

REDAKCJA
GABRIELA KOWALSKA
TOMASZ IWANOWSKI
WOJCIECH WŁÓDARCZAK

COMMON LAW

HISTORIA, DOKTRYNA,
PRAKTYKA, KONTEKSTY

ARCHAEOGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

Common law

Historia, doktryna, praktyka, konteksty

Redakcja

Gabriela Kowalska

Tomasz Iwanowski

Wojciech Włodarczyk

REDAKCJA

GABRIELA KOWALSKA

TOMASZ IWANÓWSKI

WOJCIECH WŁÓDARCZAK

COMMON LAW

HISTORIA, DOKTRYNA,
PRAKTYKA, KONTEKSTY

ARCHAEGRAPH

Wydawnictwo Naukowe

Redakcja

Gabriela Kowalska - Wydział Prawa UAM

Tomasz Iwanowski - Wydział Prawa UAM

Wojciech Włodarczyk - Wydział Prawa UAM

Recenzja

dr hab. Prof. UAM Przemysław Krzywoszyński

Korekta redaktorska

Karol Łukomiak

Diana Łukomiak

Skład i projekt okładki

Karol Łukomiak

© Copyright by Authors & ArchaeGraph

ISBN: 978-83-67527-82-8

Wersja elektroniczna dostępna na stronie internetowej wydawcy:
www.archaeograph.pl

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

Łódź, lipiec 2023

SPIS TREŚCI

Wstęp	6
Analiza stanów prawnych mediacji rodzinnych w wybranych krajach anglosaskich. Studium prawnoporównawcze	7
prof. CH dr n. pr. Małgorzata Wojciechowicz, LLM, MBA	
Wprowadzenie do prawa deliktów Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej	26
Szymon Pastuszek	
Ława przysięgłych: relikw przeszłości czy ostatni bastion wolności?	46
Michał Byczyński	
Analiza porównawcza funkcjonowania prawa własności intelektualnej na gruncie systemu common law oraz systemu kontynentalnego	56
Szymon Donarski	
Między common law a equity – historia i stosowanie prawa precedensowego w Wielkiej Brytanii	69
Wiktor Szukis	
Małżeństwo common law – kiedy to sędzia mówi ceremoniale „tak” w imieniu pary	87
Weronika Anna Łowicka	
Alternative Dispute Resolution w systemie common law – różnorodność polubownych metod rozwiązywania sporów prawnych wspierających anglosaski wymiar sprawiedliwości	104
Maria Janeczko-Janicka	

WSTĘP

Krajami, którym poświęca się najwięcej uwagi przy rozważaniach na temat common law są Wielka Brytania oraz Stany Zjednoczone, toteż niniejsza publikacja skupia się na porządku prawnych tychże krajów. Nie można jednak zapominać, że kraje te są jedynie najbardziej znanymi przedstawicielami całej rodziny krajów common law, których cechą wspólną jest rodowód angielskiej tradycji prawnej.

Systemy prawne w ramach rodziny common law rozwijały się poprzez nieustanne rozwiązywanie dylematów stawianych przez praktykę stosowania prawa, ale również przez wybitnych teoretyków i myślicieli. Niejednokrotnie rozwiązania przyjęte przez kraje common law różnią się diametralnie od tych stosowanych w Europie kontynentalnej. To właśnie te interesujące różnice stanowią główny przedmiot rozważań autorów monografii.

Szeroki zakres zagadnień samej publikacji znajduje odzwierciedlenie w różnorodności podejmowanych tematów. Do Czytelnika trafia zatem praca o urozmaiconej tematyce, jednocześnie ściśle powiązanej z konkretnym pomysłem na to jak może wyglądać system prawny.

W tym miejscu należy podziękować wszystkim autorom publikacji. Szczególne wyrazy wdzięczności kierujemy jednak dla recenzenta całej pracy- prof. UAM dr hab. Przemysława Krzywoszyńskiego. Jego pomoc miała bezpośrednie przełożenie na poziom merytoryczny całej pracy. Wskazówki recenzenta stanowiły cenne wsparcie dla każdego autora a każda uwaga została wnikliwa przeanalizowana i znajduje odzwierciedlenie w końcowym rezultacie.

W zamysłu autorów monografia ma stanowić przystępne opracowanie rzadko podejmowanych w polskiej literaturze zagadnień związanych z systemem common law. Mamy nadzieję, że okaże się ona pomocna dla każdego czytelnika, który będzie dążył do poszerzenia swojej wiedzy na tematy *stricto* praktyczne, ale też teoretyczne czy historyczne związane z systemem common law.

Gabriela Krawczyk & Tomasz Iwanowski

ANALIZA STANÓW PRAWNYCH MEDIACJI RODZINNYCH W WYBRANYCH KRAJACH ANGLOSASKICH. STUDIUM PRAWNO-PORÓWNAWCZE

Abstrakt: Zainteresowanie instytucją mediacji w obecnym kształcie pojawiło się w XX wieku zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i w innych krajach prawa precedensowego, gdzie dostrzeżono jej użyteczność jako uzupełniającego w stosunku do kontradiktoryjnego postępowania sądowego sposobu rozwiązywania sporów rodzinnych. Mediacja rodzinna, to procedura rozwiązywania konfliktu, w której bezstronny i neutralny mediator towarzyszy członkom rodziny w procesie uzgodnień za ich dobrowolną zgodą oraz przy zachowaniu poufności. Rolą mediatora, jest pomoc stronom w zdefiniowaniu kwestii spornych, określeniu potrzeb oraz, o ile taka jest ich wola, wypracowaniu wzajemnie satysfakcjonującego oraz świadomego porozumienia. Celem przedmiotowego badania była eksploracja charakterystyki konstytutywnej mediacji rodzinnych, kompetencji mediatorów oraz fundamentów prawnych stosowania mediacji rodzinnych w kontekście Wielkiej Brytanii i Australii. Analiza ta stanowi również źródło pytań, rozważań i gotowości do przyjęcia nowatorskich rozwiązań. W oparciu o przemyślenia zawarte w opracowaniu, przeprowadzono ocenę zalet i wad wynikających z zastosowania instytucji mediacji w kontekście spraw rodzinnych. Artykuł oparto głównie na metodzie historycznej i formalno-dogmatycznej. Analiza dotyczyła zarówno obecnych systemów, jak i przeszłych zmian wprowadzonych przez ustawodawców.

Słowa kluczowe: mediacje rodzinne, ADR, mediacje w systemie common law

Wprowadzenie

Mediacja, jako forma rozwiązywania konfliktów, ma swoje korzenie w różnych kulturach i religiach na całym świecie. Przykłady jej stosowania można znaleźć judaizmie, chrześcijaństwie, islamie, hinduizmie,

buddyzmie oraz konfucjanizmie. Początków kształtowania się instytucji mediacji doszukiwać się można już od czasów pierwszych znanych nam cywilizacji.¹ Co ciekawe, mediacje stosowano wcześniej niż postępowania przed sądami. Pierwsze wzmianki dotyczące mediacji pochodzą od Sumerów, którzy w IV tysiącleciu p.n.e. zamieszkiwali Mezopotamie. W ich kulturze, zanim rozstrzygnięto spór przez radę pełniącą funkcję sądów, sprawę przedstawił „maszkimowi” – pełniącemu funkcję komisarza. Jego zadaniem było pośrednictwo między zwaśnionymi stronami w celu polubownego załatwienia sprawy.

Ekspansja Sumerów doprowadziła do rozpowszechnienia mediacji na pozostałe kultury starożytne. Dotarła do Egiptu, a z czasem pojawiła się również w greckich miastach-państwach. Funkcje ówczesnego mediatora pełnił tak zwany sędzia rozjemca, którym mógł zostać wyłącznie obywatel grecki powyżej 60 roku życia. Sędzia rozjemca wybierany był przez strony konfliktu, a jego zadaniem było doprowadzenie do pogodzenia zwaśnionych stron. Dopiero wtedy, gdy uczestnikom nie udało się zawrzeć ugody, sprawę kierowano do sądu przysięgłych (gr. hela). Instytucja greckiej mediacji, podobnie jak współczesna, opierała się na dobrowolności wyboru osoby mediatora, a także możliwości odwołania się do trybu adiudykacyjnego w przypadku, gdy uczestnikom nie udało się zawrzeć ugody.²

W Starożytnym Rzymie instytucje polubownych metod rozwiązywania sporu były na tyle rozwinięte, że to właśnie ich łacińskie nazwy są podstawą współczesnej terminologii. Wynik mediacji na przykład, zwany był wówczas *compromissum*. Rzymska procedura mediacyjna przeprowadzana była przez tzw. dobrych przyjaciół. Funkcje tę pełniły wyłącznie osoby szanowane, których zadaniem było przekazywanie stronom ich wzajemnych stanowisk aż do momentu wypracowania kompromisu satysfakcjonującego obie strony.³

Mediacja, była także dominującą formą rozwiązywania sporów w Azji⁴, Europie, Afryce, a także wśród plemion indiańskich. Rozwój laickiego świata zachodniego upowszechnił mediacje zarówno w handlu jak i produkcji wyrobów. Mediację zaczęto stosować także jako środek rozwiązywania konfliktów międzynarodowych, na przykład Wielka Brytania była mediatorem pomiędzy Portugalią a Brazylią (1925 r.), a Francja między Anglią i Grecją (1849 r.).

¹ Gmurzyńska 2007, s. 7.

² Arkuszewska, Kościółek, Łukasiewicz, Pils, Serafin 2014, s 15-16.

³ Świeżak, Tański 2003, s. 3.

⁴ Zob. więcej Brych 2010, s. 90-91.

Funkcje mediatorów pełnili także duchowni i prezydenci.⁵ Jednak prawdziwą karierę mediacja rozpoczęła w latach 70. XX w. w USA.⁶ Przyczyną dynamicznego rozwoju mediacji był narastający kryzys ówczesnego sądownictwa.⁷ Mediacja miała stanowić rozwiązanie tego problemu w dwojaki sposób: po pierwsze miała odciążyć sądy, zmniejszyć koszty postępowania, a także skrócić czas jego trwania; po drugie promowanie metod polubownego rozwiązywania sporów miało zwiększyć zaangażowanie obywateli w proces rozwiązywania konfliktów.⁸

Rozwój mediacji w Stanach Zjednoczonych,⁹ stanowił inspirację dla Europy, która borykała się wówczas z analogicznymi problemami w sądownictwie

W latach dziewięćdziesiątych nastąpił wzrost zainteresowania mediacjami rodzinnymi w wielu europejskich państwach. W rezultacie, Komitet Ekspertów Prawa Rodzinnego pod nadzorem Komitetu Europejskiego powołał komisję, której celem było przeprowadzenie badań nad efektywnością procesu mediacji rodzinnych w Europie, Ameryce Północnej, Australii i Nowej Zelandii.¹⁰ Analiza uzyskanych wyników wykazała znaczne korzyści płynące z mediacji m.in. usprawnienie komunikacji w rodzinie, zmniejszenie poziomu alienacji rodzicielskiej, a także obniżenie kosztów postępowania w sprawie o rozwód i separację oraz skrócenie czasu koniecznego do rozstrzygnięcia sporu.¹¹

W 1998r. podczas posiedzenia Komitetu Ministrów Rady Europy wprowadzono mediacje rodzinne do prawodawstwa państw członkowskich. Nastąpiły wówczas zmiany w kodeksach rodzinnych wielu krajów, przede wszystkim w sprawach o rozwód i separację, a także w innych sprawach dotyczących sprawowania opieki nad dzieckiem po rozwodzie. Celem zmian było przede wszystkim wzmocnienie wśród rozwodzających się małżonków odpowiedzialności rodzicielskiej, w związku ze zmianami w życiu rodzinnym jakie niesie za sobą rozpad rodziny.¹²

⁵ Papież Leon XIII (1885 r.) był mediatorem w konflikcie między Niemcami a Hiszpanią, zaś Teodor Roosevelt w wojnie rosyjsko-japońskiej, a Jimmy Carter w konflikcie Izraela z Egiptem (porozumienie w Camp David).

⁶ Smoktunowicz 2000, s. 440.

⁷ Zob. Korybski 1993, s. 83.

⁸ Applebey 1993, s. 27.

⁹ Zob. więcej Gmurzyńska 2007; Gmurzyńska 2006, s. 14-22.

¹⁰ Zob. więcej Parkinson 2020.

¹¹ Zobacz też: Boele-Woelki, Braat 2003, s. XIV – XVII.

¹² Rekomendacja Nr R (98) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich na temat mediacji rodzinnej oraz Memorandum wyjaśniające (przyjęta przez Komitet Ministrów 21 stycznia 1998 roku na 616-tym spotkaniu wiceministrów, <https://www.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje-akty-prawne-statystyki/> (dostęp: 06.08.2023).

Wielka Brytania

Pod koniec XX wieku mediacje rodzinne zyskały na znaczeniu, jednak proces ten był zaprojektowany jako uzupełnienie formalnego systemu sprawiedliwości rodzinnej, który istniał na długo przed jej pojawieniem się. Mediacja była cenna, ale nie mogła naruszać prawa dostępu do sądu, ponieważ wiązałyby się to z istotnym odejściem od dominującej koncepcji dostępu do sprawiedliwości. W związku z tym, w prawie rodzinnym i cywilnym istniała hierarchia procedur rozstrzygania sporów. Współgrając z tym argumentem, Murch i Hooper opisali system sprawiedliwości rodzinnej jako składający się z dwóch „stref”. Wewnętrzna strefa koncentrowała się na procesach sądowych i sądach. Zewnętrzna strefa obejmowała natomiast doradztwo i alternatywne metody rozwiązywania sporów, w tym mediację. Poprzez utrzymanie mediacji poza strefą wewnętrzną, centralne miejsce sądu w sprawiedliwości rodzinnej pozostało niezmienione, a przekonanie o dostępie do sądu jako dostępie do sprawiedliwości trwało nadal.¹³

W Anglii i Walii alternatywne metody rozstrzygania sporów dla par rozwodzących się są dostępne od czasu, gdy w latach trzydziestych XX wieku, kuratorzy sądowi rozpoczęli badanie konfliktów małżeńskich.¹⁴

W 1974 r. w raporcie Finera zalecono ustanowienie jednolitego sądu rodzinnego, a wspomniane „postępowanie pojednawcze” miało służyć rozwodzącym się parom w załatwieniu wszystkich kwestii związanych z rozstaniem.

W 1977 roku w hrabstwie Bristol, po raz pierwszy wprowadzono procedurę pojednawczą w postępowaniu rozwodowym, a rok później Bristol Courts Family Conciliation Service (BCFCS) stworzył pilotażowe centrum koncyliacji, którego celem była pomoc małżonkom żyjącym w separacji lub decydującym się na rozwód.¹⁵

W kolejnych latach, w Wielkiej Brytanii wykształciły się zarówno „sądowe”, jak i „pozasądowe” procedury pojednania rodzinnego. Powstały stowarzyszenia krajowe, takie jak National Family Conciliation Council (NFCC - 1981) (Narodowa Rada Pojednania Rodzinnego), Solicitors Family Law Association (SFLA - 1982)¹⁶ (Stowarzyszenie Prawników Prawa Rodzinnego)

¹³ Murch and Hooper, 1992, s. 60-61.

