Code indicates that these laws constituted one of the most important principles of the state policy in the field religious and ideological affairs²⁰ and defined Roman Empire as an orthodox Christian.

The religious policy built on the conception of the one true religion was by definition intolerant and unfriendly to any misrepresentations. It must be also remembered that hostile attitude to the heretics aroused due to the character of some religious disputes and quarrels. Not all of them took place in an atmosphere of intellectual debates. Some controversies were discussed in the way of the riots and street fights. Consequently the heretics were seen as serious threat to the public order²¹.

The imperial law on the religious affairs was characterised by strong antagonism. On the one side there are Catholics on the other four groups of subjects may be distinguished: heretics and schismatics (*haeretici et schismatici*, those who undermine the orthodox dogmas), apostates (*apostatae*, those

¹⁶ *Catholici* were Christians which confessed the dogma of “the single Deity of the Father, the Son, and the Holy Spirit, under the concept of equal majesty of the Holy Trinity” (*hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus* [CTh. 16.1.2]). Therefore they were loyal to the *catholicum* “the general principle” (see s.v. *catholicum*, P.W. Glare (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford 1996, p. 285) which was the Nicene Creed. According to T. Honoré *Catholici* represented “the whole body of the church” (T. Honoré, *Law in the Crisis of Empire 379-455 AD. The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Clarendon Press, Oxford 1998, p. 5).

¹⁷ CTh. 16.1.2 (*reliquos vero dementes vesanosque iudicantes...*).

¹⁸ G.G. Archi, op. cit., p. 159.

¹⁹ CTh. 16.5.6, CTh. 16.5.6.2 (*Is autem nicaenae adsertor fidei, catholicae religionis verus cultor accipiendus est...*).

²⁰ The constitution CTh. 16.1.2 opens first book of the Justinian Code. The law promulgated by Theodosius I in 381 (CTh. 16.5.6) comes after. As for the Justinian’s religious policy in relation to *fides Catholica* see S. Kurša, *Ochrona ortodoksyjnej wiary w ustawodawstwie Justyniana*, “Zeszyty Prawnicze UKSW” 2012, z. 12.2, p. 7f.

²¹ A. Dębiński, *Ustawodawstwo karne rzymskich cesarzy chrześcijańskich w sprawach religijnych*, Redakcja Wydawnictwa KUL, Lublin 1990, p. 50.

who abandon the Christian faith – *qui ex christianis pagani facti sunt*²²), Jews and pagans (*pagani*, those who cultivate old Roman worship). Out of them the heretics were treated with the strongest aggression. It may be explained by the awareness of the threat caused by the heretical doctrines to the ideological unity of the state (and thus also political). Legal language of the constitutions reflects this anxiety – those who diminish “true religion” are “authors of sedition”, “disturbers of the peace of the Church” and “disturbers of the Catholic faith”²³. In this way they also violate the dignity, prestige and authority (*auctoritas*) of the emperor²⁴. The number of issued and preserved constitutions demonstrates the concern of the Roman authorities over the problem of heretics. *Codex Theodosianus* contains 66 constitutions against heretics compared with 25 related to pagans and only 7 related to schismatics (but it must be remembered that these proportions show the scope of situation in the first half of the 5th century when the Code was promulgated)²⁵.

It should be also noted that despite the aggressive, intolerant and insulting overtones of the law the orthodox Christianity kept the door open for the repentant sinners. Harsh invectives in the language of the law-makers and intellectuals were accompanied by the appeals for patient and gentle actions to bring heretics, apostates and pagans back to the bosom of the Church. Lactantius in his work *Divinarum Institutionum libri VII* recommended to act in moderation and patiently²⁶. Even the radical legislation of Theodosius the Great was in fact oriented to the restoration of the heretics to the orthodox Church and only in the case of failure the sinners should be definitively separated from the Christian society²⁷.

Legal sources do not propose the explicit definition of the word “heretic” or “heresy”. Sometimes the legislation used the name of particular heresy in order to clarify²⁸. In the year of 395 emperors Honorius and Arcadius included among the heretics all those who “deviate, even in a minor point of doctrine, from the tenets and the path of the Catholic religion”²⁹. It is

²² CTh. 16.7.1.

²³ CTh. 16.1.4 (*ut seditiois auctores pacisque turbatae ecclesiae...*) = CTh. 16.4.1 (*seditiois auctores pacisque turbatae ecclesiae...*), CTh. 16.4.3 (*et fidem catholicam turbat...*).

²⁴ CTh. 16.4.4.

²⁵ See M.R. Salzman, *The evidence for the conversion...*, p. 375.

²⁶ E. DePalma Digeser, *Lactantius, Porphyry, and the Debate over Religious Toleration*, “The Journal of Roman Studies” 1998, no. 88, p. 124. On the religious tolerance and intolerance see. A.H. Armstrong, *The Way and the Ways: religious tolerance and intolerance in the four century AD*, “Vigiliae Christianae” 1984, no. 38, p. 1–17.

²⁷ I. Fargnoli, op. cit., p. 150.

²⁸ M. Wójcik, *Szaleństwo Arian...* p. 371. See eg. CTh. 16.5.6, CTh. 16.5.11, CTh. 16.5.12, CTh. 16.5.65.

²⁹ See CTh. 16.5.28. The meaning of the word “heretic” was enlarged by Theodosius II (and in consequence by Justinian) through the reception of the constitution promulgated in 380 AD by Theodosius I (CTh. 16.1.2 = C. 1.1.1) and covered also pagans and Jews (A. Dębiński,

difficult to consider this view as complete and sufficient definition especially as it do not distinguish the heretics from the schismatics (the difference which was seen by the contemporaries³⁰).

Heretics were considered as a heterogeneous group of the members of the communities outside of the main Orthodox Christian Church supported by the state. On the other hand from the legal point of view the Roman authorities saw them as homogeneous body and this is attested by the governmental religious policy (for example, there is only one title in Codex Theodosianus devoted to the various heretic movements)³¹. A policy which reached its climax during the reign of the Theodosius the Great.

Heresy as such is described as *crimen, sacrilegium*. This is denotation of the crime in the legal sense³², furthermore by using the word of *sacrilegium* in a rhetorical figures the heretics were stigmatized as wicked men, wrongdoers, *malefici* equal to traitors to the state and emperor (because of identification of the *crimen laesae maiestatis* with the crime of *sacrilegium* in the Roman criminal law)³³. Some the constitutions contain the expression which amplify the meaning the word of *crimen*. Term of *scelus* is used to describe the criminal activity as extremely atrocious³⁴.

Herezja jako przestępstwo prawa rzymskiego, [in:] A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz (eds.), *Salus rei publicae...*, p. 49; M. Stachura, *Foreword to: Codicis Theodosiani Liber Sextus Decimus*, p. XXXI). In short heretics follows the "heresy" which is very opposite of the "orthodoxy" ("true", "correct", "right", "appropriate" doctrine). See N. Widok, *Ortodoksja, herezja, schizma - wyjaśnienie pojęć*, [in:] F. Drączkowski, J. Pałucki, P. Szczur, M. Szram, M. Wysocki, M. Ziółkowska, *Ortodoksja, herezja, schizma w kościele starożytnym*, Polihymnia, Lublin 2012, p. 16. For more comparison between these two terms see F. Zuccotti, „*Furor haereticorum*”. *Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del Tardo Impero Romano*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 186f.

³⁰ In the early Christian writings words of "heretic" and "schismatic" were used as a synonyms but probably as soon as in the fourth century in the East these two words gained different meaning. See N. Widok, *op. cit.*, p. 29, 32. The difference is visible in the phrases contained in constitutions CTh. 16.5.1 (*haereticos autem atque schismaticos...*), CTh. 16.5.62 (*Manichaeos haereticos schismaticos sive mathematicos.omnemque sectam catholicis inimicam...*) and CTh. 16.5.64 (*Manichaeos haereticos sive schismaticos omnemque sectam catholicis inimicam...*). Interesting constitution of Arcadius, Honorius and Theodosius II issued in the year of 405 (CTh. 16.6.4) attests the awareness of such distinction: the schism is quite different from heresy (*quae, ne haeresis vocaretur, appellationem schismatis praeferebat*), but heresy can be born out of the schism (*Ita contigit, ut haeresis ex schismate nasceretur*).

³¹ M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 188

³² Eg. CTh. 16.5.34. A. Barzanò (ed.), *Il cristianesimo nelle leggi di Roma imperiale*, Paoline Editoriale Libri, Milano 1996, p. 91. Regarding to the heresy as a crime of sacrilege see A. Dębiński, *Ustawodawstwo karne rzymskich cesarzy chrześcijańskich...*, p. 83f; idem, „*Sacrilegium*” w prawie rzymskim, Redakcja Wydawnictw KUL, Lublin 1995, p. 168f; idem, *Herezja jako przestępstwo...*, p. 45f.

³³ See A. Dębiński, *Sacrilegium...*, p. 113f.

³⁴ CTh. 16.5.7, CTh. 16.5.34.1, Nov. Val. 18. Term of *scelus* emphasizes the inhumanity of the act. In the legal sense there is no dissimilarity between *crimen* and *scelus* at least as for the constitutions preserved in the 16th book of the *Theodosian Code*. See M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 145.

The term of *haereticus* is the invective on par with the name of the specific heresy (like the Arians, the Eunomians the Manichaeans, Pepyzites, Macedonians etc.³⁵). In the constitution from the year of 381 Theodosius the Great declared that the very name of the founder of heresy is ominous as bad omen (*prodigium*)³⁶. Christians opposed the names of founders of heresy to the Name of Christ.

As it has been mentioned above the constitutions reflect the fear of heresies because of the threat to security of state and public order. Assemblies (*conventus*) or communities of heretics were compared with noisy rebellious crowd which is accompanied by bustle, quarrels, verbal skirmishes and scuffles. Emperors Valentinian and Valens put in 372 AD in the law against assemblies of Manicheans word *turba*³⁷. There was always a danger of the transformation the quiet discussion into the noisy quarrel accompanied by the riots, but the main intention of this expression was to associate the heretics with the savage crowd of aggressive plunderers. The participants of the heretical assemblies were seen as riotous “disturbers” of the peace (not only of state but also Church) which acted “with flagrant and damnable audacity”³⁸. Participation in such meeting was considered as incitement towards the Catholic faith and society³⁹. Another laws described congregations of heretics as tumultuous⁴⁰.

Heretics were also named as impious (*profanus*). For Theodosius I the Manichaeans were defilers and corrupters of the Christian doctrine (*profanator atque corruptor catholicae disciplinae*), who “leave the community of good people” and choose “secret turbulent gatherings” (*secreta turba*). In the law of Honorius and Theodosius II promulgated in 408 AD heretics are described “as hostile to Catholics”⁴¹.

Invectives were applied also in order to humiliate the heretical doctrines. According to the rhetorical structures the propagation and teaching of heresy bring discredit on God (*imminutio Dei*)⁴², offend His mighty name and insult His divinity⁴³. They were defined as impious (like those of Mani-

³⁵ CTh. 16.5.11 (*id est Eunomiani, Arriani, Macedoniani, Pneumatomachi Manichaei, Enkratitae, Apotactitae, Saccofori, Hydroparastatae...*), CTh. 16.5.12 (*Vitiorum institutio deo atque hominibus exosa, Eunomiana scilicet, Arriana, Macedoniana, Apollinariana ceterarumque sectarum...*), see also CTh. 16.5.59 and 16.5.60.

³⁶ CTh. 16.5.6.

³⁷ CTh. 16.5.3 (*Ubi cumque manichaeorum conventus vel turba huiusmodi repperitur...*).

³⁸ CTh. 16.1.4 (*ut seditionis auctores pacisque turbatae ecclesiae...*), CTh. 16.4.2 (*Et si quis posthac ausu gravi adque damnabili contra huiusmodi legem veniendum esse crediderit...*).

³⁹ CTh. 16.4.3 (*et fidem catholicam turbat et populum...*).

⁴⁰ CTh. 16.4.4 and 16.4.5.

⁴¹ CTh. 16.5.9pr, CTh. 16.5.42 (*Eos, qui catholicae sectae sunt inimici...*).

⁴² CTh. 16.5.5.

⁴³ CTh. 16.5.15 (*Omnes diversarum perfidarumque sectarum, quos in deum miserae vesania conspirationis exercet...*), CTh. 16.5.26 (*audeat coetus illicitos congregare profanaque mente omnipotentis dei contaminare mysterium...*), Nov. Val. 18 (*detestandam divinitas iniuriam...*). See also M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 85

chaeans), profane (*institutio profana*⁴⁴), false (*religio falsa*⁴⁵), vicious (*institutio nefaria*⁴⁶), perfidious (*perfidia*)⁴⁷, profane teaching (*profanum praecetpum*)⁴⁸, superstition (*superstitio*⁴⁹ – sometimes the meaning was amplified by adding the adjectives: perverse or nefarious – *superstitio perversa*, *superstitio nefaria*⁵⁰), error (*error*)⁵¹. Dissemination of the heretical doctrines was equated with widespreading pestilence (*pestis*)⁵². In one of the constitutions emperors stated that heretics are hateful to God and man (*vitiorum institutio deo atque hominibus exosa*)⁵³. According to the rhetorical style they take part in “ritual performance of their own perfidy” or “ceremonies of their dire communion”⁵⁴.

Teachers and propagators of the heresies were refused to the access to the community of all human – for instance by promulgation of the law of Valentinian and Valens in 372 AD⁵⁵. They should live – as Theodosius,

⁴⁴ CTh. 16.5.3.

⁴⁵ CTh. 16.5.4.

⁴⁶ CTh. 16.5.5.

⁴⁷ CTh. 16.5.25, 16.5.63. *Perfidia* is the antonym of *fides* and in general sense means the lack of loyalty and untruthfulness. Perfidious person is untrustworthy (see s.v. *perfidia*, *perfidiosus*, *perfidus*, [in:] P.W. Glare, (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, p. 1338). Here *perfidia* means the betrayal of the *fides Christiana*. M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 138.

⁴⁸ CTh. 16.5.24.

⁴⁹ CTh. 16.5.10 (*ad nullam tamen ecclesiam haereticae superstitionis turba conveniat...*), CTh. 16.5.34 (*Eunomianae superstitionis clerici...*), CTh. 16.5.39 (*Donatistae superstitionis haereticos...*), CTh. 16.5.51, CTh. 16.5.54, CTh. 16.5.56, CTh. 16.5.65.1, CTh. 16.5.66, Nov. Val 18. *Superstitio* meant irrational and unreasoning attitude to religion, religious exaltation (see s.v. *superstitio*, [in:] P.W. Glare, (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, p. 1878; M.R Salzman, “*Superstitio*” in the *Codex Theodosianus and the persecution of pagans*, “*Vigiliae Christianae*” 1987, no. 41, p. 173). For Livy *superstitio* was the perversion (*pravitas*) hostile to the Roman order which was represented among other things by the traditional worship. In the early Roman empire Christian *superstitio* threatened to the *Pax Deorum* and exposed all citizens to the wrath of the Gods. Heretical *superstitio* was hostile to the late Christian community just as the Christian *superstitio* was hostile to the early Roman state of the Nero and Domitian (A. Barzanò (ed.), *Il cristianesimo nelle leggi...*, p. 25f; L. Janssen, op. cit., p. 151f; M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 127). At the turn of the third century this term appeared in the pejorative sense in the technical legal language (with reference to the Jewish faith). During the fourth century its meaning was getting more and more offensive – at first in relation to the paganism (during the reign of the Constantine) and then in relation to each religion different from the orthodox Christianity. Lactantius put the false *superstitio* in opposition to the true Christian faith (M.R Salzman, “*Superstitio*”..., p. 174f). In the late antiquity term *superstitio* was used also in relation to the Jewish religion (D. 50.2.3.3, CTh. 2.1.10, CTh. 12.1.158, CTh. 16.8.24, CTh. 16.8.28). For more detailed survey of term *superstitio* in the legal language see also M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 169f and the literature cited there.

⁵⁰ CTh. 16.5.5, CTh. 16.5.48.

⁵¹ CTh. 16.5.11 (*Omnes omnino, quoscumque diversarum haeresum error exagitat...*), CTh. 16.5.20 (*Nulla eorum perversitati vel publica conventicula vel latentiora erroribus secreta tribuantur*), CTh. 16.5.21 (*In haereticis erroribus...*). Sometimes *error* was synonym of heresy, see CTh. 16.5.19 (*sub cuiuslibet haeresis sive erroris nomine constituti...*).

⁵² CTh. 16.5.44.

⁵³ CTh. 16.5.12.

⁵⁴ CTh. 16.5.12.

⁵⁵ CTh. 16.5.3.

Valentinian II and Gratian ordered in the years of 384 and 388 – far away from the good and honest men, city walls (it must be remembered that in the Antiquity “the city” meant “the civilization”) and community of the saints⁵⁶. The same emperors said harshly about Manichaeans: “In short, they shall have nothing common with the world” (more precisely it meant probably Christian world)⁵⁷. In the legal language it meant banishment (in the sphere of the public law) and deprivation of some rights in the sphere of the private law (e.g. *testamenti factio activa*). The technical sense of these laws were covered by rhetorical invective which branded heretics as outcast of the Christian society.

Through the use of the invectives legislators threw doubt on the mental abilities of the heretics. According to the offensive expressions they remained in the state of mental weakness which is described as *dementia haereticorum*⁵⁸, *furor*⁵⁹, *furor religionis*⁶⁰, *insania haereticorum*⁶¹ or *vesania*⁶². *Dementia* is a state of mental confusion caused by stubborn remaining in *error*, the foolishness caused by the polluted mind⁶³, the “derangement of the mind”⁶⁴. *Furor* is a state of total confusion caused by struggle between irrational passion and intellect in which this latter was defeated⁶⁵. The heretical *furor* is also a state of blind and arrogant trust in the power rationalistic mind that cause misguidance⁶⁶. It appears that sometimes *dementia* and *furor* were synonyms⁶⁷.

Excellent example of perfectly constructed invective is the constitution of Theodosius the Great which was promulgated in 381 AD just before the Christian Orthodox Council at Constantinople⁶⁸. It defended the Nicene Creed and was aimed at heresies – by its provisions the heretic assemblies were prohibited and the heretic cults stigmatized. In this law the suggestion

⁵⁶ CTh. 16.5.13 (*in aliis locis vivant ac penitus a bonorum congressibus separentur...*), CTh. 16.5.14 (*Apollinarianos ceterosque diversarum haeresum sectatores ab omnibus locis iubemus inhiberi, a moenibus urbium, a congressu honestorum, a communione sanctorum...*).

⁵⁷ CTh. 16.5.18 (*Nihil ad summum his sit commune cum mundo...*).

⁵⁸ CTh. 16.5.24, see CTh. 5.16.32 “foolishness of Eunomianus” (*dementia Eunomianorum*).

⁵⁹ CTh. 16.5.31, 16.5.32; in both constitutions: *quorum furor tantum suasit errorem...*; see also CTh. 16.5.60. Term *furor* appears also in early Christian writings – for example in relation to the “madness of Arius” (M. Wójcik, *Szaleństwo Arian...*, p. 360). Arians were styled by Ambrosius as mad or foolish men (*ibidem*, p. 367).

⁶⁰ CTh. 16.5.25.

⁶¹ CTh. 16.5.65 pr.

⁶² CTh. 16.5.15, CTh. 16.5.25.

⁶³ CTh. 16.5.6 pr (*nulla ad exercendam animi obstinatiois dementia pateat occasio*), CTh. 16.5.26 (*eorumque sanctissima nomina pollutis mentibus usurpare*).

⁶⁴ See s.v. *dementia*, [in:] P.W. Glare (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, p. 511.

⁶⁵ M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 125f. For more explanation of the term see *ibidem*, p. 124–131.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 130.

⁶⁷ See CTh. 16.5.32, where *dementia* is equal to *furor*.

⁶⁸ CTh. 16.5.6. M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 77.

appear that heretics are different kind of men. The scornful phrase “this kind of men” (*huiusmodi hominum genus*) distinctly distinguish those driven by *furor haereticorum* from Christians. It is worth to note that in another law⁶⁹ this “other kind of men” is opposed to orthodox Christian community called simply “a good men” (*boni*). Thus we have here simply distinction between good and evil, moral and unmoral. Next comes the rhetorical construction by which emperor expresses his extensive disgust at “contamination of the Photinian⁷⁰ pestilence, the poison⁷¹ of the Arian sacrilege, crime of the Eunomian⁷² perfidy, and the sectarian monstrosities, abominable because of the ill-omened names of their authors”⁷³. Heresy is sinister, polluted and dangerous like a venom of snake. The contact of the Christian with the heretic is as dangerous as contact with the viper or with the infected by the plague⁷⁴. Here the strong contrast is visible between heretical outcast and orthodox Christian who is described as “a defender of the Nicene faith and as a true adherent of the Catholic religion who confess that Almighty God and Christ the Son of God are One in name, God of God, Light of Light, who does not violate by denial the Holy Spirit which we hope for and receive from the Supreme Author of things; that man who esteems, with the perception of inviolate faith, the undivided substance of the incorrupt Trinity...”⁷⁵.

Imperial constitutions against pagans were less harsh in the verbal and legal context. The range and intensity of the insults were not so large as in the case of the heretics. In the late fourth century the belief in the old Roman gods was not a crime. A crime was only the sacrifice offered to the gods and participation in some traditional ceremonies (like *auspicia*). The religious policy towards the pagans focused mainly on the places of cult, temples and shrines and another manifestations of pagan worship. As M. Stachura says the Roman law created the category of the “quiet pagans” who lives in accordance with the law. However, as M. Salzman points out, the intention of the total

⁶⁹ CTh. 16.5.11.

⁷⁰ *Fotiniani* were followers of the doctrine of Fotinus, bishop of Sirmium. A. Barzanò (ed.), *Il cristianesimo nelle leggi...*, p. 365; *Codicis Theodosiani Liber Sextus Decimus*, p. 43*, note D.

⁷¹ The word of “venom” (*venenum*) is more appropriate because of the association with snake or viper.

⁷² An extreme Arian sect. A. Barzanò (ed.), *Il cristianesimo nelle leggi...*, p. 365; *Codicis Theodosiani Liber Sextus Decimus*, p. 44*, note A.

⁷³ CTh. 16.5.6.1 (*Fotiniana labis contaminatio, Arriani sacrilegii venenum, Eunomianae perfidiae crimen et nefanda monstruosis nominibus auctorum prodigia sectarum ab ipso etiam aboleantur auditu*).

⁷⁴ As for the rare comparison of the heretics with venomous snakes and vipers see M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, pp. 77, 132–133.

⁷⁵ CTh. 16.5.6.2 (*Is autem Nicaenae adsertor fidei, catholicae religionis verus cultor accipiendus est, qui omnipotentem deum et Christum filium dei uno nomine confitetur, deum de deo, lumen ex lumine: qui spiritum sanctum, quem ex summo rerum parente speramus et accipimus, negando non violat: apud quem intemeratae fidei sensu viget incorruptae trinitatis indivisa substantia...*).

conversion was hidden behind the offensive language⁷⁶. At the beginning of the fourth century the authorities' policy was relatively moderate⁷⁷. In the course of years the more discriminative approach appeared – the pagans were debarred from *militia armata* and *militia cohortalis (palatina)*, in the sixth century they lost among other *testamenti actio*⁷⁸.

Despite the fact that pagans were not the object of the severe aggression, the legal language treated them with some contempt. The term *paganus* describes the man who lives in the countryside and it has pejorative connotation – in the world of antiquity there was a clear opposition between town community and the country dwellers. In this context the *paganus* who lived on the outskirts of civilization was considered as an uncivilized simpleton. The offensive character of word of *paganus* is visible on the social background. In the late fourth century traditional Roman cults were still supported to some extent by the elite of the Roman society, especially by members of senatorial order in Rome and *potentiores* in the west of Empire⁷⁹.

The old worship is described as superstition (*pagana superstitio*) – but only with reference to the pagan sacrifice and rites, as in the law of 320 AD and of 323 AD⁸⁰. By promulgation this former Constantine debarred the *haruspices* from the religious life of Roman. This latter forbade to compel the Christians to performance of lustral sacrifice – described here as *ritus alienae supersitionis*⁸¹. Only sometimes term *superstitio* relates in general to the pagan religions⁸². For example constitution of Theodosius I of 381 AD⁸³ contain phrase “mad and sacrilegious” (*vesanus ac sacrilegus*) in order to describe the pagan who offer the sacrifice to the old gods, but this is still less

⁷⁶ M.R. Salzman, *The evidence for the conversion...*, p. 368; M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 191.

⁷⁷ As for the policy of Constantine and his successors towards pagans see. T. D. Barnes, *Christians and Pagans in the Reign of Constantius*, [in:] F. Vittinghoff, E. P. Meijering, W.H.C. Frend and others (eds.), *L'Église et l'Empire au IV^e siècle*, Genève 1989, p. 322f; R.M. Errington, *Constantine and the Pagans*, “Greek, Roman and Byzantine Studies” 1988, no. 29.3, p. 309f.

⁷⁸ A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284-602. A social economic and administrative survey*, Basil Blackwell, Oxford 1964, p. 938.

⁷⁹ One of the most eminent representatives of paganism in the West was Symmachus. As for the pagan senators see M. Piechocka-Kłos, *Chrześcijananie i poganie. Rozkład sił w senacie rzymskim pod koniec IV wieku*, “Studia Warmińskie” 2013, no. 50, p. 285f. See also I. Fagnoli, op. cit., p. 154; A.H.M. Jones, *The Social Background of the Struggle between Paganism and Christianity*, [in:] A. Momigliano (ed.), *The Conflict between Paganism and Christianity in the Fourth Century*, Clarendon Press, Oxford 1963, p. 18f; idem, *The Later Roman Empire 284-602...*, p. 938–943.

⁸⁰ CTh. 9.16.1, CTh. 16.2.5.

⁸¹ As for the prohibition of the sacrifice which were treated as *superstitio* see also law of Constantine promulgated in 341 AD (CTh. 16.10.2) moreover those of Theodosius (CTh. 16.10.12.2, 392 AD), Arcadius and Honorius (CTh. 16.10.18, 399 AD).

⁸² As in the law promulgated in 353 AD (CTh. 16.10.5), 395 AD (CTh. 2.8.22) 399 AD (CTh. 16.10.16) and in 415 AD (CTh. 16.10.20).

⁸³ CTh. 16.10.7.

offensive than term *furiosus* used with reference to the heretics. The term of *hostis fidei Christianae* appears in the constitution of Valentinian III (445 AD) towards Manichaeans⁸⁴ – they are styled as hostile to Christian faith and public order⁸⁵.

Conclusions

Study of M. Stachura on the invective in the late antiquity show that the verbal aggression related mainly to the heretics. They were the most condemned social group in the Christian Roman empire⁸⁶. The abusive language was used not only to stigmatize them as the enemies of the public order, but also to distinguish them from the Christian community. By the creation of the visible division into “good men” and “madmen” the emperors tried to disarm the dangerous power of the heretical doctrines. Imperial constitutions which are devoted to the religious issues have created *sacrilegium* as a religious crime, but also have divided the Roman community and have assigned the heretics and apostates to the place on the outskirts of the community of “good men”. When Theodosius I ordered to expel heretics and their madness outside the walls of the cities (CTh. 16.5.6.3, and CTh. 16.5.14), he symbolically removed “another kind of men” from the civilized community. It must be remembered that heresies raised disputes and quarrels which sometimes caused religious rebellions. In this way the heresies have undermined the unity of the Christian world. Thus the harsh and offensive forms of communications are more understandable as the only way of dialogue with the enemy within.

Streszczenie

Agresja językowa w tekstach aktów prawnych z okresu późnego cesarstwa rzymskiego na przykładzie konstytucji zachowanych w 16 księdze Codex Theodosianus

Słowa kluczowe: herezja, pogaństwo, Codex Theodosianus, późne cesarstwo rzymskie, wczesne chrześcijaństwo.

Cechą charakterystyczną późnego cesarstwa rzymskiego jest seria fundamentalnych zmian w obszarze polityki, administracji, ekonomii i życia społecznego. Przemiany w życiu religijnym wzbudzały najczęściej kontrowersji

⁸⁴ Nov. Val. 18. M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 83. It is interesting that Manicheans are styled as pagans and their religion as pagan superstition (*superstitio paganis*).

⁸⁵ Nov. Val. 18 (*inimica publicae disciplinae et hostis fidei Christianae...*).

⁸⁶ M. Stachura, *Wrogowie porządku rzymskiego...*, p. 202, 205.

i w sposób najbardziej istotny zmieniły oblicze *Imperium Romanum*. Napięcia i tarcia społeczne na tle religijnym nasiliły się drastycznie w momencie, gdy religia chrześcijańska osiągnęła status „państwowej” i zaczęła przyciągać uwagę cesarskiej władzy. Jedność religijna stanowiła dla rzymskich cesarzy chrześcijańskich istotny problem. W okresie pomiędzy IV a VI w. podjęli oni szereg działań mających na celu utrzymanie spójności ideologicznej dogmatów religii chrześcijańskiej. Wiele wydanych w tym czasie regulacji prawnych miało charakter dyskryminacyjny, m.in. na gruncie prawa prywatnego (np. zakaz sporządzania testamentu przez heretyków) i publicznego (w tym karnego – jak sklasyfikowanie herezji jako przestępstwo *sacrilegium*). Przekaz wzmocniony był przez zastosowanie nacechowanych agresją sformułowań, które stygmatyzowały zachowania sprzeczne z wizją społeczeństwa rządzonego przez jedyną prawdziwą religię. W niniejszym artykule autor bada skalę i intensywność agresji językowej w języku prawa w kontekście społecznym i historycznym. Analizie poddane zostały cesarskie konstytucje zachowane w 16 księdze Kodeksu Teodozjańskiego ze szczególnym uwzględnieniem tytułu 5 (*O heretykach*) i 10 (*O poganach, ofiarach i świętyniach*).

Edyta Sokalska*

Małgorzata Augustyniak**

* Katedra Historii Państwa i Prawa Polskiego i Doktryn Polityczno-Prawnych

** Katedra Filozofii i Polityki Prawa

Wydział Prawa i Administracji UWM

The function of law in political and social conditions of pluralism in the reception of Hannah Arendt

Introduction

Johanna “Hannah” Arendt was a German political theorist. Being often described as a philosopher, she rejected that label. She described herself rather as a political theorist who used to live in the United States of America. Arendt’s work deals with the nature of power, and the subjects of politics, direct democracy, authority and totalitarianism. Being the author of such books as *The Origins of Totalitarianism*, *Men in Dark Times*, *Adolf Eichmann Trial*, *The Human Condition*, *Meaning of Revolution*, *On Violence* Hannah Arendt seems to be rather more popular in the United States than in Europe. In Poland there are few authors who are interested in her thoughts concerning her reception of politics, law and society. The purpose of this article is to show the function of law in political and social conditions of the contemporary world where pluralism exist on the basis of Hannah Arendt’s deliberation on politics, law and human nature. At first there will be shown a short outline of Arendt’s methodology. Next, there will be introduced the concept of *plurality* that for Arendt is one of the main conditions of the human’s actions.

„Never before there were people in so many countries around the world [...] so helpless struggling in a whirlwind of contradictory, causing confusion, kakafonic ideas. [...] Every day brings a new fashion, a scientific discovery, religion, a new movement or manifesto”¹. As a result, the system in which

¹ A. Toffler, *Trzecia fala*, PIW, Warszawa 1997, p. 440.

there are clear divisions into classes or ideology disappears. There is an eclectic “configurative society” where there are mixed varied (often enumerative) minorities create loose, temporary configurations². From this perspective, it is not surprising that the turn of the century brings a clear revival of interest in pluralism and it can be observed a shift in the way of analyzing this issue. The main context of the discussion is no longer the issue of distributive justice and the issues related to the possession of material goods and the legitimacy of ownership. There are questions such as: whether people have the right to have what they have, or whether justice requires that someone else in that possession also should have a part in?

The above questions give a way to the other questions, more related to the issues of cultural diversity in the societies in the internally and globally dimensions. In the centre of philosophical discourse there are presently the issues of diversity, pluralism and multiculturalism, and the emphasis is placed more on the issues of identity and worldview rather than – as it took place before – on the economy. This shift of the interest in a large extent is determined by the changes taking place in the societies of the Western world. Increasingly, their homogeneity is broken and on many levels of society there is an increasing diversity. A lot of the changes taking place in the spiritual culture are associated with the rapid development of new technologies, especially information technology that enhances the social system with new communication layers. Connected computer networks intensify human minds. They are capable of storing, processing and sharing large amounts of data. This is an announcement of an unprecedented situation in the history of mankind in which individuals begin to have basically unlimited access to a growing knowledge base and getting wider social memory. This phenomenon influences on the change of forms and recipients of contemporary media. They undergo a process of “off mass”. The sender’s intentions and the expectations of the recipients fall outside any attempts of a top-down harmonization. In the social scale it contributes to the progress of destandardization in varied areas.

The situation can be observed not only in the sphere of media but also in education, communication, ideology, consumption, government, politics, etc. There the mass production has been gradually giving way to individualism: unity – diversity, rigidity – flexibility. The pressure of news combined with the speed of changes taking place simultaneously at multiple levels enhances the crossing a variety of needs, ideas and believes. That is why more and more inadequate to the reality there are divisions based on general quantifiers such as *left – right*, *strong – weak* leader. Deeply rooted patterns of governance are changing and traditional sources of legitimacy, such as reli-

² Ibidem, p. 624.

gion, tradition or charisma are depleting³. This also contributes to the modification of views on the role of the state that is rather a partner in negotiations and coordinated collective decisions than the supervisor who authoritatively decides what should be done⁴. Gradually, the importance of the state institutions solving social conflicts is changing. Frequently heteronomous and one-sided mode of litigation or penalties becomes ineffective. The development of various types of non-repressive methods of resolving conflicts involving stakeholders such as mediation and negotiation becomes the alternative.

Fundamental to the modern approach to the politics becomes the belief that in addition to the interest in forms of inequality resulting from the economic distribution should be also the analysis of other forms of oppression, occurring, for example, when social relations are conditioned by the interaction of inequalities due to gender, culture, religion, race, etc. That situation creates favorable conditions for the discussion on the issue of pluralism and the related concepts of "equality and diversity". A significant voice in this debate is the voice of Hannah Arendt. For her the plurality category is of particular relevance. It pervades all of her political reflection and affects the main conclusions. Margaret Conovan states that if we had to assign one word to the any of major political thinkers that they had introduced into the thinking circle in our world, the word that should be regarded as a manifestation of penetrating response to specific and definitely a new experience of your time, such a word that in the case of H. Arendt it would have been "plurality"⁵.

Political philosophy that Hannah Arendt deals with to large extent is determined by an anthropological perspective. In this part of the article on the function of law in political and social conditions of pluralism from the perspective of Hannah Arendt there will be introduced some aspect of Arendt's philosophical thoughts, plurality in the political and law context and consequently, the threats of social pluralism.

The field of human affairs with its unpredictability puts the author in this kind of wonder about the world (*thaumadzein*), which since ancient times has been regarded as the beginning of all philosophy. In the interests of Arendt there are questions about the nature of politics, the specificities of its aspects, and the location of a man in a public space. In analyzing these issues she highlights the difference between philosophical reflection, political

³ More about traditional sources of legitimization of authority see, M. Augustyniak, P. Polaczuk, *Typy idealne panowania. Założenia epistemologiczne i metodologiczne*, UWM, Olsztyn 2010, p. 209–230.

⁴ See, L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Lexis Nexis, Warszawa 2005, p. 132.

⁵ M. Conovan, *Hannah Arendt. A Reinterpretation of Her Political Thought*, Cambridge University Press 1994, p. 280–281.

practice and the danger hiding in the attempts to identify them. The specificity of philosophy is the tendency to formulate a single, universal theory that "lay claims to be free from particular points of view and to embody the truth as such, creating the absolute importance of itself"⁶. Philosophy takes care of eternal things. It investigates the universal order of the world. It is different from the policy which is characterized by instability, inherent in living and mortal men⁷. Therefore, the status of truth in the philosophy and politics should be understood differently⁸. The practice of philosophy omitting the truth is barren, while the functioning of the political space that offers only one truth, denies this discursive space character which in the Arendt's assessment should be the basis. Thus, the philosophical truth can not be the whole truth. Philosophy can only pass as part of the widespread rational communication as intermediaries between the human and the actual number of truths. In other words, the political space, unlike in the philosophy, the mind only is not enough for something to be considered for the truth. We need also some social conditions, among which the freedom of discussion is crucial⁹.

The issue that permanently took part in the canon of political reflection is related to an attempt to determine whether the events in the field of public affairs are fundamental philosophical impulse and they are the key to interpretation or, on the contrary, it should be taken into account that the first is philosophical experience and evaluate all the public in its light. This last assumption leads us towards sofocracy that on the basis of a priori reasons the law should be enacted and the citizens must obey that law and the political system. Plato is the classic of this approach in the European tradition. He first designed the state subordinated to philosophical perspective, which fundamentally changed the earlier Greek conception of politics. Founder of the Academy has assigned the truth contained in the ideas of absolute and universal nature and its cave metaphor expresses perfectly the tension inherent in the relationship preacher of truth with others¹⁰. Experienced philosopher is associated with some type of insulation. He has to turn away from the material world. He has to be able to see what are the things in themselves to understand their eternal essence. A philosopher must refrain from the empirical analysis of specific countries to focus on the rational cognition, objective, consistent and transcendental idea of the state. So a kind of alienation from the world, which share a philosopher, he pulls on

⁶ H. Arendt, *Salon berliński i inne eseje*, Prószyński i S-ka, Warszawa 2008, p. 141.

⁷ See, H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, Prószyński i S-ka, Warszawa 2007, p. 112.

⁸ H. Arendt, *Prawda a polityka*, „Literatura na Świecie” 1985, no. 6, p. 167.

⁹ The way of comprehension of the truth proposed by Hannah Arendt corresponds to the attitude of J.S. Mill. See, J.S. Mill, *O wolności*, A. Kurlandzka (trans.), WN PWN, Warszawa 1959, p. 143.

¹⁰ See, H. Arendt, *Salon berliński...*, p. 117.

the risk of common sense, this “common sense”, without which it is impossible to understand the common world¹¹. “If a philosopher begins to speak in the common world of common sense, which also includes our common shared belief and superstition, always threatening him that he would speak in terms of nonsense, or [...] that will put common sense on its head”¹².

The primacy of philosophy in the country meant that it should provide standards, rules and yardsticks by which you can be overcome, resulting in individual freedom, unpredictability and instability of the human world. According to Arendt, this approach is subject to error, which consists of ignoring the basic condition of politics: the fact that it is grown in the midst of many human beings, everybody is entitled to specific differences, to determine his own goals and to initiate his own activities. In this perspective, the results of an interaction must be the result of continuing the findings of many people. It can not be a priori design. It can not depend on the theoretical findings of opinion of one person or a selected group¹³. If the goal is to implement the political leadership, philosophy to absolute standards of political space, may herald a tragic end, as in serious prejudice to the conditions under which the practice of politics is possible.

Arendt points out that totalitarian regimes are based on bad essence of politics. Only because politics arises between people awareness that all the rules – both good and bad, true and false, so far as they govern their operation, can not be imposed from the outside, they must develop from the bottom up in the same community. The domain of politics is therefore freedom enjoyed by none. The public space organizes those “who are absolutely dissimilar from the outset with a view to their relative equality, and despite their relative differences”¹⁴. Since the fundamental meaning of politics is freedom, that wherever there is a monopoly of violence based on the use of force, there also have to deal with the end of political action. Regimes based on fear destroy “the substance of the human being together”, isolating people from each other and make them helpless and they try to destroy the human diplomacy. Also warfare requiring mindless obedience should be excluded from the political sphere.

The outline of hannah arendt's methodology

To understand Arendt's writings it is worth to pay attention to the specificity of her research approach. The author does not attempt to provide

¹¹ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 62–63.

¹² *Ibidem*, p. 68.

¹³ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, Aletheia, Warszawa 2010, p. 23.

¹⁴ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 127.

a coherent philosophical system or a political agenda. She interweaves together varied trains of thought, she uses metaphors and reversals. She often spots out and reconstructs the various events of the past, confronting them with contemporary problems. With these “moments of history” she creates a sort of Weberian “ideal type” – a single, mental image that “connects certain relationships and events of historical life into one space of links. As for the content, this design has the characteristics of utopia which we have obtained by enhancing certain elements of reality in the mind”¹⁵.

The examples of such thought models in Arendt’s writing are Greek polis, the Roman Republic, the French and American revolutions. Arendt also comes back to the achievements of a lot of masters, sometimes seemingly very distant one from another. She is inspired by Socrates, St. Augustine, Kant, Tocqueville, the Founding Fathers of the United States, Nietzsche, Lessing, Jaspers, Heidegger. At the same time, among the multitude of sources, there is one special source that is returning in the Arendt’s deliberations. It is philosophy political practice of ancient Greece. The author tries to find there a still uncontaminated source of political organization of life.

Going beyond the widespread theories, schemes and systematizations is the hallmark of Arendt. Throughout her life, she followed a Socratic way for reflection, based on the conduct of the never-ending dialogue with oneself and the others. She promoted this kind of cognitive openness with which the mind is ready to eliminate its own constructions. That antidogmatic approach is formulated in a metaphor of the process of thinking: “Penelope’s weaving cloth”, “building a spider web”, “thinking without stabilizers (rail)”. Arendt sees herself as “being the questioner”¹⁶, and actually during reading her writings it is obvious that she did not take care on the transfer to the others of her own interpretation of the world. She was rather interested in the fact that she should have better understood the phenomenon of the surrounding reality. In this attempt of understanding she masterfully manages to combine an analysis of the socio-political facts and intuitive psychological insight and individual assessment of the phenomena. The author of *The Origins of Totalitarianism* avoids explicit political statements, avoids any -isms, and she is aware that the search for truth apart from reason and solid knowledge requires also imagination and moral sensitivity.

According to Hannah Arendt in the European political philosophy, starting from Plato, there is a tendency of trying to determine who the “man in general” is. As a rule, it is accompanied by a presumption of the existence of

¹⁵ M. Weber, „Obiektywność” poznania społeczno-naukowego i społeczno-politycznego, [in:] idem, *Racjonalność, władza, odczarowanie*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2004, p. 172–173; E. Sokalska, *Max Weber’s perception of bureaucracy and modern rational models of administration*, „Studia Prawnoustrojowe” 2010, no. 11, p. 143–160.

¹⁶ See, H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 66.

a substantially uniform human nature¹⁷. This approach focuses on the identifying of the universal truth concerning man, playing down the fact of diversity and variation of human. “The idea of the multiplicity of human history, the world is transformed into one entity, which is then called humanity. This is the source of the monstrous and inhuman aspect of the story that finds its full and brutal end in the politics”¹⁸. The consequence of such an approach is a kind of cognitive monism and the inability to determine the relationship between political philosophy and reality of the world. Arendt tries to break this perspective and she sticks to the tradition of nominalism, stating that terms such as “humanity”, “man in general” do not exist as real entities and they are merely an abstraction, a metaphor¹⁹. In fact, we are able to deal with generalization of human beings in the sphere of philosophy but not in the sphere of politics. As a basis we should take “plurality”, the fact that there a lot of people who are inhabitants of the world and nobody is the same, people are unique. It is possible in philosophy to use some human generalizations, it is unacceptable in the area of politics that takes the basis from the human multiplicity, the fact that “the people and not Man, live on the earth and inhabit the world”; “We are all human beings and we live in such a way that no one has ever lived the same life and no one will have live in the future”²⁰. That multiplicity is a necessary and prior concept to determine what is politics and what is political, “it is a particular condition – not only a *conditio sine qua non*, but the *conditio per quam* – of all political life”²¹. Therefore, we attempt to analyze the conceptual structure describing the political condition of a man that is focused just on the category of

¹⁷ These kinds of assumptions help in building monistic visions of the world that are criticized by Hannah Arendt. These visions assume: 1) sameness of the human nature that influence on the fact that human have the same essence consisting of specific abilities and possibilities; 2) axiological and ontological priority the likeness over the diversity; 3) socially transcendent character of the human nature; 4) cognizability of the human nature and possibility of formulating on that basis the principles of good life. See, B. Perekh, *Moral philosophy and its anti-pluralist bias*, [in:] D. Archard (ed.), *Philosophy and pluralism*, Oxford – Cambridge 1996, p. 130–132.

¹⁸ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 126.

¹⁹ Compare, H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, Niezależna Oficyna Wydawnicza, Warszawa 1993, p. 336. In the context of nominalistic description of a man it could be taken into account the concept of guilt and collective responsibility (B. Perekh, op. cit., p. 132). For Arendt usage of such concepts is a kind of falsehood. In practice, everybody is not to be blame, even if the truth is different. The concept of blame and innocence is justified only in the case of an individual. The slogan of “everybody is guilty” in fact served culprits in being absolved from sins (H. Arendt, *Odpowiedzialność i władza sądownicza*, W. Madej, M. Godyń (trans.), WN PWN, Warszawa 2003, p. 54, 62). Taking into account the tradition of nominalism, H. Arendt a lot of her works wrote on the occasion of specific events. About a lie in politics she wrote on the occasion of the famous history of the Pentagon Papers, on the occasion of civil disobedience protests in Vietnam, the banality of evil she judged in the context of the Eichmann trial.

²⁰ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 25–26.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

plurality. It should be taken into account that it is in the mutual association with other determinants and manifestations of human activity. Arendt systematizes them in *The Human Condition* by including the following areas with their specific elements²²:

1. The determinants of human existence: the multiplicity of life, the ability to birth, mortality, world, Earth.

2. The basic forms of human activity: within *vita activa* – work, production, actions; and within *vita contemplativa* – thinking, will, the ability of judgment²³.

3. The areas of human activity: a private space, a public space.

All of these conditions and other related aspects create outlines “the human condition”²⁴. It covers not only the conditions on which a person has been given life on Earth, and partly outside it, but also everything that people make constantly, as their own circumstances. Thus, in addition to things and natural phenomena “everything comes in any lasting relationship with human life, instantly becomes a condition of human existence. That’s why people, no matter what they do, they are always conditioned beings. Whatever enters the human world itself, or is drawn into it by human effort. It becomes part of the human condition”²⁵. Arendt emphasizes that neither the specific biology nor culture do determine us in an absolute way. To some extent we are able to free ourselves from the dictates of genes from both. Also the impact of normative acts, economical or historical circumstances cannot determine the human’s life in an absolute way.

Arendt carrying out multi-level analysis of the factors that constitute the human condition is not intended to construct a permanent, closed model designating humanity and defining human nature. It’s not her ambition to create, by means of these categories, the foundations of a single philosophy or political theory. The aim is to examine Arendt’s policies in the light of basic human experiences and conditions that have been existing during this area, and clearing it from the traditional concepts and judgments that clung to it, but that have their origins in a very different experience²⁶. Atrophy of Judgment is also extremely dangerous for the public, in which “to take on

²² In Polish literature the analysis of Arendt’s process of thought can be found in: W. Heller, *Hannah Arendt: źródła pluralizmu politycznego*, Instytut Filozofii UAM, Poznań 2000.

²³ From the “contemplative” activity associated with the human condition Arendt developed an analysis in the next two monographs *Thinking, Willing*. The author’s death in December 1975 stopped her work on the third part of it – *Judging*.

²⁴ The notion of “human condition” Arendt seems to refer to the philosophy of M. Montaigne and to K. Jaspers. The first combines the awareness of the possible risks associated with human condition, signalized by conflicts from the seventeenth century. In Jaspers the concept of the human condition and the philosopher explanations can be found – K. Jaspers, *Wiara filozoficzna wobec objawienia*, Kraków 1999, p. 403.

²⁵ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 27.

²⁶ H. Arendt, *Salon berliński...*, p. 118.

something quite. Consequently, our involuntary is the price we pay for it, we do not live alone, but in the midst of other people, and the ability to act, being active par excellence political, can be attained only in one of the many complex forms of human coexistence”²⁷.

The category of plurality

Jerome Kohn rightly pointed out that: “One of the difficult things that Arendt understood, was that the great thinkers who have so often sought inspiration from Plato and Aristotle to Nietzsche and Heidegger, I never noticed that the promise of human freedom – folding sincerely or hypocritically as a political objective – it is performed by people in their multiplicity if and only if they act in a political way. Even Kant, [...], he could not see, or at least did not express it conceptually, in a political sense, the multiplicity is the same as freedom”²⁸. Only Socrates, which is extremely important for Arendt, inspiration, passion for the consideration of different opinions, the relative truths and individual points of view, acknowledged that only through this kind of confrontation between the Athenian polis may be open to the multiplicity of its citizens.

Hannah Arendt uses the same term – to describe the plurality of two different, though related phenomena. The first is an existential, is one of the main determinants of the human condition, is its inherent feature and it is an essential starting point for the second – the political dimension plurality. The first approach assumes that the essence of human condition is that people who live in the world undergo continuing changes. New “individuals” grow and spread into the human world by speaking and acting, and it is like joining “the second birth”. In the words of the Holy Augustine: *Initium ut Esset, creatus est homo* (man was created so that was the beginning), Arendt points out that the beginning of everything is a new birth and everybody is assumed to be a new beginning²⁹. Natality overcome mortality, because the most striking thing in human life is not that we die, but we give birth, not only children, but also new ways of living, thinking and acting. “The space of human life which goes towards death, inevitably would have brought all that is human, to collapse and destruction. If not, the ability to break this cycle and the start of something new, the ability to inherently contained in the action as something that always reminds the people, though must die, are not born to die, but to start”³⁰.

²⁷ J. Kohn, *Wprowadzenie*, [in:] H. Arendt, *Odpowiedzialność i władza sąđenia*, p. 186.

²⁸ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 20.

²⁹ H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, p. 516.

³⁰ *Ibidem*, p. 279.

In Arendt's reception the multiplicity of human beings is also associated with the fact that everyone has the right to use the power of judgment, to use his own reason and is constituted as an autonomous moral agent, capable of consciously, not instinctively chooses between good and evil. This approach is close to ethical intellectualism where wisdom is a prerequisite for the implementation of good. This wisdom is not a priori nature. We will not be provided with it by any normative system. The main source of this wisdom is a continual self-reflection, which runs as a silent conversation between two in one³¹. This internal dialogue is an integral part of being and living among others. The inner integrity – undeniably the conflicting thoughts and not expressing thoughts is the starting point to open up to the "I" of the other people. This approach was characteristic of Socrates who said that „the only one who knows how to present himself and is prepared to be among the others. Own „I” is the only person from whom I can not escape that I can not leave, with which I am involved and for all. This is why “I would prefer the situation where most of the people do not agree with me than one individual human being had to wear the internal rift and deliver conflicting thoughts”³². This sentence is crucial to recognize that peace of mind is based on the ability to conduct an internal dialogue, an investigation into the reasons that convince us and act according to them. The words that show themselves are essential to show off to the others, and to establish a dialogue with the others³³.

Moral standards are embedded in the individual power of judgment, which in turn is not only a right but also a duty of a man. With this power they may internalize certain values, which are the main guarantees of their respect, far more important than justification transcendental or formal. For example, the primary reason for that someone should not be killed; there is not the fear of temporal or eternal punishment, but the fact that we condemn ourselves to living with a murderer for the rest of the days. In this respect, personal responsibility will be primarily a matter of conscience³⁴. If we make self-reflection in an honest way, we have to answer within themselves to the question, to what extent we will be able to live in harmony with

³¹ A similar perspective is presented by I. Kant who writes: „Thinking is the same as the conversation with ourselves [...], and also an internal listening” – I. Kant, *Antropologia w ujęciu pragmatycznym*, E. Drzazgowska, P. Sosnowska (trans.), IFiS PAN, Warszawa 2005, p. 105.

³² Platon, *Gorgiasz*, [in:] idem, *Dialogi*, part I, W. Witwicki (trans.), Antyk, Kęty 1999, p. 393.

³³ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 54.

³⁴ The personal is different from political responsibility. When it comes to the nation that “it is clear that each generation, by the very fact of appearance in a historical continuum, both burdened with the sins of the fathers as well as benefits from the actions of their ancestors. Anyone who assumes the political responsibility, there will always be a point where he can say with Hamlet: »The world came out of the form and I also have to come back to the norm!«” – H. Arendt, *Odpowiedzialność i władza sądzienia*, p. 60.

each other after the commission of certain acts. Thus, the refusal to do bad stems mainly from desire to maintain relationships based on respect with itself. Self-analysis and decision-making show the advantage of minimizing the risk of reducing the role of human cog in the system. The habit of thinking makes us to be autonomous units, ready to take responsibility of their choices. On the other hand, if we abandon such activity, we can be led to the direction of so-called “banal wrong”. This is a kind of “wrong committed by anyone who refuses to be a person. [...] Self-villain who refuses to reflect on what he is doing, and also the fact that unwittingly thinks to go back to it and remember [...], in fact, he has not constituted himself as human beings. By staying stubbornly impersonal everyone proves that he is unable to dialogue with others who – good, bad or indifferent – are at least people”³⁵.

The term plurality, as outlined earlier, is the notion of an initial and indispensable for the definition of the concept of politics. Plurality is the condition of human action, which in turn is a prerequisite for any political life. Arendt repeatedly stated that the existing rules in the common world are not a priori, not submitted in advance in the sense of transcendental-religious, political or speculative. The source of these rules is the human variety and the right related to the individual judgment of the world that make people free in sharing with the others.

The fact of human plurality is expressed not only in the fact that the Earth is populated by a lot of human beings. Plurality is not equivalent to the amount of the intelligent creatures that for some independent grounds themselves are forced to live together and make one politic body³⁶. Human multiplicity is neither a multiplicity of objects, made with a single design, nor the multitude of varieties within a species biodiversity. “Just as there is no person as such, but only the men and women who, in their absolute differences are the same, that is human, so the word is a common human identity equality, in turn, it manifests itself only in the absolute otherness of those who are the equal. [...] Thus, while the action and speaking are two major political activities, so diversity and equality are two basic elements of political bodies”³⁷. In the quoted passage, we can see the multiplicity of a unique combination of the two essential aspects. They are manifested both as – sameness (equality) and as the other – difference (diversity)³⁸.

³⁵ Ibidem, p. 140.

³⁶ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 92.

³⁷ Ibidem, p. 93.

³⁸ The two aspects of equality and diversity correspond with the Aristotle reception of justice as the coincidence of equality and good proportions; see, M. Augustyniak, *Sprawiedliwość w myśli Arystotelesa*, [in:] B. Kruszczyńska and others (eds.), *Sprawiedliwość. Wybrane koncepcje*, UWM, Olsztyn 2010, p. 19–23.

Explaining what is equality in the field of public affairs, Arendt refers to the republican tradition in which being a citizen or belonging to a small number of equal “homoioi” meant to be allowed to live among equals³⁹. It was the equality of the not equal, who need to align only in some ways and for specific purposes. Was assumed that from birth, or from nature (physei) people are not equal and that is why they need an artificially created political institution with the position to make them equal by virtue of his law (nomos). So, equality existed only in the specific world of politics, where people came in contact as citizens and not as individuals. Making equal factor did not come either from God or from the nature. It was created by people in their own. They organized a public space with equal rights that those who are individually dissimilar had guaranteed to each other. Such understanding of equality is not the same as the example of Christian thought of the equality of all men by God, or the same fate of all with facing death. Neither one nor the other is directly connected with the politics and there is no meaning for it. Arendt says that equality indicates equality in terms of possibility of acting producing effects in the public space. “The foundation that supports the Republican political body is the experience of co-existence of those who are equal in strength, and the joy of republican virtue that we are not alone in the world. Alone is the only one who does not live among equals”⁴⁰.

In the reflection of Arendt, equality is not a value in itself, or autotelic, but it significantly determines the realization of the other values, particularly justice and political freedom. Explaining what this freedom is, the author comes back to the model “polis”, where freedom indicates: “not to be subordinated to the life necessities or other orders and not to command himself. This meant do not to rule or do not to be ruled”⁴¹. From this perspective, the rulers themselves, as such, can not be said they are free, because embracing domination over other people, they break away from equal people, and only among the equal they can be free. Thus, a necessary condition for freedom is the presence of others – equal but different people. Law is an instrument of equality of citizens in the public sphere. By means of law it is possible to create a space being able to organize those “who are absolutely dissimilar from the others, and from the very beginning taking into account their relative equality, despite their relative differences”⁴². That sort of political relations was defined as “isonomy” – equality to the law. It was not an equality of living conditions, existed only in the specific world of politics, where people met as citizens not as individuals. Basically, equality in the

³⁹ See, H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 61.

⁴⁰ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 98.

⁴¹ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 52.

⁴² H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 127.

Greek city-state was not a property of the people, but attribute of the “polis”⁴³. It was not guaranteed with the birth, it was not treated as a given by nature, but by the power of a conventional human product which is the law⁴⁴. It was the law that should have set the frame of freedom and protected the irregularities in the government. In a multitude of human, the law should have stand an identification pole, it should have been the common good that sets rules of the game of political system and it is the source and guarantee of individuals’ dignity. For the purposes of this dignity Arendt alluded to Immanuel Kant, who insisted that the human being will have never served to others or themselves as the agent for other purposes⁴⁵.

Plurality in the political and law context

The multiplicity of equal, in some respects, citizens requires a public space as a politically organized and legally protected space, free from violence, in which people are visible to each other; they can reveal their unique personal identities, talk to each other, articulate their reasons and take action. The life of a free man requires the active presence of the others. This presence is not accidental, involuntary relationships, just as the ability to speak is not the same as conversation. In the public space the point is a kind of presence that allows you to influence the way of life, create new beginnings, make promises to forgive, it’s about the kind of speech that can make sense and it can have a persuasive meaning. According to Arendt, for the public dimension of the world, there is essential to build symbolic and communicative space. It allows to meet people who carries a lot of different opinions⁴⁶. The space it is compared to the table located among the people sitting around him – it collects them together, but at the same time it is not

⁴³ It could be remind here that Greek did not involve law legislation into the political activities. The creator of law was someone like the builder of the town’s defensive walls. The similar situation was of a craftsman or an architect who had the task to build defined structure and to create space for the activities of inhabitants. He could have been a person outside the town, but he should have finished his work before the political activities took place. The laws were not treated as the result of political actions – H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 225.

⁴⁴ See, H. Arendt, *O rewolucji*, M. Godyń (trans.), Czytelnik, Warszawa 2003, p. 33–34.

⁴⁵ Kant states that a person “is obliged on the basis of his actions to recognize the dignity [...] in every human being. This obligation requires respect to every human being” – I. Kant, *Metafizyka moralności*, WN PWN, Warszawa 2005, p. 347.

⁴⁶ Arendt shows the distinction between opinions and dealings (businesses). The dealings are deeply rooted into economic situation that described class or group of people is involved. Their antagonistic character is determined by material needs. As far as opinions are concerned, they come from reasonable premises, from entitled to the human the power of judgment, or an individual, personal capacity to judge certain phenomena without subjecting them to the general rules and standards. The diversity of opinions can be destroyed because of their identification with the interests of a group or mass, which took place in totalitarian systems.

allowed to stumble on each other. They can all meet around the table and everyone will be seen and heard, but every person occupies the other place and may perceive issues in a different way. Politics without this kind of discursive nature is barren, and any tendency to a mass convergence of views and tastes leads to the degradation of a common world. "The End of a common world is coming when the world is seen only in one aspect and it is not allowed to present only from the one perspective"⁴⁷.

Arendt points out that the public space is also harmful to public confusion and arguments based on the opinions, from those related to business. They are rooted in the economic situation in which there is a particular group or class. Their antagonistic character is determined by domestic and material needs which as was previously explained, they belong to the realm of necessity. As far as the opinions are concerned, the situation is different. Basically, they flow from the premises of rational and moral reflection, using owed to man the power to judge, that is an individual, personal ability to judge certain phenomena without subjecting them to the general rules and standards⁴⁸. The opinions may be related to interest, but they can not be reduced to them. Diversity of opinions can be destroyed because of their identification with the interests of group or mass that take place in totalitarian systems. Arendt notes the close relationship between the rise of totalitarianism and the annihilation of the discursive nature of the public space, resulting in the loss of social ability to establish common sense.

The equality guaranteed by the law in the public sphere, in any event should not lead people to mass standardization, conformity and mediocrity. On the contrary, it has a starting point to be able to stand and through specific actions or qualities to show that it is possible in some ways better than others; you can experience the uniqueness of every human being. Without equality, the highlighting of the word it would be difficult. In the world of political affairs recognition of one's charisma or another capacity may manifest itself only to other individuals, each of whom shall have the same right to existence and action in public space. Arendt says that true greatness concerns only those who have a need for the offense above mediocrity, to prove that they are the best (*aristoi*) and "immortal fame submit the mortal things"⁴⁹. In spite of the fragility of the human condition, they strive to create works, deeds and words that will be remembered by others and thus

⁴⁷ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 79.

⁴⁸ The concept of judgment Arendt drew from Kant. For him judging is a separate ability of our mind and has nothing to do with the operations of logic: judging is not the output or deduction or induction. Judging is a specific type of talent that can be continually practiced, but it can be learned. See, H. Arendt, *Myślenie*, H. Buczyńska-Garewicz (trans.), Czytelnik, Warszawa 2002, p. 258.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 38.

they will live in a common world. Those who come from the private world to the public world need to get rid of, as far as possible, those features that destroy and prevent the operation of the joint, or pride, envy, shame, blame. This sounds idealistic but only understanding of the politics was interesting for Arendt. She equated the policy with the highest form of realization of the human community and therefore its cultivation requires – as long as the policy is a form of a happy human life – selflessness. Doing politics, people have to keep each other and the dialogue between them and continually look for new forms of collective action, in which it is possible to report good of the community.

Assumptions presented by Arendt's are in opposition to the classics of political realism, such as Machiavelli and Max Weber⁵⁰. In view of the allegations that the author of *The Human Condition* does not include in her concept of baseness of human nature and the fact that the policy ambition and lust for power prevail over the idea of joint action, that the policy will inevitably produce systems of subordination. Well, ambition – perhaps better to say, excessive ambition – is a form of evil, a form of thoughtlessness. Policy and can only deal with people who think and only when they really want to deal with it. Arendt repeatedly states that no one has the right to force anyone to go into the interior of the oikos. Politics is for volunteers and for those who choose it themselves, who tend to be in a pluralistic and diverse world and they want to meet together in the world and to have pleasure from doing things together.

The phenomenon of people is that on the one hand without a certain level of uniformity they would not have been able to understand each other. They would have not been able to communicate in either the past or the present times. "Without that, departing towards potential human immortality is not possible, strictly speaking, no politics, no common world or any public area. [...] It goes beyond (a common world) – our life equally in the past and the future, it was here before we have come, and survived our short staying there. We share it not only with the people we modern, but also from those who were here before us and those who come after us"⁵¹. On the other hand, without the diversity expressed in diversity of each person, the agreement would occur almost automatically and instinctively. It would not demand any speech, persuasion or action, and the language of signs would be enough to signal one another essentially identical needs and biological necessities⁵².

⁵⁰ About Max Weber see for example, E. Sokalska, *Biurokratyczny model funkcjonowania nowoczesnej administracji w twórczości Maksa Webera*, [in:] E. Kozerska and others (eds.), *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2010; see also, E. Sokalska, *Max Weber's perception of bureaucracy...*, p. 143–160.

⁵¹ H. Arendt, *Myslenie*, p. 75–76.

⁵² *Ibidem*, p. 206.

The kind of multitude together with the equality is a fundamental condition for the development of specific human faculties of speech and actions that Arendt considered to be the most political. They enable the creation of new beginnings and forgiveness of the past.

Arendt pays much attention to the phenomenon of forgiveness that is a unique, “miraculous” human ability. It allows taking off the tragic burden of irreversibility from the human activities. Forgiveness gives you a chance to exit “from the inability to unravel what someone has done, even though he did not know and could not know what he did”⁵³. It is a kind of “catharsis” that allows you to break the automaticity of certain reactions, destroy the works of the past, the “sins” hang like a sword of Damocles over every new generation. That effort seems to be essential in the public space, as it has the power to restore the freedom of both: the person who harms because it allows him to throw off the burden of guilt and the victim, because it triggers a chain reaction in which is the simplest answer and would be revenge for harm. Arendt places the phenomenon of forgiveness into the human condition and underlines that it is conditioned by the human plurality, the presence and action of others with their right to communicate – “nobody can forgive himself and nobody may feel obliged with the promise to himself; forgiveness taking place in the solitude is unrealistic”⁵⁴. It is important to emphasize that Arendt denies such categories like guilt and collective responsibility and as a consequence she puts in question the mass character of forgiveness. That means that no external factor should deprive the right of individual victims to forgive the wrongdoer. So, while forgiveness is always done in a social context, the vehicles (carriers) of the process are exclusively individuals.

The threats of social pluralism

Political rights provide orientation in the issues of community and allow to take part directly or indirectly – by the assembly, association, elections and other forms – in collective decisions. The law gives a person the chance to transcend the biological conditions and the better realization of *vita activa* dimension associated with involvement in public affairs. From this perspective, the area of private life, work, family, etc. perform only a “servant” function. They are related to the need of supporting the life of individual and the species. For the Greeks, it was clear that the possession of certain material goods enabled a person “being his own master”. On the other hand, misery

⁵³ Ibidem, p. 269.

⁵⁴ Ibidem.

forced a free man to behave like a slave, but concern for the possession of the property it was treated merely as means and one from the conditions for political life, and it was not equated with the objective of politics⁵⁵. The household (*oikos*) served for the biological needs to liberate from life, production, or delivery of goods and equipment. It was treated as necessary, giving dimension stability and roots. But it was just a starting point for another, more sublime dimension of life – *bios politikos*. According to Arendt, the present problem of our times is that work and consumption are treated as the first matter and we place them into the sphere of politics. This results in penetration of conceptual categories and issues that generally come from two different spaces – private (determined by necessity) and public – the area of potential freedom. The difference between these spheres lies in the fact that politics is not about life, but about the world in which we live, and to live. The world requires an to overcome an individual passivity and comfort-loving nature inertia and laziness and taking the full risk of the emergence of others – equal people. Moreover, by reducing *vita activa* to activities related to the ensuring of welfare, we move away from the political dimension of freedom to the direction of mass society in which life is determined by the consumption and material well-being. Oriented in a substantially uniform implementation of their welfare people are starting to be more and more confirmed with their individuality. They are moving away from the dimension of plurality. Arendt with anxiety writes that contemporary politics is often treated as a necessary evil. People withdraw themselves from the common world and from their obligations. It results in that the world bears a tangible loss, and always “the something that is unique dies »among«, the something that should have been created between the individual and his companions”⁵⁶.

Modern Western societies arose as a result of the development of civilization in the countries that meet certain conditions relating in particular to the development of economy, technology and the mechanisms of the free market. A large part of members of the public has become beneficiaries of the benefits arising from increased productivity and constantly expanding range of goods and services. Although, in previous eras it contributed to the improvement of living standards, but it could also result in axiomatic transformations. There was increased importance of material, utilitarian and hedonistic goods⁵⁷.

⁵⁵ „Polis did not infringe on the private life of its citizens. The borders of the ownership were almost holly. It took place not because the private ownership was respected in our meaning, but without any house the man could not have been able to take part in world's affairs, because he exactly has no place in that world” – H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 49.

⁵⁶ H. Arendt, *O człowieczeństwie w mrocznych czasach. Myśli o Lessingu*, A. Jacki, B. Młynarz (trans.), „Znak” 1986, no. 7–8, p. 43.

⁵⁷ K. Matsuyama, *The Rise of Mass Consumption Societies*, “Journal of Political Economy” 2002, no. 110, p. 36.

Life determined by material prosperity narrows minds and horizons. There are only short-term benefits and withdrawal from the Community dimension of the world. Reflexivity begins to give the way to vulnerability, to political and commercial marketing tricks. The citizen becomes a consumer. The magnitude of the choice of goods and services creates the illusion of freedom. In fact, this excess cripples our ability to autonomous decision-making and opens the way to manipulate the structure of man and his needs. Arendt warns that in a consumer society man will live in a kind of totalitarian system run by the Gestapo in velvet gloves. In this context, a threat to plurality of the public space is mass man who is a prisoner of the role. The role that is connected with the function of society that should have standardized and unified public opinion where there is no place for exchanging opinions among equals and there is no place for different tasks⁵⁸. The characteristic feature for mass societies is hypocrisy, conformity and the pursuit of happiness designated by the boundaries of private existence. Everything exposes us to the loss of being-in-the-world as being together with others it is manifested above all in thought, speech and initiative of actions⁵⁹. So, reducing the *vita activa* to activities related to the welfare, the citizens are moving away from the political dimension of freedom in the direction of the ideal society of consumers. "That ideal is not new; unquestioned assumption of classical political economy clearly indicated that the ultimate goal of the *vita activa* it is enrichment, an abundance of goods and »luck the great amount of people«. At the end, what else could be this ideal of modern society if not the ancient dream of the poor and destitute. That ideal of society can have its charm, while it is a dream, but in reality turns into a paradise of fools"⁶⁰.

Plurality may be also under the threat from the side of mechanisms of representative democracy because they do not provide the real impact and effects for citizens. In terms of cultural and axiological differences, categories of "general will", unanimity or majority equity are becoming increasingly inadequate. It turns out to be illusory the emergence of the social consensus through political parties that focus on collecting votes. The vote itself is a ritual, a symbolic meaning – it gives citizens a sense of equality and confirm that they have the power. In fact, most of them can feel free bond with "their representatives". To deepen the gap between voters and elected contributes also significant for the present, the speeding up of life. It makes

⁵⁸ An insightful analysis of the mass society phenomenon is proposed by P. Polaczuk. See, idem, *Spoleczeństwo masowe w ujęciu Hannah Arendt. Zagadnienia wybrane*, [in:] J. Justyński, A. Madeja, (eds.), *Moralność i władza jako kategorie myśli politycznej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, p. 373–388.

⁵⁹ See, H. Arendt, *O rewolucji*, p. 114.

⁶⁰ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, p. 160.

a lot of problems emerging between the election and the modes of fallen into routine legislative and administrative machinery. In reality, everyone may feel cut off from the possibility of exerting influence on decision making. Thus, Arendt indicates that the threat of social pluralism is the rise of the central state organs which limits the sphere of interaction and communication between people to passive membership or to support representative institutions. Such an indirect form of participation in political life was the author of *The Origins of Totalitarianism* only impoverished version of the ancient civil activities. This kind of “democratic centralism” is in her assessment unable to create in people already mentioned passion of “standing out” or “desire to not only be equal or similar but to exceed”⁶¹.

Speech and action are the basic abilities, giving essentially powerless to individuals the opportunity to establish a legally protected public space in which they themselves are the main driving force. Tense of power coming from the multiplicity is the principle of political action. In contrast to that, the anxiety and fear destroy the unique power produced by people working together. It isolates people from each other, trying to destroy their political attitudes. Totalitarianism is just a kind of tragic attempts to deny the human multiplicity. It is the desire to exclude a man as the author of the event, it is an attempt to reduce a man to the level of being usable by others. Being spontaneous in action will be replaced by the predictable response. The reaction of a man is like in the experiment where actions are predictable and controlled. The source of the current system of evil is largely this desire to “dehumanization”, depriving people of the chance to diversity by preparing them on a mass scale to perform two main roles: perpetrators or the victims.

Another destructive factor to the human condition that arises from the elimination of the multiplicity is present in the totalitarian phenomenon of isolation and loneliness. Firstly, it is associated with the political context, and secondly it relates to the social sphere. The isolation is “an impasse where people after the destruction of the political spheres of life are thrown, the one in which they operate together following the common interest”⁶². The isolation does not mean depriving a man of his capacity and appearing interactions within a relationship. Work done by *homo faber*, or *animal laborans* can even serve as a tool to isolate and keep people away from the public space. The core insulation is based on the elimination of significant forms of human activity, involving the possibility of adding something to the common world of their own. The core of isolation is based on the elimination of an important form of people’s activity – the possibility of adding some-

⁶¹ H. Arendt, *O rewolucji*, p. 82.

⁶² H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, p. 511.

thing own to the world. Something that can be perceived by others, accepted or rejected. Depriving people of the possibility of interaction creates the most susceptible ground to the terror and eventually, all terror leads to isolation. Tyrannical governments are only available the situations where people are isolated from each other: the coercion “with its ironing ring compresses the isolated mass of people and keeps them in a world that becomes their desert”⁶³. The following thing is the eradication of human which means that a man has no place sophistication guaranteed by others.

Of course, the phenomenon that Arendt called isolation in the political sphere does not include all of the relationships between people. There is still the whole sphere of private life, the ability to live, to create, and to judge. Only when it is destroyed, have to deal with the loneliness which is more overwhelming and all-encompassing and which relates to human life as a whole and it is based on a sense of complete absence of links with the world.”When people lose contact with their neighbors, and also with the surrounding reality; along with those contacts people lose the ability to both – experiencing and thinking”⁶⁴. Therefore, isolation is not necessarily associated with loneliness, but it can be a perfect base for it. Loneliness is also distinguished from loneliness. Loneliness is sometimes necessary for the processes of thinking and creating⁶⁵. It is essential to carry out (as Socrates did) a silent dialogue with himself. Loneliness requires living in solitude, while a man living in solitude is surrounded by other people, but he is not able to establish contact with them, or he is exposed to the hostility. The core of the loneliness is that you personally feel the lack of human companionship along with this particular bond, through which empathy, altruism, kindness, or trust are possible. We are overwhelmed by the consciousness of the impossibility to conciliate the understanding and support from others. This kind of experience is shared by people who live in constant danger, for example systems-based manipulation, coercion and violence⁶⁶. Then, we begin to doubt in the authenticity of other people and of us. This is accompanied by the threat of losing oneself, which to confirm its own identity needs a trustworthy company and equal people, people that use their of power of judgment which is contributed to them. Contrary to appearances, the model subjects of totalitarian are not convinced nazis or communists, but just a man alone,

⁶³ Ibidem, p. 510.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Separation from the others is a necessary condition of every mastery. The mastery demands being alone with the idea, being alone with the recognizable image of thing that will have been created – H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, p. 463.

⁶⁶ Arendt points out that in totalitarian systems category of suspected includes all the society. “Every thought that is not in line with the official and stable line becomes suspected. It does not really matter which kind of human activity it concerns. Human individuals are suspected simply by definition” – ibidem, p. 463.

whose boundaries between fact and fabrication and between truth and falsehood become unclear.

Well then, Arendt shows the tragedy that the elimination from the public space of its main determinants can lead. She describes the degeneration resulting from efforts to reduce human multiplicity and diversity of the totalitarian regimes that served as the “One Man of gigantic dimensions”⁶⁷. To reach this purpose, everybody should have been reduced to unchanging repetitive responses. The man should have been deprived of the spontaneity of actions and the ability to create new beginnings. The creation of such a non-existent in the human reality monotype of man, would have led the man rather to the animal species, which the only kind of “freedom” would consist in preserving the species⁶⁸.

Conclusions

Formulated by Hannah Arendt the category of *plurality* is one of the main determinants of the human condition. It is also an essential starting point for the functioning of the citizens in the public space. Plurality manifests itself as both: the sameness (equality) and the difference (diversity). The combination of these two aspects is through the right that is helpful in organizing of those assist in the organization of those “who are absolutely dissimilar, and from the very beginning taking into account their relative equality, and despite their relative differences”⁶⁹. So, the law should help in shaping the politics, establishing freedom, the freedom that is the foundation of the state and social order and that precludes the usage of political violence and reduces the hierarchical relationship of subordination.

Arendt points out that the typical values of consumerism overcome social life; they become primary reference point for the success of individuals and society. The ubiquitous dominance of consumption begins to act as one of the most important regulators of social processes, thus overwhelming the other spheres of life such as the development of intellectual, spiritual, and finally – actions in public space. The primacy of the material and the quantity that makes the main measures of performance are the development and continuous production growth. Human action is centered on the quest for prosperity and progress; it has set the direction of “modernity”, aimed mainly in pragmatic utility. These trends shift consumption in the upper realm of the hierarchy of values, making it the regulative idea of the twenty-first century.

⁶⁷ Ibidem, p. 500–501.

⁶⁸ Ibidem, p. 471.

⁶⁹ H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, p. 127.

Arendt criticizes the doctrine that glorify the importance of economics and free market, showing a tendency to portray the economy as an impersonal supply-demand machine, while ignoring the other values in wealth creation community. A discussed author presents the assumption that life based on ownership is less free than life based on the action. She stresses that society morally decadent, aesthetic, political, or environmental is not progressive, even if it is the richest and the most technologically advanced. It can contribute to much broader understanding of the progress – this can not be defined or automatically achieved only by means of quantitative and material categories.

The law is designed to protect individuals and groups against natural interference or excessive control not only by the state, but also by the other powerful groups, organizations or corporations seeking to control the vulnerable groups and to reduce public dialogue. Arendt stresses the communicative role of law in the society of free and diverse people. Such a society is not, and should not even be deprived of rivalry and conflicts but there should also be the place for compromise which allows the coexistence of different lifestyles, ideologies, values and principles.

Arendt underlines the role of law as a discursive factor that enabling the public space. The dialogue in this area requires the active presence of another man, his readiness to accept cultural or ideological differences. And it is not only the fact that we allow the others to be different from us. It is important the ability of the introduction of this otherness as an enrichment of the own thinking. That means that for our own development we need to learn about different truths. Conversation allows you to understand better your own arguments, which shows that the validity does not exclude the other one truth. Truth can rely on the co-existence of different truths. This approach requires mental and cognitive openness, constant search, which takes place both: within themselves and among people.

