

Oscar Adolf Ger mann, *Präjudizien als Rechtsquelle. Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung*, Stockholm — Göteborg — Uppsala 1960, ss. 52.

Jako drugi tom wydawnictwa „Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae” ukazała się niewielka rozmiarami rozprawa profesora uniwersytetu w Bazylei O. A. Germanna o prejudykatakach stanowiących źródło prawa. Budzi ona ogólniejsze zainteresowanie ze względu na rosnące znaczenie prejudykatów i wiążące się z tym zagadnienia metodyczne.

Za punkt wyjścia posłużyło autorowi prawodawstwo w Anglii — przyjmujące obowiązkowość prejudykatów wydanych przez House of Lords i Court of Appeal nawet dla późniejszych rozstrzygnięć tych najwyższych

¹³ *Sprawa stosunku do pogan w polsko-krzyżackim procesie z lat 1412—1414*, „Zeszyty naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego”, Prawo II, Wrocław 1956, s. 104—113.

¹⁴ Por. Ks. W. W ó j c i k, *Rozwój pomocy świeckiej dla Kościoła w Polsce do 1565 r.* (maszynopis), rozdział pt. Poparcie w sprawach szerszenia i ochrony wiary s. 158—217.

sądów i w Stanach Zjednoczonych, gdzie prejudykаты najwyższych trybunałów nie krępują wprawdzie ich samych, ale stanowią prawo dla instancji niższych. Porównawczo wykorzystał autor prawodawstwa Europy kontynentalnej nie przyjmujące obowiązkowego uwzględniania prejudykatów: przede wszystkim ustawodawstwo i jursprudence sądu najwyższego w Szwajcarii i posiłkowo ustawy obowiązujące w Szwecji, we Francji i w Niemczech. W przypisach podał autor literaturę fachową z wymienionych państw i liczne uwagi objaśniające.

Przedmiot studium stanowią prejudykаты w sensie ścisłym, czyli rozstrzygnięcia mające znaczenie dla wyroków w procesach późniejszych dlatego, że w wielu sprawach jest jednorodny problem prawny mimo odmiennych danych faktycznych i różnych osób. Celem rozprawy jest wyjaśnienie, czy tego rodzaju prejudykаты mogą być źródłem poznania prawa. W pierwszym rozdziale opisuje autor faktyczne znaczenie prejudykatów jako posiłkowego źródła prawa w stosunku do obowiązującego ustawodawstwa w krajach anglosaskich i rosnącą ich rolę w jursprudence krajów Europy kontynentalnej. Widoczne jest dziś zjawisko, że zmieniające się szybko stosunki socjalne i gospodarcze powodują szybsze dezaktualizowanie się ustaw. Sędzia staje coraz częściej wobec luk w prawie nie tylko *praeter legem*, ale też i *intra legem* i musi samodzielnie wyszukiwać dla swego wyroku normę prawną, która by uwzględniała nowe fakty socjologiczne.

Drugi rozdział poświęcony jest badaniu podstaw prawnych i granic obowiązywania prejudykatów. Według prawa anglosaskiego prejudykаты obowiązują ze względu na identyczność tzw. *ratio decidendi*. Jest ona w istocie ogólnie ujętą zasadą prawną, którą można według oceny sędziego zastosować w konkretnym późniejszym wypadku. Decydują o tym analogiczne fakty, które usprawiedliwiają postawienie identycznej zasady. Usuwają się przy tym tzw. *dicta*, czyli szczegóły nie mające wpływu na decyzję. W razie wątpliwości, że sformułowanie takiej samej zasady jest zbyt dowolne, sędzia musi pilnie badać, czy nie ma w danym wypadku ważnego pod względem prawnym elementu, który by nie pozwalał na wykorzystanie prejudykatu. Praca sędziego zbliża się, jak to wyrażają pisarze anglosascy, do indukcyjnego dobierania kazusów na podstawie analogii. Oparcie się na prejudykатыch ma zdaniem prawników angielskich gwarantować jednolitość, trwałość i pewność rozstrzygnięć. Autor przytacza przeciw tej tezie zarzut niebezpieczeństwa samowoli. Rozważa również trudności posługiwania się samą tylko ustawą i dochodzi do wniosku, że najlepszy byłby system wykorzystujący prawo zawarte tak w ustawach, jak i w prejudykатыch. W dalszym ciągu omawia autor w trzecim rozdziale przyczyny, dla których prawnicy szwajcarscy świadomie odstępują od prejudykatów: zmieniony układ socjologiczny, postęp nauki, lepsza ocena konsekwencji wyroku, a przy prejudykатыch interpretujących ustawę — głębsze wniknięcie w cel i sens obowiązującej normy prawnej.