¹⁴ Eekelaar, Dingwall 1988, pp. 3-22.

¹⁵ Parkinson 2020, s. 475 i nast.; zob. także Hale, Pearl 2002, s. 295 i nast.

¹⁶ Solicitors Family Law Association (Stowarzyszenie Prawników Prawa Rodzinnego) <http://www.sfla.org.uk/> (dostęp: 06.08.2023); obecna nazwa 'Resolution first for family law' („Rezolucja pierwsza prawa rodzinnego”).

i Family Mediators Association (FMA - 1988)¹⁷ (Stowarzyszenie Mediatorów Rodzinnych).

W 1993 roku Narodowa Rada Pojednania Rodzinnego, została przemianowana na Narodową Mediację Rodzinną,¹⁸ a stowarzyszenie to wraz ze Stowarzyszeniem Mediatorów Rodzinnych w styczniu 1996 r. założyło UK College of Family Mediators w celu zapewnienia ogólnokrajowych standardów szkolenia i akredytacji mediatorów rodzinnych oraz sporządzenia krajowego rejestru mediatorów rodzinnych.¹⁹

Przez wiele lat oficjalne wsparcie i fundusze na mediację rodzinną były niewielkie, dopiero raport Komisji Prawnej z 1990 r. „Prawo rodzinne: podstawa rozwodu”, stał się punktem zwrotnym. Brytyjski rząd uznał, że mediacja powinna odgrywać znacznie większą rolę w procesie rozwiązywania skutków rozpadu małżeństwa, niż do tej pory. Mediacji rodzinnej przypisano zatem istotną rolę w reformie rozwodów wprowadzonej ustawą rodzinną z 1996 r..²⁰ Celem reformy było usunięcie, m.in. pojęcia „winy” oraz przeprowadzenie postępowania przy jak najmniejszym cierpieniu stron i dzieci, których to dotyczy, minimalizując jednocześnie koszty związane z procedurami, wynikającymi z zakończenia małżeństwa.²¹

Druga część Ustawy, która nie została wprowadzona, wymagałaby od wszystkich ubiegających się o rozwód przejścia szeregu czynności przed wydaniem orzeczenia rozwodowego. Na jednym z tych etapów małżonkowie mieli uczestniczyć w spotkaniu informacyjnym co najmniej trzy miesiące przed złożeniem oświadczenia o rozpadzie małżeństwa.²² Na tym spotkaniu, poza innymi informacjami, przekazywane byłyby informacje na temat mediacji.

Część trzecia Ustawy, która w przeciwieństwie do części II weszła w życie, wprowadziła skuteczniejszy sposób zachęcania do mediacji na wczesnym etapie i ograniczenia postępowania sądowego. Zgodnie z zawartymi w niej regulacjami, osoby ubiegające się o publiczne finansowanie postępowania sądowego musiały najpierw zostać skierowane przez swojego prawnika do akredytowanego mediatora rodzinnego w celu uzyskania informacji o mediacji

¹⁷ Family Mediators' Association (Stowarzyszenie Mediatorów Rodzinnych); <http://www.fmassoc.co.uk/>.

¹⁸ National Family Mediation (Narodowa Mediacja Rodzinna), <http://www.nfm.u-net.com/> (dostęp: 06.08.2023).

¹⁹ Zob. Parkinson 2020, s. 475-485, oraz Hale, Pearl 2002, s. 295 i nast.

²⁰ *Looking to the future: Mediation and the Ground for Divorce* 1995, par. 5.21-5.25.

²¹ Family Law Act (Ustawa o Prawie Rodzinnym) 1996, Cz. I, Art. 1 (c).

²² Family Law Act (Ustawa o Prawie Rodzinnym) 1996, Cz. II, Art. 8.

i potraktowania jej jako alternatywy dla postępowania sądowego.²³ Na tym wstępnym spotkaniu, w którym strony mogą uczestniczyć razem lub osobno mediator wyjaśnia pomoc, jaką można zaoferować w drodze mediacji, i dokonuje wraz z klientem oceny przydatności sporu do mediacji. Chociaż mediacja była postrzegana jako lepsza i tańsza alternatywa dla postępowania kontradyktoryjnego, ustawa o prawie rodzinnym z 1996 r. nie wprowadziła obowiązku mediacji: utrzymano zasadę dobrowolności udziału w mediacji.²⁴

Obecnie, obowiązkowym elementem wszczynającym postępowanie o rozwód jest wyłącznie spotkanie informacyjne. Strony, które chcą uzyskać rozwód muszą wziąć w nim udział co najmniej trzy miesiące przed złożeniem oświadczenia o rozpadzie związku małżeńskiego (statement of marital breakdown). Podczas spotkania, uczestnicy informowani są m.in. o: prawie do skorzystania z poradnictwa małżeńskiego, formach pomocy dziecku w radzeniu sobie z rozpadem małżeństwa rodziców, kwestiach finansowych, które mogą pojawić się w następstwie rozvodu, instytucjach udzielających wsparcia i pomocy w sytuacji zagrożenia przemocą, o możliwości otrzymania porady prawnej i reprezentacji interesów oraz samego procesu rozvodu.²⁵ Jak wspomniano wyżej, postępowanie mediacyjne jest dobrowolne, a zatem do jego wszczęcia dochodzi po wyrażeniu na nie zgody obojga stron.

W Wielkiej Brytanii, mediacja jest poufna i ustalenia czynione w jej toku, nie mogą zostać ujawnione przed sądem. Zasada ta, co prawda nie wynika z przepisów ustawy, ale została ustanowiona w prawie precedensowym. W przypadku konfliktów dotyczących spraw dzieci mediacja zazwyczaj składa się z dwóch do trzech sesji.

W trakcie obligatoryjnego spotkania informacyjnego (MIAM) uczestnicy zostają poinformowani o zasadach, procesie, korzyściach i kosztach mediacji. MIAM to poufne spotkanie, samo postępowanie mediacyjne, co do zasady, jest również procesem objętym tajemnicą. Wyjątkiem jest sytuacja, w której zostanie ujawnione przestępstwo, bądź gdy oświadczenie złożone w trakcie mediacji wskazuje konieczność podjęcia działań niezbędnych do zapewnienia ochrony jednego z uczestników.²⁶

Podpisując umowę o mediację, strony oświadczają, że wszelkie uzyskane w jej toku informacje, bądź złożone oświadczenia, są poufne i nie będą mogły

²³ Family Law Act (Ustawa o Prawie Rodzinnym) 1996, Cz. I, Art. 1 (c).

²⁴ Zob. Cretney, Masson, Bailey-Harris 2003, s. 303 i nast., s. 617 i nast.

²⁵ Przybyły-Basisty 2003, s. 5-18.

²⁶ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300260/mediation-information-assessment-meetings.pdf (dostęp: 06.08.2023).

stanowić dowodu w postępowaniu sądowym. Klauzula poufności wiąże również mediatora, z wyjątkiem sytuacji, w których zaistnieje znaczące ryzyko narażenia życia, zdrowia lub bezpieczeństwa małoletnich dzieci, albo kogokolwiek innego. W przypadku osiągnięcia porozumienia mediator sporządzi protokół, który następnie zostanie złożony w sądzie celem zatwierdzenia.

W Wielkiej Brytanii, mediatorami rodzinnymi są pracownicy opieki społecznej, terapeuci, a także adwokaci specjalizujący się w prawie rodzinnym. Zakres spraw podejmowanych w mediacji obejmuje wszystkie sprawy sporne związane z separacją i rozwodem. Co ciekawe, w mediacjach w Wielkiej Brytanii uczestniczą zarówno pary małżeńskie, jak i pary żyjące w konkubinacie, posiadające dzieci oraz bezdzietne.

Zawód Mediatora rodzinnego jest regulowany. Mediatorzy rodzinni są zrzeszani przez sześć organizacji członkowskich, które podlegają pod Radę Mediacji Rodzinnej (FMC).

FMC odpowiada za akredytacje mediatorów, tworzenie kodeksów postępowania dla mediatorów rodzinnych i określa minimalne standardy dotyczące praktycznych wymogów mediacji. FMC określa ogólne zasady mediacji, do których należą m.in. bezstronność; neutralność; dobrowolność; poufność oraz dobro małoletnich dzieci.²⁷

Kiedy mediacja dotyczy spraw związanych z dziećmi, cały proces winien być skoncentrowany właśnie na ich potrzebach.²⁸ Obowiązkiem mediatora jest zachęcanie rodziców do uwzględniania rozsądnych życzeń dzieci. Mediator ma również obowiązek troski o dobro dziecka. W każdej sytuacji, gdy zachodzi podejrzenie, że dobro takie może być zagrożone mediator ma obowiązek zgłoszenia sprawy do odpowiednich instytucji.

W lutym 2021r Rada Mediacji Rodzinnej (FMC) opublikowała wyniki badań, które wykazują skuteczność mediacji w ponad 70% przypadków. FMC przeprowadziło ankietę wśród 122 mediatorów rodzinnych zarejestrowanych w FMC jesienią 2019 r., którzy przeprowadzili mediacje w 2161 sprawach w okresie sześciu miesięcy. Okazało się, że tym, którzy uczestniczyli w mediacji, udało się osiągnąć pełne lub częściowe porozumienie w ponad 70% przypadków, przy czym 50% osób osiągnęło pełne, pisemne porozumienie, a pozostałe 20% osiągnęło porozumienie w niektórych kwestiach lub we wszystkich sprawach, ale nie sporządzili porozumienia w formie

²⁷ Zob. Kodeks praktyk mediacyjnych, <http://www.familymediationcouncil.org.uk/us/code-practice/general-principles/> (dostęp: 06.08.2023).

²⁸ Zob. więcej Cretney, Masson, Bailey-Harris 2003, s. 303 i nast., s. 617 i nast.

pisemnej.²⁹ Badanie pokazuje również, że tam, gdzie obie rozstające się osoby udają się na spotkanie z mediatorem, trzy czwarte decyduje się na mediację. Dzieje się tak pomimo faktu, że wielu nie wie nic o mediacji lub uważa, że ich partner jest tak nierozsądny, że mediacja nie przyniesie żadnego rezultatu.

Powyższe w sposób jednoznaczny dowodzi o pozytywnych skutkach wprowadzonych przez brytyjskiego ustawodawcę regulacji w zakresie obowiązkowego udziału w posiedzeniu informacyjnym. Nie dziwi fakt, że tak wiele osób, które uczestniczą w pierwszym spotkaniu z mediatorem, decyduje się więc na mediację. Spotkanie (czasami nazywane „spotkaniem dotyczącym informacji i oceny mediacji” lub „MIAM”) daje możliwość dowiedzenia się, czym jest mediacja rodzinna, jak może im pomóc oraz jakie są aspekty praktyczne i związane z tym koszty, a także alternatywne rozwiązania. Kiedy rozstające się pary zdadzą sobie sprawę, że mediacja rodzinna jest tańsza niż reprezentacja w postępowaniu sądowym, a także mniej stresująca i szybsza niż proces sądowy, większość zdaje sobie sprawę, że warto jednak podjąć tę próbę, co powoduje, że obowiązkowe spotkanie mediacyjne należy ocenić pozytywnie.

Australia

Z perspektywy Australijskiej historii, początków ADR można doszukiwać się w społecznościach Aborygenów i Wysp Cieśniny Torresa, które zaangażowały się pomiędzy sobą w praktyki rozwiązywania sporów.³⁰ Historia rozstrzygania sporów wśród rdzennych mieszkańców była przekazywana następnym pokoleniom jako część prawa zwyczajowego. Prawo zwyczajowe reguluje wszystkie aspekty życia, przewidując konkretne kary w przypadku jego nieprzestrzegania. Rdzenni mieszkańcy praktykowali konsensualne rozwiązywanie problemów i rozwijali je na przestrzeni wieków. Miało to duży wpływ i wartość edukacyjną dla zachodnich kultur pragnących uczyć się o sprawiedliwości naprawczej. Podobnie jak w innych kulturach rdzennych i wśród Beduinów, trzecia strona w procesie rozstrzygania sporów powierza swoje zaufanie radzie mądrych starszyzny (mężczyzn i kobiet), którzy posiadają największą wiedzę na temat spraw religijnych i ceremonialnych. Ci starsi są godni zaufania i uczciwi, a także troszczą się o przyszłość całej społeczności.

²⁹ Wyniki badań prowadzone przez Family Mediation Survey, <https://www.familymediation-council.org.uk/wp-content/uploads/2020/01/Family-Mediation-Survey-Autumn-2019-Results.pdf> (dostęp: 06.08.2023).

³⁰ Spencer, Hardy 2014.

Rada nie podejmuje decyzji tylko dla konkretnej grupy, ale może również interweniować w sporach między członkami rodziny, jeśli te nie zostały rozwiązane. Berndt i Berndt stwierdzają, że "mimo że tradycyjna Australia Abo-rygeńska nie posiadała sformalizowanych sądów, istniały rady, które pełniły podobną funkcję, choć w sposób znacznie bardziej nieformalny i mniej systematyczny."³¹

Konstytucja Wspólnoty Narodów z 1901 stanowiła podwaliny postępowań polubownych, natomiast pierwsze szczegółowe regulacje powstały w ustawie o pojednaniu i arbitrażu Wspólnoty z 1904 r. Wraz z tą ustawą przyszło utworzenie sądu powszechnego do rozstrzygania sporów pracowniczych.³²

Alternatywne metody rozwiązywania sporu zaczęły upowszechniać się w Australii dopiero w latach 70. Dalsze zmiany we wzroście zainteresowania mediacją nastąpiły w 1980 r., kiedy to w Nowej Południowej Walii utworzono pierwszy ośrodek mediacyjny - Community Justice Centres, którego celem było prowadzenie mediacji.³³ Mniej więcej w tym czasie wzrosło zainteresowanie ADR w sporach rodzinnych. Rząd zaczął dostrzegać niekorzystne skutki społeczne, edukacyjne i psychiczne rozwodu dla dzieci.³⁴ Uznano, że proces mediacyjny będzie skuteczną i wydajną alternatywą, która może zmniejszyć wrogość między stronami sporu, a także złagodzić negatywne konsekwencje rozpadu rodziny. W 1975 roku rząd uchwalił nową ustawę o prawie rodzinnym, która wprowadziła do porządku prawnego możliwość przeprowadzenia postępowania w sprawie o rozwód bez orzekania o winie (no-fault divorce).³⁵ Podejście to pozwalało na rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, wraz z pozostawieniem władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom w stosunku do swoich dzieci po separacji, chyba że sąd postanowi inaczej. Ustawa o prawie rodzinnym (1975) przewidywała, że małżeństwo może zostać rozwiązane na wniosek jednej strony, która jest w stanie wykazać, że strony pozostawały w separacji

³¹ Zob. Croft 2015; Spencer 1996; Kelly 2008, s. 223, 224; Thorne 1996, s. 11.; Bauman and Pope 2009); Berndt and Berndt 1999, s.348.