It should be mentioned that Hannah Arendt is a fierce promoter of grass-roots and direct forms of political activity. She treats with reserve representative democracy in conditions of mass society. In her assessment, only the ability to channel political participation of citizens in the state institutions is not enough to put off the threat of totalitarianism. If the political life of citizens takes place mainly through the bureaucratic public offices, parties, unions and parliament, on the one hand it increases the susceptibility to the mass manipulation, on the other hand there appears an illusory sense of personal control, contributing to the unconcern and withdrawal into the sphere of the inner life and private life. As a result, the state becomes less and less considered by citizens as their own. It does not act in accordance with their recommendations and ideas. The “alienation” of existing political structures becomes clear and they present specific “autism”.

Arendt's vision of politics stems from the adoption of two basic assumptions: first, if people want to have such a state and a society that suits them, they must take responsibility for co-government, and secondly it requires both: active and conscious attitudes of citizens and the form of the political system in which no one is entitled to make decisions in behalf of the citizens. The concept of *res publica* does not imply that any system is the best to meet these demands. So, the modern democracy is a dominant political system and finds approval in the civilized Western world. Admittedly, it is far from Arendt's admiration, especially in a representative form that can promote conformist tendencies that lead to the dictatorship of the majority. Arendt points out that in addition to manipulate the image of the common good, we need a public space in which citizens can participate actively and on his own unfettered. In short, citizens establish a joint action of the political sphere, which simply does not exist without them.

Arendt assumes that the source of power flows from individual freedom, which is the primary political phenomenon. This freedom is expressed in the human capacity to act, to start something new, and its main symptom is speech. The speech allows to lead a dialogue and to exchange views among various actors in the society. The withdrawal of the individuals from the political dimension of life is the threat against this freedom, and thus against the plurality. There is an escape to privacy that is often accompanied by the recognition of material prosperity as its main objective efforts which result in mass consumerism. On the other hand, the threat to the plurality are authority systems based on the destruction of the human being together, depriving the public space of a discursive character. In a well-ordered public space the citizens do not have to be afraid. Fear is not only wrong in itself, but it is also a bad counselor. Who is anxious about his own life, about the good of his family, he will not be a good member of the political society, the meaning of which is to ensure that all citizens have not only the right to participate in decision-making process but also the right to liberty and security.

Streszczenie

Funkcja prawa w politycznych i społecznych warunkach pluralizmu w ujęciu Hannah Arendt

Słowa kluczowe: uwarunkowania polityczne, uwarunkowania społeczne, pluralizm, funkcje prawa.

Powrót do filozofii starożytnej Grecji pozwolił Hannah Arendt na przedstawienie wymiaru etycznego aktywności politycznej ludzi w połączeniu z dobrem własnym jednostki i dobrem powszechnym. Jako propagatorka oddolnych, bezpośrednich form aktywności politycznej z rezerwą odnosiła się

do demokracji reprezentacyjnej w warunkach społeczeństwa masowego. W jej ocenie sama zdolność do skanalizowania udziału politycznego obywateli w instytucjach państwa to zbyt mało, by zażegnać groźbę totalitaryzmu. Jeśli życie polityczne obywateli odbywa się głównie za pośrednictwem zbiurokratyzowanych urzędów publicznych, partii, związków, parlamentu, to z jednej strony wzrasta podatność na masową manipulację, z drugiej pojawia się poczucie iluzoryczności indywidualnego wpływu, przyczyniające się do obojętności oraz wycofania się w sferę życia wewnętrznego i prywatnego. W rezultacie państwo w coraz mniejszym stopniu uważane jest przez obywateli za własne, za postępujące zgodnie z ich zaleceniami i poglądami, coraz wyraźniejsza staje się „alienacja” istniejących struktur politycznych, ich swoisty autyzm. Koniecznym warunkiem wolności jest obecność innych – równych wobec prawa, a zarazem różnorodnych ludzi. Przy czym równość należy pojmować jako zrównanie nierównych z natury, ale tylko w pewnych aspektach i dla określonych celów. W warunkach ludzkiej wielości prawo stanowi biegun identyfikacyjny, jest dobrem wspólnym, które wyznacza reguły gry systemu politycznego, a jednocześnie jest dla jednostek źródłem i gwarantem ich godności.

Magdalena Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej
im. Alcide de Gasperi w Józefowie

Le agenzie europee. La centralizzazione ed il decentramento alla luce delle esperienze dell'Unione Europea e dell'antica Roma

Introduzione

Il moderno policentrismo giuridico, culturale, economico e soprattutto politico costringe ad un continuo lavoro non soltanto sulla struttura organizzativa delle istituzioni di livello locale, nazionale e transnazionale, ma anche internazionale. Fino a tempi recenti, fundamentalmente fino alla caduta del sistema socialista, il mondo sembrava abbastanza ordinato e stabile. L'Europa postbellica era stata divisa nella zona d'influenza americana e in quella sovietica¹. Con la caduta di quest'ultimo sistema politico ricorre incessantemente la domanda sul futuro dell'Europa. Si sviluppa una discussione riguardante il fatto se bisogna integrare e centralizzare il sistema delle istituzioni di potere comunitario oppure decentrarli².

Nella letteratura si assume che la centralizzazione è un modo di organizzazione dell'apparato amministrativo di uno Stato o di un'istituzione internazionale, in cui gli organismi di grado inferiore sottostanno gerarchicamente a degli organismi di grado superiore. La centralizzazione esclude l'autonomia degli organismi di livello inferiore. Tutte le competenze sono raggruppate fundamentalmente negli organismi centrali. Il fenomeno della centralizzazione non è tuttavia indebolito dalla distribuzione delle competenze ad organismi locali, in quanto questi ultimi sono fortemente subordinati a quelli centrali³. A suo volto decentramento significa dotare di proprie competenze gli organismi di livello inferiore. Nelle relazioni intercorrenti tra gli organismi di livello

¹ J.L.Z. Manzano, *La influencia del Derecho Romano en las Reglas de York y Amberes*, [en:] „Revista General de Derecho Romano“ 2012, no. 19, p. 33.

² P. Marginson, K. Sisson, *European integration and industrial relations: Multi-Level Governance in the Making*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2006, p. 87.

³ M. Wierzbowski i in., *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2011, p. 96.

inferiore e superiore non vi è subordinazione gerarchica. I primi hanno anche, definito da delle leggi, un ambito di autonomia e di finanziamento del proprio operato⁴.

La questione della centralizzazione e del decentramento delle istituzioni e degli organismi dell'Unione Europea ha un aspetto un po' particolare, perché tale istituzione si trova *in statu nascendi*. Da anni si stanno facendo delle discussioni, a livello governativo, se l'Unione debba essere una federazione oppure anche un superstato. Come nota R. Eichenberger⁵, il corso di tale discussione dipende da molti fattori, prevalentemente dalla politica, intesa qui non come un'unione fatta da uomini politici ma da ben organizzati gruppi di interessi, soprattutto di carattere economico.

Secondo B. Pranab, almeno da tre decenni si può notare una chiara tendenza al decentramento dei compiti dello Stato tramite il decentramento delle istituzioni e degli organismi. Questo fenomeno ha luogo in Europa, USA e Canada⁶. Il decentramento in Europa ha un suo carattere specifico, che risulta dalla costruzione di una nuova realtà politico – amministrativa prima ignota. Si può addirittura parlare di europeizzazione del sistema della pubblica amministrazione di buona parte dell'Europa. Pertanto oggetto del seguente articolo è anche quello di mostrare le tendenze organizzative delle istituzioni e degli organismi dell'Unione Europea a proposito del sistema degli organismi presenti nell'antica Roma. Il legame tra queste due organizzazioni statali viene dalle loro dimensioni e da molte similitudini ma anche differenze. Il decentramento degli organismi del potere è legato all'attuale modello economico basato sulle quattro libertà fondamentali.

Oggetto del presente articolo è la questione del decentramento di una serie di competenze delle istituzioni comunitarie attraverso la creazione di agenzie europee situate in diversi Stati membri. In tal modo alcuni compiti vengono trasferiti alle unità decentrate. Il ruolo ed il compito delle agenzie europee deve venir tutta via definito sullo sfondo dell'intero sistema delle istituzioni e degli organismi della UE. Le tendenze decentralizzatrici nell'UE verranno mostrate sullo sfondo delle soluzioni elaborate nell'Impero Romano, in special modo nel periodo della tarda Repubblica e del Principato. Questo modello amministrativo non è una novità perché lo avevano già elaborato Platone (Platone creò il concetto di stato ideale, suddiviso in tre strati social⁷), Aristotele (Aristotele in una sua opera non pervenutaci descrisse 158 ordinamenti degli stati greci. In un'altro invece, andato anch'esso perduto, descrisse gli ordinamenti degli stati barbari⁸) e Cicerone (La concezione dello Stato secondo Cicerone rispondeva agli ideali repubblicani. Lo Stato è per lui un insieme di abitanti nel pieno godimento dei loro diritti). Nel periodo contemporaneo invece M. Weber ha effettuato un'analisi

⁴ Ibidem.

⁵ R. Eichenberger, *The Benefits of Federalism and the Risk of Overcentralisation*, Institut für empirische Wirtschaftsforschung, Zürich 1994, p. 403 seg.

⁶ B. Pranab, *Decentralization of governance and development*, „The Journal of Economic Perspectives“ 2002, no. 16(4), p. 185–205.

⁷ Platon, *Państwo*, wstępem i objaśnieniami opatrzył W. Witwicki, Alfa, Warszawa 1994; W. Wróblewski, *Arystokracja Platona*, PWN, Poznań 1972.

⁸ H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 1995, p. 32.

storica dell'amministrazione, a cominciare dall'antica Mesopotamia, attraverso Roma antica, fino al periodo a lui coevo⁹.

1. Le basi giuridiche dell'organizzazione delle istituzioni e degli organismi dell'UE

La presentazione del sistema delle agenzie europee richiede una breve illustrazione dei principi su cui si fonda l'intero sistema delle istituzioni e degli organismi dell'UE. La loro base è costituita innanzitutto dall'integrazione delle azioni delle istituzioni e degli organismi per la realizzazione delle politiche comuni. Tale integrazione non mira tuttavia alla costruzione di un superstato europeo ma dipende dalle necessità correnti degli Stati membri¹⁰.

La base dell'organizzazione delle istituzioni e degli organismi dell'Unione Europea è costituita dalle disposizioni contenute nei trattati. È in essi che i capi di Stato, prima delle Comunità Europee e successivamente dell'Unione Europea, hanno definito la forma, la posizione istituzionale e gli ambiti delle competenze dei singoli organismi ed istituzioni. La forma definitiva del sistema istituzionale dell'Europa comune è ancora in fase di sviluppo e dipende in gran parte dagli Stati membri. Secondo J. Schwarz il sistema delle istituzioni e degli organismi comunitari si trova di fronte alla sfida più importante, ossia quella di adattarsi al crescente numero di Stati appartenenti all'Unione. Il sistema amministrativo deve basarsi su dei principi-valori comuni, quali: libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo, Stato di diritto¹¹.

Il sistema istituzionale dell'Unione Europea non è fondato sulla classica tripartizione del potere ma sul principio di precedenza del diritto comunitario. In tale ambito si può fare riferimento al sistema istituzionale dell'antica Roma, specialmente del periodo repubblicano, di cui si parlerà più avanti. Tuttavia il sistema istituzionale dell'Unione Europea si basa essenzialmente sul principio di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità. Nei trattati, e quindi nella letteratura specialistica, vengono menzionati anche i seguenti principi che sono alla base del funzionamento del sistema istituzionale della UE: il principio di leale collaborazione (Il principio di leale collaborazione indica il divieto di usare mezzi contrari agli obiettivi della UE), il principio di efficacia (Il principio dell'efficacia indica l'obbligo di raggiungere un obiettivo prefissato, attraverso l'uso diretto ed il primato del diritto comunitario, in special modo le direttive), il principio del quadro istituzionale unico (Il principio del quadro istituzionale unico consiste nella garanzia di coesione e continuità delle misure della UE e nel rispetto dell' *acquis communautaire*), il principio dell'equilibrio istituzionale (Il principio di equilibrio istituzionale indica l'obbligo di funzionamento delle istituzioni

⁹ A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, PWN, Warszawa 2011, p. 402.

¹⁰ J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Comer, Toruń 1966, p. 44–45.

¹¹ J. Schwarz, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles 2009, p. 1–10.

e degli organismi dell'Unione nel quadro definito dai Trattati) ed il principio di conservazione dell'identità nazionale degli Stati membri (La concezione definitiva della UE non è ancora definita. Attualmente è ancora in vigore il principio, secondo cui l'Unione non deve trasformarsi in uno stato multinazionale o federale). Dal punto di vista dell'oggetto del presente articolo saranno presi in considerazione soltanto i primi tre, il contenuto del quale è stato definito nell'art. 5 par. 1 del Trattato sull'Unione Europea (TUE): *La delimitazione del principio delle competenze si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.*

Il principio di attribuzione è stato definito nell'art. 5 par. 2 del TUE: *In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.* In accordo con tale principio l'UE opera esclusivamente nei limiti delle competenze attribuitele dagli Stati membri nei trattati e possono essere: esclusive (per es. l'unione doganale), concorrenti (difesa del principio di libera concorrenza) di sostegno o coordinamento. Qualsiasi competenza non attribuita alla UE nei trattati appartiene agli Stati membri.

Il principio di sussidiarietà è stato definito nell'art. 5 par. 3 del TUE: *in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale, né a livello regionale e locale, ma possono a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.* Tale principio concerne la definizione di competenza per la creazione del diritto e di assunzione di decisioni che siano il più vicino a possibile ai cittadini. Definisce il livello di decisionalità nei settori delle competenze condivise da istituzioni e organismi dell'UE con le autorità degli Stati membri. Tale principio si applica a tutti i livelli decisionali, e quindi a livello europeo, nazionale e regionale. Secondo il principio di sussidiarietà l'Unione può intraprendere un'azione, compresa la creazione del diritto, se è in condizione di operare in maniera più efficace delle autorità degli Stati membri.

Nel protocollo in materia di applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (Dz.U. 16.12.2004 C 310/207) sono stati enumerati tre criteri, in base ai quali vengono fatte delle valutazioni circa la fondatezza degli interventi a livello europeo. Si tratta dei seguenti criteri:

- La misura presenta una dimensione internazionale e non può venire regolata dagli Stati membri?
- La misura nazionale o la sua assenza possono essere in disaccordo con i requisiti del trattato?
- La misura a livello europeo può essere particolarmente vantaggiosa?

Il principio di proporzionalità invece è stato definito nell'art. 5 par. 4 del TUE: *In virtù del principio di proporzionalità il contenuto e la forma dell'azione si limitano*

a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà. Secondo questo principio le risorse stanziare dall'UE per la realizzazione degli obiettivi posti dai trattati non possono superare i limiti della necessità¹².

2. Le agenzie dell'UE

Le agenzie europee sono organismi decentrati del sistema di gestione dell'UE. Le prime agenzie furono costituite in base all'art. 52 del Trattato che istituisce la Comunità Europea dell'energia atomica. Scopo della costituzione dell'agenzia era il coordinamento dei programmi di ricerca scientifica degli Stati membri nell'ambito dello sfruttamento pacifico dell'energia nucleare, la messa a disposizione del sapere e delle infrastrutture e delle risorse finanziarie destinate alle attività in tale campo. Attualmente esse vengono nominate in virtù dei regolamenti. Possono essere di carattere permanente o venire nominate a tempo determinato o per la realizzazione di un certo obiettivo, per es. l'Agenzia europea per la ricostruzione, nominata nel 2000, con sede a Salonicco (Grecia). Il suo compito era quello della ricostruzione dei paesi dell'ex Jugoslavia dopo le distruzioni del periodo bellico. Quest'agenzia ha terminato il proprio lavoro nel 2008. Le agenzie europee sono dotate di personalità giuridica e sono indipendenti dalle istituzioni della UE, per es. dal Consiglio, dal Parlamento o dalla Commissione. Vengono nominate dalla Commissione Europea (CE).

Scopo delle agenzie è di collaborare con le altre istituzioni europee e con le autorità nazionali in importanti aree, dal punto di vista dell'UE, della politica attraverso lo sfruttamento delle conoscenze tecniche e specialistiche. Attualmente esistono 31 agenzie europee, che rivestono un importante ruolo nell'attuazione delle singole politiche comunitarie di carattere tecnico, scientifico, operativo o di regolazione. Le agenzie si dividono in due gruppi. La prima è costituita dalle agenzie che si occupano delle singole aree della politica dell'UE. Questo è il gruppo più numeroso. Il secondo gruppo è costituito dalle agenzie per la politica di sicurezza e di difesa comune. In questo gruppo vi sono soltanto tre agenzie:

- il Centro Satellitare dell'Unione Europea;
- l'Agenzia Europa di difesa;
- l'Istituto dell'Unione Europea per gli studi sulla sicurezza.

La creazione di nuove agenzie è stata scoordinata, dipendente in larga misura da bisogni correnti e concreti. Comune era solo la struttura organizzativa. Tale situazione ha creato una esigenza di coordinazione. Per tale motivo nel 2012 la UE ha rimediato a tale stato di cose creando il cosiddetto "approccio comune", allo scopo di garantire

¹² J. Maliszewska-Nienartowicz, *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, TNOIK, Toruń 2010, p. 55; seg.; P. Wojtasik, *System instytucjonalny*, [en:] A. Kuś (ed.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, KUL, Lublin 2010, p. 144.

una maggior coesione ed efficacia delle agenzie e la loro responsabilità per il proprio operato. Tali misure sono l'effetto del lavoro di un gruppo per la governance, il funzionamento ed il controllo in base ad una serie di rapporti e studi, tra cui un'esauriente valutazione esterna.

Nella comunicazione della CE dell'11.03.2008 *Il futuro delle agenzie europee*¹³ si è notato che è giunto il momento di una nuova discussione sulle agenzie e sul loro posto nella struttura della UE. Tanto più che il loro ruolo nella struttura degli organismi comunitari è in crescita. Parimenti a causa delle risorse umane e materiali di cui le agenzie dispongono, risulta sempre più importante definire in maniera chiara il ruolo e i meccanismi di funzionamento di tali organismi pubblici per garantire che rendano conto del proprio operato. Il riordino del sistema delle agenzie finora avutosi e la creazione di nuove richiede una visione più ampia del sistema di organizzazione e funzionamento degli organismi comunitari. La mancanza di tale visione, avutasi fino ad oggi, ha reso difficile un efficace lavoro delle agenzie e la soddisfazione delle aspettative poste in esse dall'intera Unione.

Nel 2012 è stata rilasciata una dichiarazione congiunta del Parlamento Europeo, del Consiglio UE e della Commissione Europea riguardante il decentramento delle agenzie¹⁴. In questo documento sono state assunte delle decisioni, riguardanti:

- l'uso di un termine standard per le future agenzie „Agenzia dell'Unione Europea per”;
- la standardizzazione delle procedure di istituzione e scioglimento delle agenzie;
- la definizione dei criteri di scelta del luogo della sede dell'agenzia;
- struttura e governance delle agenzie;
- standardizzazione del funzionamento, in particolare per fornire loro il sostegno amministrativo necessario;
- creazione di piani di lavoro annuali e pluriennali per ogni agenzia.

È stato deciso anche che la CE, prima della fine del 2012, avrebbe presentato un piano di lavoro che si ricollegasse all'approccio comune e contenesse un programma di iniziative pianificate. Alla realizzazione di tale programma avrebbero dovuto prendere parte, negli opportuni casi, le agenzie. Effettivamente tale programma è stato presentato dalla Commissione il 19 dicembre 2012¹⁵.

Riassumendo tale punto bisogna affermare che la concezione del decentramento o della centralizzazione dell'apparato dell'Unione Europea non ha un'applicazione chiara. Tale stato di cose deriva dal fatto che la struttura istituzionale e quindi quella amministrativa dell'UE dipende dai capi degli Stati membri. Essi sono coloro che decidono sulla forma delle istituzioni o degli organismi europei e sulle loro dipendenze e collegamenti. Inoltre, l'UE è ancora in fase di sviluppo senza un fine ultimo chiara-

¹³ SEK(2008) 323. Documento accessibile alla pagina web: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0135:FIN:PL:HTML>>.

¹⁴ Il testo del documento è consultabile alla pagina web: <http://europa.eu/agencies/documents/joint_statement_and_common_approach_2012_pl.pdf>.

¹⁵ Il testo del documento è consultabile alla pagina web: <http://europa.eu/agencies/documents/2012-12-18_roadmap_on_the_follow_up_to_the_common_approach_on_eu_decentralised_agencies_en.pdf>.

mente definito. Il principio di funzionamento dell'amministrazione europea è costituito dai principi contenuti nei trattati ed universalmente accettati, specialmente il principio di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità. Un'espressione del decentramento, anche se inteso in maniera specifica, sono le agenzie dell'UE.

3. Il decentramento e l'accentramento nell'antica Roma

La ricerca di relazioni tra gli attuali sistemi o principi di organizzazione dell'amministrazione pubblica con quelli romani è un compito oltremodo arduo e complesso. Tale prova è esposta al rischio del sospetto di mancanza di scientificità del presente articolo a motivo del minimo grado di similitudine tra le soluzioni contemporanee e quelle antiche. L'informazione fondamentale è che nel periodo dell'antica Roma in quanto Stato sono esistiti ben quattro sistemi, assai differenti tra loro: l'età regia, la Repubblica, il Principato ed il Dominato.

3.1. L'età regia (754–509 a.C.)

La monarchia era un sistema in cui il re occupava una posizione centrale con ampi poteri di tipo militare, civile, giudiziario e religioso¹⁶. Era in possesso anche del potere legislativo, per questo nei testi antichi si parla di *leges regiae*. Poteva stipulare trattati internazionali e prendere decisioni circa il dichiarare guerra¹⁷. Nel presente è difficile immaginarsi l'esistenza di un organismo con delle competenze così ampie. Nel contempo l'ambito territoriale dei suoi poteri si limitava unicamente alla città di Roma. I suoi poteri di monarca erano denominati *imperium*.

Il potere del re era limitato da organismi collegiali o collettivi, cioè il Senato ed i comizi curiati. Il Senato era composto dai capi delle famiglie (*pater familias*), scelti dal re dapprima in numero di 100 membri, e successivamente in 300¹⁸. Era un organo collegiale con un ruolo di consiglio¹⁹. Tra le sue competenze vi era quella di nominare un *Interrex* durante il periodo dell'interregno e la ratifica (*auctoritas patrum*) delle leggi approvate dai Comizi curiati.

I Comizi curiati (*comitia curiata*) erano l'unità amministrativa di base per l'esercizio del culto, il reclutamento delle truppe, alcune attività di diritto civile (la *adrogatio* o la redazione del testamento), ma prima di tutto per la chiamata a raccolta dei cittadini che godevano pienamente dei diritti per l'elezione del nuovo re o l'approvazione delle leggi (*lex*)²⁰. Un ultimo ruolo dei comizi era l'introduzione di un certo tipo di controllo sulle attività del re.

¹⁶ Serv. *Ad Aen.* 3,80.

¹⁷ H. Siber, *Römisches Verfassungsrecht in Geschichtlicher Entwicklung*, Moritz Schauenburg, Lahr 1953, p. 24.

¹⁸ Liv. 1,8,7; Cic. *De rep.* II,8,14.

¹⁹ Liv. 18,7.

²⁰ B. Linke, *Curiae*, [en:] *Der neue Pauly. Enzyklopaedie der Antike*, Bd. 3, J.B. Metzler, Stuttgart 1997, p. 237–239.

Questa veloce presentazione del sistema di governo dell'era regia consente di affermare, che quello era un periodo di accentramento del potere amministrativo nelle mani del re, tuttavia con alcuni elementi di decentramento e controllo da parte del Senato e dei comizi curiati. Questo sistema di potere non può però venir giudicato dal punto di vista dei moderni criteri di *governance*. Da un punto di vista funzionale si trattava di un altro ordinamento di potere, rispondente alle esigenze sociali, economiche e politiche di quel periodo²¹.

3.2. La Repubblica (509–27 a.C.)

Il periodo repubblicano fu caratterizzato dall'elaborazione di molti meccanismi istituzionali apparentemente simili a quelli moderni. Tali nuovi meccanismi sorsero insieme allo sviluppo demografico, territoriale, economico e politico di Roma. Gradualmente il concetto di Stato subisce una trasformazione da polis a Stato territoriale creato sulla base di diverse alleanze prima con le città confinanti e più tardi con quelle più lontane. Verso la fine di questo periodo Roma dominava sull'intero bacino del Mare Mediterraneo. Questi fattori richiedevano dei cambiamenti profondi dell'ordinamento.

Per questo motivo il sistema repubblicano, nel corso dei secoli, subì molteplici riforme e trasformazioni. Un importante cambiamento nel nuovo sistema fu quello dell'introduzione di nuovi principi sino ad allora sconosciuti, come il principio: dell'elettività, annualità degli incarichi, gratuità dell'esercizio delle cariche pubbliche. Bisogna riconoscere come una conquista particolarmente preziosa l'introduzione, avvenuta dopo le guerre puniche, dell'ordine sequenziale degli uffici pubblici per la carriera politica – il *cursus honorum*, ossia la definizione delle cariche da dover rivestire, dai gradini più bassi fino a quelli più alti. Fu definito anche l'intervallo di tempo da mantenere tra l'esercizio delle cariche e l'età del candidato per un dato ufficio²². Caratteristica per quel periodo fu la creazione di cariche in virtù delle esigenze sociali (per es. *pretor urbanus* e *pereginus*), politiche (tribuno della plebe o edile curule) o militari (*dictator*).

Di significato fondamentale per il sistema di potere dell'epoca era la divisione dei *magistratus* in *maiores* (*dictator*, *consul* e *praetor*) e *minores* (tra cui. *aedilis*, *quaestor*, *ensor* ed altri). La divisione in due gruppi dei funzionari risultava dai loro poteri. Al primo gruppo appartenevano coloro che possedevano un ampio potere di comando, che infatti veniva denominato *imperium ac potestas*. I consoli avevano dei poteri simili a quelli del re. Avevano inoltre poteri giudiziari, militari, civili, potevano emettere delle delibere (*ius edicendi*), ed esercitare la coazione diretta (*ius coercendi*)²³. La carica era ricoperta da due consoli, ed ognuno di essi aveva il potere di bloccare le

²¹ C. Lázaro Guillamón, *Mujer, comercio y empresa en algunas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas*, „Revue internationale des droits de l'antiquité“ 2003, no. 50, p. 166.

²² Ch. Gizewski, *Cursus honorum*, [en:] *Der Neue Pauly Enzyklopaedie der Antike*, Bd. 3, J.B. Metzler, Stuttgart 1997, p. 243–245.

²³ J. Zabłocki, A. Tarwacka, *Publiczne prawo rzymskie*, Liber, Warszawa 2011, p. 75.

decisioni del suo collega – *intercessio*. Le decisioni andavano prese in comune, ad eccezione delle situazioni di emergenza, quando veniva nominato un dittatore, che di solito era uno dei consoli. Il terzo funzionario di tale gruppo, cioè dapprima il *praetor urbanus* (367 a. C.) e poi il *praetor peregrinus* (242 a. C) si occupava fondamentalmente dell'amministrazione della giustizia e dell'elaborazione di nuove norme giuridiche, che completavano le lacune nel diritto, correggevano il diritto antico o lo corroboravano (*ius quirritium*).

I *Magistratus minores* erano a loro volta quei funzionari privi di *imperium* e senza il potere di poter emanare editti, ad eccezione dell'edile curule. Spesso erano muniti dei mezzi di coercizione – *coercitio*. Essi eseguivano dei compiti molto specifici. In questo caso si può paragonare la loro posizione nell'ordinamento a quella delle agenzie europee²⁴.

Nel sistema degli organismi di potere un ruolo fondamentale era rivestito dalle assemblee popolari (*comitia*) e dai concili plebei. I poteri di tali assemblee erano vari, ma tra le funzioni comuni bisogna ricordare le elezioni e la creazione di atti giuridici (*leges* e *plebiscita*). Tali assemblee erano un'espressione della democrazia diretta, usando un linguaggio moderno, ed erano il diritto della società a decidere delle questioni comuni.

Insieme ai cambiamenti del sistema vi fu anche uno sviluppo del sistema giuridico. Esso attraversò molte fasi, cominciando da delle forme alquanto primitive fino a quelle più raffinate del periodo risalente alla fine della Repubblica. Già allora il genio dei Romani permise loro di scoprire la verità sulla necessità di collegare le norme giuridiche con lo sviluppo economico, ed in minor grado con lo sviluppo politico.

Riassumendo, bisogna affermare che il sistema degli organismi di quel periodo ebbe uno sviluppo dinamico causato dalla mutata situazione demografica, economica, sociale, ma innanzitutto politica, legata alla trasformazione della polis in una grande struttura statale.

3.3. Il Principato (27-284 d.C.)

La fine del periodo repubblicano portò con sé dei significativi cambiamenti sociali, politici, economici, ma innanzitutto demografici. Era cambiata anche la struttura sociale, non v'era più traccia della vecchia divisione della società tra patrizi e plebei. Il loro posto era stato occupato dagli ottimati e dai democratici, che lottavano per la forma dei cambiamenti politici. I primi acconsentivano soltanto a delle piccole correzioni istituzionali, perpetuando il sistema degli organismi repubblicani. I secondi, a loro volta, tendevano a cambiare il sistema politico, inadeguato alla nuova situazione economica²⁵. Roma si era infatti trasformata da piccolo stato (polis) in un grande impero comprendente l'intero bacino del Mediterraneo. Le lotte tra questi due gruppi

²⁴ W. Kunkel, R. Wittmann, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*, München 1995, p. 39.

²⁵ A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico Romano*, G. Giappichelli (ed.), Torino 2012, p. 132.

portarono alla guerra civile e, in conseguenza, al cambiamento del sistema politico con il principe quale organo centrale²⁶.

Simbolo della nuova epoca fu Giulio Cesare, il quale tuttavia – a motivo della sua uccisione – non introdusse l'autocrazia. A compiere questo fu Ottaviano Augusto, che concentrò l'intero potere nelle proprie mani. Pertanto anche il suo potere fu definito come *imperium maius infinitum*. Dalla parola *imperium* si iniziò a chiamare i principi con il nome di imperatore - *imperator*. Il principe non era una nuova carica repubblicana, ma l'incarnazione del potere di molti funzionari repubblicani nelle mani di una sola persona²⁷.

Nella sua politica prudente e volontà di conservazione della pace sociale, accanto ad un'amministrazione fortemente centralizzata, egli conservò in larga misura l'amministrazione repubblicana con alla testa il console ed il pretore. Questi funzionari non avevano tuttavia un reale potere. Il comando rimaneva nelle mani del principe e della cancelleria imperiale che si stava formando attorno a lui. In tal modo si addivenne ad un alquanto forte accentramento dell'amministrazione pubblica.

Una manifestazione della centralizzazione fu l'introduzione nel processo romano dell'appello indirizzato direttamente all'imperatore, e non al funzionario di grado immediatamente superiore, così come nell'età contemporanea. La centralizzazione dell'amministrazione causò delle limitazioni degli organismi tipici della Repubblica, cioè il Senato e le assemblee popolari (comprese quelle della plebe). Il Senato perse i propri poteri in materia di politica estera e militare. I senatori avevano sempre meno peso nella nomina dei governatori delle province. D'altra parte però il Senato ottenne il potere, almeno teoricamente, di nominare il principe, ed anche il diritto, su richiesta dell'imperatore, di effettuare la *damnatio memoriae* nei confronti del predecessore, il che significava l'invalidazione di tutte le sue azioni, il divieto di sepoltura e la cancellazione di qualsiasi traccia della sua memoria. Le assemblee popolari cessarono a loro volta di funzionare in conseguenza ad una profonda crisi scaturente dall'inadeguatezza di tale istituzione alle esigenze dei tempi nuovi. Il crescente numero dei cittadini romani e la loro dispersione sull'enorme territorio dell'Impero Romano avevano reso impossibile la convocazione delle assemblee popolari, perciò già all'inizio del Principato esse erano ormai rarissime, e infine terminarono di funzionare. La funzione di rappresentante del popolo fu assunta dal Senato²⁸.

Un segnale del decentramento dell'amministrazione nel periodo in esame fu il trasferimento di alcune competenze ai *curatores*, funzionari chiamati ad occuparsi di un determinato settore dell'amministrazione. I *curatores* formavano un collegio, ossia un'associazione in cui vigeva una relativa gerarchia. Essi provenivano dalla classe senatoriale. Il più alto in grado era il *curator aquarum*, responsabile per l'approvvigio-

²⁶ S. Bello Rodríguez, *Un rescripto de Adriano sobre el crimen de abigeatus: ¿Civiliter vel criminaliter agere?*, [en:] *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Universidad de Burgos 2001, p. 94.

²⁷ K. Loewendstein, *The Governance of Rome*, Martinus Nijhoff, Hague 1973, p. 251.

²⁸ A.F. De Bujan, *Derecho publico Romano*, Thomson-Civitas, Pamplona 2010.

namento di acqua potabile della città, seguito poi dal *c. riparum*, *c. operum* e dal *c. viarum*. I *curatores* avevano il diritto di portare la toga, di sedere su una sedia in avorio ed erano preceduti in città dagli *apparitores*, cioè funzionari ausiliari, e fuori città dai littori²⁹.

4.4. Il Dominato (284–565 d.C.)

Il periodo del Dominato fu caratterizzato da un'ulteriore centralizzazione del sistema dell'amministrazione statale, del sistema decisionale, dall'espansione della burocrazia e dal rafforzamento della centralità del ruolo dell'Imperatore. L'Imperatore era non solo il sovrano, ma anche un dio in terra – *dominus et deus*. Nel Principato la deificazione degli imperatori veniva effettuata soltanto dopo la loro morte. La deità dell'imperatore si palesava nelle sue vesti, nel sistema di assunzione delle decisioni e nella sua netta separazione dal popolo. Un uomo comune non poteva incontrare e nemmeno guardare il volto dell'Imperatore. Tali cambiamenti furono iniziati da Diocleziano, ispiratosi ai despoti orientali, in particolare a quelli del regno dei Persi. Il potere assoluto dell'Imperatore fu distribuito fra quattro persone, componenti la cosiddetta "tetrarchia". Due di essi avevano il titolo di *augusto* e gli altri due quello di *cesare*. Tale soluzione si prefiggeva di rendere efficiente la gestione dell'enorme impero. Fu condotta la divisione territoriale nella parte orientale e in quella occidentale. In ognuna di esse vi erano un *augusto* ed un *cesare*. Tale soluzione va indubbiamente intesa nelle categorie della razionalizzazione e dell'aumento dell'efficienza nell'amministrazione dello Stato. Presso di ognuno dei cesari c'era un consiglio imperiale (*consortium*), che lo affiancava nel prendere decisioni importanti. Era un corpo consultivo.

Fu abolito l'arcaico ed ormai a quei tempi incomprensibile sistema degli organismi amministrativi repubblicani. Nell'ambito della riforma amministrativa fu introdotta la divisione dell'amministrazione militare da quella civile, inclusa quella della giustizia³⁰. Fecero la loro apparizione e i primi segni di burocrazia. Furono introdotte numerose suddivisioni di uffici e ne furono nominati altri.

Gli uffici furono divisi in centrali – *dignitates* e locali. Fu introdotta la gerarchizzazione dei funzionari amministrativi e la possibilità di far ricorso contro una decisione di un funzionario subalterno presso un funzionario di grado superiore. I funzionari, specie quelli più importanti, avevano le proprie cariche – *officia*. Gli stessi funzionari vennero divisi in tre classi: *illustres*, *spectabiles*, *clarissimi*. Con il tempo le categorie ed il rango dei funzionari subì un cambiamento.

Anche la situazione materiale dei funzionari che rivestivano determinate cariche pubbliche ebbe dei cambiamenti. Già nel periodo del Principato furono introdotte delle retribuzioni per i funzionari statali. La loro situazione materiale si rafforzò ulteriormente durante il Dominato. I funzionari venivano nominati dall'Imperatore. Nelle

²⁹ E. Costa, *Storia del diritto Romano pubblico*, Barbera, Firenze 1920, p. 331.

³⁰ W. Litewski, *Historia źródeł prawa rzymskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1989, p. 123.

strutture dell'amministrazione civile venne introdotto il periodo della permanenza in carica, mentre nell'esercito non vi erano limiti temporali. Il funzionario nominato veniva iscritto nell'elenco dei pubblici funzionari, la *matricula*. Col tempo si formò anche l'uso di pagare una quota, la *sportula*, in occasione della nomina a ricoprire un dato ufficio, il che equivaleva all'acquisto delle cariche. La burocrazia entrò poi nella giustizia. Accanto agli uffici ed ai tribunali sorsero gli archivi³¹.

La centralizzazione dell'amministrazione e la concentrazione del potere assoluto nelle mani dell'Imperatore o del persone a lui più vicine condusse anche alla limitazione dell'autonomia delle comunità locali. I municipi dovevano pagare contributi sempre maggiori al governo centrale, il che contribuì senza dubbio alla rapida caduta della parte occidentale dell'Impero Romano.

Conclusioni

I modelli organizzativi dell'amministrazione sono oggetto di studio tra i ricercatori, cominciando da Platone ed Aristotele passando per M. Webera fino all'enorme schiera degli studiosi contemporanei. Gran parte di questi modelli, con un carattere puramente teorico, è stato messo in pratica; altri invece sono rimasti solo delle concezioni teoriche, come ad esempio l'organizzazione della "Repubblica" di Platone. Tra molti modelli di amministrazione storicamente esistiti vale la pena rivolgere l'attenzione a due di questi, a motivo della loro eccezionalità. Il primo di questi è l'amministrazione dell'antica Roma, mentre il secondo è l'Unione Europea. Ciò che accomuna i due sistemi amministrativi è l'esigenza di adattare la propria forma alle mutevoli esigenze sociali, economiche, demografiche, e soprattutto politiche.

L'amministrazione dell'antica Roma è cambiata a seconda del sistema politico, dei rapporti tra le forze sociali e dell'economia. Nel periodo regio l'organo centrale dell'amministrazione dello Stato era un re con poteri alquanto estesi. La sua posizione all'interno del sistema era però limitata dal Senato e dai Comizi. Durante la Repubblica vi furono dei cambiamenti significativi, durante i quali vennero introdotti dei principi simili a quelli che abbiamo oggi in democrazia. Furono introdotte l'eleggibilità, la gratuità nel rivestire cariche pubbliche, l'elezione alle assemblee popolari. A seconda delle esigenze i poteri degli alti funzionari furono trasferiti su nuove competenze, per es. i poteri giurisdizionali vennero estesi prima al pretore urbano e col tempo anche a quello peregrino (per i cittadini stranieri).

Dei cambiamenti rilevanti, nell'ambito dell'amministrazione pubblica, furono compiuti nel periodo del Principato e del Dominato. L'apparato dei funzionari statali fu gradualmente centralizzato e fu allargata la burocrazia, da una parte necessaria per far fronte ai problemi di una grande potenza, ma che creò anche dei problemi tipici per questo sistema, per es. la corruzione.

³¹ A. Montanana Casaní, *Función de la pena en Derecho Romano*, [en:] *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Tirant lo Blanch 1995, p. 521.

La moderna Unione Europea si fa simile all'antico Impero Romano per la continua evoluzione del sistema amministrativo. Ciò è dovuto alle esigenze del suo allargamento a dei nuovi Stati e al sorgere di nuovi problemi, in particolare quello della limitazione della sovranità degli Stati, l'elaborazione di una concezione definitiva dell'Unione, o infine le questioni economiche e sociali, specialmente la crescente disoccupazione. Questi fattori suggeriscono la necessità di un certo accentrimento dell'amministrazione europea, conservando però degli elementi di decentramento. Espressione di tale decentramento sono le agenzie europee, che sono attualmente 31, con sede in diversi Stati membri. L'antica Roma può essere pertanto per l'Unione un esempio di realizzazione dell'esigenza di adattamento dell'amministrazione ai bisogni della società, della politica e dell'economia.

Summary

The European agencies. The centralisation and decentralization in the light of the experience of the European Union and ancient Rome

Key words: European Union Law, European agencies, Roman law, centralization, decentralization, public administration.

The European agencies are the expression of EU policy that aims at regionalization and decentralization of power. A practical expression of this is the location of their headquarters outside the main centres of the Community institutions, namely Brussels, Strasbourg and Luxembourg. The aim of this measure is the greater involvement of Member States in the different EU policies. In this article I will focus mainly in describing the organization of the agencies and functions carried out by them. In ancient Rome, in turn, arose the provinces with very broad powers: an example was the attorney of Palestine. The experiences of both legal systems allow you to make a functional comparison.

Streszczenie

Agencje Unii Europejskiej. Centralizacja i decentralizacja w świetle doświadczeń Unii Europejskiej i antycznego Rzymu

Słowa kluczowe: prawo Unii Europejskiej, Agencje Unii Europejskiej, centralizacja, decentralizacja, administracja publiczna.

Agencje Unii Europejskiej stanowią wyraz polityki unijnej zmierzającej do decentralizacji i regionalizacji władzy. Praktycznym jej przejawem jest zlokalizowanie sie-

dział Agencji z dala od instytucji położonych w Brukseli, Strasburgu i Luksemburgu. Celem takiego działania jest większe zaangażowanie państw członkowskich w odmienne cele polityczne krajów Unii. W niniejszym artykule opisane zostaną organizacja Agencji i funkcje przez nie pełnione. Z kolei w starożytnym Rzymie wykształcił się system zarządzania prowincjami, których namiestnicy i zarządcy mieli szeroki zakres uprawnień w ramach scentralizowanej władzy – za przykład może posłużyć stanowisko prokuratora Palestyny. Doświadczenia obydwu systemów prawnych zachęcają do ich funkcjonalnego porównywania.

Bronisław Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej
im. Alcide de Gasperi w Józefowie

Confiscation and nationalization as a timeless device of religious intolerance

Free exchange of ideas and opinions
is one of the most precious human rights¹

1. Ways and unbeaten tracks of tolerance

According to the Oxford Philosophical Dictionary, *ideology* means “a group of beliefs, ways of thinking and categories which is the basis of some political or social activity program”². Freedom of exchanging thoughts and outlooks numerously cited in various programs or normative acts, including the Universal Declaration of Human and Citizen Rights from 1789, is a theoretical message, commonly accepted. In practice, however, it is often disrespected.

Each human community, formal or informal one, has always needed ideological basis for its existence. Therefore, there are conflicts generated, so called ideological fights aiming at discrediting one social group by another one. Clearly, an ideological fight is expressed in a state division into democratic (especially the European countries and the USA), totalitarian (e.g. the North Korea or Cuba) and fundamental ones (Iran, Saudi Arabia). The example of such conflict is an attempt to implement, in Afghanistan, the first socialistic system by the former Soviet Union or, nowadays, democratic one by the USA and its allies. Interstates conflicts have been, however, of different kinds over centuries due to changing concept of a state, e.g. a state in the republic period of the ancient Rome was comprehended as an assembly of legal citizens. Jelinek builds the present dominant concept of a state, according to whom; a state means

¹ Art. 10 of Universal Declaration of Human and Citizen Rights from 1789, [in:] B. Lesiński (ed.), *Historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych*, UAM, Poznań 1995.

² S. Blackburn, *Oksfordzki słownik filozoficzny*, translation and analysis in the Polish language J. Woleński (scientific study), Warsaw 1994, p. 165.

a nation, territory and government. In this context of an ideological fight on numerous levels, all program declarations of those political parties which claims to be free from ideology, remain unreasonable. In each program, political, social or economic ones, there are elements of the assumptions concerning human nature, development, organization of social life, kind of economy or form of making politics in a state or on an international stage.

Realization of the adopted ideological assumptions demands the use of proper instruments implementing them into life. Thanks to them, creators of all ideologies aim at their dominance through marginalization or even elimination of other, competing ideologies. The process is performed in different ways, e.g. through a revolution (Russia, France), wars (conquers of ancient Romans), referring to god's mission (Saudi Arabia), new systems of values (human rights) or the use of legal mechanisms shaped through evolution over centuries (democratic system). In this context, a significant question about the possibility of real existence of multicultural and coexistence of many outlooks together must be aroused. Or, in other words, it is a question about tolerance towards outlook diversity.

Even in present theocratic countries, such as Saudi Arabia, or atheist such as the North Korea, there are completely marginalized national, religious or political minorities. Therefore, it is an error to force implementation unanimous and new system of values in the EU formulated in the Chart of Human Rights from 2000 through marginalization other systems, especially the Christian one, which Europe has been linked with for almost two thousand years. As a consequence there is a question of comprehending tolerance and the cases of its infringement or not observing in the context of religious diversity. According to the mentioned above Oxford Philosophical Dictionary, tolerance is understood as "restraining from actions against the phenomena that are not accepted, arouse objection because of political reasons or remain strange for us"³.

Special kinds of intolerance are any forms of religious combats. Religious tolerance overwhelms not only the right to perform religious cult or public expressing own religious beliefs (freedom of conscience and denomination) but also the right to bring up children in a religious spirit, religious education, building own administrative structures of a religious community, educating clergymen, existence of religious institutions or building and maintaining objects of religious cult⁴. Numerous humanists, especially in relation to the Catholic religion, announced the lack of religious tolerance. J. Locke in *The letter about tolerance* (1689) claimed that tolerance should not be shown to Catholics due to their ideological dependence on the pope, being the Head of the Church State. According to the humanist, the Catholic religion means a dangerous departure from the social and political unity, e.g. the pope could arrange enrollment of the foreign Christians to the army.

³ S. Blackburn, op. cit., p. 405.

⁴ J. Wichrowicz, s.v. *Tolerancja*, [in:] Z. Pawlak (ed.), *Katolicyzm A-Z*, Pallotinum, Poznań 1999, p. 378–379.

Such comprehension, however, is improper and unacceptable, since it includes false presumption of facts that it had never taken place and as a consequence, it causes intolerance⁵.

The subject of this dissertation is a presentation of the religious intolerance phenomenon through the view of confiscation and nationalization of religious property. The aim of the research is to define the result of the use of those legal instruments for political reasons, simultaneously being a warning against similar actions in future.

Therefore, a hypothesis that confiscation and nationalization of property is not the best instrument to realization of ideological fights and leads to even bigger social divisions. It leads to social or economy dysfunctions. The example may be the extermination of Jews in Nazis Germany in order to takeover their property, which, in the result, led Germany to economic, political and, finally, military crisis.

Together with economic development and technological advance, contemporary religious intolerance adopts new forms of discrimination leading to economic weakening of religious unions, especially Catholicism. New economic challenges basing mainly on the principle of increase of profits and enrichment of a unit, are directed to combat traditional system of values, especially religious practices. Thus, media present new forms of discouraging believers to the Church, religious practices, especially participation in the Holy Mass on Sunday. In that sub-context, the aim of such actions is the increase of the number of visitors to shopping centers. Simultaneously the money from the “tray” may flow in hypermarkets.

Another area of religious intolerance with economic and social sub-context is the question of life protection from conception until natural death. Negation of humanity in the prenatal period is an economical benefit mainly for producers of early abortifacient and contraception medicines. However, the right to euthanasia or good death is a benefit for insurance companies which spend more and more money for treatment and cure of the elderly or ill people. The main reason for the fight against the proponents of life protection is scientific argument and freedom of an individual. Life protectors are perceived as the representatives of backwardness.

Over centuries, a basic instrument to combat competitive ideologies was confiscation, and in the present times it is also nationalization. The further part of this dissertation a mechanism of ideological fight in the historical development with the help of legal instrument, confiscation and nationalization in the religious context, shall be presented.

2. Confiscation in historical comprehension

Confiscation of property of religious organizations or believers' communities is a very old practice. It is known in the civilizations of the ancient East, Rome, during

⁵ J. Locke, *List o tolerancji*, translated by L. Joachimowicz, PWN, Warszawa 1953, p. 53–56.

ancient Christianity, new age, in totalitarian, theocratic systems but also in contemporary democratic systems based on human rights especially freedom of an individual and the rules of economic freedom.

2.1. Confiscation of property of religious communities in ancient Rome

The institution of property confiscation in ancient Rome was used within the penal law as a sanction itself or an additional one. According to *lex Cornelia de sciscariis et veneficis*, property confiscation of the sentenced in total or part was connected with the punishment of relegation (*relegatio*). Since then relegation was always connected with confiscatio⁶. Tiberius however, linked property confiscation with deportation. Property confiscation was most often connected with death penalty put e.g. for desertion in army (Suet. Aug. 24), state betray (*perduellio*), or later *crimen maiestatis* (Liv. 8.39)⁷. The specific kind of confiscation was proscriptions begun by Sulla, namely listing political opponents practically sentenced to death. Their property was sold in public auctions. That instrument was later used by other dictators and army leaders, including Julius Caesar, Octavian or Mark Anthony (Sallust. Cat 51,43). Property confiscation was also used as one of the accessory punishments, namely an additional form of repression towards Christians. The discriminations themselves undoubtedly derived from disrespect of contemporary public order (*pax romana*) by the new faith believers. As a consequence, aggression of society and public administration bodies was increasing. The first cases of the Christians' property confiscation from both physical entities and Christian municipalities took place during to governing by Caesar Valerian (the years 257 and 258 A.D.) According to Cyprian (80) Valerian made aim discrimination at Christians residing in cities. The property of bishops, priests and clergymen sentenced to death was the subject of confiscation. It was connected with the loss of social or political status as: *senatores, egregii czy equites Romani*. Moreover, the buildings of cult and cemeteries where Christians gathered were confiscated⁸.

Similar discriminations of Christians connected with property confiscation took place during the governing of Diocletian⁹. The beginning of those actions was the Caesar's edict against Manichaeism announced in 297. In the verdict, Diocletian made punish them and take over their property for the benefit of the state – *fiscus* (Coll. 15.3.6). As a result, similar normative orders were found in the decree of 303 directed against Christians. Diocletian's motivation was maintaining traditional social and political order guaranteed by the old Roman religion. Christianity, for Diocletian, destroyed the contemporary political and social order.

Property confiscation, among other kinds of punishment, e.g. infamy, incapability to be a witness or writing a testimony, was still used after the Christian religion was

⁶ Th. Mommsen, *Romisches strafrecht*, Duncker & Humbolt, Leipzig 1899, p. 979.

⁷ M. Jońca, *Parricidium w prawie rzymskim*, KUL, Lublin 2008, p. 288.

⁸ A. Barzano, *Il cristianesimo nella leggi di Roma Imperiale*, Paoline, Torino 1996, p. 46.

⁹ Th. Mommsen, op. cit., p. 577.

freed, however, this time towards Christianity fractions (heresy and apostasy), namely ideological trend that remained beyond in the lawful, dominating doctrine. Objects of cult and cemeteries were the main subjects of confiscation. It was, therefore, the continuation of the earlier practices, however with the role exchange. Those discriminated, Christians, became discriminators towards heretics, apostates and pagans¹⁰ (C.Th. 16.5.6; 10; 11; 12). As regards pagans, the confiscation punishment was linked with death penalty and it was executed mainly towards those who submitted bloody human sacrifice (C.Th. 16.10.2 and 4). Lands possessing objects of cult were confiscated (C.Th. 16.10.12.2). During the period of Christianity, separated policy, including the legal one together with the punishment system, towards Jews appeared. The Caesar Constantius in 352 ordered, in one of the constitutions, confiscation of Christians' property who would changed their religion for Judaism (C.Th. 16.8.7). Similar regulations appeared in the constitutions against Manicheans. In 372, Valentinian ordered the confiscation of houses and places where proponents of Manichaeism gathered (C.Th. 16.5.4)¹¹. Finally, the Caesar Valence ordered, in the constitution of 376, confiscation of all religious cult places belonging to heretics, regardless the location, namely both in cities and out of their borders. Religious cult objects, including altars, ought to be destroyed. The confiscated goods became in the tax office possession. The will of the holy faith, the only true one, defense motivated to those legislative actions (C.Th. 16.5.4).

2.2. Confiscation of religious communities' property during the Middle Ages

The Middle Ages were the period of relative peace and the time of new social order based on Christian values. It favored the development of architecture (amazing cathedrals and palaces), church and secular administration and development of art. That illusory peace was sometimes disturbed by wars against schisms, heresies and apostasies, including the most important ones, namely the Waldensians and Cathars. The latter ones acted in the south of France. The Bulgarian bishop Niketas began that heresy. The issue of the heresy was the creation of so called group of good Christians, who established own concept of God's dogma. They rejected the church hierarchy. The Waldensians, established by Peter Waldo, also acted in the south of France. They claimed extreme poverty and soon end of the world. Another claim, difficult to accept, was celibacy and abstinence, which was certain threat for the demography in the Middle Ages due to high death rate among children¹².

The combat against numerous exceptions from the only proper religion was conducted via the inquisition process, adopted from the Roman times. Reactions of contemporary rulers (Caesars, kings and dukes), including popes, on the heresies, schisms

¹⁰ Ibidem, p. 601.

¹¹ J. Gaudemet, *Politique ecclésiastique et législative religieuse après l'édit de Théodose I de 380*, AARC 1986, no. 6, 1–22.

¹² M. Banaszak, *Historia Kościoła Katolickiego*, vol. 2: *Średniowiecze*, ATK, Warszawa 1989, p. 165–166.

and apostasies in the Middle Ages were of different kinds: military, legislative and judicial. The legislation against heretics and apostates was established by common councils, especially by the 4th Lateran Council (1215). The constitution includes two significant principles for this dissertation, concerning heretics.

Principle 3.1. Any heresy against the holy, orthodox and Catholic faith presented above shall be the subject of excommunication and overwhelmed by anathema. We condemn all heretics: no matter their names. Although they have various faces but their tails are tied together, Since they are all similar to one another due to their vanity.

Principle 3.2. The condemned heretics ought to be returned to the secular government or their officials in order to be punished relatively to their guilt. Clergymen first ought to be degraded from their positions. The property of the condemned, if secular, ought to be confiscated, or transferred to the church which remunerated the condemned clergymen¹³.

Principle 3.1 includes clear ideological message, which was an excuse for the solutions included in Principle 3.2. According to the Council officials, the Catholic faith was the only proper and holy. In that axiological perspective, other religions or faiths, doctrines, are of secondary importance. Therefore, any heresy from that religion ought to be severely punished, e.g. by property confiscation. The secular goods were transferred to the rulers and the Church took over the property of clergymen.

Before and after the 4th Lateran Council, also numerous local normative decisions appeared, made during diocesan synods. The most famous ones are: the synod in Verona (1184), Avignon (1209), Montpellier (1215) or in Toulouse (1229) where the inquisition proceedings norms were prepared. The circle of the persons, who were the subject of negative consequences of inquisition activity, was increased. For example, those who hid a heretic at own place were punished with property confiscation. The house in which a heretic was found ought to be destroyed and the land under the building confiscated. The regulations were implemented and specified by Gregory IX in 1231¹⁴.

Contemporary secular rulers proved a huge willingness in combating heresy, apostasy or schism. Those included the Caesar Frederic II who announced the decree against heretics and St. Louis the French who accused popes for too gentle treatment of heretics. Engagement of secular government in combating heresy was the result of the call of the Church for so called assistance in executions of the church bodies verdicts, including the cases of heresy (*brachium saeculare*). Also the Aragon King Peter II (1198) ordered property confiscation.

The punishment of confiscation, commonly used in the inquisition process, aimed at material weakening opponents of the existing ideology. Undoubtedly, the question of enrichment of those who took over the property, namely rulers, parishes, dioceses or church hierarchies should be noticed. While administrating the sanction of property

¹³ Transl. The Councils of the Catholic Church from the Nice to Vatican II ones [access: 2013], available on <<http://soborowa.strefa.pl/code-12/>>.

¹⁴ J. Umiński, *Historia Kościoła*, t. I, Wydawnictwo Diecezjalne Świętego Krzyża, Opole 1959, p. 475–476.

confiscation, nobody concerned the material situation of the sentenced heretics' apostates' or schisms' families. The idea was the superior matter to which other aims remained subordinate. Therefore, the Middle Ages legal regulations did not presume the possibility of the restitution of the confiscated property even in the case of converting or admitting to the fault by the sentenced person. Confiscation became not only legal and political fight instrument but also granting the new elite the right of ownership.

2.3. Confiscation of religious communities property in modern times

In modern times, an ideological platform, being an intolerance basis, widened. Atheism, referring to ideas of freedom, reasonability, scientific approach, and nowadays progress and innovativeness, became a new and modern ideological trend. It caused the return to the phenomena known from the past, namely outlook intolerance, including the religious one, which manifested the confiscation of the ideological opponents' property. The example may be the lofty ideas announced for the need of the French Revolution such as freedom, equality and brotherhood and which led to dispossession the two largest in strongest social groups then, namely clergymen and landed aristocracy. In the result, the French Revolution did not realized its presumed ideas but led to the damage of the previous order (*ancienne régime*) and creation of the new one, based on the Napoleon's Code or later called *Code Civil*.

The principle cited at the beginning of this dissertation, written in the Common Human and Citizen Declaration from August 26, 1789 concerning the freedom of outlook and ideas exchange, in fact became only a pure theory or ideology announced by the French revolutionists as an excuse for the new political and social order.

On December 2, 1789, The National Constituent Assembly announced a secular decree with the power of takeover of all properties belonging to church. Monastic orders were liquidated, church marriages invalidated. Many sacral object were destroyed, including the universal sights, such as the Abbey in Clune, destroyed in 1790.

Secularization was the consequence of the French Revolution ideology and became one of the main ideological trend not only in France in 18th and 19th centuries but also the cause of changes in other European countries also becoming the source and instrument of intolerance. The example was Austria, where the primary process of depending the Catholic religion on the state was begun by Maria Theresa (1740–1780) and continued by her son the Caesar Joseph II (1780–1790). This ideological trend built for the needs of the Austrian Caesars actions was called Josephinism. Paul Joseph Riegger (1705–1775) and Joseph von Sonnenfels (1733–1817) were the creators of the basic assumptions of Josephinism. The main instrument subordinating the Catholic Church was property confiscation especially of the orders which were the centers of the Christian's ideology development. Both lands and religious cult buildings or objects were confiscated.

Property confiscation or, more precisely, partial nationalization of political opponents' property was used in modern times by the tsarist Russian as a revenge sanction

towards the participants of the January Uprising. The property of the Uprising participants' but also other significant objects for the life and withstand of the Polish culture including sacral objects. Confiscation and nationalization of properties of political and religious opponents in modern times was also used in other parts of Europe and the world¹⁵.

2.4. Confiscation and nationalization nowadays

The development of the human rights concept and the principles of democratic rules which began in the 18th century, gave hope that the 20th and 21st centuries would be the time of tolerance and respect of other views, and the common acceptance of multi-culture would become a common phenomenon. However, the analysis of historical facts and legal regulations of various ages, beginning from the Roman law, have not been well thought-out. The old negative patterns of intolerance were reflected in a modified form, often stronger, in the totalitarian systems of the 20th century. Some intolerance elements can be found even in so called democratic systems based on liberal rules, namely free economy.

The fascist system, especially that in Germany, basing mainly on the racist philosophy and national socialism, led to defining the categories of supreme humans and sub-humans. The first social group started usurping more rights for themselves at the cost of others. Creation of a life space (*Lebensraum*) for the German determined such actions physical extermination of sub-humans, including Slavs, Gypsies and Jews, connected with the confiscation, less with nationalization. The legal basis were so called acts of Nuremberg. As a result, dozens of concentration and labor camps were built and the system of compulsory work was implemented. At that time BGB was out of date. Hitler's orders became the law. For the need of building the Third Reich, the Jewish and later Slavs' property was confiscated. Those actions aimed at gathering funds for leading the war and combat with the results of economy crisis in Germany which took place in 1920s and 1930s.

In the communism build on the basis of the ideology of K. Marks and F. Engels and political practice of Lenin and Stalin, also double class society was created, namely labor class and bourgeoisie together with kulaks, meaning farmers. Only the labor class was entitled to government. The remaining social groups, being a demoralized element of a society should be liquidated by resocialization in camps or physical extermination. The legal basis is difficult to be found in this case for such actions, since the law was considered the image of bourgeoisie's creature. The revolutionary consciousness of the Soviet commissars, and after the WW2, the secretaries' of the Party stated the basis for any actions.

As regards the political system, the basic instrument of realization of intended plans of creating a new society was nationalization and confiscation. The aim of the

¹⁵ P. Krajewski, *La globalizzazione come ostacolo del fenomeno migratorio*, [in:] *Post conference materials*, Bari – Olsztyn 2006, p. 242–249.

nationalization was deprivation of material basis of the combated social groups. Not only the representatives of bourgeoisie or land aristocracy but also clergymen were overwhelmed by nationalization. Confiscation was used by courts, which often announced verdicts basing on uncertain proof materials, collected by those loyal to communist government¹⁶.

In the age of liberalism and the political systems based on the principles of a democratic state and numerous international treaties defending human rights, including the freedom of speech and beliefs, there are too many examples of intolerance. In this case, however, it is not the matter of government but private media, newspapers, radio or televisions prove huge intolerance towards those with different outlook. The government remains relatively passive towards those practices, or sometimes stands in favor of those who cause intolerance adopting the practices for the needs of educating a society and opening for new problems. The popular practice is ridiculing the elderly, believers or religious institutions. It is a symptom of intolerance which may also adopt a shape or gradual economic weakness of those ridiculed, depreciated groups and, in a result, confiscation of their property with the use of legal instruments¹⁷.

3. Summary

A fight for political, and nowadays, political power has always led to intolerance including confiscation or nationalization of political or ideological opponents. Each time the acts of intolerance are ideologically excused referring to so called higher values. The experiences of the ancient Rome based on numerous cases show ruthlessness of government actions in order to defend actual state of affairs. One of the examples was persecution of Christians who remained beyond the contemporary social order. In a result, in order to bring order and social safety, there were many cases of physical extermination of Christians connected with confiscation of property of Christian municipalities and the believers themselves. The aim of such actions was weakening the position of that social group or even its liquidation.

After bringing freedom by Christianity in 313, there were many attempts of similar actions towards pagans and heretics or apostates. Intolerance and property confiscation of heretics took place in the Middle Ages. Christians became persecuted in the modern times, the age built on the idea of freedom and secularization.

The creators of the French Revolution and representatives of Josephinism in Austria proved their high level of intolerance. Nowadays, there were still numerous acts of intolerance including confiscation and nationalization of property of ideological, political or religious opponents.

¹⁶ G. Rouet, P. Terem, *Enlargement and European neighborhood policy*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles 2008.

¹⁷ W. Breński, A. Oleksiuk, *Socio-economic differentiation of Polish regions*, "Economic" 2008, p. 220.

The above case study of intolerance over the ages, beginning from the ancient Rome until the present times, allows to claim that mankind has a long way ahead to reach full tolerance of ideas of any man.

Resumen

La confiscación y la nacionalización como instrumentos atemporales de combate legal de intolerancia religiosa

Palabras clave: Derecho romano, Derecho positivo, tolerancia, confiscación, nacionalización, lucha contra la oposición.

La confiscación de bienes, y después, la nacionalización son instrumentos atemporales de combate legal de oposición ideológica, incluida la religiosa. La intolerancia es la base de este tipo de acciones. La tolerancia es uno de esos conceptos que no puede describirse en su totalidad y que fue comprendido de manera diferente en el mundo de la antigua Roma y en la actualidad. El elemento común que une a los dos mundos es la instrumentalización de la religión con el fin de la confiscación o la nacionalización de los bienes de los opositores ideológicos. La tesis de este estudio se concentran en el cristianismo. El contexto del adoctrinamiento político y religioso influye en la legislación y provoca efectos negativos en materia de daños y perjuicios. La comparación de casos similares en supuestos de diferentes edades puede dar lugar a comentarios muy interesantes referidas a las actividades legislativas.

Streszczenie

Konfiskata i nacionalizacja jako ponadczasowe narzędzie religijnej nietolerancji

Słowa kluczowe: prawo rzymskie, prawo pozytywne, tolerancja, konfiskata, nacionalizacja, zwalczanie opozycji.

Konfiskata mienia, a w późniejszym okresie jego nacionalizacja to ponadczasowy instrument służący do zwalczania ideologicznej opozycji, także religijnej. Podstawą takich działań jest nietolerancja. Tolerancja jest pojęciem nie do końca sprecyzowanym, odmiennie pojmowanym w świecie starożytnego Rzymu i obecnie. Wspólnym mianownikiem dla obu okresów może być instrumentalizacja religii, przejawiająca się w dążeniu do karania ideologicznych oponentów poprzez konfiskatę lub nacionalizację ich majątku. Zawarte w tym artykule rozważania koncentrują się na chrześcijaństwie. Indoktrynacja polityczna i religijna wywiera szkodliwy wpływ na proces tworzenia prawa. Porównanie podobnych zjawisk z odmiennymi okresami historycznymi może prowadzić do niezwykle ciekawych spostrzeżeń w odniesieniu do działalności ustawodawczej.

Paweł Polaczuk

Katedra Teorii i Filozofii Prawa i Państwa

Wydział Prawa i Administracji UWM

Tolerance in law

Introduction

This article discusses the controversy surrounding same-sex civil partnerships. The key concept in this debate will be tolerance – current practice demonstrates that analyses of legal regulations relating to same-sex partnerships should focus on the problem of discrimination. Discrimination is one of the principal arguments used by the proponents of same-sex partnerships to defend their case. For this reason, tolerance, a concept that is asymmetrical to discrimination, should be examined in greater detail to establish a clear and objective background for discussion. Contrary to appearances, the notion of tolerance supports a debate in broader perspective which is determined by social, political and legal norms that are the building blocks of liberal democracy. If the concept of discrimination were the pivotal point of this discussion, the main focus would be automatically shifted to legal aspects of the problem, thus – at least from the point of view of those who oppose same-sex partnerships – prejudging the content of social and political norms. The second remark relates to the way tolerance is understood in this article. Various definitions of the concept will be discussed, but its lexical definitions will be disregarded¹. As regards dictionary definitions of tolerance, it should be noted that tolerance took on a specific meaning which extends beyond the realm of religion and manifests our attitudes towards different philosophical views, customs, lifestyles, interests, esthetic preferences, etc.²

There are several reasons why dictionary definitions of the concept should be abandoned in this debate. Above all, our understanding of tolerance

¹ T. Grabińska, *U źródeł dyskusji o tolerancji*, „Archeus” 2005, no. 6, p. 48–49.

² A. Podsiadło, Z. Więckowski, *Mały słownik terminów i pojęć filozoficznych dla studiujących filozofię chrześcijańską*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1983, p. 399; T. Grabińska, op. cit., p. 49.

has changed dynamically over the years. Professor Legutko rightly notes that tolerance has a growing demand for itself. The above observation relates to negative connotations of tolerance (risk of absolutization), but it adequately illustrates this dynamic change process which is manifested by a simultaneous increase in tolerant practices as well as intolerant behaviors. When the meaning of tolerance is thus narrowed down, it escapes dictionary definition. It should also be noted that the dynamics of the discussed concept does not have an unambiguous definition. According to Legutko, its justification can be a source of negative evaluations of social behaviors. In other words, this negative evaluation emanates from the justification of the dynamic nature of tolerance rather than from the concept itself. Legutko adds that contemporary societies demand tolerance for every idea, doctrine or belief. Proponents of a given view are released from the obligation to present their arguments because every demand for justification is regarded as a manifestation of intolerance on behalf of those who put forward such demands. According to Legutko, such attitudes imply ignorance of intellectual and moral costs associated with this curious hegemony of categorization³. The above author argues that ignorance can give rise to a mechanism which he describes as growing demand for self-tolerance. This phenomenon is manifested by a simultaneous increase in tolerant practices as well as intolerant behaviors⁴.

The preceding section explains the limitations that apply to the presented arguments. The objective of the discussion remains to be specified in greater detail. The concept of tolerance will be the springboard for the debate on legal regulations applicable to same-sex civil partnerships. Attempts will be made to demonstrate that an existential and axiological approach more effectively identifies social controversies. In other words, an existential and axiological approach brings the definition of tolerance closer to the nature of tolerance-related conflicts.

1. Preliminary remarks about an existential and axiological approach

Let me begin with several remarks that characterize the existential and axiological approach. References will be made to the previous remarks about the concept of tolerance. As mentioned earlier, social practices relating to tolerance change dynamically. For this reason, the lexical nucleus of the concept should be identified based on the fundamental tenets of liberal democracy. Basic principles can be reconstructed from liberal ideology, but

³ R. Legutko, *Etyka absolutna i społeczeństwo otwarte*, Arcana, Kraków 1994, 2005, p. 156.

⁴ Ibidem.

this practice may be questioned by its opponents. The use of ideological fundamentals of liberalism would probably also defy the dynamic nature of social practices relating to tolerance. It should be noted that the opponents of same-sex civil unions refer to the definition of tolerance which is rooted in liberal ideology. For those reasons, a different interpretation key should be found. Ideally, the proposed approach should support a debate that is not confined to the realm of liberal ideology. Such a possibility is offered by the existential and axiological approach which underpins liberal democracies – from the point of view of those systems’ real-life fundamentals. They cannot be assigned to liberal ideology or questioned without negating the reality of liberal democratic states.

2. Two justifications for tolerance

Let me begin with an observation relating to justification of tolerance. Two models are possible. The first justifies tolerance by describing the actual situation. This approach was proposed by Locke. The actual situation is described by facts such as variable goals (goods) pursued by people and different opinions about the truths preached by religion. The resulting tension contributes to the risk of social conflict (war), therefore the postulate of tolerance may be seen as a war deterrent⁵. Marcin Król, who formulated the above observations, argues that in this approach, tolerance is a conflict resolution tool. Tolerance prevents violence (coercion). According to the above author, this definition of tolerance is strongly rooted in liberal theory and practice⁶. The second justification makes a reference to the idea of freedom. Mill’s formula which postulates individual freedom without harming others is a negative approach to freedom which denotes the freedom “from”. Interestingly, this negative concept of freedom corresponds to tolerance in a positive sense. In other words, freedom from oppression and freedom from the dominant role of public opinion breeds tolerance for all social norms, values and behaviors. According to Król, the above mechanism implies that the more we focus on protecting our individual freedoms against external intervention, the more we empower others to do the same, and consequently, we tolerate their behavior⁷. Therefore, we tolerate different points of view in fear of the consequences of intolerance, which implies that the significance of individual freedom logically leads to tolerance⁸.

⁵ M. Król, *Tolerancja w teorii i praktyce liberalizmu*, [in:] I. Jakubowska-Branicka (ed.), *O tolerancji we współczesnej demokracji liberalnej*, TRIO, Warszawa 2010, p. 42.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, p. 44.

⁸ Ibidem.

In the above context, Król examines the tolerance of homosexuality in a negative and positive sense. In the first approach, tolerance stems from fears surrounding the possibility of debate about the nature of homosexuality (natural laws, religious norms) which cannot be unambiguously resolved. The same approach is used to interpret opposition to homophobia. This line of argument (negative tolerance, justification of tolerance by making a reference to anticipated facts) is adopted by the opponents of same-sex civil partnerships. In a parliamentary debate, the opponents argued that same-sex partnerships defy the laws of nature (Krystyna Pawłowicz, MP). Similar slogans were used during street protests, including “Not secular, not rainbow colored, but Catholic Poland”, “Poland free of deviant behavior”, “Man is born normal, not homosexual”, and in official statements made by “public” opponents of same-sex civil partnerships. The organizer of the protest march held on 5 May 2013, Anna Kołakowska of the Rosary Crusade for Poland, told the Polish Press Agency: “Normal behavior is prosecuted in contemporary Poland. We are not allowed to live like our ancestors, we are forced to be modern. Modern implies being open to all sorts of deviances, it means rejecting all values or concluding that all values are relative”⁹.

The correspondence between justification of negative tolerance and the arguments put forward by opponents of same-sex civil partnerships is broken when we delve into their interpretation of Locke’s logic. The logic based on arguments that justify tolerance is also interpreted as an argument against classifying tolerance as a key social and legal principle¹⁰. Legutko searches for clues in Locke’s proclamation of tolerance that would restore the concept’s original significance. The above author observes that for Locke, the need for tolerance was justified by the need to humbly succumb to the truth. Locke challenged the king, who was empowered to prosecute false religions and protect the only true religion, to display tolerance in his actions. Deprived of the ability to arrive at positive solutions or resolve religious conflicts in a rational manner, the king had to turn the antagonists’ attention to the fact that seemingly righteous views, judgments, norms and ideas can be transformed into political instruments. The king should not give preferential treatment to any of the conflicted parties¹¹. Similarly to Król, Legutko recognizes that the above concept exemplifies negative tolerance. It is negative not because tolerance can prevent social tension, but because this approach does not expound or promote the truth, nor does it contribute intellectually to its achievement¹². The place of tolerance is determined by the so called

⁹ Zob. [online] <www.tvn24.pl/maszerowali-w-obronie-rodziny-i-wartosci-katolickich-stop-homodyktatowi,323413,s.html>.

¹⁰ R. Legutko, *Etyka absolutna...*, p. 155.

¹¹ *Ibidem*, p. 160.

¹² *Ibidem*.

“ultimate standards” (the truth). On account of those standards, views, opinions or ideas should not be transformed into political instruments. Tolerance ends when those views are confronted with the “ultimate standards”. The essence of those standards, however, is not explained. We can only infer that they imply traditions, customs and religious beliefs which, without a ban on the politicization of new ideas, would be regarded as detrimental to social development¹³. Legutko quotes Locke who drew a parallel between tolerance and the belief in the legitimacy of his religion, as well as Voltaire whose concept of tolerance, identified as depreciation of the sacred status of certain beliefs and opinions, could be reconciled with the fact that some societies are dominated by one religion¹⁴.

In the cited interpretations, tolerance implies a ban on transforming views, judgments, norms and ideas that differ from the “ultimate standards” into political tools. Although Locke advocated impartial treatment of parties to the conflict, he was convinced of the validity of only one religion. Therefore, the only “true” argument in this approach to tolerance is the fear that cognitive functions of faith could be negated. In this context, to tolerate means to accept the epistemological value of religion and to protect religion by prohibiting the politicization of ideas or norms which are inconsistent with religious tenets. In simple terms, to tolerate means to protect the veracity of faith by banning the transfer of discordant views, norms and ideas to public life. The above interpretation gives rise to oversimplified beliefs about the proponents of tolerance. According to this line of thought, in their deep regard for reason and rationality, the proponents of tolerance allegedly claim that social and political life would become safer if reason replaced faith as the basic cognitive tool, becoming the source of our knowledge¹⁵.

Interpretations of Locke’s philosophy that rely on the belief in religious righteousness also explain the meaning of arguments based on the opposing concepts of normality and deviance. The knowledge of norms and deviations from the norm underpins arguments where the concept of natural law is based on the perceived conformity of knowledge and revelation. Reason is only a medium for discovering the revealed truth. It could seem that the above would limit traditional religious claims to the extent which is acceptable by the opponents of same-sex civil partnerships, and minimize the dissonance between knowledge and faith¹⁶. This is not the case, however. Even if the domains of reason and faith are interrelated on the assumption that

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ R. Legutko, *Tolerancja. Rzecz o surowym państwie, prawie natury, miłości i sumieniu*, Kraków 1997, p. 63.

¹⁶ Ibidem, p. 66.

certain fragments of the revealed truth can be subjected to rational, discursive cognition, this approach fails to explain the laws of nature, and it does not distinguish between good and evil¹⁷. Any measures that allow for discursive cognition are classified as anti-religious in nature.

In the negative approach towards tolerance, the discussed concept is degraded to a non-intrinsic value. In this sense, tolerance is associated with attributes, attitudes and emotions that have been named in contemporary culture. A tolerant approach implies generosity, gentility, good will, good manners, knowledge, sense of justice, openness and respect for others. Tolerance aggregates all of those features, but when evaluated separately from those attitudes, attributes and emotions, it becomes an empty concept¹⁸. In the author's opinion, the advancement of tolerance without the promotion of other forms of moral behavior is harmful. At best, it is an ethical speculation, and at worst, the propagation of pure tolerance jeopardizes the rules of social conduct. Tolerance becomes an abstract, arbitrary social principle which is unrelated to experience and which is imposed on others on the assumption that it will contribute to social harmony and peace¹⁹.

The concept of positive tolerance has been mentioned in previous sections of this paper. The arguments raised by the opponents of same-sex civil partnerships invalidate the justification that makes a reference to greater individual freedoms because the cited postulates rely on or are rooted in the "ultimate standards". The proponents of negative tolerance do not put forward arguments regarding same-sex parenting. In a sense, they are doomed to the arguments justifying positive tolerance. Those arguments play a very important role in the debate on the legalization of same-sex civil partnerships and same-sex couples' rights to adopt children. The arguments raised in the positive approach oppose same-sex parenting. The proponents of positive tolerance maintain that homosexual practices do not limit other people's freedoms and that positive tolerance of homosexuality expands civil liberties. When it comes to adoption, those freedoms are restricted on account of public reactions²⁰. This is an important point. The arguments formulated by protesters who rallied against the legalization of same-sex partnerships on 5 May 2013 also concerned children raised by homosexual couples: "Don't harm our children" or "Fighting for our children"²¹. Paradoxically, the arguments raised by the opponents of same-sex civil partnerships can be defended from the point of view of one of the discussed justifications of tolerance.

¹⁷ Ibidem, p. 65.

¹⁸ R. Legutko, *Etyka absolutna...*, p. 157.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ M. Król, op. cit., p. 46.

²¹ Zob. [online] <www.tvn24.pl/maszerowali-w-obronie-rodziny-i-wartosci-katolickich-stop-homodyktatowi,323413,s.html>.