Godny uwagi jest ostatni rozdział, w którym autor podejmuje próbę wyświetlenia stosunku prejudykatów do prawa zwyczajowego i do ustaw. Na podstawie judykatury szwajcarskiej wykazuje autor, że już pierwszy prejudykat ma pełne znaczenie prawne. Przy jego ocenie można najwyżej badać, czy decyzja była powzięta jednoznacznie, czy przeciw znacznej mniejszości sędziów. Nie wolno jednak stawiać na jednej płaszczyźnie prejudykatów z prawem zwyczajowym. Prejudykat czerpie swą moc z ostatecznego wyroku najwyższej instancji i bywa realizowany przez organa administracyjne. Zwyczaj jest całkiem odmiennym źródłem poznania prawa, gdyż zawdzięcza swe istnienie tradycji w społeczeństwie i z niej przy milczącym przynajmniej uznaniu ze strony władzy ustawodawczej czerpie swą moc obowiązującą. Często utożsamiany on bywa z wszelkim prawem niepisanim. Ściśle biorąc prejudykat ze względu na swe źródło powstania i swą moc prawną bliższy jest ustawie niż prawu zwyczajowemu. Pochodzi

on od władzy i jest przejawem świadomej działalności prawnej właściwego organu. Według prawa szwajcarskiego może prejudykat mieć wyjątkowo nawet pierwszeństwo przed ustawą, podobnie jak prawo zwyczajowe może zmienić obowiązującą normę ustawową. Między źródłami prawa w Szwajcarii nie ma jakiegoś skostniałego porządku hierarchii. U podstaw obowiązywania każdego prawa leży przeciwieństwo *opinio necessitatis*. Żadne więc źródła praw, również i ustawy nie mogą mieć charakteru absolutnego. Czas wszechwładnego panowania ustaw, kiedy to sędzia miał być tylko ich realizatorem, już przeminął. Przełamany został formalny pozytywizm prawny. Sędzia jest odpowiedzialnym organem, który obok stosowania ogłoszonego prawa musi coraz częściej samodzielnie wyszukiwać właściwą normę prawną.

Przy lekturze pracy prof. Germanna nasuwa się myśl, że pożyteczne byłoby rozszerzenie podstawy porównawczej. Chcielibyśmy, aby obok zreferowania poglądów literatury anglosaskiej autor głębiej rozpracował podstawy prawne znaczenia prejudykatów. Przydałoby się bliższe omówienie, może nawet na przykładach wyroków, identyczności *ratio decidendi*, zbędności *dicta* i techniki anglosaskiego *distinguishing*. Pozostaje nadal otwarty problem, jak ułożyć w wypadkach wyjątkowych stosunek prawa zawartego w ustawach do norm podanych w prejudykach, co ma konkretnie decydować o wyższości jednego lub drugiego źródła prawa itp. Ważny jest jednak postulat wysuwany przez autora, aby ciągle „zbliżać prawo do życia”, ściślej mówiąc, aby prawo objęło swymi normami wszelkie przejawy rzeczywistości społecznej. Charakterystyczne jest również zerwanie z formalnym pozytywizmem prawnym oraz z mechanicznym posługiwaniem się przestarzałymi pojęciami prawnymi, a doszukiwanie się obiektywnej *opinio necessitatis*. Przypomina to postulaty „prawa natury”. Dla sędziego wyłania się obowiązek uzupełniania ustaw i tworzenia nowych norm prawnych. Zrozumiałe jest w tej sytuacji rosnące znaczenie prejudykatów w różnych państwach¹.

Wnioski autora zasługują także na uwagę kanonistów. O fakcie szybszego niż w minionych wiekach dezaktualizowania się niektórych przepisów prawa kanonicznego świadczy choćby projekt przeprowadzenia reformy kodeksu na przygotowanym soborze powszechnym. W literaturze kanonistycznej spotyka się głosy z żądaniem większego doceniania rozstrzygnięć dykasterii sądowych i administracyjnych Kurii Rzymskiej i instancji o zasięgu partykularnym².