³² Zob. Spencer i Hardy, 2014), s. 5, Alexander 2001, s. 8.; Boule and Field 2017, 91; Boule 2011, s. 355; Kayrooz et. al. 2003, s. 71; Riekert 1990, s. 31; Redfern 2010; Sourdin 2008, s. 207.

³³ Franch 2007, s. 213-221.

³⁴ McIntosh, Burke 2009.

³⁵ Rozwód „bez winy” to rozwód, w którym rozwiązanie małżeństwa nie wymaga wykazania winy przez którąkolwiek ze stron. Przepisy prawne przewidujące rozwód „bez winy” zwolniły powoda z obowiązku przedstawienia dowodu, na to że pozwany dopuścił się naruszenia umowy małżeńskiej. Oznacza to, że sąd nie bierze pod uwagę, który partner był winny rozpadu małżeństwa. Jedyną podstawą do orzeczenia rozwodu jest nieodwracalne zerwanie związku, czego dowodem jest 12-miesięczna separacja

od co najmniej 12 miesięcy, a rozkład pożycia jest zupełny i trwały i brak jest widoków na utrzymanie związku³⁶.

W 2006 roku rząd Wspólnoty Narodów uchwalił ustawę, która uczyniła mediację obowiązkowym warunkiem wstępnym dla wszystkich postępowań ze stosunków między rodzicami a dziećmi. Rząd australijski zapewnił wsparcie finansowe na otwarcie 65 Centrów Relacji Rodzinnych. Ośrodki te udzielały informacji i porad oraz oferowały bezpłatne lub wysoko dotowane mediacje w sporach rodzicielskich, a ich celem było doprowadzenie do znaczących zmian kulturowych w rozwiązywaniu sporów małżonków w separacji.

Obecnie strony, przed wszczęciem postępowania sądowego, są zobowiązane do podjęcia „autentycznego wysiłku” w celu rozwiązania sporu, a zatem muszą odbyć przynajmniej jedno spotkanie ze specjalistą zajmującym się rozwiązywaniem sporów rodzinnych przed wszczęciem postępowania w Sądzie Rodzinnym Australii.

Jako ważny dodatek do tradycyjnych usług rozwiązywania sporów rodzinnych, utworzono Australijską Linie Poradniczą ds. Relacji Rodzinnych (FRAL).³⁷ Celem tej instytucji jest kierowanie do mediacji telefonicznej osób dla których taka forma okaże się być skuteczniejsza niż mediacja bezpośrednia. Telefoniczna Służba Rozstrzygania Sporów (TDRS) została utworzona dzięki finansowaniu przez federalnego prokuratora generalnego rządu australijskiego w 2007 roku.³⁸ Po skierowaniu od FRAL klienci omawiają swoje wymagania z personelem TDRS i, jeśli to konieczne, rejestrują spór. Następnie rejestrowane są dane demograficzne, udzielane są porady dotyczące procesu TDRS oraz ustalana jest wizyta. Takie podejście prawdopodobnie przyspiesza przejście od pierwszego kontaktu do porozumienia w porównaniu z typowym procesem rozwiązywania sporów w FRC.

Zaplanowanie sesji rozstrzygania sporu jest uzależnione od oceny sprawy przez starszego praktyka. Zadawany jest szereg pytań przesiewowych i oceniających zgodnie z wymogami prawnymi dotyczącymi określania spraw nadających się do rozstrzygnięcia sporu.

Obok telefonicznych usług mediacyjnych funkcjonuje także Online Dispute Resolution (ODR),³⁹ które stanowi technologię wspomagającą roz-

³⁶ Australijska ustawa z 1975 r. – Prawo rodzinne (Family Law Act), http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/ (dostęp: 20.04.2023).

³⁷ Zob. <http://www.familyrelationships.gov.au/Services/FRAL/Pages/default.aspx> (dostęp: 30.08.2017).

³⁸ Thomson 2009.

³⁹ Znane również jako Technology Assisted Dispute Resolution, Technology Facilitated Dispute Resolution i Technology Based Dispute Resolution — zob. Wahab 2012, s. 3.

wiązywanie sporów. W przeciwieństwie do tradycyjnych procesów offline, ODR ze swej natury potrzebuje technologii informacyjnej do rozwiązania konfliktu. Tak więc rola technologii jest kluczowa.

Koncepcja ODR powstała około 1996 roku. Wówczas koncentrowano się na rozwiązywaniu sporów, które powstały w Internecie. Dominowało przekonanie, że spory powstałe w Internecie można łatwo rozwiązać właśnie za pośrednictwem sieci WWW. W ciągu ostatnich dwudziestu lat badania ODR skupiały się na sporach dotyczących handlu elektronicznego, jednak rosnące zainteresowanie dywersyfikacją wykorzystania ODR rozpoczęło się od 15. Konferencji ODR, która odbyła się w Hadze, w maju 2016 r. Jej celem była próba odpowiedzi na pytanie, czy ODR naprawdę może pomóc sądom i poprawić dostęp do wymiaru sprawiedliwości.⁴⁰

Kwestie, które zostały wzięte pod uwagę, obejmowały:

1. Zbieranie informacji online;
2. Udzielanie porad online; i
3. Możliwość wnioskowania o interwencję sądową online, np. uzyskanie nakazu interwencji w sprawie przemocy domowej online.

Zaplanowany na 2020 rok program Międzynarodowego Forum ODR⁴¹ miał opierać się na tych samych założeniach, obejmując takie tematy, jak:

1. wykorzystanie ODR w społeczeństwie, z zainteresowaniem sporami rodzinnymi;
2. względy prywatności danych i ochrony danych;
3. dzielenie się wiedzą i najnowszymi osiągnięciami technologii ODR oraz przyszłością wymiaru sprawiedliwości w ODR.

Po dwóch dekadach środowisko prawnicze wreszcie zdało sobie sprawę z potencjału ODR w zakresie poprawy dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Absorpcja ODR przez rządy i organizacje australijskie początkowo przebiegała

⁴⁰ Zob. <https://2016odr.wordpress.com/> (dostęp: 13.09.2016).

⁴¹ Zaplanowany do odbycia w Dublinie w Irlandii w dniach 6–7 maja ODR 2020 został przełożony z powodu pandemii koronawirusa (COVID-19). Zobacz <https://odr2020.org/> (dostęp: 11.05.2020).

powoli.⁴² Obecnie zaś Australia jest światowym liderem w oferowaniu technologii online do świadczenia usług rozwiązywania sporów. W 2018 roku Victoria University w Melbourne była gospodarzem konferencji ODR (Online Dispute Resolution: The State of the Art Symposium), która stanowiła platformę do zaprezentowania australijskich inicjatyw w zakresie ODR.⁴³ Prawdopodobnie to czynniki geograficzne były siłą napędową absorpcji ADR online, przy niewielkiej liczbie dostępnych usług fizycznych na obszarach wiejskich i zdalnych oraz znacznych kosztach poniesionych na dostęp do usług przez te społeczności. Naturalnie, rozproszona populacja i stale rosnąca liczba rozwodów wraz z koniecznością ograniczania kosztów wywołały innowacje w przestrzeni rozwiązywania konfliktów zarówno dla klientów cywilnych, jak i biznesowych.

W ciągu ostatnich 10 lat Australijski Instytut Studiów nad Rodziną (AIFS) przeprowadził wiele zakrojonych na szeroką skalę badań dotyczących postępowań rodzinnych. Badania przeprowadzono na próbie około 6000 rodziców, którzy byli w separacji średnio przez 18 miesięcy.⁴⁴

W dwóch wielometodowych badaniach oceniono:

- sytuację przed i po zmianach w 2006 r. ustawy Prawo rodzinne z 1975 r.
- sytuację przed i po zmianach z 2012 r. do ustawy Prawo rodzinne z 1975 r.

Tabela 1 sposób zawarcia porozumienia, 2014 r.⁴⁵

Sposób zawarcia porozumienia	(%)
Mediacja/usługi FDR	9,9
Pomoc prawnika	5,7
Sąd	2,9
Rozmowy z drugim rodzicem	68,9
Samoistne rozwiązanie problemu	10,4

⁴² W przeglądzie istniejących usług ODR dokonany przez Conleya Tylera i Brethertona w 2003 r. tylko 3,8% zidentyfikowano jako pochodzące z Australii. Pierwsze australijskie ADR online pojawiły się w 2002 r., kiedy Departament Sprawiedliwości Wiktorii dostrzegł potencjał rozszerzonych ADR online dla swoich usług (Conley Tyler i Bretherton 2003). W tym czasie Conley Tyler i Bretherton sugerowali, że Australia znajduje się w „instytucjonalnej” fazie rozwoju ADR online, w której rządy i inne formalne instytucje zaczęły dostrzegać zalety włączenia ODR do swoich usług.

⁴³ <https://www.odrmelbourne.com.au/> (dostęp: 19.05.2020).

⁴⁴ Zob. więcej Kaspiew, Carson, i in. 2015a.

⁴⁵ Dane z raportu ALRC 135, 2019.

Inne	2,1
------	-----

**opracowanie własne*

Opublikowane w październiku 2019r wyniki wskazują na to, że zaledwie 3% rodziców będących w separacji wykorzystuje sądy jako główną drogę do zawierania ustaleń dotyczących małoletnich dzieci.⁴⁶ Natomiast, w większości do zawarcia ugody dochodzi w wyniku: wspólnych ustaleń między małżonkami (70%); mediacji (10%); pomocy prawników (5,7%).⁴⁷

Spśród 3% rodziców, którzy zdecydowali się na wszczęcie postępowania sądowego, większość była ofiarami przemocy, miała problemy ze zdrowiem psychicznym lub nadużywała substancji psychoaktywnych.⁴⁸

W Australii spór sądowy może być zakończony poprzez:⁴⁹

- orzeczenie sądu - są to najrzadziej spotykane sprawy (ALRC 2019) i te, które najprawdopodobniej mają złożone fakty i dowody.
- Zgoda po rozprawie sądowej – ma miejsce wówczas, gdy strony porozumieją się w trakcie trwającego postępowania (przed jego zakończeniem)
- Czysta zgoda – zawarcie porozumienia na skutek pomocy mediatora lub prawnika, które strony składają sądowi w celu zatwierdzenia.

Podsumowanie

Dynamiczny rozwój praktyki mediacyjnej w Wielkiej Brytanii i Australii był możliwy dzięki wprowadzanym w kodeksach rodzinnych nowelizacjom.

Zmiany legislacyjne, które dały możliwość sądom kierowanie stron na mediacje, choć są zbliżone, to nie tworzą jednorodnie brzmiących zapisów w kodeksach poszczególnych krajów. Różnice te w dużej mierze są efektem dostosowywania mediacji do tradycji prawnych konkretnych państw i potrzeby zmian w tym zakresie. Uzyskane na podstawie przeprowadzonej analizy wyniki wykazały znaczne korzyści płynące z mediacji m.in usprawnienie komunikacji w rodzinie, zmniejszenie poziomu alienacji rodzicielskiej, a także obniżenie kosztów postępowania w sprawie o rozwód i separacje oraz

⁴⁶ Są to głównie rodziny dotknięte przemocą w rodzinie, obawami o bezpieczeństwo dzieci i innymi złożonymi problemami.

⁴⁷ Zob. więcej Raport ALRC 135, 2019.

⁴⁸ Zob. więcej Kaspiew, Carson, Qu i in. 2015c.

⁴⁹ Zob. więcej Kaspiew, Carson, Dunstan i in. 2015b.

skrócenie czasu koniecznego do rozstrzygnięcia sporu. Badania w Wielkiej Brytanii i Australii dowodzą, że mediacja rodzinna jest lepiej dostosowana do specyfiki problemów spraw rodzinnych od postępowania sądowego. Osiągnięcie porozumienia na drodze mediacji okazuje się istotnym elementem w tworzeniu współpracy rozwodzących się rodziców poprzez zmniejszenie konfliktu. Rodzice, którzy potrafią porozumieć się w najistotniejszych kwestiach dotyczących ich małoletnich dzieci, częściej są skłonni do realizowania ustaleń. Wielu rodziców ma natomiast trudności z respektowaniem rozwiązań narzuconych przez sąd, co prowadzi do dalszych konfliktów. Decyzje podjęte przez rodziców na skutek zawarcia porozumienia mają większe szanse sprostać próbie czasu. Ponadto, zawarcie porozumienia na drodze mediacji, znacznie skraca czas postępowania sądowego. To zaś obniża finansowe koszty rozwodu, a także usprawnia pracę sądów.

Bibliografia

Alexander N.

2001 *What's Law Got to Do with It-Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions*, Bond Law Review, 13(2)

Applebey G.

1993 *An over of Alternative Dispute Resolution*, [w:] *Solution de rechange au reglement des conflits. Alternative Dispute Resolution*, red. C. Samson, J. McBride, Quebec.

Arkuszevska A., Kościółek A., Łukasiewicz J., Pils J., Serafin T.

2014 *Zarys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych*, Warszawa.

Australijska ustawa z 1975 r. – Prawo rodzinne (Family Law Act), http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/ (dostęp: 20.04.2023)

Bauman T. and Pope J.

2009 *Solid Work You Mob Are Doing – Case Studies in Indigenous Dispute Resolution and Conflict Management in Australia (Report to the National Alternative Dispute Resolution Advisory Council)*.

Boele-Woelki K., Braat B.

2003 *European Family Law in Action („Europejskie prawo rodzinne w praktyce”)*, Tom I.

- Boulle L.
 2011 *Mediation Principles, Process, Practice*, LexisNexis Butterworths, 3rd ed.
- Kayrooz C. et. al.
 2003 *Barking Dogs, Noisy Neighbors and Broken Fences: Neighborhood Dispute Mediation*, Australasian Dispute Resolution Journal, 14.
- Boulle L. and Field R.,
 2017 *Australian Dispute Resolution: Law and Practice*, LexisNexis Butterworths.
- Brych W.
 2010 *Współczesne tendencje rozwoju arbitrażu i mediacji w Europie Środkowo-Wschodniej i wybranych krajach Azji*, Padca Prawny, nr 6.
- Cretney M., Masson J., Bailey-Harris R.
 2003 *Principles of Family Law* ("Zasady Prawa Rodzinnego"), Londyn, Sweet and Maxwell.
- Croft H.
 2015 *The Use of Alternative Dispute Resolution Methods within Aboriginal and Torres Strait Islander Communities*.
- Dane z raportu ALRC 135
 2019 opracowane przez Australijską Komisję ds. Reformy Prawa
- Eekelaar, J., & Dingwall, R.
 1988 *The development of conciliation in England*, [w:] R. Dingwall & J. Eekelaar (Eds.), *Divorce Mediation and the Legal Process*, London.
- Family Law Act (Ustawa o Prawie Rodzinnym) 1996, <http://www.hms.gov.uk/acts/acts1996/1996027.htm>.
- Family Mediators' Association (Stowarzyszenie Mediatorów Rodzinnych), <http://www.fmassoc.co.uk/>.
- Franch B.
 2007 *Rozstrzyganie sporów w Australii – przejście od sporu sądowego do mediacji*, Australasian Dispute Resolution Journal, 18.
- Gmurzyńska E.
 2006 *Kierunki rozwoju mediacji sądowej w sprawach cywilnych w USA i w Europie*. Europ. Prz. Sądowy, nr 11.