3. Problematic arguments in Polish debate

The argument promoted by, among others, Krystyna Pawłowicz, MP, is most problematic. In a parliamentary debate, Pawłowicz stated that the draft act legalizing same-sex civil unions is harmful and unjust and that it violates the Polish Constitution, the principle of equality and the right to intimacy. It supports exhibitionistic manifestations of sexual preferences in the public arena which violates the esthetic and moral principles of most Polish people.

Two issues should be examined in greater detail. The first concerns the values that are protected under the law. The question arises as to whether conflicts surrounding tolerance can be resolved through reference to core values such as justice and equality. The opponents of same-sex partnerships seem to think that this is possible. A similar approach has been adopted by Professor Legutko who quotes the case of Jean Calas, a Protestant who was sentenced to death for killing his Catholic son. Legutko asks rhetorically whether Calas was sentenced to death because the French legal system had been ineffective (France was not a law-abiding country) or because French Catholics were intolerant²². This question will be discussed in further sections of this paper. According to Legutko, the enforcement of legally protected values is a true measure of tolerance. The logic adopted by the cited member of the Polish parliament defies the above, even when we account for the fact that the argument backed by the case of Jean Calas concerns punishment for murder, whereas the purported violation of justice and equality claimed by Krystyna Pawłowicz relates to the legalization of same-sex partnerships. In the case of Jean Calas, his discriminating feature, namely religious denomination, should not be taken into account in jurisdiction because the law protects equality and justice. In the argument put forward by Pawłowicz, same-sex attraction is not an obstacle that deprives a person of legal protection. A guarantee of protection modeled on the institution of marriage is unjust and inconsistent with the principle of equality. Legislators have observed on numerous occasions that the proposed level of protection offered to same-sex civil partnerships is by far more limited than that which is statutorily granted to heterosexual marriages.

The above problem will be discussed at greater length in successive parts of this article. Let me first analyze the alleged violation of esthetic and moral principles. This is a difficult argument because it addresses the need for a reliable measure in a discussion about the infringement of individual liberties. According to Marcin Król, there are no reliable measures for identifying violations of personal freedoms. He exemplifies his argument with

²² R. Legutko, *Etyka absolutna...*, p. 156–157.

esthetic judgments and notes that whereas judgments and opinions change over time, the principal tenets of human esthetics remain constant.

The resulting dilemma can be narrowed down to a case in which freedom of expression does not infringe upon other people's freedoms, but violates their dignity. The above is the central crux of the statement that a same-sex couple is an "esthetically unpleasant" sight. I will disregard the fact that this is a weak argument in a debate on the legalization of same-sex civil partnerships. I will also ignore potential conflicts of interest because I find such conflicts difficult to identify in the discussed context (in the Netherlands, protests initiated against same-sex couples living in the neighborhood are expressions of personal freedom, they are staged to maintain a sense of security and well-being, and they are not manifestations of intolerance. Protests which are devoid of such objectives are indicators of intolerant attitudes). Conflicts between individual rights vs. collective rights will not be discussed either. Arguments of the type are difficult to identify in Krystyna Pawłowicz's highly emotional speech, even if we assume that she spoke on behalf of the majority.

The problem with the discussed MP's argument is that everyone has the right to dignity and freedom in the public arena. Personal dignity is violated by creating stimuli which are targeted against sensitive areas such as faith, sacred values and beliefs. A violation of personal freedom may involve a breach of the freedom to choose an environment in which sacred values and dignity remain intact. The discussed problem most commonly surfaces in conflicts surrounding the freedom of artistic expression, but not only. Manifestations of personal beliefs can also be problematic because they lead to potential conflicts between one party's personal freedom and another party's personal dignity²³.

4. Existential and axiological reflection

The above observations of personal dignity, freedom of expression in the public domain and possible conflicts have been formulated by Professor Hanna Świda-Ziemba. The presented approach to the problem extends beyond the discussed justification of negative and positive tolerance. It is derived from a deeper reflection that has been formulated in the introduction together with the existential and axiological reflection which will be discussed in the final section of the article.

²³ H. Świda-Ziemba, *Dylematy między wolnością wspólnota w demokracji liberalnej*, [in:] I. Jakubowska-Branicka (ed.), *O tolerancji we współczesnej demokracji liberalnej*, TRIO, Warszawa 2010, p. 121–122.

In a personal reflection on the subject of tolerance, Świda-Ziemba argues that the status of tolerance cannot be clarified without analyzing axiological and existential assumptions that lie at the heart of liberal democracy. According to the cited author, liberal democracy is built upon existential truths about the nature of the human world and the world created by man²⁴. Her theory relies on the fundamental premise that an individual is the source of everything in the world²⁵. Everything begins with an individual life process, whereas ideas, “binding universals”, are unreal objects, hypostases, human imaginations whose existence can be attributed to the fact that humans have the need and the ability to communicate and share insights, and that this exchange creates abstract ideas and common beliefs²⁶. The individual is the source of everything, but some people believe in hypostases as manifestations of a supreme existence²⁷.

According to the principles of liberal democracy, everyone has equal rights to freedom, dignity and expression. A violation of personal freedom on account of an individual’s discordant views and opinions would be an antithesis of the above²⁸. Świda-Ziemba emphasizes the significance of citizens’ “axiological attitudes”. The concern for the tenets of liberal democracy is thus manifested by the conviction that not only my freedom and dignity, but also the freedom and dignity of every individual are the most important values. The above reflection is rooted in the generally acknowledged and undisputable observation that man is a social being. The very need for social coexistence is what makes this conviction difficult to embody. Our freedom of expression needs to be curtailed to guarantee the freedom and dignity of others²⁹. The above consideration puts a lid on personal freedom. The sources of individual expression can lead to disagreement. People harbor different notions about the world, their own lives or the community. Świda-Ziemba relies on the above examples to illustrate differences in expression and argues that freedom of expression implies more than subjective needs and self-beliefs. Inter-individual differences extend beyond a narrow list of sources of expression, and they are also manifested in the public sphere of life³⁰. In the public arena, unlimited expression can lead to conflicts and unresolvable disputes over the legitimacy of different notions about the world and the community. People who have fixed perceptions about the “appropriate norms” that determine the behavior of all community members

²⁴ *Ibidem*, p. 107.

²⁵ *Ibidem*, p. 108.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 109.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 110.

³⁰ *Ibidem*, p. 111–112.

will look to different lifestyle choices as factors that limit their personal expression, inhibit their natural reactions, distort the meaning of their lives, their drive for self-fulfillment, lead to subjugation and enslavement³¹. According to Świda-Ziemba, those individuals expect that their values and norms, which may be shared by many others, should be observed by all members of the community³². The discussed problem also surfaces when different but legitimate lifestyles coexist, and individuals hope to promote the preferred lifestyle model which will compete against other models³³. The above author exemplifies her argument by juxtaposing the models of a liberated woman and a housewife. The competition between opposing models, provided that they are supported by selected social groups, can lead to attempts to impose a given lifestyle on others, it breeds conflict and prevents individuals from consciously choosing the most appropriate lifestyle³⁴.

The question of whose personal freedoms should be limited and when to avoid a breach of other people's sovereignty is, therefore, of essence. Świda-Ziemba argues that certain limitations should be imposed on the legislator. In a liberal democracy, the legislator abides by the supreme principle of respect for personal autonomy³⁵. A democratically chosen legislator is a guarantor of personal freedom and dignity. He is not allowed to enforce his own ideas if their implementation could violate personal freedom, dignity and the right to self-realization³⁶. The legislator is under obligation to regulate the social life of diverse communities even if the adopted rules were to limit an individual's right to uninhibited self-expression. The legislator merely represents citizens who do not entertain identical beliefs about life, the community or the world. The law should be construed in a way that does not infringe on individual rights, but also protects personal freedoms and creates an objective environment for the pursuit of different lifestyles³⁷. The law should be characterized by tolerance of different individual lifestyles.

According to Świda-Ziemba, tolerance in law should not imply that the legislator is passive or indifferent to alternative lifestyles³⁸. Even if this definition of tolerance runs parallel with popular social belief, tolerance does not imply indifference. This is emphasized by the cited author in a discussion about the principle of respect for personal sovereignty and the resulting limitations for the legislator. The legislator's proactive stance is limited by the axiological neutrality of law. Świda-Ziemba argues that the concept of

³¹ *Ibidem*, p. 113.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 115.

³⁴ *Ibidem*, p. 114.

³⁵ *Ibidem*, p. 115.

³⁶ *Ibidem*, p. 116.

³⁷ *Ibidem*, p. 115.

³⁸ *Ibidem*, p. 117–118.

liberal democracy is sustained when everyone has equal right to pursue different lifestyles³⁹.

In conclusion, I will list the minimum tolerance requirements formulated by Świda-Ziomba in the realm of social practice rather than law. Nevertheless, they correspond to the requirements of the axiological neutrality of law, namely the legal ban on preferential treatment towards a specific lifestyle. Those requirements are:

- Firstly, physical coercion in any shape or form may not be applied to defend one's lifestyle.
- Secondly, all attempts to legitimize a given set of beliefs which limit an individual's freedom to choose the preferred lifestyle should be legally banned. Those restrictions should also apply when those beliefs are shared by the majority.
- Thirdly, isolated individuals may not be subjected to public discrimination by which the majority subjects a weaker minority to psychological coercion⁴⁰.

The above requirements extend beyond the need to enforce and protect liberal values such as equality and justice. Contrary assumptions were made by Professor Legutko and Krystyna Pawłowicz. The dissonance between the above views and the requirements formulated by Świda-Ziomba, including the resulting postulates of axiological neutrality of law (tolerance in law), stems from the fact that the proposed requirements draw upon individual rights to equality, justice, freedom and dignity. The need for tolerance in law, a pragmatic value represented by the axiological neutrality of law, is revealed only when the above postulates are combined in the process of existential and axiological reflection. In this context, an additional factor should be taken into consideration in the discussion about tolerance. My previous claim that existential and axiological reflection can define tolerance without the need for further ideological debate was asserted. Opponents of tolerance will not subscribe to this opinion and will argue that in the contemporary world, tolerance has acquired the status of a nearly "sacred" concept. This argument is rooted in the premise that tolerance enjoys widespread social support, and it is more than approved in contemporary lifestyle. Tolerance aspires to the rank of a concept that embodies the liberal philosophy. In this philosophy, tolerance is an important or the exclusive criterion for moral evaluation⁴¹. This limitation should be taken into consideration in an approach that is based on axiological and existential reflection. Opponents of tolerance will always favor epistemological and ethical reflection where the truth about man and the criteria for moral evaluation have a single, external

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, p. 121.

⁴¹ R. Legutko, *Etyka absolutna...*, p. 155.

source (truth of divine revelation). The reflection formulated by Świda-Ziemba touches upon the nature of the contemporary man, and it is criticized for this very reason. It does not extend beyond the absolute measure of acceptance for approaches other than epistemological and ethical reflection, namely the conviction that tolerance is a criterion for moral evaluation. In Świda-Ziemba's approach, this criterion can be represented by a variety of other values, such as dignity. The protection of dignity lies at the very heart of the previously discussed argument on esthetic preferences. The cited author concludes that mutual limitations on individual freedoms have to be negotiated to achieve a compromise (gay parades, including for opponents of positive discrimination, elimination of obscene content which does not interfere with the protection of individual rights)⁴².

Resumen

La tolerancia en el desecho

Palabras clave: tolerancia, Derecho, uniones civiles del mismo sexo.

Este artículo aborda la polémica en torno a las uniones civiles del mismo sexo. El concepto clave en este debate será la tolerancia desde la base de la justificación tradicional de la tolerancia. En particular, el primer lugar se justifica la tolerancia mediante la descripción de la situación real, este enfoque fue propuesto por Locke; en segundo lugar, la justificación viene de la mano de la idea de libertad, en particular, se usa la fórmula de Mill que postula la libertad individual sin perjudicar a los demás es una actitud negativa hacia la denominada "libertad de". Ambos conceptos de tolerancia serán el punto de partida para el debate sobre las normas legales aplicables a las personas del mismo sexo en el caso de uniones civiles. Se intentará demostrar que un enfoque existencial y axiológico identifica las controversias sociales de manera más efectiva.

⁴² H. Świda-Ziemba, op. cit., p. 121–122.

Streszczenie

Tolerancja w prawie

Słowa kluczowe: tolerancja, prawo, związki jedнопłciowe.

Autor artykułu omawia kontrowersje towarzyszące jedнопłciowym związkom partnerskim. Opisuje dwa tradycyjne uzasadnienia dla tolerancji. Pierwsze z nich, zaproponowane przez Johna Locke'a, uzasadnia tolerancję przez pryzmat obecnej sytuacji. Drugie odnosi się do idei wolności. Formuła J.S. Milla – postulująca wolność osobistą bez krzywdzenia innych – jest bliska wolności negatywnej. Obie koncepcje tolerancji mogą być punktem wyjścia w debacie na temat prawnych regulacji dotyczących związków partnerskich osób tej samej płci. Autor próbuje wykazać, że egzystencjalne i aksjologiczne podejście do problemu jest bardziej efektywne w identyfikowaniu społecznych kontrowersji.

José Miguel Piquer Marí

Universitat de Valencia (Walencja, Hiszpania)

Reflexiones sobre la formación jurídica de la *condictio* como herramienta para resolver conflictos

Este artículo forma parte de las investigaciones que se producen a raíz del seminario que desde hace años venimos realizando en nuestra asignatura de Valencia y con el que se pretende integrar la publicación realizada en el marco del IV Encuentro Hispano-Polaco de Derecho Romano, celebrado en la UJI en 2013, y cuya temática versaba sobre el Derecho como herramienta catalizadora de la convivencia y la tolerancia¹.

Después de los trabajos publicados sobre la *condictio* como forma procesal, se pensó en el seminario que lo completáramos de forma que el conjunto de trabajos pueda producir una visión de conjunto de esta institución. Llegados a este punto pues, y dada nuestra predilección por los aspectos más antiguos de Roma, se nos asignó rastrear el término *condictio* en sus diferentes formas verbales desde la época más antigua hasta llegar al procedimiento formulario y, por tanto, a la *condictio* como forma procesal. El texto de Gayo sobre la *condictio*, como tal herramienta procedimental, es la definición de la que se parte normalmente cuando se estudia esta acción clásica como herramienta procesal.

G.4.17b: *Condicere autem denuntiare est prisca lingua [...] 18 nunc vero non proprie condicione dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dari nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

Sin embargo, hay que pensar que Gayo escribió las instituciones en el último tercio del s. II d.C., pero la *condictio*, a esas alturas, tiene un recorrido de varios siglos. Dada la movilidad que en Derecho Romano tienen las instituciones, debemos pensar que, posiblemente, *condicere* y *condictio* no siempre han significado exactamente lo que dice Gayo en su momento y cuyo espíritu, en materia de enriquecimiento injusto,

¹ Mayo del Castellón, 2013. Sobre el 'conflicto', véase una reflexiones en A. Fernández de Buján *Conflicto, controversia, contraposición, contienda, polémica, oposición: proceso y litigio*, "Despalabro: Ensayos de humanidades" 2012, no. 6 (Ejemplar dedicado a: Polémicas), p. 61–64.

A. Fernández de Buján² lo ve recibido en el Derecho actual. Es más, tenemos bastante claro que la *legis actio per conductionem*, varios siglos anterior al texto gayano, nos hace pensar en que alguna variación haya habido en cuanto al significado y contenido posible de estos términos, especialmente si tenemos en cuenta que parece que el término *denunt-iare/-iatio* es más reciente que el término *condictio*³.

Tal vez el problema consiste en que la exposición de Gayo evidencia tan sólo una parte del campo etimológico y semántico de la *condictio* y *condicere*; dicho de otro modo, los campos de estos términos son más amplios que los de *denuntiatio* y *denuntiare*⁴ y, además, están incluidos en aquellos.

Esta reflexión nos ha llevado a perseguir ambos términos en el amplio campo de la literatura más antigua de Roma incluida obviamente la jurídica; y nos hemos percatado de que, dentro de la pluralidad de matices semánticos, aparece ya, en épocas muy antiguas, en el ámbito de las relaciones internacionales, de manera específica en caso de ruptura de la paz como consecuencia de un *iniustum* para volver a una situación de normalidad o parte de un proceso ritual necesariamente previo a la declaración de guerra. Pese a formar parte del ritual de la *indictio belli*, veremos que carece también del marchamo religioso que caracteriza a muchos de los términos utilizados en tales prácticas. Así pues, no se trata de un término específicamente jurídico sino más bien juridificado, ya que se utilizaba en ambientes coloquiales, como muestran las escenas costumbristas de Plauto.

Por consiguiente, al margen de las situaciones, que podemos calificar como mínimo de prejurídicas, si no las encuadramos dentro de un sistema organizado al menos por parte de Roma, para resolver conflictos en el ámbito internacional, hemos buscado el significado de *condicere* en situaciones, conductas o hechos de cronología más remota.

A partir de ello, ofrecemos al amable lector, el resultado de estas breves reflexiones sobre un tema que nos está ocupando ya desde algún tiempo y que va a dar lugar, eso esperamos, a otros trabajos posteriores, tal vez de mayor enjundia.

1. Significado del término *condictio* a través de las fuentes literarias

A efecto de encontrar el mayor número posible de citas en las que aparezca *condicere*, bien de forma verbal, adjetiva o sustantiva, nos hemos dirigido a la BTL, así como previamente hemos consultado el *Lexicon Totius Latinitatis* de Forcellini y el *Thesaurus Linguae Latinae* pensando que nos darían una visión previa, clásica y erudita, de estos términos, planteándonos el aspecto etimológico del verbo *condicere*.

² A. Fernández de Buján, *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 12 ed., Thomson Civitas, Pamplona 2009, p. 319–320.

³ “Bibliotheca Teubneriana Latina” (BTL), Stuttgart – Leipzig 1999, señala que el primer testimonio es la Eneida de Virgilio 3.356. Este término ya tiene el sentido de anunciar o declarar.

⁴ Forcellini, *denuntio*, p. 67–68.

El verbo raíz es *dicere*, que en latín significa decir o manifestar y viene completado con el prefijo *cum-* que, como es sabido, añade, al término al que se suma, el concepto de pluralidad (una relación resultativa y sociativa)⁵. De un modo más técnico, se puede decir que *cum-* proporciona un sentido de complementariedad respecto a la acción indicada por el verbo raíz *-dicere-* proporcionando acciones secuenciales resultativas.

Así pues, en una primera aproximación, *condicere* significaría ‘manifestar algo conjuntamente más de una persona’ o bien, ‘fijar un comportamiento, contratar o convenir una actuación’.

Veamos a continuación la utilización de los términos que nos ocupan en las fuentes literarias agrupándolos en los distintos campos semánticos.

En primer lugar, vemos que Plauto utiliza este término varias veces en el sentido de convocar o convidar a una cena; aunque parece que debe haber una previa aceptación, puesto que, según Forcellini⁶ aparece *indicere* cuando la *condictio ad cenam*⁷ no es aceptada.

El hecho de que pueda aparecer *indicere*⁸ como manifestación del rechazo, indica que, en este sentido, frecuentemente utilizado, se supone que existe una relación anterior que permite el emplazamiento, al igual que se hace hoy tantas veces entre amigos que tienen costumbre de reunirse alrededor de una mesa. De hecho, el término *indicare*, según Forcellini⁹, como negación, se refiere a rechazar sólo el emplazamiento, viniendo en estos caso precedido de *ut ne*, y resultando así sinónimo de *denuntiare* que es el significado que le da Gayo.

Como resumen de los textos contemplados, podríamos concluir que *condicere* y *condictio* implican un emplazamiento, pero éste es tal naturaleza que está previsto que pueda darse en cualquier momento.

Siguiendo esta misma tendencia, y en el ámbito de la filosofía, nos encontramos con una cita de Seneca¹⁰, que lo utiliza para expresar que todo hombre es convocado o llamado a la muerte *-condictum-*, supuesto en el que evidentemente no hay pacto anterior, puesto que no hay consenso previo, pero hay que tener en cuenta que nuestra naturaleza temporal fija una condición en virtud de la cual somos convocados a la muerte.

⁵ S. López, R.C. Rodríguez, *Formación de palabras y aprendizaje del vocabulario latino. Utilidad del método estructural*, “Estudios Clasicos” 1989 (31), no. 96, p. 106, 108; M. del Puebla, *Valores de los preverbios latinos en los compuestos de pugno.-are*, “Faventia” 2001 (23), no. 1, p. 73, 83.

⁶ Forcellini, *condicere*, p. 761: *Nam si recusaret non condicere diceremus sed indicare*.

⁷ Plaut. *Menaech.*, 123: *Atque adeo, ne me nequiquam serues, ob eam industriam / Hodie ducam scortum atque aliquo ad cenam condicam foras*. Plaut. *Stich.*, 430: <EP.> *Vbi cenas hodie? ST. Sic hanc rationem institi: / Amicam ego habeo Stephanium hinc ex proximo, / Tui fratris ancillam: eo + condici in symbolam / Ad cenam ad eius conseruom Sa[n]garinum Syrum*. Plaut. *Stich.*, 446: *Atque id ne uos miremini, hominis seruolos / Potare, amare atque ad cenam condicere: / Licet haec Athenis nobis*.

⁸ M. del Puebla, op. cit., p. 73, 80.

⁹ Forcellini, *indico*, p. 801.

¹⁰ Sen. *De tranqui* (dialogi, 9).11.6: *Qui mortem timebit, nihil unquam pro homine vivo faciet; at qui sciet hoc sibi cum conciperetur statim condictum, vivet ad formulam et simul illud quoque eodem animi robore praestabit, ne quid ex iis, quae eveniunt, subitum sit*. Forcellini, *indico*, p. 801.

Si guiendo textos literarios, hemos encontrado una serie de citas que pueden contextualizarse dentro del mundo jurídico.

Citaremos en primer lugar a Plauto¹¹ que en Epídicus dice: *legum atque iurum fictor condictor cluet*; ello evidencia cómo Plauto lo mete dentro de un contexto jurídico al referirse, eso sí, de forma jocosa, al concertador de leyes y derechos.

En este mismo sentido, Tácito¹², hablando de las costumbres de los germanos, y de las formas de tomar decisiones en asuntos tanto complejos como simples, dice que ellos así establecen las normas, así las constituyen: *condicunt*.

Quintiliano¹³, por su parte, se refiere al término *condictio* en el sentido de acuerdo, por oposición a asunto u objeto de confesión; es decir que, se trata de un asunto, que en su mundo, es objeto de acuerdo y no de confesión.

Frontino, Amiano Marcelio y Justino¹⁴ también se refieren a *condicere* como acuerdo. Así como, posiblemente, también lo haga Cicerón en un texto de difícil interpretación¹⁵.

Por último, y adentrándonos cada vez más en aspectos estrictamente jurídicos, citaremos varios textos de Aulo Gelio¹⁶, en los que *condiciere – condicunt, condictus, condictum* – tiene el sentido de ‘convocatoria para un momento posterior, basado en alguna actuación o pacto anterior, bien en razón de su incumplimiento, bien de su cumplimiento’. El texto que más abiertamente manifiesta lo dicho es uno en el que habla de la Historia de Fufetio Albano, puesto que en el que se dice que había roto pérfidamente lo *pactum atque condictum* con el rey del pueblo romano.

¹¹ Plaut. *Epídicus*, 522: *Atque me minoris facio prae illo qui omnium / Legum atque iurum fictor, condictor cluet*.

¹² Tac. *Ger.*, 11.1: *sic constituunt, sic condicunt: nox ducere diem videtur*.

¹³ Quint. *Declam. min.* 341. 1: *Ea res de qua iudicatis in professionem non venit, omni iure condictio- nis nostra est*.

¹⁴ Front. *Epist.*, 2.9: *denique provocho audacter et condictio- ne vetere: omittite eloquentiam et impe- rare; orationes in senatu habere omittite et Armeniam subigite*; Iust. *Epit.*, 15.2.15: *Sed Ptolomeus et Cassan- der ceteri que factionis alterius duces cum carpi se singulos ab Antigono viderent, dum privatum singulorum, non commune universorum bellum ducunt nec auxilium ferre alter alteri volunt, quasi victoria unius, 16 non omnium foret, per epistulas se invicem confirmantes tempus, locum coeundi condicunt bellum que communi- bus viribus instruunt*. Am. Marcel. *Rer.*, 20.1: *consulatu uero Constantii deciens ter que Iuliani in Britannii- cum Scottorum Pictorum que gentium ferarum excursus rupta quiete condicta loca limitibus uicina uastarent et implicaret formido prouincias praeteritarum cladum congerie fessas, hiemem agens apud Parisios Caesar distractus quein sollicitudines uarias uerebatur ire subsidio transmarinis, ut rettulimus ante fecisse Constan- tem, ne rectore uacuas relinqueret Gallias Alamannis ad saeuitiam etiamtum incitatis et bella*.

¹⁵ Cic. *Top.*, 82: *Cognitionis sunt eae, quarum est finis scientia, ut si quaeratur a natura ne ius profectum sit an ab aliqua quasi condicione hominum et pactione*. Nótese que aunque en el texto aparece *condicione*, desde una perspectiva tónica si se tratara de la condición humana, Cicerón la incluiría dentro de la *natura*; ello nos hace pensar que al ir *condicione* unida a *pactione*, tal vez pudiera en Cicerón entenderse más bien como acuerdo de los hombres, lo cual no orrespondería a la *natura*.

¹⁶ Aul. *Gel.*, 10.24.9: *Sacerdotes iuoque populi Romani, cum condicunt in diem tertium, “die perendini” dicunt; 16.4.4: deinde concipiebatur iusiurandum, ut adessent, his additis exceptionibus: “nisi harunce quae causa erit: funus familiare feriae ve denicales, quae non eius rei causa in eum diem conlatae sint, quo is eo die minus ibi esset, morbus soticus auspicio ve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificium ve anniver- sarium, quod recte fieri non possit, nisi ipse eo die ibi sit, vis hostes ve, status condictus ve dies cum hoste; si cui eorum harunce quae causa erit, tum se postridie, quam per eas causas licebit, eo die venturum adiuturum que eum, qui eum pagum, vicum, oppidum ve delegerit”*. Item in eodem libro verba haec sunt; 20.1.54.

Un segundo testimonio se refiere a la *condictio* como la convocatoria ritual que realizan los sacerdotes en determinados actos para el día tercero que ellos, por tal razón llaman *perendinum*: “el de pasado mañana”.

El término *condicunt* tiene pues la fuerza de una convocatoria, en alguna manera obligatoria, puesto que se basa en una exigencia anterior. De ahí que a veces se utilice más bien el concepto de emplazamiento (ver texto siguiente).

En el tercer fragmento, Gelio nos habla de fórmulas antiguas por las que se increpa, se establece o convoca a militares mediante juramento para que estén presentes en determinados, actos con las excepciones que va enumerando; y que son las únicas que le exonera ausencia, de forma que no se considerará incumplimiento del juramento *elstatus condictusve dies cum hoste*.

En la expresión *status condictus* se contienen dos términos que van juntos en los tres textos en que aparece este emplazamiento formal con el extranjero o el enemigo. Es curioso que el *condictus* va después de *status* que significa establecido como reforzando el hecho de que hay un acuerdo previo que obliga a ese emplazamiento.

ste último texto de Gelio nos aporta una nueva perspectiva semántica que viene enriquecida por un antiguo texto plautino¹⁷ que posteriormente fue citado por Festo¹⁸ y, bastante tiempo después, lo será por Macrobio¹⁹ y en el que habla de *Si status condictus cum hoste intercedit dies*.

Nos resulta sumamente interesante que a lo largo de seiscientos años, y haciendo referencia a situaciones históricas pasadas, se mantenga la misma expresión y con idéntico sentido.

La expresión *si status condictus cum hoste intercedit dies* nos parece de suma importancia porque nos lleva a un texto de las XII, en concreto 2.2 en el que se utiliza la misma expresión y en este mismo sentido. Dos acotaciones haremos al texto tablino: la primera, es que en ella no aparece el término *condictus* y sólo dice *dies status cum hoste*, pero ello no obstante, es claro que se refiere al mismo supuesto, porque, y esta es la segunda acotación, está hablando de aquellos casos en los que la no presencia *apud iudicem* le excusa de la condena inmediata y da lugar a un aplazamiento de la citación. Y estos son, precisamente el *morbis sonticus* y el *dies status cum hoste*.

¹⁷ Plaut. *Curc.*, 3: *PH. Quo Venus Cupidoque imperat, suadet Amor: / Si media nox est siuest prima uespera, / Si status condictus cum hoste intercedit dies, / Tamen est eundum quo imperant ingratis.*

¹⁸ Fest. 416, 6: *Plautus in Curculione “Si status condictus cum hoste intercedit dies, tamen est eundum, quo imperant, ingratis”.*

¹⁹ Macrobi. *Satur.*, 1.16.6: *comitiales sunt quibus cum populo agi licet, et fastis quidem lege agi potest, cum populo non potest, comitialibus utrumque potest; comperendini quibus vadimonium licet dicere; statim qui iudicii causa cum peregrino instituuntur, ut Plautus in Curculione, si status condictus cum hoste intercessit dies.*

2. La *condictio* en la práctica de los *fetiales*

2.1. Introducción

Tito Livio nos ofrece un texto muy amplio sobre la *condictio* al narrar un antiguo acontecimiento histórico de Roma con los latinos priscos. Ello nos ha parecido de tal importancia que va a constituir la parte central del presente artículo.

Narra Tito Livio en 1.32 todo un conjunto de ritos llevados a cabo por los *feciales* como paso previo ritual a una posible declaración de guerra. El rigor, detalle y detenimiento de la narración permiten que podamos ver los más diversos aspectos de lo que podía significar esta actuación en el momento narrado y nos han podido servir para enhebrar la teoría que sustentamos.

2.2. Los *feciales*: teorías sobre su origen y actividad

Resulta obvio que, pese al título del epígrafe y dado el objetivo del presente trabajo, no debemos desarrollar todas las cuestiones relativas al origen y funciones de los *feciales*, por lo que nos limitaremos a señalar los aspectos más importantes en atención al objeto de nuestra investigación.

Los *feciales*²⁰, instituidos probablemente durante la monarquía²¹, presidían o estaban al frente de la *fides*²² *publica* (*praerant*²³) en las relaciones internacionales y las dotaban de un fundamento religioso, principalmente en las campañas militares, al poner a los dioses del lado romano²⁴ y evitar que los romanos iniciasen guerras injustas. Con ello se entiende que la *fides publica*²⁵ se encuentra en la base de las relacio-

²⁰ G. Dumezil, *La religion romaine archaïque*, Payot, Paris 1966, p. 562; A. Fernández de Buján, *Derecho público romano...*, p. 85, 86, 117, 129, 362.

²¹ R. Sgarbi, *A proposito del lessema latino fetiales*, "Aevum" 1992, no. 66.1, p. 71, 75. Que es una institución arcaica o muy antigua, no es dudoso. De hecho, tampoco es una institución originariamente romana sino que hay que insertarla en el contexto etnográfico y cultural falisco, de donde parece que Roma la importa. El problema puede estar en determinar cuándo se instituyeron los *feciales*. Si aceptamos su institución en época monárquica, los autores latinos no se ponen de acuerdo, pues algunos atribuyen la paternidad a Numa, como son D.H. 2.72; Plut. *Numa*, 12; *Cam.*, 18, Cic. *de rep.*, 2.17 se lo atribuye a Tulio Hostilio y Liv. 1.32 se lo atribuye a Anco Marcio. F. Santangelo, *The fetials and their ius*, BICS 2008, no. 51, p. 64–65; J. Rüpke, *Domi militae*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1990, p. 97 y ss.

²² A. Fernández de Buján, *Derecho público romano...*, p. 420-422, 430-435; idem, *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*, "Anuario de justicia alternativa" 2010, no. 10, p. 149–180; R. Fiori, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorire giuridiche*, [en:] idem (dir.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 3, Napoli 2008, p. 240-245 sobre la relación entre *fides* y *credo* y, por tanto, en la época arcaica, la *fides* es, en su sentido primario, la cualidad por la que un sujeto parece fiable por razón de sus comportamientos y sus palabras. V. D'Agostino, *La fides romana*, "Revista di Studi classici" 1961, no. 9, p. 73–86.

²³ Varr. l.l. 5.15: *Fetiales, quod fidei publicae inter populos praerant: nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum, et inde desitum, ut foedere fides pacis constitueretur. Ex his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent, et per hos etiam nunc fit foedus, quod fidus Ennius scribit dictum.*

²⁴ G. Dumezil, *Remarques sur le ius fetiale...*, p. 99.

²⁵ Gelio, en sus *Noctes Atticas* 20.1.39-40 destaca el papel de la *fides* como causa del crecimiento de Roma y, en particular, apunta que *Sic consules, clarissimos viros, hostibus confirmandae fidei publicae causa dedit. Dice textualmente que Omnibus quidem virtutum generibus exercendis colendisque populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar emicuit, sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit*

nes internacionales (*Rechtsgemeinschaft*), del pensamiento religioso y jurídico romano²⁶ y que constituya el fundamento tanto de la *rerum repetitio* como del *bellum iustum* y la *indictio belli*.

Sobre esta situación de equilibrio que sustenta las relaciones internacionales, surge la necesidad de justificar su ruptura, así como de satisfacer justamente los derechos lesionados que se han producido entre los pueblos, por lo cual, en este contexto surge la necesidad de ritualizar “jurídicamente” el proceso de la justa reclamación.

Precisamente, esto lo observamos en algunas de las teorías sobre la etimología y del origen de la institución.

El término fecial según Dumezil proviene de **feti-* y que significa ‘fondament’²⁷ y no cláusula o estipulación que exprese dotar de contenido los acuerdos internacionales o determinar si procede o no la *indictio belli*. El fecial no sería, según esta concepción, un diplomático y menos aún tendría competencias para determinar el contenido de las relaciones internacionales.

Su función primordial sería cumplir de forma fiel y exacta con los gestos y el pronunciamiento de las fórmulas con las que fundamentar en la religión las acciones realizadas por Roma fuera de sus fronteras. Por consiguiente, el sentido traslaticio de ‘fondament’ se encontraría en la seguridad que obtiene Roma tanto en el *ius* como en el *fas* fuera de su territorio mediante el *ius fetiale*²⁸ al efectuar de forma exacta los ritos y gestos previstos para la efectiva *indictio belli*, con la consiguiente reclamación y reparación de la injusticia causada a Roma y la posterior, en su caso, declaración de guerra.

De este modo, la ejecución ritual permite que se establezca un orden en las relaciones de Roma con las comunidades extranjeras y así propiciar la seguridad necesaria a fin de que la comunidad política romana pueda emprender acciones más allá de sus muros. Según la concepción de Dumezil, los feciales son quienes prestan este servicio.

Sin embargo, frente a esta opinión un tanto esclerotizada de Dumezil, autores como Wiedeman²⁹, al hablar de los feciales ponen el acento en el origen del *pater patratus*³⁰: quien va al frente de ellos. Esta figura se remonta a la época pre-

sanctamque habuit tam privatim quam publice. XL. Sic consules, clarissimos viros, hostibus confirmandae fidei publicae causa dedit, sic clientem in fidem acceptum cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit, neque peius ullum facinus existimatum est, quam si qui probaretur clientem divisui habuisse. Del fragmento se desune la importancia de la *fides* como valor para la evolución y desarrollo del pueblo romano.

²⁶ F. Sini, *Fetiales, quod fidei publicae inter populus praerant: riflessioni su fides e diritto internazionale romano*, [en:] *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova*, Venezia – Treviso 2003, p. 492.

²⁷ G. Dumezil, *La religion romaine archaïque*, p. 562.

²⁸ El *ius fetiale* es una elaboración, producto de la reflexión jurídico-teológica de los sacerdotes romanos, que contiene el conjunto de procedimientos tendentes a asegurar a Roma la protección de los dioses frente a los pueblos extranjeros. Bayet afirma que los feciales, no estaban en posesión de un rito misterioso, sino que en posesión de un derecho especial, el *ius fetiale*, por el que sacralizan la declaración de guerra y los tratados de paz pero bajo el contexto racional de las decisiones del pueblo y de los magistrados.

²⁹ Th. Wiedeman, *The fetiales: a reconsideration*, CQ 1986, no. 36, p. 487; R. Sgarbi, op. cit., p. 75 parece que puede también interpretarse en este sentido al vincular el término *fetial* al de *foedus* el cual es correlativo a los términos *fido*. *Fid-es*. *Fid-i-u-s*.

³⁰ Liv. 1.24.1-6. J. Rüpke, op. cit., p. 98.

cívica³¹ en la que éste aparecería como representante ante otras gentes y sería quien negociara los asuntos de los miembros de su grupo, especialmente en caso de robo, para recuperar lo robado u obtener compensaciones por el daño causado. Destaca este autor la dimensión como “peacemaker”. Con el nacimiento de la ciudad-estado, el fecial aparecería como ese ficticio *pater* representante de toda la comunidad.

Por tanto, el fecial, al menos en origen, no sería para este autor un mero ejecutor de ritos sino que tendría, permítasenos la expresión, funciones diplomáticas y negociadoras con las que llegar a acuerdos que evitasen la guerra.

2.3. Los *fetiales* y la guerra: El rito de los *fetiales* para la *rerum repetitio* y el término *condicere*

Livio 1.32: *Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite uelato filo – lanae uelamen est – “Audi, Iuppiter” inquit; “audite, fines” – cuiuscumque gentis sunt, nominat; “audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit”. Peragit deinde postulata. Inde Iovem testem facit: “Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse”. Haec, cum fines suprascandit, haec, quicumque ei primus vir obuius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus, paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis, peragit. Si non deduntur quod exposcit diebus tribus et triginta – tot enim sollemnes sunt – peractis bellum ita indicit: “Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite; ego vos testor populum illum” – quicumque est, nominat – “iniustum esse neque ius persolvere; sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur”.*

Tum nuntius Romam ad consulendum redit. Confestim rex his ferme verbis patres consulebat: “Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec soluerunt nec fecerunt, quas res dari fieri solui oportuit, dic” inquit ei quem primum sententiam rogabat, “quid censes?” Tum ille: “Puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio consciscoque”. Inde ordine alii rogabantur; quandoque pars maior eorum qui aderant in eandem sententiam ibat, bellum erat consensus. Fieri solitum ut fetialis hastam ferratam aut praeustam sanguineam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus diceret: “Quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse senatusque populi Romani Quiritium censuit consensit consciuit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque”. Id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat. Hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posterius acceperunt.

Como vemos, Tito Livio utiliza unas antiguas fórmulas que a lo largo de la narración a veces aplica a un hecho concreto que refiere a los latinos priscos y, en otros casos, simplemente hace referencia al nombre del pueblo de quien se trate. Ello podría significar que este es un rito que Tito Livio piensa que se podía utilizar con los pueblos

³¹ J. Rüpke, op. cit., p. 98, quien se remonta a los conflictos gentilicios, especialmente cuando éstos se convirtieron en un problema para la comunidad política.

latinos, o bien el entiende que podía utilizarse con cualquier pueblo y a lo largo de la narración lo ha aplicado sólo a los latinos.

La prolijidad del texto y la acumulación de fórmulas que paso a paso deben ser pronunciadas, nos ha hecho pensar hasta que punto Tito Livio está narrando íntegramente todo un proceso a seguir en los casos de justificación de una posible contienda bélica.

Vamos a ir desmigando el texto tal y como nos lo ofrece nuestro autor.

En primer lugar, aparece un solo fecial bajo el nombre de *legatus* que debe ir ritualmente vestido y velado hasta el límite de Roma con el pueblo que, a juicio de la ciudad, ha cometido un *iniustum* con ella. Llegado a este punto, debe pronunciar las primeras palabras rituales: Escucha Júpiter, escuchen los límites del pueblo de referencia, escuche el *fas*. Así pues tenemos una invocación a todo el mundo ultra humano que viene a ser testigo de lo que a continuación el fecial declarará. Y así dice: “Yo soy el nuncio público del pueblo romano y vengo mandado justa y piamente. Que se dé la *fides* a mis palabras”. A continuación manifiesta lo que se reclama e inmediatamente hace testigo de ello a Júpiter, ofreciendo como expiación que no se le permita volver a Roma si reclamara de forma injusta e impía.

A continuación se sigue un proceso de forma que sea absolutamente evidente la presentación de la reclamación formal. Y con ello termina la primera parte del ritual.

Se dan treinta y tres días para que el pueblo al que se ha requerido cumpla con la reclamación y, si no lo hiciera, retoma el ritual con la *indicio*. Otra vez hay una imprecación a todos los dioses: Jupiter, Jano, Quirino, celestes e infernales presentándolos como testigos contra el pueblo que no ha satisfecho lo reclamado, reclamándolo injusto por no haber cumplido su derecho y haciendo saber que en vista de ello se dirigirá a los responsables de Roma para que decidan como la ciudad se toma su derecho.

Pasamos al tercer momento, y nos dice Livio que se dirigirá a Roma a efectos de consulta. Inmediatamente el rey consultará, con palabras rituales, al Senado pidiendo a cada uno de los *patres* que dieran respuesta: *quid censes* sobre lo que el *pater patratus* del pueblo romano *condixit*, asuntos litigios o causas al pueblos de los priscos y que estos ni dieron ni pagaron ni hicieron lo que debían dar, pagar o hacer. El rey preguntará por orden a los senadores lo que opinan y en el momento en que se alcanzara más de la mitad de los votos en un sentido, este debería ser la solución a la cuestión que da Roma. Tito Livio refiere la mayoría a la posibilidad de guerra.

Pasamos al acto siguiente en el que el fecial – *pater patratus* – llevando un hasta con punta de hierro o endurecida al fuego, deberá llegar hasta el límite del pueblo requerido y, estando al menos presentes tres varones púberes, pronunciaba el ritual último: “Puesto que el pueblo y los hombres de los latinos priscos, contra el pueblo de Roma y de los quirites llevaron a cabo actos y delinquieron contra el pueblo, por lo que el pueblo romano de los quirites mandó llevar a cabo la guerra con los priscos y el Senado del pueblo romano de los quirites decidió, consensuó y decretó que se hiciera guerra contra los latinos. Por ello, yo y el pueblo romano declaro y hago la guerra a los pueblos de los priscos y a los hombres de los priscos”. Dicho esto, lanzaba el venablo contra sus tierras.

Visto el *iter* de Livio, también narrado por Dionisio de Halicarnaso, nos vamos a detener en algunos de los aspectos que nos interesan. Inicialmente, se plantea la necesidad de justificar una guerra y cómo esta justificación tiene una dimensión religiosa que atañe a su preparación (ritmo sacral de la guerra³²) sino que, además, según SINI³³, pone al soldado en contacto con algo sacrílego, pues el uso inmoderado de la violencia podía poner en contra a los dioses. Por esta razón, la ritualización jurídico-religiosa³⁴ y su cumplimiento estricto tienen por finalidad liberar a los soldados del miedo a que su actuación fuese considerada impía al eliminar el componente de ilegitimidad de la acción³⁵. De ahí, la tradicional historia narrada por Livio que, ante los escrúpulos religiosos de los soldados, se buscó el ritual entre los Equicoli (amantes de la justicia) de quienes lo importó a Roma³⁶.

Ello implicaría que la guerra no sólo no se correspondería con la naturaleza de las relaciones humanas sino que además estaríamos ante un acto al cual tristemente se tiene que recurrir; pero con la exigencia de que se produzca en un contexto de justicia que, en todo caso, vendrá determinando por la religión y el derecho como consecuencia de la ruptura de la *Rechtsgemeinschaft* existente entre los pueblos, la cual se fortalecería y formalizaría mediante los tratados y el *ius gentium*³⁷. Esta idea entronca con la tesis actual iniciada por Heuss, Ziegler, De Martino, Ilari, Nörr o Catalano contraria a la de hostilidad natural³⁸. Así, frente a la tesis de la hostilidad natural, se afirma la existencia de relaciones internacionales y la necesidad del *bellum iustum piumque*³⁹ tanto si existía tratado como si no existiera⁴⁰.

³² H. Le Bonniec, *Asects religieux de la guerre à Rome», en Problèmes de la guerre à Rome*, Mouton & Co, Paris 1969, p. 101-117.

³³ F. Sini, *Fetiales, quod fidei publicae inter populus praerant...*, p. 516; R. Cimma, *I feziali e il diritto internazionale antico*, [online] <www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/N6Cimma.htm#_ftn1>.

³⁴ F. Blaive, *Indictio belli. Recherches sur l'origine du droit fécial romain*, RIDA 1993, no. 40, p. 192 y ss.

³⁵ R. Cimma, op. cit., p. 1.

³⁶ D.H. 2.72.1-3. Esta historia es, seguramente legendaria y, probablemente, carente de importancia para nosotros. Al menos, en cuanto al detalle de los pueblos.

³⁷ J. Rüpke, op. cit., p. 118.

³⁸ No es este el momento ni el lugar para entrar a tratar esta teoría. Nos remitimos a F. Sini, *Fetiales, quod fidei publicae inter populus praerant...*, p. 494 nt. 40 con la abundante bibliografía al respecto.

³⁹ F. Sini, *Guerra giusta e sistema giuridico religioso romano*, *Diritto@storia*, 2003, no. 2, p. 8. Los requisitos que se exigen son tanto formales: ritos y procedimiento feciales (ut omne bellum denuntiatum indictum esset), como sustanciales, esto es, causas objetivables y validamente determinables tantofrente a los Dioses como frente a los hombres Cic. De rep. 2.31; 3.35. Del *bellum iustum* se deriva la condición jurídica de iusti et legitimi hostes (517) en relación con los cuales consideraban que estaba vigente el ius fetiale porque también con los enemigos multa sunt iura communia. Cic. de off. 3.108. F. Sini, *Fetiales, quod fidei publicae inter populus praerant...*, p. 516-517. Del *bellum iustum* se deriva la condición jurídica de iusti et legitimi hostes en relación con los cuales consideraban que estaba vigente el ius fetiale porque también con los enemigos multa sunt iura communia. Cic. de off. 3.108. Non. 850 L.

⁴⁰ Para Chr. Saulnier, *Le rôle des prêtres féciaux et l'application du ius fetiale à Rome*, "Revue historique du droit français et étranger" 1980, no. 58, p. 186 el rito se produce cuando se ha roto un tratado *foedus* y sólo en ese caso. En opinión de Saulnier, el *ius fetiale* nace para regular las relaciones entre los habitantes de la liga latina y es desarrollado por la mentalidad jurídica romana (lo cual puede tener cierto sentido desde el punto de vista de las similitudes culturales). En contra, sin embargo, se muestran, P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Giappicheli, Torino 1965, p. 47; J. Rüpke, op. cit., p. 117, opinión que seguimos y que nos parece más razonable.

La ruptura de esa *Rechtsgemeinschaft* prescribía que hubiese una exigencia justa y piadosa formalizada ritualmente, una *rerum repetitio*⁴¹, por el daño que una comunidad extranjera *hostes* ha podido causar a la comunidad romana y, en caso de verse insatisfecha, una posible declaración de guerra. Según Dionisio de Halicarnaso, si otros pueblos inician la violación de los tratados, correspondía a los feciales enviar embajadores y, en primer lugar pedir de palabra satisfacciones, y si no escuchan sus peticiones, tras concederles un plazo, entonces declarar la guerra.

Todavía, Isidoro de Sevilla⁴² en su tiempo, nos habla de la *rerum repetitio* como previa al *bellum iustum* al decirnos: *Iustum bellum est quod ex edicto geritur de rebus repetitis aut propulsandorum hostium causa*. Para él, pues, la *rerum repetitio* sería causa legítima de una guerra en caso de no ser atendida la reclamación; reclamación que se hace *iuste pieque*, esto es justa y acorde con la tradición, respetando los ritos culturales exigidos por los dioses. Es por esto que los feciales, mediante la *rerum repetitio*, pretenden evitar la guerra, así como, en última instancia, justificarla por ser justa⁴³.

Este es el problema que aborda Tito Livio en la ritualización necesaria para declarar la guerra, pero teniendo en cuenta que se basa en la existencia real de un injusto antecedente: una injusticia producida y el rechazo de los ofensores a repararla⁴⁴. Por tanto, tenemos en este punto un nexo de unión entre la razón que justifica la guerra y *condicere*: el plazo para a reparar una injusticia anteriormente no satisfecha voluntariamente en el plazo solemne.

Seguidamente volvemos sobre el texto, acercándonos ahora a las cuestiones de fondo que en él se contienen.

En un primer momento, que es el que tiene un carácter más religioso⁴⁵, el fecial expone las quejas del pueblo romano ante el pueblo enemigo por las que pretende recuperar o ser resarcido. Ahora realiza la reclamación – *Peragit deinde postulata*; se observa la legitimidad de la actuación del fecial quien actúa como *publicus nuntius* de un modo *iuste pieque*. Tal conducta no es una conducta acorde con los parámetros de comportamiento humanos, sino que se corresponde con el comportamiento exigible religiosamente, pues como aparece en el formulario: “*Audi, Iuppiter*” *inquit*; “*audite, fines*” – *cuiuscumque gentis sunt, nominat*; “*audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit*”; y, por ello, *Inde Iovem testem facit*: “*Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse*”.

El siguiente momento es el que más nos interesa, pues en él aparece el término *condixit*. Realizada la reclamación, se concede un plazo acostumbrado *tot enim sollemnes sunt* de treinta y tres días para que procedan a su satisfacción; según Dionisio de

⁴¹ Macrob. *Sat.*, 1.16.15 diferencia los días de combate, en los que se realiza la reclamación, de los días legítimos, en los que se reúne el ejército y coloca el estandarte de color rojo en la ciudadela.

⁴² *Etym.* 5.6

⁴³ J. Rüpke, op. cit., p. 98.

⁴⁴ F. Sini, *Fetiales, quod fidei publicae inter populus praeant...*, p. 502. D.H., 2.72.8

⁴⁵ M. Cimma, op. cit., p. 1.

Halicarnaso era un tiempo para deliberar que se concedía en tres períodos de diez días⁴⁶. Durante este período, el fecial espera para ver si se satisfacen o no las pretensiones. El plazo tiene un sentido claro: como dicen Gelio y Macrobio⁴⁷ es un tiempo procedimental para evitar un conflicto; esto es, es un aplazamiento e interrupción de la ley durante los cuales no se podía reclamar absolutamente nada. Pasado el plazo, el fecial notifica al rey el resultado negativo de su gestión, y éste plantea ante el Senado que deben dar respuesta a esta situación: “*Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec soluerunt nec fecerunt, quas res dari fieri solui oportuit, dic*”, por tanto, les informa que: ni se dio, ni se hizo ni se pagó lo que *populi romani Quiritium condixit patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis*.

Hemos llegado pues al punto central de nuestra disquisición: el *rex* plantea al Senado la cuestión para que éste dé respuesta del incumplimiento dado que el *pater patratus condixit* a los latinos priscos y, pasado el plazo, éstos no dieron respuesta: ni se dio, ni se hizo ni se pagó lo que el *pater patratus populi romani Quiritium condixit patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis*.

En primer lugar, debemos señalar que el *pater patratus* ofrece un plazo para el cumplimiento de las justas exigencias de Roma, y a éste ofrecimiento, luego el rey se refiere con el término *condixit*. De ello sacamos una doble conclusión.

Primera, el término no tiene una referencia religiosa ni sacral, sino que terminada ésta, el fecial, concede un plazo de arreglo de buena voluntad para el tema que divide a los dos pueblos. Segunda, el término *condixit* supone un previo acuerdo o desacuerdo, pero en cualquier caso compartido entre ambos pueblos en virtud del cual el fecial puede emplazar a los priscos, a efectos de constatar si se ha resarcido o no el injusto.

Condixit pues supone que hubo un acuerdo anterior que se ha roto y en virtud del cual se reclama, o también una *Rechtsgemeinschaft* en la cual se presupone un orden jurídico aceptado por todos, que da lugar a una *condictio* o emplazamiento con la misma validez que si hubiera existido este acuerdo objetivamente⁴⁸. Por tanto, de-

⁴⁶ Sobre los 30 o 33 días, según J. Rüpke, op. cit., p. 104, se trata de una corruptela, por lo que el tiempo de 30 días que señala D.H.2.72.8 es quizás el más probable. Curiosamente, antes de la instauración del rito de los feciales, no está claro que siempre, tras la reclamación, se diese un tiempo para solucionar el problema. Según Livio, en 1.22.4-6 en tiempos del rey Tulo, los romanos, al no verse satisfechas sus reclamaciones, se emplazaron para guerrear con los albanos a los treinta y tres días.

⁴⁷ Gell. 20.1.42: *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissoluerent, eosque dies decemviri “iustos” appellaverunt, 43. velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset. 44. Post deinde, nisi dissoluerant, ad praetorem vocabantur et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur. Macrobi. Satur., 1.16.15: proeliares ab iustis non segregaverim, siquidem iusti sunt continui triginta dies quibus exercitu imperato vexillum russi coloris in arce positum est, proeliares autem omnes quibus fas est res repetere vel hostem lacessere. D.H. 4.14; 8.35; Plut. Coriol., 30.4 ss.*

⁴⁸ Al respecto P. Catalano, op. cit., p. 29, al referirse a Liv. 5.27.6-7 afirma que en un contexto jurídico religioso el *ius fetiale* no distingue entre pueblos con los que existe o no un tratado. De este modo, el *ius fetiale* constituye el derecho por cual los feciales regulan lo que de ignoto existe más allá de los muros de la ciudad. En lo extraño no encuentra el *ius fetiale* un límite sino la justificación última. El *ius fetiale* se consideraba vigente en todos los pueblos.

beríamos entender que el término *condicere* significa aquí ‘emplazar a causa de la reclamación’: “Di qué cosas y de qué causas litigiosas el *pater patratus* del pueblo romano *condixit*: emplazó para cumplir a causa de la reclamación al *pater patratus* de los latinos Priscos y a los varones latinos Priscos y que, éstos, ni dieron, ni pagaron, ni hicieron, las cosas que debieron dar, hacer o pagar”.

A nuestro entender lo dicho hasta este momento supone:

1. Que hubo un acuerdo expreso o tácito entre los dos pueblos, el Romano y los Priscos para mantener un *statu quo*; *statu quo* que puede estar en el común ADN de los latinos.

2. Que ese acuerdo implicaba unos determinados comportamientos que no se han producido o que se han quebrantado.

3. Que de ello se deriva la posibilidad de exigir su cumplimiento o satisfacción.

4. Que no ha habido contestación al requerimiento de su cumplimiento.

5. Que en función de todo ello, se emplaza a los Priscos para treinta y tres días posteriores a efectos de resolver, en caso de incumplimiento, por la fuerza, la situación de paridad o justicia entre los dos pueblos.

Puede ser así en la medida en que el feccial reclama y después se espera treinta y tres días, por tanto, lo que hace es emplazar a que cumpla en ese periodo de tiempo o quizás pueda ser un tiempo en el que las partes puedan llegar a un acuerdo de forma que el emplazamiento quede sin efecto.

Por lo visto hasta este momento, el término *condicere* es objeto de juridificación, por vía del campo semántico, en el que mantiene los dos aspectos básicos que semánticamente conforman el término. Por una parte, la pluralidad con el sentido de aceptación de algo común, bien el acuerdo anterior, bien el desacuerdo con un *statu quo*, y, en segundo lugar, el sentido de conceder un plazo para resolver lo que se entiende, al menos por una de las partes como roto.

Nuestro estudio sobre el sentido del término *condicere* nos lleva a la *l.a. condictio-nem* recogida en G.4.17b y en donde se afirma que *condicere autem denuntiari est prisca lingua... nam actor adversario denuntiabat ut ad iudicem capiendum die XXX adesset*.

3. Traslado del rito de los fecciales al ámbito procesal privado: *l.a. per condictio-nem*

La doctrina acepta de manera común⁴⁹ que la *l.a. per condictio-nem* se introduce, como nos dice Gayo, mediante una *lex Silia* de segunda mitad del siglo III y una *lex Calpurnia* de principios del II a.C. Aunque pudiese retrotraerse un poco más la fecha, señala Pugliese que el límite viene marcado por la *l.a. per iudicis arbitrive postulationem* y por las propias condiciones socioeconómicas de naturaleza crediticia y financie-

⁴⁹ G. Pugliese, *Il processo civile romano. I: Le legis actiones*, Roma 1961, p. 346.

ra, no anteriores al s. III a.C., que dieron relevancia a las obligaciones de *certae pecuniae* respecto a otras obligaciones.

Ello indujo al legislador a defender aquellos negocios de los que podía derivarse una obligación de tal naturaleza. De hecho, parece aceptado generalmente por la doctrina⁵⁰ la información de Gayo por la cual la introducción de nuestra acción tiene por objeto créditos de *certae pecuniae* mediante la *lex Silia* (preveía un *oportere* por un *mutuo*) y una posterior *lex Calpurnia* para los litigios *omnis certa res* (preveía un *oportere* para créditos *certae rei* para cosas debidas en comodato, prenda, *locatio operis irregularis*, cosas debidas *ob causam* y cosas furtivas).

El hecho de que se pudiesen exigir obligaciones de naturaleza civil (*oportere*), sea por causa de negocio, sea por causa de ilícito, mediante las dos acciones de la ley (*l.a.in personam* y *l.a.per iudicis arbitre postulationem*) no sería suficiente para dar solución a nuevos tipos de negocios, no reconocidos por el *ius civile* y que adquirieron cierta importancia.

Se refiere Albanese a las *obligationes re*; mutuo no formal (*mutui datio*), y toda *datio sine causa* (e incluye la *datio ob causam* cuando se produce la transmisión de la propiedad pero la causa a la que supuestamente debía someterse, no se ha realizado), *comodato* y *locatio operis irregularis*. También se refiere al *oportere* en relación con la cosa furtiva. Según el autor, se trata de supuestos en los que cabe reconocer un *oportere* a situaciones nuevas no lícitas aún y cuyo elemento esencial es la *datio* y en relación con la *condictio furtiva*.

Más genérico se muestra Pugliese⁵¹ quien afirma que no era acción general, por lo que sólo podía utilizarse para casos concretos en los que se hacía valer un crédito *certae pecunia-certae rei*. Al ser la *condictio* abstracta cualquiera que fuese la causa, la *condictio* era ejercitable, incluida la *sponsio* según interpreta a G.4.40, si bien se excluyen las obligaciones nacidas de actos delictivos, pues estos exigían la manifestación causal⁵².

Veamos ahora el significado del término *condictio* en ésta *legis actio* y posibles razones por las que se introduce.

Las acciones de la ley anteriores mantienen dos diferencias respecto a la *legis actio per conditionem* que a nosotros nos interesan, y ambas tienen relación con el nombre que se le dio a la nueva acción de la ley: la *condictio*. En primer lugar, que las acciones anteriores eran causales, debían manifestar la causa de la reclamación ante el magistrado mientras que en la *l.a. per conditionem*, lo que se pide al demandado es

⁵⁰ B. Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1993, p. 111 y not. 385. D.13.6.11 sobre la relación de naturaleza crediticia (*credere*) en época antigua entre mutuo y comodato (Plaut. *Pers.*, 117-118; D.13.6.1.1); entre *credere* y *pignus* (D.12.1.4.1); entre *credere* y la *locatio operis irregularis* (D.19.2.31). La neta diferenciación del comodato y de la prenda del *credere* genérico se realizó con cierta dificultad. Significativa es la creación de una *actio in factum commodati* antes que de la *actio in ius* (G.4.47).

⁵¹ G. Pugliese, op. cit., p. 348.

⁵² Servía para reclamar obligaciones *re, verbis litteris contractae*. En contra Pernice, "Labeo" 1892, no. 3.1, p. 227 ss; Schwarz, *Grundlagen*, p. 280 ss; Van Oven, *Le foret sauvage*, 1954, no. 22, p. 287 ss.

que afirme o niegue la existencia de un *iniustum* convirtiéndola en abstracta. Para nosotros, igualmente en este primer sentido, es también muy significativo, por no decir esencial, la utilización del término. En segundo lugar, que en las anteriores el nombramiento del juez ante el magistrado se producía de manera inmediata mientras que ahora se concede un plazo de treinta días para nombrar al juez.

La *l.a. per condictioem* siempre ha sido reconocido por la doctrina, que fue una apertura procesal muy importante que estuvo en los aledaños del segundo gran cambio, el generalmente introducido por la ley *Aebutia*, que sin quitar el recurso a las acciones de la ley abría un camino absolutamente nuevo, pero de alguna manera previsto en esta *legis actio*: la posibilidad de hablar las partes sin cortapisas formales y antes de acudir al juez.

1. El término *condictio* tal como hemos visto en las páginas anteriores, supone que ambas partes tienen conocimiento de una relación previa entre ellas que ha dado lugar, según la opinión del demandante, a un *iniustum*, de ahí que se diga *condictunt*: coinciden en el conocimiento de esta situación aunque uno lo califica de injusto y el otro no. La gran ventaja que supone esta *legis actio* es precisamente que no se necesita ante el magistrado mostrar el contenido del injusto⁵³, pudiendo por tanto reclamarse sobre todo lo que la doctrina estima como posible. Tal vez habría que matizar que la *legis actio* nació de unas leyes concretas para unas reclamaciones concretas y que su éxito pudo producir una amplia evolución desde su aparición hasta la ley *Aebutia*.

Así pues la *l.a. per condictioem*, significaba que dos personas unidas por una relación, por ellas conocida y aceptada, se daban un plazo de treinta días para comparecer ante el juez antes de manifestar las causas de la reclamación. Así pasamos a la segunda cuestión.

2. El término *condictio* como emplazamiento⁵⁴. De las páginas anteriores se deduce igualmente que *condicere* es simplemente una propuesta, manifestación, invitación de futuro que se lleva a cabo entre dos personas en virtud de algún pacto o realidad anterior no necesariamente fijada de manera estricta. Así, invitar a una cena o convocar. En la *l.a. per condictioem* tiene el sentido clarísimo de emplazamiento a los treinta días para elegir un juez. Este emplazamiento posibilitaba el arreglo pacífico entre ambas partes de lo que les separaba; constituía un período de meditación para proveerse de pruebas, convencer a la otra parte o sencillamente poner fin a la cuita.

3. El proceso feicial como inspiración de la *l.a. per condictioem*. Como acabamos de ver, circunstancias sociales y económicas determinaron introducción de la *l.a. per condictioem*. El modelo, a nuestro modo de ver, se inspiró en el rito de los feiciales en el que se observa la utilización de un término no sacral, pues es utilizado con diversos sentidos en ámbitos no religiosos, con el que establecer un criterio de resolución de

⁵³ G. Pugliese, op. cit., p. 352. El carácter abstracto beneficiaba sobre todo al actor al no obligarle a mostrar sus cartas hasta no estar efectivamente delante del adversario y ante el juez y, además, por que eliminaba el riesgo de cometer errores formales, tanto en la formalización de actos procesales como en la concreción de la causa por la que se reclama al evitar tener que mencionarla.

⁵⁴ Ibidem.

conflictos de carácter abstracto mediante un emplazamiento por el que se reclamaba aquello que debía darse, hacerse o pagarse – *quas res nec dederunt nec soluerunt nec fecerunt, quas res dari fieri solui oportuit* – como consecuencia de un *iiustum* producido por la ruptura del orden establecido.

Summary

Reflections on the legal training of “condictio” as a tool of conflict resolution

Key words: *condictio*, *fetiales*, *summons*, *lex Silia*, *lex Calpurnia*.

The present study aims to present the results that have come to reflect on the roots of *condictio*. These considerations have led us to the most archaic times and analyze rituals *fetiales* where *condictio* would be the sense of non-sacral summons for conflict resolution produced by the rupture of an agreement and to inspire a sense of the laws *condictio Silia* and *Calpurnia*.

Streszczenie

Rozważania na temat wykształcenia się condictio jako narzędzia rozwiązywania sporów

Słowa kluczowe: *condictio*, *fecjałowie*, *lex Silia*, *lex Calpurnia*.

Niniejsze opracowanie ma na celu przedstawienie refleksji nad korzeniami *condictio*. Rozważania sięgają do epoki archaicznej starożytnego Rzymu i poddają analizie rytuały *fecjałów*, w świetle których *condictio* jest pozbawionym sakralnego charakteru wezwaniem skonfliktowanych przez niewypełnienie umowy stron.

María Cruz Musoles Cubedo

Universidad de Valencia (Walencja, Hiszpania)

Las Iglesias Orientales desde el Edicto de Milán hasta el final del imperio romano

1. Las luces de la iglesia: libertad religiosa tras el Edicto de Milán

El rápido desarrollo del cristianismo se debió a varios motivos¹. Geográficamente, estuvo favorecido, por nacer en territorios del imperio romano. Sus calzadas y las rutas del mar latino a todo lo ancho de la cuenca del mar Mediterráneo, la afinidad lingüística sobre la base del griego y el latín, y la tranquilidad política de los primeros tiempos fueron los cauces adecuados para que se extendiera y traspasara fronteras². Así, se fueron creando iglesias locales allí donde se establecían los apóstoles primero y sus sucesores después. Antioquia fue el primer lugar donde los seguidores de Cristo comienzan a ser denominados cristianos. Y es precisamente allí, la gran metrópoli oriental, la que será la puerta de entrada del cristianismo al mundo helenístico y romano y de allí se irá a Asia Menor siendo, durante años, el centro de la Iglesia universal.

Las primeras Iglesias ubicadas en la parte oriental del imperio romano, utilizaban el calificativo de oriental alcanzando durante los siglos IV y V una gran actividad eclesiástica. Todas seguían el principio de comunión con Roma. Y, puesto que allí estaba el centro de poder político, se situó también el centro de organización eclesiástica occidental. En Oriente, no existía un centro dominante ni en lo político ni en lo cultural. Existían centros de vida cristiana de gran importancia, iguales entre sí, siendo

¹ La historia de la Iglesia se puede consultar, entre otros, en J. Daniélou, H. I. y Marrou, *Desde los orígenes a San Gregorio Magno*, [en:] *Nueva Historia de la Iglesia*, vol.I, Madrid 1982; A. Fliche, V. y Martín, *Historia de la Iglesia*, vol. I-XXXIII, Valencia 1978-1983; H. Jedin, *Manual de historia de la Iglesia*, vol. I, III, IV y V, Barcelona 1966-1973; J. Lortz, *Historia de la Iglesia en la perspectiva de la historia del pensamiento*, vol. I y II, Madrid 1982; B. Llorca, R. Villoslada, F. J. y Montalban, *Historia de la Iglesia católica*, vol. , Madrid 1976; R. Naz (dir.), *Dictionnaire de Droit canonique*, Paris 1935; J. Orlandis, *Historia de la Iglesia*, vol. 1: *La edad Antigua y medieval*, Madrid 2006; L. J. Rogier, R. Aubert, R. y Knowles, *Nueva historia de la Iglesia*, vol. I a III, Madrid 1964-1966.

² J. Orlandis, *Historia breve del cristianismo*, Madrid 1983, p.17-18; J. Nadal Cañellas, *Las Iglesias apostólicas de Oriente. Historia y características*, Madrid 2000, p. 9.

los más importantes Alejandría y Antioquia, donde estaban los principales núcleos de formación eclesiástica del momento.

Estas iglesias orientales se desarrollaban integradas en las Tradiciones antiguas Alejandrina, Antioquena, Caldea, Armenia y Constantinopolitana o Bizantina, Tres de ellas, la Alejandrina, Antioquena y Constantinopla, se desarrollarán dentro del marco del Imperio romano. Todas ellas tenían su propio patrimonio litúrgico, disciplinar, teológico y espiritual, compartiendo lengua algunas de ellas.

A la hora de configurar la organización eclesiástica oriental se copió el sistema civil, en el que el Imperio de Oriente comprendió la Prefectura de Oriente (con sede en Constantinopla) que se extendió por tierras de África, Asia y Europa con las diócesis de Egipto, Oriente, Ponto, Asia y Tracia y la Prefectura del *Ilyricum* (con sede en Tesalónica) – territorialmente más reducida – que estaba integrada por las diócesis balcánicas de Macedonia y Dacia. Entre los años 300 y 450 se formaron provincias o grupos de Iglesias con un Metropolitano a la cabeza de esos obispos. Además, existían sedes de origen apostólico que supervisaban y ejercían jurisdicción sobre regiones más amplias que la provincia.

Desde el siglo IV a sus Obispos se les llamará Patriarcas como título unido a las sedes principales: Roma, Alejandría, Antioquia, obteniendo de la Sede Apostólica grandes distinciones como, por ejemplo, de poder confirmar la elección de los Metropolitanos y Obispos dentro de sus territorios, trasladarlos deponerlos, conferir a los primeros el palio, recibir las apelaciones contra sus sentencias o convocar a los Prelados sufragáneos al Concilio Patriarcal. El término “Patriarca” responde a la terminología recibida por la tradición apostólica de *pater* (padre, anciano, y que se vincula al de Obispo como título honorífico) y *arxe* (origen o principio, causa primera o autoridad superior)³, por lo que también se le ha dado el significado de “Príncipe de los Padres”, aplicándose desde muy antiguo a los Obispos que gozaban de preeminencia sobre los demás Prelados de una región extensa. El título de Patriarca fue reconocido por el jefe del Sanedrín de Jerusalén, por los titulares de la Sinagoga de Palestina y por el Derecho Romano. Es típico en las Iglesias de tradición apostólica de Roma, Alejandría y Antioquia, que formaban la triarquía, sustituyendo al de “eparca”, vinculado al término eparquía o provincia, en el siglo IV⁴.

La organización en Patriarcados, cada uno con su propio rito, produjo que se denominara Iglesia latina al conjunto católico que obedece al Patriarca de Occidente e Iglesia de Alejandría, o de Antioquia o de Constantinopla (bizantina) o de Jerusalén las que se constituían en cada uno de los otros cuatro Patriarcados orientales. Por tanto, todos ellos eran parte integrante, respetando su variedad, de la unidad de la Iglesia católica. La canonística clásica distinguió entre Patriarcas mayores y menores afirman-

³ C. Buzzetti, voces “Pater” y “Arxe”, [en:] *Dizionario base del Nuovo Testamento greco*, Roma 1989, p. 22 y 123.

⁴ F. Sollazo, *I Patriarchi nel diritto canonico orientale e occidentale*, [en:] *Atti del Congresso internazionale Incontro fra Canonici d'Oriente e d'Occidente. Proceedings of the international Congress. The meeting of eastern and western canons*, Bari 1994, p. 239–241.

do la diferencia entre los cinco Patriarcados más antiguos, Roma, Antioquia, Alejandría, Constantinopla y Jerusalén (la pentarquía) y el resto de Patriarcados. En este sentido, Patriarcados menores son tanto los Patriarcados orientales más recientes como los occidentales meramente titulares, en tanto que la verdadera diferencia jurídica se da entre los Patriarcados provistos de potestad de gobierno, que son los orientales en general, y los honoríficos, que son los de la Iglesia latina⁵.

Pese a su rápida expansión, desde el siglo I el cristianismo, aunque con períodos más o menos álgidos, había sufrido una cruenta política persecutoria. Días antes de su muerte⁶, el emperador Galerio reconociendo el fracaso de las persecuciones, promulga en Sárdica, el 30 de abril del año 311, un edicto de tolerancia hacia ellos, por el que por primera vez deja de considerarse al cristianismo como una superstición ilícita. En este edicto, el emperador deplora la obstinación y la locura de los cristianos que en gran número se habían negado a volver a la religión de la antigua Roma.

Pero sobre todo, el gran giro copernicano de la Iglesia se produce en el año 313, cuando Constantino I y Licinio, dirigentes de los imperios romanos de Oriente y Occidente respectivamente, promulgan el Edicto de Milán en el que se instaura el pleno respeto a las opciones religiosas de todos los súbditos del Imperio, incluidos los cristianos⁷. Termina así para la Iglesia un largo proceso persecutorio y se instaura otro de libertad religiosa. Como consecuencia de la política religiosa del emperador Constantino, continuada por sus sucesores, la Iglesia desarrolla sus estructuras externas, recupera los lugares de culto y los bienes que les habían sido confiscados y recibe un estatuto jurídico privilegiado en el que, por ejemplo, las sentencias del tribunal episcopal, incluso en materia civil, son reconocidas como válidas por el Estado. Además, el régimen de libertad le permite desarrollar sus estructuras externas. Inicialmente, las primeras comunidades fueron exclusivamente urbanas, con un obispo al frente. Así, la zona urbana (*civitas*) se llamaría posteriormente diócesis o sede episcopal. Las zonas más alejadas eran evangelizadas desde la ciudad, y una vez se acabaron las persecuciones se designaron obispos rurales. En Oriente, algunas Iglesias urbanas se confiaron a los presbíteros. La provincia eclesiástica coincidía con la demarcación de la estatal. El obispo de la capital (metrópoli) se convirtió en metropolitano al que le correspondía un cierto derecho de vigilancia sobre los obispos diocesanos, convocando y presidiendo los sínodos provinciales en su ciudad.

El emperador Constantino consideraba como obligación personal la construcción de Iglesias en las que se pudieran celebrar cultos cristianos. No solo estimuló a los obispos para que así se hiciera, sino que personalmente contrató arquitectos, artesanos y mano de obra. Se construyeron muchos y suntuosos templos, origen de una riquísima arquitectura cristiana, empresa que culminó con la construcción de una ciudad de impronta cristiana, no pagana como la antigua Roma, que llevaba su nombre: *Constan-*

⁵ P. Erdö, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, V. II/1, Pamplona 2002, p. 916-917.

⁶ J. Daniélou, H. I y Marrou, op. cit., p. 272.

⁷ J. Orlandis, *Historia breve...*, p. 37.

tinopolis (ciudad de Constantino) o la nueva Roma, reconstruida sobre la vieja ciudad de Bizancio en mayo de 330.

De la Hera⁸ recoge como Constantino llegó a convertirse en el primer Señor de la Iglesia del Imperio, preocupándole en gran manera el hecho de que la unidad que sueña para el Imperio no podrá convertirse en realidad sino mediante la ayuda de una Iglesia unida por la fe y por la autoridad, hecho que redundaba en beneficio del Estado. Empieza a atribuirse un dominio sobre la Iglesia que desembocará en el cesaropapismo, o lo que es lo mismo, fenómeno conocido como “los césares al frente de la Iglesia” o intervención del poder político sobre el religioso.

Constantino se consideró Obispo, de ahí el término “episcopalidad de Constantino” y vicario o ministro, constituido directamente por Dios para promover el bien de la sociedad, por lo que se considera capacitado para guiar cristianamente el Imperio. El término “cesaropapista” se le atribuye por su intervención en asuntos internos de la Iglesia. El emperador se cree jefe del pueblo cristiano convocando Concilios, como el de Nicea (325), Constantinopla I (381), Efeso (431) y Calcedonia (451), señalando los problemas dogmáticos y apoyando con su autoridad determinadas decisiones conciliares en cuya elaboración participa. Inicia, además, la transformación del derecho romano, atemperándolo a la moral cristiana⁹.

2. Las sombras de la iglesia: Iglesias Orientales que no aceptaron las fórmulas dogmáticas de concilios ecuménicos

No obstante, y ad intra de las Iglesias Orientales, en el periodo histórico comprendido entre la paz constantiniana y finales del Imperio romano, se produjeron diversos acontecimientos que provocaron por vez primera la ruptura de la comunión con Roma de algunas Iglesias Orientales con la consiguiente quiebra de la unidad primitiva. Durante los primeros años de vida del cristianismo la fe cristiana no fue objeto de análisis doctrinal alguno. Los cristianos se adherían a ella y seguían el mensaje de Jesús de Nazaret. Pero poco después, se desarrollaron diversas herejías, recayendo condenas de excomunión a quienes las defendieron. Jamás habían existido tantas herejías y controversias doctrinales como las que proliferaron en los siglos IV y V.

Para erradicarlas y fijar el dogma se celebraron primero concilios particulares¹⁰ y después ecuménicos en los que se trataban los asuntos de mayor grave-

⁸ A. De La Hera, *Evolución de las Doctrinas sobre las relaciones entre la Iglesia y el poder temporal*, [en:] *Derecho Canónico*, Pamplona 1975, p. 626.

⁹ A. Martínez Blanco, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid 1994, p. 167.

¹⁰ Primero se celebraron los Concilios particulares que se ubicaban en las regiones más importantes del imperio. En Oriente, por ejemplo el de Antioquia (332 al 341) o el de Sárdica (343), entre otros. En España, se inició con el de Elvira (hacia el 300), los diecisiete de Toledo (entre 397/400 al 694), Zaragoza, Braga, dos en Sevilla, dos en Barcelona y uno en Tarragona, Gerona, Narbona, Huesca, Egara y Mérida. En las Galias se celebraron setenta y siete Concilios particulares desde el año 314 (Arlés), hasta 692-696 (Auxerre). También en África tuvieron lugar un gran número de Concilios, casi todos ellos en Cartago.

dad¹¹. Aunque fueron convocados por emperadores asesorados por algún obispo, obtuvieron, más o menos explícitamente la aprobación del Papado que enviaba a sus legados, dándoles instrucciones precisas. Y sorprendentemente, aunque el nombre de ecuménico responde al que asiste toda la Iglesia, en muchos de ellos, solo asistieron obispos orientales, aunque después recibieron la aprobación posterior de Roma. En el periodo histórico que estudiamos, tres fueron los concilios ecuménicos celebrados en este sentido, convocados en tres importantes sedes de Oriente¹².