¹ W Polsce świadczy o tym nie tylko publikowanie i komentowanie poszczególnych orzeczeń Izby Cywilnej i Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz Głównej Komisji Arbitrażowej w czasopiśmie prawniczym, ale zestawianie ich tak systematycznie jak i w porządku artykułów odpowiednich kodeksów w odrębnych wydawnictwach, np. *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w zakresie materialnego prawa karnego (1945—1957)*, zebrał i opracował G. A u s c a l e r, Warszawa 1958.

² Rolę posiłkowego twórcy prawa przyznają autorzy kościelnym władzom sądowym i administracyjnym; por. R. N a z, *Traité de droit canonique*, Paris 1954 t. I, s. 135. Powołują się przy tym na przewidziany w kan. 20 sposób uzupełniania luk w prawie w oparciu o styl Kurii Rzymskiej i na pochodzący stąd zwyczaj interpretacyjny wspomniany w kan. 29, por. C. H o l b ö c k, *Tractatus de iurisprudentia S. Romanae Rotae, Graetiae-Vindobonae-Coloniae* 1957, s. 5. Autorzy nie zwracają jednak uwagi na fakt, że ów „zwyczaj” pochodzący ze stylu Kurii Rzymskiej jest zgoła czymś innym niż zwyczaj wytworzony przez społeczność wiernych. Nie przedstawił jasno tego zagadnienia G. M i c h i e l s, *Normae generales iuris canonici, Parisiis-Tornaci-Romae* 1949², t. II, s. 67—70. Nigdzie też nie określono, ile ma być decyzji sądowych czy administracyjnych i na jakiej przestrzeni czasu, aby ów „zwyczaj” zyskał moc obowiązującą. Wtedy zresztą nie byłoby luki w prawie, jak słusznie zauważa przy omawianiu kan. 20 M i c h i e l s, op. cit., t. I, s. 628,

Z tych względów praca autora ma znaczenie ogólniejsze dla nauki o źródłach prawa. Wydaje się jednak, że nie dojdzie do przyjęcia anglosaskiego systemu prejudykatów. Należy spodziewać się raczej wypracowania jakiejś syntezy tradycyjnej subsumpcji faktów do norm ustawowych z „indukcyjnym” wykorzystywaniem decyzji najwyższych władz sądowych i administracyjnych. Praca autora zwraca uwagę na to zagadnienie i podaje kierunek reformy.

Ks. Bp Walenty Wójcik

uw. 4. Trzeba podkreślić, że nawet jedno rozstrzygnięcie Roty czy Kongregacji Rzymskiej daje nie tylko normę pewną i zaleconą, jak chce Michiels, op. cit., t. I, s. 629, ale i obowiązujący prejudykat w wypadku, gdy jest ta sama *ratio decidendi*. Rzecz jasna, że ta obowiązkowość uwzględnienia jednego prejudykatu nie ma charakteru ustawowego czy nawet ściśle biorąc prawnego. Rośnie jednak jej znaczenie faktyczne dla jurysprudencji kościelnej. Świadczą o tym wydawnictwa i opracowania orzeczeń Roty Rzymskiej (wspomniane Holböcka i u nas Ks. W. Szafrańskiego, *Motywy prawne w sprawach o nieważność małżeństwa rozpatrywanych przez Sądy Kościelne*, maszynopis, Włocławek 1952) czy też Kongregacji (np. S. Mayer, *Neueste Kirchenrechtssammlung*, Freiburg i. B., t. I—III, 1953—1955) podaje decyzje różnych kongregacji, szczególnie Kongregacji Soboru), które nie różnią rozstrzygnięć powtarzających się od jednorazowych, lecz wszystkie stawiają na jednym poziomie. Podobnie też i z decyzji sądów niższych czy z postanowień administracyjnych zwierzchnika partykularnego autorzy (Naz, op. cit., t. I, s. 138 i Szafrański op. cit., powołuje się na wyroki trybunałów diecezjalnych) pozwalają korzystać jako z posiłkowego źródła prawa partykularnego.