Gmurzyńska E.

2007 *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce.*

Hale D., Pearl D.

2002 *The Family, Law and Society: Cases and Materials*, 5th edn, London, Butterworths / LexisNexis.

<http://www.familyrelationships.gov.au/Services/FRAL/Pages/default.aspx>
(dostęp: 30.08.2017).

<https://20160dr.wordpress.com/> (dostęp: 13.08.2016).

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300260/mediation-information-assessment-meetings.pdf (dostęp: 06.08.2023).

<https://odr2020.org/> (dostęp: 11.05.2020).

<https://www.odrmelbourne.com.au/> (dostęp: 19.05.2020).

Kaspiew R., Carson R., Dunstan J., De Maio J., Moore S., Moloney L. i in.

2015a *Badanie doświadczeń rodziców w separacji (ocena poprawek dot. przemocy w rodzinie z 2012 r.)*, Melbourne: Australijski Instytut Studiów nad Rodziną. aifs.gov.au/publications/experiences-separated-parents-study (dostęp: 06.08.2023).

Kaspiew R., Carson R., Dunstan J., Qu L., Horsfall B., De Maio J. i in.

2015b *Ocena poprawek z 2012 r. dotyczących przemocy w rodzinie: sprawozdanie podsumowujące*. Melbourne: Australijski Instytut Studiów nad Rodziną, aifs.gov.au/publications/evaluation-2012-family-violence-amendments (dostęp: 06.08.2023).

Kaspiew R., Carson R., Qu L., Horsfall B., Tayton S., Moore S. i in.

2015c *Projekt sądowy dotyczący wyników (ocena zmian dot. przemocy w rodzinie z 2012 r.)*, Melbourne: Australijski Instytut Studiów nad Rodziną aifs.gov.au/publications/court-outcomes-project (dostęp: 06.08.2023).

Kelly L.

2008 *Elements of a good practice Aboriginal mediation model: Part II*, Australasian Dispute Resolution Journal, 19.

Kodeks praktyk mediacyjnych, <http://www.familymediationcouncil.org.uk/us/code-practice/general-principles/> (dostęp: 06.08.2023).

- Korybski A.
 1993 *Alternatywne rozwiązywanie sporów USA*, Lublin.
Looking to the future: Mediation and the Ground for Divorce
 1995 (Patrząc w przyszłość: Mediacja i Przesłanki Rozvodu) (Cm. 2799).
- McIntosh J., Burke S.
 2009 *Rodzicielstwo po separacji: oświadczenie o stanowisku przygotowane dla Australijskiego Towarzystwa Psychologicznego*, Melbourne: Australijskie Towarzystwo Psychologiczne.
- Mervyn M. & Hooper D.,
 1992 *The Family Justice System*, Family Law.
National Family Mediation (Narodowa Mediacja Rodzinna), <http://www.nfm.u-net.com/> (dostęp: 06.08.2023).
- Parkinson L.
 2020 *The Future of Family Mediation ("Przyszłość Mediacji Rodzinnej")* w poprawionej wersji hiszpańskiego wydania jej książki *Family Mediation („Mediacja Rodzinna”)*.
- Przybyły-Basisty H.
 2003 *Zmiany w prawodawstwie rodzinnym na świecie a rozwój praktyki mediacyjnej*, „Mediator”, nr 24.
- Raport ALRC 135
 2019 *Australijskiej Komisji ds. Reformy Prawa. Prawo rodzinne dla przyszłości: Badanie systemu prawa rodzinnego*, www.alrc.gov.au/inquiry/review-of-the-family-law-system (dostęp: 06.08.2023).
- Redfern M.
 2010 *Mediation is Good Business Practice*, 21 Australasian Dispute Resolution Journal, 21.
- Rekomendacja Nr R (98) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich na temat mediacji rodzinnej oraz Memorandum wyjaśniające (przyjęta przez Komitet Ministrów 21 stycznia 1998 roku na 616-tym spotkaniu wiceministrów, <https://www.ms.gov.pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje-akty-prawne-statystyki/> (dostęp: 06.08.2023).

Riekert J.

1990 *Alternative Dispute Resolution in Australian Commercial Disputes: Quo Vadis?*, Australian Dispute Resolution Journal, 1.

Berndt R. M. and Helen Berndt C. H.

1999 *The world of the first Australians: Aboriginal traditional life: Past and present*, Aboriginal Studies Press.

Smoktunowicz E.

2000 *Wielka Encyklopedia Prawa*, Białystok–Warszawa.

Solicitors Family Law Association (Stowarzyszenie Prawników Prawa Rodzinnego), <http://www.sfla.org.uk/> (dostęp: 06/08/2023); obecna nazwa Resolution first for family law (Rezolucja pierwsza prawa rodzinnego).

Sourdin T.

2008 *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Lawbook Company, 3rd ed.

Spencer D.

1996 *Mediating in Aboriginal Communities*, 3 Commercial Dispute Resolution Journal.

Spencer D., Hardy S.,

2014 *Rozstrzyganie sporów w Australii: sprawy, komentarze i materiały*. Nowa Południowa Walia: Thomson Reuters.

Thomson M.

2009 *Raport roczny usługi telefonicznego rozwiązywania sporów dla Prokuratora Generalnego*. Queensland: Relacje Australia

Thorne R.

1996 *Incorporating ADR into Contemporary Aboriginal Society*, (Conference Paper, International Mediation Conference).

Wyniki badań prowadzone przez Family Mediation Survey, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2020/01/Family-Mediation-Survey-Autumn-2019-Results.pdf> (dostęp: 06.08.2023).

Świeżak R., Tański M.,

2003 *Alternatywne metody rozwiązywania sporów. Przegląd zagadnień*, Warszawa.

**ANALYSIS OF THE LEGAL STATUS OF FAMILY MEDIATION
IN SELECTED ANGLO-SAXON COUNTRIES.
LEGAL AND COMPARATIVE STUDY**

Abstract: The interest in the institution of mediation in its current form arose in the 20th century both in Great Britain and in other countries of common law, where its usefulness was noticed as a complementary in relation to adversarial court proceedings, the method of resolving family disputes. Family mediation is a conflict resolution procedure in which an impartial and neutral mediator accompanies family members in the reconciliation process with their free consent and confidentiality. The role of the mediator is to help the parties to define the contentious issues, determine the needs and, if it is their will, to work out a mutually satisfactory and informed agreement. The aim of this study was to explore the constitutive characteristics of family mediation, the competence of mediators and the legal foundations of the use of family mediation in the context of Great Britain and Australia. This analysis is also a source of questions, considerations and willingness to adopt innovative solutions. Based on the considerations contained in the study, an assessment of the advantages and disadvantages of using the institution of mediation in the context of family matters was carried out. The article is based mainly on the historical method and formal-dogmatic. The analysis concerned both current systems, and past changes made by legislators.

Keywords: family mediation, ADR, Mediation, Adjudication, Comparative Analysis, Common Law

WPROWADZENIE DO PRAWA DELIKTÓW STANÓW ZJEDNOCZONYCH AMERYKI PÓŁNOCNEJ

Abstrakt: Niniejsza praca ma na celu przybliżenie Czytelnikowi podstawowych zasad odpowiedzialności deliktowej¹ w Stanach Zjednoczonych Ameryki. W tym celu Autor posłuży się przykładami najczęściej występujących w praktyce sądowej deliktów, których to przesłanki popełnienia są zasadniczo ujednolicone na terenie całych Stanów Zjednoczonych. Autor nie pogłębia analizy w zakresie występowania szczegółowych przesłanek, różnic w rozumieniu konkretnych przesłanek, lub istnienia odrębnych typów deliktów w ramach poszczególnych stanów, gdyż wykracza to poza ramy niniejszego opracowania. Praca opiera się na niepublikowanej książce prof. Richarda J. Peltz – Steele², udostępnionej uczestnikom Szkoły Prawa Amerykańskiego organizowanej przez Ośrodek Szkoły Praw Obcych przy Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie³. Autor niniejszego rozdziału konstruuje schemat swojej pracy w oparciu o systematykę książki prof. Peltz – Steele, do czego uzyskał pełną zgodę Profesora. Popołnione zastrzeżenie należy uzupełnić o informację dot. zamieszczonych w niniejszym opracowaniu ilustracji, opisów deliktów oraz tłumaczeń z j. angielskiego – Autor posługuje się ilustracjami zamieszczonymi we wspomnianej pracy Profesora, które to stanowią podstawę do rekonstrukcji omawianych tu przesłanek deliktów. Tłumaczenia dokonane przez Autora nie są oficjalnymi tłumaczeniami, li tylko dokonany na potrzeby niniejszej pracy i czytelnika polskojęzycznego, przekładem mającym stanowić możliwe dokładne odwzorowanie treści semantycznej pojęć występujących natywnie w j. angielskim. Autor zdaje sobie sprawę z trudności w literalnym tłumaczeniu niektórych pojęć. W związku z powyższym Autor pragnie nadmienić, iż czytelnik nie powinien transponować lub odnosić tłumaczeń terminów z j. angielskiego do zastanych w polskim porządku prawnym pojęć – jedynie w miejscach gdzie Autor explicite wskazuje, iż konkretne pojęcie występuje w obu systemach w tożsamym znaczeniu, czytelnik powinien przyjmować taką konkluzję. W związku z zgodą prof. Peltz – Steele, Autor dla przejrzystości wywodu pozwała sobie na ograniczenie ilości przypisów i not pod ilustracjami do niniejszego zdania – Autor samodzielnie opisuje przesłanki znajdujące się na ilustracjach

¹ Autor używa w pracy zamiennie terminów „delikt”, „czyn niedozwolony”, „tort”.

² <https://www.umassd.edu/directory/rlpeltzsteele/>.

³ <https://okspo.wpia.uj.edu.pl/>.

a wszystkie one jak pochodzą z przytoczonej powyżej pracy prof. Peltz – Steele. Rozważania dotyczące amerykańskiego systemu odpowiedzialności deliktowej wzbogacone zostaną o porównanie głównych różnic pomiędzy tym systemem a polską konstrukcją delimitowaną w Kodeksie Cywilnym. Systematyka pracy opiera się na jej podziale zgodnie z zasadami odpowiedzialności deliktowej. W poszczególnych częściach zostaną omówione kolejno delikty związane z odpowiedzialnością za celowe działanie, zaniechanie oraz tzw. „strict liability”⁴. Amerykańskie prawo deliktowe przywołuje skojarzenia dot. niedorzecznych na pierwszy rzut oka pozwów⁵. Autor ma nadzieję, iż Czytelnik dostrzeże, iż przy dość szerokim ujęciu przesłanek poszczególnych deliktów, bardzo często sprawy, które na pierwszy rzut oka wydają się być nierelatywne prawnie, w wyniku przeprowadzonego procesu zasługują na zasądzenie odpowiednich środków kompensacyjnych⁶.

Słowa kluczowe: delikty, prawo amerykańskie, napaść, pobicie, samoobrona, obrona osób trzecich, zaniedbanie, zgoda

1. Wprowadzenie

Każdy system prawa opiera się na swoich rudymenarnych założeniach wypracowanych w różnych okresach oraz na tle różnych wydarzeń historycznych. Ostatnie dziesięciolecia przyniosły niespotykane dotąd możliwości w zakresie wymiany myśli oraz przenikania się owych podstawowych założeń pomiędzy państwami, regionami jak i całymi kontynentami. W świetle zachodzących zmian (choć wskazuje się na wyhamowanie procesu globalizacji w związku z m.in. napięciami na linii Stany Zjednoczone i Chiny⁷) można zauważyć, że wiele systemów prawnych czerpie inspiracje od siebie nawzajem. Wystarczy chociażby wspomnieć polskie inspiracje systemem niemieckim, francuskim lub szwajcarskim przejawiającymi się na różnych płaszczyznach (konstytucyjnej, cywilnej, karnej, prawa handlowego, prawa papierów wartościowych etc.). Wzorowanie się wynikało z wielu przyczyn takich jak np. sytuacja geopolityczna Polski w XIX w. lub zmiany wprowadzane po okresie komunizmu.

Jako, że polski system prawny jest przykładem systemu tzw. *civil law* tj. prawa kontynentalnego, wywodzącego swoje zręby z prawa rzymskiego,

⁴ W tym miejscu wystarczy nadmienić, iż mowa jest o odpowiedzialności najbliższej odpowiadającej konstrukcji odpowiedzialności bez wykazywania winy sprawy.

⁵ <https://www.nbcnews.com/news/us-news/man-sues-buffalo-wild-wings-saying-boneless-wings-are-actually-just-ch-rcna74808>.

⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=pCkL9UlmCOE>.

⁷ <https://web.swps.pl/strefa-kultur/artykuly/672-projekt-azja/22617-chiny-i-usa-era-deglobalizacji>.

wydawać by się mogło iż analiza wycinku z systemu prawa amerykańskiego należącego do systemu tzw. *common law* nie przyniesie praktycznych rezultatów ze względu na brak możliwości recypowania owych myśli i doświadczeń. Założenie takie jest po części prawidłowe, jednakże pogłębiona analiza może pozytywnie wpłynąć na rozwój myśli prawniczej najpierw na poziomie teoretycznym, aby następnie móc postulować już to uwagi *de lege ferenda*, już to starać się wprowadzać świeży powiew w ramach doktryny prawa czynów niedozwolonych.

Amerykańskie⁸ doświadczenia w obrębie prawa deliktów kształtowały się głównie dzięki precedensom, co jest oczywiście przejawem rudymen tarnej zasady konstrukcyjnej systemu *common law*. W tym miejscu Autor pragnie jedynie zaznaczyć, że przedstawienie podstawowych założeń prawa deliktowego w Stanach Zjednoczonych będzie miało miejsce w późniejszym fragmencie pracy. Owe podstawy odpowiedzialności opierają się na różnych zasadach. Nie jest to rozwiązanie wyjątkowe w skali globalnej, gdyż chociażby polski system prawa deliktowego zasadza się na czterech zasadach tj. winy, ryzyka, bezprawności i słuszności⁹. Prawo amerykańskie pozostaje do pewnego stopnia zbieżne z polskimi rozwiązaniami – występują w nim bowiem podstawowe zasady odpowiedzialności takie jak działanie z zamiarem – *intent torts*, czyny popełnione z zaniedbania – *negligence torts*, a także czyny, za których odpowiedzialność oderwana jest od winy lub popełnionych zaniedbań a wymaga *de facto* jedynie wykazania związku czynu z zaistniałym skutkiem. Wyłączając oczywiste różnice na płaszczyźnie przesłanek konkretnych deliktów (które w samych Stanach Zjednoczonych mogą różnić się w zależności do konkretnego stanu), należy przyjąć za Autorem Komentarza¹⁰ do Kodeksu Cywilnego, że oba systemy za podstawowe założenie przyjmują, iż samo naruszenie dóbr podmiotu prawa cywilnego jest stanem niepożądanym i prawo ze swej istoty pragnie wpływać na ten stan w przewidziany w nim sposób.