2.1. Concilio de Nicea (325)

El primero de estos concilios ecuménicos fue el de Nicea, celebrado en el año 325 para combatir, entre otros asuntos, el arrianismo¹³. Pese a que en la actualidad se la conoce como Isnik y es un pueblo sin renombre, en el siglo IV Nicea, la “victoriosa” era una importante ciudad de sede episcopal y palacio imperial. Situada junto al actual mar de Mármara, en el promontorio asiático de la Anatolia era, después de Nicomedia, capital del imperio de Oriente, la segunda ciudad en importancia, antes de erigirse Constantinopla. La pequeña ciudad de Nicea, en Bitinia, fue la elegida para celebrar el que sería el primer Concilio ecuménico de la historia¹⁴.

Se inició el 20 de mayo de 325, último en el que se produjo el encuentro de toda la cristiandad indivisa. Fue convocado, no por iniciativa de la Iglesia, sino por la del emperador Constantino quien después de vencer a Licinio se había convertido en Señor de Oriente¹⁵. Su objetivo se centraba en dos cuestiones: atajar el arrianismo y fijar la fecha de la Pascua. No obstante, ya iniciado el Concilio, se fijaron, además, algunas otras de orden práctico, aprovechando que estaban reunidos en un sínodo de

¹¹ Para el estudio de los cuatro primeros Concilios ecuménicos, entre otros, H. Alvisatos, *Les conciles oecuméniques Ve, VIe, VIIe et VIIIe*, [en:] *Le concile et les Conciles*, Chevetogne 1960, p. 111–124. Las actas de Efeso y Calcedonia pueden consultarse, [en:] E. Schwartz, *Acta Conciliorum Oecumenicorum*, Berlin 1932–1938, vol. I: *Cartas y Actas griegas*; vol. II, 1: *Coll. Novariensis*; 2: *Vaticana*, vol. III: *Traducción latina de las actas griegas*; vol. IV: *Cartas de S. León*; G. Alberigo, *Decisión del concilii ecumenici*, Turín 1978; G. Joussard, *Sur les décisions des conciles généraux des IV et V siècles dans leurs rapports avec la primauté romaine*, “Istina” 1957, no. 30, p. 485–496.

¹² Dado el tipo de trabajo, omitiremos un estudio teológico exhaustivo.

¹³ Para el estudio del Concilio de Nicea, puede verse, entre otros. J. Alberigo, P.B. Joannou, C. Leonardi, P. y Prodi, P. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, Friburgo 1962, p. 2–5; T. Camelot, *Les conciles oecuméniques des IV et V siècles*, [en:] *Le concile et les Conciles*, Chevetogne 1960; M.J. Congar, *Le dogme de Nicée*, Paris 1926; *La primauté des Quatre premiers conciles oecumeniques*, [en:] *Le concile et les Conciles...*, p. 75–109; Hefele-Leclercq, *Histoire des Conciles*, vol.I, 2, Paris 1907, p. 528–620; D. Joannou, *Discipline générale antique: Les canons des conciles oecumeniques*, Grottaferrata 1962, p. 21 y ss; J.D. Mansi, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, 1960–1961, vol. II, coll. 635–1082; I. Ortiz de Urbina, *El símbolo niceno*, Madrid 1967, p. 21 y ss; *Nicea y Constantinopla*, Vitoria 1963; P. Palazzini, voz: “Nicea”, [en:] *Dizionario dei Concili*, vol. III, Roma 1967, p. 186–190.

¹⁴ Comenzó a utilizarse el término de Concilio ecuménico cuando contaba con la presencia de todos los representantes de la *ecumene*, es decir, de todo el mundo entonces conocido. Se convocaron siguiendo el ejemplo de los Apóstoles quienes se reunieron en el primer Concilio de Jerusalén.

¹⁵ Es posible que las sesiones teológicas estuvieran presididas por Osio, consejero personal del Emperador, asistido por los presbíteros romanos Víctor y Vincentius, representantes del Papa San Silvestre. Esta presidencia era más honorífica que real pues el emperador cesaropapista se consideraba *Pontifex Maximus*, es decir, señor de la Iglesia.

carácter ecuménico obispos de Oriente y Occidente, siendo el primero que reconoció de un modo oficial la figura jurídica del Patriarcado.

Tras su convocatoria, se llevaron a cabo reuniones menos solemnes en ausencia del emperador hasta el 14 de junio, día en el que llega Constantino y se inician propiamente las sesiones. Tradicionalmente se fija el número de asistentes en 318 pero la ausencia de actas conciliares hace que se obtenga la información de lo que allí sucedió por los testimonios de algunos presentes¹⁶, como los escritos de Eusebio de Cesará, en su carta escrita a los fieles de su Iglesia, la carta de Atanasio al emperador Joviano y el hecho de que los discípulos de Marcelo de Ancira. Si se han conservado el Símbolo, los 20 cánones, la lista de los obispos participantes, una carta sinodal enviada a la Iglesia de Alejandría y el decreto de la Pascua¹⁷.

Los arrianos no acataron las decisiones del concilio por lo que siguieron su propio camino, produciéndose la primera división oficial en la Iglesia. El arrianismo se dividió en tres facciones. Los radicales *anomeos*, que hacían hincapié en la no semejanza del Hijo con el Padre; los *homeos* que consideraban al Hijo *homoiós*, es decir semejante al Padre y los semiarrianos para los que el Hijo era sustancialmente semejante al Padre. La obra teológica de los Padres capadocios desarrollando las doctrinas de Nicea atrajo para sí muchos arrianos moderados, desapareciendo el resto del horizonte de la Iglesia para sobrevivir tan sólo como forma de cristianismo profesada por la mayoría de los pueblos germánicos invasores del imperio romano¹⁸. En España el arrianismo entraría con los visigodos y estuvo vigente hasta comienzos del siglo VII, cuando el rey Leovigildo, al final de su vida, convencido del fracaso de su campaña a favor de la unidad arriana, dio muestras de gran condescendencia y tolerancia hacia los católicos.

Una tradición narra que en el lecho de muerte aconsejó a su hijo Recaredo (586–601) que se convirtiera al cristianismo. Tan pronto subió al trono, mandó celebrar una gran asamblea del episcopado arriano en el año 586 donde exhortó a todos a convertirse, para alcanzar así la unidad religiosa del país, a lo que asintieron la mayoría de obispos arrianos. En el año 589 se celebra el tercer Concilio de Toledo en el que oficialmente se lleva a cabo la conversión al catolicismo. San Leandro, Obispo de Sevilla y preceptor del rey fue uno de los que hicieron posible la conversión. Acudieron sesenta y dos obispos, cinco vicarios o arzobispos, presididos por el más venerable de todo, el Obispo de Mérida, Masona.

En su presencia el rey, la reina y una gran multitud de nobles de la corte visigoda se convirtieron al catolicismo, que se convertía en religión oficial del estado. El episcopado, por su parte, repitió declaraciones de fe católica que luego firmaron en una profesión solemne de 23 artículos. Pese a que los sucesores de Recaredo, Liuva II

¹⁶ Así se habla de 250 (Eusebio), de 270 (Eustaquio de Antioquia), de 300 o más (Constantino, Sócrates el histórico y Atanasio). La mayoría de los Padres que intervinieron en Nicea provenían de Asía Menor, Palestina, Egipto y Siria. También asistieron representantes de Fenicia, Mesopotamia, Macedonia, las provincias Danubianas, Pannoni, África, España, Galia, Italia y Persia, así como de otras regiones donde el cristianismo se había difundido. P. Palazzini, G. y Morelli, voz: "Nicea", [en:] *Dizionario dei Concili...*, p. 186–187.

¹⁷ I. Ortiz De Urbina, *Nicea y Constantinopla...*, p. 69. Los textos pueden leerse en las p. 251–290.

y Witerico, se empeñaron en rehabilitarlo el arrianismo nunca más volvió a renacer en España. Resulta de interés el relato de Orlandis en el que narra las vicisitudes del arrianismo en los pueblos godos, conocidos como bárbaros e invasores del imperio romano occidental, hasta su total desaparición en el siglo VII. El arrianismo estuvo activo entre los pueblos germánicos de los visigodos, burgundios, suevos y longobardos hasta su conversión a la Iglesia católica. En otros lugares también desapareció, por lo que hoy no hay presencia alguna¹⁹.

A finales del siglo IV continuaron produciéndose atentados contra la unidad de la Iglesia al desarrollarse otras herejías trinitarias como el semiarrianismo o el macedonianismo propiciada por el Patriarca de Constantinopla, Macedonio. Después, vinieron las herejías cristológicas, como el apolinarismo, desarrollado en Oriente, mientras que en Occidente lo hacían el pelagianismo y semipelagianismo.

Así las cosas, estaba a punto de producirse un acontecimiento de enorme repercusión religiosa e histórica que cambiaría el rumbo de la historia. Teodosio I había subido al trono en el 379 y su reinado va a coincidir con la elevación de Constantinopla a la condición de capital real de Oriente, el sueño perseguido por Constantino al fundarla 50 años antes. Para ser capital política era fundamental su condición de capital religiosa. Y este proceso comienza pronto. El 27 de febrero del año 380, Teodosio I, el Grande, promulga en Tesalónica el Edicto *Cunctos Populos*, declarando al Cristianismo religión oficial del Imperio romano²⁰. Una buena muestra del cesaropapismo se evidenciaba por la misma redacción del edicto en el que se ordena a todos los súbditos del imperio seguir la fe que el apóstol Pedro ha transmitido a los romanos y que sigue el Papa del momento, Dámaso. Con Teodosio se produce la consolidación del cesaropapismo iniciado por Constantino por lo que al respecto Reina dice: “El plan de Teodosio engendraba una fatal confusión de ideas. Porque considerar la fe como principio político, más que cristianizar la civilización era civilizar la Iglesia: no venía a consagrar las instituciones humanas al servicio de Dios, sino más bien a identificar a Dios con el mantenimiento de las instituciones humanas”²¹.

En un razonado estudio Teja señala que Teodosio, dentro de sus planes de erigir a Constantinopla como ciudad imperial, traslada allí su residencia. En ese momento era obispo de Constantinopla San Gregorio de Nacianzo a quien le tocará vivir en

¹⁸ J. Orlandis, *Historia de la Iglesia*, 2001, [online] <www.Primeroscristianos.com/padres-Iglesia/padres-Iglesia-2.html>.

¹⁹ J. Orlandis, *La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos, (Siglos IV al VIII)*, [en:] *Anuario de Historia de la Iglesia*, vol. IX, Pamplona 2000, p. 69–84.

²⁰ “A todos los pueblos que se hallan dentro de los alcances del suave imperio de nuestra bondad queremos verlos viviendo conforme a la fe que el santo Apóstol ha legado a los romanos y que, como él mismo lo hiciera, se anuncia también en nuestros días y a la que se adhieren, como todos saben, el Pontífice Dámaso y el Obispo Pedro de Alejandría... Ordenamos que solamente quien se someta a este precepto-ley pueda utilizar el nombre de cristiano católico, y los demás sean tenidos como vanos y dementes y habrán de soportar la vergüenza de doctrinas heréticas. En primer término les amenaza la ira de Dios y luego les alcanzará también nuestro castigo, conforme a la resolución que, por inspiración divina, hemos tomado”. E. Gallego Blanco, *Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Madrid 1973, p. 68.

²¹ V. De Reina, A. y De Reina, *Lecciones de Derecho Eclesiástico español*, Barcelona 1983, p. 31.

primera mano el conflicto religioso entre obispos de la parte oriental contra los de la occidental del Imperio romano y que el mismo de modo premonitorio describiría en los siguientes términos: “Unos se alían con otros y buscan aliados para la batalla, hasta el punto que todo el universo ya se encuentra dividido en dos campos antagonistas”²².

El emperador estaba intentando imponer en Constantinopla la ortodoxia nicena ya imperante en Egipto y Occidente, pretendiendo para sí el poder de decidir tanto sobre cuestiones disciplinares como dogmáticas. La unidad religiosa iba pareja al afianzamiento de Constantinopla como capital religiosa lo que suponía romper con los equilibrios imperantes hasta la época definidos en el Concilio de Nicea donde se sancionó la primacía de Roma en Occidente mientras que en Oriente compartían importancia las sedes de sus dos grandes metrópolis: Alejandría, Antioquia.

La larga crisis arriana del siglo IV había debilitado la influencia de Antioquia al tiempo que la alianza antiarriana entre Roma y Alejandría había hecho de ellas las dos sedes más importantes de la cristiandad. La política antiarriana de Teodosio podía hacer prever la consolidación de estas dos ciudades como capitales religiosas de Oriente y Occidente. Pero la promoción de Constantinopla como residencia permanente del emperador llevaba aparejada su promoción como capital religiosa rompiendo aquel equilibrio, lo que no podía ser aceptado ni por Roma ni por Alejandría²³.

Tras la muerte del emperador Teodosio en el año 395 se produjo una división, geográfica, cultural y religiosa, que tendría una gran trascendencia en la vida de la Iglesia²⁴. El imperio Romano que contaba con cuatro Prefecturas, se dividió entre sus dos hijos Honorio, que recibió dos y Arcadio, las otras dos. Honorio (384–423) recibió la parte occidental, que aproximadamente coincidía con las regiones de lengua y cultura latinas. La sede apostólica y centro de dirección eclesiástica se fijó en Roma porque era la ciudad donde estaba el poder político, por lo que el Papa sería también Patriarca de Occidente. Por su parte Arcadio, (377/8–408) el hijo mayor del emperador Teodosio que había nacido en Hispania, recibió la parte oriental, de cultura griega, siria y copta.

2.2. Concilio de Efeso (431)

Al mismo tiempo que en Occidente se había desarrollado el pelagianismo y semi-pelagianismo, en Oriente nació una herejía cristológica de consecuencias mucho más peligrosas: el nestorianismo, defendido por Nestorio, monje elegido Patriarca de Antioquia en el año 428. Las dos grandes escuelas teológicas de Oriente, Antioquia

²² R. Teja, *De Bizancio a Constantinopla: el nacimiento de una capital religiosa*, “Cuadernos Ilu” 1999, no. 2, p. 11.

²³ Sobre la fundación y primera época de Constantinopla, puede verse G. Dragon, *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 à 451*, París 1974; G. Ostrogorski, *Storia dell'Imperio bizantino*, Turín 1975; R. Pericolini, *Oriente cristiano*, Roma 1977; N. Zernov, *Il cristianismo orientale*, Milán 1990; L. Glinka, *Iglesias orientales*, Buenos Aires 1991; idem, *Iglesias orientales católicas. Comunità de fe y variedad de tradiciones*, Buenos Aires 2007.

²⁴ Diocleciano, en el año 293 había dividido la parte oriental del imperio romano en cuatro prefecturas. K. Baus, *La struttura organizzativa della Chiesa imperiale*, Aa.Vv., H. Jedin (dir.), *Storia de la Chiesa II*, Milano 1980, p. 253–258. También para éste período: E. Albertini, *L'Empire romain*, Paris 1970, p. 323–330.

y Alejandría, tenían posiciones opuestas. ¿Como se conjugan en Dios la humanidad y la divinidad? La escuela de Alejandría hacía hincapié en la perfecta divinidad de Jesucristo: la naturaleza divina penetraría de tal modo a la humanidad – como el fuego al hierro candente – que se daría una unión interna, mezcla de naturalezas. Por su parte la escuela de Antioquia insistía en lo contrario: en la perfecta humanidad de Cristo. La unión de las dos naturalezas en Él sería tan sólo externa o moral; por ello, más que de encarnación habría que hablar de “inhabitación” del Verbo, que habitaría en el hombre Jesús como en una túnica o en una tienda. El obispo Nestorio de Constantinopla, de la escuela antioquena, predicó públicamente contra la maternidad divina de María, negándole el título de *Theotokos*²⁵, Madre de Dios, oponiéndose a los actos de piedad y devociones tradicionales con implicaciones en la teología de la Encarnación. Sus predicaciones comienzan a levantar crispación porque defiende que el aceptaría que se llamara Christotokos, o Madre de Cristo. El Patriarca de Alejandría, San Cirilo denunció a Roma la doctrina de Nestorio, por lo que el Papa Celestino I pidió a este que se retractara, a lo que se negó²⁶.

A petición del propio Nestorio, el emperador Teodosio II convocó el III Concilio ecuménico en Efeso para el día de Pentecostés, 7 de junio de 431²⁷. El Concilio define la unión hipostática de las dos naturalezas de Cristo, llama a María con el título de Madre de Dios y excluye a Nestorio de la Iglesia, del sacerdocio y de toda dignidad eclesiástica. Y, además, adoptó una medida que tendría profundas consecuencias eclesiásticas a penas un cuarto de siglo después: el c. 3 otorga a Constantinopla la preeminencia honorífica entre todos los Patriarcados orientales.

No obstante, el nestorianismo no desaparece y Nestorio continúa una intensa actividad literaria en Arabia y Egipto, donde muere encarcelado. El emperador Zenón decreta en el año 470 la expulsión de los nestorianos, que se refugian en Persia, donde ganan adeptos entre las Iglesias cristianas. De este modo, después del Concilio de Efeso, Oriente quedó dividido entre los seguidores del Concilio por un aparte y los nestorianos por otra. La Iglesia que se separó de la comunión con Roma al impugnar las fórmulas dogmáticas del Concilio de Efeso se denomina Iglesia Asiria de Oriente o nestoriana que en la actualidad se ha escindido en dos: la Iglesia Asiria del Este y la Iglesia Malabar ortodoxa. Gefaell afirma que hasta el Concilio de Efeso la Iglesia de Cristo mantenía la comunión plena en el plano visible y social, tanto dentro como fuera del imperio romano. Dentro estaba dividida en circunscripciones relativamente

²⁵ Vocablo que contaba con gran tradición en el lenguaje cristiano. De origen alejandrino se había extendido fuera de Egipto llegando hasta Constantinopla y Siria.

²⁶ J. Orlandis, *Historia de la Iglesia*, [online] <www.primeroscristianos.com/padres-Iglesia/padres-Iglesia-2.html>.

²⁷ No existe una publicación oficial de las Actas del Concilio de Efeso. No obstante, se han llevado a cabo muchos estudios. Destacaremos sólo algunos de ellos: T. Camelot, *Efeso y Calcedonia*, [en:] *Historia de los Concilios Ecuménicos*, vol. II, París 1961; J. D. Mansi, *Sacrorum Conciliorum...*, vol. IV, coll. 567–1482 y vol. V, coll. 1–456; J. Ortiz De Urbina, *Il dogma di Efeso*, “Revue des études byzantines” 1953, no. 11, p. 233–240; P. Palazzini, G. Y Morelli, *Dizionario dei Concili...*, p. 33-36; Encíclica *Lux Veritatis*, 25 diciembre de 1931, AAS 1931, p. 493–517, en el centenario del Concilio de Efeso; E. Schwartz, *Acta Conciliorum Oecumenicorum*, t. I, Berlin 1922–1930.

autónomas que siguen la distribución territorial civil. Las escisiones que se fueron produciendo provocaron Iglesias autocéfalas, independientes, sin conexión con el resto. Fuera del imperio o en territorios periféricos también se produjeron escisiones, evidenciando que el cisma religioso servía para acentuar su independencia respecto del poder civil del emperador cesaropapista de Constantinopla²⁸.

2.3. Concilio de Calcedonia (451)

Los veinte años que transcurrieron entre el Concilio ecuménico de Efeso y el de Calcedonia fueron tiempos muy agitados para la Iglesia de Oriente. Durante la primera mitad del siglo V en el Patriarcado de Alejandría se impusieron las tendencias teológicas extremistas pareciendo insatisfactoria la doctrina de Efeso sobre las dos naturalezas en la única persona de Cristo al entender que dos naturalezas equivalía a dos personas. Por ello, afirmaron que en Él no había más que una naturaleza, puesto que en la Encarnación la naturaleza humana había sido absorbida por la divina. Acababa de originarse la herejía que más repercusiones provocaría contra la unidad de la Iglesia: el monofisismo²⁹, la herejía más fuerte y popular de la antigüedad cristiana que enfrentó las sedes de Alejandría y de Constantinopla y cuyos orígenes se sitúan en la doctrina defendida por Eutiques, archimandrita en Constantinopla. Siendo muy joven ingresó en un monasterio en el que recibió una educación en la que influyó en gran medida el hecho de que su maestro fuera contrario al nestorianismo, por lo que esto puede explicar su animadversión hacia el difisismo cristológico. En el año 441 comenzó a atacar duramente a todos los que parecían sospechosos de nestorianismo, independientemente de su posición en la jerarquía eclesiástica.

Las primeras medidas oficiales contra esta herejía se habían tomado en el sínodo regional de Constantinopla del año 448. El Papa León I, para atacar la herejía, compuso la *Epístola Dogmática* (31 de mayo del año 449), documento no aceptado por Eutiques y sus partidarios, en la que el Pontífice exponía la doctrina católica sobre las dos naturalezas en Cristo y su unión personal, además de confirmar la sentencia dictada tiempo atrás contra el monofisismo y sus defensores. Eutiques fue privado de su oficio por el Patriarca de Constantinopla Flaviano. Dióscoro, Patriarca de Alejandría, consiguió el apoyo del emperador Teodosio II monofisita, quien convocó un sínodo general en Efeso en agosto del año 449, que ha pasado a la historia con el nombre dado por León Magno de “el Latrocinio de Efeso” y que se celebró en un ambiente de gran violencia³⁰. Se declara la absolución de Eutiques, anatemizando la doctrina de las dos naturalezas, y deponiendo a Flaviano. El monofisismo se extendió considerablemente por Oriente, sobre todo en Egipto, creándose un Patriarcado monofisita en Alejandría con monjes y población indígena copta, frente al Patriarcado existente melquita o imperial.

²⁸ P. Gefaell, *Las Iglesias orientales antiguas ortodoxas y católicas*, “Las Iglesias Orientales”, Madrid 2000, p. 600.

²⁹ Del griego “monos” (uno) y “physis” (naturaleza).

³⁰ J. Nadal Cañellas, *Las Iglesias apostólicas de Oriente. Historia y características*, Madrid 2002, p. 24.

Tras la repentina muerte de Teodosio II el 28 de julio del año 450, su hermana Pulquería le sucedió. Contrajo matrimonio con el general Marciano, elevándolo, por tanto, al trono imperial. Ambos eran contrarios a las doctrinas de Dióscoro y Eutiques por lo que el nuevo emperador estaba dispuesto a agradar al Papa quien quería que se convocara un Concilio que fijara las materias de fe atacadas por los monofisitas, aunque también decidiría sobre asuntos de jurisdicción y disciplina eclesiástica. El 23 de mayo el propio emperador lo convoca en Nicea, ya que entiende que su deber de *Basileus* encargado de mantener la paz del imperio comienza por asegurar la paz y la unidad de la Iglesia, atrayéndose así la protección de Dios³¹. El Papa, en dos cartas de 24 y 26 de junio dirigidas a Marciano, concededor de la convocatoria, expresa su malestar ya que deseaba que hubiese sido en Italia. Pero no se opone a la decisión del emperador. Como no podía estar presente en el Concilio, manda legados que lo presidan en su nombre.

El 1 de septiembre entre 600 y 630 obispos habían llegado a Nicea, siendo la mayoría de este episcopado de lengua griega como ya lo fue en Nicea y Efeso. Occidente solo estaba representado por lo tres legados romanos y dos obispos africanos. No obstante, un acontecimiento cambió la sede del Concilio. El emperador mandó una carta a Nicea expresando su deseo de asistir pero dado que en ese momento estaba retenido en Constantinopla por asuntos de Estado, rogaba a los obispos que le esperasen y que tuviesen paciencia. Pero los prelados, contestaron al emperador que estaban impacientes por el comienzo del Concilio. Marciano decide entonces trasladar la sede para que, aún en el caso de tener que estar en Constantinopla, pudiera desplazarse a las sesiones del Concilio con rapidez.

La ciudad elegida fue Calcedonia, ciudad de Bitinia, en Asia Menor, junto al Bósforo de Tracia, situada en la orilla opuesta a Constantinopla. Albergó el IV Concilio Ecuménico de la historia y último de los grandes Concilios orientales. Se celebró en la basílica suburbana de Santa Eufemia entre el 8 de octubre y el 1 de noviembre del año 451. Se celebraron dieciséis sesiones a las que asistieron un gran número de participantes orientales, mientras sólo dos eran occidentales. En la segunda sesión, se reconoció la Epístola Dogmática del Papa como documento de fe. Dióscoro, Patriarca de Alejandría, fue condenado por unanimidad y todos sus decretos fueron declarados nulos, despojándosele de la dignidad episcopal y de todo ministerio sacerdotal. Los partidarios de Eutiques debieron aceptar la Epístola del Papa para continuar formando parte de la Iglesia.

El Concilio, erigió el Patriarcado de Jerusalén, que en el de Nicea sólo había recibido un título de cierta preferencia, sometiendo a su jurisdicción a Palestina y Arabia y se adhirió a la doctrina cristológica de Efeso. Como complemento, redactó una profesión de fe a la que no se adhirieron a ella algunos obispos de Egipto porque

³¹ J.D. Mansi, *Conciliarum amplissima collectio...*, vol. VII, coll. 1-627; E. Schwartz, op. cit., vol. II; R. V. Sellers, *The Council of Chalcedon*, Londres 1953; A.M. Diepen, *Les trois chapitres au Concile de Chalcedonie*, Oosterhout 1953; idem, *Un épisode du Concile de Chalcedoine*, [en:] *Douze dialogues de christologie ancienne*, Roma 1960, p. 117-19; I. Alberigo, *Conciliarum Oecumenicorum decreta*, p. 57-79.

dijeron que sólo aceptarían la fe tradicional en la que se reconocía las dos naturalezas sin que haya confusión, ni división entre ellas, además de condenar el monofisismo, reiterando igualmente la del nestorianismo, constituyendo un hito importante en el desarrollo del primado romano. De este modo, los obispos orientales aprobaron la fórmula cristológica de León en su famoso “Tomus Leonis”, acogida por los presentes con aclamaciones como “Pedro ha hablado por medio de León”³². Pero si el Concilio de Calcedonia aceptó la cristología doctrinal de Roma, no sucedió lo mismo con la autoridad disciplinar. El 31 de octubre del año 451, comenzaba la decimoquinta sesión, que debía ser la última del Concilio y en la que se adoptaron por unanimidad veintiocho cánones disciplinarios, entre los que destaca el último, ya que se erigiría en uno de los cimientos de la progresiva separación entre Roma y Constantinopla, en definitiva entre Oriente y Occidente. Aprovechando la ausencia de los legados del Papa y, seguramente cediendo a sugerencias del emperador, considerando insuficientes los postulados del canon 3 del Concilio de Efeso que otorgaba a Constantinopla la preeminencia honorífica, se aprueba el canon 28³³ de este Concilio que suponía un durísimo golpe para la sede romana proclamando la igualdad absoluta del Patriarca de la Nueva Roma (Constantinopla) y el de la Vieja Roma basada en la preeminencia política de ambas ciudades.

Como consecuencia, Constantinopla se convierte en el principal Patriarcado del Oriente cristiano, cuyo Patriarca, sin sus rivales tradicionales de Alejandría y Antioquía, va adquiriendo cada vez más poder por la pérdida de las provincias del este tras las invasiones árabes y eslavas. Además, la segunda parte del canon altera los principios acordados en Nicea reconociendo al Patriarca de Constantinopla el derecho a consagrar metropolitano, sometiendo a su jurisdicción a los territorios del imperio oriental no

³² El 8 de noviembre de 1951, su Santidad Pío XII publicó la encíclica *Sempiternus Rex Christus* (AAS 1951, no. 43, p. 625–653), en conmemoración de los 1500 años de la celebración del Concilio de Calcedonia. En ella se hace especial mención al rechazo al canon 28, “redactado en ausencia y contra la voluntad de los Legados Pontificios, y por consiguiente, clandestino y subrepticio, estando destituido de todo valor jurídico, reprobado y condenado por San León Magno en muchas cartas”, señalando, además, que los Sínodos de Efeso y Calcedonia están indisolublemente unidos entre sí, levantándose sobre ellos el edificio de la fe. También Pío XI había recordado el 25 de diciembre de 1931 la importancia del Concilio de Efeso en la encíclica *Lux veritatis* (AAS 1931, no. 23, p. 493–517).

³³ “Siguiendo en todo los decretos de los Santos Padres, y reconociendo el canon de los 150 obispos...que acaba de ser leído, tomamos y votamos las mismas decisiones respecto a los privilegios de la muy santa Iglesia de Constantinopla, la nueva Roma. En efecto, los Padres acordaron justamente a la sede de la antigua Roma, sus privilegios, puesto que esta ciudad es la ciudad imperial. Por el mismo motivo los 153 piadosos obispos han acordado iguales privilegios a la muy santa sede de la nueva Roma, juzgando con razón que la ciudad que es honrada por la presencia del emperador y del senado y que goza de los mismos privilegios que la antigua ciudad imperial Roma, es como ésta grande en los asuntos eclesiásticos, siendo la segunda tras de aquella; de manera que los metropolitanos de las diócesis del Ponto, Asia y Tracia, y los obispos de las regiones de éstas diócesis situadas en las regiones bárbaras, serán ordenados por la muy santa sede de la muy santa Iglesia de Constantinopla, aunque, bien entendido, cada metropolitano de las susodichas diócesis ordena, con los obispos de la eparquía, como está prescrito por los divinos cánones; pero, como se ha dicho, los metropolitanos de dichas diócesis serán ordenados por el arzobispo de Constantinopla, después de la elección concordante hecha según la costumbre y notificada a éste último”. T.H. Camelot, *Efeso y Calcedonia...*, p. 220.

dependientes de los Patriarcados de Alejandría, Antioquia o Jerusalén, es decir, los que pertenecían a las diócesis civiles de Asia, Ponto y Tracia, más los obispados situados en países de misión³⁴.

El emperador, interesado en el prestigio de Constantinopla, defiende su primacía en Oriente como lo es Roma para Occidente anexionándose los dos exarcados de Efeso y de Cesárea de Capadocia, perfilando los cuatro Patriarcados orientales: Constantinopla, Alejandría, Antioquia y Jerusalén. Intenta también anexionarse la prefectura del lírco que estaba bajo la jurisdicción de Roma y se constituye en tribunal supremo de apelación para todo el Oriente atribuyéndose algunos derechos suprapatriarcales que culminan con la imposición del título de Patriarca ecuménico.

En la sesión plenaria del día 1 de noviembre, en la que estaban presentes los legados romanos y los comisarios imperiales, el legado papal Paschasinus denunció que el día anterior, tras la salida de los legados papales y de los comisarios imperiales, el Concilio había tomado ciertas decisiones que él consideraba en contra de los cánones y de la disciplina eclesiástica y solicitó que se procediera a su lectura. El archidiacono de la Iglesia de Constantinopla, Aecio, aclaró que era costumbre en los Concilios tratar asuntos particulares (prácticos) una vez debatidos los asuntos capitales. Y que la Iglesia de Constantinopla, teniendo temas prácticos que resolver había solicitado a los legados papales que asistieran a lo que estos se excusaron diciendo que no tenían instrucciones de Roma a este respecto. Y, además, que el tema se había planteado por iniciativa de los comisarios imperiales por lo que no se había hecho de forma oculta. Los obispos reaccionaron ante la acusación de que se les había arrancado a la fuerza la firma para aprobar el canon 28, a lo que gritando reaccionaron que nadie les había obligado. El legado papal se sorprendió entonces de que 185 obispos hubieran firmado algo contrario a las disposiciones de Nicea, leyendo en voz alta su canon 6 que comienza así: "*Ecclesia Romana semper habuit primatum...*".

Pero el Concilio reaccionó leyendo los cánones de Constantinopla en el 381 defendiéndose de que sólo habían sancionado una situación existente. Paschasinus objetó que estos cánones no habían sido incluidos en la colección que estaba en vigor en Roma. Los comisarios imperiales quisieron mediar salvaguardando, por una parte, los derechos de Roma y, por otra, sancionando los de Constantinopla, reafirmando el contenido del c. 28. Todos los obispos presentes, puestos en pie, por unanimidad se reafirmaron también tras lo que solicitaron que se disolviese el Concilio. Los legados papales no obstante, insisten en que Roma no debe ser humillada en su presencia, pidiendo la ineficacia de lo acordado el día anterior y deseando que ese malestar se reflejara en las Actas. Pero el Obispo de Sebaste sentenció: "Lo que nosotros hemos decidido, el Concilio lo ha aprobado". Finalizaba así la decimosexta y última sesión del Concilio.

³⁴ También los cánones 9 y 17 le dieron derechos en asuntos de apelación judicial en estas diócesis. El primero preveía las reglas a seguir en caso de conflicto entre un clérigo y su obispo; el segundo regulaba los conflictos de jurisdicción entre obispos siendo, en ambos casos, el exarca de la diócesis la instancia suprema que dirime la controversia. Pero el canon también otorga el privilegio al obispo de la ciudad imperial de Constantinopla de modo concurrente con aquél.

Aunque el mismo Papa creía que la promoción de Constantinopla se debía a la ambición de sus obispos, parece que no era sólo eso ya que formaba parte de la estrategia política del emperador que apoyaba que esta sede, en cuanto sucesora de Roma, debía heredar no sólo la primacía política sino también religiosa. Era consecuencia del principio político de “acomodación” defendido en Oriente frente a un “principio apostólico” (principio petrino) patrocinado por Occidente. Para Roma la primacía es consecuencia de su fundación apostólica y de la sucesión de Pedro por sus obispos. Para Oriente es la consecuencia de la acomodación de las estructuras eclesiales a las realidades socio-políticas. De hecho, como estudia Ceccarelli, los cánones 9 y, sobre todo, 28 del Concilio de Calcedonia reconocieron a los obispos de las sedes de Roma, Constantinopla, Alejandría, Antioquia y Jerusalén una jurisdicción ultrametropolitana, cristianizando el orden de precedencia y un primado de honor entre las sedes. Primero Roma y después Constantinopla, que era la nueva Roma, seguida de Alejandría, Antioquia y Jerusalén³⁵.

Los obispos, antes de separarse del Concilio escribieron una larga carta al Papa en la que se prodigaban fórmulas de reverencia y devoción, solicitando la aprobación de los decretos conciliares. La sede de Roma es la sede apostólica pero si Constantinopla está en segundo lugar no es en virtud de la política sino en razón de su celo por la fe y la unidad. Los legados romanos llevaron el documento a Roma junto con las actas del Concilio. Poco después tanto el obispo de Constantinopla como el propio emperador escribieron también a León Magno en parecidos términos.

El 22 de mayo del año 452, seis meses después, el Papa contesta a ambos. El contenido y tono de cada una de las cartas es idéntico, aunque se aprecia más severidad en la del Obispo de Constantinopla. Felicita al Concilio por condenar el error monofisita pero se inquieta por la ambición del titular de la sede oriental que ahora se sitúa en el rango jerárquico por delante de otras sedes como Antioquia y Alejandría, segunda y tercera detrás de Roma, contraviniendo así las decisiones de Nicea. El Concilio no quedó confirmado y la situación permanecía tensa. El Papa, quince meses después de la clausura del Concilio, el 21 de marzo del año 453, da la conformidad total a las decisiones del Concilio pero sólo las relacionadas con materias de fe (*in sola fidei causa*), negándose a aprobar el canon 28, y último, del Concilio de Calcedonia.

En el año 484 el Patriarca de Constantinopla Acacio recibió una comunicación del Papa Félix III para que abandonara la herejía monofisita, condenada en Calcedonia, bajo la pena de excomunión y deposición. Ante tal comunicado, Acacio reaccionó borrando del canon el nombre del Papa, rompiendo las relaciones con Roma. Los Patriarcas de Alejandría y de Antioquia siguieron su ejemplo.

Así las cosas, mientras Roma buscaba protección en los emperadores francos o germánicos, Constantinopla ejercía su recién conferida autoridad y jurisdicción sobre todos los territorios del imperio bizantino no dependientes de los otros tres Patriarcas

³⁵ D. Ceccarelli Morolli, [en:] J. Otaduy, A. Viana, J. y Sedano (dir.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. V, Pamplona 2012, p. 964.

orientales porque Constantinopla era la nueva Roma, capital del imperio y residencia del Emperador. La expansión musulmana por Oriente tuvo como consecuencia que tres de los cuatro Patriarcados orientales, Alejandría, Antioquia y Jerusalén, fueran dominados por el Islam. Como estudia Orlandis, la pérdida de Egipto y Siria alejó las confesiones nestorianas y monofisitas de la Iglesia universal. Estas comunidades que estaban en territorio islámico llevaron una existencia autóctona aislada de la cristianidad. Por eso la Iglesia oriental no se identificó con la griega o bizantina perteneciente al Patriarcado de Constantinopla, como si lo hacía la Iglesia greco-oriental³⁶.

Los no calcedonianos, o monofisitas de Egipto, Siria y Palestina, llamaron melquitas o imperiales a los cristianos que seguían la fe del emperador (malka en siríaco) de Bizancio. En el siglo XII los melquitas ortodoxos adoptaron el rito greco-bizantino, conservando su propia lengua. Es el origen de la Iglesia Melquita. Por el contrario, la Iglesia Maronita, de origen antioqueno pero que nunca ha dejado la comunión con Roma, se formaría en el siglo VIII cuando, cansados por la larga vacancia de la sede Patriarcal antioquena, los monjes del monasterio de San Marón en Alepo (Siria) y algunos Obispos vecinos decidieron elegir propio Patriarca con el título de Antioquia. Después trasladaría su residencia al Líbano³⁷.

Los seguidores del cisma monofisita y que no aceptaron las fórmulas dogmáticas del Concilio de Calcedonia provocaron la primera gran división de la Iglesia que aún perdura en Persia, Armenia, Etiopía, Egipto y Siria. Forman las llamadas antiguas Iglesias orientales que hoy se denominan Iglesias no calcedonianas o Iglesias de los tres Concilios porque solo reconocen los tres primeros de carácter ecuménico de la historia. Tenían en común en ese momento el credo monofisita aunque en la actualidad ninguna de ellas acepta la doctrina original de Eutiques y guardan las más antiguas tradiciones litúrgicas del cristianismo oriental. El Patriarcado de Alejandría se convirtió en anticalcedoniano, escindiendo su Patriarcado del resto de la Iglesia, como también se separaron muchos obispos, como los de Egipto, porque consideraron que la doctrina de las dos naturalezas estaba muy cercana al nestorianismo.

Las Iglesias no calcedonianas³⁸, o Antiguas Iglesias Orientales que existen actualmente cuentan con una población relativamente reducida, muchas veces dispersa y que en muchas ocasiones han sufrido sucesivas emigraciones de sus lugares de origen. Están en plena comunión entre ellas, pero no se han unido en un organismo común, dada la diversidad de culturas³⁹. Según sus títulos oficiales y el orden de precedencia de los Patriarcados antiguos son las siguientes:

³⁶ J. Orlandis, *Historia breve...*, p. 75.

³⁷ P. Gefaell, *Las Iglesias Orientales Antiguas...*, p. 600-601.

³⁸ A. Viciano, *Las antiguas Iglesias no calcedonianas*, "Palabra" VIII-IX 1996, p. 382-383, 780-784; J.A. Escampini, *Un mundo poco conocido para Occidente: las Iglesias Orientales*, "Vida Pastoral" 2006, no. 259, [online] <www.sanpablo.com.ar/vidapastoral>.

³⁹ F. Zanchini Di Castiglionchio, *Profili costituzionali generali dell'ortodossia non calcedonense*, [en:] *Incontro fra canonici d'Oriente e d'Occidente. Atti del Congresso Internazionale. Proceedings of the International Congress. The Meeting of Eastern and Western Canons*. A cura de R. Coppola, Bari 1994, vol. II, p. 23-37.

A. La Iglesia copta ortodoxa de Alejandría⁴⁰, que en la actualidad se ha dividido en dos: La Iglesia Etfope ortodoxa y la Iglesia de Eritrea ortodoxa.

B. La Iglesia sirio-ortodoxa u ortodoxa siríaca de Antioquia o Jacobita. En siglos posteriores y por el efecto misionero, de la Iglesia Siria ortodoxa nace la Iglesia Siro-Ortodoxa del Oriente o Malankar, que se separó en 1912. Posteriormente, en 1975 se escindió en dos comunidades que suman alrededor de 1.000.000 de fieles. La primera, Iglesia malankar o Iglesia Siro-ortodoxa del Oriente, también llamada Iglesia Siria Ortodoxa de la India, con obediencia al Patriarca de Antioquia. De rito antioqueno. Se han llevado a cabo cinco encuentros. La segunda, la Iglesia malankar ortodoxa siria, escisión de la anterior. De rito antioqueno. Se han llevado a cabo varios encuentros, firmándose la “Declaración sobre la común fe en Cristo” en 1990.

C. La Iglesia Apostólica Armenia. Por todo lo visto, se puede afirmar que a lo largo de la historia hay dos grandes momentos en los que las iglesias orientales han roto la comunión con Roma. El primero, en el que hemos centrado el presente trabajo, estuvo motivado por la impugnación de las fórmulas dogmáticas de los Concilios de Nicea (325), Efeso (431) y Calcedonia (451). El segundo, tuvo lugar en el año 1054 por el cisma de Oriente, dando pie al nacimiento de las Iglesias ortodoxas. En siglos posteriores, y mediante diferentes métodos, algunas de las Iglesias separadas volvieron a la unidad⁴¹.

⁴⁰ Su nombre deriva de la palabra griega *aigyptios* (egipcio), transformado en *gipt* y después en *qibt*, de donde derivó la correspondiente voz árabe. Por esto, la palabra copto equivale a egipcio.

⁴¹ Los intentos de volver a unir las iglesias que en el pasado habían roto la comunión con Roma, tanto por la impugnación de las fórmulas dogmáticas de los concilios de Nicea (325), Efeso (431) y Calcedonia (451), como por el cisma de Oriente (1054) fueron llevados a cabo por Pontífices, emperadores, concilios y hombres de Iglesia. Por ello, a lo largo de la historia, se llevaron a cabo tres métodos que guardaban, cada uno de ellos, una estrecha relación con la cultura de su tiempo, respetando las circunstancias de la época. El método conocido como unionismo consistió en el intento de llegar a la unión de las Iglesias a través de acuerdos bilaterales generales fijados en los Concilios (fórmulas de unión). Se focalizan en los siglos XIII y XIV, siendo, sin duda, el intento de reunificación de la Iglesia Oriental con la Occidental más importante el que se llevó en Concilio de Florencia. En segundo lugar, la Santa Sede empleó el método de la latinización, defendiendo que la unión sólo podría alcanzarse mediante la acción misionera de las órdenes religiosas católicas en Oriente, cuya finalidad sería latinizar a los orientales para mantener la unidad de la Iglesia en el que se imponía la tradición latina a las Iglesias orientales. No produjo resultados, ya que implícitamente albergaba la identificación de unidad en la fe con unicidad de disciplina, sin reconocer, por tanto, la variedad y diversidad eclesial. Y por último, el uniatismo, es el método más conocido en la historia reciente, entendido como el resultado de uniones con la Iglesia romana de grupos más o menos numerosos de jerarquía y fieles provenientes de las Iglesias ortodoxas a las que pertenecían originariamente. Los Padres Conciliares que firmaron este Decreto fueron llamados uniatas, traidores, término que se ha atribuido hasta hace poco a estas Iglesias orientales que han vuelto a la comunión con Roma y que en la actualidad no desean que se les dé. Además, las Iglesias ortodoxas utilizan este calificativo de modo despectivo cuando hablan de las Iglesias orientales católicas, considerándolas traidoras de su propio origen común. Sobre los métodos empleados a lo largo de la historia por los que algunas iglesias orientales separadas volvieron a la comunión con Roma, puede verse, entre otros, J. Orlandis, *Oriente y Occidente cristianos. Novcientos cincuenta años de Cisma*, “Anuario de Historia de la Iglesia” 2004, vol. XII, p. 254; *Decreto de Unión entre la Iglesia Griega y la Iglesia Latina emanado en el Concilio de Florencia, 6 de julio de 1439*, [online] <<http://asv.vatican.va>>; Dz 695–702; Dz 703–715; J. Arranz Cuesta, *Antecedentes y preparación del diálogo teológico internacional entre la Iglesia católica y la Iglesia ortodoxa bizantina*. “Diálogo Ecueménico” 1999, vol. XXXIV, p. 207; G. Glinka, *Para una lectura ecuménica de la historia de las Iglesias Orientales separadas después del Concilio*

Por ello, en la actualidad, existen 23 iglesias católicas en comunión con Roma⁴² la Iglesia latina, regida jurídicamente por el Código de Derecho Canónico⁴³ y 22 iglesias orientales que conservan sus tradiciones y tienen también su propio estatuto jurídico, el Código de Cánones de las Iglesias Orientales⁴⁴. Todas ellas son una muestra admirable de la unidad de la Iglesia pese a su diversidad.

Summary

The history of the oriental churches since the Edict of Milan to the end of the Roman Empire

Key words: Eastern churches, Edict of Milan, freedom of the church, rupture of the unit.

The Edict of Milan in the year 313 establishes full respect to all religious options for all subjects of the Empire, Christians included. Thus ends a long process of prosecution, leading to a period of religious freedom with obvious high and low moments. When the Church receives freedom it achieves a privileged juridical status and starts to develop its internal structure, consequence of the emperor Constantine's –and its successor's– religious policies. The first churches located in the eastern part of the Roman Empire used the term Eastern and they grew integrated in the ancient Alexandrine, Antioch and Constantinopolitan or Byzantine Traditions.

The shadows of the church where represented by the break down of the initial unity. In the Church's history there has not been a time where heresy and doctrinal controversies have proliferate more than in the IV and V centuries. To fight them back, the particulars councils where held, followed by the ecumenical councils for the graver cases. On this principle we find the councils Nicaea (325), Ephesus (431) and Calcedonia (451) against arrianism, nestorianism and monophysitism respectively. Eastern Churches which did not accepted the dogmatic rules of these councils where separated

ecuménico de Florencia (año 1439), "Teología" 1999, no. 74, p. 117–126; A. M. Amman, *Storia della chiesa Russa*, Turín 1948; G. Codevilla, *Lo zar e il Patriarca. I rapporti tra trono e altare in Rusia dalle origini ai giorni nostri*, Milán 2008; A. Palmieri, *La unión de Brest*, [en:] *Enciclopedia Católica*, [online] <<http://ec.aciprensa.com>>; J. C. Roberti, *Les uniates*, París 1992, p. 75–76; AAS 1988, no. 80, p. 935–956 y 988–997; AAS 1946, no. 38, p. 33–63; H. Jedin, *La Iglesia entre la adaptación y la resistencia*, [en:] *Manual de Historia de la Iglesia*, vol. VIII, Barcelona 1978, p. 476; V. Pieri, *Chiesa romana e "rito greco"*. G.A. Santoro e la *Congregazione dei Greci (1566–1596)*, Brescia 1975; C. Nikas, *I primi tentativi di latinizzazione dei Greci di Napoli e le prime "carte assolutorie" orientali in Occidente*, Napoli 1998.

⁴² En la actualidad, la Iglesia Católica está compuesta por 23 Iglesias sui iuris: a) Iglesia latina: una única iglesia sui iuris. b) Iglesias orientales: 22: Iglesias sui iuris: Patriarcales: Copta, Melquita, Siria, Maronita, Caldea, Armenia. Iglesias Arzobispales Mayores: Siromalabar, Siromalankar, Rumana y Ucraniana. Iglesias Metropolitanas sui iuris: Rutena, Etiope y Eslovaca. Demás Iglesias sui iuris: Búlgara, Griega, Macedonia, Italo-Albanesa, Croata, Húngara, Albanesa, Bielorrusa y Rusa.

⁴³ Promulgado en 1983 mediante la Constitución *Sacrae disciplinae leges*, AAS 1983, no. 75, parte II, XII.

⁴⁴ Promulgado en 1990 mediante la Constitución Apostólica *Sacri canones*, AAS 1990, no. 82, p. 1033–1044.

from the Church, breaking the unity with Rome. It was the start of a long historical process in which other eastern churches separated and merged to reach the current state of 22 eastern churches.

Streszczenie

Kościół rzymskiego Wschodu od Edyktu Mediolańskiego do końca Imperium Romanum

Słowa kluczowe: Kościół Wschodnie, edykt mediolański, wolność Kościoła, rozłam religijny.

Edykt mediolański z 313 r. zakładał pełną tolerancję religijną dla wszystkich poddanych cesarza, włączając w to chrześcijan. Przyniosło to kres długotrwałym prześladowaniom religijnym i zapoczątkowało okres wolności religijnej, w której widoczne są wyraźne wzloty i upadki. Kościół chrześcijański od momentu uzyskania swobody dążył do osiągnięcia uprzywilejowanego statusu prawnego i rozwijał wewnętrzną strukturę, co jest konsekwencją polityki Konstantyna i jego następców. Pierwsze kościoły zlokalizowane we wschodniej części cesarstwa określały się jako Kościół Wschodni i reprezentowały tradycje wyrosłe w środowisku starożytnej Aleksandrii, Antiochii i Bizancjum (a potem Konstantynopola).

Ciemne karty historii Kościoła odnoszą się do rozłamu pierwotnej jedności. Nie było w jego dziejach okresu, w którym herezje i doktrynalne kontrowersje mnożyłyby się bardziej niż w IV i V wieku n.e. W celu ich zwalczania zwoływano liczne synody – przykłaowo synod w Nicei (325 r.), Efezie (431 r.) i Chalcedonie (451 r.) – obradujące odpowiednio w sprawach związanych z herezją ariańską, nestoriańską i monofizytyzmem. Nie wszystkie wspólnoty chrześcijańskie uznały wyniki tych obrad, zostały zatem wykluczone z Kościoła, co zapoczątkowało proces rozłamu. Rozpoczął się długotrwały historyczny proces, w trakcie którego łączyły się ze sobą lub wyodrębniały wciąż inne odłamy, co doprowadziło do obecnej sytuacji, w której istnieje 22 różnych Kościołów Wschodnich.

Amparo Montañana Casaní
Universitat Jaume I
Castelló de la Plana (Hiszpania)

***L'actio quanti minoris* e la sua funzione nel nuovo regime dell'inadempimento contrattuale alla luce della sentenza della corte suprema del 4 marzo del 2013**

Introduzione

Sull'esempio dei giuristi romani, comincerò questo lavoro da un caso concreto e recentissimo su cui si è pronunciata la Corte suprema, il 4 marzo del 2013.

Ecco il presupposto di fatto:

Primo. L'azienda "Madrigal Lotes y Regalos S.L.", in occasione della campagna natalizia del 2007, aveva ordinato all'azienda "Supermercados de Alimentación de Madrid" la fornitura di lotti e ceste natalizie.

Secondo. Da quanto accreditato in processo, risulta che i lotti consegnati contenevano prodotti di qualità inferiore a quella pattuita e alcuni di essi erano in cattivo stato; in alcuni casi, inoltre, furono consegnati in ritardo. Le circostanze originarono numerosi reclami da parte dei clienti di "Madrigal Lotes y Regalos S. L" e causarono un calo del 64% nella fatturazione dell'anno successivo.

Terzo. L'azienda "Madrigal Lotes y Regalos S.L." non pagò parte del prezzo stipulato.

Quarto. Di conseguenza, "Supermercados de Alimentación de Madrid S.L." reclamò in primo grado il pagamento del totale del prezzo stipulato (323.766 euro).

Quinto. "Madrigal Lotes y Regalos S.L." faceva riferimento all'*exceptio non adimpleti contractus* dell'articolo 1124 del Código Civil, allegando che "Supermercados de Alimentación de Madrid S.L." era incorsa in inadempimento contrattuale e secondariamente in inadempimento inesatto; il prezzo pattuito doveva essere pertanto ridotto proporzionalmente ai danni e pregiudizi occasionati.

Sesto. In primo grado la querela fu parzialmente accolta e il querelato (Madrigal Lotes y Regalos S. L) condannato a pagare (305. 955,64 euro).

Settimo. “Madrigal Lotes y Regalos S.L.” presentò ricorso, in appello, presso l’Udienza Provinciale di Santander.

Ottavo. L’Udienza Provinciale accoglie parzialmente il ricorso e revoca in parte la sentenza di primo grado, riducendo a 298.600,01 euro l’importo da pagarsi da “Madrigal Lotes y Regalos S.L.” e allegando, come aveva fatto anche il Tribunale di primo grado, che non si era verificato un inadempimento essenziale, tale da giustificare che il querelato venisse meno alla sua principale obbligazione, ossia il pagamento del prezzo pattuito; si trattava, invece, di un caso d’inadempimento difettoso per cui è prevista una riduzione del prezzo pattuito, in proporzione ai danni e pregiudizi occasionati.

Nono. “Madrigal Lotes y Regalos S.L.” presenta ricorso in cassazione presso la Corte Suprema allegando l’infrazione dell’articolo 1124 del Código Civil e la sua interpretazione in giurisprudenza, in concreto rispetto all’eccezione *non adimpleti contractus*, per confutare la Sentenza precedente che aveva considerato il caso d’inadempimento come non essenziale o grave, dunque non tale da giustificare il mancato pagamento del prezzo convenuto.

Si argomenta che quella contrattata era una fornitura speciale, si trattava di tipici regali natalizi, che raggiungono lo scopo solo se consegnati con qualche giorno di anticipo sulle feste e solo se soddisfano completamente la persona ossequiata.

Nel caso specifico lo scontento del cliente è stato completo, tanto che l’anno successivo il fatturato è diminuito di un 60%. Quanto detto dimostra che il fine del contratto non è stato raggiunto e che si è verificato un inadempimento totale e assoluto del contratto.

Decimo. La Corte Suprema respinge il ricorso e passa in rassegna la giurisprudenza riguardo all’*exceptio non adimpleti contractus*. Nella sentenza sono raccolte le seguenti considerazioni:

1. È spiegato cosa debba intendersi per adempimento di un’obbligazione.

2. Si rileva che la funzione dell’*exceptio non adimpleti contractus*, nell’ambito delle obbligazioni sinallagmatiche, appare consolidata come il diritto a venir meno all’adempimento di un’obbligazione qualora non sia stata fornita l’esatta prestazione pattuita, allo scopo di paralizzare o rimandare l’adempimento dell’obbligazione pretesa. Si tratta in altre parole di uno strumento difensivo che prevede la sospensione temporanea del pagamento fino a che l’altra parte non adempia esattamente le obbligazioni. Con l’*exceptio non adimpleti contractus*, dunque, non si persegue la risoluzione del contratto.

3. Nel valutare l’inadempimento contrattuale occorre circoscrivere l’ambito di applicazione dell’*exceptio* al caso in cui l’inadempimento ha provocato un’infrazione basica ed essenziale rispetto alla prestazione esatta; questa, però, continua a interessare al creditore se portata a termine in modo soddisfacente.

Nel caso della risoluzione del contratto, invece, l’inadempimento deve generare il venir meno degli elementi basici rispetto a una possibile soddisfazione delle obbligazioni, verificandosi quindi la tipologia dell’inadempimento essenziale.

4. Nel caso in questione si ricorre all'*exceptio non adimpleti contractus* a prestazione già fornita (i lotti e le ceste erano già stati consegnati) per giustificare il mancato pagamento del prezzo pattuito. Non siamo davanti al presupposto di fatto previsto dall'*exceptio* che, come si è detto, suppone che la prestazione non sia ancora giunta all'esatto compimento e che un adempimento soddisfacente sia ancora possibile.

5. In questo caso, poiché la prestazione è già stata eseguita, si può pretendere la risoluzione del contratto, nell'eventualità di un inadempimento essenziale, o la riduzione del prezzo stipulato, se non ancora liquidato, nel caso di un inadempimento inesatto e non essenziale.

La sentenza respinge il ricorso della cassazione poiché la risoluzione impugnata non aveva infranto l'art. 1124 del Código Civil, né la giurisprudenza interpretativa di esso.

È interessante notare che la sentenza citata applica i principi del Diritto anglosassone in materia d'inadempimento contrattuale, diversamente dai principi propri del nostro Código Civil di tradizione romanistica, comune ai codici continentali. Ossia:

1. Inefficacia contrattuale

1.1. Nullità per violazione di una norma generale

1.2. Annullabilità per vizi del consenso

2. Inadempimento contrattuale, le cui conseguenze possono essere a scelta della parte adempiente:

2.1. Esigere l'adempimento coattivo

2.2. Sciogliere il contratto

In entrambi i casi è possibile la richiesta di risarcimento di danni e pregiudizi.

3. Riparazione o garanzia reale per evizione o vizi occulti

3.1. Risoluzione o desistenza dal contratto

3.2. Riduzione del prezzo

Si rimane nell'ambito dell'inadempimento ed è escluso il risarcimento di danni e pregiudizi salvo incorrere in mala fede.

È importante rilevare come in questo sistema, in tutti i casi, anche davanti a un difetto minore, si conceda al compratore la facoltà di risolvere il contratto.

I principi del diritto anglosassone girano intorno a due concetti, ossia:

1. Inadempimento essenziale: risoluzione del contratto

2. Inadempimento non essenziale: pretesa di adempimento esatto.

In entrambi i casi si possono reclamare danni e pregiudizi.

Questi furono i principi accolti dalla Convenzione di Vienna del 1980, su Compravendita Internazionale di Mercanzie. La dottrina ha rilevato come parte del successo della Convenzione sia dovuto proprio all'adozione dello schema anglosassone¹. Ma la

¹ F. Vicent Chulia, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 834 ss. Fa notare la filosofia erronea che ispira il regime di compravendita nei nostri codici, che elevano qualsiasi supposto d'inadempimento a causa di risoluzione o rottura contrattuale. Contemporaneamente apprezza che nella Convenzione di Vienna tutte le soluzioni tendano a preservare il contratto, come bene prezioso, e a cercare soluzioni in accordo con la buona fede e gli usi del commercio internazionale.

Convenzione introdusse anche un elemento estraneo a tale sistema, proprio dei codici di tradizione romanistica, come la *actio quanti minoris* delle azioni edilizie.

Tale introduzione non fu esente da polemiche, poiché i giuristi della *common law* non ne riconoscevano l'utilità, e affermavano che s'intendeva mantenere in vita un'istituzione solo per le reminiscenze storiche e non per una sua qualche funzionalità; si potevano, infatti, ottenere gli stessi risultati ricorrendo al risarcimento di danni e pregiudizi.

Per i giuristi continentali, però, non è questo il fine ultimo della *quanti minoris*, che non sostituisce l'azione di risarcimento di danni e pregiudizi; il suo fine non è, infatti, quello di fornire un compenso al compratore per una qualche perdita subita, bensì quello di stabilire un equilibrio fra il prezzo stipulato e il valore ricevuto. Rispetto all'azione di danni e pregiudizi, la *quanti minoris* ha una sua autonomia e utilità specifiche e il ricorso a una di queste istituzioni non esclude l'altra. La *quanti minoris* offre poi una gamma di possibilità diverse per garantire gli interessi del compratore, in accordo con il principio del *favor negotii* che permea tutta la Convenzione².

Alla fine la *quanti minoris* fu inserita ma solo dopo averne modificato il contenuto, allontanandola dalla configurazione romana del presupposto di vizi occulti; il ricorso a essa era circoscritto ai casi d'inadempimento non essenziale, quando il compratore che abbia ricevuto e accettato la merce veda i suoi interessi solo parzialmente soddisfatti e richieda, come compenso, la riduzione del prezzo convenuto.

Questo rimedio suppone il grande vantaggio di evitare il ricorso ai tribunali: le parti in causa possono accordarsi sulla riduzione del prezzo ed il traffico giuridico si snellisce.

– Se il prezzo è già stato pagato e l'ammontare della riduzione inferiore ai danni, si può esigere il loro risarcimento. Se l'ammontare è superiore, si può richiedere una riduzione del prezzo.

Se il prezzo non è stato ancora pagato l'utilità della *quanti minoris* è più evidente, in tal caso è lo stesso compratore a rendere immediatamente effettiva la riduzione del prezzo. Nel caso in cui la riduzione sia inferiore all'ammontare dei danni, si può reclamare il resto in un secondo momento.

Per influsso della Convenzione di Vienna, la Direttiva 44/1999 – su determinati aspetti della vendita e sulle garanzie dei beni di consumo – ha adottato il sistema anglosassone in materia d'inadempimento contrattuale applicandolo al caso specifico di compravendita di beni di consumo e dunque al Diritto dei consumatori.

² È stato proprio insistendo sulla sua diversa natura che i giudici continentali hanno introdotto il rimedio della riduzione del prezzo nel sistema anglosassone adottato dalla Convenzione di Vienna. Riguardo all'*actio quanti minoris* nella Convenzione di Vienna vedi: A. Montañana Casaní, *La "actio quanti minoris" en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, [en:] P. Resina Sola (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Universidad de Almería 2012, p. 393–408, in concreto p. 403.

La Direttiva è così configurata:

1. Si abbandona il dualismo inadempimento contrattuale/vizi occulti, proprio dei codici continentali e derivante da una “incorretta ricezione e interpretazione” dei rimedi edilizi³.

2. La *quanti minoris* è mantenuta come uno dei rimedi previsti nel sistema dell'inadempimento contrattuale⁴.

3. Si abbandona la distinzione fra vizi occulti e vizi apparenti.

4. Il principio di conformità include anche i presupposti di errore, vizio della volontà, dolo e vizi occulti.

5. La *quanti minoris* fa parte di una serie di rimedi che appaiono gerarchicamente organizzati.

6. Il ricorso a essa sarà plausibile:

a) Nel caso in cui non si possano esigere la riparazione o la sostituzione o quando il ricorso a esse sia sproporzionato.

b) Quando il venditore non abbia completato la riparazione in un lasso di tempo ragionevole.

c) Se il venditore non abbia emendato i difetti senza occasionare altri inconvenienti al consumatore.

7. Il compratore potrà ricorrere alla *quanti minoris* come rimedio ultimo, al posto della riparazione o sostituzione, quando la mancata conformità sia di scarsa importanza, in tal caso, infatti, la risoluzione del contratto è esclusa.

In conclusione, possiamo affermare che la *quanti minoris* vede ampliati i propri presupposti di applicazione e che, pur essendo concepita come rimedio subordinato all'impossibilità di ricorrere ad altri strumenti, si trova a un livello superiore rispetto alla scelta di risoluzione del contratto, il cui uso è molto limitato. Se poi teniamo conto dei limiti imposti ai rimedi “principali”, potremo affermare che essa acquista una rilevanza pratica che aveva perso nei codici continentali.

La Direttiva fu trasposta al Diritto spagnolo con la Ley 23/2003 sulle Garanzie nella Vendita di Beni di Consumo⁵.

³ A.M. Morales Moreno, *Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa*, “Anuario de Derecho Civil” 2003, T. LVI, Fasc. IV, p. 1609–1651, in concreto p. 1614–1617, indica che la presenza nel Código Civil di un sistema speciale di responsabilità per riparazione di vizi occulti, contrapposto al sistema generale, non obbedisce all'esigenza di trattare correttamente il problema ma solo alla tecnica legislativa utilizzata al momento della codificazione. Il legislatore trasferisce azioni proprie del contratto di compravendita, create nel regime specifico di questo tipo di contratto, al regime generale di obbligazioni e contratti. Come ho già esposto in A. Montañana Casaní, op. cit., p. 404, non è possibile comprendere la funzione dei rimedi edilizi nel regime dell'inadempimento contrattuale dei codici continentali se non se ne studia l'origine, nell'ambito della compravendita romana, non come rimedi all'inadempimento contrattuale ma quali rimedi specifici creati per la compravendita di schiavi e animali nei mercati; nel processo di ricezione del Diritto Romano in Europa il loro significato originario è stato trasfigurato ed essi hanno finito per essere incorporati al regime dell'inadempimento contrattuale.

⁴ A.M. Morales Moreno, op. cit., p. 1641 suggerisce di incorporare la riduzione del prezzo come rimedio generale nei casi d'inadempimento, in una futura riforma del Código Civil.

⁵ A.M. Morales Moreno, op. cit., p. 1610. L'autore ha evidenziato come la trasposizione della Direttiva ai diversi Diritti europei abbia generato problemi maggiori che in altri casi, poiché lo schema di questa non

Questa legge segue lo schema dell'inadempimento contrattuale della Direttiva – e introduce la *quantum minoris* nella sua nuova concezione – ma lo modifica in vari punti:

1. Rispetto alla gerarchizzazione dei rimedi e all'entrata in gioco della *quantum minoris*, la Ley afferma adesso che “a scelta del consumatore, si ricorrerà alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto quando sia impossibile esigere la riparazione o la sostituzione...”⁶.

coincide con i Diritti continentali. A p. 1623 riporta i problemi provocati dal sistema di trasposizione della Direttiva e del concorso con le norme del Código Civil. Sono del parere che ancora una volta nel nostro Diritto si è scelta la strada meno raccomandabile ed è stata fatta ancora più confusione in materia, perdendo un'ottima occasione di adattare il Diritto alle esigenze del mercato.

⁶ L'articolo 7 regola il ricorso alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto. Ci informa che questi rimedi entrano in gioco, a scelta del consumatore, quando non sia possibile esigere la riparazione o la sostituzione o quando queste non siano state portate a termine in tempi ragionevoli o senza inconvenienti per il consumatore. Il ricorso a questa seconda possibilità è supposto come un'alternativa, laddove nella Direttiva esso era subordinato all'impossibilità di ricorrere a entrambe (riparazione e sostituzione). M.J. Marín López, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación*, “Estados miembros” 2004, T. I, p. 361. cit da N. Fenoy Picón, *El sistema de protección al comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid 2006, p. 159, nt. 101. L'autore interpreta allo stesso modo il precetto, in questo caso nel Text Refundido Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Ver: M.J. Marín López, *Garantía y servicios postventa*, [en:] R. Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 2007)*, Aranzadi, Navarra 2009, p. 1405-1605, in concreto p. 1525. Il precetto è qui interpretato in modo letterale: è sufficiente che il consumatore non possa esigere uno solo dei rimedi primari, o che questi non siano stati completati in un termine ragionevole e senza ulteriori inconvenienti, per far ricorso ai rimedi sussidiari (riduzione del prezzo e risoluzione del contratto).

Una parte della dottrina giuridica si scosta da un'interpretazione strettamente letterale del precetto, poiché ritiene che essa si allontani dallo spirito della legge. Una prima interpretazione è quella proposta da P. Martín Aresti, *Las garantías de los productos de consumo*, Aranzadi, Pamplona 2010, p. 148–149. Riguardo alla possibilità di scelta del consumatore – secondo l'interpretazione che la dottrina fa dell'art. 7 alla luce dell'art. 5.1 – il testo normativo dice chiaramente che, quando una delle due opzioni risulta impossibile o sproporzionata, il consumatore perde il diritto di scelta; quanto detto farebbe pensare che si possa ricorrere all'opzione di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto solo se la riparazione o la sostituzione siano risultate impossibili o sproporzionate. Secondo l'autore tutto ciò si deduce dalle norme che regolano l'applicazione dei rimedi primari nei casi di difetto di conformità: la studiosa ritiene che, contrariamente all'interpretazione letterale del precetto, nel momento di valutare i supposti che rendano plausibile l'accesso ai rimedi secondari, non sia tanto rilevante ciò che il consumatore non abbia potuto esigere (riparazione o sostituzione) quanto ciò che non sia riuscito ad ottenere.

M. Vérguez Sánchez, *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Aranzadi, Pamplona 2004, p. 99-100; por P. Martín Aresti, op. cit., p. 149. Condividendo le conclusioni di Martín Aresti, l'autore aggiunge l'interpretazione del supposto dell'art. 7, dove si concede al consumatore la facoltà di scegliere fra riduzione del prezzo o risoluzione dal contratto *quando la riparazione o la sostituzione non siano state completate in un tempo ragionevole e senza ulteriori inconvenienti per il consumatore*, domandandosi se in entrambi i casi sia sufficiente che ciò si verifichi con una sola delle opzioni scelte dal consumatore o sia invece necessario il fallimento di entrambe. L'autore ritiene che dovrebbe essere permesso al consumatore la facoltà di optare per i rimedi secondari una volta che il rimedio concreto scelto (sostituzione o riparazione) *non sia stato completato in un periodo ragionevole e senza ulteriori inconvenienti per il consumatore*.

Un'interpretazione diversa è plausibile alla luce dell'art. 6 paragrafi e ed f. J. Avilés García, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Comares, Granada 2006, p. 373 ss., ritiene che, interpretando l'art. 7 per analogia con i supposti citati, sia sufficiente che il primo rimedio scelto dal consumatore non si completi in un tempo ragionevole e senza ulteriori inconvenienti, per scegliere indistintamente la seconda opzione scartata (riparazione o sostituzione) o la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, ricordando però che quest'ultima opzione non sarà ammessa qualora il difetto di conformità sia di scarsa importanza.

Dunque non è necessario che il consumatore abbia esaurito le altre due possibilità; egli potrà ricorrere alla riduzione del prezzo anche se in un primo momento aveva preferito la riparazione o la sostituzione senza che l'inadempimento fosse emendato. In tal caso spetta al consumatore scegliere fra l'opzione scartata o la riduzione del prezzo o ancora la risoluzione del contratto; ma l'ultima possibilità rimane limitata ai soli casi in cui il difetto di conformità sia di grande importanza.

Nella Ley 23/2003 la riduzione del prezzo svolge un ruolo di maggior rilevanza che nella Direttiva ed è il rimedio più fattibile nel caso di compravendita di beni non fungibili di seconda mano, quando la sostituzione è legalmente esclusa e la riparazione può risultare eccessivamente costosa.

2. La Ley stabilisce i criteri per la riduzione del prezzo: essa "sarà proporzionale alla differenza fra il valore che il bene avrebbe avuto al momento della consegna se fosse stato conforme al contratto e il valore effettivo del bene al momento della consegna".

Nello specificare chiaramente il criterio della riduzione, questa legge segue la linea della Convenzione di Vienna⁷ e si allontana dalla vaghezza della Direttiva, che parla solo di una "riduzione adeguata del prezzo".

La Ley 23/2003 segue la Convenzione anche nell'identificare l'atto di ricezione del bene come il momento di calcolarne il valore.

Con tale modifica si persegue una maggiore oggettività; se ci si attiene alle regole del mercato, infatti, è proprio al momento della consegna che l'opzione della riduzione del prezzo acquista maggior senso. Si cerca evidentemente di beneficiare e favorire il

M. Castilla Barea, *El nuevo régimen legal del saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Madrid 2005, p. 252; cit. per N. Fenoy Picón, op. cit., p. 166, ritiene che siano tre i casi in cui si concede al consumatore il ricorso diretto alle opzioni di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto: 1° quando sin dal principio la riparazione o sostituzioni risultino inviabili. 2° quando il venditore rifiuti la validità della riparazione o sostituzione ritenendole entrambe sproporzionate 3° quando un rimedio sia impossibile e l'altro sproporzionato; in qualsiasi altra eventualità, sarà necessario aver precedentemente utilizzato uno dei rimedi previsti dall'art. 5.1 (riparazione o sostituzione) e se questo sia risultato insoddisfacente per il consumatore, solo allora sarà possibile ricorrere ad uno dei rimedi sussidiari.

A mio parere questa è l'interpretazione che risponde allo spirito della Legge che, in accordo con le sue fonti d'ispirazione, vedi la Convenzione di Vienna, deve essere letta alla luce del principio del *favor negotii*; devono essere dunque offerte al consumatore delle opzioni che evitino la risoluzione del contratto, nel caso specifico mettendo queste opzioni ad uno stesso livello e senza stabilire dei criteri gerarchici di mero e stretto adempimento. Riguardo a quest'interpretazione influenzata dal principio del *favor negotii*, occorre precisare che la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto non sono equivalenti, in quanto a possibili scelte del consumatore; la legge aggiunge, infatti, che la risoluzione non sarà ammessa nei casi di difetto di conformità di scarsa importanza. Deduciamo che la risoluzione avverrà solo nei casi di difetto di conformità equivalenti all' "inadempimento essenziale" del sistema anglosassone adottato dalla Convenzione di Vienna. Il rimedio della risoluzione risulterebbe così relegato a casi eccezionali, nei quali il difetto di conformità non possa essere risolto con il ricorso ad uno qualsiasi degli altri rimedi.

⁷ Art. 50 della Convenzione di Vienna: "Se le merci non fossero conformi al contratto, sia che il pagamento del prezzo sia stato effettuato sia che non, il compratore avrà facoltà di ridurre il prezzo proporzionalmente alla differenza esistente fra il valore delle merci realmente consegnate al momento della consegna ed il valore che esse avrebbero dovuto avere, se conformi al contratto. Ciononostante, il compratore non potrà ridurre il prezzo se il venditore avrà emendato qualsiasi inadempimento delle sue obbligazioni, in conformità agli articoli 37 e 48, o se il compratore rifiuta l'adempimento del venditore in conformità ai suddetti articoli".

consumatore che al momento della consegna potrà quantificare l'interesse per un oggetto difettoso⁸.

3. La riduzione del prezzo non ha carattere indennizzante⁹ e sarà pertanto compatibile con le azioni di risarcimento di danni e pregiudizi corrispondenti¹⁰.

Alla luce di questa legge, la dottrina ha criticato che non sia stata colta l'occasione di obbligare a trasporre la Direttiva 44/1999 al Diritto interno, per modificare il sistema dell'inadempimento contrattuale del Código Civil¹¹.

Ritornando alla sentenza analizzata, vedremo che la Corte Suprema segue lo schema anglosassone nella distinzione fra inadempimento essenziale e non essenziale e su di esso basa il verdetto. Ci interessa a questo punto osservare il ruolo accordato dalla Corte Suprema alla *quanti minoris* all'interno di tale schema.

Primo. Tenendo conto della configurazione del rimedio, ne è completamente snaturato il senso originario perché esso non risulta circoscritto a vizi o difetti occulti.

Secondo. La riduzione del prezzo entra in gioco nel caso di un inadempimento non essenziale, che non prevede pertanto la risoluzione del contratto.

Terzo. Nel quantificare la riduzione del prezzo, il rimedio è direttamente relazionato con i danni e pregiudizi sofferti. Ci si allontana così dalla Convenzione di Vienna,

⁸ A.F. Carrasco Perera ed altri, *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de los bienes de consumo*, "Estudios sobre Derecho de consumo" 2000, n° 52, Dialnet, Universidad de La Rioja, p. 125-146, in concreto p. 129.

⁹ La sua diversa natura è stata l'argomento usato dai giuristi continentali per introdurre il rimedio della riduzione del prezzo nel sistema anglosassone utilizzato dalla Convenzione di Vienna.

¹⁰ N. Fenoy Picón, op. cit., p. 31, passa in rassegna il sistema di responsabilità per danni cui il compratore potrebbe ricorrere: articolo 1101 del Código Civil, art. 25 e ss. della Legge Generale in Difesa di Consumatori ed Utenti, Ley 22/1994, del 6 luglio, di Responsabilità Civile per Danni Causati da Prodotti Difettosi. A.M. Morales Moreno, op. cit., p. 1624, limita il ricorso alla Ley 22/1994 di Responsabilità per Prodotti Difettosi ai soli casi in cui il venditore sia il fabbricante o l'importatore. Inoltre l'autore fa notare che questa legge prevede l'indennizzo nei casi di danni ad altri beni e non per l'inadempimento contrattuale. Questo autore interpreta la disposizione mettendo in relazione l'incompatibilità di utilizzo, secondo la legge, dei rimedi di emendamento del Código Civil con i rimedi della Ley in questione, e contemporaneamente la compatibilità del ricorso ai rimedi della Ley con il diritto ad un indennizzo per danni e pregiudizi; ne deduce che entrambi i rimedi sarebbero compatibili con il diritto al risarcimento di danni e pregiudizi risultante dal regime dell'inadempimento contrattuale del Código Civil e non con l'indennizzo di danni e pregiudizi derivanti dalla riparazione. Anche A.M. Morales Moreno ritiene che questa remissione della Ley rispetto alla Legislazione civile e mercantile (poiché la Ley non regola la pretesa d'indennizzo) crea un disaccordo nei termini di prescrizione delle azioni – tre anni dalla consegna del bene, secondo la Ley 23/2003; quindici anni per il Código Civil – che crea a giudizio dell'autore un divario eccessivo oltre che ingiustificato.

¹¹ J. Avilés García, op. cit., p. XIX. Nel prologo Cadarso Palau, critica il legislatore per non aver saputo cogliere l'occasione della trasposizione della Direttiva 44/1999 per effettuare una revisione completa ed esaustiva del regime codificato della compravendita civile e mercantile. L'autore Avilés García, p. 161 ss., insiste su questa necessità e cita un gran numero di autori che si pronunciano nello stesso senso. Ancor prima della trasposizione, alcuni autori avevano avanzato proposte di adattamento del nostro sistema di responsabilità al mandato della Direttiva, auspicando una riforma integrale di esso. Nessuno di questi autori venne preso in considerazione. A questo proposito vedere: F. Pantaleón Prieto, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, "Anuario de Derecho Civil" 1993, T. XLVI, Fasc. IV, p. 1719-1745; A.M. Morales Moreno, op. cit., passim; N. Fenoy Picón, op. cit., p. 220-244 raccoglie le proposte di modifica avanzate ne "La propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa. (Propuesta de Anteproyecto) de la Comisión General de Codificación" pubblicata nel Boletín informativo del Ministerio della Giustizia del primo maggio 2005.

dalla Direttiva 44/1999 e dalla Ley 23/2003 confondendo il valore intrinseco della *quanti minoris* con una possibile azione di risarcimento di danni e pregiudizi.

Così come afferma la Convenzione di Vienna e, in seguito, la legge analizzata, il criterio di stima della riduzione del prezzo deve aggiustarsi al valore oggettivamente ricevuto. La *quanti minoris* è utile a stabilire un equilibrio fra il prezzo pattuito e il valore ricevuto; la sua funzione non è quella di compensare il compratore per ulteriori possibili perdite, che eventualmente saranno risarcite con l'indennizzo di danni e pregiudizi.

Abbiamo visto il ruolo dell'istituzione nelle compravendite mercantili, nelle compravendite di beni di consumo e quindi nel quadro della difesa del consumatore, ed il ricorso ad essa nella sentenza della Corte Suprema, ossia in un caso di compravendita di tipo mercantile; vorrei adesso concludere mettendo in evidenza il valore complementare dell'istituzione, come via extra giudiziaria al problema dell'inadempimento contrattuale¹².

Nel quadro dell'inadempimento contrattuale, l'opzione di riduzione del prezzo come soluzione extragiudiziaria ai casi d'inadempimento non essenziale può offrire vantaggi enormi. In tal senso era stata interpretata dalla Convenzione di Vienna che, come si è visto, evitava in alcuni casi il risarcimento di danni e pregiudizi qualora risultassero compensati da un'adeguata riduzione del prezzo. Gli edili curuleri l'avevano concepita proprio come strumento di negoziato e credo che proprio quest'aspetto debba essere ulteriormente potenziato¹³. Mi spingerei anzi ad affermare che dovrebbe essere questa la prima opzione presentata alle parti con il fine di risolvere problemi d'inadempimento, giacché nei casi di accordo si eviterebbe la risoluzione del problema per via giudiziaria¹⁴.

¹² In questo senso si pronuncia M.J. Marín López, *Garantía y servicios postventa*, p. 1534. Sulla necessità di una legge giurisdizione volontaria ed i vantaggi di sottrarre alcune questioni al regime giudiziario vedi A. Fernandez de Buján, *Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios*, "El notario del Siglo XXI" mayo – junio 2013, n° 49.

¹³ S. Navas Navarro, *El incumplimiento no esencial de la obligación, Análisis del incumplimiento no esencial de la obligaciones contractuales de dar*, Madrid, 2004, p. 112; cit. da N. Fenoy Picón, op. cit., p. 55 che valorizza la Ley General de Venta de Bienes de Consumo proprio per il fatto che tutti i rimedi da essa contemplati sono di ambito extra-giudiziario.

¹⁴ In questa sede direi di fare ancora un passo in avanti per giungere a concepire l'opzione della riduzione del prezzo come rimedio cui il consumatore possa ricorrere fin dal principio, proprio come accade nella Convenzione di Vienna. Autori come M.J. Marín López, *Garantía y servicios postventa*, p. 1524, premettendo che il consumatore acquista beni standardizzati e dunque generici e che gli interesserà più la sostituzione che la riduzione del prezzo, pur essendo d'altra parte la sostituzione il rimedio più fattibile, afferma comunque di non comprendere perché non sia offerta al consumatore fin dall'inizio la possibilità di chiedere una riduzione del prezzo. Se questa dovesse interessargli perché mai impedirglielo? Lo stesso autore chiarisce che in questo caso il legislatore spagnolo, seguendo la Direttiva, aveva scelto di proteggere gli interessi dei venditori e dei fabbricanti per i quali la riduzione del prezzo significherebbe un costo aggiunto, nel senso di una revisione continua dei contratti ed una perdita di ingressi. Per i fabbricanti ed i venditori è molto più facile riparare o sostituire un bene, lo prova il fatto che questa opzione è quella offerta dalle garanzie commerciali. P. Martín Aresti, op. cit., p. 82, deduce che attraverso la gerarchizzazione dei rimedi il legislatore ha inteso cercare un equilibrio fra gli interessi del consumatore e quelli dell'impresario. Si è voluto evitare la scelta massiva della risoluzione del contratto, che sicuramente non porterebbe beneficio agli interessi di venditori e fabbricanti ne' a quelli dei mercati, e favorire invece in ugual misura l'opzione di riparazione e quella di sostituzione. Si è inteso incentivare così il mercato dei servizi di riparazione e dei pezzi di ricambio e mantenere allo stesso tempo un equilibrio fra il mercato dei prodotti nuovi e quelli di secondamano.

Si è rilevato come normalmente nella compravendita di beni mobili il pagamento sia posteriore alla consegna e in alcuni casi anche differito. In questi casi, davanti ad un inadempimento non essenziale, sarebbe sufficiente che il compratore, se interessato nella cosa, rinegozi sul prezzo; quest'opzione è meno costosa in termini di tempo che la pretesa di una riparazione o sostituzione del bene e sicuramente molto più conveniente che la risoluzione del contratto. Il traffico giudiziario sarebbe così snellito.

Conclusioni

La Sentenza della Corte Suprema del 4 marzo 2013 avvala l'estensione dei principi del Diritto anglosassone, in materia d'inadempimento contrattuale, oltre l'ambito della vendita di beni di consumo (Ley 23/2003).

1. Nel quadro di questi principi del Common law, alla stregua della Convenzione di Vienna del 1980 sulla Compravendita Internazionale di Mercanzie, la Direttiva 44/1999 su Determinati Aspetti della Vendita e Garanzie dei Beni di Consumo, è conveniente introdurre la *actio quanti minoris* o azione di riduzione del prezzo propria dei sistemi continentali, adattando però la sua configurazione ai casi d'inadempimento contrattuale e separandola dall'attuale configurazione nei codici quale rimedio alla riparazione per vizi occulti.

2. La nuova *actio quanti minoris* è ampliata nei contenuti e ricondotta, quale possibile soluzione, ai supposti d'inadempimento non essenziale.

3. La nuova *actio quanti minoris* deve poter essere proposta come rimedio extragiudiziario all'inadempimento contrattuale.

4. La nuova *actio quanti minoris* recupera i suoi valori originari come sistema di responsabilità oggettiva, tornando indietro alle sue origini romane.

Summary

The “l' action minoris quanti minoris” and its functioning in the new regime of breach of contract in the light of the judgment of the Supreme Court issued on 4 march 2013

Key words: sale of goods, non-fundamental breach of contract, *actio quanti minoris*.

The ruling deals with the delivery of defective goods in a contract of sale and applies the principles established in the Vienna Convention on International Sale of Goods. The application of said principles gives a new content to the traditional *actio quanti minoris*, and thus opens the possibility to use such *actio* to solve problems related to the sale of goods in an extrajudicial solution.

Streszczenie

“Actio quanti minoris” i jej funkcja w nowym reżimie prawnym dotyczącym niewypełnienia kontraktu w świetle wyroku Sądu Najwyższego z 4 marca 2013 roku

Słowa kluczowe: sprzedaż towarów, niekompletne wykonanie umowy, *actio quanti minoris*.

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 4 marca 2013 r. dotyczy dostarczenia wadliwego towaru w związku z zawartą umową sprzedaży i przywołuje zasady ustanowione przez wiedeńską Konwencję Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Zastosowanie tych zasad nadaje nowe znaczenie tradycyjnej *actio quanti minoris* i tym samym stwarza możliwość zastosowania takiej *actio* w celu rozwiązywania problemów związanych ze sprzedażą towarów w drodze pozasądowej.

Carmen Lázaro Guillamón

Universitat Jaume I, Castelló de la Plana (Hiszpania)

La transactio romana y el actual acuerdo de mediación

Como ocurre en la actualidad, en el Derecho romano y en caso de conflicto, cabe la posibilidad de excluir la vía judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes: nos estamos refiriendo a la *transactio*, mecanismo que en la fase *in iure* permitía interrumpir el proceso antes de la *litis contestatio*. Muy probablemente, la iniciativa transaccional correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo: D. 12.1.21. *cum ad officium eius pertineat lites deminuere* dónde quizá puede verse la construcción de un compromiso para el Magistrado en la fase *in iure*: inducir a las partes a pacificarse.

Desde la Ley de las XII Tablas Tav. 1.6: *Rem ubi pacunt, orato* el pacto o la transacción se vislumbran como una forma de acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre ofendido y ofensor al accionar un proceso ante el Pretor renunciado, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando, es decir, la renuncia a las pretensiones mutuas y la construcción del acuerdo era el objetivo que, además, restablecía la paz poniendo fin al conflicto. El interés en erradicar la intervención judicial, hace que la transacción se llegue a configurar jurídicamente como un pacto por el que el actor pueda renunciar a emplear o seguir empleando la acción a cambio de alguna entrega real o promesa del demandado.

El acuerdo privado se sustancia en todo caso en la libre contratación de las partes. Esta idea es la que integra la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos se constituye como instrumento complementario de la Administración de Justicia y que representa, tal y como se recoge en la esencia del Preamble de la mencionada ley “la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal”, “la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto de conflicto” y “la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”.

¿Podemos ampliar la idea de “desjudicialización” a la *transactio* romana? ¿La idea de “deslegalización” es conforme a los principios del sistema jurídico romano?, y por último, la “desjuridificación” merced al reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo si se eleva a escritura pública: ¿no es esa “formalidad” la *transactio* del período postclásico?

La mayor parte de trabajos que se dedican a la conceptualización y origen de la mediación en Derecho romano¹ quizá no han encontrado el camino más acertado: esencialmente fundamentan sus orígenes en D. 50.14 (*De proxenetis*) dedicado al contrato de corretaje, en concreto, la sitúan en el ámbito de actuación del *pater familias* y la conectan con el contrato de mandato calificándola como institución típicamente oriental que se extiende a Roma durante el principado, es entonces cuando la mediación se desliga de la actividad del *pater familias* y del contrato de mandato y se vincula al ámbito mercantil².

No debemos confundir el término y el concepto de mediación como modo de resolución alternativa de conflictos fuera del ámbito estrictamente judicial (en moderna terminología anglosajona: *Alternative Dispute Resolution*) con la mediación en asuntos comerciales, etc. En Roma y en la actualidad existe la posibilidad de que un conflicto pueda llegar a solventarse a través del consenso fuera de la esfera estrictamente judicial; como pone de manifiesto Tamayo Haya³, en la Roma más antigua el *pater gentis* podía llegar a solucionar cualquier tipo de controversia que suscitada entre los miembros de la estirpe asistido por el consejo de los diferentes jefes domésticos a través de una composición voluntaria.

El repaso del *iter* histórico de la mediación permite realizar una reflexión sobre el dato innegable de que es una forma de resolución de conflictos consustancial a la historia de la humanidad. La mediación se ha ido adaptando a lo largo de la historia a las distintas culturas en función de sus características sociológicas⁴. Es decir, cabe la

¹ En Grecia, según E.I. Highton, G.S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos* (Buenos Aires 2008, p. 144ss) se encuentra la figura de un agente facilitador que acercaba la diferencia, en concreto, la sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, para ello se encargaba a los Thesmotetas “la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales”. Los Thesmotetas o Tesmotetas de Atenas eran unos magistrados que realizaban labor disuasoria respecto de las intenciones litigiosas de los ciudadanos buscando avenir a las partes del posible proceso; daban fuerza de ley a las conciliaciones que se realizaban por los llamados a comparecer en juicio, en este sentido vid. Cap I, VII: *Archon numerabatur athenis inter thermotetas hoc est legum conditores: qui erant sex: inter hos archon. lege. Archontes fueruntur athenis novem: et ex his sex dicti Thesmotex* en Tito Lucrecio Caro, *In Carum Lucretium poetam Comentarium a Ioanne Baptista Pio editi Codice Lucretiano diligenter emendato* (Parisiis 1514).

² L. García Gerboles, M. Muesmann, *El entronque histórico – jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad*, [en:] J. Rodríguez, A. Muñoz, M. de Prada Rodríguez (dir.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Madrid 2010, p. 23ss.

³ S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica*, “Anuario de Derecho Civil” julio 2004, LVII-3, p. 1105ss.

⁴ S. Fernández Riquelme, *La mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*, “Contribuciones a las Ciencias Sociales” enero 2010, [online] <www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm>.

autocomposición a la hora de dar solución a los conflictos aunque éstos, obviamente, puedan ser resueltos optando por mecanismos heterocompositivos.

En este punto, el Derecho romano es un claro ejemplo en ofrecer a las partes en desacuerdo la posibilidad de obviar la vía estrictamente judicial, nos referimos a la posibilidad de gestionar el consenso a través de la *transactio*. En sentido general, la transacción del Derecho romano arcaico era producto de un pacto cuya finalidad era que las partes evitaran la prosecución de un litigio o que pusieran fin a uno ya comenzado. Se trata de un modo de evitar las luchas entre los grupos gentilicios y las reivindicaciones familiares admitido en las *mores maiorum* como una forma más ventajosa de buscar la paz, dado que se mitiga el empleo de la venganza privada⁵; en particular, consistía en que el ofensor proponía un precio para la composición y el ofendido se comprometía a no desencadenar la venganza privada. Desde la Ley de las XII Tablas (Tab. 1.6: *Rem ubi pacunt, orato*; Tab. 1.7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Com perorando ambo praesentes*) el pacto (o la transacción) se vislumbra como una forma de acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre ofendido y ofensor al accionar un proceso ante el Pretor renunciado, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando, es decir, se producía la renuncia a las pretensiones mutuas de forma que la construcción del acuerdo era el objetivo que, además, restablecía la paz poniendo fin al conflicto⁶. Esto significaba la aprobación de un convenio realizado por los litigantes antes de dirigirse al tribunal que, precisamente, tendía a evitar dicho rumbo. Sin embargo, como pacto, la eficacia sólo llegaba a producirse a través de *exceptio*.

Para el *pactum* (transacción) se exigía una controversia iniciada y no zanjada definitivamente ante la autoridad competente y a la que las partes deseaban poner fin mediante el acuerdo de recíprocas concesiones. Como resume Panero, el presupuesto es una relación jurídica incierta o litigiosa que quiere sustituirse por las partes por otra cierta e incontestable a través de recíprocas concesiones⁷.

En definitiva, hay que pensar en la plausibilidad de un litigio propiciado por una *res dubia* o la verificación de una eventual *res litigiosa* que se da en el contexto de una actividad jurisdiccional: la del magistrado. En el Derecho romano y, en caso de conflicto, cabe la posibilidad de excluir la vía judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes a través de la *transactio*, mecanismo que en la fase *in iure* permitía poner fin al proceso antes de la *litis contestatio* es decir, antes de la preclusión. Muy probablemente, la iniciativa transaccional

⁵ Como afirma S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción: principales líneas...*, p. 1107, el ofendido renunciaba a la reintegración a mano armada de su derecho dada la oferta de composición pecuniaria o satisfacción dirigida a reparar la ofensa por parte de su ofensor. Este pacto propiciaba la extinción de la acción penal que hubiera correspondido al ilícito cometido – téngase en cuenta el propio dictado de las XII Tablas: Tab. VIII, 2: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*.

⁶ Puede tenerse en cuenta en relación con el *pactum*, por ejemplo, D. 2.14.17.1 (Paulus 3 ad ed): *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti*.

⁷ R. Panero, *Derecho romano*, Valencia 2008, p. 658.

correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo. En esta asignación pretoria puede verse la disposición de una tarea para el magistrado en la fase *in iure*: “debe” inducir a las partes a pacificarse⁸. Vayamos al texto que, particularmente, refiere esta misión. D. 12.1.21 (Iulianus 48 dig.): *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.*

En el texto, ubicado en el título I del Libro XII (*de rebus creditis, si certum petetur et de conditione*) pasa desapercibido el giro *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*, sin embargo, es de suma importancia. Juliano recoge la opinión generalizada de que el acuerdo al que lleguen las partes que se encuentran en determinado conflicto ha de ser fruto de su voluntad y producto del ejercicio de la autonomía privada y la libertad. La solución fuera del estricto ámbito judicial no puede venir impuesta y no corresponde al Pretor proponerla, sin embargo, el magistrado sí que puede “gestionar” el conflicto si “compele” al actor a recibir lo que se le ofrezca y facilitar la gestión preocupándose, por ejemplo, de que el ofrecimiento sea equilibrado. Si el Pretor actúa de esa forma conseguirá disminuir los pleitos (actividad que el texto atribuye directamente a su *officium*) y esto, en cualquier caso, es obrar con más humanidad: *causa humanius causa humanius facturus*. En sentido similar se puede interpretar D. 39.1.1.10 (Ulpianus 52 ad ed.): *Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere;* texto ubicado en el título I del libro XXXIX (*de operis novi nuntiatione*) donde Ulpiano recoge la opinión de Celso en el caso de acuerdo en la realización de una obra tras haberse intentado previamente la *operis novi nuntiatio*, en particular y, por lo que interesa en relación con la actividad pretoria, se atribuye al magistrado la facultad de dirimir la eventual controversia dado que es facultad de las partes apartarse voluntariamente de aquella bajo la directriz del Pretor en la construcción del acuerdo.

A esta atribución pretoria puede añadirse el dictado de D. 2.4.22.1 (Gaius 1 ad l. XII Tab.): *Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venit, de re transactum fuerit.* En el pasaje, perteneciente al título IV del Libro II dedicado a la citación a juicio, Gayo, al comentar precisamente la Ley de las XII Tablas, afirma tajantemente que el pleito puede obviarse si *dum in ius venit*, se transige sobre la cuestión litigiosa.

Como se observa, hemos estado haciendo referencia a la posibilidad de solucionar un conflicto fuera del ámbito judicial (no estrictamente extrajudicial, dado que la

⁸ A. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, Madrid 2011, p. 112.

intervención del Pretor es esencial) merced a la autocomposición y desde la dirección de la gestión del conflicto por parte de un guía que tiene la facultad (y quizá la obligación) de ayudar a dirimir ese conflicto sin proponer la solución: ¿Esto no suena a mediación? Sí, pero realizada con el control y la guía de un órgano jurisdiccional: el Pretor.

No vamos a caer en la trampa del denominado “presentismo” advertida por Grossi⁹, es decir, proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma impropia, pero debemos reconocer que la actividad del Pretor como coadyuvante y facilitador de la construcción del acuerdo (*transactio*) recuerda a la intervención del mediador referida por el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuando hace referencia al concepto de mediación: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”, aunque el “mediador romano” – si se nos permite la expresión – es el órgano jurisdiccional que dirige la fase *in iure*.

No es objeto de este trabajo realizar un análisis de la evolución de la *transactio*, pero sí es necesario advertir que su inicial régimen de pacto cuya eficacia viene limitada a la *exceptio*, se amplía en el período clásico a la posibilidad de que a ese inicial pacto se le pueda adjuntar una *stipulatio*. Es decir, en el derecho clásico el acuerdo puede ser causa de un acto abstracto – una *stipulatio* – a través de la cual las partes realizarían sus mutuas concesiones. Generalmente, contiene una renuncia a la *actio* de forma que si llegara a intentarse, se paralizaría con la correspondiente *exceptio*. La tendencia que se percibe es dotar al acuerdo transaccional de una mayor accionabilidad, esto es, que el incumplimiento del *pactum* pudiera revestir la forma de efectiva *obligatio* exigible judicialmente (se persigue confeccionar un acuerdo que, de no cumplirse, propicie el ejercicio de la correspondiente acción)¹⁰.

En la última época, la transacción se configura como un contrato autónomo en el conjunto de los denominados *nova negotia* o contratos innominados con su correspondiente tutela jurídica a través de la *actio praescriptis verbis*. Como se ha afirmado anteriormente, no es intención del presente trabajo realizar un minucioso análisis de la historia de la *transactio*, baste por ahora recoger la afirmación de Tamayo Haya¹¹: “Así las cosas, la transacción, de simple acuerdo en origen, pasó posteriormente a convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*”. La evolución de la institución sigue la estela de lograr una mayor efectividad y eficacia del acuerdo, del consenso sobre un asunto que fue controvertido en el sentido de que las partes quieren asegurar al máximo su cumplimiento. El punto fuerte de la evolución denota la necesidad de dotar de seguridad al acuerdo transaccional, es decir, posibilitar que éste sea

⁹ P. Grossi, *Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho” 1997, no. 9, p. 169.

¹⁰ De esta forma, el acuerdo transaccional, poco a poco, va asumiendo autonomía propia, sobre todo en controversias sobre herencias y alimentos – en este sentido: D. 2.14.7.17; D. 40.4.54.1; D. 42.8.23.

¹¹ S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción: principales líneas...*, p. 1121–1122.

reclamable en caso de incumplimiento. Las partes quieren construir una paz segura y poner definitivamente fin a un conflicto por obra del concurso de voluntades que es la verdadera causa de la *transactio*¹². Todo ello considerando además que la *transactio* no es gratuita dado que no ha de consistir en una cesión de derechos, ni en una renuncia, etc., la reciprocidad ha de ser una constante. Tampoco debe olvidarse la consideración de *res dubia*, de conflicto D. 2.15.1 (Ulpianus 40 ad ed.): *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit*; como determina Ulpiano, con la *transactio* se trata de evitar un litigio – una *lis incerta* – pero puede ampliarse a una *res dubia* en general, esto es, una *res dubia* por si sola podía constituir la base de la transacción y basta con que la incerteza sea así tenida por las partes. En resumen, se exige una controversia iniciada y no zanjada definitivamente y a la que las partes desean poner fin a través del acuerdo de recíprocas concesiones¹³ (tenga origen la controversia en un momento anterior – *res dubia* – o como consecuencia del choque de pretensiones – *res litigiosa*). Es tal el poder de la voluntad que la *transactio* se puede dar en cualquier litigio salvo en los que comportan lo que en la actualidad¹⁴ se denominan “derechos irrenunciables”, esto es: los relativos al estado civil (libertad, ciudadanía y familia) y los conexos (edad, tutela, dote...).

Como dice Tamayo Haya¹⁵, se trata de otorgar poder a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses (autotutela y autocomposición) a través de la transacción que implica concesiones recíprocas. La resolución de un conflicto no ha de ser obligatoriamente monopolio del estado y ha de ser tenida en cuenta la voluntad de los particulares, que alcanza su máxima expresión en el ámbito del Derecho privado: en los contratos, estos se dibujan como la mejor fuente de resolución de conflictos. En la

¹² Como manifiesta D.R. Domingo de Morató, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, Facsímil de la de Valladolid de 1877, Pamplona 2002, p. 459: “La transacción no conoce otra causa que la voluntad de los contrayentes”.

¹³ C. 2.4.38: *Imperatores Diocletianus, Maximianus a Nicomediae cc. cons. Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit* (a 294).

¹⁴ Téngase en cuenta el artículo 1.814 del Código civil español: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. El estado civil de las personas es una materia de orden público y por tanto indisponible, en relación con la duda sobre la posibilidad de transigir sobre las consecuencias patrimoniales que dimanarían del mismo, se aplica analógicamente el artículo 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 que impide que se puedan someter a arbitraje las materias disponibles que se encuentran indisolublemente unidas a otras indisponibles. En cuanto a las cuestiones matrimoniales, la indisponibilidad deriva de la misma razón anterior y, por tanto, en ningún caso cabrá la transacción sobre la existencia o subsistencia del vínculo, aunque se debe puntualizar que cuando se trate de materias sobre las que los esposos puedan disponer, cabe la transacción (por ejemplo: pensiones compensatorias o atribuciones de vivienda conyugal en causas de separación o divorcio, etc.). Sobre alimentos futuros – no aquellos que ya devengados todavía no se han satisfecho – la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera exclusivamente los alimentos entre parientes. Por último, se permite la transacción sobre la acción civil procedente de un delito o falta, pero sin que por ello se extinga la acción pública para la imposición de la pena correspondiente (1.813 del Código civil) en concordancia con el carácter público de la acción penal (cfr. artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

¹⁵ S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción*, Madrid 2003, p. 30, 36 y 44.

transacción, el papel de Derecho queda relegado a un segundo plano y se mantiene en la sombra, es la actividad de las partes la que permite crear una norma adaptada al caso a través de la transacción.

La eficacia del contrato de transacción y, en definitiva, su éxito, depende de su efectivo cumplimiento. La posibilidad de que las partes en conflicto construyan la solución y pongan fin a la disputa utilizando mecanismos autocompositivos y alternativos a la vía estrictamente judicial depende, en gran medida, de la activación de instrumentos que puedan proporcionar un alto grado de seguridad en el cumplimiento del acuerdo alcanzado. En resumen, que el poder de la voluntad sea efectivo y eficaz no sólo porque las partes han construido el acuerdo y han llegado al consenso, sino porque dicho acuerdo (manifestado, por ejemplo, en el contrato de transacción) es efectivamente definitivo en relación con el conflicto o conflictos resueltos y zanjados.

La historia de la búsqueda de formas alternativas a la vía judicial para solucionar conflictos es tan antigua como la del propio conflicto (pensemos en el arbitraje, la conciliación...); en este punto, la fuerza del Derecho romano estriba en que no escapa al *officium* del magistrado jurisdiccional dado que entre las tres palabras solemnes *do, dico y addico – tria verba solemnia* – correspondientes a la actividad pretoria se encuentra la posibilidad de “mediar” – nos permitimos la expresión actual, de guiar la conformación del consenso para que las partes en conflicto lleguen a una *transactio* antes de la efectiva *litis*¹⁶.

La reciente ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, recoge en su exposición de motivos toda una serie de principios informadores dignos de análisis: En particular, declara que “desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia”, de acuerdo, aunque con la salvedad de que no es nuevo el recurso a medios alternativos de resolución de conflictos, es más, la mayor parte de las disputas no se solventan en la vía judicial¹⁷. Sigue el preámbulo con la afirmación de que la mediación es una “alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad”, en efecto, la autocomposición es y debe ser un corolario en los consensos alcanzados en virtud del poder de la voluntad de las partes en disputa que someten la gestión del conflicto a la “la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el

¹⁶ El contenido de la *iurisdictio* se resume en los llamados *tria verba solemnia: do, dico, addico* (Macrobio, *Saturnalia*, 1.16.14). A decir de FESTO, *De verborum significatione*, 13, *addicere* significaría aprobar en virtud de la presencia del Pretor, cualquier actividad que se llevara a cabo en el órgano jurisdiccional: *addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo*.

¹⁷ En palabras de P. Salvador Coderch, *ABC de la transacción*, “InDret” octubre 2002, no. 101, p. 4: “la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial”.

mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”¹⁸.

Los ejes fundamentales de la mediación se recogen en la exposición de motivos de la Ley 5/2012; en resumen, se trata de los siguientes:

- La “desjudicialización” de determinados asuntos.
- La “deslegalización” o pérdida del papel central de la ley.
- La “desjuridificación” que se vincula al reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo.

En relación con el primer punto – la “desjudicialización” de determinados asuntos – la exposición de motivos de la ley manifiesta que algunas desavenencias “pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal “para el caso en que “el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible; se trata de una “fórmula de autocomposición [...] ordenada a la paz jurídica”; hasta aquí nada diverge del contrato de transacción romano (nos atrevemos a aventurar: tampoco del actual). Se añade que la mediación es un “hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales”: recordemos, en Roma la actividad pretoria en la *transactio* humanizaba el conflicto e impedía el recurso no tan agradable a la vía judicial. La autonomía de la voluntad de las partes (el poder de la *voluntas* y del *consensus*) es palmario en la ley 5/2012: “El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”. En la *transactio* romana la intervención del pretor era activa y en ningún caso ofrecía la solución, similar (*mutatis mutandi*) a la actividad del mediador pero desde un planteamiento jurisdiccional (esa es la diferencia) que permitía el control y la gestión del acuerdo.

El segundo eje de la mediación – la “deslegalización” o pérdida del papel central de la ley – se halla íntimamente relacionado con el aumento del poder de la voluntad de las partes en la construcción del acuerdo, se otorga relevancia, al principio dispositivo que va a regir también en las relaciones que son objeto de conflicto. No olvidemos que, siguiendo a Schulz¹⁹, en sentido estricto en Roma se observa muy escrupulosamente “la moderación observada, como principio, en relación con toda promulgación estatal del Derecho”, el modo de formación del derecho viene dado por el lento y leve progreso a través de la resolución de casos prácticos y de la discusión jurídica, nunca frenado por las reglas rígidas de una ley [...] en estrecha colaboración con el magistrado jurisdiccional”. La cuestión es si estamos en disposición de simular al genio jurisprudencial romano...

¹⁸ A decir de A. De La Oliva Santos, *Mediación y justicia: síntomas patológicos*, “Otrosi” octubre-diciembre 2011, no. 8, p. 8: “la mediación no es Administración de Justicia, ni por sus protagonistas ni por su método. En la mediación no tiene por qué intervenir el Estado; puede llevarse a cabo con formas máximamente flexibles, simplemente amparadas por la ley en cuanto manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los sujetos jurídicos y el acuerdo se basa en la conveniencia mutua y no necesariamente en reglas jurídicas aplicables al caso”.

¹⁹ F. Schulz, *Principios del Derecho romano*, trad. de M. Abellán Velasco, Madrid 1990, p. 29 y 38.

En relación con el tercer eje – la “desjuridificación” – se vincula con el acuerdo al que puede llegarse en el proceso de mediación. Este acuerdo no es elemento esencial, aunque sí querido por las partes y resultado de una buena guía y actuación del mediador. La ley reconoce el acuerdo al que las partes pueden llegar como título ejecutivo, en concreto afirma que “corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales”. En este punto se halla la aparentemente indiscutible novedad de la Ley 5/2012: La “obligatoriedad” del acuerdo de mediación mediante su elevación a escritura pública y, por tanto, conformación como título ejecutivo. A esta cuestión se dedican las siguientes líneas.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula en su Título V el procedimiento de ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación. En la exposición de motivos la Ley se ajusta “a las previsiones que ya existen en Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo”. De esta forma, dispone su artículo 2.1: “Esta ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”²⁰.

En relación con el acuerdo de mediación y destacando lo más relevante, en el artículo 23.3 de la Ley, párrafo segundo, se dispone que “El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”²¹. En el artículo 23.4 afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En el artículo 25 recoge que para formalizar el acuerdo de mediación como título ejecutivo, aquél se deberá presentar a un notario (acompañado de copia de las actas de sesión constitutiva y final del procedimiento). El notario verificará que se cumplen los requisitos de la Ley 5/2012 y que el acuerdo no es contrario a Derecho. Por último, en el caso de la mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial: artículo 25.4: “las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Debe destacarse que nos encontramos con diferentes acuerdos de mediación con necesidades igualmente diversas en función del tipo de mediación llevada a cabo y en atención a diversos criterios, en concreto:

²⁰ Vid. nota 14: Es más, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley (a tenor del artículo 2.2): a) La mediación penal, b) La mediación con las Administraciones públicas, c) La mediación laboral y d) La mediación en materia de consumo.

²¹ En relación a la caracterización del acuerdo como título ejecutivo vid. S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia 2013, p. 433ss.

1) En función del contexto en el que se desarrolla:

a) Mediación intrajudicial: Se desarrolla existiendo un proceso judicial en marcha. En este caso el acuerdo de mediación está homologado por la propia autoridad judicial, no haría falta su elevación a escritura pública.

b) Mediación extrajudicial: Se desarrolla al margen y no habiéndose iniciado el proceso judicial. Aquí sí que haría falta elevar a escritura pública para que fuera título ejecutivo.

2) En función de su carácter preceptivo o no:

a) Mediación voluntaria: Las partes acuden a la mediación libremente. Para que el acuerdo sea título ejecutivo es necesario elevarlo a escritura pública.

b) Mediación obligatoria: Impuesta por la ley o por la autoridad judicial. Nuevamente, la homologación judicial hace innecesario elevar el acuerdo a escritura pública.

3) En función de si existe o no comunicado al Juzgado:

a) Mediación abierta: Cuando el resultado de la mediación ha de comunicarse al juzgador – no hace falta elevar el acuerdo a escritura pública.

b) Mediación cerrada: Cuando el resultado de la mediación no ha de comunicarse al juzgador – sería conveniente la elevación del acuerdo a escritura pública.

Por tanto, no todos los acuerdos de mediación necesitan, para ser efectivos títulos ejecutivos, ser elevados a escritura pública; según lo expuesto, debemos fijar nuestra atención a acuerdos de mediación extrajudicial y, en ese caso, abordar toda una serie de cuestiones sobre las que es necesario reflexionar:

1. Se ha recibido como el gran progreso de la actividad de mediación la posibilidad de ejecución de los acuerdos alcanzados en un procedimiento de mediación regulado por la Ley 5/2012, es decir, la declaración de que el acuerdo de mediación es título ejecutivo si se eleva a escritura pública. En este sentido, es necesario señalar que en atención a lo dispuesto en el artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las escrituras públicas son título ejecutivo²². Por tanto ¿dónde estriba la novedad de la Ley 5/2012? ya antes de su publicación, las escrituras públicas eran y siguen siendo títulos ejecutivos al amparo del artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La efectiva novedad descansa en la nueva redacción del artículo 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...] 2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. Si embargo, al propio tiempo, parece que la Ley 5/2012 está componiendo un nuevo contrato: “el acuerdo de mediación”, sobre todo si tenemos en cuenta el segundo párrafo del artículo 23.3 de la Ley 5/2012 cuando obliga al mediador a informar a las partes que el acuerdo que firmen es vinculante y que se puede elevar

²² Artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la acción ejecutiva y a los títulos ejecutivos, dispone en el punto 2º que “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos”: en particular, por lo que nos interesa: “4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”.

a escritura pública para convertir dicho acuerdo en título ejecutivo; es más, según esta disposición, podemos dudar sobre la atribución al acuerdo de voluntades de las consecuencias de la *res iudicata* material dado que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, se podrá ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (recordemos: en el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 se dispone que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”). En conclusión, si estamos ante una nueva figura contractual: ¿No es eso incongruente con el hecho de que el artículo 517.2.2 recoja que los acuerdos de mediación tendrán aparejada ejecución si fueran elevados a escritura pública? La reflexión está servida...

2. Todo lo expuesto en el supuesto de que ambas partes estén de acuerdo, pero ¿qué pasaría si al momento de elevar el acuerdo a escritura pública una de las partes se negara pese a haber manifestado en el acuerdo su consentimiento en tal sentido? Es fácil imaginar que sería necesario acudir a la justicia ordinaria para obligar a la parte a cumplir con las promesas recogidas en el acuerdo de mediación que, en tal caso, no sería título ejecutivo.

3. Nuestro derecho y la tradición jurídica – y esta última integrándolo en el espacio jurisdiccional – ya recogen el contrato de transacción como forma de autocomposición, entonces ¿para qué un “nuevo contrato”? – nos referimos, por supuesto, al acuerdo de mediación. Esencialmente, quizá se podrían alegar para la no adopción del contrato de transacción, tres objeciones:

2.1. La novedad de su constitución en título ejecutivo si se eleva a escritura pública (aunque ya se ha hecho referencia a las cuestiones controvertidas)

2.2. La cuestión de la eficacia del contrato de transacción en el caso de incumplimiento.

2.3. Llegar a evitar la aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En relación con el primer punto: La bondad de que el acuerdo de mediación (y no un contrato de transacción) pueda conformarse como título ejecutivo si se eleva a escritura pública *ex* artículo 517.2.2: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...] Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles²³, y no *ex* artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que respecta a la segunda cuestión: La eficacia del contrato de transacción en caso de incumplimiento, si tenemos en cuenta la jurisprudencia, y en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999, las obligaciones derivadas de los contratos de transacción, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, no se regirán por normas distintas a las establecidas con carácter general para el resto de los contratos, por tanto, ante un eventual incumplimiento de lo acordado por transacción, el transigente frustrado puede optar por la resolución del contrato *ex* artículo

²³ En redacción dada por “Ley” no. 5 de 6 de julio 2012.

1.124²⁴ del Código civil, resolución que lleva inherente el efecto de la retroacción, en virtud del cual ha de volverse al estado jurídico preexistente²⁵, o lo que es lo mismo, que los contratantes queden liberados de las obligaciones que hubiesen contraído por el acuerdo resuelto. Todo esto significaría en el contrato de transacción la legitimación para volver a reclamar las pretensiones sacrificadas por la propia transacción. En definitiva, no existe argumento válido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permita excluir la normal aplicación del artículo 1.124 del Código civil a la figura de la transacción. La exclusión se podría fundamentar en el artículo 1.816 del Código civil que declara la fuerza de lo decidido en transacción igual a la de cosa juzgada, sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 1963 señala que lo establecido en el artículo 1.816 del Código civil no deroga preceptos fundamentales como el artículo 1.124 del Código civil que sanciona el incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

El resultado es que las partes que celebran una transacción con la intención de finalizar un conflicto mediante el acuerdo de recíprocas concesiones, en el caso de que una de las partes incumpla una concesión y la otra opte por reclamar su antigua pretensión en vía judicial haciendo caso omiso del contrato de transacción y en ese caso el demandado conteste con su antigua pretensión, el vínculo nacido de la transacción desaparece por el mutuo disenso tácito²⁶. Sin embargo, si el transigente que excepciona opone la transacción (no hay mutuo disenso tácito), el juez se vería obligado a desestimar la demanda porque la transacción, aunque incumplida, continúa siendo válida y eficaz. Es más, el demandado podría reconvenccionar solicitando el cumplimiento de la transacción y el tribunal podría acceder a esta pretensión.

Como hemos dicho al principio de este punto, se podría alegar que el contrato de transacción presenta estos inconvenientes, en concreto, la transacción preprocesal y extraprocésal carecerían de la autoridad de cosa juzgada a pesar del artículo 1.816 del Código civil porque se trata de un convenio entre partes que sólo produce efectos entre ellas (artículo 1.257 del Código civil), igualmente, la transacción procesal no es la cosa juzgada material de los artículos 222 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷.

Más aun, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la transacción al tratar del derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del juicio (en concreto, en el artículo 19.1 se dispone: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio

²⁴ “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

²⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1999.

²⁶ E.M. López Barba, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, Murcia 2001, p. 18.

²⁷ S. San Cristóbal Reales, *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, “Anuario Jurídico y Económico Escorialense” 2011, XLIV, p. 297.

y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”²⁸). En relación con la transacción judicial recoge el artículo 19.2: “Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin”. La transacción judicial es homologada por un auto del tribunal que conoce del litigio, esta transacción deriva, según el artículo 415.1, del hecho de que “las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 para someterse a mediación o arbitraje”. En relación con esta transacción judicial, dispone el artículo 415.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial” ¿Afecta toda esta consideración sobre la resolución por incumplimiento al acuerdo de mediación? Nuevamente estimamos que deberemos esperar al análisis de la jurisprudencia ante eventuales casos de incumplimiento de acuerdos de mediación porque, como hemos afirmado, aparentemente se trata de un contrato²⁹, recordemos que en el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 se afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En definitiva ¿qué se ha ganado con la consideración de título ejecutivo si se eleva a escritura pública el acuerdo de mediación si sigue siendo un contrato?

En cuanto a evitar la aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Debe tenerse en cuenta que los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales únicamente pueden documentar obligaciones pecuniarias, por tanto, si consideramos que el acuerdo de mediación (como puede ser el caso del acuerdo de mediación extrajudicial elevado a escritura pública) deberá hacer referencia a obligación pecuniaria. En efecto, los títulos ejecutivos no judiciales tienen condicionado su carácter ejecutivo al cumplimiento del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4, 5, 6 y 7 – el supuesto de escritura pública es el del número 4 – del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euro³⁰. Por tanto, para hacer valer en vía de ejecución una obligación no pecuniaria (o no computable en dinero o que aun siendo pecuniaria no alcance el valor

²⁸ En redacción dada por “Ley” no. 5 de 6 de julio 2012.

²⁹ Vid. S. Barona Vilar, op. cit., p. 452.

³⁰ Además, debe tratarse de dinero efectivo y, en su caso, moneda extranjera convertible o en cosa o especie computable en dinero. Añade el artículo 520 en su apartado 2 que el límite de los 300 euro podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado.

de 300 euro) reflejada en una transacción extraprocesal elevada a escritura pública y que, por tanto, se constituya en título ejecutivo no judicial, habrá que instar previamente el procedimiento declarativo oportuno aportando, eso sí, como documento público, la escritura³¹. Sin embargo, nuestro acuerdo de mediación no se encuentra entre los títulos exentos de documentar obligaciones pecuniarias referidos en el 520 (“acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales”) a pesar de que forma parte de los títulos ejecutivos incluidos entre los del 517.2.2 que son, precisamente, los judiciales, los arbitrales y, por nueva redacción de la Ley 5/2012, los acuerdos de mediación elevados a escritura pública. Quizá hubiera sido conveniente dar también nueva redacción al 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de incluir a los acuerdos de mediación elevados a escritura pública (“acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales *ni acuerdos de mediación elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*” – la cursiva es nuestra), aunque ello, no obstante, significara una contradicción que quizá esté presente en el subconsciente del legislador, dado que ¿no era el acuerdo de mediación un contrato?...

En definitiva, el legislador se ha visto superado por la situación en el sentido en que está intentando equiparar a sentencia firme o a resolución arbitral el acuerdo de mediación (otorgándole suma importancia en el ámbito del derecho adjetivo) al tiempo que se sigue sometiendo al ámbito derecho material, dado que el acuerdo de mediación es susceptible de ser impugnado por error, dolo, violencia o falsedad documental³² y no se incluye en el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, se está tratando de convertir a la concurrencia de voluntades en título ejecutivo. Quizá estas piezas no encajan en el puzzle de nuestro sistema de derecho procesal.

Otros aspectos no tan directamente vinculados con la eficacia del acuerdo de mediación son, por ejemplo, el de la responsabilidad del mediador sobre la redacción del acuerdo de mediación. Es indiscutible, dada esta atribución legal, la necesaria profesionalización del mediador sin que en ningún caso pueda verse en su actividad una acción heterocompositiva. Igualmente controvertido es el nivel de responsabilidad que la Ley 5/2012 otorga a los Notarios en relación con el control del procedimiento si el acuerdo se eleva a escritura pública, en concreto, su artículo 25.1, párrafo 2º dispone que “El acuerdo de mediación se presentará por las partes antes un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”.

En definitiva, el modelo clásico de litigio tiene una base intuitiva clara: ante un pleito de derecho privado, las partes tienen casi siempre la alternativa de transigir. Estamos de acuerdo en que la inmensa mayoría de los conflictos no se litigan, los conflictos se resuelven extrajudicialmente ya que en la realidad social las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a un litigio en sede judicial³³, el recurso

³¹ Vid. J. Montero Aroca, J. Flors Maties, *Tratado de proceso de ejecución civil I*, Valencia 2004, p. 50ss, donde se manifiesta claramente que “el legislador ha optado por mantener la tradición”.

³² Vid. S. Barona Vilar, op. cit., p. 476 ss.

³³ P. Salvador Coderch, op. cit., p. 4.

a “la justicia” se presenta popularmente como la última opción. A pesar de ello ¿hasta qué punto el poder de la voluntad ha de tener tal amplitud que llegue a suplir completamente la actividad de un órgano jurisdiccional?, en palabras de De La Oliva Santos³⁴ “*a fortiori*, el acuerdo de mediación resulta equiparable a los títulos ejecutivos judiciales o parajudiciales actuales” y ello significa “abrir la puerta directamente a la ejecución forzosa sobre la base de documentos privados”, esta cuestión, cuanto menos merece “un debate extenso y a fondo”.

Hemos “olvidado” las bondades de la *transactio romana* dirigida por el Pretor y con una estructura consustancial a nuestro derecho y nuestra *forma mentis*. En su lugar, introducimos instituciones que pueden ser provechosas sólo si las adecuamos y las adaptamos a nuestros principios jurídicos. Quizá sería conveniente no importar aquello que simplemente “está de moda” – si se permite la expresión – porque corre el riesgo de “morir de éxito” antes de que se ponga en marcha. De ese modo, instituciones como la mediación que puede ser efectiva y sumamente útiles y desplegar así efecto beneficioso en la gestión del conflicto, en la consecución del consenso, en conseguir una mayor economía procesal, en desbloquear la justicia, en introducir un nuevo modelo de relaciones sociales, etc... se reporten y resulten inútiles e ineficaces por querer someterlas a una pretendida modernidad que olvida los fundamentos: ¿Por qué borramos de nuestra memoria jurídica lo que ya teníamos? ¿Por qué relegamos al olvido los elementos básicos de la *transactio romana*?... Quizá convendría “poner en valor” las instituciones históricas que han sido y son fundamento de nuestro ordenamiento jurídico porque, muy probablemente, ofrecerán soluciones renovadas y no extrañas a nuestra forma de trabajar en Derecho.

Summary

Transactio in Roman law and the currently mediation agreement

Key words: self-resolution systems, mediation agreement, transaction, consensus, Roman law, enforceable title.

The building of the solution by the parties in a dispute in an out of court settlement system depends largely on the activation of instruments that can provide a high degree of safety in the fulfilment of the built agreement. It is proposed an analysis from a historical point of view of the elements that have led the fulfilment of the agreement built by the parties, at this point, Roman law offers a basic example as it belongs to the magistrate’s court *officium* to provide a guide for the formation of consensus between the conflicting parties in order to reach agreement before the effective process. The 5/2012 Act about mediation in civil and commercial matters, regulates in its Title V the procedures to enforce the agreements resulting from mediation process. In connection with the mediation agreement as is stated in its article 23.3, to

³⁴ A. De La Oliva Santos, op. cit., p. 7ss.

configure the agreement as an enforceable title it is necessary to give it public deed. The study raises the effectiveness of the mediation agreement as an enforceable title and analyzes the changes suffered by the Civil Procedure Act in Spain regarding the direct enforceability of the upon mentioned mediation agreement.

Streszczenie

Transactio w prawie rzymskim a współczesna ugoda mediacyjna

Słowa kluczowe: ugoda mediacyjna, *transactio*, *consensus*, prawo rzymskie, tytuł wykonawczy.

Dążenie do rozstrzygnięcia sporu przez strony w ramach ugody pozasądowej zależy w dużej mierze od zastosowanych instrumentów zabezpieczających wykonanie warunków w niej zawartych. Artykuł przedstawia z historycznego punktu widzenia analizę tych elementów, które prowadziły do wypełnienia porozumienia zawartego przez strony – w takim przypadku prawo rzymskie przewidywało podjęcie działania przez *officium* magistratury w celu dostarczenia skonfliktowanym stronom wskazówek mających pomóc w osiągnięciu porozumienia i zawarciu ugody przed rozpoczęciem właściwego procesu. Hiszpański akt 5/2012, dotyczący mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, reguluje w tytule 5 kwestię procedury prowadzącej do zawarcia porozumienia. Jak przewidziano w art. 23.3, aby zawrzeć w drodze mediacji skuteczną pod względem prawnym ugodę z tytułem wykonawczym, wymagany jest udział czynnika publicznoprawnego. Niniejsza publikacja porusza kwestię skuteczności prawnej ugody mediacyjnej i zawiera analizę zmian, jakie zaszły w hiszpańskim prawie cywilnym proceduralnym w zakresie zawarcia porozumienia w drodze mediacji.

Przemysław Kubiak

Katedra Prawa Rzymskiego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Some remarks on “tolerant criminal law of Rome” in the light of legal and rhetorical sources

Introduction

Roman criminal law, as majority of ancient legal systems, is commonly considered cruel and intolerant. Most of these negative views is based on the fact that the Romans created and used a great variety of painful and severe penalties, very often accompanied by different kinds of torture or disgrace¹. Although such opinions derive from legal and literary sources, occasionally in their context a very important factor seems to be missing. Sometimes in the process of evaluation of foreign or historical legal systems researchers make a mistake and use modern standards, both legal and moral, and from this point of view they proclaim their statements. This incorrect attitude may lead to ascertainment that no legal system before 20th century should be judged positively in this aspect. However, the goal of this paper is not to change those statements, as they are based on sources, but rather to give examples and to underline some important achievements of Roman criminal law which, sometimes forgotten or disregarded, should be considered in the process of its historical evaluation.

¹ The most cruel are definitely aggravated forms of death penalty, such as crucifixion (*crux*), burning alive (*vivi crematio*), throwing to wild animals during the games (*damnatio ad bestias*), throwing to the sea in a sack with ritual animals (*poena cullei*). These are the most common, but during the history of Roman empire there existed many other severe kinds of capital punishment, see A.W. Zumpt, *Das Criminalrecht der römischen Republik*, Berlin 1899, p. 389f.; T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 911–944; C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma 1902, p. 145f.; G.F. Falchi, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Padova 1962, p. 72–73; W. Rein, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Aalen 1962, p. 913; A. Burdese, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, “Buletino dell’Istituto di Diritto Romano” 1966, no. 8, p. 342–354; E. Żak, *Prawnicy rzymscy o sposobach wykonywania kary śmierci*, [in:] H. Kowalski, M. Kuryłowicz (eds.), *Kara śmierci w starożytnym Rzymie*, Lublin 1996, p. 110f. About *damnatio ad bestias* – see P. Kubiak, „*Damnatio ad bestias*” i inne kary wykonywane na arenie w antycznym Rzymie, Łódź 2013.

1. “Material” aspects of historical evaluation of Roman criminal law

First, it would be very beneficial to make a distinction between “material” or “static” aspects of criminal law, such as the types of inflicted penalties or specific features of certain crimes, and its “formal” aspects. The latter are the institutions and mechanisms which were created to determine the extent of perpetrator’s responsibility and to inflict adequate penalty for committed offence. This basic distinction seems to be crucial in the historical evaluation of any legal system. Moreover, it has to be remembered that “material” aspects of criminal law are strongly dependant not only on times, but also corresponding to their cultural and social system of values, such as rightness, good, cruelty etc. Thereupon, in order to judge Roman legal system it is necessary to push aside modern moral and legal standards and concentrate on historical opinions and judgments not only of contemporary lawyers, but also writers, philosophers and poets. Thus, in this way it is possible to discover the dominant views about the degree of cruelty of criminal law in ancient Rome. However, this issue, which seems to be a very good foundation for a future analysis, is not a subject of the present paper. I would like to mention only some examples that illustrate that the Romans, or at least some of them, did not consider their system of punishments too harsh. In order to make it brief, but convincing, I would like to refer to opinions of two moralists, Seneca and Tertullian, who were actively commenting on social and moral daily life of ancient Romans.

Sen. *Epist.* 7.3: “*Sed latrocinium fecit aliquis, occidit hominem*”. *Quid ergo? Quia occidit, ille meruit ut hoc pateretur: tu quid meruisti miser ut hoc spectes?*

Seneca in one of his moral letters to Lucilius describes the event which takes place during the gladiatorial games. At noon, there was an execution of condemned to death penalty during the gladiatorial fight (*damnatio ad gladium ludi*)². Although he is considered a great antagonist of these types of entertainment³, he admits expressively that because they had committed a crime, in this particular case highway robbery (*latrocinium*), they deserved to die⁴. The concept of just punishment, no matter how severe, seems to be

² T. Mommsen, op. cit., p. 925; C. Ferrini, op. cit., p. 148; W. Rein, op. cit., p. 914; G. Ville, *La gladiature en occident des origines à la mort de Domitien*, Rome 1981, p. 235. See also P. Kubiak, *Szkice z zakresu rzymskiego prawa karnego – skazanie na udział w igrzyskach gladiatorских (damnatio ad gladium ludi)*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2011, no. 84, p. 147–165.

³ The inscription found in Pompeii attests that Seneca was the only Roman writer who condemns “bloody gladiatorial games” – see M. Grant, *Miasta Wezuwiusza – Pompeje i Herculanium*, Warszawa 1986, p. 76.

⁴ Romans realized well what the functions of criminal law were – see F. M. De Robertis, *La funzione della pena nel diritto romano*, [in:] *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1949, p. 169–196; C. Dupont, *Le Droit Criminel dans les Constitutions de Constantin. Les peines*, Lille 1955, p. 81–83; C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, p. 41–63; idem, *Sulla concezione romana della pena*, [in:] *Studi in onore di E. Volterra*, vol. II, Milano 1972, p. 333–350; O. F. Robinson, *Penal practice and penal policy in ancient Rome*, London 2007, p. 181, 193. About the functions of punishments, see especially Sen. *Clem.* 1.22.1 and Gell. 7.14.1.

dominant in his opinion and at the same time to surpass individual convictions and believes. Even this famous stoic and philosopher, while attacking gladiatorial games as senseless and cruel bloodshed, considered brutal punishments fair, when inflicted against hardened criminals. Similar attitude may be found in one of Tertullian’s treatise.

Tert. *Spec.* 19.2: “*Bonum est, cum puniuntur nocentes*”. *Quis hoc nisi nocens negabit?*

One of the most active defenders of Christians, who were persecuted and killed mainly in the arena, emphasizes that even severe and cruel penalties, such as *damnatio ad bestias* or *damnatio ad gladium ludi*, would be considered justified, if inflicted against criminals. On the other hand, he is intensely opposing the fact that people were taking pleasure in watching these savages forms of entertainment. He underlines also the possibility of judicial error and conviction of innocent⁵. Even though, he agrees that criminals should be punished severely.

These two voices are evidently not sufficient to verify social attitude towards criminal law in ancient Rome. However, they suggest that even on the side of ethical writers and opponents of public executions, the cruelty of penalties could be considered justified and adequate. Moreover, presented views may be similar to the dominant opinion about system of penalties of the rest of the Roman society, though it requires further research, because generally law is derived from and is based on social demands and judgments. It seems that Seneca and Tertullian may have expressed common conviction and deeply settled understanding of rightness and justice. Postulates of this kind strongly influenced legislation also in ancient Rome⁶. Certainly the emperors were delivering constitutions individually, but even they were greatly dependant on the attitude of their advisors and Roman citizens as well. Some examples of imperial law breaking or misuse of the authority are still to be considered exceptions and not the general rule⁷.

2. “Formal” aspects of historical evaluation of Roman criminal law

2.1. Legal sources: principles of law

“Formal” aspects of any legal system has to be considered a much more precise tool of its historical evaluation, because they are definitely much more objective, independent of changeable human attitudes and prevailing policy. Their existence or non-existence can be considered as a litmus paper of legal system maturity and tolerance – they deliver precise tools for legal argumentation, accusation and conviction. Furthermore, those insti-

⁵ Tert. *Spec.* 19.2-3.

⁶ Especially when sources of Roman law are taken into consideration.

⁷ Certainly there are examples of emperors cruelty and misuse of authority, e.g. Galba who ordered to cut hands of dishonest banker and to nail them to his table or when he crucified Roman citizen, what was against the law, and to honor him, he gave him white and taller cross, see Suet. *Galba* 9.1. But still, they were rather singularities and specific expressions of imperial “caprices” than the general procedures.

tutions in the most expressive way show the level of legal reflection and juridical development than simple description of kinds of criminal offences or inflicted penalties⁸.

In order to underline the achievements of Roman jurists and to show considerable development of Roman criminal law, I would like to concentrate on some phenomena of more general manner. Thus, I will not describe and analyze specific institutions, but rather present a few most important guidelines and principles of Roman criminal law concerning criminal procedure and the role of judges in the process of establishing the perpetrator's guilt. Again, it is highly important not to mention only legal sources, Roman jurists had given many commentaries and opinions in this field, but also rhetorical writings, which may be regarded as handbooks for advocates⁹. In order to prepare them for trials, these works had to contain very effective rules and advices for defense and means to exculpate or at least mitigate the penalty. In such way rhetorical works can be considered an essential supplementation of legal writings, especially in the sphere of judicial procedure¹⁰.

The first important principle to underline would be an initial, but fundamental issue of the appearance of the accused at the trial. This general rule is a basic guarantee of the right to defend against accusation and a basis for most of the modern legal systems¹¹. Its precise example is contained in one of Marcianus' works.

D. 48.17.1 pr. Marcianus 2 publ.: *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.*

The Divine Severus and Antoninus stated in a rescript that absentee should not be punished. In their opinion it would be contrary to the equity to condemn somebody, who could not be heard¹². This requirement is closely connected to the fact that Roman

⁸ In the process of criminal law development a main point is the recognition of guilt and distinction between the intentional and unintentional guilt. On such basis further precise analysis is possible, e. g. mitigating circumstances. See K. Amiałańczyk, *The guilt of the perpetrator*, Labeo, Napoli 2000, p. 82–95.

⁹ The most important is definitely Cicero's *De inventione*, *Rhetorica ad Herennium* of an unknown author and Quintilian's *Institutio Oratoria*. They contain not only rhetorical knowledge, but also some references to legal institutions which may be used at court. See A.A. Schiller, *Roman Law: Mechanisms of Development*, Malta 1978, p. 84; C. Gioffredi, *I principi...*, p. 70. However, the caution should be undertaken when analyzing rhetorical writings – see O.F. Robinson, *Quintilian (Book III) and his Use of Roman Law*, [in:] O.E. Tellegen-Couperus (ed.), *Quintilian and the Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven 2003, p. 59–66.

¹⁰ Recently about relations between Roman law and rhetoric – see O. E. Tellegen-Couperus, *Roman Law and Rhetoric*, “Belgisch Tijdschrift voor Filologie en Geschiedenis” 2006, no. 84, p. 59–75; A.R. Emmett, *Hermogenes of Tarsus: Rhetorical Bridge from the Ancient World to the Modern*, [in:] J.T. Gleeson, R.C.A. Higgins (eds.), *Rediscovering Rhetoric: Law, Language and the Practice of Persuasion*, Sydney 2008, p. 114–162; J.W. Tellegen, O.E. Tellegen-Couperus, *Artes urbanae. Roman law and rhetoric*, [in:] P.J. Du Plessis (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh 2013, p. 31–50.

¹¹ Defendant can be absent only during the simplified procedure, see e.g. art. 479 of Polish Code of Criminal Procedure.

¹² This general principle is very often connected with fundamental rule of legal procedure *audiatur et altera pars*. See A. Wacke, *Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess*, [in:] M.J. Schermeier, Z. Vegh, *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, pp. 369–399; W. Litewski, *Rzymski proces karny*, Kraków 2003, p. 65–66; K. Amiałańczyk, *O kształtowaniu się niektórych zasad procesowych w postępowaniu karnym okresu pryncypatu*, „Studia

criminal procedure was mainly adversarial. Both the accuser and the accused, who had right to defend himself, present pieces of evidence and call witnesses – as a rule they have the same position and privileges at court¹³. Obviously the defendant could ask for help of professional orators and advocates. The appearance of the accused in the inquisitional court was also necessary for legally valid sentence, despite the absence of the accuser.

One of the major problems of the modern legal systems is default at court. Even ancient Romans had to cope with the situations of unjustified absence of the defendant as means of postponing the trial and conviction. An effective solution concerning weight of the matter was introduced by Traian.

D. 48.19.5 pr. Ulpianus 7 de off. procons.: *Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari. Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est? Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam.*

The Emperor even before the regulation of Severus and Antoninus decided that nobody could be convicted when absent¹⁴. It is hard to determine, whether he was aware of some difficulties which could appear during the trial like contumacy, if that rule would be absolute or it was Ulpian’s commentary (which is more probable), but the source provides a few more specific guidelines. The conviction of an absent defendant was allowed only in smaller cases endangered with milder punishments, such as pecuniary fines, penalties affecting reputation and even relegation. In more serious crimes and punishments, like hard labor in mines or death, the accused had to be present. This limit determined by the jurist most likely relates to the loss of citizenship, although delegation is not mentioned in the text¹⁵. It is worth to mention also other solutions concerning the problem of default at court. If the accused in capital matter still resisted and did not appear at court, the judge could search for him with a warrant and sequester his goods. If

Iuridica Lubliniensia” 2007, no. 10, p. 19; F. Longchamps de Bériér, „*Audiat et altera pars*”. *Szkic o brakującej kolumnie pałacu sprawiedliwości*, [in:] W. Uruszczak, P. Świącicka, A. Kremer, *Leges sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, pp. 271–284.

¹³ W. Litewski, op. cit., p. 84–85; K. Amiałańczyk, *O kształtowaniu się niektórych zasad...*, p. 18f.

¹⁴ The rule could exist even before – see F. Longchamps de Bériér, op. cit., p. 276 and *Actes of Apostles*, 25.16.

¹⁵ D. 48.19.6.2: *Nunc genera poenarum nobis enumeranda sunt, quibus praesides adficere quemque possint. Et sunt poenae, quae aut vitam adimant aut servitutem iniungant aut civitatem auferant aut exilium aut coercionem corporis contineant.* So in the cases concerning loss of citizenship, the accused had to be present. *Relegatio* meant exile without loss of citizenship, while *delegatio* was connected with such a loss – see J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s. v. *relegatio, delegatio*.

he did not appear in front of the governor in one year, they would be confiscated and he would be still searched and trial would be continued¹⁶.

Traian mentioned in his rescript also another fundamental principle of criminal law – presumption of innocence. In his view no one should be convicted only on the basis of suspicion, what he expressed: “It is better to permit the crime of a guilty person to go unpunished than to condemn one who is innocent”¹⁷. However, this rule was not his invention probably. It is hard to determine its origins in Roman criminal law, but already in the times of Republic Cicero was emphasizing that it is much better to free the innocent than not to condemn the guilty (*utilius est autem absolvi innocentem quam nocentem causam non dicere*)¹⁸. The main justification of this principle is still the same in present times – irreversibility of capital punishments in case of judicial errors¹⁹. That is why the emperors and especially Hadrian warned his officials and judges to take caution when deciding on perpetrator’s guilt²⁰. In more general terms presumption of innocence can be related to *in dubio pro reo*. This tendency penetrated both civil and criminal procedure and its examples may be found in many legal sources²¹. Together with previous principles, they can be considered as the root of modern systems of criminal law and in the same way the expression not only of Roman pragmatism, but human values in general. The exact attitude may be found in Marcianus’ text concerning mitigation of penalty.

D. 48.19.11 pr. Marcianus 2 de publ. iudic.: *Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso iudicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi.*

Marcianus suggests deliberation and caution in the process of judging, so as not to inflict penalty too mild or too severe in comparison to the case demands. The judge should be aware of extremes and avoid the reputation of being harsh or the glory of being lenient. In order to obtain this goal he should weighed all the important circumstances of the case and decide whatever it required. It seems however that Marcianus encourage milder attitude, since he is suggesting inclination to lenity in minor cases and, when heavier penalties are involved, also some degree of indulgence. In the strict terms and limits of law judges had a considerable amount of discretion, so their decisions were crucial²². Thus, their activity and jurisdiction had great impact on social understanding

¹⁶ See title XVII of the 48th book of Digest: *De requirendis vel absentibus damnandis*.

¹⁷ See W. Wołodkiewicz, *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011, p. 52.

¹⁸ Cic. *Pro Rosc. Amer.* 56.

¹⁹ See W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie: szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009, p. 476f.

²⁰ K. Amielańczyk, *O kształtowaniu się niektórych zasad...*, p. 22f.: D. 48.3.6pr.; D. 48.20.2.

²¹ E. Żak, *Rzymskie korzenie zasady „in dubio pro reo”*, „Folia Societas Scientiarum Lubliniensis” 1993, no. 34, p. 85–91.

²² In *cognitio extra ordinem*. In *quaestiones perpetuae* judges decided only about guilt of the accused and the penalty was determined in the lex.

and estimation of criminal law. It also seems that Roman judges not only had a wide range of penalties to select from, but also they were encouraged or even urged to act with moderation. More jurists expressed the same idea in their writings.

D. 48.19.13 Ulpianus 1 de appellat.: *Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviolem vel leuiorem, ita tamen ut in utroque moderationem non excedat.*

D. 48.19.42 Hermogenianus 1 epit.: *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae.*

D. 50.17.125 Gaius 5 ad ed. provinc.: *Favorabiliores rei potius quam actores habentur.*

D. 50.17.155. 2 Paulus 65 ad ed.: *In poenalibus causis benignius interpretandum est*²³.

In the first fragment of Ulpian’s work the discretion of judges is clearly underlined – they could inflict any sentence they desired in the frames of extraordinary jurisdiction. However, the famous jurist is recommending to act reasonably and not to punish too severely, but moderately. Hermogenianus is suggesting even more by stating that penalties, in the process of interpretation of the laws, should rather be mitigated than increased in severity. Also Gaius is admitting that the position of the defendants is much more favorable than that of the accuser. And at last, Paulus is clearly underlining that in criminal cases the law should be interpreted very kindly.

All presented comments and opinions are consistent that judges should act with caution and be inclined towards leniency rather than severity. On the other hand, it is also expressly stated that they possessed wide scope of discretion, so generally their activity could influence social opinion about harshness of Roman law. In the process of evaluation of any legal system there is always an issue of contrast between the direct understanding of the law and its application. Sometimes it is very difficult to estimate whether the regulations are indeed severe and unfair or rather administration of justice apply them in such cruel manner. This point should not be forgotten as well when evaluating Roman criminal law. That is also the reason, why the analysis of social views concerning types of penalties and harshness of criminal law in general are necessary to be determined.

2.2. Legal sources: circumstances of criminal offence mitigating penalties

As it seems, in the field of Roman criminal law existed many fundamental principles which may be found also in modern legal systems. Administration of justice in ancient Rome were equipped with considerable scope of discretion, but on the other hand they were obliged to act in moderation and with leniency. However, it would be insufficient to evaluate this system positively, if they did not possess very specific and subtle means of reasoning and argumentation necessary to determine the perpetrator’s responsibility and guilt. The issue of different circumstances of criminal offence mitigating the measurement

²³ D. 50.17.56 Gaius 3 de legatis ad ed. urb.: *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* and D.50.17.192.1 Marcellus 29 Dig.: *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius.*

of penalty definitely is very complex subject²⁴. In order to present the extent and depth of judicial analysis and give the most important examples of juristic reflection, I would like to remind a very well known fragment of Claudius Saturninus' writing²⁵ and then underline some conclusions resulting from rhetorical handbooks.

D. 48.19.16 pr. Saturninus l. s. de poen. paganorum.: *Aut facta puniuntur, ut furta caedesque, aut dicta, ut convicia et infidae advocaciones, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut consilia, ut coniurationes et latronum conscientia quosque alios suadendo iuvisse sceleris est instar. Sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loco tempore qualitate quantitate eventu. Causa: ut in verberibus, quae impunita sunt a magistro allata vel parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi: puniuntur, cum quis per iram ab extraneo pulsatus est. Persona dupliciter spectatur, eius qui fecit et eius qui passus est: aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi quam liberi, et aliter, qui quid in dominum parentemve ausus est quam qui in extraneum, in magistratum vel in privatum. in eius rei consideratione aetatis quoque ratio habeatur. Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit et capite luendum vel minore supplicio. Tempus discernit emansorem a fugitivo et effractorem vel furem diurnum a nocturno. Qualitate, cum factum vel atrocium vel levius est: ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia. Quantitas discernit furem ab abigeo: nam qui unum suem subripuerit, ut fur coercebitur, qui gregem, ut abigeus. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta: quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat²⁶.*

The jurist enumerates basic distinctions of crimes used by the ancient Romans. He identifies four kinds of offences based on perpetrator's ways of behavior. He mentions acts, words, documents and advices. To each one he is giving a typical example of crime: theft or homicide; insults or betrayal by advocates; forgeries and criminal libels; advices given in conspiracies or the agreements of robbers. Next, he specifies seven circumstances of the crime, which could influence the measurement of punishment and again each one is equipped with description and typical examples. These are the cause, the status of person, the place and the time, the quality and the quantity of crime and its result. The cause is relevant, when somebody was hit by the parent or a teacher in order to correct his behavior or by a stranger to do some harm. Obviously the former case is not considered as a crime. Personal features are considered both of the perpetrator and the victim: their social and family status, age and others as well. Sometimes the place and the time of the offence is decisive for its qualification. A theft committed in the sacred place becomes sacrilegious and deserves more severe penalty. Similarly stealing at night. The same result

²⁴ See F.M. De Robertis, *La variazione della pena „pro qualitate personarum” nel Diritto Penale Romano*, Bari 1939; G.F. Falchi, op. cit., p. 142f.

²⁵ Its analysis, see B. Bonini, *D. 48.19.16 Claudius Saturninus de poenis paganorum*, "Rivista italiana di scienza giuridica" 1959–1962, no. 10, p. 119–179; J.-C. Genin, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon 1968, p. 254–255; G. Impallomeni, *Reflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica in Claudio Saturnino (D. 48.19.16)*, "Studi in onore di Arnaldo Biscardi", vol. III, Milano 1982, p. 177–203; G. Sposito, *Quattuor genera... septem modis. Le circostanze del reato in D. 48.19.16*, "Studia et documenta historiae et iuris" 1999, no. 65, p. 95–115; W. Mossakowski, *Czyn karalny według Kladiusza Saturnina*, "Studia Historycznoprawne" 2008, no. 305, p. 217–229.

²⁶ To simplify the analysis the Greek examples of these circumstances were omitted in this fragment.

could have other circumstances concerning the quality of the crime. That is why more atrocious acts are expressly distinguished from lighter, such as manifest theft and non-manifest, quarrels and highway robberies, pillage and ordinary theft, impudence and violence. The quantity of things stolen may be crucial in determination of common thief and cattle stealer, who may be punished even with death. And at last, the result is also relevant, but sometimes is not necessary for conviction, like in the example of somebody, who provided with a weapon for the purpose of killing did not succeed. He is treated as the actual killer.

The catalogue is non enumerative, in legal sources there are many more specific examples of other circumstances, which could also be taken into consideration by judges. Even though, at this point it is clear that juridical analysis of every case was very detailed and accurate and included all the important facts, even the most subtle, which could lead to mitigation of the penalty or even acquittal.

2.3. Rhetorical sources: circumstances of criminal offence mitigating penalties

Above mentioned commentary presents jurists' opinion about the judicial procedure in criminal cases. However, the same phenomenon can be analyzed also from another point of view. Rhetorical writings contain many detailed descriptions of specific argumentations and acts which could be performed by advocates in court in order to win the case. One of the most important handbooks of this kind is *Rhetorica ad Herennium* written in the republican times. In the second book of this work there is a reference to the circumstances which should be considered when deciding on perpetrator's guilt. It shows precisely, how thorough analysis was conducted by the judge to establish criminal's responsibility.

Rhet Ad Her. 2.23-24: Concessio est, per quam nobis ignosci postulamus. Ea dividitur in purgationem et deprecationem. Purgatio est, cum consulto a nobis factum negamus. Ea dividitur in necessitudinem, fortunam, imprudentiam. De his partibus primum ostendendum est; deinde ad deprecationem revertendum videtur. Primum considerandum est, num culpa ventum sit in necessitudinem. Deinde quaerendum est quo modo vis illa vitari potuerit ac levare. Deinde is, qui in necessitudinem causam conferet, expertusne sit, quid contra facere aut excogitare posset. Deinde, num quae suspiciones ex coniecturali constitutione trahi possint, quae significant id consulto factum esse, quod necessario cecidisse dicitur. Deinde, si maxime necessitudo quaequam fuerit, conveniatne eam satis idoneam causam putari. Si autem imprudentia reus se peccasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit nescire an non potuerit; deinde utrum data sit opera, ut sciretur, an non; deinde, utrum casu nescierit an culpa. Nam qui se propter vinum aut amorem aut iracundiam fugisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescisse, non imprudentia; quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit. Deinde coniecturali constitutione quaeretur, utrum scierit an ignoraverit; et considerabitur satisne imprudentia praesidii debeat esse, cum factum esse constet.

The author of this treatise mentions various parts of the defendant's speech. One of them could contain the acknowledgement (*concessio*) through which the accused was pleading for pardon. It could be divided into plea for exculpation (*purgatio*) and plea for

mercy (*deprecatio*). The former consisted in the acceptance that the crime was committed, but also in denial that it was done deliberately or intentionally²⁷. In order to do that, it could relate to three separate situations: necessity, accident and ignorance. If they were proven, they could result in full acquittal²⁸. However, the judicial analysis was much more detailed. When analyzing the necessity the judge had to consider whether it was the defendant's fault that he was brought to this situation. So if he was guilty in any way that he appeared in the situation of necessity and in order to save himself he committed a crime, he would be responsible for such an act. Next, the judge had to inquire what means he had to avoid or lighten this superior force and what he could do or contrive against it. And again, if he could prevent or diminish the consequences of this necessity or he could influence somehow its results and he did not do it, he would not be exculpated. Afterwards, the judge had to make some observations based on conjectural issues, which may show that the perpetrator's action was premeditated. They are enumerated and precisely described in *Rhetorica ad Herennium*, but their analysis surpasses the objectives of this paper. It is enough to mention that conjectural premises are divided in six parts: probability concerning criminal's motive and manner of life, comparison with others, signs such as place, time or occasion, presumptive proof of the criminal offence, subsequent behavior of the perpetrator and the confirmatory proof²⁹. Each of them is also divided in smaller sections and precisely analyzed. At last, the judge should decide, whether the necessity was a sufficient excuse for acquittal. All these circumstances were checked in order to establish the responsibility of the defendant in case of necessity.

Similar analysis was performed in the case of ignorance. The judge had to determine, whether the defendant could be uninformed and did he make an effort to inform himself or whether it was his fault. Then, if the error was a result of some accidental situation such as being under emotions or influence of wine, he could not defend himself with ignorance. They were clearly distinguished and hence did not result in exculpation. So the perpetrator who committed crime of passion or was drunk in the course of action was considered as guilty and punished respectively³⁰. In the end, it had to be checked on the basis of some assumptions and general premises, whether he was really uninformed and if that was a sufficient justification for his deed. The same observations took place in case of accidental offences.

²⁷ On the other hand, *deprecatio* was full acknowledgment, both of the fact and the guilt, but even so the defendant plead for mercy, see *Rhet. Ad Her.* 2.25.

²⁸ These institutions are similar to modern solutions: error (art. 28-30 of Polish Penal Code); higher necessity (art. 26) and principle of guilt (art. 1).

²⁹ *Rhet. Ad Her.* 2.2-8.

³⁰ See P. Kubiak, *Czyn Patroklosa a rzymskie prawo karne – czyli o przestępstwach popełnionych w afekcie w antycznym Rzymie*, „Studia Prawnicze Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 2013; idem, *Stan nietrzeźwości jako „afekt” w rzymskim prawie karnym*, „Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego” 2013.

Conclusions

Roman criminal law indeed provided, for modern standards of human rights, many cruel and brutal penalties. However, in its total evaluation some other aspects has to be taken into considerations as well. In the light of presented analysis it may be assumed that not only jurists, what can be expected, but also other authors including Christian writers emphasized that severe punishments are just and fair, if executed against guilty criminals. Obviously the limits of what is good or bad, right and cruel had to be different than in modern times. The idea of severe but deserved penalty for criminal offences seems to be rooted very deeply in the Romans’ mentality, but evidently *tempora mutantur et nos mutamur in illis*.

However, more important is the fact that Roman jurists created and implemented many fundamental principles which are considered basis for most of modern legal systems as well. Prohibition of proceedings against absentee, presumption of innocence and general *in dubio pro reo* are just the most eminent examples of general rules which are considered foundations of criminal’s right to defend. In the opposition to the harshness of system of Roman penalties jurists were not only encouraging but also compelling judges to be very kind in their decisions and act with moderation and leniency. They had all the conditions to follow these instructions especially in *cognitio extra ordinem* procedure, where their discretion was considerable. Thus their sentences could have major impact on the social perception of criminal law. In this way, an issue of contrast between the law *sensu stricto* and its application arises. Even if the law is soft for criminals, it provides mild punishments, still the judges in the frames of their discretion can deliver the most severe sentences. And *vice versa* – the variety of cruel punishment can be inflicted very rarely by benevolent judges. Their activity seems to be essential for proper evaluation of application of criminal law. In this way, these two phenomena has to be distinguished when judging any legal system.

Moreover, Roman judges were not only equipped with wide scope of discretion and were obliged to leniency, but they possessed also very subtle and refined methods of judicial analysis of every case. Not only jurists, but also orators and rhetors contributed in this specific field. Although the Romans are famous for their unwillingness to create definitions and precise distinctions in their commentaries, there are many examples of high level of juridical reflection and legal reasoning in the sources. They were considerably inventive and perceptive in the range of circumstances of criminal offences influencing the measurement of penalties concerning both aspects of the crime as to the doer and to the deed. Thus the judges could take into consideration even the smallest facts of the case. On the other hand rhetorical writings are extremely helpful in this field. They can be considered an important supplementation of legal sources, because they reveal the extent and depth of judicial analysis and main types of argumentation used by accusers and defendants. It seems that process of establishing the perpetrator’s guilt and the range of analyzed circumstances is similar to the present procedures.

Obviously, negative judgments about Roman criminal law could be maintained. The vivid stories from Christian martyrology or history of gladiatorial games are probably the most convincing arguments. However, the subject of such evaluation has to be precisely determined. And it may be only suggested that in order to be call them “thorough analysis”, they should include the social opinion of ancient Romans about their legal system and also some “formal” achievements of jurists and rhetors in the field of criminal law. In such case the answer is no longer so simple, because both of these factors suggest other evaluation. Even though, there would be still an imperceptible aspect of judging the system as a collection of rules or its application in daily life. Thus the question, whether the Roman criminal law was “tolerant” can be transformed into the issue of tolerance of the Romans themselves. But this is definitely different story...

Resumen

Palabras clave: Derecho romano, Derecho penal, principios del derecho, presunción de inocencia, juristas romanos, retórica, accidente, necesidad, ignorancia.