2. Intent

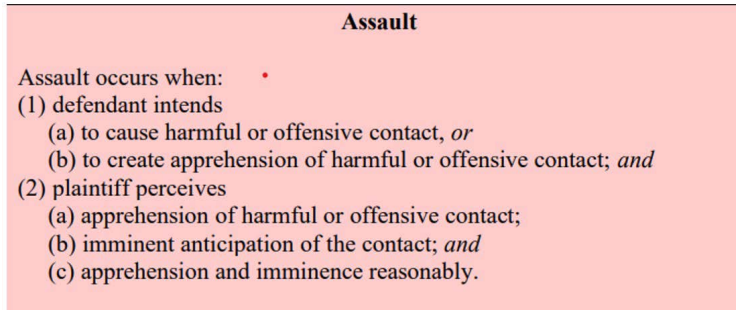
Jako pierwsze opisane zostaną delikty, których immanentnym elementem przesądającym o przypisaniu za nieodpowiedzialności jest wykazanie zamiaru popełnienia deliktu po stronie popełniającego. Delikty te podobnie

⁸ Autor używa tego określenia dla systemu prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej.

⁹ Osajda, Lackoroński, Raczkowski (red.) 2017.

¹⁰ *Ibidem*.

jak uregulowane w art. 415 KC¹¹, wymagają dla swojego udowodnienia swojej rozumianej winy w ramach popełnionego czynu. Poniższy fragment sprowadza się do analizy deliktów prawa amerykańskiego, które ze swej istoty wydają się być najbliższymi dla wspomnianego typu deliktu z prawa polskiego. Wymagają one bowiem wykazania, że sprawca działał z zamiarem dokonania przez siebie czynu, na co wskazuje poniższa ilustracja.



Powyższy zbiór przesłanek to delimitacja czynników wymaganych do przypisania odpowiedzialności za popełnienie deliktu, która to znajduje zastosowanie na terenie całych Stanów Zjednoczonych. Występujące różnice jak chociażby wymóg „*overt gesture*”¹² – przesłanka stanowiąca, iż jedynie słowa nie mogą stanowić wyrazu faktycznego zagrożenia dobra prawnego potencjalnie poszkodowanego w ramach omawianego deliktu, jest stosowany w stanie Massachusetts. Z oczywistych względów jak nadmieniono na wstępie analizie zostaną poddane jedynie przesłanki powszechnie wymagane w Stanach Zjednoczonych.

Załączona powyżej ilustracja w sposób klarowny prezentuje, iż do przypisania odpowiedzialności za delikt „*assault*” tj. napaść. Sprawca poniesie odpowiedzialność, jeśli wykazane zostaną dwie główne przesłanki – kumulatywnie, a wśród nich w ramach pierwszej z nich spełniona zostanie choćby jedna, a w zakresie podprzesłanek drugiej przesłanki głównej po łącznym spełnieniu wszystkich przesłanek.

W ramach pierwszej przesłanki należy wykazać, że sprawca miał zamiar. Nie można przypisać odpowiedzialności, jeśli sprawca nie powziął w ramach zinternalizowanego procesu myślowego, chęci spowodowania wymienionych w podprzesłankach stanów rzeczy.

¹¹ Art. 415 KC, Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.). [https://sip.lex.pl/#/act/16785996/3211859?directHit=true&directHitQuery=415%20kc&unitId=art\(415\)](https://sip.lex.pl/#/act/16785996/3211859?directHit=true&directHitQuery=415%20kc&unitId=art(415)) (dostęp: 2023-03-22 09:54).

¹² Peltz – Steele 2022-2023, s. 23.

Sprawca musi działać z zamiarem spowodowania kontaktu, który miałby być dotkliwy dla poszkodowanego tj. fizycznie sprawiający ból, cierpienie, lub taki który co najmniej wywoływałby poczucie immanentnego zagrożenia wystąpienia takich fizycznych negatywnych odczuć u podmiotu obranego przez sprawcę na swój cel dokonania opisywanego deliktu.

Działanie przez sprawcę z opisanym powyżej zamiarem musi zostać dopełnione poprzez spełnienie się drugiej przesłanki – osoba, która staje się podmiotem czynu niedozwolonego musi odczuwać lęk, obawę przed dotkliwym atakiem ze strony sprawcy, który to atak musi być odczuwalny jako mający się wydarzyć natychmiastowo, a odczucie to musi być uzasadnione, w dosłownym tłumaczeniu rozsądne. Nie można tym samym przypisać odpowiedzialności za opisywany delikt, jeśli poszkodowany nie miałby przekonania, które w powszechnym rozumieniu i z uwzględnieniem okoliczności sprawy, nie posiadałby przekonania iż zagrożenie kontaktu wywołującego szkodę jest poważne i kontakt ten nastąpi w bardzo krótkim czasie.

a. Battery

Battery

Battery occurs when:

- (1) defendant intends
 - (a) to cause harmful or offensive contact, *or*
 - (b) to create apprehension of harmful or offensive contact; *and*
- (2) the contact results.

Jak wskazuje powyższa ilustracja, aby przypisać odpowiedzialność za czyn niedozwolony polegający na pobiciu, wywołaniu fizycznych obrażeń u drugiej osoby, spełnione muszą zostać następujące przesłanki:

1. Sprawca zamierza
 - a. spowodować szkodliwy lub ofensywny kontakt
 - b. spowodować wrażenie nastąpienia szkodliwego lub ofensywnego kontaktu
2. Do kontaktu dochodzi.

Przesłanki dla popełnienia czynu pobicia (tłumaczenie to jest dosłownym przekładem z j. angielskiego, przez co Czytelnik musi mieć na uwadze, iż określenie to należy rozumieć szeroko, z uwzględnieniem okoliczności

sprawy a także rozumienia zwrotów angielskich nie tylko w ich dosłownym brzmieniu) są do pewnego stopnia zbieżne z przesłankami deliktu napaści.

Tym co odróżnia do siebie dwa powyższe delikty, jest skutek działań sprawcy. W przypadku pobicia nie musimy badać, czy poszkodowany miał wyobrażenie, czy było uzasadnione etc., gdyż doszło o wywołania skutku, dla którego bez znaczenia była świadomość poszkodowanego – dotkliwy kontakt fizyczny nastąpił. Aby móc przypisać odpowiedzialność za delikt pobicia, należy dokonać tożsamej ewaluacji zamiaru i czynu podjętego przez sprawcę oraz wykazać, że doszło o kontaktu fizycznego. Jak zostanie nadmienione w późniejszej części pracy, w zależności od rezultatu takiego kontaktu, poszkodowany będzie mógł ubiegać się o środki zaradcze w zakresie uzależnionym od owego rezultatu.

b. IIED

Intentional Infliction of Emotional Distress (IIED)

IIED occurs when:

- (1) defendant bears intent as to volitional conduct;
- (2) defendant bears intent or recklessness
as to plaintiff's experience of severe emotional distress;
- (3) defendant's conduct is extreme and outrageous; *and*
- (4) defendant's conduct results in plaintiff's severe emotional distress that manifests in physical symptoms.

"Extreme and outrageous" may be determined in reference to three factors:

- (a) the conduct itself;
- (b) the relationship between the parties;
- (c) plaintiff's particular susceptibility, known to the defendant.

W celu przypisania odpowiedzialności za czyn niedozwolony, tzw. celowego wywołania załamania emocjonalnego, należy wykazać, że spełnione zostały poniższe przesłanki:

1. Sprawca ma zamiar dokonania czynu,
2. Sprawca jest świadomy lub działa z lekkomyślnością co do doświadczenia przez poszkodowanego poważnego rozstroju emocjonalnego,
3. Działania sprawcy są ekstremalne i skandaliczne,
4. Działania sprawcy powodują poważny rozstrój emocjonalny poszkodowanego objawiający się w fizycznych przejawach.

Określenie „ekstremalne i skandaliczne” (*extreme and outrageous*), odnosi się do czynników takich jak:

1. Czyn oceniany samoistnie
2. Relacja pomiędzy sprawcą a poszkodowanym
3. Szczególna podatność poszkodowanego, o której sprawca wiedział.

Już pobieżna lektura powyższej enumeracji przesłanek sprowadza Czytelnika do podstawowego wniosku, tj. przypisanie odpowiedzialności za opisywany delikt wymaga wykazania wielu okoliczności, które zostały ukształtowane w niezwykle pojemnych sformułowaniach. Wpływa to w oczywisty sposób na taktykę procesową a także trudności w wykazaniu spełnienia poszczególnych przesłanek.

Najlepszą ilustracją do zobrazowania trudności w ocenie spraw wynikających z zarzucenia popełnienia deliktu IIED, jest sprawa¹³ byłego Prezydenta Stanów Zjednoczonych Billa Clintona, który został oskarżony przez Paulę Jones, o popełnienie opisywanego deliktu.

Sytuacja mająca doprowadzić do spełnienia się przesłanek miała mieć miejsce w hotelu, który był miejscem pracy powódki. W owym hotelu w ramach pewnej uroczystości, znajdował się w swoim pokoju późniejszy Prezydent Stanów Zjednoczonych, a wtedy jeszcze Gubernator Stanu Arkansas, Bill Clinton. Hotel ten był zarządzany przez dobrego przyjaciela Billa Clintona. Powódka pracowała jako recepcjonistka, do której zgłosili się policjanci wysłani przez Pozwanego z prośbą o przekazanie prośby o przyście do jego pokoju. W pokoju miało dojść do sytuacji, w której Bill Clinton miał się obnażyć przed Powódką a także proponować jej czynności seksualne poprzez wyrażenie sugestywnych gestów i słów. Powódka wydoszła się z pokoju i po miesiącu pracy zrezygnowała z niej, aby w niedługim czasie od zakończenia stosunku pracy wnieść powództwo. Pani Jones podnosiła iż w wyniku sytuacji z Billem Clintonem cierpi na poważny roztrój emocjonalny objawiający się chociażby w jej prywatnym i zawodowym życiu – jedną z przyczyn zrezygnowania z pracy miał być fakt niemożności kontynuowania pracy w miejscu, w którym doszło do zarzucanego deliktu. Powódka przegrała proces, poza oczywistymi problemami dowodowymi, powódka nie wykazała spełnienia przesłanki czwartej, gdyż nie cierpiała z powodu fizycznych objawów, oznak poważnego rozstroju, załamania emocjonalnego. W trakcie procesu podnoszono również inne argumenty, jak chociażby fakt, iż Bill Clinton

¹³ Jones v. Clinton, 990 F.Supp. 657 (E.D.Ark.,1998).

gdyby nawet miał dopuścić się zarzucanego mu czynu, to nigdy nie działał z zamiarem spowodowania takich odczuć po stronie Powódki, przez co przesłanki do przypisania odpowiedzialności nie mogłyby zostać spełnione.

Przytoczony skrót stanu faktycznego i poczynionych przez sąd ustaleń (do których Autor odsyła w ramach zamieszczonego w przypisie hiperłącza) unaocznia jak niezwykle trudnym zadaniem jest przypisanie odpowiedzialności za opisywany w tym miejscu czyn niedozwolony.

Prawo deliktów w Stanach Zjednoczonych w toku swojej ewolucji wykształciło dwa podstawowe narzędzia, pozwalające uwolnić się przez sprawcę deliktu od odpowiedzialności. Odwołanie się do tych środków znajduje uzasadnienie oczywiście wyłącznie wtedy gdyby odpowiedzialność za zarzucany delikt miała zostać przypisana. Narzędzia te dzielimy na tzw. przypadek obrony sprawcy przed określonym niebezpieczeństwem, a także zgodę poszkodowanego na działania sprawcy doprowadzające w konsekwencji do powstania szkody po stronie tego pierwszego.

c. Defenses: of self, of other, personal property, real property

Self-Defense by Non-Deadly Force

Self-defense by non-deadly force is permitted when:

- (1) defendant employs non-deadly force;
- (2) defendant believes:
 - (a) defendant is protecting against a threat of physical harm;
 - (b) the threat is immediate;
 - (c) harm otherwise would result from the intentional or negligent act of the other; *and*
 - (d) defendant employs force only to the extent necessary to avert the harm (“necessity and proportionality”); *and*
- (3) defendant’s beliefs as to (2)(a), (b), (c), and (d) are reasonable.

Self-Defense by Deadly Force

Self-defense by deadly force is permitted when:

- (1) self-defense by non-deadly force element (2) is proved;
- (2) self-defense by non-deadly force element (3) is proved; *and*
- (3) one of the following:
 - (a) defendant knows, or (reasonably) should know, that safe escape (“retreat”) is not possible; *or*
 - (b) defendant is in defendant’s own home and not in the home of the other.

Pierwszym z wymienionych narzędzi, którego omówienia Autor się podejmuje, jest tzw. samoobrona. Przejawia się ona w dwóch formach, rozróżnianych przez pryzmat użytej w ramach obrony siły, środka. Rozróżnienie to przebiega na linii „śmiertelności” środka. Oznacza to, iż w określonych sytuacjach, które zostaną omówione poniżej, uzasadnione jest użycie środków mocniejszych, ze swej istoty mogących spowodować śmiertelne niebezpieczeństwo na podmiot objęty zakresem działania owych środków. Środki te lub siłę należy rozumieć jako wszelkiego rodzaju narzędzia fizyczne jakimi może posłużyć się zaatakowany, jak i jego predyspozycje fizyczne (starcie wątlęgo napastnika z umięśnionym bokserem, w przebiegu którego bokser używa jedynie siły swoich mięśni mogłoby zostać uznane za użycie nieproporcjonalnego, śmiertelnego środka w świetle konkretnego przebiegu zdarzeń).

Możliwość obrony bez użycia śmiertelnej siły, zachodzi gdy sam atakujący używa siły, środka, którego ze swej istoty nie można określić jako śmiertelnego. Zaatakowany musi odczuwać, iż broni się przed atakiem fizycznym, który powinien nastąpić w bardzo krótkim odstępie czasu (lub natychmiast), który to akt został przedsięwzięty przez atakującego z zamiarem poszkodowania broniącego się lub wynika z nienależytej staranności sprawcy. Broniący się musi użyć środka, jedynie w granicach wystarczających do obrony, nie wykraczających poza ramy konieczności i proporcjonalności w celu odsunięcia zagrożenia. Wszystkie powyższe wyobrażenia broniącego się muszą być uzasadnione w świetle zaistniałych okoliczności. Nie będzie uzasadnionym użycie broni palnej, gdy napastnik używa w celu pobicia ofiary siły własnych kończyn.