El Derecho penal romano se considera severo e intolerante debido la amplia gama de penas crueles y dolorosas. Sin embargo, en ocasiones, en el proceso de análisis de las fuentes se comete un error de perspectiva histórica. Para evitarlo, se deben tomar en consideración tanto aspectos materiales como formales del ordenamiento jurídico. En cuanto a los materiales, se trata de los aspectos relativos a las características de las infracciones penales, el tipo de sanciones, etc. Es más, en este sentido, la visión social y general de los antiguos romanos sobre el derecho penal debe determinarse sobre la base de fuentes legales y literarios, así, parece que los romanos consideraban su sistema de castigos como justo y equitativo. En cuanto a los aspectos formales del derecho penal, su análisis es mucho más objetivo desde un punto de vista histórico, ya que se trata del estudio de las instituciones y los mecanismos que determinan la culpabilidad del autor del ilícito penal así como de la pena impuesta. A la luz de las fuentes legales deben ser tratadas dos cuestiones esenciales: en primer lugar, se deben analizar los principios fundamentales del derecho penal que también son base de los sistemas jurídicos modernos como la prohibición de las actuaciones en ausencia, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* y algunos otros; en segundo lugar, las diferentes instituciones del derecho penal que actúan como medio de mitigación de las penas e incluso de exculpación. Igualmente, los jueces tuvieron gran margen de discrecionalidad respecto a los diversos castigos, es más, en ocasiones se les obliga a actuar con moderación y clemencia ya que durante la instrucción judicial debían ser analizadas las diferentes circunstancias de delito, las motivaciones, las características personales, el lugar, el tiempo, el resultado, etc., y, con fundamento en todas ellas, se debía decidir el castigo adecuado. Las fuentes retóricas muestran el alcance y la profundidad de estos análisis. Parece que el Derecho penal romano incluía ciertas instituciones que garantizaban su “tolerancia” de forma que se otorgaba relevancia al del “factor humano” y su influencia en la vida diaria.

Streszczenie

Kilka uwag na temat surowości rzymskiego prawa karnego w świetle źródeł prawnych i retoryki

Słowa kluczowe: prawo rzymskie, prawo karne, zasady prawa, domniemanie niewinności, jurysprudencja rzymska, retoryka.

Rzymskie prawo karne jest postrzegane jako bardzo surowe i nietolerancyjne, głównie z powodu dosyć szerokiego wachlarza okrutnych oraz dotkliwych kar. Opinie tego rodzaju oparte są na źródłach, czasami jednak w procesie ich formułowania popełniany jest błąd perspektywy historycznej. Aby go uniknąć, warto rozważyć zarówno materialne, jak i formalne aspekty tego systemu prawa. Pierwsze dotyczą regulacji odnoszących się do poszczególnych przestępstw, rodzaju stosowanych kar itp. Należy przy tym pamiętać o społecznych poglądach Rzymian na temat surowości prawa karnego oraz zasadności wymierzanych kar. Wydaje się, iż postrzegali oni swój system stosowanych sankcji za sprawiedliwy i uzasadniony jednocześnie. Formalne aspekty prawa karnego, zdecydowanie ważniejsze oraz bardziej obiektywne dla historycznej oceny danego systemu prawa, dotyczą różnego rodzaju instytucji oraz mechanizmów stworzonych w celu ustalenia zakresu odpowiedzialności sprawcy i wymierzenia adekwatnej kary. W świetle źródeł warto wskazać na dwa elementy odnoszące się do łagodności rzymskiego prawa karnego. Pierwszy to sformułowanie fundamentalnych zasad prawnych, takich jak zakaz procedowania pod nieobecność oskarżonego, domniemanie niewinności lub orzekania na korzyść oskarżonego, stanowiące podstawę również współczesnych systemów prawnych. Drugi ważny element to pojawienie się w rzymskim prawie karnym pewnych instytucji, które wpływały na złagodzenie odpowiedzialności sprawcy lub nawet jego uwolnienie. Rzymscy sędziowie nie tylko dysponowali szerokim zakresem stosowanych kar, lecz przede wszystkim zachęcani byli do wyrokowania w sposób łagodny oraz z umiarem. W procesie orzekania o danej sprawie drobiazgowo analizowali stan faktyczny oraz jego elementy, takie jak motywacja sprawcy, jego cechy osobiste oraz ofiary, czas i miejsce popełnienia czynu, skutek przestępstwa i wiele innych. Na ich podstawie dopiero decydowali o wymiarze kary. Źródła pokazują charakter oraz rozmiar szczegółowości sędziowskiej analizy. Wydaje się, że prawo rzymskie znało wiele instytucji, które służyły relatywizacji kary do popełnionego czynu, a zatem również nawiązywały do tolerancji w traktowaniu przestępców.

Dobrochna Ossowska-Salamonowicz

Katedra Prawa Konstytucyjnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Gwarancje wolności osobistej i prawa obywatelskie w Konstytucji Królestwa Polskiego z 1815 r.

Analiza praw i wolności zawartych w Konstytucji Królestwa Polskiego przeprowadzona została w oparciu o ówczesnie obowiązujące akty normatywne (konstytucje, dekrety cesarsko-królewskie oraz postanowienia Księcia Namiestnika). W porównaniu do Konstytucji Księstwa Warszawskiego¹ była to ustawa liberalna, bo wprowadzała więcej praw obywatelskich. Ludność Królestwa Polskiego miała formalnie zagwarantowane więcej praw i wolności niż obywatele Cesarstwa Rosyjskiego. Zgodnie z art. 17 prawo to rozciągało swą opiekę na wszystkich obywateli bez różnicy stanu i powołania, co nie oznaczało jednak, że byli oni równi wobec prawa. Konstytucja Królestwa Polskiego pomijała zupełnie kwestie dotyczące chłopstwa, starozakonnych i Tatarów (mahometan²), równocześnie poszerzając katalog uprawnień szlachty³. Pra-

¹ Art. 4 Konstytucji Księstwa Warszawskiego formalnie znosił niewolę. Gwarantował też wszystkim obywatelom równość wobec prawa i opiekę ze strony państwa. Postanowień takich nie zawierała już Konstytucja Królestwa Polskiego z 27 listopada 1815 r. Zob. [online] <<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/kpol/1807.html>> (dostęp: 1.04.2013).

² Joachim Lelewel uważa, że „Tatarzy mahometanie za rzeczpospolitej praw obywatelskich zażywali. Za księstwa z zasad konstytucji, prawo to, tak cywilne, jak polityczne w zupełności dochowali. Konstytucja królestwa zapomniała o nich, nawet obywatelstwo politycznie samym chrześcijanom przyznając, wyłączyła ich: wszakże uczucia narodowe nieprzeczyły im tego prawa, które swymi obywatelskimi cnotami z dawnych pokoleń pozyskali” – *Trzy konstytucje polskie 1791, 1807, 1815: porównał i różnice ich rozważył w Polsce Joachim Lelewel*, dla użytku tułaczów polskich we Francji przedrukował i ofiaruje Leonard Chodźko, Paryż 1832, s. 54.

³ Szlachta była uprzywilejowana np. w wyborach do Izby Poselskiej, a dla „właścicieli gruntowych” zastrzeżone były niektóre urzędy, np. prezesów sądów pierwszej instancji. Senatorem mógł być tylko ten, kto opłacał dwa tysiące złotych rocznego podatku, posłem zaś ten, kto opłacał najmniej sto złotych podatku. Wprowadzono więc cenzus majątkowy. Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z 15/27 listopada 1815 r., [w:] *Historia ustroju i prawa w Polsce 1772/1795 – 1918, Wybór źródeł*, opr. M. Kallas, M. Krzymkowski, Warszawa 2006, s. 98–110.

wa obywatelskie sformułowano zasadniczo w tytule II „Zaręczenia ogólne” oraz w tytule VII „Urządzenia ogólne”. Wśród tych praw wymienia się:

1) „szczególną opiekę rządu” nad religią rzymskokatolicką i greckounicką oraz wsparcie duchowieństwa wyznania ewangelicko-augsburskiego i ewangelicko-reformowanego (art. 11–15);

2) wolność druku, mimo iż faktycznie ograniczoną poprzez przewidziane prawem środki ukrócenia jej nadużycia (art. 16);

3) gwarancje nietykalności osobistej – ujętej jednak odmiennie niż dotychczas (art. 18–24);

4) „świętość i nietykalność wszelkiej własności jakiegokolwiek nazwiska i rodzaju”, a ewentualne wywłaszczenie wyłącznie na cele użyteczności publicznej i za sprawiedliwym wynagrodzeniem (art. 26–27);

5) zniesienie kary konfiskaty (art. 159);

6) swobodę przenoszenia osób i mienia (art. 24);

7) uznanie języka polskiego za oficjalny język urzędowy we wszystkich czynnościach publicznych (art. 28);

8) obsadzanie urzędów publicznych Polakami (z wyjątkiem urzędu namiestnika, którym mógł być także książę krwi cesarsko-królewskiej).

Konstytucja Królestwa Polskiego, inaczej niż Konstytucja 3 maja 1791 r., nie wprowadzała religii panującej (stanu). Wyraźnie jednak zaręczyła ochronę wyznaniom chrześcijańskim⁴. Szczególna opieka rządu nad religią rzymskokatolicką miała swoje odzwierciedlenie m.in. w dekreście cesarsko-królewskim, z którego wynikało, że komisje wojewódzkie (przy udziale komisarza i przedstawiciela biskupa) dokonają spisu ówczesnego stanu majątku kościelnego (w dobrach, gruntach, dziesięcinach, czynszach i kapitałach). Ponadto komisarze mogli dołączyć do tego spisu swoje wnioski w kwestii potrzeby łączenia parafii i wynikających z tego korzyści⁵. W innym dekreście (wydanym w tym samym czasie, co dekret o spisie majątku kościelnego) król Aleksander I, chcąc skutecznie zapobiec upadkowi kościołów parafialnych, przy każdym z nich ustanawiał kollatora, plebana i trzech parafian (zatwierdzonych przez komisje wojewódzkie), których obowiązkiem było czuwanie nad kościołami, mieszkaniami plebańskimi i cmentarzami. W praktyce cały ciężar utrzymania parafii spoczywał na plebanie i parafianach⁶. Państwo

⁴ Wyznania chrześcijańskie to: katolicyzm, prawosławie, protestantyzm. Poza opieką państwa zatem znajdowali się żydzi (starozakonni) i mahometanie.

⁵ Dekret Cesarsko-Królewski z dnia 6/18 marca 1817 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 25, s. 250–254.

⁶ Do ich obowiązków należało: dozorowanie kościoła, mieszkania plebańskiego i cmentarza, zarządzanie funduszem remontowym kościoła, przestrzeganie, aby dochód z pokładnego przeznaczony był na utrzymanie i konserwację cmentarza, dysponowanie samodzielnie lub za zgodą komisji wojewódzkich funduszami kościelnymi, coroczne przesyłanie rachunków komisjom wojewódzkim, a po ich analizie Komisji Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego, zaś tam gdzie nie ma żadnego funduszu na utrzymanie kościoła, dbanie, aby sami parafianie go utrzymywali, a gdyby były potrzebne znaczne naprawy czy budowa nowego kościoła – informowanie

„zaopiekowało” się również wszelkimi dobrami i funduszami zlikwidowanych przez siebie zgromadzeń i instytucji duchownych, tak że nie były już one źródłem uposażenia duchowieństwa, lecz przeszły pod zarząd administracji rządowej i mogły być inaczej rozdysponowane⁷. Ponadto fundusze duchowieństwa Księstwa Poznańskiego (które znalazły się na obszarze Królestwa Polskiego) przeszły pod bezpośredni zarząd Komisji Rządowej Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego⁸.

W odniesieniu do wyznań ewangelickich, aby zapewnić stały i jednolity porządek, Mikołaj I dekretem cesarsko-królewskim ustanowił jeden Generalny Konsystorz Ewangelicki na całe Królestwo Polskie podlegający Rządowej Komisji Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego, który miał zajmować się tym wszystkim, co dotyczy dobra kościołów ewangelicko-augsburskiego i ewangelicko-reformowanego i szkół wyznawców tych religii. Artykuł 14 Konstytucji stanowił, że w Senacie zasiadać będzie tyłu biskupów obrzędu rzymskokatolickiego, ilu prawo oznaczy województw, a prócz tego biskup greckounicki. W praktyce w Senacie zasiadał jeden arcybiskup i siedmiu biskupów obrządku łacińskiego oraz jeden biskup obrządku greckounickiego⁹.

Wolność druku, zaręczona art. 16 Konstytucji Królestwa Polskiego, w praktyce doznała wielu ograniczeń. Lakoniczne stwierdzenie „prawo przypisze środki ukrócenia jej [wolności druku] nadużyć” zostało rozwinięte m.in. postanowieniem Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego z dnia 22 maja 1819 r. Komisja Rządowa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego została wyposażona w kompetencję do przedsięwzięcia wszelkich środków, jakie uzna za wskazane do ukrócenia nadużycia wolności druku, stosując się do dawnego prawodawstwa polskiego (w tym Księstwa Warszawskiego). Dalej Komisja Wyznań wraz z Komisją Spraw Wewnętrznych i Policji były uprawnione do dokonywania cenzury wszelkich gazet i pism periodycznych¹⁰, a od

o tym komisji wojewódzkiej. Pleban był odpowiedzialny za wszelkie naprawy swojego mieszkania. W przypadku większego remontu lub konieczności budowy nowego kościoła lub mieszkania plebana komisja wojewódzka – po zarządzeniu sporządzenia obrysu i kosztorysu – przesyłała taki wniosek Komisji Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego do zatwierdzenia. Plebani w zależności od dochodu również procentowo dokładali się do kosztów budowy. Część kosztów ponosili także kollator i parafianie. Dochody z pokładnego były przeznaczone na utrzymanie cmentarza. Gdyby jednak wpływy z pokładnego okazały się niewystarczające, wówczas parafianie mieli partycypować w kosztach. Zob. Dekret Cesarsko-Królewski z dnia 6/18 marca 1817 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 25, s. 242–249.

⁷ Postanowienie Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego z dnia 26 czerwca 1819 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 26, s. 355–357.

⁸ Postanowienie Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego z dnia 22 stycznia 1820 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 27, s. 447–449.

⁹ Statut Organiczny o Senacie z dnia 7/19 listopada 1816 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. II, nr 10, s. 269–290.

¹⁰ Postanowienia Księcia Namiestnika Królewskiego w Radzie Stanu z dnia 22 maja 1819 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 26, s. 327–329.

16 lipca 1819 r.¹¹ także wszelkich innych dzieł i pism (nawet jeśli nie były periodyczne). W ten sposób komitety cenzury podlegały dwóm ministerstwom: Oświaty i Policji. Cenzorzy byli zatem podwójnie kontrolowani. Sytuacja taka zmuszała ich do szczególnej czujności i ostrożności przy wydawaniu decyzji o akceptacji do druku. Początkowo cenzorami byli profesorowie akademicy, później także inne osoby (nie posiadające takiego autorytetu i doświadczenia jak profesorowie), które z góry podejrzewano o sprzyjanie autorom¹². Polskie prawo karne z 1818 r. w art. 280 przewidywało, że „kto się poważy drukować niepublikowane prawa i postanowienia rządowe bez zezwolenia lub zalecenia właściwej zwierzchności, karę pieniężną od 40 do 500 zł zapłaci, a za trzecim powtórzeniem tego występku profesję drukarską utraci”¹³.

Nowelizacja prawa dotyczącego prasy z 1822 r. wyłączyła spod cenzury „Dzienniki Wojewódzkie” i ogłoszenia publiczne (które były pod nadzorem policji). Postanowieniem Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego z dnia 7 maja 1822 r. wprowadzono instytucję Rady Stanu Dyrektora Generalnego wychowania publicznego, którym został członek Komisji Rządowej Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego Jan Kalasanta Szaniawski. Wraz z trzema podległymi mu referentami (dwoma z Rządowej Komisji Wyznań Religijnych i jednym z Rządowej Komisji Spraw Wewnętrznych i Policji) miał on dokonywać cenzury wszelkich pism wychodzących w Królestwie¹⁴. Jak pisze Jacek Sobczak, „organizacja cenzury nie została określona przez żadne wyraźne przepisy ani instrukcje. Nie miała nawet stałych wytycznych danych z góry. Postanowienie z 7 maja 1822 r. nakładało na Szaniawskiego powinność sporządzenia szczegółowej instrukcji, która miała obowiązywać do czasu wydania, zgodnie z art. 16 Konstytucji, prawa o środkach ukrócenia nadużyć wolności druku. Instrukcja taka nie została opracowana”¹⁵.

W Konstytucji Królestwa Polskiego król zaręczał, „iż nikogo więzić nie pozwoli bez przekonania prawem”. Artykuł 6 kodeksu karzącego odzwierciedlał zasadę *nullum crimen sine lege*. Stanowił, że „za zbrodnię, występki lub przewinienie policyjne taki tylko czyn uważany i ukarany być powinien, który w niniejszym prawie za zbrodnię, występki lub przewinienie policyjne

¹¹ Postanowienia Księcia Namiestnika Królewskiego w Radzie Stanu z dnia 16 lipca 1819 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 26, s. 362–363.

¹² B. Mucha, *Dzieje cenzury w Rosji*, Łódź 1994, s. 59.

¹³ Prawo karne polskie – uchwała sejmowa z dnia 14/24 kwietnia 1818 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. V, nr 20, s. 152.

¹⁴ Radca Stanu Dyrektor Generalny i trzej referendarze mieli ponadto do swojej dyspozycji kancelistę oraz posługacza (art. 4). Ponadto Radca Stanu określał instrukcję, według której referendarze i władze w województwie miały służyć przy prawidłowym sprawowaniu obowiązku cenzury (art. 3). Zob. Postanowienia Księcia Namiestnika Królewskiego w Radzie Stanu z dnia 7 maja 1822 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VII, nr 32, s. 368–375.

¹⁵ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2000, s. 32.

jest uznany¹⁶. Odstępstwa od tej zasady stanowiły wyjątki przewidziane w art. 362 i 382 – pozwalające na stosowanie analogicznych kar do tych przewidzianych za działania wymierzone przeciwko bezpieczeństwu życia w ogólności i bezpieczeństwu osobistemu co do ciała w ogólności, które wcześniej nie zostały wymienione i określone prawem. Także przewinienia polityczne (nie ujęte wcześniej w księdze III) miały być stosownie do swej natury i według kar przewidzianych kodeksem skarcone (art. 588). W kodeksie występowała także zasada *nulla poena sine lege*, wyrażona w polskim prawie karnym. W odniesieniu do zbrodni art. 48 ograniczał samowolność sędziego w wymierzaniu kar. Nie mógł on bowiem orzec kary ani surowszej, ani łagodniejszej niż przewidziana prawem, zaś art. 60 ograniczał samowolność sędziego przy zastrzaniu kar. Z drugiej strony art. 49 stanowił, że można winowajcy zasądzić tylko taką karę, jaka jest przewidziana przepisami kodeksu i nie ma wpływu na rodzaj (oraz wymiar) kary ani ugoda z poszkodowanym, ani tym bardziej przebaczenie ze strony poszkodowanego. W stosunku do występków art. 225 również ograniczał samowolność sędziego. Rodzaj kary, co do zasady, nie mógł zostać zmieniony (lub zniesiony) żadnym układem, a sędzia nie mógł orzec dłuższej kary niż przewidziana przepisami. W pewnych jednak okolicznościach można było zmienić karę prawem postawioną¹⁷. Jak pisał Joachim Lelewel: „wolność osobista, bez względu na uroczysty przepis, gwałconą i znieważaną była i król na to pozwalał. W zastrzeżeniu wolności osobistej Konstytucja Królestwa dała uczuć niewolność samego Królestwa, gdy warowała osobno, że skazany na karę, ponosić ją będzie w Królestwie i że nikt nie będzie mógł być z kraju wywożony, wyjąwszy w przypadkach wywołania prawem oznaczonych, albowiem słuszna mogła być obawa, aby kto za karę, lub dowolnie, z kraju na Syberię wywiezionym nie został”¹⁸.

Ochronie prawnej podlegała własność prywatna. Wywłaszczenie było dopuszczalne, ale tylko na użytek publiczny postanowieniem króla lub namiestnika w Radzie Stanu (na wniosek właściwej rządowej komisji). Można było wywłaszczyć jedynie ze względu na zakładanie i regulację dróg, zakładanie i regulowanie ulic i placów w miastach, prostowanie i obwarowywanie rzek, założenie spławnych kanałów, koniecznych pod instytucje publiczne oraz na wystawienie twierdz i warowni. Potrzebę wywłaszczenia miał każdorazowo

¹⁶ J. Migdał, *Prawo Kodexu Karzącego dla Królestwa Polskiego z 1818 roku*, Gdańsk 2006, s. 28.

¹⁷ Zgodnie z art. 226 można było karę zamienić, jeśli (1) kara pieniężna w majątku skazanego spowodowałaby znaczny uszczerbek – wówczas każde 6 zł zamieniano na jeden dzień zamknięcia, (2) przez długość zamknięcia zarobek skazanego (a w tym sposób utrzymania jego i rodziny) na upadek byłby wystawiony – wówczas zamieniano karę zamknięcia na karę cielesną (1 różga = 1 dzień zamknięcia mężczyzny, 1 różga = 2 dni zamknięcia kobiety). Z tego prawa nie mogli skorzystać podpalacze i złodzieje. Ponadto jeśli majątek skazanego był wystarczający, możliwa była zamiana kary aresztu domu publicznego na karę pieniężną. Zob. Kodeks karzący Królestwa Polskiego, „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. V, nr 20, s. 121–124.

¹⁸ J. Lelewel, *Trzy konstytucje...*, s. 45–46.

na posiedzeniu Rady Stanu wnioskować namiestnik. Kwotę rekompensaty za wywłaszczony grunt mieli określać biegli. W przypadku, gdy właściciel gruntu nie godził się z wyceną, mógł wnieść sprawę do sądu. Nie wstrzymywało to jednak zajęcia gruntu¹⁹. Postanowienie z roku 1816 szybko – bo już w 1820 r. – zostało rozwinięte obszerniej i mniej korzystnie dla właścicieli wywłaszczanych gruntów. Poszerzono katalog sytuacji uzasadniających wywłaszczenie (np. dodano możliwość wywłaszczenia z powodu założenia obozu wojskowego lub odbywania popisów wojskowych). Postanowienie o wywłaszczaniu miał wydawać król lub namiestnik po wysłuchaniu zdania Rady Stanu, a następnie winno być ono publikowane w „Dzienniku Województwa” (tego, gdzie leży własność) oraz w „Gazecie Warszawskiej”, tak aby mogli zgłosić się wierzyciele. Organem właściwym do stwierdzenia wywłaszczenia był sąd ziemski (właściwy miejscowo). Sąd ziemski wyznaczał sędziego zjazdowego i biegłych (do oszacowania wartości nieruchomości) lub inne osoby wskazane przez strony. W przypadku niesatysfakcjonującego go wyroku, właściciel wywłaszczanego gruntu nie mógł odwołać się do sądu wyższej instancji lub złożyć wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ten sam sąd. Co więcej, wyroku tego, jeśli był naoczny, nie trzeba było doręczać. Mógł jedynie odwołać się od wyroku w kwestii wysokości odszkodowania. Nie powodowało to jednak wstrzymania wywłaszczenia. Postanowienie to obowiązywało do 1852 r.²⁰

Zakaz konfiskaty majątku przewidziany w art. 159 Konstytucji został powtórzony w art. 7 kodeksu karzącego z 1818 r., który stanowił, że kara dotyka tylko samą osobę przestępcy, natomiast prawomocne wyroki grzywny i obowiązku wynagrodzenia szkody przechodzą na sukcesorów jego majątku. Nie oznacza to jednak, że w pewnych konkretnych przypadkach kodeks nie dopuszczał możliwości przepadku niektórych przedmiotów. Osoby, które roznosiły lub wywoływały bez zezwolenia drukowane lub sztychowane materiały (pieśni, nowiny wojenne i inne) – czyli według kodeksu karnego pokątni drukarze i księgarze – mogli zostać ukarani nie tylko karą grzywny, lecz także zajęciem towaru, utratą pras drukarskich i innych rzeczy²¹. Z konfiskatą pras drukarskich (i innych rzeczy) wiązał się obowiązek sprzedaży zajętych rzeczy i przekazania dotychczasowemu właścicielowi kwoty uzyskanej ze sprzedaży. Często też „utrata handlu lub profesji” (czyli prawa do wykonywania zawodu) wiązała się z przypadkiem poszczególnych przedmiotów. Jubiler lub złotnik w sytuacji recydywy nabycia klejnotów od „osób

¹⁹ Postanowienie Namiestnika Królestwa w Radzie Stanu z dnia 24 sierpnia 1816 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. II, nr 8, s. 3–8.

²⁰ Postanowienie Namiestnika Królestwa w Radzie Stanu z dnia 12 października 1820 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VII, nr 29, s. 87–101.

²¹ Art. 487 w zw. z art. 506 polskiego kodeksu karnego z 14/26 kwietnia 1818 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. V, nr 20, s. 260, 266.

podejrzanych” tracił prawo do wykonywania zawodu (art. 416), podobnie jak lekarz, położna czy aptekarz za ujawnienie tajemnicy zawodowej (art. 441, 442). Kara konfiskaty mogła być też orzekana jako kara dodatkowa przy niektórych wykroczeniach, np. w stosunku do osób zajmujących się wróżeniem lub wykładaniem snów dla zarobku – zabierano sprzęty i książki wykorzystywane w tej profesji (art. 532 w zw. z art. 541). Kary konfiskaty mogły więc być obligatoryjne lub fakultatywne.

Konstytucja Królestwa Polskiego przewidywała swobodę przenoszenia osób i mienia. Przepis ten nie odnosił się jednak do wszystkich. Dekretem cesarsko-królewskim z dnia 25 kwietnia (7 maja) 1822 r. Aleksander I, uwzględnivszy pozytywne skutki dekretu z dnia 16 marca 1809 r., aby zapobiec nadmiernemu skupianiu się Żydów w Warszawie i innych miastach, postanowił od 1 stycznia 1823 r. wprowadzić nowe zasady osiedlania się starozakonnych w miastach. Odtąd w każdej izbie mieszkalnej mogła zamieszkiwać tylko jedna rodzina (mąż, żona, dzieci nieżonate, słuźący i wyjątkowo owdowiała matka lub ojciec, jeśli nie ma osobnego źródła utrzymania i potrzebuje pomocy swych dzieci). Wszystkie kontrakty najmu mieszkań musiały być spisane i uwzględniać wszystkich członków rodziny (według wieku i płci) oraz zostać corocznie złożone u burmistrza i umieszczone w odpowiedniej księdze. Dwa razy w roku urzędnicy urzędów municypalnych mogli dokonać rewizji mieszkań zamieszkałych przez Żydów. W przypadku naruszenia tego zakazu, można było dokonać egzekucji mieszkania i eksmitować mieszkańców. Ponadto w miastach wojewódzkich, powiatowych lub innych (wskazanych przez Komisję Rządową Spraw Wewnętrznych i Policji) starozakonnym zabroniono stawiać drewniane domy. Mogli jedynie budować domy murowane z dachami krytymi dachówką, a w wyjątkowych sytuacjach ze słomy zmieszanej z gliną. Komisja Rządowa Spraw Wewnętrznych i Policji została uprawniona do określania rewirów (ulicy lub kilku ulic, rzadko dzielnicy), w których mogli osiedlać się starozakonni²².

²² Bogdan Jagiełło w „Roczniku Żyrardowskim” pisze, że „początkowo wyznaczono w Królestwie Polskim 31 takich rewirów, ale później na samym Mazowszu było ich niemal tyle. Na lewym brzegu Wisły rewiry wyznaczono w Warce, Górze Kalwarii, Rawie, Jeźowie, Skierniewicach, Wiskitkach, Bolimowie, Łowiczu, Osmolinie, Gąbinie i Gostyninie. Aż 90 miast miało przywileje zakazujące wpuszczania Żydów, których jednak nie przestrzegano. Żydzi musieli też płacić podatek „koszerny” oraz tzw. biletowe za prawo wstępu do miasta. Wydano też oficjalny zakaz osiedlania się dalszych Żydów w Mszczonowie, Rawie, Skierniewicach, Wiskitkach, Łowiczu, Jeźowie i Gąbinie, ale bez zbytniego rezultatu. Od pierwszych lat Królestwa Polskiego dynamicznie wzrastał liczbowy i procentowy udział Żydów wśród mieszkańców 4 miast obwodu sochaczewskiego, a potem powiatu łowickiego (Bolimów, Łowicz, Sochaczew i Wiskitki). Grodzisk Mazowiecki ustanowił w 1820 r. rekord nie tylko dla powiatu warszawskiego. Mieszkało w nim 498 osób, w tym 444 (89,2%) Żydów”. Zob. B. Jagiełło, *Z dziejów osadnictwa żydowskiego na Mazowszu Zachodnim (do 1914 r.)*, „Rocznik Żyrardowski” 2011, t. IX, s. 534-535, [online] <http://wsrl.pl/uploads/documents/Rocznik%20IX%20artyku%C5%82y/20_Jagie%C5%82o%C5%82o.pdf> (dostęp: 18.06.2013).

Ze swobody przemieszczania nie mogli skorzystać również chłopci. W odróżnieniu od Konstytucji Księstwa Warszawskiego (w art. 4²³) nowa ustawa zasadnicza nie znosiła poddaństwa, a tym bardziej nie wspominała o prawie chłopów do posiadania ziemi. Jak pisze Andrzej Ajnenkiel: „ustawodawstwo Królestwa, rozszerzając przez nadanie panom wsi uprawnień władzy policyjnej w stosunku do chłopów, faktycznie ograniczyło ich formalną równość wobec prawa, zarazem swobody osobiste. Było to posunięcie poważnie podważające normę art. 4 Konstytucji Księstwa znoszącą poddaństwo chłopów”²⁴.

W stosunku do obywateli państwa rosyjskiego postanowieniem Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego generała Zajączka zagwarantowano wszystkim trudniącym się przemysłem, handlem, furmanką, po okazaniu stosownych zaświadczeń lub paszportów, swobodne wpuszczenie (na terytorium Królestwa Polskiego), wolny przechód i pobyt²⁵.

Uznanie języka polskiego za obowiązujący w urzędach w Królestwie Polskim miało być gwarancją, że nie zostanie formalnie wprowadzony jako urzędowy język rosyjski. Stopniowo rusyfikowano jednak urzędy, wprowadzając przepisy dające pierwszeństwo tym z kandydatów na urzędników, którzy udowodnią znajomość języka rosyjskiego. Od 20 sierpnia 1837 r. (czyli pod rządami Statutu Organicznego z 1832 r., który zniósł Konstytucję Królestwa Polskiego z 1815 r.) obligatoryjnie wszyscy urzędnicy musieli znać rosyjski. Mikołaj I uważał, że administracja Królestwa Polskiego posługująca się językiem rosyjskim (podobnie jak to było w carskiej Rosji) będzie działała sprawniej, przy czym zapewnił wszystkie możliwe środki do pogłębienia znajomości języka. Od 1833 r. wprowadzono zupełnie nowy program nauk w szkołach, równocześnie zapewniając wymaganą liczbę nauczycieli i podręczników do nauki rosyjskiego²⁶.

Kwestie praw politycznych, lakonicznie wzmiankowane w Konstytucji Królestwa Polskiego, rozwinął i sprecyzował Statut Organiczny o Reprezentacji Narodowej z dnia 19 listopada (1 grudnia) 1815 r. W myśl Statutu wszelkie używanie praw politycznych (czyli zdolność bycia powoływanym na urzędy publiczne) uzależnione było od wpisania danej osoby do księgi obywatelskiej powiatu lub okręgu gminy oraz spełnienia kilku innych warunków. Artykuł 8 stanowił, że do ksiąg obywatelskich można wpisać tylko te osoby,

²³ Art. 4. Znosi się niewolę. Wszyscy obywatele są równi przed obliczem prawa; stan osób zostaje pod opieką trybunałów. W praktyce było to zniesienie poddaństwa chłopów i innych ograniczeń z tym związanych. Ustawa Konstytucyjna Księstwa Warszawskiego z dnia 22 lipca 1807 r., [online] <<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/kpol/1807.html>> (dostęp: 18.06.2013).

²⁴ A. Ajnenkiel, *Konstytucje polskie*, Warszawa 1991, s. 136.

²⁵ Postanowienie Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego z dnia 28 listopada 1818 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VI, nr 25, s. 261–264.

²⁶ Postanowienie Rady Administracyjnej Królestwa Polskiego z dnia 23 grudnia 1835/4 stycznia 1836, „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. XVII, nr 63, s. 408–411.

które miały już takie prawa w czasach Księstwa Warszawskiego, o ile złożyły przysięgę wierności panującemu królowi, w powiecie lub okręgu gminnym mieszkają od roku, mają skończone 21 lat oraz nie znajdują się w sytuacji powodującej utratę lub zawieszenie praw obywatelskich²⁷. Niekorzystanie z praw politycznych również skutkowało ich utratą. Zgodnie bowiem z art. 14 Statutu „używanie praw politycznych w pewnym powiecie lub okręgu gminnym zaprzeczone być może każdemu, któryby się bez słusznych powodów przez rok cały ciągle w tym powiecie lub okręgu gminnym się nie znajdował albo na trzech kolejnych sejmikach lub zgromadzeniach gminnych nie był przytomny”²⁸. Powodem usprawiedliwiającym niestawiennictwo było pełnienie obowiązków urzędnika publicznego lub posiadanie własności w innym powiecie lub okręgu gminnym²⁹. Postanowieniem Namiestnika Królestwa Polskiego z 2 grudnia 1821 r. wprowadzono zasadę, że wszyscy urzędnicy publiczni (czyli mianowani przez króla, jego namiestnika czy wybierani) muszą być zapisani w księgach obywatelskich prowadzonych przez Rady Wojewódzkie (art. 1). Urzędnicy mianowani po 21 października 1817 r. (art. 2) winni być uwzględnieni na listach sejmików i zgromadzeń gminnych, następnie na listach prowadzonych przez Rady Wojewódzkie, które muszą być potwierdzone przez Senat³⁰.

Konstytucja co prawda gwarantowała równość w korzystaniu z poszczególnych praw obywatelskich, ale nie głosiła przewidywanej w Zasadach Konstytucji Królestwa Polskiego równości wszystkich wobec prawa³¹. Niezależnie od tego, jak z perspektywy czasu oceniamy prawa i wolności przewidziane w Konstytucji Królestwa Polskiego, najsłabszym jej elementem była uznano-

²⁷ „Art. 11: Prawo obywatelskie utracą się. 1. Przez naturalizację w obcym kraju bez zezwolenia rządu. 2. Przez przyjęcie bez zezwolenia rządu krajowego: urzędów, tytułów, pensji lub ozdób od rządów zagranicznych. 3. Przez skazanie sądowe na kary cielesne lub hańbiące. Art. 12: Używanie praw politycznych utracą się za ofiarowanie datków w celu uzyskiwania kresek na Zgromadzeniach jako też przez przyjmowanie takowych datków. Art. 13: Używanie praw obywatelskich jest zawieszane. 1. Przez stan bankructwa lub Konkursu. 2. Przez zostawanie w służbie prywatnej. 3. Przez zostawanie pod udowodnionym zarzutem karnym lub kondemnata. 4. Przez zostawanie pod kuratelą lub interdycją sądową. 5. Przez oddanie pod sąd za wykroczenia w Urzędzie”. Statut Organiczny o Reprezentacji Narodowej z dnia 19 listopada 1815 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. I, nr 5, s. 289–290.

²⁸ Ibidem, s. 290.

²⁹ Ibidem, s. 285–291.

³⁰ Obydwie zasady (określone w art. 1 i 2) musiały zostać wykonane do końca grudnia 1822 r. Niedopełnienie tych wymogów (wpisania urzędników do odpowiednich ksiąg) skutkowało niemożnością dalszego sprawowania urzędów publicznych. Nie można było też mianować nowych urzędników, jeśli nie udowodnili spełnienia tych warunków. Postanowienie Księcia Namiestnika Królestwa Polskiego z dnia 2 grudnia 1821 r., „Dziennik Praw Królestwa Polskiego”, t. VII, nr 31, s. 270–274.

³¹ Art. 4 Zasad Konstytucyjnych Królestwa Polskiego przewidywał, że „starodawne prawo kardynalne: *neminem captivabimus nisi iure victum* zasłaniać będzie równie wszystkich klas mieszkańców” – Zasady Konstytucji Królestwa Polskiego z 15/27 listopada 1815r., [w:] *Historia ustroju i prawa w Polsce 1772/1795 – 1918...*, s. 93.

wość stosowania. Aleksander I zastrzegł sobie bowiem możliwość zmiany lub uchylecia ustawy. Formalnie jednak jej nie uchylił. Dopiero jego następca, car Mikołaj I, uchylił moc obowiązującą Konstytucji Królestwa Polskiego bez wydania stosownego aktu prawnego³². Aleksander I już niecałe dziesięć lat po nadaniu Konstytucji dokonał zmiany polegającej na wyłączeniu jawności obrad Sejmu poza momentami ich rozpoczęcia i zamknięcia. Podejmując taką decyzję, kierował się troską o spokój społeczny i pragnął zapewnić jak najwyższą jakość debaty parlamentarnej (wolnej od zawziętości i złości).

Na stosowanie postanowień Konstytucji Królestwa Polskiego z dnia 27 listopada 1815 r. wpływ miała w gruncie rzeczy paradoksalna sytuacja, że władca wielkiego mocarstwa, które nie posiadało własnej ustawy zasadniczej, miał w konstytucyjny sposób rządzić stworzonym przez siebie państwem.

Summary

Guarantees of personal freedom and civil rights in the Constitution of the Polish Kingdom of 1815

Key words: personal freedom, civil rights, constitution, freedom of the press.

The paper contains an analysis of the guarantee of personal freedom and civil rights contained in the Constitution of the Polish Kingdom, carried out on the basis of the normative acts (constitutions, Imperial and royal decrees and orders of Prince governor).

³² Zob: K.G., *Nadanie Ustawy Konstytucyjnej Królestwu Polskiemu. Rozmowa z prof. Marianem Kallasem*, [online] <www.muzhp.pl/kalendarium/1288/nadanie-ustawy-konstytucyjnej-królestwa-polskiego-wywiad-1815-11-27.html> (dostęp: 8.04.2013).

Wojciech Truszkowski*

Małgorzata Szwejkowska**

* Katedra Agrotechnologii i Zarządzania Produkcją Roślinną
Wydział Kształtowania Środowiska i Rolnictwa UWM

** Katedra Prawa Karnego Materialnego
Wydział Prawa i Administracji UWM

Prawo do środowiska a narastające zagrożenia ekologiczne

Kształtowanie pojęcia prawa do środowiska

Koncepcja praw podmiotowych, wywodząca się z XVII w., upatrywała źródła tych praw w niezbywalnej godności każdej jednostki ludzkiej, stąd też utarło się przekonanie o ich powszechnym i niezbywalnym charakterze. Aktualnie w literaturze przedmiotu wyróżnia się już IV generację praw człowieka¹, w ich kręgu zaś umieszcza się m.in. prawo człowieka do czystego środowiska. W analizowanym obszarze to uprawnienie określane jest w zróżnicowany sposób w różnych aktach prawa np. jako²:

- prawo do satysfakcjonującego, odpowiedniego środowiska,
- prawo do środowiska o jakości pozwalającej na życie w godności i dobrobycie,
- prawo do bezpiecznego, zdrowego i ekologicznego środowiska.

W Programie Środowiskowym ONZ (UNEP) zdefiniowano w sposób ogólny strategię kształtowania relacji między potrzebami człowieka a możliwościami środowiska naturalnego. Wskazano na konieczność budowania społeczeństwa, którego rozwój nie może być zakłócony barierami środowiskowymi, powstałymi jako rezultat rozwoju cywilizacji mechanistycznej. Społeczeństwo jest zdolne do sterowania rozwojem, a zatem także do respektowania praw środowiskowych m.in. poprzez oszczędną produkcję i konsumpcję oraz dba-

¹ D.G. Evans, *Human Rights: Four Generation of Practice and Development*, [w:] *Educating for Human Rights and Global Citizenship*, State University of New York Press, Albany 2007, s. 1.

² L. Karski *Prawo do czystego środowiska*, „Ochrona Środowiska. Przegląd” 2004, nr 4, s. 3, 7.

nie o przyszłe konsekwencje podejmowanych działań³. Zarysowanie w uzgodnieniach międzynarodowych celu, jakim jest szczególna opieka nad zasobami naturalnymi, pozwala zakładać zgodę na użycie odpowiednich środków niezbędnych do osiągnięcia tych zamierzeń. Pamiętać jednak należy, że może być wiele środków prowadzących do realizacji dozwolonego celu i wtedy ich wybór nie jest dowolny, lecz wynika z ustalonej hierarchii⁴.

Rosnąca świadomość znaczenia środowiska naturalnego jest motywowana zmniejszaniem się dostępności zasobów naturalnych, zauważalnym zarówno w skali makro, jak i w środowisku lokalnym. Dodatkową przesłanką na rzecz domagania się ochrony środowiska jest wyraźniejsze niż wcześniej dostrzeżenie powiązań między przyrodą a innymi sferami życia i działalności społeczeństw, jak również międzynarodowym znaczeniem co najmniej niektórych problemów ekologicznych⁵.

Już przed ponad pół wiekiem, w roku 1969, w przygotowanym na zlecenie Zgromadzenia Ogólnego ONZ raporcie „Człowiek i jego środowisko”, zwanym raportem U Thanta, przedstawiono skalę zagrożeń związanych z niszczeniem środowiska naturalnego. Pojawiła się tam, w znacznej części nadal aktualna, diagnoza problemów ekologicznych świata. Wśród nich wymieniono wyniszczenie ziem uprawnych i bezplanowy rozwój stref miejskich, jak też zmniejszanie się powierzchni wolnych, otwartych terenów. Zwrócono szczególną uwagę na znikanie wielu form życia zwierzęcego i roślinnego wraz z siedliskami, w których występują. Główny jednak nacisk położono na to, że zaawansowana technika i technologia nie przekładają się na przestrzeganie wymogów środowiskowych, następuje zanieczyszczenie środowiska, a szczególnie gleb, wody i powietrza. Podobne spostrzeżenia dotyczące rozwoju świata znalazły się w opublikowanym w 1972 r. raporcie Klubu Rzymskiego pt. „Granice wzrostu”.

W zależności od rodzaju działalności gospodarczej różne są oddziaływania na środowisko. Dlatego wpływ transportu będzie przejawiać się nie tylko w formie hałasu czy zanieczyszczeń powietrza, ale także przekształcania powierzchni ziemi przez budowę infrastruktury czy zmniejszanie poczucia bezpieczeństwa. Działalność usługowa może być rozpatrywana pod kątem nadmiernego zużywania zasobów (zwłaszcza energii), wytwarzania odpadów czy innych emisji związanych z prowadzoną działalnością. Także działalność rolnicza, chociaż powiązana wprost z jakością zasobów naturalnych, może powodować niekorzystne skutki w środowisku. Dlatego powinna podlegać w tym zakresie kontroli, regulacji korzystania szczególnie z wód i gleb oraz

³ E. Panfiluk, *Problemy zrównoważonego rozwoju w turystyce*, „Ekonomia i Zarządzanie. Kwartalnik Wydziału Zarządzania Politechniki Białostockiej” 2011, nr 2(3), s. 63.

⁴ R. Alberski, H. Lisicka, J. Sommer, *Polityka ochrony środowiska*, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2002, s. 73.

⁵ B. Hołyst, *Wiktymologia*, LexisNexis, Warszawa 2001, s. 199.

ograniczania potencjalnych zanieczyszczeń dotyczących eutrofizacji wód powierzchniowych na skutek wpływu powierzchniowego czy akumulacji substancji fitotoksycznych⁶. Jednak głównym źródłem niepokojących zmian w środowisku pozostaje, pomimo podejmowanych przedsięwzięć, przemysł. Przejawia się to zarówno w różnorodności, jak i intensywności rodzajów wpływu na środowisko. Dlatego działania zabezpieczające interes społeczny muszą być realizowane tak pod względem oszczędności wykorzystywanych zasobów i energii, jak unikania bądź ograniczania emisji do powietrza zanieczyszczeń powstających bezpośrednio lub pośrednio w związku z działalnością przemysłową.

Główne przeszkody rozwojowe mające swoje ekologiczne źródło to:

- 1) ciągłe wyczerpywanie zasobów nieodnawialnych (szczególnie zasobów energetycznych),;
- 2) niewystarczająca reprodukcja zasobów trudno odnawialnych (takich jak przestrzeń, kultura, kapitał ludzki) oraz
- 3) większe niż społecznie akceptowalne napięcia wynikające z nierówności zaspokajania potrzeb.

Co więcej, zarysowane problemy o charakterze globalnym są w stanie decydować o możliwościach lokalnego rozwoju poszczególnych społeczeństw, a nawet gospodarstw domowych. Dlatego konieczne jest tworzenie hierarchii działań na rzecz efektywnego zapewnienia prawa do środowiska. Można ich szukać w dokumentach strategicznych przyjmowanych w poszczególnych krajach lub, jak w przypadku Unii Europejskiej, w traktatach międzynarodowych. Przykładowo Traktat z Lizbony w jednym z tytułów wymienia cele działań prośrodowiskowych UE jako konieczność zachowania, ochrony i poprawy stanu środowiska, imperatyw ochrony zdrowia ludzkiego oraz rozsądnego wykorzystywania zasobów naturalnych. Cele te są ukierunkowane na rozwiązywanie regionalnych i globalnych problemów ekologicznych ze szczególnym uwzględnieniem zmian klimatu⁷.

Nasuwa się zatem konieczność łącznego traktowania prawa do korzystania ze środowiska z prawami człowieka. Podstawą praw człowieka jest dążenie do zapewnienia wolności i godnego życia⁸. Wpisanie do katalogu tych praw prawa do środowiska należy wiązać z przyjęciem Deklaracji Sztokholmskiej, która doprecyzowała prawa człowieka w omawianym zakresie poprzez zapis, że człowiek ponosi odpowiedzialność za ochronę i poprawę środowiska

⁶ S. Czaja, A. Becla, *Ekologiczne podstawy procesów gospodarowania*, Wyd. Akademii Ekonomicznej im. Oskara Langego, Wrocław 2007, s. 160–186.

⁷ B. Hołyst, op cit., s. 200–201.

⁸ D. Shelton, *The Links between International Human Rights Guarantees and Environmental Protection*. Center for International Studies, University of Chicago 2004, s. 3, [online] <<http://internationalstudies.uchicago.edu/environmentalrights/shelton.pdf>> (dostęp 30.03.2014); Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, ONZ, Paryż 1948.

naturalnego dla obecnych i przyszłych pokoleń⁹. Ocenia się, iż Deklaracja Sztokholmska, jakkolwiek pozbawiona waloru normatywnego, znacząco wpłynęła na rozwój prawa międzynarodowego i wewnętrznego poszczególnych państw w zakresie ochrony środowiska¹⁰.

Prawo do środowiska wymieniane jest obok prawa do rozwoju, pokoju, pomocy humanitarnej czy zachowania wspólnego dziedzictwa. Specyfiką praw tej kategorii jest to, że mogą być one urzeczywistniane tylko stopniowo i przy współdziałaniu społeczności międzynarodowej. Nieważne, czy metodą wprowadzenia prawa człowieka do środowiska będzie odnajdowanie w dotychczasowym katalogu praw treści nawiązujących do środowiska naturalnego, czy powstanie z połączenia istniejących przepisów dotyczących praw człowieka i ochrony środowiska, czy w końcu zmiana katalogu praw człowieka i formalne umieszczenie zapisu o prawie człowieka do życia w czystym środowisku naturalnym. Wszystkie te drogi potwierdzają rosnące znaczenie przepisów środowiskowych oraz wzrastającą świadomość, a więc i presję społeczną¹¹.

Prawo do środowiska jest definiowane przede wszystkim jako prawo do życia w niezanieczyszczonym i niezagrażającym człowiekowi otoczeniu. Wiązać z tym należy prawo domagania się ochrony środowiska, które dotyczy nie tylko terenów zagrożonych katastrofą ekologiczną. Uzupełnieniem dwóch pierwszych nurtów jest, zgodna ze strategią zrównoważonego rozwoju, możliwość korzystania z zasobów zarówno w działalności przedsiębiorstw, jak i osób fizycznych.

Wraz ze zgodą na to, że wolność gospodarcza wiąże się, co do zasady, z ingerencją w środowisko, identyfikować należy liczne, znajdujące się w wielu aktach prawnych, przepisy wprowadzające zasadę zrównoważonego rozwoju do działalności polegającej na korzystaniu ze środowiska, niekiedy znacznie korzystanie to ograniczając¹². Zarysowany w ten sposób zakres prawa do środowiska wymaga także odpowiedzi na pytania, kto i na jakich zasadach może ograniczać prawo do życia w czystym środowisku, skoro ochrona środowiska jest jednym z zadań publicznych.

Polskie uwarunkowania realizacji prawa do środowiska

Z prawem do środowiska, które znalazło swoje odzwierciedlenie także w zapisach Konstytucji RP¹³ (przepisy art. 5 i art. 74), wiąże się jako jego

⁹ Uchwała Konferencji Sztokholmskiej z dnia 14 czerwca 1972 r. dotycząca naturalnego środowiska człowieka, Sztokholm 1972.

¹⁰ L. Karski, op. cit., s. 10.

¹¹ Ibidem.

¹² M. Walas, *Ograniczenie wolności działalności gospodarczej w ustawie o ochronie przyrody*, [w:] M. Górski (red.), *Prawo ochrony przyrody a wolność gospodarcza*, PZITS, Poznań 2011, s. 444–445.

¹³ Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

korelat obowiązek zapewnienia ochrony środowiska. Wymaga to stworzenia systemu gwarancji prawnych urzeczywistniających realizację prawa do środowiska. Ochrona środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju jest bardzo szeroko zakreślonym obowiązkiem, niepozostającym bez wpływu na zakres praw i wolności obywatelskich. W literaturze przedmiotu w odniesieniu do cytowanej definicji przeważają głosy wskazujące, że definicja ta powinna być wykorzystana do rozwiązywania konfliktu interesów, np. pomiędzy racjami ochrony środowiska a gospodarki, z przyznaniem priorytetowego charakteru względem ochrony trwałości podstawowych procesów przyrodniczych¹⁴.

W polskim systemie prawnym bezpieczeństwo ekologiczne obywateli zostało umieszczone wśród podstawowych obowiązków państwa, takich jak strzeżenie niepodległości, zapewnienie wolności i praw człowieka, zapewnienie bezpieczeństwa czy troska o dziedzictwo narodowe. Wynika z tego, że ochrona środowiska traktowana jest jako jedna z głównych, przeplatających się z innymi, zasad działania państwa.

Aktualnie obowiązujące regulacje dotyczące prawa ochrony środowiska tworzą rozbudowaną dziedzinę prawa, obejmującą swoim zakresem zróżnicowane gałęzie: prawo administracyjne, postępowanie administracyjne, prawo cywilne, postępowanie cywilne, prawo wspólnotowe, prawo międzynarodowe etc. Wśród krajowych norm prawnych dotyczących środowiska i jego ochrony fundamentalne znaczenie ma ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska¹⁵. Obejmuje ona takie kwestie jak: kształtowanie środowiska w sposób racjonalny, racjonalne gospodarowanie zasobami przyrodniczymi, zapobieganie i przeciwdziałanie szkodliwym wpływom na środowisko, ustawiczne przywracanie środowiska (jego elementów) do stanu właściwego.

W pewnej mierze wykształca się także prawo karne ochrony środowiska – z tym jednak zastrzeżeniem, że odpowiedzialność karna ma zawsze charakter subsydiarny w stosunku do pozostałych reżimów ochronnych. W dalszym ciągu aktualne pozostaje przekonanie ustawodawcy, że regulacje w tym zakresie (wprowadzanie nakazów i zakazów określonego zachowania) powinny odbywać się poprzez stanowienie przepisów dotyczących wykroczeń. Zapatrywanie tego rodzaju uwarunkowane jest względami historycznymi – wskazuje się, że prawnokarna ochrona środowiska wywodzi się z prawa wykroczeń i dopiero obecnie, w niezbyt szerokim zakresie, jest zastępowana normami o przestępstwach. Ponadto w literaturze wskazuje się na względy techniczne takiego rozwiązania, co pozwala organom administracji na egzekwowanie

¹⁴ B. Rakoczy, *Ograniczenie praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, TNOiK, Toruń 2006, s. 151; idem, [w:] J. Ciechanowicz-McLean, Z. Bukowski, B. Rakoczy (red.), *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Wyd. Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 48.

¹⁵ Tekst jedn.: Dz. U z 2008 r., nr 25, poz. 150 ze zm.

podstawowych obowiązków w dziedzinie prawnej ochrony środowiska. Trzeba też wskazać na pewną wewnętrzną sprzeczność polityki państwa dążącego z jednej strony do eliminowania zagrożeń środowiskowych, także z wykorzystaniem najbardziej dolegliwych dla sprawców szkód w środowisku środków, z drugiej zaś do niewkraczania w zbyt dużym zakresie w obszar dotyczący działalności gospodarczej. A przecież właśnie w tym obszarze zagrożenia powstaniem szkód w środowisku są największe. Jako wypadkową tych sprzeczności przyjmuje się wariant kryminalizowania zachowań szkodliwych dla środowiska właśnie poprzez normy prawa wykroczeń¹⁶. Takie podejście jest często spotykane w wielu systemach prawnych¹⁷.

Jednym z oczekiwań społecznych wobec prawa jest to, by było ono skuteczne. Brak poczucia skuteczności budzi różnorodne frustracje. Pogłębiać się to może poprzez trudności w ocenie stopnia efektywności wprowadzenia danych norm¹⁸. Zasada zrównoważonego rozwoju może być jednak zaliczona do celów, których urzeczywistnienia nie da się w pełni osiągnąć, ale do których państwo chce się zbliżyć¹⁹. Dlatego prawo do środowiska rozumiane jest w aktach prawnych nie tylko jako konieczność regulowania warunków korzystania z zasobów naturalnych. Istnieją też mechanizmy „demokratyzacji” ochrony środowiska poprzez udział społeczeństwa w ochronie środowiska oraz dostęp do informacji o środowisku. Poza tym przepisy określają obowiązki władz publicznych. Konstytucyjny i ustrojowy wymóg równoważenia rozwoju w różnych sferach działalności państwa pozwala bowiem jako adresatów tego przepisu wskazać przede wszystkim wszelkie organy państwowej władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. To do nich należy tworzenie warunków działania pozostałych podmiotów²⁰. Aby prawo do środowiska mogło być gwarantowane, konieczne jest uzupełnienie przepisów o elementy planowania i programowania oraz o procedury i instytucje zaangażowane w monitoring stanu i skuteczności działań dotyczących środowiska.

Metody realizacji prawa do środowiska

Wpływ środowiska naturalnego na jakość życia osób fizycznych i warunki działalności osób prawnych zauważany jest niemal codziennie. Czasami przybiera to formę wydarzeń nagłych i niezależnych od człowieka, czego przykładem są okresowe przerwy w ruchu lotniczym po wybuchach wulka-

¹⁶ W. Radecki, *Ochrona środowiska w polskim prawie karnym*, cz. I: *Pojęcie i zakres prawa karnego środowiska*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 12.

¹⁷ Por. np. D.E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Delmar, Clifton Park 2009, s. 200.

¹⁸ R. Alberski, H. Lisicka, J. Sommer, op. cit., s. 75–76.

¹⁹ Z. Bukowski, *Zrównoważony rozwój a gospodarcze korzystanie z zasobów przyrodniczych*, [w:] M. Górski (red.), *Prawo ochrony przyrody...*, s. 67.

²⁰ Ibidem.

nów. Niekiedy ograniczenie jakości życia lub zagrożenia wynikają z wcześniejszej działalności lub braku działań człowieka, jak w przypadku powodzi powiązanych ze zjawiskami pogodowymi. Najczęściej jednak powiązanie między jakością życia a otaczającym środowiskiem dotyczy dostępności podstawowych elementów środowiska, np. odpowiedniej jakości wody, powietrza, niezanieczyszczonej gleby (szczególnie jako miejsca produkcji bezpiecznej żywności) czy chociażby prawidłowo zagospodarowanej przestrzeni lub harmonijnego krajobrazu.

Oprócz wspomnianego już zapisu w art. 5 Konstytucji RP, akt ten jednoznacznie wskazuje w art. 74, że ochrona środowiska jest obowiązkiem władz publicznych – to właśnie władze publiczne dbają o prawo do środowiska, zapewniając bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom. Kolejną zasadą, a jednocześnie metodą jej realizacji jest wspieranie działań obywateli na rzecz ochrony i poprawy środowiska oraz zapewnienie prawa do informacji o stanie środowiska. Władze publiczne realizują ten obowiązek w krótkim i długim okresie, szczególnie poprzez opracowywanie programów ochrony środowiska i kształtowanie przestrzeni. Ponoszą zatem ogólną odpowiedzialność za stan środowiska na danym terenie. Bezpośrednim przejawem chęci poprawy stanu środowiska jest obowiązek gromadzenia i dysponowania środkami przeznaczonymi na zadania związane z ochroną środowiska. Jednak najłatwiejszym do wskazania sposobem działania władz publicznych jest kształtowanie (pod określonymi względami) sytuacji wskazanych podmiotów oddziałujących na środowisko. Kompetencje dotyczące zarządzania poszczególnymi elementami środowiska naturalnego podzielone są nie tylko pomiędzy samorządy szczebla gminnego, powiatowego i wojewódzkiego. W wielu przypadkach powołano instytucje publiczne, których zadaniem jest dbałość o zasoby środowiskowe. Winny one współpracować ze sobą na rzecz ochrony środowiska. Przykładowo wymienić można kompetencje takich organizacji, jak regionalne zarządy gospodarki wodnej, regionalne dyrekcje lasów państwowych, regionalne dyrekcje ochrony środowiska czy nawet wojewódzkie fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej.

Dla zachowania odpowiedniego stanu zasobów środowiska lub ich poprawy prawo do czystego i zrównoważonego środowiska może być na bazie polskich przepisów rozumiane przede wszystkim przez pryzmat dostępu do informacji o środowisku, jego stanie i zmianach, jak również przez prawo do udziału w postępowaniach przed wydaniem decyzji i do wyrażania opinii oraz przez prawo inicjowania procedur prawnych. W większości prawa te wprowadzone zostały do polskiego systemu pod naciskiem Unii Europejskiej. Zwraca jednak uwagę radykalne podejście do zapewnienia dostępu do informacji o środowisku każdemu niezależnie od obywatelstwa czy interesu prawnego. Szeroko rozumiane informacje o środowisku, w tym plany i programy

działań, są udostępniane na wniosek osoby fizycznej lub prawnej²¹. Wymaga to z jednej strony prawidłowego i rzetelnego procesu planowania prowadzonego przez władze publiczne, z drugiej zaś skutecznego i wiarygodnego systemu inspekcji dostarczającego informacji z monitoringu środowiska.

Podsumowanie

Prawo człowieka do czystego środowiska jako prawo podmiotowe ma już ugruntowaną pozycję w katalogu praw człowieka, bez względu na liczne kontrowersje dotyczące jego zakresu. Prawo to pozostałoby jednak pustym zapisem, gdyby nie system gwarancji prawnych, opierający się na założeniach prewencji (tj. zapobiegania szkodom w środowisku) oraz na zasadzie kompensacji (tj. naprawie szkód środowiskowych), realizowany nie tylko poprzez normy o charakterze administracyjnoprawnym i cywilnoprawnym, lecz także penalnym. Na podkreślenie zasługuje okoliczność kaskadowego systemu sankcji karnych w zakresie odpowiedzialności za szkodę w środowisku. Zagrożeń dla respektowania tego prawa dopatrywać się należy przede wszystkim w intensywnym rozwoju gospodarczym, który wprawdzie nie powinien uzyskiwać pierwszeństwa w razie kolizji z interesem ochronnym dotyczącym środowiska, w praktyce jednak przedmiotowa kolizja nie zawsze jest rozstrzygana zgodnie z zaleceniami formułowanymi w literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie sądów. Pewne obawy budzi także opieszałość podmiotów zobowiązanych do udostępniania informacji o środowisku w realizacji tego obowiązku.

Summary

The right to environment in the context of increasing ecological risk

Key words: Environment, ecological risk, environmental security.

Environment as one of public goods is managed by an appointed administrative units. However, the right to clean environment, the right to claim the environmental protection, and above all, the right to free use of natural resources can be viewed differently by the various stakeholders in the process of managing environmental resources. A sense of environmental security is becoming increasingly important social, as indicated by conflicts over access to natural resources. Therefore, the regulations in this field require constant monitoring and improvement.

²¹ J. Ciechanowicz-McLean, *Ochrona środowiska w działalności gospodarczej*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 26.

Piotr Starzyński

Katedra Bezpieczeństwa i Porządku Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Skutki wniesienia skargi bezpośrednio do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – uwagi krytyczne na tle poglądów judykatury

O istotności podejmowanego zagadnienia świadczą z jednej strony liczne przypadki kierowania przez skarżących skargi bezpośrednio do Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, pomimo pouczenia ich o konieczności wniesienia rzeczonego środka zaskarżenia za pośrednictwem organu, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania jest przedmiotem skargi, stosownie do dyspozycji przewidzianej w art. 54 § 1 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej: p.p.s.a.), na co wskazuje m.in. ilość judykatów sądów administracyjnych odnoszących się do skutków takiego wyekspediowania skargi, z drugiej zaś wątpliwości co do zgodności z Konstytucją funkcjonującej w orzecznictwie interpretacji przywołanego unormowania, sprowadzającej się do uznania, że miarodajną datą zachowania terminu do wniesienia skargi, zgodnie z art. 53 p.p.s.a., jest data jej nadania do organu właściwego w rozumieniu art. 54 § 1 p.p.s.a., przy czym w przypadku wniesienia skargi bezpośrednio do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego sąd ten powinien przekazać sprawę właściwemu organowi i wówczas o zachowaniu terminu do wniesienia skargi decyduje data nadania skargi przez sąd na adres właściwego organu.

Zgodnie z treścią art. 53 § 1 p.p.s.a. skargę wnosi się w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia skarżącemu rozstrzygnięcia w sprawie. Jednak w przypadkach, gdy ustawa nie przewiduje środków zaskarżenia w sprawie będącej przedmiotem skargi – o czym stanowi art. 53 § 1 w zw. z art. 52 § 2 p.p.s.a. – skargę na akty lub czynności, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 i 4a p.p.s.a., można wnieść po uprzednim wezwaniu na piśmie właściwego organu do usunięcia naruszenia prawa w terminie czternastu dni od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o wydaniu aktu lub podjęciu innej czynności. Skargę wnosi się w terminie trzydziestu dni od

dnia doręczenia odpowiedzi organu na wezwanie do usunięcia naruszenia prawa, a jeżeli organ nie udzielił odpowiedzi na wezwanie – w terminie sześćdziesięciu dni od dnia wniesienia wezwania o usunięcie naruszenia prawa. Także w odniesieniu do innych aktów, jeżeli ustawa nie przewiduje środków zaskarżenia w sprawie będącej przedmiotem skargi i nie stanowi inaczej, przed wniesieniem skargi do sądu należy wezwać na piśmie właściwy organ do usunięcia naruszenia prawa. Wskazany termin czternastodniowy nie ma wówczas zastosowania, zaś skargę wnosi się w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia odpowiedzi organu na wezwanie do usunięcia naruszenia prawa, a jeżeli organ nie udzielił odpowiedzi na wezwanie – w terminie sześćdziesięciu dni od dnia wniesienia wezwania o usunięcie naruszenia prawa, o czym stanowi art. 53 § 2 w zw. z art. 52 § 4 p.p.s.a.

Jak już wspomniano, w judykaturze funkcjonuje pogląd, zgodnie z którym wniesienie skargi bezpośrednio do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego powoduje, że sąd ten powinien przekazać sprawę właściwemu organowi i wówczas o zachowaniu terminu do wniesienia skargi decyduje data nadania skargi przez sąd na adres właściwego organu¹. W przypadku nadania skargi po upływie ustawowego terminu, rzeczona skarga przez Wojewódzki Sąd Administracyjny zostaje odrzucona jako wniesiona po upływie trzydziestodniowego terminu. Taki pogląd sformułowany w orzecznictwie sądów administracyjnych jest akceptowany w literaturze przedmiotu². Tymczasem przy uwzględnieniu konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do sądu i porównaniu odpowiednich unormowań innych procedur sądowych wykładnia przepisów art. 53 i 54 p.p.s.a. prowadzi do odmiennego wniosku.

Wyraźnie należy podkreślić, że ustawodawca w ustawie – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi nie uregulował sposobu postępowania Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z wniesioną bezpośrednio do niego skargą bez pośrednictwa organu administracyjnego i konsekwencji takiego jej wyekspediowania, w tym zwłaszcza w kontekście wskazania, czy tak wniesiona skarga jest skargą wniesioną w terminie, pomimo jej złożenia bezpośrednio do sądu administracyjnego. Ustawodawca nie wskazał *expressis verbis* skutków prawnych tak doniosłej sytuacji faktycznej. Tym samym wy-

¹ Takie tezy sformułowano m.in. w wyroku NSA z dnia 20 maja 2008 r. (II FSK 426/07, Legalis), postanowieniach NSA z: 29 maja 2008 r. (I FSK 631/08, Legalis), 30 stycznia 2008 r. (II FSK 1724/06, Legalis), 12 stycznia 2011 r. (II OSK 2483/10, Legalis), 21 lipca 2010 r. (II FSK 1453/10, Legalis), 16 września 2008 r. (II OSK 1489/07, Legalis), 30 września 2011 r. (II FSK 1768/11, Legalis), 28 sierpnia 2008 r. (I FSK 995/08, Legalis) oraz postanowieniu WSA w Poznaniu z dnia 19 lutego 2008 r. (IV SA/PO/46/08, Legalis).

² Tak m. in. R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2013; B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 178; T. Woś, [w:] T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 284.

stępuje luka rzeczywista, a zatem brak jest rzeczywistej regulacji dla tego typu sytuacji, które – jak wskazują przywołane judykaty – nie mają charakteru wyjątkowego, a nawet występują nader często. O istotności braku ustawowej regulacji skutków wystąpienia takiej sytuacji, a zatem wniesienia skargi bezpośrednio do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, świadczy rola sądownictwa administracyjnego, która, zgodnie z art. 178 Konstytucji RP, polega na sprawowaniu kontroli nad działalnością administracji publicznej, w tym tą charakteryzującą się korzystaniem z przysługującego jej *imperium* w związku z władczymi jej formami działania.

W celu uzupełnienia luk prawnych *extra legem*, jakie powstają, gdy system norm bezpośrednich nie wypowiada się *expressis verbis* o danym stanie faktycznym, a ten nie jest prawnie obojętny, a zatem gdy organ stosujący prawo nie może znaleźć normy prawnej, z której wynikałyby skutki pozytywne, tworzone są normy pośrednie na wskutek zastosowania reguł argumentacji prawniczej³. W przywołanych judykatach na próżno poszukiwać owych pozytywnych skutków wynikających z norm bezpośrednich, jak również zastosowania reguł argumentacji prawniczej.

W ocenie autora konieczne jest więc zastosowanie *analogii legis*, zwanej *argumentum a simile* lub też wnioskowaniem z podobieństwa, prowadzącej właśnie do uzupełnienia luki rzeczywistej⁴. Stan faktyczny będący przedmiotem rozważań w niniejszej publikacji, jako nieuregulowany normą bezpośrednią w ustawie – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, jest podobny do takich stanów faktycznych, co do których ustawodawca *expressis verbis* przewidział normy bezpośrednie w kodeksie postępowania karnego, kodeksie postępowania cywilnego czy też kodeksie postępowania administracyjnego, co nie tylko uprawnia, lecz obliguje do zastosowania tychże norm bezpośrednich do takiej samej sytuacji faktycznej na gruncie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Z podobieństwa stanów faktycznych wnioskuje się bowiem o podobieństwie skutków prawnych.

Zabieg inferencyjny polegający na wnioskowaniu z *analogii legis* przebiega w trzech następujących etapach: po pierwsze należy ustalić, że określony fakt nie został unormowany przez przepisy prawne, po wtóre trzeba się upewnić, że istnieje przepis prawny regulujący sytuację pod istotnym względami podobne do faktu nieunormowanego i wreszcie powiązać fakt prawny nieunormowany podobnych lub takich samych konsekwencji prawnych, które wynikają z faktów uregulowanych przez przepisy prawne⁵.

I tak, zgodnie z dyspozycją art. 125 k.p.k., pismo uważa się za wniesione z zachowaniem terminu, pomimo omyłkowego jego wniesienia przed upły-

³ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 192–193.

⁴ *Ibidem*, s. 296.

⁵ J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 163–164.

wem terminu do niewłaściwego sądu, prokuratora, organu Policji albo innego organu postępowania przygotowawczego. Wykładnia systemowa umieszczenie przywołanego przepisu w Dziale IV „Czynności procesowe” kodeksu postępowania karnego wskazuje, że ma on zastosowanie w odniesieniu do postępowania jurysdykcyjnego, jak też do zainicjowania wniesienia pism procesowych zmierzających do wszczęcia sądowej kontroli nad działalnością organów postępowania przygotowawczego.

Zgodnie z art. 369 § 3 k.p.c. ustawowy termin do wywiedzenia apelacji uważa się za zachowany także wtedy, gdy przed jego upływem strona wniosła apelację do sądu drugiej instancji i w takim wypadku sąd ten niezwłocznie przesyła apelację do sądu, który wydał zaskarżony wyrok.

Także procedura rozpoznania spraw administracyjnych przewiduje analogiczne unormowania. Stosownie do art. 65 § 1 i 2 k.p.a. podanie wniesione do organu niewłaściwego przed upływem przepisanej terminu uważa się za wniesione z zachowaniem terminu, zaś niewłaściwy organ administracji publicznej, do którego podanie wniesiono, niezwłocznie przekazuje je do organu właściwego, zawiadamiając jednocześnie o tym wnoszącego podanie.

Każda procedura przewiduje wprost bezpośrednie normy mające zastosowanie do sytuacji wniesienia pism procesowych, w tym inicjujących postępowanie sądowe, także przed organem *ad quem*. Jedynie prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi milczy w tej kwestii, przez co w rzeczonyj ustawie występuje luka rzeczywista. Luki prawne *extra legem* uzupełniane zaś są poprzez zastosowanie argumentacji prawniczych, w tym analogii. W opinii skarżącego zastosowanie na zasadzie analogii przywołanych unormowań przewidzianych w art. 125 k.p.k., art. 369 § 3 k.p.c. czy też art. 65 § 1 i 2 k.p.a. pozwoli na wyeliminowanie luki rzeczywistej.

Jako przykład zastosowania *argumentum a simile*, nawiązujący do zagadnień będących przedmiotem niniejszych rozważań, niechaj posłuży stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym unormowanie przewidziane w kodeksie postępowania karnego, mówiące, iż termin do wniesienia pisma procesowego jest zachowany, kiedy osoba uwięziona złożyła pismo w zarządzie więzienia przed upływem terminu, stosuje się *per analogiam* do postępowania cywilnego⁶. Zastosowanie takiej argumentacji prawniczej (*argumentum a simile*) znajduje potwierdzenie także w prawie do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

„Celem istnienia prawa do sądu jako takiego jest zapewnienie jednostce ochrony przed arbitralnością władzy. Dla zapewnienia realizacji tego celu decydujące jest ujęcie zakresu »sprawy« na tle art. 45 ust. 1 Konstytucji. Wypracowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego koncepcja troistości elementów składających się na prawo do sądu (sam dostęp do sądu,

⁶ J. Nowacki, Z. Tabor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1993, s. 181 i nast.

odpowiednio ukształtowanej, rzetelnej procedury oraz uzyskanie wiążącego rozstrzygnięcia – TK z 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50) zmierza natomiast do sprecyzowania kryteriów »prawa do wymiaru sprawiedliwości« przez wskazanie cech, jakim ten wymiar sprawiedliwości powinien odpowiadać. Sama Konstytucja w art. 77 ust. 2, 78 zd. 1 i 176 formułuje w tym zakresie (prawo do sądu jako prawo do wymiaru sprawiedliwości właściwie ukształtowanego) pewne wymagania⁷. Owa trójelementowa koncepcja w wyniku ewolucji zarówno samego orzecznictwa Trybunału⁸, jak i poglądów doktryny doprowadziła do zrekonstruowania konstytucyjnego standardu prawa do sądu składającego się z pięciu zasadniczych elementów:

- 1) prawa dostępu do sądu,
- 2) prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej,
- 3) prawa do wyroku sądowego (prawo do wiążącego rozstrzygnięcia),
- 4) prawa do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę,
- 5) prawa do rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki⁹.

Odnosząc się do konstytucyjnego statusu władzy sądowniczej, Trybunał stwierdził, że tożsamość konstytucyjna sądu „jest wyznaczana – poza oczywistym wymogiem niezależności, bezstronności i niezawisłości – między innymi przez odrzucenie dowolności i arbitralności”¹⁰.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że w państwie prawnym prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie – jako dostępność drogi sądowej w ogóle, lecz i materialnie – jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej¹¹. Naruszenie prawa do sądu może nastąpić poprzez nadmierny formalizm procesowy i może być wynikiem działania ustawodawcy lub przedstawicieli praktyki, w tym przede wszystkim organów wymiaru sprawiedliwości¹². Takie stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie sądów administracyjnych, zgodnie z którym „celem działania sądów administracyjnych jest sądowa kontrola administracji publicznej, a nie pozbawienie strony prawa do sądu przez nadmierny

⁷ Wyrok TK z dnia 12 maja 2003 r., SK 38/02, OTK-A 2003, nr 5, poz. 38.

⁸ Wyroki TK z: 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108 oraz 7 grudnia 2010 r., P 11/09, OTK-A 2010, nr 10, poz. 128.

⁹ P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 116–117; idem, *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] idem (red.), *Rzetelny proces karny*, Warszawa 2009, s. 309–312; idem, *Konstytucyjny standard prawa do sądu a proces karny*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 212, 217–218; wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2. Por. również wyroki TK z: 26 lutego 2008 r., SK 89/06, OTK ZU 2008, nr 1A, poz. 7; 21 lipca 2009 r., K 7/09, OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 113; 31 marca 2005 r., SK 26/02, OTK-A 2005, nr 3, poz. 29.

¹¹ Tak m.in. w wyroku TK z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.

¹² Wyrok z dnia 20 maja 2008 r., P 18/07, OTK-A 2008, nr 4, poz. 61.

i niczemu niesłużący formalizm¹³. Formalizm ów na kanwie podnoszonych zagadnień przejawiających się w niestosowaniu przez sądy administracyjne analogii celem wyeliminowania luki rzeczywistej, w ocenie autora, stoi w jaskrawej opozycji do zasady interpretowania przepisów z poszanowaniem Konstytucji, w tym prawa do sądu. Wskazana praktyka stanowi bowiem obrazę art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Z przepisu art. 31 ust 3 Konstytucji wynikają trzy zasady: „tzw. wyłączności ustawy, proporcjonalności i zachowania istoty wolności i praw, z których pierwsza ma charakter formalny, a pozostałe – materialny”¹⁴. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wzorzec kontroli zawarty w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki. W aspekcie formalnym wymaga, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, w aspekcie materialnym dopuszcza natomiast ustanawianie ograniczeń wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla zachowania wymienionych w tym przepisie wartości¹⁵. Każde uregulowanie przewidujące ograniczenie konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności powinno być uzasadnione koniecznością realizacji jednej z wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zasada wyłączności ustawy jest niezależna od wymogu przestrzegania zasady proporcjonalności. Na zasadę konieczności, stanowiącą element składowy zasady proporcjonalności¹⁶, a więc na to, czy tożsamego celu nie można było osiągnąć przy użyciu innych środków, mniej uciążliwych dla obywatela, bo słabiej ingerujących w sferę jego praw i wolności, zwraca również uwagę Trybunał Konstytucyjny. Zasada proporcjonalności stawia każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby ingerencji w danym stanie faktycznym w zakres prawa bądź wolności jednostki. Winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście będą służyć realizacji celów zamierzonych przez prawodawcę. Zawsze chodzi tu o środki niezbędne – w tym sensie, że chronić będą określone wartości w taki sposób, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności podlegają ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie¹⁷. Trybunał podkreślał również niejednokrotnie, że

¹³ Postanowienie NSA z dnia 22 marca 2012 r., II GSK 373/12, Legalis.

¹⁴ J. Zakolska, *Problem klauzuli ograniczającej korzystanie z praw i wolności człowieka w pracach konstytucyjnych, w poglądach doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 12.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK ZU 2004, nr 5/A, poz. 39, s. 544.

¹⁶ Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 123.

¹⁷ Wyroki TK z 12 stycznia 2000 r., P 11/99, OTK 2000, nr 1, poz. 3 oraz 25 lutego 1999 r., K. 23/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 25, s. 171.

przesłanka sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń. Sąd konstytucyjny wielokrotnie stawał na stanowisku, iż ocena spełnienia poszczególnych kryteriów składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji wymaga pewnego zrelatywizowania, stosownie do charakteru poszczególnych praw i wolności jednostki. Surowsze standardy oceny przykładać należy do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych¹⁸.

Konstytucyjnie określony zakaz zamykania drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw, o którym mowa w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, jako dopełnienie art. 45 ust. 1 Konstytucji¹⁹ stanowi negatywną formułę prawa do sądu²⁰. Oba te przepisy ustanawiają konstytucyjne gwarancje prawa do sądu²¹. Co istotne, art. 77 ust. 2 Konstytucji modyfikuje ogólne reguły ograniczania praw i wolności, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²², bowiem unormowania wynikające z art. 45 i art. 77 ust. 2 Konstytucji przewidują możliwość ograniczenia prawa do sądu na warunkach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji²³. Prawo do sądu oznacza zatem, że nikomu nie można zamykać drogi sądowej²⁴, gdyż art. 77 ust. 2 Konstytucji obejmuje swym zakresem prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie, w tym prawo do sądu²⁵.

„Ograniczenia prawa do sądu ustanawiane normą ustawową, stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji, muszą uwzględniać kategoryczny zakaz zamykania drogi do sądu zawarty w art. 77 ust. 2 w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności i praw, *ergo* wyłączenie drogi sądowej w sprawach związanych z naruszeniem wolności i praw może być ustanowione jedynie wprost przepisami konstytucyjnymi. Wynika więc stąd bardzo wyraźna dyrektywa interpretacyjna dotycząca przesłanek zastosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji. Po pierwsze bowiem art. 31 ust. 3 nie może z pewnością uzasadniać ograniczenia, które wyłączałyby całkowicie ochronę sądową prawa należącego do tej

¹⁸ Wyroki TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2, s. 18 oraz 3 października 2000 r., K 33/99, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 188, s. 1003–1004.

¹⁹ Wyroki TK z: 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109; 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK-A 1998, nr 4, poz. 50; 14 marca 2005 r., K 35/04, OTK-A 2005, nr 3, poz. 23.

²⁰ P. Wiliński, *Proces karny w świetle...*, s. 148.

²¹ Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK-A 1998, nr 4, poz. 50; A. Wasilewski, *Sądowa kontrola administracji a problem prawa do sądu*, [w:] *Księga pamiątkowa Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 1999, s. 343–349; por. również P. Tuleja, [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 1999.

²² Wyrok TK z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 52.

²³ P. Wiliński, *Proces karny w świetle...*, s. 148.

²⁴ Wyroki TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109 oraz 2 kwietnia 2010 r., SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52.

²⁵ Wyroki TK z: 14 marca 2005 r., K 35/04, OTK-A 2005, nr 3, poz. 23; 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109; 2 kwietnia 2010 r., SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52.

kategorię praw, których dotyczy wyraźny zakaz wyłączenia drogi sądowej wyrażony w ust. 2 art. 77. Po drugie, ocena konieczności zastosowania jakichkolwiek ograniczeń w realizacji prawa do sądu musi w tym wypadku uwzględniać szczególnie mocną gwarancję konstytucyjną z jakiej prawo to korzysta w zakresie wyznaczonym przez ust. 2 art. 77 Konstytucji. Można też tę myśl ująć od drugiej strony, stwierdzając, że generalne (ogólne) prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji, nie może zostać ograniczone w postaci zamknięcia przez ustawę drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw konstytucyjnych, gdyż takie ograniczenie byłoby oczywiście sprzeczne z art. 77 ust. 2 Konstytucji. W tym sensie art. 77 ust. 2 Konstytucji wyznacza, obok art. 31 ust. 3, zakres dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu²⁶.

Dotychczasowe rozważania mają istotne znaczenie z punktu widzenia bezpośredniego stosowania Konstytucji RP, która w art. 8 ust. 2 stanowi, iż przepisy ustawy zasadniczej stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej. W doktrynie pojęcie bezpośredniego stosowania nie jest jednoznaczne i wiąże się z ustaleniem trzech podstawowych zagadnień: zakresu pojęcia, czyli w jakich formach prawnych się ono spełnia, zakresu norm konstytucyjnych, mogących podlegać bezpośredniemu stosowaniu i wreszcie zakresu podmiotowego, a zatem jakie podmioty prawne mają Konstytucję stosować bezpośrednio²⁷. Z punktu widzenia podejmowanej problematyki podkreślić należy, że jedną z koncepcji bezpośredniego stosowania Konstytucji jest współstosowanie Konstytucji i ustaw, które może przyjąć następujące postaci: stosowanie ornamentacyjne (gdy organ powołuje się na przepis konstytucyjny, chociaż unormowania ustawowe zapewniają wystarczającą podstawę do rozstrzygnięcia), współstosowanie interpretacyjne (gdy organ stosujący prawo ustala normę prawną, biorąc pod uwagę zarówno normę ustawową, jak i konstytucyjną – wykładnia w zgodzie z Konstytucją) i wreszcie stosowanie modyfikacyjne (gdy wykładnia unormowań ustawowych prowadzi do eliminacji kolizji normy ustawowej z konstytucyjną z uwagi na uwzględnienie nadrzędnych norm i zasad konstytucyjnych – tzw. technika ratowania konstytucyjności ustaw)²⁸.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego zasada bezpośredniego stosowania przejawia się m.in. w uznaniu, że rozstrzygnięcie przez sąd wyłącznie na podstawie normy konstytucyjnej może mieć miejsce tylko wtedy, gdy norma ta jest skonkretyzowana w stopniu pozwalającym na sa-

²⁶ Wyrok TK z dnia 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109.

²⁷ K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP*, [w:] idem (red.), *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, Warszawa 2004, s. 42–44.

²⁸ Ibidem, s. 46. Por. też: L. Garlicki, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999, s. 26; B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 112–121.

moistne jej zastosowanie²⁹. Jednocześnie „wszędzie tam, gdzie materia jest normowana równolegle przez Konstytucję i ustawy, zwykle konieczne jest łączne uwzględnianie tych wzorców”³⁰. „Normy i zasady konstytucyjne mogą w szczególności wyznaczać sposób rozumienia przepisów ustawowych, ich zakres stosowania, a także ich zakres obowiązywania”³¹.

Nakaz bezpośredniego stosowania Konstytucji, wyrażony w jej art. 8 ust. 2, będący przejawem normatywnego charakteru Konstytucji RP, świadczy o pozytywizacji praw człowieka³², których ograniczenie musi podlegać ocenie z punktu widzenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności, albowiem „w aspekcie negatywnym wolności i prawa są podstawą obowiązywania zakazu nadmiernej ingerencji państwa, natomiast w aspekcie pozytywnym wyrażają nakaz maksymalnej ich ochrony”³³.

W ocenie autora, zastosowanie przywołanej analogii stanowi obowiązek Wojewódzkich Sądów Administracyjnych właśnie z uwagi na konieczność współstosowania interpretacyjnego Konstytucji RP w celu zagwarantowania prawa do sądu z poszanowaniem zasady proporcjonalności. Przyjęta w przywołanych judykatach interpretacja unormowania przewidzianego w art. 53 § 1 w zw. z art. 54 § 1 p.p.s.a. nie tylko nie chroni jednostki przed arbitralnością państwa, lecz jest jej przejawem poprzez akceptację niesłużącego niczemu formalizmu, który nie znajduje nadto uzasadnienia normatywnego. Uznanie zasadności poglądów wyrażonych w orzecznictwie sądów administracyjnych prowadzi do arbitralnego ograniczenia prawa do sądu, albowiem to od nieokreślonych czynników uzależnione jest uznanie wniesienia skargi w ustawowym terminie. W istocie to sprawność administracji sądu decyduje o zagwarantowaniu prawa do sądu, przy czym sprawność ta ma charakter arbitralny, niczym nieuzasadniony, jednostronny, całkowicie od jednostki niezależny.

W jednym z przywołanych na wstępie judykatów zasadnie postawiono pytanie, nie udzielając jednak właściwej odpowiedzi: „czy taka niewyartykułowana powinność sądu do zwracania błędnie zaadresowanych skarg właściwemu organowi, może być przeciągana przez bliżej nieokreślony czas, narażając tym samym stronę, na ewentualne negatywne konsekwencje związane z upływem terminu. Na tak postawione pytanie nie można jednak udzielić generalnej odpowiedzi. Bez wątplenia sąd powinien działać w tej materii

²⁹ Wyroki SN z 9 maja 2003 r., V CK 344/02, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 119 oraz 8 stycznia 2009 r., I CSK 482/08, Lex nr 491552; wyroki TK z 23 września 2003 r., K 20/02, OTK-A 2003, nr 7, poz. 76 i 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK ZU 1998, nr 19, poz. 46.

³⁰ Postanowienie TK z dnia 22 marca 2000 r., P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67.

³¹ Postanowienie TK z dnia 22 marca 2003 r., P8/00, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 189.

³² Por. R. Piotrowski, *Koncepcja prawa w projekcie Konstytucji RP*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z Konstytucją*, Warszawa 1997, s. 8–9.

³³ P. Tuleja, *Prawo sędziowskie z perspektywy konstytucyjnej*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, Kraków 2004, s. 227.

niezwłocznie, mając na uwadze upływ terminu do wniesienia skargi oraz konstytucyjnie przysługujące stronie prawo do sądu³⁴. Zdaniem autora na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi i jest to obowiązkiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego. Odpowiedzią jest zastosowanie w oparciu o analogię przywołanych unormowań kodeksu postępowania karnego i kodeksu postępowania cywilnego czy też kodeksu postępowania administracyjnego przy współstosowaniu interpretacyjnym art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a zatem przesłanie wniesionej w ustawowym terminie bezpośrednio do sądu administracyjnego skargi organowi, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania jest przedmiotem skargi, przy jednoczesnym uznaniu, że skarga ta została wniesiona w terminie.

Summary

The effects of applying a complaint directly to the Regional Administrative Court – critical remarks in the background of judiciary views

Key words: the principle of proportionality, the right to sue, the direct application of Constitution, applying directly to the Regional Administrative Court.

In author's opinion, submitting a claim directly to the Regional Administrative Court, and not through the authority whose action, inaction or chronic conduct of the proceeding, is the subject of the complaint, can not result in the result of rejection, which is clearly demonstrated by a number of decisions of administrative courts. Against such a position contradicts the argumentum a simile, because the use of legis analogis is supported by the necessity of concomitant interpretation of the Constitution – art. 45 paragraph 1 of the Constitution, which views the right to trial and the principle of proportionality, which is stated in art. 31 paragraph 3 of the Constitution.

³⁴ Postanowienie NSA z dnia 29 maja 2008 r., I FSK 631/08, Legalis.

Bogusława Dobkowska*

Kamil Klonowski**

* Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji

Wydział Prawa i Administracji UWM

** Katedra Postępowania Administracyjnego

Wydział Prawa i Administracji UJ

Charakter prawny studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy

Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹ określa zasady kształtowania polityki przestrzennej przez jednostki samorządu terytorialnego i organy administracji rządowej. Zadania z zakresu ładu przestrzennego zostały rozdzielone w art. 3 u.p.z.p. pomiędzy poszczególnymi szczeblami jednostek samorządu terytorialnego i administracją rządową. Stosownie do treści wskazanego przepisu kształtowanie i prowadzenie polityki przestrzennej na terenie gminy, w tym uchwalanie studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy oraz miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, z wyjątkiem morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej oraz terenów zamkniętych, należy do zadań własnych gminy. Natomiast prowadzenie, w granicach swojej właściwości rzeczowej, analiz i studiów z zakresu zagospodarowania przestrzennego, odnoszących się do obszaru powiatu i zagadnień jego rozwoju, należy do zadań samorządu powiatu. Z kolei kształtowanie i prowadzenie polityki przestrzennej w województwie, w tym uchwalanie planu zagospodarowania przestrzennego województwa, należy do zadań samorządu województwa. Kształtowanie i prowadzenie polityki przestrzennej państwa, wyrażonej w koncepcji przestrzennego zagospodarowania kraju należy do zadań Rady Ministrów.

Z powyższego wynika, że w najszerszym zakresie zadania dotyczące planowania i zagospodarowania przestrzennego są realizowane na szczeblu gminnym. Sprawy ładu przestrzennego wymienione zostały wśród zadań

¹ Dz. U. z 2012 r., poz. 647 ze zm. – dalej jako u.p.z.p.

własnych gminy wyliczonych w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r.² Rozdział kompetencji pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego został dokonany zgodnie z zasadą subsydiarności. Efektem zastosowania tej reguły jest domniemanie kompetencji na rzecz gminy jako podstawowej jednostki samorządu terytorialnego. Na tej podstawie należy przyjąć, że do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów.

W piśmiennictwie podkreśla się, że w obowiązującym systemie aktów planowania i zagospodarowania przestrzennego, u którego podstaw leży podział na akty planowania ogólnego i specjalistycznego, studium – obok miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, planu zagospodarowania przestrzennego województwa i koncepcji przestrzennego zagospodarowania kraju – zalicza się do aktów planowania ogólnego. Ich funkcją jest koordynowanie zagospodarowania obszaru, który obejmuje. W związku z powyższym, studium zostało wyłączone z katalogu aktów planowania specjalistycznego, które nastawione są na wyznaczenie przedsięwzięć sektorowych uwzględnionych w programach wojewódzkich lub rządowych i związane z określonymi dziedzinami życia społeczno-gospodarczego. Programy te, w celu realizacji zadań w nich zawartych, powinny być zgodne z aktami planowania ogólnego tego szczebla, na poziomie którego mają być realizowane³.

W literaturze wskazuje się na trzy podstawowe cele przypisywane studium. Przede wszystkim jest ono aktem polityki wewnętrznej gminy w zakresie rozwoju przestrzennego gminy, w tym lokalnych zasad zagospodarowania przestrzennego. Drugim celem jest koordynacja ustaleń planów miejscowych. Studium powinno obejmować cały obszar gminy i zawierać wytyczne do planowania miejscowego dostosowane do potrzeb gminy. Miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego sporządza się dla obszarów części gminy, ale przy ich sporządzaniu obowiązuje zasada zgodności ze studium. Studium pełni również funkcję promocyjną poprzez wskazanie obszarów atrakcyjnych inwestycyjnie lub turystycznie. Informuje mieszkańców, przedsiębiorców i inwestorów zewnętrznych o zamierzeniach władz lokalnych⁴.

Ustawodawca w art. 9 ust. 5 u.p.z.p. przesądził, że studium nie jest aktem prawa miejscowego. Na tej podstawie przyjmuje się w doktrynie pogląd, zgodnie z którym studium jest aktem o charakterze wewnętrznym⁵. W związku z tym brak mocy powszechnie obowiązującej w rozumieniu kata-

² Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.

³ P. Kwaśniak, *Plan miejscowy w systemie zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2008, s. 52.

⁴ Z. Niewiadomski (red.), K. Jaroszyński, A. Szymt, Ł. Złakowski, *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 81.

⁵ Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kruś, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2012, s. 83; Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 140.

logu źródeł prawa określonych w Konstytucji RP nie może stanowić podstawy do wydania decyzji administracyjnej, jak też decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Takie stanowisko wyrażane jest zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych. W wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny wyjaśnił, że studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy nie ma mocy aktu powszechnie obowiązującego. Ten akt planistyczny określa jedynie politykę przestrzenną gminy i wiąże wewnątrznie organy gminy przy sporządzaniu projektów planów miejscowych. Jako akt kierownictwa wewnętrznego w stosunkach rada – podporządkowane jej jednostki organizacyjne wskazuje tylko kierunki i sposoby działania organów i jednostek pozostających w systemie organizacyjnym aparatu gminy przy sporządzaniu projektu przyszłego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Studium stanowi bowiem jeden z etapów poprzedzających uchwalenie planu⁶. Należy zatem przyjąć, iż postanowienia studium nie mogą wprost wpływać na sytuację prawną jednostek. Mając jednak na uwadze, że treść studium w znacznym stopniu determinuje ustalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, z uwagi na art. 9 ust. 4 u.p.z.p. należy jednak przyjąć tezę o pośrednim oddziaływaniu na sferę uprawnień i obowiązków jednostki. W związku z tym ustawodawca ustanowił środek prawnej ochrony jednostek. Jest nim skarga do sądu administracyjnego wnoszona na podstawie art. 101 u.s.g.⁷

Katalog uwarunkowań i treści studium zawarty został w art. 10 u.p.z.p. Zgodnie z treścią ust. 1 wskazanego przepisu, w studium uwzględnia się uwarunkowania wynikające w szczególności z:

- 1) dotychczasowego przeznaczenia, zagospodarowania i uzbrojenia terenu;
- 2) stanu ładu przestrzennego i wymogów jego ochrony;
- 3) stanu środowiska, w tym stanu rolniczej i leśnej przestrzeni produkcyjnej, wielkości i jakości zasobów wodnych oraz wymogów ochrony środowiska, przyrody i krajobrazu kulturowego;
- 4) stanu dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej;
- 5) warunków i jakości życia mieszkańców, w tym ochrony ich zdrowia;
- 6) zagrożenia bezpieczeństwa ludności i jej mienia;
- 7) potrzeb i możliwości rozwoju gminy, stanu prawnego gruntów;
- 8) występowania obiektów i terenów chronionych prawnie na podstawie przepisów odrębnych;
- 9) występowania obszarów naturalnych zagrożeń geologicznych;

⁶ Wyrok NSA z dnia 6 grudnia 2012 r., II OSK 1439/11, LEX nr 1318028, niepubl.; wyrok WSA w Łodzi z dnia 27 listopada 2012 r., II SA/Łd 394/12, LEX nr 1241616, niepubl.; wyrok NSA z dnia 30 października 2008 r., II OSK 1294/07, LEX nr 516797, niepubl.

⁷ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 lutego 2012 r., II SA/Wr 895/11, LEX nr 1139037, niepubl.

10) występowania udokumentowanych złóż kopali oraz zasobów wód podziemnych;

11) występowania terenów górniczych wyznaczonych na podstawie przepisów odrębnych;

12) stanu systemów komunikacji i infrastruktury technicznej, w tym stopnia uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej, energetycznej oraz gospodarki odpadami;

13) zadań służących realizacji ponadlokalnych celów publicznych;

14) wymagań dotyczących ochrony przeciwpowodziowej.

W studium określa się ponadto:

1) kierunki zmian w strukturze przestrzennej gminy oraz w przeznaczeniu terenów;

2) kierunki i wskaźniki dotyczące zagospodarowania oraz użytkowania terenów, w tym tereny wyłączone spod zabudowy;

3) obszary oraz zasady ochrony środowiska i jego zasobów, ochrony przyrody, krajobrazu kulturowego i uzdrowisk;

4) obszary i zasady ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej;

5) kierunki rozwoju systemu komunikacji i infrastruktury technicznej;

6) obszary, na których rozmieszczone będą inwestycje celu publicznego o znaczeniu lokalnym;

7) obszary, na których będą inwestycje celu publicznego o znaczeniu ponadlokalnym, zgodnie z ustaleniami planu zagospodarowania przestrzennego województwa i ustaleniami programów, o których mowa w art. 48 ust. 1;

8) obszary, dla których obowiązkowe jest sporządzenie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego na podstawie przepisów odrębnych, w tym obszary wymagające przeprowadzenia scaleń i podziału nieruchomości, a także obszary rozmieszczenia obiektów handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² oraz obszary przestrzeni publicznej;

9) obszary, dla których gmina zamierza sporządzić miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, w tym obszary wymagające przeznaczenia gruntów rolnych i leśnych na cele nierolnicze i nieleśne;

10) kierunki i zasady kształtowania rolniczej i leśnej przestrzeni produkcyjnej;

11) obszary szczególnego zagrożenia powodzią oraz obszary osuwania się mas ziemnych;

12) obiekty lub obszary, dla których wyznacza się w złożu kopaliny filar ochronny;

13) obszary pomników zagłady i ich stref ochronnych oraz obowiązujące na nich ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady;

- 14) obszary wymagające przekształceń, rehabilitacji lub rekultywacji;
- 15) granice terenów zamkniętych i ich stref ochronnych;
- 16) inne obszary problemowe, w zależności od uwarunkowań i potrzeb zagospodarowania występujących w gminie.

Treść studium jest zatem kształtowana szeregiem wytycznych ustawodawcy. W piśmiennictwie wskazuje się, że te wskazane w pierwszej grupie mają charakter bardziej ogólny w zestawieniu z wytycznymi określonymi w art. 10 ust. 2. Przy czym ustawodawca nie wymienił wszystkich wartości, którymi należy się kierować przy określaniu elementów treści studium, a zatem te wskazane wyżej stanowią niezbędne minimum⁸. Tym samym katalog wytycznych należy uznać za otwarty. W literaturze dokonuje się też uprządkowania zakresu przedmiotowego studium na „uwarunkowania” i „kierunki” zagospodarowania przestrzennego gminy, przyjmując, iż uwarunkowania to okoliczności faktyczne już istniejące w chwili sporządzania studium oraz wymagania prawne dla polityki przestrzennej, niezależne od woli gminy w chwili sporządzania studium. Kierunkami zagospodarowania przestrzennego gminy są natomiast ustalone przez gminę wytyczne wiążące przy sporządzaniu planów miejscowych. W konsekwencji powyższego rozróżnienia kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy na ustalenia koncepcyjne dla planowania miejscowego i ustalenia wiążące bezpośrednio przy sporządzaniu planów miejscowych zakłada się wyodrębnienie kierunków i zasad zagospodarowania odnoszących się do całokształtu planowania miejscowego od tych dokonywanych w studium ustaleń dotyczących określonych obszarów. W związku z tym sposób uwzględnienia w planie miejscowym kierunków i zasad pozostawiono ocenie rady gminy. Ustalenia wiążące muszą zostać bezpośrednio przeniesione do planu miejscowego po ich skonkretyzowaniu z uwzględnieniem warunków miejscowych, określeniu granic obszarów i lokalizacji infrastruktury w terenie⁹.

Nieuwzględnienie obowiązku respektowania w studium wskazanych wyżej wartości uzasadnia ingerencję wojewody w ramach nadzoru nad działalnością danej jednostki samorządu terytorialnego. Z przepisów ustawy o samorządzie gminnym wynika obowiązek przedkładania wojewodzie uchwał rady gminy w ciągu 7 dni od dnia ich podjęcia. Wojewoda bada, czy uchwały podjęte przez radę gminy nie naruszają przepisów prawa. Jeśli uchwała organu gminy jest sprzeczna z prawem, wojewoda winien wszcząć postępowanie w przedmiocie stwierdzenia jej nieważności. Uprzednio może wstrzymać jej wykonanie. Ocena treści studium będzie też dokonywana na podstawie art. 28 u.p.z.p. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu naruszenie zasad sporządzania studium lub planu miejscowego, istotne naruszenie trybu ich

⁸ Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kuś, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2012, s. 95.

⁹ Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o planowaniu...*, s. 99.

sporządzania, a także naruszenie właściwości organów w tym zakresie, powodują nieważność uchwały rady gminy w całości lub w części. W przypadku nieistotnego naruszenia prawa organ nadzoru ogranicza się do wskazania, że wydano ją z naruszeniem prawa (art. 91 u.s.g.). Przy czym jeśli rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody stwierdzające nieważność uchwały w sprawie studium nie zostanie zaskarżone do sądu administracyjnego lub jeżeli skarga zostanie przez sąd odrzucona albo oddalona, ponawia się procedurę planistyczną w zakresie niezbędnym do doprowadzenia tego aktu do zgodności z przepisami prawa.

Jak wyżej wskazano, studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego pośrednio może wpływać na prawa i obowiązki jednostek. W związku z tym wskazywanie legitymacji procesowej przy wnoszeniu skargi powinno polegać na określeniu naruszenia interesu prawnego lub uprawnienia postanowieniami studium (art. 101 ust. 1 u.s.g.). Należy powiązać to z naruszeniem zasad sporządzania studium, naruszeniem trybu jego sporządzania lub naruszeniem właściwości organów¹⁰. W związku z powyższym uznaje się, że istotne naruszenie trybu sporządzania studium to naruszenie określonych przepisów prawa, które prowadziłyby do skutków niemożliwych do zaakceptowania, a mających wpływ na określony kształt sporządzanego studium¹¹. W wyroku z dnia 19 marca 2008 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie trafnie zauważył, że studium określa prawnie wiążące kryteria dopuszczalnych ustaleń w planie miejscowym, przez co – chociaż pośrednio, to jednak w sposób wiążący – oddziałuje na wykonywanie prawa własności w przypadku, gdy po uchwaleniu studium zasady zagospodarowania przestrzeni zostaną następnie określone w planie miejscowym. Niemniej art. 101 ust. 1 u.s.g. nie przyznaje legitymacji skargowej podmiotom, których interesy prawne lub uprawnienia są dopiero zagrożone naruszeniem w wyniku wejścia w życie postanowień aktu prawa miejscowego¹².

Z przepisów ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym wynika, że obowiązek sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego wynika z przepisów odrębnych (art. 14 ust. 7). Przepisami nakładającymi taki obowiązek jest m.in. art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady¹³, z którego wynika, że gmina ma obowiązek sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla obszaru Pomnika Zagłady i jego strefy ochronnej. Do niedawna takim przepisem odrębnym był również art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze¹⁴, który stanowił, że dla terenu górniczego sporządza się miejscowy plan zagospodarowa-

¹⁰ Por. wyrok NSA z dnia 30 maja 2012 r., II OSK 643/12, LEX nr 1252138, niepubl.

¹¹ Por. wyrok NSA z dnia 26 kwietnia 2012 r., II OSK 379/12, LEX nr 1252045, niepubl.

¹² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 marca 2008 r., IV SA/Wa 2202/06.

nia przestrzennego w trybie określonym odrębnymi przepisami, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. W literaturze wskazuje się, że analiza zakresu obowiązku sporządzania miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego wynikającego z ustaleń studium wykazuje, że:

1) ustalenia studium rodzą obowiązek sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w następstwie kwalifikacji obszaru na cel, dla którego sporządzenie planu jest obowiązkowe na podstawie przepisów odrębnych;

2) obowiązek sporządzenia planu miejscowego może powstać z mocy prawa dla obszaru, dla którego przepisy odrębne wprowadzają taki obowiązek;

3) studium ustala, gdzie gmina zamierza uchwalić plany miejscowe, w odniesieniu do obszarów, dla których plan nie jest obowiązkowy, ale gmina uznaje objęcie tych obszarów planami za uzasadnione, w tym przypadku ustawa nie zobowiązuje gminy do przystąpienia do sporządzania planów w określonym terminie, a obowiązek ten ma charakter wewnętrzny i nie wywołuje skutków wobec podmiotów zewnętrznych wobec organów gminy¹⁵.

Na tle sformułowania art. 10 ust. pkt 8 u.p.z.p. wątpliwości i kontrowersje wywoływała problematyka objęcia obowiązkiem uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego określonych w studium obszarów rozmieszczenia wielkopowierzchniowych obiektów handlowych. Stosownie do treści art. 10 ust. 2 pkt 8 u.p.z.p. w studium określa się w szczególności obszary, dla których obowiązkowe jest sporządzenie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego na podstawie przepisów odrębnych, w tym obszary wymagające przeprowadzenia scaleń i podziału nieruchomości, a także obszary rozmieszczenia obiektów handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² oraz obszary przestrzeni publicznej. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na obowiązującą w obecnym stanie prawnym powierzchnię sprzedaży obiektów handlowych. W u.p.z.p. w art. 10 ust. 2 pkt 8 przewidywano pierwotnie, że wymagane jest określenie w studium obszarów rozmieszczenia obiektów handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 2000 m². Przepis ten został następnie zmieniony ustawą z dnia 17 maja 2007 r. o tworzeniu i działaniu wielkopowierzchniowych obiektów handlowych¹⁶, przewidującą ten obowiązek dla obiektów handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m². Ustawa o tworzeniu wielkopowierzchniowych obiektów handlowych została w całości uznana przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z Konstytucją i utraciła moc z dniem 11 lipca 2008 r.¹⁷ Wyrok TK wywołał zatem skutek *ex tunc*, co skutkuje uznaniem, iż zmiana nie miała

¹³ Dz. U. nr 41, poz. 412 ze zm.

¹⁴ Dz. U. z 2005 r., nr 228, poz. 1947 ze zm.

¹⁵ Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o planowaniu...*, s. 104.

¹⁶ Dz. U. nr 127, poz. 880.

¹⁷ Wyrok TK z dnia 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07 (Dz. U. nr 123, poz. 803).

miejsca, a za tym idzie powrót do wielkości pierwotnej, czyli wymogu określenia w studium obszarów rozmieszczenia obiektów handlowych o powierzchni sprzedaży przekraczającej 2000 m².

Należy przy tym podkreślić, że w piśmiennictwie kwestia obowiązku uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla określonych w studium obszarów rozmieszczenia wielkopowierzchniowych obiektów handlowych jest przedmiotem rozbieżnych poglądów. Wynika to z nie do końca jasno sformułowanej treści art. 10 ust. 2 pkt 8 u.p.z.p. Przeważa jednak stanowisko, zgodnie z którym lokalizacja wielkopowierzchniowych obiektów handlowych jest możliwa tylko wówczas, gdy w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego wyznaczone zostaną granice terenów pod budowę takich obiektów. Oznacza to jednocześnie brak możliwości wydania decyzji o warunkach zabudowy dla tego typu inwestycji. W wyroku z dnia 26 października 2011 r. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, iż z przepisów art. 10 ust. 2 pkt 8 w zw. z ust. 3 wynika obowiązek sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla obszarów rozmieszczenia wielkopowierzchniowych obiektów handlowych. Skoro bowiem ustawodawca w art. 15 ust. 3 pkt 4 u.p.z.p. stanowi, że w planie miejscowym określa się m.in. granice terenów pod budowę wielkopowierzchniowych obiektów handlowych, a w art. 10 ust. 2 pkt 8 tej ustawy zobowiązuje do określenia obszarów w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, to tworzy zintegrowaną regulację prawną lokalizowania tych obiektów handlowych w aktach planistycznych gminy¹⁸. Inny pogląd w wyraził M. Szewczyk¹⁹ wskazując, że argumentem przemawiającym za takim rozumieniem zacytowanego przepisu jest to, że ustawodawca aktualnie zerwał całkowicie z zasadą zabudowy planowej, obowiązującej w polskim systemie prawnym od dnia wejścia w życie dekretu z dnia 2 kwietnia 1946 r. o planowym zagospodarowaniu przestrzennym kraju²⁰ aż do dnia wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Wyrazem tego jest treść art. 4 ust. 2 u.p.z.p., w świetle którego miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest aktem planowania przestrzennego o charakterze, co do zasady, fakultatywnym, alternatywnym w stosunku do planu miejscowego, aktem służącym zapew-

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 26 października 2011 r., II OSK 1531/10, LEX nr 1084643; niepubl.; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 14 marca 2012 r., II SA/GI 785/11, LEX nr 1138443, niepubl.; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2012 r., II SA/Wr 741/11, LEX nr 1139029, niepubl.; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 7 lipca 2011 r., II SA/Sz 522/11, LEX nr 1153311, niepubl.

¹⁹ Takie stanowisko reprezentują również: J. Wszółek, *Lokalizacja inwestycji w postaci wielkopowierzchniowych obiektów handlowych oraz elektrowni wiatrowych a obowiązek sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, „Monitor Prawniczy” z 2012 r., nr 12; A. Kosicki, *Uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy na lokalizację wielkopowierzchniowego obiektu handlowego*, dodatek do „Nieruchomości” 2011, nr 5.

²⁰ Dz. U. nr 16, poz. 109.

nianiu ładu przestrzennego jest zaś decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, a więc zawierająca rozstrzygnięcie lokalizacyjne. Za pomocą tych decyzji – tak samo jak za pomocą planu miejscowego – można określić granice, w których właściciel nieruchomości dysponuje wolnością w zakresie możliwości zagospodarowania, w tym zabudowy. Kolejnym argumentem przywoływanym przez M. Szewczyka jest treść art. 14 ust. 7 u.p.z.p., która koresponduje z art. 4 ust. 2 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem obowiązek sporządzenia planu miejscowego może wyprowadzić tylko ustawodawca i tylko w drodze ustawy odrębnej w stosunku do ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Tym samym gmina nie posiada kompetencji, aby kreować, niezależnie od ustawodawcy, obowiązek sporządzenia planu miejscowego. Nie może więc (inaczej niż pod rządami ustawy z dnia 4 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym²¹) wykreować obowiązku sporządzenia planu poprzez odpowiednie ukształtowanie treści studium. Trzeci argument bazuje na założeniu, że taka interpretacja przepisu art. 10 ust. 2 pkt 8 u.p.z.p. jest nie do pogodzenia z treścią art. 15 ust. 3 pkt 4 u.p.z.p. Przepis ten stanowi wprawdzie o obiektach, o których mowa w art. 10 ust. 2 pkt 8 u.p.z.p., a więc o wielkopowierzchniowych obiektach handlowych, nie stanowi jednak o tym, że w planie miejscowym należy obowiązkowo określić granice obszarów pod budowę takich obiektów, lecz wskazuje na to, iż granice takich obszarów określa się w planie miejscowym w zależności od potrzeb. Natomiast „określanie obowiązkowe” i „określanie w zależności od potrzeb” to całkowicie odmienne modalności prawne. Rady gminy mogą więc uchylać plany miejscowe, w których odstąpią od określenia granic obszarów pod budowę takich obiektów. Ostatnim argumentem przemawiającym za tym stanowiskiem jest przepis art. 10 ust. 3 u.p.z.p. stanowiący, że obowiązek przystąpienia do sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 8, powstaje po upływie 3 miesięcy od dnia ustanowienia tego obowiązku. Naszym zdaniem, gdyby przyjąć, że obowiązek sporządzenia planu miejscowego dla wielkopowierzchniowych obiektów handlowych ustanawia sam przepis art. 10 ust. 2 pkt 8 u.p.z.p., należałoby dojść do wniosku, że już w 2003 r. powinny zostać podjęte wszystkie uchwały o przystąpieniu do sporządzenia planu miejscowego dla wielkopowierzchniowych obiektów handlowych²². Przedstawiona argumentacja, mimo że przekonująca i logicznie spójna, nie została przyjęta w praktyce orzeczniczej. Organy administracji, biorąc pod uwagę przeważające stanowisko sądów administracyjnych, w większości uznają, iż u.p.z.p. przewiduje prawny obowiązek uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla określonych w studium uwarunkowań i kierunków zagospo-

²¹ Dz.U. z 1994 r., nr 89, poz. 415.

²² Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kuś, op. cit., s. 100–101.

darowania przestrzennego gminy obszarów rozmieszczenia wielkopowierzchniowych obiektów handlowych objętych dyspozycją art. 10 ust. 2 pkt 8 u.p.z.p. W konsekwencji zastosowanie będzie miał również art. 62 ust. 2 u.p.z.p. nakazujący zawieszenie postępowania toczącego się w sprawie ustalenia warunków zabudowy na takim obszarze do czasu uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Kolejny przypadek obligatoryjnego uchwalania studium określa art. 10 ust. 2a u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli na obszarze gminy przewiduje się wyznaczenie obszarów, na których rozmieszczone będą urządzenia wytwarzające energię z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 100 kW, a także ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabudowie oraz zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu, w studium ustala się ich rozmieszczenie. Natomiast z treści art. 15 ust. 3a pkt 3a ww. ustawy wynika, że w planie miejscowym określa się w zależności od potrzeb granice terenów pod budowę urządzeń, o których mowa w art. 10 ust. 2a, oraz granice ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabudowie, zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu oraz występowaniem znaczącego oddziaływania tych urządzeń na środowisko. W tym zakresie jednak uznaje się, że z powyższych przepisów nie można wywodzić, iż jeśli lokalizacja wyżej określonej inwestycji nie jest zawarta w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, to nie można dla niej ustalić warunków zabudowy i zagospodarowania terenu w drodze decyzji. Wydaje się więc, że ze wskazanych przepisów nie można wywodzić obowiązku sporządzenia planu miejscowego dla takich obszarów. Tego rodzaju inwestycje uznawane są za urządzenia infrastruktury technicznej, w związku z tym nie stosuje się do nich art. 61 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.z.p.²³

Procedura uchwalania studium obejmuje kilka etapów. Pierwszy z nich to podjęcie przez radę gminy uchwały o przystąpieniu do sporządzania studium (art. 9 ust. 1 u.p.z.p.). Przy czym wójt, burmistrz albo prezydent ma obowiązek ogłoszenia w prasie miejscowej oraz przez obwieszczenie o podjęciu takiej uchwały (także w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości). W literaturze zauważa się, że przepisy nie określają treści i charakteru prawnego takiej uchwały. W związku z tym wskazuje się, iż nie powinna zawierać żadnej innej treści, oprócz postanowienia o przystąpieniu do sporządzenia studium²⁴. Następnie wójt, burmistrz albo prezydent sporządza projekt studium składający się z części tekstowej i graficznej. Czynności te powierza się osobie posiadającej uprawnienia urbanistyczne.

W orzecznictwie wskazuje się, że teren, jaki ma być objęty postanowieniami studium, jest jednoznacznie określony i powinien obejmować cały ob-

²³ Wyrok NSA z dnia 21 kwietnia 2010 r., sygn. akt II OSK 310/10, niepubl.; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II SA/Po 758/10, niepubl.

²⁴ Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kuś, op. cit., s. 126.

szar gminy. Nie wyklucza to możliwości podejmowania uchwał w sprawie gminnego studium w zakresie ściśle określonego obszaru gminy, przy czym zmiany studium dotyczące pewnych fragmentów gminy powinny korelować z ustaleniami pozostającymi w mocy²⁵. Z kolei w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku słusznie zauważył, że zakres miejscowy ustaleń planistycznych przyjętych w uchwale musi być zgodny z ustaleniami uchwały o przystąpieniu do sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Wadliwość zaś w tym zakresie stanowić naruszenie trybu postępowania i zgodnie z art. 28 u.p.z.p. skutkują nieważnością części planu w zakresie, w jakim naruszenie to miało wpływ na treść uchwały²⁶. W tej fazie sporządzania projektu studium należy również przeprowadzić strategiczną ocenę oddziaływania na środowisko. Dotyczy to studium uchwalanych po dniu 15 listopada 2008 r., czyli wejściu w życie ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko²⁷. W orzecznictwie wyjaśnia się, że jeżeli w stosunku do studium, które zostało uchwalone po dniu 15 listopada 2008 r., nie przeprowadzono strategicznej oceny oddziaływania na środowisko zgodnie z przepisami działu IV ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, procedura nie będzie spełniać wymogów wynikających z jej przepisów, co skutkować powinno stwierdzeniem nieważności studium. Zatem we wszystkich przypadkach rozpoczętej procedury sporządzania studium (lub jego zmiany), a niezakończonych przed dniem wejścia w życie przywołanej ustawy, konieczne jest przeprowadzenie strategicznej oceny oddziaływania na środowisko, w tym opracowanie prognozy²⁸. Kolejny etap procedury sporządzania studium to składanie wniosków dotyczących studium i obowiązek ich rozpatrzenia przez organ wykonawczy. Trzeba podkreślić, że konieczność rozpatrzenia wniosków nie jest równoznaczna z obowiązkiem ich uwzględnienia. Termin składania wniosków do studium nie może być krótszy niż 21 dni. Forma składania wniosków może zostać określona dowolnie, w taki jednak sposób, aby wniosek został utrwalony i skierowany do rozpatrzenia oraz znalazł się w dokumentacji prac planistycznych. Projekt studium winien też zostać zaopiniowany przez właściwą komisję urbanistyczno-architektoniczną, która jest organem doradczym wójta (burmistrza, prezydenta miasta). W piśmiennictwie wskazuje się,

²⁵ Por. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 17 kwietnia 2012 r., II SA/OI 177/12, LEX nr 1138662, niepubl.

²⁶ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 5 czerwca 2013 r., II SA/Gd 273/13, LEX nr 1368716, niepubl.

²⁷ Dz. U. nr 199, poz. 1227 ze zm.

²⁸ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 10 listopada 2010 r., II SA/GI 663/10, LEX nr 752917, niepubl.

że wystąpienie do komisji o opinię jest obligatoryjnym elementem procedury studium. Jednakże nieprzedstawienie opinii w terminie przez komisję urbanistyczno-architektoniczną uznaje się za równoznaczne z zaopiniowaniem projektu w trybie art. 25 ust. 2 u.p.z.p. Przy czym wójt nie jest związany treścią opinii tego organu doradczego²⁹.

Następnie projekt studium przesyła się podmiotom uzgadniającym i opiniującym. Organami uzgadniającymi, stosownie do treści art. 11 pkt 6 u.p.z.p., są zarząd województwa – w zakresie jego zgodności z ustaleniami planu zagospodarowania przestrzennego województwa oraz wojewoda – w zakresie zgodności projektu studium z ustaleniami programów rządowych, o których mowa w art. 48 ust. 1 u.p.z.p. Uzgodnień dokonuje się w trybie art. 106 k.p.a. Wójt, burmistrz albo prezydent miasta może uznać za uzgodniony projekt studium albo projekt planu miejscowego, jeśli wskazane organy nie określą warunków, na jakich uzgodnienie ma nastąpić (art. 24 u.p.z.p.). W orzecznictwie wyjaśnia się, że jeżeli zgodnie z art. 24 ust. 1 u.p.z.p. uzgodnień dokonuje się w trybie art. 106 k.p.a., to uzgodnienie jest warunkiem uchwalenia tego aktu planistycznego. Natomiast odmowa uzgodnienia projektu planu przez organ współdziałający oznacza niemożność uchwalenia planu w projektowanym kształcie, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 2 u.p.z.p. Takie rozwiązanie polegające na obowiązku dokonywania uzgodnień w trybie przepisu art. 106 k.p.a. stanowi ingerencję w sferę samodzielności planistycznej gminy i z tego powodu podlega kontroli sądownoadministracyjnej³⁰. Z kolei w wyroku z dnia 10 października 2006 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny trafnie zauważył, że organ uzgadniający swoimi działaniami wkracza w sferę zadań własnych gminy i dlatego też jego rozstrzygnięcia muszą być podejmowane w granicach i na podstawie przepisów prawa. Tak więc regulacja art. 24 ust. 2 u.p.z.p. ma na celu ochronę samodzielności gminy w zakresie realizacji zadań własnych. W przypadku nieokreślenia przez organ uzgadniający odpowiednich zmian w projekcie w celu osiągnięcia sytuacji, w której projekt jest zgodny z prawem lub też niepodania podstawy prawnej, na mocy której żąda się określonych zmian w projekcie, wójt, burmistrz, prezydent miasta może uznać projekt za uzgodniony. Oznacza to, że art. 24 ust. 2 stanowi *lex specialis* w stosunku do generalnej reguły wprowadzonej przez art. 24 ust. 1 i stwarza możliwość uproszczenia całej procedury³¹.

Kwestią sporną pozostaje natomiast charakter prawny wskazanych postanowień, gdyż nie ulega wątpliwości, iż nie są one wydawane w sprawach indywidualnych. W wyroku z dnia 5 maja 2008 r. Wojewódzki Sąd Admini-

²⁹ Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o planowaniu...*, s. 113.

³⁰ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 2 marca 2011 r., II SA/Gd 813/10, LEX nr 1096876, niepubl.

³¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 października 2006 r., IV SA/Wa 1302/06, LEX nr 284527, niepubl.

stracyjny w Warszawie wyraził pogląd, iż zajęcie stanowiska przez inny organ przy sporządzaniu projektu studium lub projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego ma charakter aktu nadzoru nad działalnością gminy – przewidzianego przepisami szczególnymi. W związku z tym zażalenie na nie może wnieść jedynie wójt, burmistrz lub prezydent miasta, który sporządził dany projekt³². Trudno zaaprobować przytoczone stanowisko w sensie ustrojowym z uwagi na to, że zarząd województwa nie jest organem sprawującym nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego (krąg takich organów jest ściśle określony w Konstytucji RP). Ponadto w ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa ustawodawca jasno zaznacza, iż organy samorządu województw nie są wobec organów gminy i powiatu organami sprawującymi nadzór, jak również organami wyższego stopnia w rozumieniu k.p.a. Można jednak stwierdzić, że uzgodnienia oddziałują na zapisy studium i przesądzają o jego zawartości. Należy podzielić w tym zakresie pogląd M. Szewczyka, że nie są to czynności nadzorcze, a uzgadnianie oznacza jedynie, iż dla ustanowienia danego aktu ustawodawca wymaga współdziałania dwóch organów³³. *Ratio legis* takiego uzgodnienia sprowadza się do przyjęcia wpływów pozytywnego stanowiska organu uzgadniającego na kształt postanowień studium³⁴.

Organ sporządzający projekt studium występuje też o zaopiniowanie rozwiązań przyjętych w projekcie studium. Organami opiniującymi projekt studium w tym zakresie są: starosta powiatowy, gminy sąsiednie, wojewódzki konserwator zabytków, organy wojskowe, ochrony granic oraz bezpieczeństwa państwa, dyrektor właściwego urzędu morskiego w zakresie zagospodarowania pasa technicznego, pasa ochronnego oraz morskich portów i przystani, organ nadzoru górniczego w zakresie zagospodarowania terenów górniczych, organ administracji geologicznej, minister właściwy do spraw zdrowia w zakresie zagospodarowania obszarów ochrony uzdrowiskowej, dyrektor regionalnego zarządu gospodarki wodnej w zakresie zagospodarowania obszarów szczególnego zagrożenia powodzią, regionalny dyrektor ochrony środowiska, organ Państwowej Straży Pożarnej i wojewódzki inspektor ochrony środowiska³⁵, państwowy wojewódzki inspektor sanitarny. Wskazane opinie będą miały inny charakter niż uzgodnienia dokonywane przez wojewodę i zarząd woje-

³² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 maja 2008 r., IV SA/Wa 372/08, LEX nr 506934, niepubl.

³³ Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kuś, op. cit., s. 132.

³⁴ Por. wyrok NSA z dnia 8 listopada 2012 r., II OSK 2024/12, LEX nr 129154, niepubl.

³⁵ W zakresie: a) lokalizacji nowych zakładów o zwiększonym lub dużym ryzyku wystąpienia poważnych awarii; b) zmian, o których mowa w art. 250 ust. 5 i 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, w istniejących zakładach o zwiększonym lub dużym ryzyku wystąpienia poważnych awarii, c) nowych inwestycji oraz rozmieszczenia obszarów przestrzeni publicznej i terenów zabudowy mieszkaniowej w sąsiedztwie zakładów o zwiększonym lub dużym ryzyku wystąpienia poważnych awarii, w przypadku gdy te inwestycje, obszary lub tereny zwiększają ryzyko lub skutki poważnych awarii.

wództwa. Opinia ta nie ma bowiem wiążącego charakteru, chyba że przepis prawa materialnego wyraźnie taki określi. Zatem stanowiska wyrażone przez organy opiniujące nie są wiążące dla organu sporządzającego projekt studium. Nieprzedstawienie stanowiska w terminie jest równoznaczne z zapiniowaniem projektu.

Kolejny etap procedury sporządzania studium to wyłożenie projektu studium do publicznego wglądu na okres co najmniej 21 dni i publiczna dyskusja nad rozwiązaniami przyjętymi w studium. Trafnie zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20 czerwca 2006 r., iż forma dyskusji publicznej, której organizacja jest jednym z obligatoryjnych elementów w procedurze tworzenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, zależy od jej organizatora, czyli wójta (burmistrza, prezydenta miasta). Wójt ma swobodę w tym zakresie, przy czym musi zachować warunek, aby dyskusja była publiczna, tzn. nie ograniczała możliwości wypowiedzi zainteresowanym podmiotom. Mogą to być np. otwarte spotkania, publikacja wypowiedzi w prasie. Istotą dyskusji publicznej jest to, iż podmioty w niej uczestniczące wypowiadają swoje opinie co do rozwiązań przyjętych w projekcie studium. Istotny jest bowiem zamiar wysondowania opinii (poglądów, stanowiska) określonych grup społecznych (wspólnoty samorządowej lub zainteresowanych środowisk). Dyskusja ta ma zatem charakter opiniodawczy, a więc jej wynik nie jest wiążący dla organów gminy³⁶.

Ustawodawca przewidział też możliwość zgłaszania uwag do projektu studium. Przy czym z uwagi na wewnętrzny charakter studium zauważa się, iż wystarczającą gwarancją zapewnienia w procedurze planistycznej czynnika społecznego jest umożliwienie składania wniosków i uwag do projektu studium oraz udział w dyskusji publicznej bez konieczności ponawiania czynności planistycznych³⁷. Następnie organ wykonawczy przedstawia radzie gminy do uchwalenia projekt studium wraz z listą nieuwzględnionych uwag. Jest to ostatnia faza procedury uchwalania studium. Wydaje się, że rozpatrzenie uwag powinno być czynnością odrębną od uchwalenia studium, poprzedzającą ją. Naczelny Sąd Administracyjny trafnie zauważył, że akt organu planistycznego rozstrzygający o uwagach złożonych do projektu studium – niezależnie od tego, czy ma postać odrębnej uchwały, czy załącznika do uchwały o przyjęciu studium – może stanowić przedmiot kontroli dokonywanej przez sąd administracyjny jedynie w ramach oceny legalności uchwały w przedmiocie uchwalenia studium³⁸. Rada gminy uchwała studium zwykłą większością głosów, w obecności co najmniej połowy ustawowego składu rady, w głosowaniu jawnym. Uchwała w sprawie studium wraz z załącznikami

³⁶ Wyrok NSA z dnia 20 czerwca 2006 r., II OSK 277/06, LEX nr 266913, niepubl.

³⁷ Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 5 kwietnia 2012 r., II SA/OI 150/12, LEX nr 1145831.

³⁸ Postanowienie NSA z dnia 17 września 2013 r., II OSK 1970/13, LEX nr 1375034, „Gazeta Prawna” 2013/201/16.

oraz dokumentacją planistyczną jest przedkładana wojewodzie. Rozstrzygnięcia nadzorcze wojewody albo orzeczenie sądu administracyjnego stwierdzające nieważność tej uchwały są wydawane w przypadku stwierdzenia jednego z wyżej wskazanych uchybień.

Studium zostało ukształtowane przez ustawodawcę przede wszystkim jako akt wewnętrzny, tj. dokument o charakterze roboczym, który może być uzupełniany i weryfikowany. Powinno zawierać wszelkie dane niezbędne do sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Choć nie jest aktem prawa miejscowego, ma moc wiążącą dla organów gminy przy sporządzaniu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Trudno jednak zgodzić się poglądem, iż studium ma wzmocnioną pozycję w stosunku do planu miejscowego oraz innych aktów wpływających na lokalny ład przestrzenny³⁹. Jest wprost przeciwnie. Równocześnie wydaje się, że ustawodawca powinien zwiększać rolę studium poprzez nadanie mu charakteru powszechnie obowiązującego. W obowiązującym stanie prawnym bezdyskusyjna jest silna zależność pomiędzy studium a miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Jak wyżej wskazano, studium powinno determinować i równocześnie harmonizować treści poszczególnych miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego.

Summary

The legal nature of the study of conditions and directions of communal spatial development

Key words: study of condition and direction of special development, local spatial development plan, the legal nature of a study of condition and direction of spatial development, the procedure of adopting the study.

The Act on Spatial Planning and Land Development of 27th March 2003 lays down the principles of spatial policy development by local government units and public administration bodies. In their broadest scope, tasks aimed at spatial planning and land development are carried out by communes. The communes are obliged to adopt two basic planning documents: a study of conditions and directions of spatial development and a local spatial development plan. The authors have explained the legal nature of such study of conditions and directions of commune spatial development. They have indicated the basic functions of the study and presented its content and form. Further in the paper, the authors have demonstrated the procedure of adopting the study. In the conclusions, they have assessed the role of the study in the spatial planning system.

³⁹ P. Kwaśniak, op. cit., s. 59.

Marta Sawicka

doktorantka

Katedra Postępowania Administracyjnego i Sądowoadministracyjnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Prawo do sądu w sprawie administracyjnej na tle unormowań Konstytucji RP

Jedną z podstawowych wartości w demokratycznym państwie prawnym jest prawo do sądu. Tak wartość tę sytuuje prawo międzynarodowe¹. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.² w art. 45 ust. 1 stanowi: „Każdy³ ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy⁴ bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Doktryna prawa wyprowadza z tego przepisu zasadę prawa do procesu i zasadę prawa do sądu, łącząc je m.in. z zagadnieniem ukształtowania praw jednostki wobec administracji publicznej⁵.

Celem pracy jest zaprezentowanie instytucji prawa do sądu w sprawie administracyjnej w kontekście wspomnianego już art. 45 Konstytucji RP. W dużej mierze odniosę się też do obecnie obowiązujących ustaw i rozporządzeń określających ustrój i strukturę sądownictwa administracyjnego w Polsce. W związku z tym chciałabym wskazać na pewien aspekt, wymagający – jak sądzę – ewentualnych modyfikacji. Mianowicie chodzi o kwestię konstytucyjnego unormowania sporów o właściwość pomiędzy sądami powszechny-

¹ Zob. Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 237.

² Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

³ „Każdy” w rozumieniu Konstytucji oznacza zarówno osobę fizyczną, bez względu na obywatelstwo, jak i osobę prawną. Por. B. Banaszek, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 285.

⁴ Pojęcie „sprawa”, interpretowane przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 1 Konstytucji, oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji. Por. uchwałę Składu Siedmiu Sędziów SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 26/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 36.

⁵ A. Wiktorowska, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 400.

mi a sądami administracyjnymi, co przedkładać się będzie bezpośrednio na realizację prawa do sądu w sprawie administracyjnej. Ustrojodawca zakładał uchwalenie przed upływem 5 lat od wejścia w życie Konstytucji RP z 1997 r. ustaw wprowadzających dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne, jednocześnie nie przewidział utworzenia Trybunału Kompetencyjnego (na wzór Konstytucji z 1921 r.) ani też innego organu o podobnym zakresie obowiązków. W wyniku reformy sądownictwa administracyjnego zniesiono Kolegium Kompetencyjne, a jego właściwości nie zostały przekazane jakiemuś innemu organowi (Sądowemu Kolegium Kompetencyjnemu, Sądowi Najwyższemu, Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu). W konsekwencji powrócono do sytuacji z czasów PRL-u (do 1980 r.), tzn. pozostawiono spory kompetencyjne ocenie sądów, co może być rozumiane w ten sposób, iż nie stanowią one istotnego problemu ustrojowego czy prawnego i nie wymagają stworzenia szczególnego mechanizmu normatywnego zapewniającego prawidłowe ich rozwiązanie i w miarę jednolitą praktykę. Gwarantowałyby to jedynie organ upoważniony do rozstrzygania wątpliwości co do tego, gdzie przebiega granica między prawem prywatnym i prawem publicznym, a także stanowiący, jak na tle konkretnych unormowań prawnych należy wyznaczać właściwość sądów powszechnych do załatwiania określonych spraw i właściwość organów administracji publicznej, a tym samym pośrednio również właściwość sądów administracyjnych⁶. Tymczasem w nowych warunkach ustrojowych znaczenie tego typu sporów, tudzież potrzeba ich jednolitego i prawidłowego rozwiązywania w skali całego państwa stale rośnie. Zapewnienie jednostce prawa do właściwego sądu w pełni uzasadnia wprowadzenie instytucjonalnych rozwiązań w tym zakresie, a nieistnienie podstaw w regulacjach ustawy zasadniczej nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia przeciwko unormowaniom ustawowym tego rodzaju sporów.

Chcąc przejść do sedna rozważań należy na początku poprzedzić je kilkoma uwagami o charakterze terminologicznym. Pojęcia „prawo do sądu” zaczęto używać po zmianach ustrojowych, które miały miejsce w 1989 r. Istotną rolę w tym zakresie odegrało orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i doktryna prawa konstytucyjnego oraz akty prawne o charakterze międzynarodowym⁷, a mianowicie: Powszechna Deklaracja Praw Człowie-

⁶ W. Sanetra, *Spór o spory kompetencyjne*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 9, s. 14 i nast.

⁷ Ratyfikowane przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe podobnie pojmują prawo do sądu i prawo do procesu, łącząc je z uprawnieniem każdego człowieka do korzystania z ochrony swoich praw i interesów, które to zostały naruszone działalnością lub bezczynnością administracji lub poprzez przewlekłość postępowania administracyjnego. I tak, zgodnie z art. 10 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, „każdy człowiek ma na warunkach całkowitej równości prawo, aby przy rozstrzygnięciu o jego prawach i zobowiązaniach lub o zasadności wysuwanego przeciw niemu oskarżenia o popełnienie przestępstwa być słuchanym sprawiedliwie i publicznie przez niezależny i bezstronny sąd”. Zgodnie z art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, jednostka „ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezawisły i bezstronny sąd”. Z kolei na podstawie art. 6 Europejskiej

ka⁸ z 1948 r. (art. 10), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁹ z 1950 r. (art. 6 ust. 1) oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰ (art. 14 ust. 1). Prawo do sądu interpretowane jest także przez Europejski Trybunał Praw Człowieka: „z uwzględnieniem ogólnych zasad przyjętych przez narody cywilizowane, łącznie z zasadą, iż każdy powinien mieć możliwość przedstawienia sądowi swojej sprawy oraz inną zasadą, z której wynika zakaz odmowy wymiaru sprawiedliwości”¹¹. Formułując pojęcie „prawo do sądu” w ustawodawstwie polskim, odniesiono się do unormowań zawartych w przedwojennych przepisach konstytucyjnych¹². Oprócz niego używa się tożsamych treściowo terminów: „prawo do wymiaru sprawiedliwości”, „prawo do drogi sądowej”, „prawo do sprawiedliwego procesu sądowego”, „prawo do powództwa” lub „prawo do obrony przed sądem”¹³. Na tle procedury administracyjnej sformułowano natomiast pojęcie „sprawiedliwości proceduralnej” jako obowiązującej organ dyrektywy procesowej, stanowiącej konieczny korelat konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego¹⁴. Znaczenie tej dyrektywy podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny, stwierdzając, iż „w państwie prawnym wymagane jest nie tylko zrozumiałe, precyzyjne i zgodne z innymi regułami, wynikającymi z istoty takiego państwa, unormowanie procedury, lecz również prawidłowe i ścisłe jej stosowanie w praktyce, w szczególności tych przepisów, które określają uprawnienia procesowe uczestników postępowania”¹⁵.

Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności: „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd, ustanowiony na mocy ustawy”. Kryteria i wartości wprowadzone z tego przepisu są przedmiotem ustaleń interpretacyjnych Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. W literaturze natomiast podkreśla się, iż w orzecznictwie tychże organów wyraźnie widoczna jest tendencja do rozszerzającej wykładni cytowanego przepisu, co ma mieć związek z zasadą demokratyzmu i państwa prawnego. Por. szerzej: Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne...*, s. 235.

⁸ Uchwalona w Paryżu przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 10 grudnia 1948 r.

⁹ Akt sporządzony w Rzymie dnia 4. listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

¹⁰ Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167 i 168.

¹¹ Por. szerzej: M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 1992, s. 41–42.

¹² Art. 98 Konstytucji z dn. 17 marca 1921 r. stanowił, iż „Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega [...]. Żadna ustawa nie może zamykać obywatelowi drogi sądowej dla dochodzenia krzywdy i straty”. Z kolei art. 68 ust. 1 i 4 Konstytucji z dnia 23 kwietnia 1935 r.: „Żadna ustawa nie może zamykać obywatelowi drogi sądowej dla dochodzenia krzywdy lub szkody. [...] Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega, ani karany za czyn nie zabroniony przez prawo przed jego popełnieniem, ani też zatrzymany bez nakazu sądu dłużej niż czterdzieści osiem godzin”.

¹³ Zestawienie tych pojęć zob. H. Mądrzak, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1997, s. 187.

¹⁴ Zob. Z. Kmiecik, *Idea sprawiedliwości proceduralnej w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 10, s. 55.

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 19 października 1993 r., V SA 250/93, ONSA 1994, nr 2, poz. 84.

Z kolei Sąd Najwyższy¹⁶ (na podstawie konstytucyjnych unormowań) potwierdził autonomiczność prawa do sądu jako prawa podmiotowego tworzącego podstawę roszczenia jednostki, co zwłaszcza przy bezpośrednim stosowaniu Konstytucji (art. 8 ust. 2) może stanowić samodzielną podstawę prawną. Zgodnie z tą koncepcją, prawo do sądu jest odrębnym i niezależnym od innych powiązań normatywnych prawem przysługującym jednostce wobec państwa, niezależnie od istnienia i treści stosunku materialnoprawnego i wynikających z niego uprawnień i obowiązków. Wartość prawa do sądu polega zaś na tym, że jednostka mocą swej woli, odpowiednio uzewnętrznionej np. przez wytoczenie powództwa, może zobowiązać właściwe organy państwa do podjęcia przewidzianych w ustawie działań potrzebnych do wydania orzeczenia w sprawie, która nie została mocą ustawy wyłączona z drogi sądowej. Prawo do sądu może doprowadzić do wszczęcia i prowadzenia postępowania przed sądem, chyba że istnieje w odniesieniu do dochodzonego prawa ustawowe wyłączenie drogi sądowej. Ewentualne wątpliwości dotyczące przedmiotowego zakresu prawa do sądu powinny być wyjaśnione z uwzględnieniem konstytucyjnego domniemania prawa do sądu¹⁷. Ponadto prawo do sądu istnieje nawet wówczas, gdy jakaś ustawa regulująca prawa i obowiązki jednostki nie przewiduje możliwości wystąpienia na drogę sądową¹⁸.

Według formuły wypracowanej przez Trybunał Konstytucyjny w licznych orzeczeniach na prawo do sądu składają się w szczególności:

- 1) prawo dostępu do sądu (prawo uruchomienia procedury);
- 2) prawo do odpowiedniego kształtowania procedury (zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności);
- 3) prawo do wyroku sądowego (prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia)¹⁹.

W 2007 r. TK uzupełnił te elementy prawa do sądu o „prawo do odpowiedniego kształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy”²⁰, ponadto podkreślił, że w państwie prawnym prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie – jako dostępność drogi sądowej w ogóle, lecz i materialnie – jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej.

¹⁶ Zob. postanowienia SN z dnia 6 kwietnia 2000 r., II CKN 285/00, OSNC 2000, nr 10, poz. 188 i 19 marca 2003 r., III CK 319/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 31.

¹⁷ Przyznanie daleko idących uprawnień do korzystania z drogi sądowej stwarza jednak możliwość zaistnienia sytuacji, w których prawo to może być wykorzystywane niezgodnie z jego celem, tzn. nie dla ochrony praw jednostki, lecz np. w celu szykanowania innej osoby, co stanowi już nadużycie prawa. Nie jest to bynajmniej problem teoretyczny, lecz wynika on z praktyki sądów administracyjnych. Por. szerzej: H. Dolecki, *Nadużycie prawa do sądu*, [w:] J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński (red.), *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980-2005*, Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2005, s. 130-138.

¹⁸ Por. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1999 r., I PKN 648/98, OSNP 2000, nr 11, poz. 423.

¹⁹ Wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., P9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14.

²⁰ Wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.

Dla podjętych rozważań ważna jest także kwestia opłat sądowych oraz wprowadzenia w niektórych sprawach tzw. przymusu adwokackiego. Jak stwierdził NSA: „samo wprowadzenie obowiązku ponoszenia przez strony opłat sądowych i wydatków ani też obowiązku reprezentowania strony przez profesjonalnego pełnomocnika [...] nie jest sprzeczne z art. 45 ust. 1 Konstytucji, jednakże pod warunkiem, że stworzony zostanie odpowiedni system środków zapewniających korzystanie z prawa do sądu osobom, które nie są w stanie, z uwagi na sytuację materialną, ponieść tych opłat lub kosztów ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika”²¹. Jedną z podstawowych gwarancji procesowych zapewniających faktyczny dostęp do sądu bez względu na stan majątkowy jest instytucja prawa pomocy, obejmująca możliwość zwolnienia z kosztów sądowych oraz ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika, jeśli strona nie jest w stanie udźwignąć tych wydatków ze względu na sytuację ekonomiczną, w jakiej się znalazła²².

W tym miejscu warto przypomnieć strukturę sądownictwa administracyjnego w Polsce²³. Ustrojowe miejsce sądów administracyjnych wyznaczają regulacje konstytucyjne, a wynika z nich, iż sądy administracyjne stanowią władzę sądowniczą – odrębną i niezależną od innych władz (art. 10 ust. 2 i art. 173 Konstytucji RP). Obecnie podstawę prawną organizacji i funkcjonowania sądownictwa administracyjnego²⁴ stanowią:

1) ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. nr 153, poz. 1269 z późn. zm.);

²¹ Uchwała NSA z dnia 2 grudnia 2010 r., II GPS 2/10, ZNSA 2011, s. 113–114.

²² J. P. Tarno, [w:] W. Chróścielewski, J. P. Tarno (red.), *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 368, 538–548.

²³ Zaznaczyć należy, iż model sądownictwa administracyjnego w Polsce uwzględnia rekomendację Komitetu Ministrów Rady Europy nr R/2001/9 z dnia 5 września 2001 r. o alternatywnych środkach rozstrzygania sporów sądowych między organami administracji a osobami prawnymi (Recommendation Rec/2001/9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties), będącą rozwinięciem założeń rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R/81/7 z dnia 14 maja 1981 r. o środkach ułatwiających dostęp do wymiaru sprawiedliwości (Recommendation No. R/81/7 on Measures Facilitating Access to Justice) oraz nr R/86/12 z dnia 16 września 1986 r. w sprawie środków zapobiegającym nadmiernemu obciążeniu sądów i ograniczających to obciążenie (Recommendation No. R/86/12 concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts). Por. Z. Kmiecik, *Ochrona sądowa a alternatywne środki rozstrzygania sporów między administracją a jednostką*, „Samorząd Terytorialny” 2002, nr 3, s. 31–32.

²⁴ Warto podzielić się uwagą prof. B. Banaszka (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 877), który wskazuje, iż istnienie sądów administracyjnych od dawna napotykało sprzeciw w nauce prawa konstytucyjnego. Najbardziej znanym ich oponentem jest A. V. Dicey, który podkreśla, że mają one inklinację do orzekania po myśli administracji rządowej. Przeprowadzane analizy wskazują na ich większą efektywność w rozwiązywaniu spraw administracyjnych niż sądów powszechnych w państwach, w których sprawy te należą do kognicji sądów powszechnych. Przykładowo por. K. Takayanagi, *Appendix: opinion of some Constitution of Japan. Its first twenty years 1947-67*, University of Washington Press, Seattle – London 1968, s. 108.

2) ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.);

3) ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o ustroju sądów administracyjnych i ustawę – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. nr 153, poz. 1271 z późn. zm.);

4) rozporządzenie Prezydenta RP z 25 kwietnia 2003 r. w sprawie utworzenia wojewódzkich sądów administracyjnych oraz ustalenia ich siedzib i obszarów właściwości (Dz. U. nr 72, poz. 652 z późn. zm.);

5) rozporządzenie Prezydenta RP z 25 kwietnia 2003 r. w sprawie przekazania rozpoznawania innym wojewódzkim sądom administracyjnym niektórych spraw z zakresu działania Kierownika Urzędu ds. Kombatantów i Osób Represjonowanych (Dz. U. nr 72, poz. 653).

Sądy administracyjne funkcjonują w demokratycznym państwie prawnym – takie sformułowanie znajdziemy w art. 2 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, iż jednym z podstawowych założeń demokratycznego państwa prawa jest zagwarantowanie obywatelom dostępu do sądu, by mogli oni bronić swoich interesów „przed niezawisłym organem, kierującym się wyłącznie obowiązującym w państwie prawem”, ponadto uznał „prawo jednostki do rzetelnego i publicznego procesu, w którym są rozstrzygane jej prawa o charakterze administracyjnym, cywilnym”²⁵, łącząc je z konstytucyjną zasadą państwa prawnego.

Model sądownictwa administracyjnego, zgodnie z unormowaniami Konstytucji RP, przyjmuje więc postać dwóch niezależnych od siebie pionów sądownictwa: jednego obejmującego sądy powszechne i sądy wojskowe z Sądem Najwyższym oraz drugiego – obejmującego sądy administracyjne z Naczelnym Sądem Administracyjnym na czele. Zakłada się całkowitą odrębność tych dwóch pionów, determinuje ustrój i właściwość sądów administracyjnych oraz konieczność wyraźnego rozgraniczenia zadań i właściwości sądów administracyjnych od zadań i właściwości sądów powszechnych²⁶. Ponadto unormowania konstytucyjne wprowadzają zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowniczoadministracyjnego i administracyjnego, co ma bezpośredni wpływ na ustrój i organizację sądownictwa administracyjnego w Polsce od 1 stycznia 2004 r. Przepisy art. 176 ust. 1 i art. 78 Konstytucji RP wprowadzają zasadę dwuinstancyjności w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (a także w jurysdykcyjnym postępowaniu administracyjnym). Zgodnie

²⁵ Orzeczenie TK z dnia 7 stycznia 1992 r., K 8/91, OTK 1992, cz. 1, poz. 5 wraz z głosem K. Gołyńskiego i E. Podgórskiej, „Państwo i Prawo” 1993, z. 4, s. 107.

²⁶ J. Drachal, R. Hauser, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne. Omówienie podstawowych zasad i instytucji procesowych. Teksty aktów prawnych*, Zachodnie Centrum Organizacji, Warszawa – Zielona Góra 2003, s. 18 i 20.

z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, ww. konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego zakłada w szczególności:

1) dostęp do sądu drugiej instancji, a tym samym przyznanie stronom właściwych środków zaskarżenia, które uruchamiają rzeczywistą kontrolę rozstrzygnięć wydanych przez sąd pierwszej instancji,

2) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji – co do zasady – sądowi wyższego stopnia,

3) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne²⁷.

Zasada prawa do sądu znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych: „Sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej”, z czego wynika, że podmiot administrowany (jednostka) ma zagwarantowaną drogę obrony swoich praw i interesów, które zostały naruszone działalnością lub bezczynnością administracji, bądź przewlekłością postępowania administracyjnego (w postępowaniu administracyjnym)²⁸. Przepis ten, określający podstawową funkcję sądów administracyjnych i toczącego się przed nimi postępowania, należy interpretować w związku z art. 184 Konstytucji, który z kolei stanowi, że sądy administracyjne (NSA i wojewódzkie sądy administracyjne) sprawują wymiar sprawiedliwości poprzez kontrolę działalności administracji publicznej. Kontrola ta obejmuje także orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej²⁹. Istotą sądowej kontroli administracji jest ochrona wolności i praw jednostki (podmiotów prawa) w stosunkach z administracją publiczną oraz budowanie i utrwalanie zasady państwa prawa i wyprowadzanych z niej standardów. Podstawową funkcją sądownictwa administracyjnego jest ochrona praw podmiotowych jednostki. Przyjęcie tej funkcji wypływa z założeń systemu weryfikacji administracji publicznej w państwie prawa, co ma związek z realizacją zasady praworządności³⁰.

Sądowy wymiar sprawiedliwości jest integralnie związany z gwarantowanym konstytucyjnie prawem do sądu, a także z konstytucyjnym zakazem

²⁷ Wyrok TK z dnia 16 listopada 2011 r., SK 45/09, OTK-A 2011, nr 9, poz. 97.

²⁸ A. Wiktorowska, op. cit., s. 400.

²⁹ M. Masternak-Kubiak, [w:] M. Masternak-Kubiak, T. Kuczyński (red.), *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 11.

³⁰ Por. J. Trzciniński, *Sądownictwo administracyjne jako gwarant ochrony wolności i praw jednostki*, referat wygłoszony na 50. Jubileuszowym Zjeździe Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego „Trzecia władza sądy i trybunały w Polsce”, Gdynia 24–26 kwietnia 2008 r. oraz B. Adamiak, *Model sądownictwa administracyjnego a funkcje sądownictwa administracyjnego*, [w:] J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz (red.), *Polski model sądownictwa administracyjnego*, Verba, Lublin 2003, s. 21–22.

zamykania drogi sądowej do dochodzenia naruszonych wolności lub praw (art. 77 ust. 2 Konstytucji). Normy konstytucyjne nie określają, w drodze jakich procedur i przed jakimi sądami ma być realizowana ochrona praw i wolności. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że sądowy wymiar sprawiedliwości nie oznacza, by wszystkie sprawy i spory dotyczące sytuacji prawnej jednostki musiały być od początku rozstrzygane przez sądy, zawsze jednak sądom musi przysługiwać pozycja nadrzędna, umożliwiająca zweryfikowanie rozstrzygnięcia organu pozasądowego³¹.

Jeśli chodzi o treść i zakres działalności sądów administracyjnych, to wyznaczać je będzie art. 175 Konstytucji RP, który powierza im sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Przepis ten należy rozumieć jako nakaz, aby wymiar sprawiedliwości sprawowały wyłącznie sądy. Ten monopol sądów na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości jest szczególnie akcentowany w odniesieniu do tych spraw i sporów, w których jedną ze stron jest jednostka³².

Sądy administracyjne są sądami szczególnymi. Sądy szczególne to sądy o właściwości obejmującej określoną grupę spraw, usytuowane poza systemem sądów powszechnych, a do postępowania przed nimi stosuje się te same co w sądach powszechnych zasady konstytucyjne. Obowiązująca obecnie ustawa zasadnicza nie używa terminu „sądy szczególne”, ponieważ nie pozostawia już zwykłemu ustawodawcy swobody ich tworzenia, jak było do 1997 r.³³ Konstytucja RP w art. 175 ust. 1 wymienia tylko dwa typy sądów szczególnych: sądy wojskowe i sądy administracyjne, co oznacza zakaz tworzenia jakichkolwiek innych sądów szczególnych³⁴. Sądy administracyjne stanowią więc „wyodrębnioną część władzy sądowniczej, a nie organy kontroli zewnętrznej nad administracją publiczną. Inne są bowiem cele kontroli administracji publicznej. Kontrola ta jest sprawowana wyłącznie z punktu widzenia interesu publicznego, polegającego na zapewnieniu legalnego i celowego działania tej administracji w imię dobra wspólnego. Jeżeli zaś chodzi o kontrolę sądową, to jej podstawowym celem jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości [...], chodzi tu przede wszystkim o ochronę praw i wolności jednostki”³⁵.

Zgodnie z art. 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej oraz rozstrzyganie sporów kompetencyjnych i o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami

³¹ Por. orzeczenie TK z dnia 2 czerwca 1999 r., K 34/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 94.

³² M. Masternak-Kubiak, op. cit., s. 12.

³³ Art. 56 ust. 3 Konstytucji PRL z 1952 r., pozostający w mocy na podstawie art. 77 Małej Konstytucji z 1992 r., stanowił: „Ustrój, właściwość i postępowanie sądów [...] określają ustawy”.

³⁴ Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Liber, Warszawa 2007, s. 332–335.

³⁵ Wyrok TK z dnia 14 czerwca 1999 r., K 11/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 97.

administracji rządowej. Kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej³⁶.

Sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej jedynie pod względem zgodności z prawem, a więc prawidłowości zastosowania przepisów obowiązującego prawa oraz trafności ich wykładni³⁷, natomiast rola sądu administracyjnego sprowadza się do sprawowania kontroli działalności organów administracji publicznej, a nie zastępowania ich w załatwianiu spraw poprzez wydawanie końcowego rozstrzygnięcia w sprawie³⁸. Realizowanie przez sąd administracyjny prawa do sądu w sprawach administracyjnych należy więc postrzegać m.in. jako konsekwencję podziału władz, zastrzegającą sprawowanie administracji na rzecz organów władzy wykonawczej³⁹. Zgodnie z polskim modelem jurysdykcji sądowniczoadministracyjnej, zadaniem sądownictwa administracyjnego jest jedynie kontrolowanie aktów administracji publicznej poprzez badanie ich zgodności z prawem. Przyznanie sądom administracyjnym kompetencji do merytorycznego rozpoznania doprowadziłoby do wyręczenia administracji publicznej w realizacji powierzonych zadań⁴⁰. Tymczasem zgodnie z zasadą trójpodziału władz, wyrażoną w art. 10 Konstytucji RP, sądownictwo administracyjne nie może doprowadzić do zastępowania administracji publicznej w wykonywaniu przez nią ustawowo określonych kompetencji, a tym samym wkroczyć w sferę władzy wykonawczej⁴¹.

Wymiar sprawiedliwości sprawowany przez sądy administracyjne, a realizowany poprzez kontrolę działalności administracji publicznej, obejmuje także orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej. Sądy administracyjne rozstrzygają również spory kompetencyjne między organami samorządu terytorialnego i administracji rządowej. Orzekanie o zgodności z ustawami uchwał jednostek samorządu terytorialnego musi uwzględniać wyrażony w art. 165 ust. 2 Konstytucji RP wymóg zagwarantowania samodzielności tym jednostkom przez zapewnienie im ochrony sądowej. Funkcja kontrolna działalności administracji publicznej jest decydująca dla określenia natury polskiego sądownictwa administracyjnego (sądy administracyjne posiadają zasadniczo charakter sądów kasacyjnych). Są one

³⁶ Por. szerzej: Istota kontroli sądowej, sądowa kontrola administracji publicznej w znaczeniu wąskim i szerokim, rozwój sądowej kontroli administracji publicznej w Polsce oraz kontrola sądów administracyjnych w świetle obowiązujących przepisów [w:] J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 141–150.

³⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 maja 2004 r., IV SA 4621/02.

³⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 listopada 2006 r., III SA/Wa 1831/06.

³⁹ Por. L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz 3*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003, s.7.

⁴⁰ Por. T. Woś, *Reforma sądownictwa administracyjnego – projekty dalekie od ideału*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 7, s. 31.

⁴¹ M. Masternak-Kubiak, op. cit., s. 17.

uprawnione do badania wydawanych przez organy administracji publicznej aktów oraz podjętych czynności.

Kontrola sądów administracyjnych polegać więc będzie na zbadaniu, czy organ administracji publicznej nie naruszył prawa w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, a sama kontrola powinna zawsze przebiegać w trzech płaszczyznach:

- 1) oceny zgodności rozstrzygnięcia (decyzji, innego aktu) lub działania z prawem materialnym,
- 2) dochowania wymaganej prawem procedury,
- 3) respektowania reguł kompetencji⁴².