Nie budzi wątpliwości i zaskoczenia, iż możliwość użycia śmiertelnego środka, siły jest uzależniona od spełnienia się bardziej restrykcyjnie zakreślonych przesłanek. Dla wykazania usprawiedliwionego użycia śmiertelnej siły, należy oprócz spełnienia się wyżej wskazanych przesłanek właściwych dla użycia nie-śmiertelnej siły, wykazać również spełnienie się jednej z następujących okoliczności. Użycie śmiertelnej siły będzie uzasadnione jeśli zaatakowany wie, lub powinien wiedzieć (przy stwierdzeniu zasadności takiego założenia), że niemożliwa jest bezpieczna ucieczka. Drugą okolicznością, której spełnienie się uzasadnia użycie śmiertelnego środka lub siły, jest przebywanie przez zaatakowanego w swoim domu. Pojęcie domu należy tutaj rozumieć jako miejsce, w którym osoba mieszka, poczuwa się do bycia jego częścią, jest z nim związana emocjonalnie a nie w zakresie przysługującego jej prawa własności. Okoliczność ta znajduje swoje uzasadnienie w historycznym rozwoju i znaczeniu prawa własności oraz bezpieczeństwa miru domowego w Stanach Zjednoczonych.

Defense of Others

Defense of others is permitted when:

- (1) a rule of self-defense by non-deadly or deadly force is proved, but as to force against another person, *and*
- (2) defendant's reasonable belief in the necessity of force to avert harm is factually correct.

Minority rule: Eliminate element (2). Defendant may assert defense of another as of oneself, even upon a reasonable mistake of fact.

Defense of Personal Property

Defense of personal property is permitted when:

- (1) defendant employs non-deadly force;
- (2) defendant believes:
 - (a) that plaintiff is exerting force to dispossess defendant of defendant's personal property;
 - (b) defendant requests return of the property, which request fails, or defendant makes no request because it would be useless; *and*
 - (c) defendant employs force only to the extent necessary to abate the dispossession ("necessity and proportionality"); *and*
- (3) defendant's beliefs as to (2)(a), (b), and (c) are reasonable.

Recovery of Personal Property

Recovery of personal property is permitted when:

- (1) defense of personal property is proved; *and*
- (2) defendant is engaged in immediate or continuing fresh pursuit.

Odmianą kategorią obrony przed atakiem jest przeciwstawienie się atakowi osób trzecich, lub rzeczy ruchomych. W zakresie obrony osób trzecich przed atakiem, należy wykazać spełnienie się dwóch następujących przesłanek:

1. Zmaterializowały się przesłanki do użycia chronionej prawnie samoobrony przy użyciu tak śmiertelnego jakilżejszego środka, przy założeniu, że przesłanki te spełniły się w stosunku do osoby trzeciej.
2. Przekonanie o potrzebie udzielenia tego rodzaju pomocy osobie trzeciej musi być uzasadnione w świetle okoliczności danej sprawy.

W zakresie przesłanki pierwszej należy odwołać się do poczynionych powyżej rozważań dot. samoobrony. W stosunku pomiędzy napastnikiem i obranym przez niego podmiotem ataku musi dojść do spełnienia się okoliczności pozwalających na użycie jednego z dwóch opisanych środków. Podmiot trzeci, ingerujący w sytuację zaistniałą pomiędzy napastnikiem i ofiarą, musi mieć uzasadnione poczucie potrzeby zainterweniowania. Jest to zawsze

kwestią poddawaną wartościowaniu i ocenie w ramach zawisłego przed sądem sporu. Podobnie jak w omawianych już przykładach w pełni zrozumiałym jest badanie takiego poczucia *a casu ad casum*, gdyż skonstruowanie generalnych założeń mogłoby doprowadzić do zbędnych problemów interpretacyjnych i stosowania omawianej normy.

Obrona ruchomości może mieć miejsce jedynie przy użyciu środków, siły nie – śmiertelnej co jest przejawem ważenia wartości, w tym wypadku życia i zdrowia ludzkiego a wszelkich praw związanych z przedmiotami materialnymi. Wykorzystujący omawianą formę ochrony musi wystosować do napastnika żądanie zwrotu przedmiotu zaboru, z wyjątkiem sytuacji, w których taka prośba byłaby bezprzedmiotowa. Żądanie to z oczywistych względów nie może być respektowane przez napastnika, gdyż w przeciwnym rozwoju wydarzeń nie mielibyśmy do czynienia z zaborem rzeczy. Napastnik musi użyć siły do zaboru rzeczy, natomiast siła użyta przez napadniętego nie może przekroczyć granic proporcjonalności omawianej powyżej. Wszystkie te okoliczności muszą znajdować się w uzasadnionym przekonaniu napadniętego co do ich właściwości i stosowności.

Odzyskanie zabranych ruchomości może nastąpić zgodnie z przedstawionymi na załączonej grafice przesłankami tj. udowodnionymi przesłankami dla przyjęcia zgodnej z prawem obrony ruchomości oraz osoba poszkodowana (oskarżony o użycie przemocy przy odzyskiwaniu zabranego przedmiotu) dokonała odzyskania w ramach natychmiastowej reakcji – pościgu, próby odzyskania rzeczy lub innej podobnej aktywności mającej miejsce w bezpośredniej bliskości czasowej pomiędzy obroną przed zaborem a próbą odzyskania przedmiotu.

d. Consent

(Actual) Consent

Consent defeats an intentional tort claim when:

- (1) plaintiff suffers intentional, otherwise tortious conduct;
- (2) plaintiff subjectively intends to consent; *and*
- (3) defendant's conduct is not substantially different from what plaintiff intended.

Apparent Consent

Apparent consent defeats an intentional tort claim when:

- (1) plaintiff suffers intentional, otherwise tortious conduct; *and*
- (2) defendant reasonably believes that plaintiff intended to consent.

Presumed Consent

Presumed consent defeats an intentional tort claim when:

- (1) plaintiff suffers intentional, otherwise tortious conduct;
- (2) defendant is justified in the conduct under prevailing social norms; *and*
- (3) defendant reasonably believes that plaintiff would have consented if asked.

Emergency Consent

Emergency consent defeats an intentional tort claim when:

- (1) plaintiff suffers intentional, otherwise tortious conduct;
- (2) defendant reasonably believes the conduct is necessary to protect the life or health of the plaintiff;
- (3) immediate action is necessary; *and*
- (4) defendant reasonably believes that plaintiff would have consented if asked.

Ostatnią z możliwości na uwolnienie się od odpowiedzialności za wyrządzenie komuś szkody lub krzywdy jest zgoda poszkodowanego, pokrzywdzonego na dokonanie określonej czynności, która to w wyniku jej przedsięwzięcia spowodowała powstały uszczerbek. Wyróżnia się cztery kategorie zgody: faktyczna zgoda, widoczna zgoda, domniemana (przypuszczalna) zgoda oraz zgoda wyrażona w nagłym wypadku.

Pierwsza podstawowa kategoria zgody ma miejsce gdy Powód (poszkodowany) jest dotknięty jakimś intencjonalnym, celowym działaniem, które bez wyrażonej zgody należałoby uznać za zachowanie niedozwolone (wyczerpujące przesłanki do uznania je za delikt). Poszkodowany subiektywnie zgadza się na dokonanie wspomnianej czynności. Czynność dokonana przez Pozwanego, mieści się w zakresie zgody udzielonej przez poszkodowanego – czynność podjęta przez Pozwanego nie wychodzi poza delimitowany zgodą poszkodowanego zespół elementów kształtujących linię demarkacyjną pomiędzy tym co zgoda obejmuje i tym czego zgoda nie pokrywa. Warto nadmienić, iż zgoda wyrażona przez poszkodowanego musi być podjęta w warunkach swobody woluntatywnej i świadomości następstw czynności, które zgoda obejmuje.

Ze zgodą widoczną mamy do czynienia, gdy po raz kolejny poszkodowany jest dotknięty celowym działaniem, które gdyby zgody nie wyrażono należałoby uznać za delikt, a także gdy po stronie wyrządzającego szkodę wystąpiło uzasadnione przekonanie o zamiarze wyrażenia przez poszkodowanego zgody.

Domniemana zgoda występuje gdy ponownie spełni się pierwsza z przesłanek właściwa dla każdego rodzaju zgody, a także gdy zachowanie

Pozwanego należy uznać za uzasadnione w świetle obowiązujących norm społecznych (pojęcie zbliżone do zasad współżycia społecznego), przy czym Pozwany musi wykazywać uzasadnione przekonanie, że gdyby poszkodowany mógł wyrazić swoją zgodę przed dokonaniem czynności powodującej szkodę, to zgody tej by udzielił.

Ostatnia z omawianych kategorii zgód tj. zgoda wyrażona w nagłym wypadku zachodzi, gdy ponownie spełni się pierwsza z przesłanek właściwa dla każdego rodzaju zgody, a ponadto gdy mamy do czynienia ze spełnieniem następujących przesłanek: Pozwany w sposób uzasadniony myśli iż przedsiębrane przez niego działanie jest potrzebne dla ochrony życia lub zdrowia poszkodowanego, działanie to musiało być podjęte natychmiastowo oraz Pozwany musi mieć uzasadnione przeświadczenie o hipotetycznym wyrażeniu przez poszkodowanego zgody, gdyby ten mógł jej udzielić w odpowiednim czasie.

3. Negligence

Negligence

Negligence occurs when:

- (1) defendant owes plaintiff a **duty**;
- (2) defendant **breaches** the duty owed;
- (3) defendant's breach **proximately causes** the injury plaintiff complains of; *and*
- (4) plaintiff suffers **injury**.

Kolejną kategorią czynów niedozwolonych omawianych w ramach niniejszego opracowania są czyny popełnienia w ramach niedochowania należytej staranności wymaganej w danych stosunkach lub sytuacjach. Standard należytej staranności należy rozpatrywać poprzez pryzmat danego stanu faktycznego – nie sposób przenieść wymagania właściwe dla danej kategorii zawodów np. medycznych do stosunków opiekunki dzieci niemającej takiego wykształcenia. Poniżej przedstawione zostaną podstawowe założenia odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku niedochowania należytej staranności.

Fundamentalną konkluzją wpływającą z zamieszczonej powyżej ilustracji jest możliwość pozwania sprawcy szkody li tylko za jego *negligence* tj. zaniedbanie, niedbalstwo – owe niedochowanie należytej staranności. Jest to samodzielna podstawa deliktowa, której rudymenarną różnicą w zestawieniu z pierwszą kategorią deliktów omawianą powyżej, jest brak obowiązku wykazania zamiaru wyrządzenia szkody. Odpowiedzialność za niedbalstwo

można przypisać, gdy powodujący szkodę winny był poszkodowanemu do-
 chować staranności w ramach obowiązku – wynikającego już to z prawa po-
 wszechnie obowiązującego, już to ze stosunków kontraktowych lub quasi-
 -kontraktowych. Pozwany musiał nie dochować ciężącego na nim obowiązku.
 Złamanie obowiązku musi pozostawać w związku przyczynowym z podnoszo-
 ną przez Powoda szkodą i krzywda ta faktycznie musi wystąpić a poszkodowa-
 ny musi „cierpieć” z jej powodu. Cierpienie oznacza w tym przypadku bycie
 dotkniętym negatywnymi skutkami zaniedbania Pozwanego. Jak podnosi
 orzecznictwo i piśmiennictwo, jednym z „testów” dla możliwości uznania,
 iż szkoda pozostaje w związku przyczynowym z zaniedbaniem Pozwanego,
 jest możliwość przewidzenia skutku, który nastąpił. Gdyby bowiem doszło do
 wystąpienia skutku, którego nie dałoby się przewidzieć w momencie popeł-
 nienia zaniedbania, nie sposób jest przypisać odpowiedzialności za zaistniały
 skutek zaniedbującemu.

a. EAOR

Express Assumption of Risk (EAOR)

Express assumption of risk (EAOR) defeats a negligence claim when:

- (1) there is a risk of negligence or recklessness,
- (2) the plaintiff has expressly agreed to assume the risk, *and*
- (3) the express agreement is not contrary to public policy.

The following factors, if answered affirmatively, favor public policy invalidation under element (3).

- (a) whether the defendant’s business is a sort thought suitable for public regulation;
- (b) whether the defendant provides a service of great importance to the public, a practical necessity for some;
- (c) whether the defendant holds itself out as welcoming all comers, or at least all who meet set criteria;
- (d) whether the defendant has a decisive advantage in bargaining strength;
- (e) whether the defendant presented plaintiff with a standardized (“adhesion”) contract of exculpation and no opportunity to bargain for greater protection, even if for a fee;
- (f) whether, in the nature of the transaction, defendant controls the circumstances, subjecting plaintiff to the risk of defendant’s carelessness.

Tak jak miało to miejsce w przypadku deliktów opartych na zasadzie
 swoistej winy, powziętego zamiaru wyrządzenia szkody innej osobie, rów-
 nież delikty z zaniedbania wykształciły swoje własne mechanizmy obrony

przeciwko podnoszonemu roszczeniu. Obrona taka może być skuteczna, gdy Pozwany wykaże, że w sytuacji gdy istniało ryzyko zaniedbania lub nieuwagi, poszkodowany wyraźnie wyraził zgodę na podjęcie ryzyka i zgoda na to ryzyko nie sprzeciwiała się „polityce publicznej”. Pojęcie polityki publicznej, niezwykle szerokie i pojemne w niezliczone ilości desygnatów, zostało przybliżone Czytelnikowi w drugiej części def. omawianego mechanizmu obrony, skupiającej się na wyliczeniu elementów składających się na „politykę publiczną”. Zgodnie z zamieszczoną ilustracją można stwierdzić, że zgodność polityką publiczną zachodzi, gdy przedsiębiorstwo Pozwanego zajmuje się (a) działalnością mogącą być poddana państwowej regulacji, (b) usługi świadczone przez Pozwanego mają poważne znaczenie dla sfery publicznej, (c) Pozwany prezentuje się jako jednostka oferująca swoje usługi dla każdego „przychodzącego” lub dla jednostek spełniających określone kryteria, (d) Pozwany posiada decydującą przewagę w ramach siły przetargowej, negocjacyjnej, (e) Pozwany przedstawił sporządzony wcześniej wzór umowy – umowę adhezyjną, gdzie wyłączona została odpowiedzialność Pozwanego, które to postanowienia nie podlegają negocjacji nawet w zamian za odpłatne świadczenie, i wreszcie (f) w świetle okoliczności sprawy Pozwany kontroluje te okoliczności, narażając Powoda na ryzyko związane z nieważnością Pozwanego.

b. Contributory Negligence (comparative fault)

Contributory Negligence

Today, contributory negligence as it was understood at the turn of the 20th century is no longer a complete defense in the vast majority of jurisdictions. When contributory negligence was asserted, or, rarely, when it still is asserted, the defendant defeats a negligence claim upon proof that the plaintiff's negligence proximately caused the injury at issue.