Sąd administracyjny kontroluje działalność administracji z punktu widzenia legalności, czyli zgodności z prawem powszechnie obowiązującym. Badaniu w postępowaniu sądoadministracyjnym podlega prawidłowość zastosowania przepisów prawa w odniesieniu do istniejącego w sprawie stanu faktycznego oraz trafność wykładni tych przepisów. Ponadto sąd administracyjny może także kontrolować działalność administracji pod kątem zgodności z prawem międzynarodowym, w szczególności z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi⁴³.

Należy przypomnieć też o domniemaniu właściwości sądu administracyjnego w rozstrzyganiu spraw administracyjnych, o którym stanowi art. 184 Konstytucji RP. Właściwość innych sądów w tego rodzaju sprawach stanowić będzie wyjątek. W razie wątpliwości nie należy domniemywać właściwości innych sądów niż sąd administracyjny w sprawach z zakresu administracji publicznej⁴⁴. Niewątpliwie postanowienia art. 184 stanowią modyfikację domniemania właściwości na rzecz sądów powszechnych. Oznacza to, że w wypadku sprawy z zakresu „kontroli działalności administracji publicznej” domniemanie właściwości przestaje przemawiać na rzecz sądu powszechnego⁴⁵.

Podsumowując zauważyć należy, iż z unormowań zawartych w Konstytucji RP wynika wprost, że:

1) Sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości jako wyodrębniona część władzy sądowniczej (art. 10, art. 175 ust. 1, art. 177, art. 183 ust. 1, art. 184).

2) Postępowanie sądowe, w tym przed sądami administracyjnymi jest dwuinstancyjne (art. 176 ust. 1).

3) Odrębny pion dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego tworzą Naczelny Sąd Administracyjny i inne sądy administracyjne (art. 184).

⁴² Por. wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2006 r., I GSK 1421/05.

⁴³ Zob. szerzej: M. Masternak-Kubiak, op. cit., s. 27–30.

⁴⁴ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów NSA z dnia 8 listopada 1999 r., OPS 12/99, ONSA 2000, nr 2, poz. 47.

⁴⁵ M. Masternak-Kubiak, op. cit., s. 17.

4) Sądy administracyjne powołane są do kontroli działalności administracji publicznej, w tym do orzekania o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej. Zakres tej kontroli określają ustawy zwykłe (art. 184).

5) Sądy administracyjne rozstrzygają również spory kompetencyjne między organami samorządu terytorialnego i administracji rządowej (art. 166 ust. 3).

6) Ochroną sądową objęta jest także samodzielność jednostek samorządu terytorialnego (art. 165 ust. 2)⁴⁶.

Wszystkie wymienione kwestie konstytucyjne, wiążą się z podstawowym w tej materii konstytucyjnym prawem do sądu określonym w art. 45 ust. 1 Konstytucji. W każdej sprawie powinien być zapewniony dostęp do sądu. Jeśli więc rozważymy relacje między sądami administracyjnymi i sądami powszechnymi w zakresie ich właściwości, najważniejsze jest to, iż nie może być spraw, które nie będą objęte właściwością sądów administracyjnych czy też właściwością sądów powszechnych (oczywiście kiedy nie są objęte właściwością sądów wojskowych). Pomimo odrębnego przedmiotu postępowania cywilnego, a przez to i właściwości sądów powszechnych od przedmiotu postępowania sądownoadministracyjnego i w konsekwencji sądów administracyjnych, należy zważyć, że mogą wystąpić (i występują) wątpliwości co do właściwej drogi sądowej. Rozwiązania przyjęte w art. 199¹ k.p.c.⁴⁷ i w art. 58 § 4 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi dają podstawę do jednostronnego, władczego rozstrzygnięcia o właściwości danego sądu przez inny sąd. To, że od postanowień odrzucających pozew, od postanowień o odrzuceniu skargi służą środki zaskarżenia (skarga kasacyjna), które rozpoznawane są przez najwyższe instancje w danym systemie wymiaru sprawiedliwości (tj. Sąd Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny), nie zmienia tej oceny. Taką formę przyjętej regulacji krytycznie oceniła się prof. Barbara Adamiak, wskazując na trzy aspekty⁴⁸:

1) Regulacja nie tworzy gwarancji realizacji konstytucyjnego prawa do właściwego sądu. Art. 45 ust. 1 Konstytucji RP stanowi o prawie do rozpoznania sprawy przez właściwy sąd. Prawo do właściwego sądu jest istotne dla stron sporu, a to z tego względu, że sądy powszechne i sądy administracyjne zostały wyposażone w różne co do istoty kompetencje judykacyjne. Sąd cywilny rozpoznaje sprawy cywile (materialne i formalne) merytorycznie, sąd administracyjny, sprawując wyłącznie kontrolę, ma kompetencje kasacyjne. To zróżnicowanie kompetencji powoduje, że dla stron istotne jest zapewnienie prawa do właściwego sądu.

⁴⁶ J. Drachal, R. Hauser, E. Myzk, op. cit., s. 11.

⁴⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. nr 43, poz. 269 z późn. zm.).

⁴⁸ B. Adamiak, *Rozgraniczenia właściwości sądów w polskim systemie prawnym*, [w:] J. Góral, R. Hauser, J. Trzciniński (red.), op. cit., s. 14.

2) Regulacja naruszać może konstytucyjną zasadę podziału władz przez wkroczenie przez sąd powszechny merytorycznym rozstrzygnięciem w sprawy zastrzeżone do wyłącznego wykonywania przez władzę wykonawczą – administrację publiczną.

3) Nie reguluje mocy obowiązującej orzeczenia, w razie gdy w sprawie zapadły prawomocne orzeczenia sądu powszechnego i prawomocne orzeczenie sądu administracyjnego. W takim przypadku jedynie przez instytucję środków zaskarżenia – skargę kasacyjną (art. 379 pkt 1 k.p.c. w związku z art. 398¹³ k.p.c., art. 183 § 2 pkt 1 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi), wznowienia postępowania (art. 403 § 3 k.p.c., art. 273 § 2 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi) – można doprowadzić do uchylenia jednego z prawomocnych orzeczeń wydanych w sprawie.

Postuluje się więc na wzór regulacji z II Rzeczypospolitej unormowanie sporów o właściwość pomiędzy sądami powszechnymi a sądami administracyjnymi⁴⁹. B. Adamiak wskazuje, iż byłoby to w pełni uzasadnione, zwłaszcza kiedy porównamy rozwiązania w zakresie rozstrzygania sporów kompetencyjnych i sporów o właściwość w systemie administracji publicznej⁵⁰. Mimo iż system gwarancji procesowych w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez organy administracji rządowej i organy samorządu terytorialnego jest taki sam, to rozpatrywanie sporu zostało przekazane na drogę sądową (art. 1 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, art. 4 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi), choć podstawy konstytucyjne ma jedynie rozstrzyganie przez sąd administracyjny sporów kompetencyjnych między organami samorządu terytorialnego a administracją rządową (art. 166 ust. 3 Konstytucji RP). Dlatego też zapewnienie jednostce prawa do właściwego sądu w pełni uzasadnia wprowadzenie instytucjonalnych rozwiązań w tym zakresie, a nieistnienie podstaw w Konstytucji RP nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia przeciwko regulacji ustawowej tego rodzaju sporów⁵¹. Wprowadzenie odpowiednio ukształtowanego systemu instancyjnego stanowi gwarancję realizacji prawa do sądu i jest czynnikiem umożliwiającym urzeczywistnienie tzw. sprawiedliwości proceduralnej⁵².

⁴⁹ W. Sanetra, *op. cit.*, s. 3.

⁵⁰ Norma z art. 22 kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U. z 1960 r., nr 30, poz. 168 z późn. zm.) określa właściwość organów administracji publicznej i sądów w zakresie rozstrzygania sporów o właściwość, które mogą wystąpić w danej sprawie administracyjnej. Przepis ten wskazuje także podmioty wyposażone w legitymację do wystąpienia do sądu administracyjnego z wnioskiem o rozpatrzenie sporu o właściwość.

⁵¹ B. Adamiak, *Rozgraniczenia właściwości sądów...*, s. 14–15.

⁵² Wyrok TK z dnia 16 listopada 1999 r., SK 11/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 158. Zob. też: A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 11, s. 5–7.

W kontekście podjętych rozważań należy wreszcie postawić pytanie, czy prawo do sądu w sprawach administracyjnych stanowi wystarczającą gwarancję ochrony interesów jednostki. Próbując udzielić odpowiedzi, wyjść należy od stwierdzenia nawiązującego do wcześniejszych rozważań oraz wskazania, że sądownictwo administracyjne zostało utworzone z myślą o ochronie interesów jednostki⁵³. Z istoty swej powinno więc służyć realizacji prawa do sądu.

Summary

The right to court in administrative case in the light of Polish constitutional rules

Key words: the right to court, article 45 Constitution of the Republic of Poland, competence of administration court.

One of the basic value in democratic society is the right to court. Constitution of the Republic of Poland of 2th of April 1997 considers this right as a fundamental stating that: article 45: „Everyone has the right to fair and public process without delay by appropriate, irrespective, unprejudiced and independent court”. The doctrine created two principles: the right to process and the right to court, then united them with the issue of creating individual’s right towards the public service. The paper presents not only the above mentioned rules but also postulates and their reflection in other regulations.

⁵³ Por. A. Kabat, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka w sprawach administracyjnych*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1997, s. 221–233.

Glosy

Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt III SA/Gd 799/12

Wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji przez organ administracji w sytuacji, gdy na tę decyzję została uprzednio złożona skarga do sądu administracyjnego, nie jest w ogóle dopuszczalne. Innymi słowy, poddanie kontroli sądu administracyjnego określonej decyzji stanowi przeszkodę uniemożliwiającą skuteczne zainicjowanie administracyjnego postępowania nadzwyczajnego w tej sprawie. Właściwym jest zatem zastosowanie przez organ art. 61a § 1 k.p.a.

Sentencja

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2013 r. sprawy ze skargi L.Ż. na postanowienie Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 27 września 2012 r. nr (...) w przedmiocie zawieszenia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji dotyczącej nieważności zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych uchyla zaskarżone postanowienie oraz poprzedzające je postanowienie Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Uzasadnienie

W dniu 9 maja 2011 r. Samorządowe Kolegium Odwoławcze wydało decyzję nr [...], którą utrzymało w mocy decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 20 stycznia 2010 r. w przedmiocie stwierdzenia nieważności udzielonego L.Ż. przez Burmistrza w dniu 26 czerwca 2009 r. zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych o zawartości do 4,5% alkoholu oraz piwa przeznaczonych do spożycia poza miejscem sprzedaży. W uzasadnieniu Kolegium wskazało, że z ksiąg wieczystych wynika, iż w budynku położonym w Ł. przy ul. [...] znajdują się dwa lokale mieszkalne należące do K.P. oraz

lokal użytkowy należący do L.Ż. Taki budynek, w świetle przepisów prawa budowlanego, należy uznać za budynek mieszkalny wielorodzinny, co na podstawie art. 18 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 26 października 1982 r. wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r., nr 70, poz. 473 z późn. zm.) powodowało konieczność dołączenia przez L.Ż. do wniosku o wydanie zezwolenia na sprzedaż alkoholu pisemnej zgody współwłaściciela tego budynku. Brak uzyskania i przedstawienia takiej zgody powodował, że zezwolenie Burmistrza z dnia 26 czerwca 2009 r. na sprzedaż alkoholu zostało wydane z rażącym naruszeniem ww. przepisu prawa [...].

Na powyższą decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego L.Ż. wniósł do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku skargę, która została oddalona wyrokiem z dnia 14 grudnia 2011 r. (sygn. akt III SA/Gd 336/11). Od tego wyroku L.Ż. wniósł skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Następnie pismem z dnia 16 lipca 2012 r. L.Ż. wystąpił do Samorządowego Kolegium Odwoławczego z wnioskiem o stwierdzenie nieważności decyzji Kolegium z dnia 9 maja 2011 r. W uzasadnieniu wniosku skarżący powołał się na zgromadzone i uzyskane dokumenty, które w jego ocenie podważają podstawę do „unieważnienia” decyzji zezwalającej na sprzedaż alkoholu. [...]

Pismem z dnia 24 sierpnia 2012 r. Samorządowe Kolegium Odwoławcze zawiadomiło o wszczęciu na wniosek L.Ż. postępowania administracyjnego w sprawie stwierdzenia nieważności ostatecznej decyzji Kolegium z dnia 9 maja 2011 r. i w tym samym dniu wydało postanowienie orzekające o zawieszeniu tego postępowania. W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że prowadzenie postępowania sądownoadministracyjnego w sprawie decyzji objętej wnioskiem o stwierdzenie nieważności zobowiązuje organ do zawieszenia postępowania na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. W ocenie organu za przedwczesne należy uznać orzekanie w sprawie wniosku strony w przedmiocie stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 9 maja 2011 r. przed rozpatrzeniem przez Sąd skargi kasacyjnej strony. Zgłoszone bowiem we wniosku okoliczności dotyczące charakteru budynku w Ł. przy ul. [...] w dacie wydania unieważnionego zezwolenia będą stanowiły przedmiot rozpoznania NSA w związku ze złożoną skargą kasacyjną od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 12 grudnia 2011 r., a wynik tamtego postępowania może mieć znaczenie dla wnioskowanego postępowania.

Po ponownym rozpatrzeniu sprawy Samorządowe Kolegium Odwoławcze w dniu 27 września 2012 r. wydało postanowienie, którym utrzymało w mocy postanowienie wydane w I instancji. Kolegium wskazało, że nie jest władne dokonać rozpoznania wniosku skarżącego przed zakończeniem postępowania kasacyjnego przed NSA, ponieważ z jednej strony od orzeczenia tego Sądu zależeć będzie istnienie kwestionowanej decyzji Kolegium z dnia 9 maja 2011 r., a tym samym istnienie przedmiotu postępowania, a z drugiej strony wyrok

ten dotyczyć też będzie oceny dowodów wniesionych przez stronę w tym postępowaniu i właśnie ta ocena sądów obu instancji będzie wiążąca dla Kolegium.

Na powyższe postanowienie L.Ż. wniósł do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku skargę, zarzucając organowi naruszenie: art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. oraz art. 2 i art. 19 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r., nr 79, poz. 856 ze zm.). W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł, że w jego ocenie zawieszenie przez organ postępowania czyni bezskutecznym wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 9 maja 2011 r., u podstaw którego leży konieczność ustalenia charakteru budynku położonego przy froncie ul. [...] w Ł., jako jednorodzinnego lub wielorodzinnego. [...] W ocenie skarżącego brak było podstaw do zawieszenia postępowania, ponieważ przedłożone przez niego dokumenty są wystarczające do merytorycznego rozpoznania przez Kolegium sprawy i zakończenia postępowania.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku zważył, co następuje:

[...] Przedmiotem kontroli Sądu na skutek złożonej skargi było postanowienie Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 27 września 2012 r. nr [...] i poprzedzające je postanowienie Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 24 sierpnia 2012 r., wydane w przedmiocie zawieszenia – wszczętego na wniosek skarżącego – postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności ostatecznej decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 9 maja 2011 r. orzekającej o stwierdzeniu nieważności ostatecznej decyzji Burmistrza z dnia 26 czerwca 2009 r. udzielającej skarżącemu zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych.

W konsekwencji kontrola Sądu w niniejszej sprawie ograniczona została wyłącznie do oceny zgodności z prawem podjętego przez organ rozstrzygnięcia kwestii procesowej, tj. zawieszenia postępowania. Podjęte rozstrzygnięcie o zawieszeniu przedmiotowego postępowania zostało dokonane przez organ na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. z uwagi na toczące się w sprawie decyzji objętej wnioskiem o stwierdzenie nieważności postępowanie sadowoadministracyjne (zawisłe w dniu wydania postanowienia przed NSA) i wpływ jego wyniku (zagadnienie wstępne) na merytoryczne rozpoznanie złożonego wniosku.

Kluczową zatem okolicznością dla oceny prawidłowości dokonanego przez organ w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcia musi być uwzględnienie faktu, iż wnioskowana do weryfikacji w trybie nieważności decyzja Kolegium z dnia 9 maja 2011 r. stała się przedmiotem kontroli sadowoadministracyjnej. Wyrokiem bowiem z dnia 14 grudnia 2011 r. (sygn. akt III SA/Gd 336/11) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku oddalił skargę złożoną na tę decyzję, natomiast od tego wyroku skarżący złożył skargę kasacyjną do

NSA, która do dnia wydania przez Kolegium drugoinstancyjnego postanowienia nie została rozpoznana.

W ocenie Sądu zaistniały w sprawie stan faktyczny, z którego wynika, że wnioskowana do weryfikacji decyzja ostateczna została poddana kontroli sądownoadministracyjnej musi skutkować przyjęciem stanowiska o braku możliwości (niedopuszczalności) prowadzenia przez organy administracji publicznej jakiegokolwiek z nadzwyczajnych postępowań administracyjnych w tej – zawisłej przed sądem administracyjnym – sprawie.

Zakaz wszczęcia przez organy administracji nadzwyczajnego postępowania administracyjnego (w tym postępowania w przedmiocie stwierdzenia nieważności) w stosunku do decyzji lub postanowienia, na które uprzednio została skutecznie złożona skarga do sądu administracyjnego zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie wywodzony jest na podstawie art. 56 p.p.s.a. [...] Zakaz prowadzenia nadzwyczajnego postępowania administracyjnego w sprawie, w której została uprzednio złożona skarga do sądu administracyjnego, uzasadniają zarówno względy ekonomii postępowania organów państwowych, jak i ochrona autorytetu ich orzeczeń, które nie zezwalają na dopuszczenie możliwości zajmowania się tą samą sprawą oraz na wydanie rozbieżnych orzeczeń przez organ administracji publicznej i sąd administracyjny. W konsekwencji powszechnie przyjmuje się, że wniesienie prawnie skutecznej skargi do sądu administracyjnego stanowi przeszkodę do wszczęcia postępowania administracyjnego mającego na celu usunięcie z obrotu prawnego zaskarżonej decyzji bądź postanowienia [...].

Należy zatem uznać, że – z uwagi na poddanie ostatecznej decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 9 maja 2011 r. kontroli sądowej – nie zaistniały podstawy do prowadzenia przez Kolegium wnioskowanego przez skarżącego nadzwyczajnego postępowania w trybie stwierdzenia nieważności ww. decyzji ostatecznej objętej już kontrolą sądownoadministracyjną.

W tym zakresie należy zgodzić się ze stanowiskiem Samorządowego Kolegium Odwoławczego co do niemożności rozpoznania złożonego przez skarżącego wniosku o stwierdzenie nieważności ww. decyzji z dnia 9 maja 2011 r. z powodu zawisłości sprawy przed sądem administracyjnym. Nie można się jednak zgodzić co do prawidłowości zastosowanego w tej sprawie przez Kolegium rozstrzygnięcia procesowego. [...] Jak wynika ze wskazanych powyżej poglądów doktryny i orzecznictwa, wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji przez organ administracji w sytuacji, gdy na tę decyzję została uprzednio złożona skarga do sądu administracyjnego, nie jest w ogóle dopuszczalne. Innymi słowy, poddanie kontroli sądu administracyjnego określonej decyzji stanowi przeszkodę uniemożliwiającą skuteczne zainicjowanie administracyjnego postępowania nadzwyczajnego w tej sprawie.

Należy zatem przyjąć, że w zaistniałej w sprawie sytuacji faktycznej Kolegium winno było zastosować instytucję prawną skutkującą uniemożli-

wieniem wszczęcia wnioskowanego przez skarżącego postępowania, a nie instytucję prawną polegającą na tamowaniu biegu tego postępowania. Właściwe w sprawie było zatem zastosowanie art. 61a § 1 k.p.a., który stanowi, że w przypadku, gdy żądanie wszczęcia postępowania zostało wniesione przez osobę niebędącą stroną lub z innych uzasadnionych przyczyn postępowanie nie może być wszczęte, organ administracji publicznej wydaje postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania. [...] W opisanej sytuacji Samorządowe Kolegium Odwoławcze winno było dokonać rozstrzygnięcia na podstawie art. 61a § 1 w zw. z art. 157 § 2 k.p.a. i orzec o odmowie wszczęcia postępowania w odniesieniu do złożonego przez skarżącego wniosku o weryfikację w trybie stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 9 maja 2011 r. [...]

Reasumując, opisane w sprawie działanie Samorządowego Kolegium Odwoławczego stanowiło naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na jego wynik, co w oparciu o art. 145 § 1 pkt 1 lit.c w zw. z art. 135 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi dało podstawę do uchylenia przez Sąd zaskarżonego postanowienia oraz poprzedzającego go postanowienia [...].

Glosa

Po otrzymaniu decyzji organu drugiej instancji strona postępowania administracyjnego ma prawo wybrać, w jaki sposób decyzja ta będzie dalej weryfikowana. Może wnieść na decyzję skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego, może również złożyć do organu administracji publicznej wnioski o wszczęcie jednego z trybów nadzwyczajnych. Czasami strona domaga się w stosunku do tej samej decyzji uruchomienia postępowania sądoadministracyjnego i zarazem nadzwyczajnego trybu postępowania administracyjnego. Ustawodawca starał się jednak zapobiec jednoczesnemu prowadzeniu obu postępowań. Mogłyby się one bowiem zakończyć odmiennymi rozstrzygnięciami, co nie pozostałoby bez wpływu na autorytet orzeczeń organów państwowych.

Zgodnie z art. 56 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹ (dalej: p.p.s.a.), w razie wniesienia skargi do sądu po wszczęciu postępowania administracyjnego w celu zmiany, uchylenia, stwierdzenia nieważności aktu lub wznowienia postępowania postępowanie sądowe podlega zawieszeniu. Obowiązujące aktualnie przepisy dopuszczają zatem możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego już po wszczęciu postępowania nadzwyczajnego trybu postępowania administracyjnego. W takim przypadku postępowanie sądowe zostaje jednak zawieszane z urzędu na podstawie art. 124 § 1 pkt 6 p.p.s.a.

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 270.

W przepisach nie ma wyraźnej regulacji odnoszącej się do sytuacji złożenia wniosku o wszczęcie jednego z trybów nadzwyczajnych postępowania administracyjnego już po wniesieniu skargi do sądu administracyjnego. W doktrynie i w orzecznictwie wskazuje się, że skuteczne wniesienie skargi do sądu administracyjnego stanowi przeszkodę do wszczęcia w sprawie nadzwyczajnego postępowania administracyjnego². Po wniesieniu skargi do sądu administracyjnego ocena legalności aktów wydanych we wszystkich postępowaniach w granicach sprawy przechodzi bowiem do kompetencji sądu. Na tym etapie postępowania organ administracji, na podstawie art. 54 § 3 p.p.s.a., może jedynie w zakresie swojej właściwości uwzględnić skargę w całości do dnia rozpoczęcia rozprawy. Natomiast każdą ingerencję organu administracji w sprawę, w której wszczęto postępowanie sądownoadministracyjne, wykraczającą poza dyspozycję art. 54 § 3 p.p.s.a. należy uznać za naruszenie określonej w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP zasady prawa do sądu³.

W orzecznictwie prezentowane jest również stanowisko, że w przypadku złożenia do organu administracji publicznej wniosku o wszczęcie nadzwyczajnego trybu postępowania już po wniesieniu skargi do sądu administracyjnego na tę samą decyzję dopuszczalne jest wszczęcie takiego postępowania, jednakże powinno ono zostać zawieszono do czasu zakończenia postępowania sądownoadministracyjnego⁴.

W głosowanym wyroku skład orzekający Sądu stwierdził, że „wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji przez organ administracji w sytuacji, gdy na tę decyzję została uprzednio złożona skarga do sądu administracyjnego, nie jest w ogóle dopuszczalne. Innymi słowy, poddanie kontroli sądu administracyjnego określonej decyzji stanowi przeszkodę uniemożliwiającą skuteczne zainicjowanie administracyjnego postępowania nadzwyczajnego w tej sprawie”. Sąd wskazał, że właściwym w sprawie jest zastosowanie przez organ art. 61a § 1 k.p.a.

Stanowisko zajęte w głosowanym orzeczeniu zasługuje na aprobatę. Za niedopuszczalne należy uznać wszczynanie przez organ administracji postępowania w trybie nadzwyczajnym w sytuacji, gdy na tę samą decyzję została

² Por. A. Kabat [w:] B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 201; J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 185; T. Woś [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 349. Postanowienie NSA z dnia 22 lutego 2011 r., II OSK 185/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2010 r., I SA/Wr 844/10; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26 listopada 2012 r., I SA/Gl 1184/11, [online] <www.orzeczenia.nsa.gov.pl>.

³ Por. wyrok NSA z dnia 8 lutego 2012 r., II FSK 2292/10; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 15 lipca 2010 r., I SA/Ol 354/10; wyrok WSA w Kielcach z dnia 16 września 2010 r., I SA/Ke 419/10, [online] <www.orzeczenia.nsa.gov.pl>.

⁴ Por. wyrok NSA z dnia 20 marca 2013 r., II FSK 1972/11; wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 grudnia 2012 r., I SA/Wa 1312/12, [online] <www.orzeczenia.nsa.gov.pl>.

już skutecznie wniesiona skarga do sądu administracyjnego. W ramach sądowej kontroli obowiązkiem sądu jest m.in. dokonanie oceny, czy w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego nie doszło do naruszenia prawa materialnego lub procesowego, czy nie zaistniały takie uchybienia, które mogą stanowić okoliczności uzasadniające wznowienie postępowania bądź stwierdzenie nieważności decyzji. Obowiązek sądu w tym zakresie wynika z art. 134 § 1 i art. 135 p.p.s.a.

Na podstawie art. 134 § 1 p.p.s.a. sąd rozstrzyga w granicach danej sprawy, ale nie jest związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną. Brak związania sądu administracyjnego zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną oznacza, że niezależnie od sformułowanych w skardze twierdzeń i zarzutów sąd dokonuje oceny zaskarżonej decyzji z punktu widzenia jej zgodności z prawem⁵. Ponieważ obowiązkiem sądu jest dokonanie oceny legalności zaskarżonej decyzji, to może on uchylić decyzję bądź stwierdzić jej nieważność z powodu innych uchybień niż te, które zostały podniesione w skardze.

Z kolei art. 135 p.p.s.a. stanowi, że sąd stosuje przewidziane ustawą środki w celu usunięcia naruszenia prawa w stosunku do aktów lub czynności wydanych lub podjętych we wszystkich postępowaniach prowadzonych w granicach sprawy, której dotyczy skarga, jeżeli jest to niezbędne do jej zakończenia. W literaturze wskazuje się, że na podstawie tego przepisu wojewódzki sąd administracyjny jest upoważniony i jednocześnie zobowiązany do wydania stosownego orzeczenia, „w celu usunięcia naruszenia prawa w stosunku do aktów lub czynności wydanych lub podjętych we wszystkich postępowaniach prowadzonych w granicach danej sprawy, jeżeli jest to niezbędne dla końcowego jej załatwienia”⁶.

Niezależnie zatem od treści skargi, sąd uwzględniając skargę na decyzję wybierze właściwy sposób rozstrzygnięcia sprawy wskazany w art. 145 p.p.s.a. Na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 p.p.s.a. sąd uchyla decyzję w całości lub części, jeżeli stwierdzi: naruszenie prawa materialnego, które miał wpływ na wynik sprawy; naruszenie prawa dające podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego; inne naruszenie przepisów postępowania, jeżeli mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Z kolei w oparciu o art. 145 § 1 pkt 2 sąd stwierdza nieważność decyzji w całości lub części, jeżeli zachodzą przyczyny określone w art. 156 k.p.a. lub w innych przepisach. Sąd może również stwierdzić wydanie decyzji z naruszeniem prawa, jeżeli zachodzą przyczyny określone w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁷ lub innych przepisach (art. 145 § 1 pkt 3 p.p.s.a.).

⁵ Por. wyrok NSA z dnia 27 lipca 2004 r., OSK 628/04, Lex nr 183144.

⁶ T. Woś [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami...*, s. 567.

⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 267.

Sąd administracyjny, nie będąc związany granicami skargi, właściwy jest zatem do wyeliminowania decyzji z obrotu prawnego również w sytuacji wystąpienia naruszeń prawa, które są podstawą do weryfikacji decyzji w trybach nadzwyczajnych. Jeżeli zaistnieją podstawy np. do stwierdzenia nieważności decyzji, to chociaż skarżący nie wnosił o stwierdzenie nieważności, sąd z urzędu podejmie takie rozstrzygnięcie.

W tej sytuacji, jeżeli po uruchomieniu postępowania sądownoadministracyjnego odnośnie tej samej decyzji do organu administracji publicznej wpłynęły wnioski zawierający żądanie wszczęcia jednego z trybów nadzwyczajnych (np. trybu stwierdzenia nieważności decyzji), organ powinien odmówić wszczęcia takiego postępowania. Organ nie jest natomiast uprawniony do wszczęcia i następnie zawieszenia postępowania. Sąd, jak zostało wcześniej wskazane, z urzędu zbada, czy nie doszło do naruszenia przepisów prawa materialnego lub procesowego i wybierze właściwy sposób rozstrzygnięcia sprawy.

Podstawą prawną odmowy wszczęcia postępowania w sprawie wznowienia postępowania będzie art. 149 § 3 k.p.a., natomiast w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji – art. 61a § 1 k.p.a. Zgodnie z treścią art. 61a § 1 k.p.a., organ administracji w drodze postanowienia odmawia wszczęcia postępowania administracyjnego, jeżeli z żądaniem wszczęcia postępowania administracyjnego wystąpi osoba niebędąca stroną postępowania oraz z innych uzasadnionych przyczyn. Pod pojęciem „inne uzasadnione przyczyny” należy rozumieć sytuacje, które stanowią przeszkodę do wszczęcia postępowania, np. żądanie jednostki dotyczy sprawy rozstrzygniętej już decyzją administracyjną albo dotyczy sprawy, w której jest już prowadzone postępowanie⁸. Za przeszkodę do wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji, należy uznać wcześniejsze wniesienie na tą samą decyzję skutecznej skargi do sądu administracyjnego.

Dorota Całkiewicz

⁸ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 299.

Głosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt II OSK 263/10

Decyzja o odebraniu zwierzęcia, która podejmowana jest w trybie art. 7 ust. 3 ustawy, odmiennie niż w trybie art. 7 ust. 1 ustawy, zapada wówczas, gdy zwierzę zostało już faktycznie odebrane. Mimo że w chwili wydawania decyzji zwierzę nie przebywa już u swojego właściciela, to organ, prowadząc postępowanie i wydając decyzję w trybie art. 7 ust. 3 ustawy, orzeka o czasowym odebraniu zwierzęcia, jeżeli spełnione są przesłanki określone w tym przepisie. Tym samym postępowanie organu nie może się ograniczać wyłącznie do akceptacji czynności faktycznych podmiotu, który jest upoważniony do fizycznego wcześniejszego odebrania zwierzęcia. Postępowanie w przedmiocie odebrania zwierzęcia jest postępowaniem administracyjnym, do którego mają zastosowanie przepisy k.p.a. ze zmianami wynikającymi z art. 7 ust. 2 i 2a ustawy, czyli dotyczące natychmiastowej wykonalności decyzji i terminów dotyczących wniesienia odwołania i rozpoznania odwołania. Tym samym organ zobowiązany jest w sposób wyczerpujący i pełny ustalić stan faktyczny sprawy, a następnie dokonać jego prawnej oceny.

Naczelny Sąd Administracyjny po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2011 r. na rozprawie w Izbie Ogólnoadministracyjnej sprawy ze skargi kasacyjnej J.T. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 października 2009 r. sygn. akt IV SA/Wa 840/09 w sprawie ze skargi J.T. na decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego w W. z dnia [...] kwietnia 2009 r. nr [...] w przedmiocie ochrony zwierząt uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie.

Uzasadnienie

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 20 października 2009 r., sygn. akt IV SA/Wa 840/09 oddalił skargę J.T. na decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego w W. z dnia [...] kwietnia 2009 r. nr [...] w przedmiocie ochrony zwierząt.

Wyrok został wydany w następujących okolicznościach sprawy.

Zaskarżoną decyzją z dnia [...] kwietnia 2009 r., wydaną na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego oraz art. 6 ust. 2 pkt 10, art. 7 ust. 1, ust. 1a, ust. 1b i ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. nr 111, poz. 724 z późn. zm.) Samorządowe Kolegium Odwoławcze w W. utrzymało w mocy decyzję Wójta Gminy P. z dnia [...] stycznia 2009 r. dotyczącą czasowego odebrania J.T. jednego psa rasy [...] oraz przekazaniu psa do Pogotowia i Straży dla Zwierząt w T., a kosztami transportu, leczenia weterynaryjnego i pobytu psa w Pogotowiu postanowiono obciążyć właścicielkę psa J.T.

Z uzasadnienia zaskarżonej decyzji oraz akt sprawy wynika, że w dniu 7 stycznia 2009 r. na podstawie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie zwierząt wpłynął do organu I instancji wniosek [...] Prezesa Pogotowia i Straży dla Zwierząt w T. o czasowe odebranie J.T. oraz jej mężowi jednego psa rasy [...]. Organ II instancji po dokonaniu analizy akt sprawy pod kątem spełnienia przesłanek określonych w art. 6 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie zwierząt wskazał, że zebrany w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że zwierzę utrzymywane było w niewłaściwych warunkach bytowania, w tym utrzymywane w stanie rażącego niechlujstwa.

W skardze sądowej J.T. podniosła, że zaskarżona decyzja jest dla niej krzywdząca, albowiem należycie opiekuje się swoimi zwierzętami i nic nie wskazywało, że pies [...] jest chory. Pies jest zwierzęciem znalezionym przez skarżącą i w dacie znalezienia znajdował się w złym stanie. Wskazała również, że w decyzji nie ma określonej kwoty kosztów leczenia i transportu zwierzęcia, a nadto, że nie jest w stanie pokryć kosztów z uwagi na swoją trudną sytuację finansową.

W odpowiedzi na skargę Samorządowe Kolegium Odwoławcze w W. wniosiło o jej oddalenie. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalając skargę zaskarżonym wyrokiem stwierdził, że skarga nie jest zasadna, bowiem zaskarżona decyzja nie narusza prawa.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie zwierząt przez znęcanie się nad zwierzętami należy rozumieć zadawanie albo świadome dopuszczenie do zadawania bólu lub cierpień, a w szczególności: zgodnie z ust. 2 pkt 10 utrzymywanie zwierząt w niewłaściwych warunkach bytowania, w tym utrzymywanie ich w stanie rażącego niechlujstwa oraz w pomieszczeniach albo klatkach uniemożliwiających im zachowanie naturalnej pozycji. Stosownie zaś do treści art. 7 ust. 1 ustawy zwierzę traktowane w sposób określony w art. 6 ust. 2 może być czasowo odebrane właścicielowi lub opiekunowi na podstawie decyzji wójta (burmistrza, prezydenta miasta) właściwego ze względu na miejsce pobytu zwierzęcia [...]. Koszty transportu, utrzymania i koniecznego leczenia odebranych zwierząt ponosi ich dotychczasowy właściciel lub opiekun (art. 7 ust. 4 ustawy). W trakcie postępowania ustalono,

że powyższe przesłanki zostały spełnione. Wnioskodawca we wniosku o odebranie psa wskazał na brak należytego pomieszczenia chroniącego przed zimnem, upałami i opadami atmosferycznymi, brak stałego dostępu do wody, niedożywienie, nie wykonywanie zabiegów pielęgnacyjnych (co najmniej od 5 lat) brak opieki weterynaryjnej. W niniejszej sprawie, oceniając zebrany materiał dowodowy, organ uznał, że [...] zaistniały przesłanki do orzeczenia o jego przymusowym odebraniu [...].

Odnosząc się do zarzutów skargi, Sąd wyjaśnił, że wyrażają jedynie subiektywne przekonanie, że warunki, w jakich przebywał pies, były warunkami odpowiednimi [...]. Natomiast co do podniesionej w skardze kwestii kosztów Sąd wskazał, że przepis art. 7 ust. 4 ustawy stanowi podstawę obciążenia skarżącej kosztami transportu, utrzymania i leczenia psa, a wysokość kosztów może zostać dopiero ustalona w odrębnej decyzji. [...] Z tych też względów skarga podlegała oddaleniu na podstawie art. 151 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

Od powyższego wyroku J.T. wniosła skargę kasacyjną w oparciu o treść art. 173 § 1, art. 176 oraz art. 177 § 1 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając: naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1) art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy p.p.s.a. w zw. z art. 7 ust. 1 pkt 1, 1b i 1c ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt poprzez nieuchylenie decyzji organu II instancji z powodu naruszenia przez organ administracji procedury odbierania psa poprzez przekazanie psa Pogotowiu i Straży dla Zwierząt w T. w sytuacji, gdy podmiot ten jest stowarzyszeniem o nieuregulowanym zezwoleniem na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie schronisk dla zwierząt statusie prawnym;

2) art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy p.p.s.a. w zw. z art. 7 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez obciążenie skarżącej kosztami transportu, pobytu psa w Pogotowiu i Straży dla Zwierząt w T. w sytuacji, gdy obciążenie tymi kosztami może nastąpić jedynie w przypadku przekazania zwierzęcia do schroniska dla zwierząt, a nie podmiotowi trzeciemu nie mającemu statusu schroniska;

3) art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy p.p.s.a. w zw. z art. 6 ust. 2 pkt 10 w zw. z art. 4 pkt 17 ustawy poprzez uznanie, że zwierzę domowe, a więc przebywające tradycyjnie wraz z człowiekiem w jego domu, nieposiadające budy wystawionej na zewnątrz budynku jest przedmiotem znęcania się z powodu utrzymywania zwierzęcia w niewłaściwych warunkach bytowania;

4) art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy p.p.s.a. w zw. z art. 6 ust. 2 pkt 10 poprzez uznanie, że niestrzyżenie czy trymowanie psa rasy [...] znalezionej przez skarżącą na ulicy już ze sfilcowaną sierścią stanowiło świadome dopuszczenie do zadawania bólu lub cierpień [...].

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

[...] Skarga kasacyjna w rozpoznawanej sprawie zasługuje na uwzględnienie.

[...] Odnosząc się do wskazanych przez skarżącą kasacyjnie zarzutów naruszenia przepisów postępowania należy stwierdzić co następuje:

[...] zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy jest zasadny, albowiem – jak wynika z akt administracyjnych w niniejszej sprawie – decyzja o czasowym odebraniu psa w rzeczywistości podjęta została w trybie art. 7 ust. 3 ustawy. Przesłanki wydania decyzji w przedmiocie odebrania zwierzęcia w sytuacji, o jakiej mowa w z art. 7 ust. 3 ustawy, są dodatkowo określone w stosunku do regulacji z art. 7 ust. 1 ustawy, tzn. dla zastosowania art. 7 ust. 3 ustawy nie wystarczy spełnienie przesłanki z art. 6 ust. 2, ale konieczne jest spełnienie dodatkowych przesłanek, takich jak: przypadek niecierpiący zwłoki, dalsze pozostawianie zwierzęcia u dotychczasowego właściciela lub opiekuna zagraża jego życiu. Ponadto decyzja o odebraniu zwierzęcia, która podejmowana jest w trybie art. 7 ust. 3 ustawy, odmiennie niż w trybie art. 7 ust. 1 ustawy, zapada wówczas, gdy zwierzę zostało już faktycznie odebrane. Mimo że w chwili wydawania decyzji zwierzę nie przebywa już u swojego właściciela, to organ prowadząc postępowanie i wydając decyzję w trybie art. 7 ust. 3 ustawy orzeka o czasowym odebraniu zwierzęcia, jeżeli spełnione są przesłanki określone w tym przepisie. Tym samym postępowanie organu nie może się ograniczać wyłącznie do akceptacji czynności faktycznych podmiotu, który jest upoważniony do fizycznego wcześniejszego odebrania zwierzęcia. Postępowanie w przedmiocie odebrania zwierzęcia jest postępowaniem administracyjnym, do którego mają zastosowanie przepisy k.p.a. z zmianami wynikającymi z art. 7 ust. 2 i 2a ustawy, czyli dotyczące natychmiastowej wykonalności decyzji i terminów dotyczących wniesienia odwołania i rozpoznania odwołania. Tym samym organ zobowiązany jest w sposób wyczerpujący i pełny ustalić stan faktyczny sprawy, a następnie dokonać jego prawnej oceny. Postępowanie administracyjne w niniejszej sprawie ograniczone zostało do oceny wniosku i dokumentów przedłożonych przez Pogotowie i Straż dla Zwierząt w T. [...], natomiast organ nie podejmował żadnych własnych ustaleń w sprawie. Takich ustaleń brak m.in. co do adresata decyzji, wniosek o wszczęcie postępowania dotyczył bowiem zarówno J.T., jak i jej małżonka, adresatem decyzji jest zaś J.T. Organ I instancji nie podejmował żadnych czynności celem ustalenia, kto jest rzeczywiście stroną wszczętego postępowania administracyjnego. [...]

Zarówno organy administracyjne orzekając w sprawie, jak i Sąd I instancji, sprawując kontrolę działalności administracji publicznej i wskazując na treść z art. 7 ust. 1 ustawy, [...] ograniczyły swoje rozważania do tej przesłanki, stwierdzając, że materiał dowodowy sprawy przedłożony przez wnioskodawcę dawał podstawę do przyjęcia, że organy prawidłowo przepis ten

w sprawie zastosowały. Natomiast pominięte zostały dodatkowe przesłanki wynikające z art. 7 ust. 3 ustawy, mimo że jak wynika z okoliczności faktycznych sprawy, ten przepis winien znaleźć zastosowanie w sprawie.

Zasadny jest zarzut skargi kasacyjnej dotyczącej naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy, polegający na nie wyjaśnieniu, czy przekazanie psa Pogotowiu i Straży dla Zwierząt w T. jest przekazaniem do schroniska dla zwierząt, o którym mowa w powołanym przepisie. [...]

Odnosnie zaś zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 4 ustawy, tj. obciążenia skarżącej kosztami transportu i pobytu psa w Pogotowiu i Straży dla Zwierząt w T., należy stwierdzić, że zarzut ten jest o tyle przedwczesny, że nie zostały wyjaśnione wskazane wyżej okoliczności stanu faktycznego.

Biorąc pod uwagę, że skarga kasacyjna miała usprawiedliwione podstawy, Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 185 § 1 p.p.s.a. orzekł jak w sentencji. [...]

Glosa

Glosowane orzeczenie zasługuje w pełni na aprobatę. Sformułowane w nim tezy odnaleźć również można w późniejszych orzeczeniach sądów administracyjnych¹ rozpoznających skargi na decyzje w przedmiocie odebrania zwierząt. W glosowanym wyroku oraz w innych podobnych orzeczeniach podkreśla się konieczność przestrzegania przez organy podstawowych zasad postępowania administracyjnego, w tym konieczność wyczerpującego i pełnego ustalenia stanu faktycznego sprawy.

Wskazane przez Sąd naruszenia przepisów postępowania nie są wyjątkowe, jednakże sama treść art. 7 ustawy o ochronie zwierząt wywołuje szereg istotnych wątpliwości, na które trzeba zwrócić uwagę: po pierwsze – obowiązek realizacji przez organy zasady prawdy obiektywnej w sytuacji, gdy doszło do faktycznego odebrania zwierzęcia przed wydaniem decyzji w trybie art. 7 ust. 3 ustawy; po drugie – obowiązek ustalenia strony postępowania w sprawie czasowego odebrania zwierzęcia i zapewnienia jej czynnego udziału w tym postępowaniu; po trzecie – umieszczenie w ustawie o ochronie zwierząt odrębnych niż w kodeksie postępowania administracyjnego² rozwiązań procesowych.

Na początku trzeba wskazać, że celem uchwalenia ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt³ było zapewnienie skuteczniejszej

¹ Por. wyrok NSA z dnia 11 czerwca 2013 r., II OSK 2417/12, CBOSA; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 6 czerwca 2013 r., IV SA/Po 165/13, CBOSA.

² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 ze zm.).

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r., nr 106, poz. 1002 ze zm. – stan prawny obowiązujący w dniu wydania zaskarżonej decyzji.

ochrony zwierząt przed okrutnym traktowaniem przez człowieka⁴. W związku z tym ustawodawca wprowadził dwa tryby postępowania właściwego organu prowadzące do wydania decyzji o czasowym odebraniu zwierzęcia i przekazaniu go do schroniska dla zwierząt lub innemu podmiotowi⁵.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zwierzę traktowane w sposób określony w art. 6 ust. 2 może być czasowo odebrane właścicielowi lub opiekunowi na podstawie decyzji wójta (burmistrza, prezydenta miasta) właściwego ze względu na miejsce pobytu zwierzęcia. Natomiast w art. 7 ust. 3 ustawodawca przyjął, że: „w przypadkach niecierpiących zwłoki, gdy dalsze pozostawianie zwierzęcia u dotychczasowego właściciela lub opiekuna zagraża jego życiu, policjant, a także upoważniony przedstawiciel organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, może odebrać mu zwierzę, zawiadamiając o tym niezwłocznie wójta (burmistrza, prezydenta miasta) celem podjęcia przez ten organ decyzji w przedmiocie odebrania zwierzęcia”.

Z treści art. 7 ust. 3 wynika zatem, że fizyczne odebranie zwierzęcia następuje przed formalnym wszczęciem postępowania administracyjnego i wydaniem decyzji w tym przedmiocie. Powstaje w związku z tym uzasadniona wątpliwość, czy organy mogą poprzestać na przedstawionych wnioskach i dowodach przez podmioty uprawnione do odebrania zwierzęcia. Ustawodawca nie wskazał bowiem terminu, w jakim organ powinien wydać decyzję w sprawie czasowego odebrania zwierzęcia, a zastosowanie tego trybu odnosi się do „przypadków niecierpiących zwłoki”.

W glosowanym orzeczeniu Sąd słusznie przyjął, że jakkolwiek zwierzę nie przebywało już u swojego właściciela, to organ prowadząc postępowanie i wydając decyzję w trybie art. 7 ust. 3 ustawy orzeka o czasowym odebraniu zwierzęcia, jeżeli zaistniały przesłanki określone w tym przepisie. Postępowanie organu nie może ograniczyć się wyłącznie do akceptacji czynności faktycznych podmiotu upoważnionego do wcześniejszego odebrania zwierzęcia. Należy zauważyć, że ustawodawca nie wyłączył przepisów postępowania administracyjnego przy wydawaniu decyzji w trybie art. 7 ust. 3 ustawy, a w związku z tym w postępowaniu dotyczącym odebrania zwierzęcia nadal będzie miała zastosowanie zasada prawdy obiektywnej, nakładająca na organ obowiązek podjęcia wszelkich niezbędnych kroków w celu dokładnego wyjaśnienia sprawy (art. 7 k.p.a.). Jak podkreśla się w orzecznictwie sądowym, „w imię zasady szybkości postępowania nie wolno zaniechać przepro-

⁴ Por. uzasadnienie dwóch projektów poselskich ustawy, tj. projektu ustawy o ochronie zwierząt z dnia 23 kwietnia 1994 r., druk sejmowy nr 392 oraz projektu ustawy o ochronie zwierząt z dnia 14 grudnia 1994 r., druk sejmowy nr 769. Projekty ustaw rozpatrywane były wspólnie.

⁵ Zob. art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy o ochronie zwierząt oraz W. Radecki, *Ustawy: o ochronie zwierząt o doświadczeniach na zwierzętach z komentarzem*, Warszawa 2007, s. 64.

wadzenia dowodów zmierzających do wyczerpującego zgromadzenia materiału dowodowego niezbędnego dla wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich, istotnych dla rozstrzygnięcia, okoliczności sprawy”⁶.

Drugim istotnym zagadnieniem, na które Sąd zwrócił uwagę, jest zapewnienie stronie czynnego udziału w postępowaniu, gdy doszło już do faktycznego odebrania zwierzęcia. Kodeks postępowania administracyjnego umożliwia stronie podjęcie szeregu czynności zmierzających do ustalenia stanu faktycznego sprawy. Uprawnienia strony do kształtowania stanu faktycznego sprawy wynikają przede wszystkim z zawartej w art. 10 k.p.a. zasady czynnego udziału strony. Aby jednak zasada ta mogła być w pełni zrealizowana, organ musi najpierw ustalić, kto jest rzeczywiście stroną tego postępowania.

W tym miejscu należy zauważyć, że ustawodawca wskazał podmioty, którym przysługuje przymiot strony w postępowaniu o czasowe odebranie zwierzęcia. Z wykładni gramatycznej przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy wynika, że stroną prowadzonego na jego podstawie postępowania jest właściciel lub opiekun zwierzęcia, które ma być czasowo odebrane. Natomiast informacji o tym, kto jest właścicielem lub opiekunem zwierzęcia, powinien dostarczać zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. O sprawowaniu opieki nad zwierzęciem nie może świadczyć chwilowe posiadanie władztwa nad zwierzęciem w momencie zadawania mu bólu czy cierpienia. Z art. 7 ust. 1 ustawy wynika, że stroną postępowania nadal będzie właściciel zwierzęcia lub jego opiekun, który dopuścił do sytuacji znęcania się nad zwierzęciem przez osoby trzecie i nie podjął dostępnych mu działań faktycznych lub prawnych w celu zapobieżenia zadawaniu bólu lub cierpienia zwierzęciu przez te osoby⁷.

Kolejnym ważnym zagadnieniem, które łączy się z głosowanym wyrokiem, jest wprowadzenie do ustawy o ochronie zwierząt szczególnych rozwiązań procesowych w stosunku do zawartych w k.p.a. Zjawisko łączenia w jednym akcie prawnym norm materialnych i formalnych jest wciąż aktualne i dostrzegane przez przedstawicieli nauki⁸. Na problem ten zwrócił również uwagę NSA. W głosowanym orzeczeniu wskazał, że postępowanie w przedmiocie odebrania zwierzęcia jest postępowaniem administracyjnym, do którego mają zastosowanie przepisy k.p.a. ze zmianami wynikającymi z art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o ochronie zwierząt. Ustawodawca przyjął w art. 7

⁶ Zob. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 13 listopada 2008 r., II SA/Sz 116/08, LEX nr 521859.

⁷ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2008 r., II SA/Wr 347/07, CBOSA.

⁸ Zob. Z. Duniewska, M. Górski, B. Jaworska-Dębska, M. Stahl, *Procedura administracyjna a materialne prawo administracyjne. Zagadnienia wybrane, Procedura administracyjna wobec wyznań współczesności*, Łódź 2004, s. 109–127; M. Gajda-Durlik, *Problematyka dekodyfikacji a proces rozwoju polskiego prawa o postępowaniu administracyjnym*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka” 2007, nr 2, s. 44–64; A. Rotkiewicz, *Pozycja jednostki w administracyjnych postępowaniach pozakodeksowych regulujących problematykę ochrony środowiska i udziału społeczeństwa w ochronie środowiska*, [w:] P. Krzykowski (red.), *Dekodyfikacja postępowania administracyjnego a ochrona praw jednostki*, Olsztyn 2013, s. 213–311.

ust. 2, że decyzja wydana na podstawie ust. 1 podlega natychmiastowemu wykonaniu. Jest to zatem szczególne rozwiązanie w stosunku do ustanowionej w art. 130 k.p.a. ogólnej zasady stanowiącej, iż decyzja organu I instancji nie podlega wykonaniu do czasu upływu terminu do wniesienia odwołania (§ 1 art. 130), zaś jego wniesienie w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji (§ 2 art. 130) do czasu zakończenia postępowania odwoławczego. Trzeba jednak zaznaczyć, że kodeks przewiduje sytuacje, w których generalna zasada ustanawiająca zakaz wykonywania decyzji organu I instancji podlega ograniczeniu. Nastąpi to m.in. w przypadku, gdy decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu z mocy ustawy⁹.

Sąd w głosowanym wyroku zwrócił również uwagę, że ustawodawca w art. 7 ust. 2a ustawy o ochronie zwierząt ustanowił krótsze terminy do wniesienia odwołania, jak i jego rozpatrzenia. Stosownie do powołanego przepisu od decyzji o czasowym odebraniu zwierzęcia przysługuje prawo wniesienia odwołania do samorządowego kolegium odwoławczego w terminie 3 dni od daty doręczenia decyzji. Kolegium rozpoznaje odwołanie w terminie 7 dni. Zgodnie natomiast z art. 129 § 2 k.p.a. odwołanie wnosi się w terminie 14 dni¹⁰, zaś organ odwoławczy powinien stosownie do art. 35 § 3 k.p.a. załatwić sprawę w ciągu miesiąca od dnia otrzymania odwołania¹¹.

Należy jednak podkreślić, że ustanowienie krótszego terminu do załatwienia sprawy przez organ II instancji nie zwalnia go z obowiązku ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy w jej całości. Na organie odwoławczym ciąży bowiem takie same obowiązki wynikające z zasady prawdy obiektywnej oraz z zasad postępowania dowodowego, jakie spoczywały na organie, który wydał decyzję w I instancji. Organ odwoławczy powinien zatem wnikliwie rozważyć odwołanie, powtórnie zbadać sprawę i dokonać oceny prawidłowości decyzji przy uwzględnieniu materiału dowodowego uprzednio zebranego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, ewentualnie uzupełnionego w postępowaniu odwoławczym¹².

Z tych zatem przyczyn głosowane tezy należało zaakceptować.

Agnieszka Rotkiewicz

⁹ Art. 130 § 3 pkt 2 k.p.a.

¹⁰ Z art. 129 § 3 k.p.a. wynika, że przepisy szczególne mogą przewidywać inne terminy do wniesienia odwołania.

¹¹ Stosownie do art. 35 § 4 k.p.a., przepisy szczególne mogą określać inne terminy niż wskazane w § 3.

¹² Por. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 17 maja 2012 r., IV SA/Po 184/12, CBOSA.

Sprawozdania

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Konstytucjonalizm i system prawny Rosji. Wyniki i perspektywy” (III Moskiewski Tydzień Prawniczy)

W dniach od 26 listopada do 3 grudnia 2013 r. odbyła się XIV Międzynarodowa Konferencja Naukowa Wydziału Prawa Państwowego Uniwersytetu Moskiewskiego im. M. Łomonosowa oraz V Międzynarodowa Konferencja Naukowo-Praktyczna „Czytania Kutafińskie” Państwowego Uniwersytetu Prawniczego im. O. Kutafina w Moskwie (MSLA), współtworzące wspólne forum III Moskiewskiego Tygodnia Prawniczego nt. „Konstytucjonalizm i system prawny Rosji. Wyniki i perspektywy”. W organizację przedsięwzięcia włączyły się również Rosyjska Akademia Prawa oraz Stowarzyszenie Prawników Rosji z udziałem przedstawicieli władz ustawodawczych, wykonawczych i sądowniczych. Partnerami tego wydarzenia były: Rosyjska Akademia Nauk Prawnych, Stowarzyszenie Edukacji Prawnej oraz Rosyjska Akademia Sprawiedliwości.

Uroczystego otwarcia III Moskiewskiego Tygodnia Prawniczego dokonali Rektor Moskiewskiego Państwowego Uniwersytetu im. M. Łomonosowa prof. Виктор Антонович Садовничий, Rektor Moskiewskiego Państwowego Uniwersytetu Prawniczego im. O. Kutafina, członek Prezydium Stowarzyszenia Prawników Rosji prof. Виктор Владимирович Блажеев, Dziekan Wydziału Prawa Moskiewskiego Państwowego Uniwersytetu, przewodniczący moskiewskiego oddziału Stowarzyszenia Prawników Rosji prof. Александр Константинович Голиченков oraz Przewodniczący Komitetu Dumy Państwowej Zgromadzenia Federalnego Federacji Rosyjskiej ds. Prawa Konstytucyjnego i Tworzenia Prawa, członek Prezydium Stowarzyszenia Prawników Rosji dr Владимир Николаевич Плигин.

Pierwszy referat, zatytułowany *Problemy rozwoju konstytucyjnego i prawnego Rosji* zaprezentował Prezes Trybunału Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej, członek Prezydium Stowarzyszenia Prawników Rosji prof. Валерий Дмитриевич Зорькин. Drugim z prelegentów był doradca Prezydenta Federacji Rosyjskiej, współprzewodniczący Stowarzyszenia Prawników Rosji, członek korespondent Rosyjskiej Akademii Nauk prof. Вениамин Федорович Яковлев, który przedstawił referat zatytułowany *Konstytucja Federacji Rosyjskiej i system sądownictwa współczesnej Rosji*. Autorem kolejnego wystąpienia

(*Konstytucja Federacji Rosyjskiej*) był prorektor, dyrektor naukowy Wyższej Szkoły Audytu Publicznego Moskiewskiego Uniwersytetu, prof. Сергей Михайлович Шахрай.

Po przerwie kolejnym wystąpił Prezes Trybunału Konstytucyjnego Republiki Armenii prof. Гагик Гарушевич Арутюнян z artykułem *Konstytucjonalizm w kontekście kultury konstytucyjnej nowego tysiąclecia*. Następnie referat (*Otwartość władz i Konstytucji*) zaprezentował dyrektor Instytutu Filozofii i Prawa Rosyjskiej Akademii Nauk, członek korespondent Rosyjskiej Akademii Nauk prof. Виктор Николаевич Руденко. Kierownik Zakładu Prawa Konstytucyjnego i Samorządowego Moskiewskiego Państwowego Uniwersytetu Prawniczego prof. Владимир Иванович Фадеев wygłosił referat pt. *Konstytucja Federacji Rosyjskiej: problemy stabilności i rozwoju*. Prof. Сурен Адибескович Авакьян, reprezentujący ten sam Zakład, odczytał referat pt. *Konstytucjonalizm i władze publiczne: koncepcje, perspektywy*. Na koniec pierwszego dnia obrad prof. Владислав Валерьевич Гриб, zastępca sekretarza Izby Społecznej Federacji Rosyjskiej, członek prezydium Stowarzyszenia Prawników Rosji, przedstawił prezentację *Kontrola społeczna jako funkcja społeczeństwa obywatelskiego*.

W kolejnych dniach konferencji obrady odbywały się w sekcjach poświęconych różnym dziedzinom prawa, takim jak: prawo konstytucyjne i samorządowe, prawo administracyjne, prawo bankowe, prawo cywilne, prawo rodzinne, prawo własności intelektualnej, proces cywilny, historia państwa i prawa, prawo handlowe, kryminalistyka, prawo konkurencji, prawo międzynarodowe, prawo prywatne międzynarodowe, prawo Unii Europejskiej, prawo gospodarcze, prawo porównawcze, teoria państwa i prawa, prawo pracy i ubezpieczeń społecznych, proces karny, prawo karne i kryminologia, prawo finansowe, filozofia prawa, prawo ochrony środowiska i gruntów oraz prawo energetyczne.

W pracach sekcji uczestniczyli przedstawiciele Katedry Teorii i Filozofii Prawa i Państwa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. W sekcji historii państwa i prawa referat zatytułowany *Konstytucja Królestwa Polskiego z 1815 r.* wygłosił kierownik Katedry prof. Dariusz Szpoper. W sekcji prawa porównawczego wystąpienie *Porównanie aktualnych regulacji prawnych dotyczących mediacji w sprawach cywilnych w Polsce i Federacji Rosyjskiej* przedstawił dr Adam Zienkiewicz. Obrady w sekcjach wieńczyła dyskusja dotycząca problematyki poruszanej przez prelegentów. W jej ramach przedstawiono wiele interesujących koncepcji, spostrzeżeń oraz wniosków.

Na koniec warto odnotować, iż III Moskiewski Tydzień Prawniczy wzbogacono turniejem szachowym szkół prawniczych oraz wydarzeniami artystycznymi.

Adam Zienkiewicz

Sprawozdanie z II Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Konstytucje państw europejskich: historia i współczesność”

W dniach 6–7 kwietnia 2014 r. w murach budynku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu odbyła się II Międzynarodowa Konferencja Naukowa pt. „Konstytucje państw europejskich: historia i współczesność”. Trudu organizacji tego ambitnego przedsięwzięcia, ujmującego w jedną całość dwie płaszczyzny rozważań: konstytucyjnoprawną z historycznoprawną, podjęli się studenci zrzeszeni w dwóch kołach naukowych działających na Wydziale Prawa i Administracji UMK – Studenckim Kole Naukowym Prawa Konstytucyjnego oraz Kole Naukowym Historii Państwa i Prawa. Opiekę merytoryczną nad konferencją sprawowali pracownicy naukowcy oraz doktoranci katedr: Powszechnej Historii Państwa i Prawa, Historii Państwa i Prawa Polskiego oraz Prawa Konstytucyjnego. Patronat honorowy m.in. objęli: Rzecznik Praw Obywatelskich prof. Irena Lipowicz, prorektor ds. studenckich i polityki kadrowej prof. dr hab. Andrzej Sokala oraz dziekan Wydziału Prawa i Administracji dr hab. Tomasz Justyński, prof. UMK. Podobnie jak w roku ubiegłym, tak i tym razem konferencja spotkała się z ogromnym zainteresowaniem ze strony studentów oraz doktorantów z krajowych oraz zagranicznych ośrodków naukowych. Spośród licznie nadesłanych zgłoszeń organizatorzy dokonali wyboru blisko 60 referatów, które ujęli w 12 panelach tematycznych.

Obrady rozpoczęły się 6 kwietnia 2014 r. o godzinie 11.00 w Sali Posiedzeń Rady Wydziału Prawa i Administracji UMK od uroczystego przywitania przybyłych gości przez przedstawicieli organizatorów. Następnie do godziny 19.00 trwała sesja merytoryczna, podzielona na cztery panele naukowe. Pierwszy panel był poświęcony m.in. konstytucjonalizacji prokuratury w państwach Europy Wschodniej, uregulowaniu własności w polskim oraz niemieckim prawie konstytucyjnym oraz problemom związanym z ograniczeniem swobody funkcjonowania partii politycznych w ujęciu ustawy zasadniczej RFN z 1949 r. i Konstytucji RP z 1997 r. Drugi z bloków tematycznych dotyczył porządków konstytucyjnych państw Europy Środkowo-Wschodniej. Wystąpienia prelegentów traktowały m.in. o demokracji na Ukrainie i wykrzystywaniu zapisów konstytucyjnych w walce o władzę w tym państwie, wpływach nauki prawa konstytucyjnego na kształt aktów konstytucyjnych

Republiki Łotewskiej oraz ewolucji łotewskiej ustawy zasadniczej z 1922 r. W kolejnym panelu wygłoszono referaty podejmujące problem praw dziecka w fińskiej konstytucji, jak również genezy i konsekwencji kryzysu konstytucyjnego w Rosji z 1993 r. Dodatkowo prelegenci wprowadzili słuchaczy w zagadnienia dotyczące systemu ustrojowego wyspy Spark oraz konstytucyjności tzw. klauzuli zaporowej w wyborach europejskich. Ostatni panel pierwszego dnia konferencji miał charakter wybitnie historyczny, a wygłoszone w jego ramach referaty dotyczyły kluczowych zagadnień, jakie wykrystalizowały się na kanwie obowiązywania w polskim porządku prawnym dotychczasowych ustaw zasadniczych. W trakcie obrad podniesione zostały problemy rewizji ustawy zasadniczej według Konstytucji 3 maja, roli organów parlamentarnych w ratyfikacji umów międzynarodowych w konstytucji marcowej oraz kwietniowej. Przybliżono również zagadnienia dotyczące obywatelstwa polskiego w świetle regulacji konstytucyjnych okresu międzywojennego i ochrony praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym.

Obrady drugiego dnia konferencji rozpoczęły się o godzinie 10.00 i od samego początku toczyły się w dwóch równoległych blokach skupiających po cztery panele tematyczne. Pierwszy panel miał charakter anglojęzyczny, a występowali na nim głównie goście z zagranicznych ośrodków naukowych. Przeważająca większość referatów poświęcona była problemom hiszpańskiego porządku konstytucyjnego, zarówno w ujęciu historycznym, jak i współczesnym. W ramach kolejnej sesji naukowej zgromadzona w Sali Posiedzeń Rady Wydziału publiczność wysłuchiwała wystąpień na temat konstytucji takich państw, jak Serbia, Macedonia, Mołdawia, Armenia. Prelegenci zajęli się m.in. hierarchią aktów prawnych i gwarancjami konstytucyjnymi partycypacji mniejszości narodowych. Trzeci panel skupił wystąpienia poświęcone m.in. zagadnieniom problemowym wynikającym z członkostwa Czech w Unii Europejskiej, instytucji demokracji bezpośredniej w konstytucjach państw bałtyckich oraz rozwojowi konstytucjonalizmu islandzkiego. Ostatni panel tego bloku naukowego wypełniły referaty na temat koncepcji ustroju państwa w ujęciu wybranych projektów II Rzeczypospolitej z lat 1917–1921, instytucji senatorów dożywotnich w Republice Włoskiej oraz materii trójpodziału władzy w Państwie Mieście Watykan.

W ramach rozważań prowadzonych w równoległym bloku naukowym wygłoszonych zostało 20 referatów ujętych w cztery panele tematyczne. Na pierwszym podjęto zagadnienia dotyczące polskiego porządku konstytucyjnego. Prelegenci pochylali się nad takimi problemami, jak ochrona środowiska, wartości konstytucyjne w polskiej preambule, prawo do petycji czy wpływ konstytucji na przepisy prawa karnego. W kolejnym panelu pod lupę wzięte zostały ustroje konstytucyjne Turcji i Cypru. Mówiono o zasadzie świeckiego państwa oraz instytucji ombudsmana w porządku konstytucyjnym Republiki Tureckiej, jak również o wpływie przepisów Konstytucji Republiki Cypryj-

skiej z 1960 r. regulujących funkcjonowanie egzekutywy i legislatywy na utrwalenie konfliktu narodowościowego. Wystąpienia prelegentów w ramach kolejnej sesji naukowej dotyczyły takich problemów, jak tożsamość konstytucyjna w świetle integracji europejskiej, rozwój odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za bezprawie normatywne czy obywatelska inicjatywa ustawodawcza w wybranych państwach europejskich. Ostatni panel ponownie zdominowały wystąpienia o charakterze historycznym. Wystąpienia traktowały m.in. o czynnym i biernym prawie wyborczym do Stortingu w Konstytucji Królestwa Norwegii z 1814 r., dziedzictwie konstytucji rewolucyjnej Francji w ustawie zasadniczej V Republiki Francuskiej.

Konferencja dowiodła, że połączenie i prowadzenie w ramach jednego merytorycznego przedsięwzięcia rozważań zarówno o charakterze historycznym, jak i komparatystycznym jest nie tylko możliwe, ale i pożądane. Wygłoszone referaty i towarzysząca im momentami ożywiona dyskusja ponad wszelką wątpliwość udowodniły, jak duże zainteresowanie towarzyszy materii konstytucji i szerokiej sfery zagadnień problemowych, które pomimo upływu lat ani na moment nie tracą na aktualności. W tym względzie pozytywnie należy ocenić wyznaczone przez organizatorów założenia metodologiczne konferencji i dobór wystąpień. Powyższe aspekty, jak również zaangażowanie, entuzjazm i pasja towarzysząca młodym naukowcom w czasie trwania niniejszej konferencji pozwalają żywić nadzieję, iż nie będzie to jednorazowe i incydentalne doświadczenie naukowe, a wyeksponowane w ramach sesji naukowych problemy staną się w niedalekiej przyszłości przyczynkiem do dalszych badań naukowych.

Jacek Wojciechowski

Sprawozdanie z Międzynarodowej Interdyscyplinarnej Konferencji Naukowej „Wyzwania współczesnego prawa wyborczego” – edycja II

W dniu 5 czerwca 2014 r. Toruń już po raz drugi gościł najwybitniejszych przedstawicieli nauki i praktyki prawa wyborczego. Studenci zrzeszeni w Studenckim Kole Naukowym Prawa Wyborczego „Elektor”, działającym na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, podjęli się organizacji Międzynarodowej Interdyscyplinarnej Konferencji Naukowej „Wyzwania współczesnego prawa wyborczego”. Patronaty honorowe nad tym jakże wielkim i ważnym wydarzeniem objęli: Państwowa Komisja Wyborcza, Rzecznik Praw Obywatelskich prof. dr hab. Irena Lipowicz, Marszałek Województwa Kujawsko-Pomorskiego Piotr Całbecki, Prezydent Miasta Torunia Michał Zaleski, Prorektor UMK ds. Studenckich i Polityki Kadrowej prof. dr hab. Andrzej Sokala, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UMK dr hab. Tomasz Justyński prof. UMK i Instytut Badań Polityczno-Prawnych. Wśród gości honorowych byli najwybitniejsi przedstawiciele nauki i praktyki prawa wyborczego: sędzia Stefan Jan Jaworski – przewodniczący Państwowej Komisji Wyborczej, minister Kazimierz Wojciech Czaplicki – Szef Krajowego Biura Wyborczego i sekretarz Państwowej Komisji Wyborczej, Alexander Shlyk – Election Adviser w OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, prof. dr hab. Andrzej Sokala – UMK Toruń, dr hab. Piotr Uziębło prof. UG – UG Gdańsk, dr hab. Bartłomiej Michalak – UMK Toruń. Wzięli oni udział w panelu otwierającym konferencję. Ze względu na ogromną liczbę uczestników obrady odbywały się w 8 panelach poświęconych szczegółowym zagadnieniom polskiego i międzynarodowego prawa wyborczego. Referaty wygłaszali studenci i doktoranci ze wszystkich wiodących ośrodków uniwersyteckich w Polsce: Warszawy, Łodzi, Wrocławia, Lublina, Krakowa, Olsztyna, Poznania i Torunia.

Jednocześnie uczczono jubileusz pięciolecia Studenckiego Koła Naukowego Prawa Wyborczego „Elektor”. Po uroczystych przemowach wszystkich byłych i obecnych prezesów koła odbył się panel ekspercki rozpoczynający obrady konferencyjne, który poprowadził prof. dr hab. Andrzej Sokala. Zgodnie z koncepcją organizatorów najpierw każdy z ekspertów zabrał głos (były to około 10-minutowe wystąpienia), po czym dopiero rozpoczęła się około 45-minutowa dyskusja.

Jako pierwszy wystąpił sędzia Stefan Jaworski (przewodniczący PKW), który wskazał na dwa bardzo istotne problemy: metodę zbierania głosów oraz ustalanie wyników głosowania. Rozwazał, czy pozostać przy tradycyjnym sposobie, czy też wypróbować już coś nowego, np. metody elektroniczne, które mogą przyspieszyć całą procedurę.

Kazimierz Wojciech Czaplicki (sekretarz PKW) swoje wystąpienie poświęcił organom wyborczym oraz możliwym propozycjom ich zmiany w nadchodzących wyborach samorządowych¹. Zastanawiał się nad sposobem powoływania obwodowych komisji wyborczych i zaproponował, by obok wyborców zasiadali w nich również fachowcy, jak ma to miejsce we Włoszech, gdzie z urzędu musi być obecny prawnik, który dobiera sobie współpracowników. Zwrócił też uwagę na kadencje obwodowych komisji wyborczych i liczne, permanentne szkolenia organizowane dla jej członków. Kończąc wskazał na kilka kardynalnych błędów, jakie popełniają obwodowe komisje wyborcze, m.in. brak znajomości prawa wyborczego (co wynika ze źle prowadzonych szkoleń oraz słabej frekwencji na szkoleniach dla członków obwodowych komisji wyborczych), podpisanie protokołu, gdy wszystkie głosy w obwodzie padły na jednego kandydata (zamiast wypełnić właściwy protokół, wypełniono protokół testowy), zbyt duże zaliczenie głosów dla jednego z kandydatów.

Trzeci w kolejności wystąpił dr hab. Piotr Uziębło prof. UG. Poruszył on bardzo trudny, ciekawy i bieżący temat kampanii wyborczej oraz ciszy wyborczej, głównie w kontekście Internetu i lajkowania stron. Pierwszym problemem jest obiektywizm w polskich programach telewizyjnych, często naruszany przez liczne komentarze dziennikarskie (prezenterów). Kandydaci w trakcie debat przedwyborczych podlegają sondażom, a prowadzący często nie traktuje ich równo. Problemem jest również darmowy czas antenowy w radiu i telewizji – ze względu na brak zainteresowania ze strony wyborców KRRiT chciała je przenieść do niszowych stacji telewizyjnych. Kolejnym bardzo ważnym zagadnieniem jest status Internetu jako medium do prowadzenia kampanii wyborczej. Profesor Uziębło zapytał, czy umieszczanie informacji na własnym profilu na portalu społecznościowym jest zgodne z prawem i nie zakłóca ciszy wyborczej, o ile się tego nie rozpowszechnia? Czy lajkowanie tejże strony przez inne osoby to już rozpowszechnianie i naruszenie ciszy, czy nie? Zdaniem prelegenta należałoby zabronić manewrowania w czasie ciszy wyborczej i agitacji na Facebooku.

Następnie dr hab. Bartłomiej Michalak (UMK Toruń) poruszył kilka drobniejszych, ale ważnych problemów natury technicznej i politologicznej. Przede wszystkim stwierdził, iż w Polsce nie dochodzi do naruszeń i fałszowania wyborów. Nie ma też zagrożeń przy zbieraniu głosów, zaś system

¹ Głosowanie w wyborach do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw powinno być zarządzane, przez Prezesa Rady Ministrów, na dzień 16 listopada 2014 roku.

organów wyborczych jest dobrze skonstruowany. Istotnym problemem natomiast są prezentacje wyników głosowania i czas na ich dostarczenie do Państwowej Komisji Wyborczej. W dzisiejszych czasach bazujemy na wynikach głosowania z danych elektronicznych, dlatego też wystarczyłoby sprawdzić wersję elektroniczną z papierową (wersję elektroniczną można uznać za wiodącą, natomiast papierową stosować jedynie subsydiarnie). Uproszczenie to bardzo przyspieszyłoby czas podawania wyników wyborów, ponieważ PKW nie musiałaby już czekać na wszystkie protokoły. W opinii prelegenta warty rozważenia jest sposób kreacji obwodowej komisji wyborczej w sposób mieszany, aby zasiadali w niej zarówno fachowcy, jak i „zwykli” wyborcy (czynnik społeczny).

Ostatnie wystąpienie w tej części obrad należało do Alexandra Shlyka (OBWE/ODHiR). Poruszył on problem łączenia praw człowieka z prawem wyborczym. Wspomniał, że prawo wyborcze winno być jak najbardziej dogodne dla człowieka, chociażby ze względu na dwie wiodące zasady: powszechności i tajności głosowania. Odwołał się do wielu praktycznych przykładów. Wskazał, iż Trybunał Konstytucyjny Republiki Federacyjnej Niemiec zakwestionował stosowanie wyłącznie maszyn do głosowania. W uzasadnieniu TK RFN stwierdził, że wyborca nie bardzo wie, jak działa taki głosomat, zaś system komputerowy jest jeszcze zbyt słabo zabezpieczony. Dopiero gdy zmieni się i poprawi system zabezpieczeń elektronicznych, można zacząć wprowadzać maszyny do głosowania. Prelegent na przykładzie Estonii wyjaśnił i postarał się stworzyć hierarchię zasad prawa wyborczego. Główna Komisja Wyborcza Estonii stwierdziła, że jeżeli wyborca chce głosować przez Internet, to należy mu to umożliwić, ponieważ ważniejsza jest zasada powszechności niż tajności głosowania. Dla pewnych dóbr można poświęcić inne dobra.

Po tych jakże ciekawych wystąpieniach wywiązała się nie mniej ciekawa dyskusja, którą prowadził prof. dr hab. Andrzej Sokala (UMK Toruń). Podsumowując wystąpienia gości, stwierdził, że w Polsce zasady prawa wyborczego są dyrektywami, dlatego też w przypadku ich wewnętrznej kolizji można jedną poświęcić na rzecz drugiej. W dyskusji były poruszane tematy obwodowych komisji wyborczych, ich składu oraz reagowania PKW w sytuacjach kryzysowych i częstego jej hamowania. Stwierdzono, że mamy kilka możliwości obsadzania członków obwodowych komisji wyborczych: albo dodać kilku fachowców do czynnika społecznego, albo nadać większe uprawnienia mężom zaufania, albo zastosować propozycję prof. dr hab. Stanisława Gebethnera i dr hab. Krzysztofa Skotnickiego prof. UŁ, aby jako eksperta wprowadzić sekretarza obwodowej komisji wyborczej. Następnie powrócono do problemu kampanii, agitacji, ciszy wyborczej i stanowiska KRiRiT. Zgodnie z prawem międzynarodowym i sprawozdaniami OBWE, Internet nie jest medium i nie można go regulować jak inne media. Zgodnie z konstytucyjną zasadą wolno-

ści nie można ingerować w media prywatne, czego przykładem są Stany Zjednoczone Ameryki Północnej. Podsumowując dyskusję, można wskazać, iż fachowcy znaleźli wiele rozwiązań, jak usprawnić obecnie obowiązujące prawo wyborcze, aby było bardziej dogodne dla człowieka i poprawnie stosowane w praktyce.

Jak widać, w trakcie obrad poruszono wiele ciekawych problemów, z których część została rozwiązana. Można stwierdzić, iż jest to jedna z największych w Polsce konferencji poświęconych prawy wyborczemu. Ogromne podziękowania za organizację spotkania należą się Studenckiemu Kołu Prawa Wyborczego „Elektor” działającemu na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Przy okazji zapraszamy każdego zainteresowanego losami kraju oraz wyborami na trzecią już edycję, która odbędzie się w 2015 r. Mamy nadzieję, że za pięć lat spotkamy się na dziesięcioleciu koła oraz na kolejnej edycji konferencji.

Tomasz Kowalczyk