Theoretically, contributory negligence has the same four elements as negligence—duty, breach, proximate cause, and injury; however, only (1) breach and (2) proximate cause are functionally relevant to the analysis.

Omawiany w tym miejscu mechanizm obrony jest swoistym przykładem wyłączenia odpowiedzialności Pozwanego poprzez wykazanie, iż to zaniedbanie lub nieuwaga samego poszkodowanego stanowią przyczynę powstałej szkody. Co do zasady „przyczyniające się niedbalstwo” zawiera w sobie ten sam zestaw przesłanek do wykazania co omawiane powyżej niedbalstwo tj. obowiązek, naruszenie obowiązku, związek przyczynowy i szkoda. *De facto*

należy jednak przyjąć, że w praktyce relewantne są jedynie dwie przesłanki – naruszenie obowiązku, normy oraz związek przyczynowy. Rozwiązanie takie znajduje swoje uzasadnienie w oczywistym założeniu – nikt nie powinien odpowiadać za szkodę, którą wyrządziła sobie sama osoba poszkodowana.

c. Imputation of negligence

Imputation of Negligence

Negligence typically is imputed in these relationships:

- from employee to employer in the workplace (respondeat superior);
- from business partner to business partner in a joint enterprise; and

Przypisanie odpowiedzialności za delikt z zaniedbania może również nastąpić wtedy, gdy podmiot nie brał czynnego udziału w popełnianiu deliktu, ani nawet nie przewidywał, że delikt taki może mieć miejsce. Jak można wywnioskować po trzech zamieszczonych powyżej kategoriach, regulacja taka ma na celu ułatwienie dochodzenia roszczeń przez poszkodowanego. Możliwe jest przypisanie pracodawcy odpowiedzialności za niedochowanie należytej staranności i spowodowanie szkody przez jego pracownika. Partnerzy w przedsiębiorstwie, a więc osoby będące współnikami w spółce, wspólnie wykonujące działalność gospodarczą, mogą odpowiadać za delikty popełnione w ramach tej działalności przez ich partnerów.

4. Strict Liability

Kolejną już zasadą, na której oparta jest odpowiedzialność deliktowa, jest zasada tzw. ścisłej odpowiedzialności. Odpowiedzialność za jest trzecią kategorią, odmienną od omawianych powyżej dwóch zasad, bowiem nie wymaga ona wykazania ani zamiaru wyrządzenia szkody ani niedbalstwa po stronie powodującego szkodę. Odpowiedzialność ta wymaga wykazania przesłanek, które stanowiąc będą poniższe rozważania. W polskim prawie cywilnym odpowiedzialność ta występuje chociażby przy produkcji produktów niebezpiecznych¹⁴. Autor postara się przybliżyć Czytelnikowi elementy składowe odpowiedzialności na zasadzie ryzyka na przykładzie poniższego deliktu.

¹⁴ art. 449[1] KC, Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.). <https://sip.lex.pl/#/act/16785996/3211859?directHit=true&directHitQuery=kc> (dostęp: 2023-04-06 10:40).

a. Non-Natural Use of Land, Keeping of Wild Animals, and Abnormally dangerous activities

Strict Liability for Non-Natural Use of Land, Keeping of Wild Animals, and Abnormally Dangerous Activities

A defendant is strictly liable when:

- (1) defendant engages in the non-natural use of land, keeping of a wild animal or livestock, or abnormally dangerous activity;
- (2) the dangerousness of the defendant's engagement proximately causes injury to the plaintiff; *and*
- (3) plaintiff suffers injury to person or property.

According to the *Third Restatement*, abnormal dangerousness requires:

- (a) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm despite exercise of reasonable care; *and*
- (b) the activity is not one of common usage.

The following factors are indicative of abnormal dangerousness.

- (i) high probability of loss;
- (ii) high magnitude of loss if it materializes;
- (iii) limited ability of defendant to eliminate risk by exercising care;
- (iv) abnormal nature (i.e., not common usage) of the activity;
- (v) inappropriateness of activity to the location;
- (vi) low social utility of the activity.

Zamieszczona powyżej ilustracja przedstawia *de facto* trzy rodzaje sytuacji, w których odpowiedzialność za potencjalny delikt opiera się na zasadzie ryzyka – używanie nieruchomości w sposób odbiegający od tzw. normalnego używania, posiadanie dzikich zwierząt, anormalnie niebezpieczne aktywności.

Zaangażowanie Pozwanego w ramach, którejś z wymienionych sytuacji sprawia, iż jeśli poszkodowany cierpi z powodu szkody wyrządzonej mu personalnie lub jego własności, będzie on odpowiadał jeśli tylko niebezpieczeństwo owego zaangażowania pozostaje w związku z powstałą szkodą. Sam fakt posiadania np. gatunku dzikiego zwierzęcia, które nie stanowi tradycyjnie posiadanego przez domowników zwierzęcia, jest determinantą odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez to zwierzę. Jeśli podmiot X jest właścicielem tygrysa, który ucieka z jego posesji i upolowuje krowę z sąsiedniej działki, to będzie on odpowiadał za powstałą szkodę, choćby dołożył należytej staranności przy zabezpieczeniu postronnych przed tygrysem.

Zgodnie z prezentowanymi w piśmiennictwie amerykańskim postulatami, za anormalnie niebezpieczną sytuację należy uznać aktywność, która kreuje przewidywalne i znaczące ryzyko powstania fizycznej szkody nawet przy

zachowaniu odpowiedniej troski o jej niewystąpienie. Aktywność ta musi również ze swej istoty odbiegać od aktywności typowo wykonywanych w danym środowisku, w danych warunkach *etc.* Na ilustracji zamieszczone zostały przykładowe czynniki, brane pod uwagę przy ocenie czy mamy do czynienia z anormalnym niebezpieczeństwem: (i) wysokie prawdopodobieństwo powstania szkody, (ii) znaczne rozmiary szkody jeśli ta się zmaterializuje, (iii) ograniczone możliwości Pozwanego do zapobieżenia powstaniu szkody nawet przy dochowaniu troski o jej nie wystąpienie, (iv) anormalny charakter aktywności, (v) nieprzystawanie aktywności do lokalizacji, w której jest przedsięwzięta, (vi) niska społeczna użyteczność przedsięwziętej aktywności.

5. Podsumowanie

Czytelnik zaznajomiony z polskim systemem prawa deliktowego, mógł zauważyć różnice jak i podobieństwa w ogólnych założeniach pomiędzy tym systemem a systemem amerykańskim. Powyższe skrótowe przedstawienie prawa deliktowego miało za zadanie jedynie przybliżyć Czytelnikowi problematykę deliktów w prawie amerykańskim. Głębsza analiza wymaga osobnej pracy, która to swymi rozmiarami znacząco wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Autor chciał wykazać, iż pomimo systemowych różnic pomiędzy prawem amerykańskim a prawem polskim, występują punkty zbieżne – w obu systemach mamy do czynienia z deliktami opartymi na zasadzie winy¹⁵, nienależytej staranności¹⁶ lub odpowiedzialności na zasadzie ryzyka¹⁷. W obu systemach mamy do czynienia z okolicznościami wyłączającymi odpowiedzialność sprawcy za powstałą szkodę – w postaci ogólnych przesłanek jak np. nieczytelność¹⁸ lub wyszczególnione w ramach konkretnych przepisów opisujących rodzaj deliktu jak np. brak winy w nadzorze nad zwierzęciem z art. 431 § 1 KC.

Autor nie porusza tematów takich jak środki rekompensaty za poniesioną szkodę lub deliktów rozpatrywanych w ramach sporów środowiskowych, gdyż tematyka odszkodowania wykracza ze swej istoty poza ramy jednego rozdziału monografii naukowej. Oddany do dyspozycji Czytelnika rozdział zahacza jedynie o zręby problematyki prawa deliktowego. Prawo deliktowe jako jedna z gałęzi prawa amerykańskiego pozostaje w głównej mierze

¹⁵ Art. 415 KC, *ibidem*.

¹⁶ 427 KC, *ibidem*.

¹⁷ 449[1] KC, *ibidem*.

¹⁸ 425 KC, *ibidem*.

wytworem prawa precedensowego, choć można zauważyć tendencje kodyfikacyjne na szczeblu federalnym jak i dyskusje doktrynalne nt. chociażby tzw. deliktów konstytucyjnych. Autor pragnie zachęcić Czytelnika do zgłębiania prawa deliktowego. W tym celu jedną z dostępnych opcji jest skierowanie się do strony internetowej¹⁹ prowadzonej przez Prof. Richarda J. Peltz – Steele, która skupia się na opisywaniu szerokiego spektrum problemów i tematów obejmujących prawo deliktowe Stanów Zjednoczonych Ameryki.

Bibliografia

Art. 415 KC, Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U.z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.). [https://sip.lex.pl/#/act/16785996/3211859?directHit=true&directHitQuery=415%20kc&unitId=art\(415\)](https://sip.lex.pl/#/act/16785996/3211859?directHit=true&directHitQuery=415%20kc&unitId=art(415)) (dostęp: 2023-03-22 09:54)

<http://www.thesavorytort.com/>

<https://okspo.wpia.uj.edu.pl/>

<https://web.swps.pl/strefa-kultur/artykuly/672-projekt-azja/22617-chiny-i-usa-era-deglobalizacji>

<https://www.nbcnews.com/news/us-news/man-sues-buffalo-wild-wings-saying-boneless-wings-are-actually-just-ch-rdna74808>

<https://www.umassd.edu/directory/rpeltzsteele/>

<https://www.youtube.com/watch?v=pCkL9UlmCOE>

Jones v. Clinton, 990 F.Supp. 657 (E.D.Ark.,1998)

Osajda K., Lackoroński B. Raczkowski M. (red.)
2017 *Art. 415 KC*, wyd. 17,

Peltz – Steele R.J.,
2022-2023 *A Study of American Tort Law*.

¹⁹ <http://www.thesavorytort.com/>.

AN INTRODUCTION TO THE TORT LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA

Abstract: This work aims to familiarize the reader with the basic principles of tort liability in the United States of America. For this purpose, the author will use examples of the most common ones in the practice of torts, the grounds for which are generally uniform throughout the United States. The author does not deepen the analysis in terms of the occurrence of specific premises and differences within the meaning of specific premises, or the existence of separate types of torts within individual states, because it goes beyond the scope of this study. The work is based on an unpublished book by prof. Richard J. Peltz - Steele, made available to participants of the School of American Law organized by the Center of the School of Foreign Law at the Jagiellonian University in Krakow. The author of this chapter constructs a scheme of his work based on the systematics of the book by prof. Peltz - Steele, for which he obtained the full consent of the Professor. The reservation made should be supplemented with information regarding the illustrations, descriptions of torts and translations from English included in this study - the author uses the illustrations contained in the Professor's work, which are the basis for the reconstruction of the tort premises discussed here. The translations made by the Author are not official translations, but only a translation made for the needs of this work and the Polish-speaking reader, which is intended to be a possible accurate reproduction of the semantic content of concepts native to English. The author is aware of the difficulties in literal translation of some concepts. In connection with the above, the Author would like to mention that the reader should not transpose or relate translations of terms from English to concepts found in the Polish legal system - only in places where the Author explicitly indicates that a specific concept occurs in both systems with the same meaning, the reader should accept such a conclusion. With the consent of prof. Peltz - Steele, For the sake of clarity, the author allows himself to limit the number of footnotes and notes under the illustrations to this sentence - The author himself describes the premises contained in the illustrations and all of them, as they come from the work quoted above by prof. Peltz-Steel. Reflections on the American tort liability system will be enriched with a comparison of the main differences between this system and the Polish structure delimited in the Civil Code. The systematics of work is based on its division in accordance with the principles of tort liability. In individual parts, torts related to liability for intentional action, omission and the so-called "strictly reliable". American tort law evokes associations with seemingly ridiculous lawsuits. The author hopes that the reader will see that with a fairly broad approach to the premises of individual torts, very often cases that at first glance seem to be legally irrelevant, as a result of the trial, deserve to be awarded appropriate compensatory measures.

Key words: Torts, US law, assault, battery, self-defense, third party defense, negligence, consent

ŁAWA PRZYSIĘGLYCH: RELIKT PRZESZŁOŚCI CZY OSTATNI BASTION WOLNOŚCI?

Abstrakt: Angielskie jury budzi różne, a często bardzo skrajne emocje co do zasadności utrzymania tego elementu procesu. Z jednej strony rozprawa z udziałem ławy przysięgłych jest postrzegana jako namiastka starożytnego prawa, bastionu wolności, a także jako środek, dzięki któremu zdroworozsądkowe poglądy zwykłych ludzi mogą wpływać na podejmowanie decyzji i ograniczać uprawnienia rządu; z drugiej strony ława przysięgłych bywa postrzegana jako kosztowny, czasami wręcz niekompetentny anachronizm, który jedynie stwarza okazje do wyzysku przez „zawodowych przestępców”, przy czym kosztami takiego proceduru obciążone jest państwo. Rozdział rozpocznie się od historycznego spojrzenia na angielską ławę przysięgłych, a następnie umieści ławę przysięgłych i jej reformę w kontekście angielskiego systemu prawnego i politycznego. Po zarysowaniu roli ławy przysięgłych w sprawach cywilnych, w dalszej części artykułu nastąpi analiza znaczenia ławy przysięgłych w sprawach karnych. We wszystkich tych obszarach wprowadzono ostatnio zmiany lub propozycje zmian. Jednak impuls do zmian pochodził zarówno z bezpośrednich problemów politycznych, głośniejszych spraw z udziałem ławników, ale także rzetelnych i niezależnie przeprowadzonych badań.

Słowa kluczowe: jury, ława przysięgłych, prawo angielskie, proces

Uwagi wprowadzające

Proces sądowy z udziałem ławy przysięgłych w literaturze najczęściej określany jest mianem „starożytnego prawa”, co jest uzasadnione choćby z tego względu, iż korzenie ławy przysięgłych rzeczywiście sięgają kilku wieków wstecz¹. Jednak instytucja ławy przysięgłych ewoluowała

¹ Street 1993, s. 348 i n.

i przystosowywała się do coraz to bardziej wymagających realiów, natomiast jej funkcje zmieniły się zasadniczo na przestrzeni lat. Oprócz zmian w samej ławie przysięgłych, bardziej obszerne i znaczące zmiany w systemie wymiaru sprawiedliwości (w szczególności w sprawach karnych) zmieniły charakter prawa do procesu z udziałem ławy przysięgłych. Celem niniejszego opracowania jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy ława przysięgłych w systemie sądownictwa angielskiego może być nadal postrzegana jako wyraz demokracji, czy, być może, stanowi jedynie relikw przeszłości, który funkcjonuje niejako „siłą rozpędu” i mocą przyzwyczajenia. Rozważania na ten temat oparte będą w pierwszej kolejności na przybliżeniu ogólnego zarysu historii ławy przysięgłych w Anglii, następnie na wskazaniu sytuacji, w jakich obecnie występuje proces z udziałem ławy, zaś ostatecznie – wskazaniu krytyki, która kierowana jest w przestrzeni publicznej pod adresem ławy przysięgłych.

Historia ławy przysięgłych w Anglii

Pierwotna koncepcja ławy przysięgłych przybyła do Anglii po podboju normańskim w 1066 roku. Normanowie rozwinęli praktykę udziału grup lokalnej społeczności w procesie sądowym pod przysięgą, aby poznać prawdę w danej sprawie. Pierwsi przysięgli w Anglii działali jako źródło informacji o sprawach lokalnych, ale stopniowo zaczęli być wykorzystywani jako sędziowie w sporach zarówno cywilnych, jak i karnych². Do 1367 roku stało się jasne, że wymagany jest jednomyślny werdykt. Początkowo sędziowie byli wybierani ze względu na ich wcześniejszą wiedzę na temat przedmiotu sporu. Sędzia zwoływał grupę obywateli, aby na podstawie ich lokalnej wiedzy rozstrzygnąć między konkurującymi ze sobą roszczeniami. Stopniowo jednak wykształciła się reguła, że ławnicy nie powinni być osobiście zaangażowani w sprawę, a w XVIII wieku od ławnika posiadającego osobistą wiedzę dotyczącą sporu, w którym miał orzekać, wymagano, by zrezygnował z zasiadania w ławie przysięgłych. Do połowy XIX wieku proces przysięgłych był jedyną formą procesu w sądach *common law*, a do początku XX wieku proces w takiej formule dominował w sprawach cywilnych i karnych.

Istotny punkt w historii procesu z udziałem ławy przysięgłych stanowi sprawa *Bushell* z 1670 r. Dwunastu przysięgłych, którzy odmówili skazania Williama Penna i Williama Meada za podżeganie do zgromadzeń, uwięziono na dwie noce bez jedzenia, wody, ognia i tytoniu³. Gdy nie udało się ich

² Stephens 1896, s.151.

³ *Bushell Case*, s. 1007.

zmusić do wycofania werdyktu o braku winy, skazano ich na karę pozbawienia wolności. Czterech przysięgłych, z Bushellem na czele zaskarżyło swoje uwięzienie w trybie *habeas corpus*⁴. Lord Chief Justice podjął decyzję o uwolnieniu przysięgłych w swej przełomowej decyzji, ustanawiającej ławę przysięgłych jako „jedynego sędziego faktów”⁵. Ława przysięgłych od tamtej pory mogła wydawać werdykt zgodnie ze swoim sumieniem, a przysięgli nie mogli być karani za przyjęcie poglądu na fakty, który był sprzeczny z opinią sędziego zawodowego.

To właśnie na podstawie zasad ustanowionych w związku ze sprawą Bushell ława przysięgłych została okrzyknięta „światłem, które pokazuje, że wolność żyje”⁶ oraz „bastionem wolności”⁷. Ława przysięgłych nie jest zobowiązana do składania jakichkolwiek wyjaśnień lub uzasadnień w kwestii werdyktu – dysponuje pełną autonomią w tym zakresie.

Prawo ławy przysięgłych do wydawania wyroków zgodnie z sumieniem sędziów budziło kontrowersje przez stulecia, kiedy to ławnicy uniewinniali oskarżonego, mimo że prawo i dowody wyraźnie wskazywały na jego winę⁸. Obecnie pojawiają się głosy, iż nie są możliwe do pogodzenia tak istotna autonomia i w zasadzie nieograniczone niczym uznanie ławy przysięgłych, jeśli chodzi o wyroki oraz współcześnie rozumiane zasady demokracji, które regulują przebieg postępowania sądowego⁹.

Kiedy proces z ławą przysięgłych?

W literaturze wskazuje się, że duch procesu z ławą przysięgłych „jest wpisany w świadomość każdego Anglika”¹⁰. Proces z udziałem ławy przysięgłych nie jest gwarantowany przez normy prawne o charakterze konstytucyjnym; charakter i zakres prawa do procesu przed ławą przysięgłych są regulowane przez zwykłe ustawy parlamentarne, które mogą być zmienione przez zwykłą ustawę Parlamentu. W zakresie, w jakim zagadnienie to kontrolowane jest przez Parlament, można sobie wyobrazić próbę choćby radykalnej i zasadniczej zmiany prawa do procesu z udziałem ławy przysięgłych. Jednakże istnieją istotne względy polityczne, które nie dopuszczają do tak istotnych

⁴ Bushell Case, s. 1012.

⁵ Bushell Case, s. 1018.

⁶ Devlin 1956, s. 164.

⁷ Ford v. Blurton 1922, s. 801 i n.

⁸ Street 1993, s. 350.

⁹ Lloyd-Bostock 1999, s. 10.

¹⁰ Amlot 1998, s. 42.

reform, otaczając ławę przysięgłych szczególną ochroną¹¹. Między innymi z tego względu zmiany w systemie ławy przysięgłych mają raczej charakter fragmentaryczny i stopniowy, a nie kompleksowy. Należy przy tym wskazać, iż rola angielskiej ławy przysięgłych jest dziś niemalże całkiem ograniczona do udziału w najpoważniejszych sprawach karnych¹².

Częstotliwość procesów cywilnych z udziałem ławy przysięgłych już od XIX stopniowo malała, w związku z przyznaniem sędziom prawa do odmowy prowadzenia sprawy z udziałem ławy przysięgłych. W czasach współczesnych, procesy cywilne z udziałem ławy przysięgłych stanowią mniej niż jeden procent ogółu spraw cywilnych¹³. Ustawa o Sądzie Najwyższym przewiduje prawo do procesu przed ławą przysięgłych tylko w czterech przypadkach: w sprawach o zniesławienie, oszustwo, złośliwe ściganie i bezprawne uwięzienie¹⁴. Jednakże nawet te wyjątki nie mają charakteru bezwzględnego, albowiem możliwa jest odmowa procesu z udziałem ławy przysięgłych, jeżeli sąd uzna, że proces wymaga „badania dokumentów lub rachunków albo jakiegokolwiek naukowego lub lokalnego dochodzenia, którego nie można przeprowadzić z udziałem ławy przysięgłych”¹⁵.

Większość spraw cywilnych z udziałem ławy przysięgłych stanowią sprawy o uszkodzenia ciała, w przypadku których rozprawa z udziałem ławy przysięgłych co prawda nie jest przewidziana przez prawo, ale nadal może zostać ustanowiona zgodnie z wolą sądu (co zdarza się w praktyce). Za przełomowy w omawianym kontekście uważa się w doktrynie wyrok w sprawie *Ward v. James* z 1965 r. Sąd Apelacyjny orzekł wówczas, że spory dotyczące obrażeń ciała powinny być rozpoznawane przez jednego sędziego, chyba że istnieją szczególne względy przemawiające za tym, by w sprawę zaangażować ławę przysięgłych¹⁶. Orzeczenie powyższe tworzy pewnego rodzaju zasadę, która od 1965 roku jest konsekwentnie stosowana: regułą jest proces bez ławy przysięgłych, natomiast w wyjątkowych sytuacjach, sędzia może zdecydować inaczej. Praktyka pokazuje jednak, że tego rodzaju wyjątkowe sytuacje stanowią bardzo nieznaczny odsetek ogółem rozpoznawanych spraw.

Proces karny z udziałem ławy przysięgłych jest generalnie rzecz ujmując domeną Sądu Koronnego, natomiast to sądy pokoju rozpatrują zdecydowaną większość spraw karnych. W praktyce ława przysięgłych decyduje o wyniku

¹¹ Lloyd-Bostock 1999, s. 11.

¹² Willmott 2016, s. 1.

¹³ Elliott 2017, s. 123.

¹⁴ *Ibidem*, s. 123-124.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ward v. James*, [1966].

mniej niż jednego procenta ogółu spraw karnych z tego powodu, że spośród wszystkich spraw rozstrzyganych w Sądzie Koronnym zdecydowana większość oskarżonych przyznaje się do winy co do stawianych im zarzutów, a zatem nie dochodzi do procesu z ławą przysięgłych. Na tak wysoki odsetek oskarżonych przyznających się do winy ma wpływ przede wszystkim prowadzona przez Sąd Koronny strategia procesowa, która gwarantuje łagodniejsze wyroki sprawcom przestępstw, którzy na wczesnym etapie postępowania przyznali się do winy. Można zatem postawić tezę, że ława przysięgłych nie odgrywa istotnej roli w rozstrzyganiu spraw karnych.

Wskazać w tym miejscu należy, być może już raczej jako ciekawostkę, iż w roku 1973 w Irlandii Północnej prawo do procesu z ławą przysięgłych zostało zniesione. W odpowiedzi na występujący problem zastraszania członków ławy przysięgłych powołano komisję, która działając pod kierownictwem Lorda Diplocka przygotowała „Raport dotyczący procedur prawnych w celu zwalczania działalności terrorystycznej w Irlandii Północnej”, gdzie stanowczo zalecono rozstrzyganie spraw bez ławy przysięgłych w określonych sytuacjach. Tak zwane sądy Diplocka działają w odniesieniu do niektórych „przestępstw zaplanowanych”, w szczególności, ale nie wyłącznie, związanych z terroryzmem. W odniesieniu do procesów bez ławy przysięgłych w Irlandii Północnej Komitet Praw Człowieka ONZ w swoich uwagach końcowych dotyczących raportu okresowego Zjednoczonego Królestwa na mocy Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ wyraził zaniepokojenie:

„Komitet pozostaje zaniepokojony faktem, że pomimo poprawy stanu bezpieczeństwa w Irlandii Północnej, niektóre elementy postępowania karnego nadal różnią się między Irlandią Północną a pozostałą częścią terytorium Państwa-Strony. W szczególności Komitet jest zaniepokojony faktem, że zgodnie z ustawą o wymiarze sprawiedliwości i bezpieczeństwie (Irlandia Północna) z 2007 r. osoby, których sprawy zostały potwierdzone przez dyrektora prokuratury Irlandii Północnej, są sądzone bez ławy przysięgłych. Jest również zaniepokojony faktem, że od decyzji podjętej przez Dyrektora Prokuratury Irlandii Północnej nie przysługuje odwołanie.” (Human Rights Committee 2008: §18)

Tego rodzaju stanowisko Komitetu Praw Człowieka ONZ zapewne świadczy o sposobie postrzegania ławy przysięgłych w angielskim sądownictwie, jako ciała o charakterze gwarancyjnym, zapewniającym wysokie standardy rzetelności wyrokowania.

Przyszłość procesu z udziałem ławy przysięgłych

Królewska Komisja ds. Wymiaru Sprawiedliwości w jednym ze swoich raportów stwierdziła, że oskarżeni „nie powinni mieć możliwości wyboru sądu wyłącznie na podstawie tego, że sądzą, iż na jednym poziomie zostaną potraktowani bardziej sprawiedliwie niż na innym”. Tego rodzaju wywód Komisji wynika z okoliczności, iż sądy pokoju nie cieszą się tak istotnym poziomem zaufania ze strony oskarżonych, jak Sąd Koronny. Jak stwierdzono w Raporcie: „Sądy pokoju prowadzą ponad 93 procent wszystkich spraw karnych i należy im ufać, że rozpatrzą sprawy w sposób rzetelny”¹⁷.

Przez wieki swojego istnienia angielskie ławy przysięgłych słynęły z uniewinniania zarówno wbrew oczywistym dowodom winy, jak i sądowego nakazu skazania. W 1784 roku Lord Mansfield stwierdził, że jego zdaniem ława przysięgłych w procesie o podburzanie dziekana St. Asaph miała obowiązek „mieszania prawa i faktów” w swoim werdykcie, a czyniąc to, przysięgli powinni kierować się „uprzedzeniami swoich uczuć lub pasji”¹⁸. Nawet jeśli sędzia może wskazać ławie przysięgłych, jak uzyskać właściwą prawną odpowiedź, ławnicy mają prawo popełnić błąd, „co jest całkowicie sprawą między Bogiem a ich własnym sumieniem”¹⁹.

Odmowa zastosowania prawa przez ławę przysięgłych w konkretnej sprawie może być postrzegana jako wyraz poparcia dla jednostek, które, aby okazać swoje niezadowolenie wobec danego działania władzy, wystąpiły przeciwko niej. Przykładem takiej sytuacji jest odmowa ławy przysięgłych zastosowania sekcji 2 ustawy o tajemnicy służbowej w sprawie Pontinga (który ostatecznie został uniewinniony w 1991 roku od udziału w ucieczce George'a Blake'a z więzienia Wormwood Scrubs w 1966 roku)²⁰.

Ława przysięgłych może odmówić zastosowania prawa, które uważa w danej sprawie za niesłuszne. Dla zobrazowania sytuacji tego rodzaju wskazać należy choćby na sprawę rozpatrywaną przez Lorda Goffa, kiedy to ława przysięgłych odrzuciła uznaną generalnie definicję morderstwa²¹. Oskarżony wbił wyszczerbione szkło w twarz swojej ofiary i przeciął jej żyłę szyjną. Oskarżony nie miał jednak zamiaru, by zabić i (jak wynika z dowodów zgromadzonych w sprawie) był zaskoczony skutkiem swego działania w postaci śmierci swojej ofiary. Oskarżony swoim zachowaniem zmierzał do wyrządzenia poważnej

¹⁷ Slapper 2017, s. 579.

¹⁸ Rex v. Shipley [1784], s. 820.

¹⁹ *Ibidem*, s. 824.

²⁰ Rex v. Ponting [1985].

²¹ Goff 1988, s. *passim*.

krzywdy ofierze, natomiast w żaden sposób nie było możliwe przypisanie mu zamiaru pozbawienia życia. W świetle angielskiego prawa karnego, zamiar nie ma jednak znaczenia i możliwe było skazanie oskarżonego za zabójstwo²². Ława przysięgłych uniewinniła mężczyznę od stawianego zarzutu zabójstwa, mimo istnienia niekwestionowanych dowodów czynu. Jak zauważył Lord Goff, przysięgli, przyglądając się bacznie okolicznościom sprawy, słusznie nie dopuścili do skazania za zabójstwo człowieka, który przecież wcale nie działał jak zabójca. Ława odeszła zatem od brzmienia prawa na rzecz własnego poczucia sprawiedliwości. Ława przysięgłych niekiedy dawała wyraz swojemu oburzeniu w kontekście innym niż brzmienie prawa - na przykład rasizmu, ubóstwa lub niewłaściwego postępowania policji.

Przypadki celowego zignorowania prawa należy bardzo stanowczo odróżnić od przypadków, w których ława przysięgłych po prostu się pomyliła i wydała wyrok wadliwy merytorycznie. Oczywiście nie jest możliwe jednoznaczne wskazanie przypadków, w których ława przysięgłych korzysta z uprawnień do podejmowania decyzji wbrew prawu a werdyktami, w których ława przysięgłych była zdezorientowana, niekompetentna lub uprzedzona.

Przeprowadzone badania dotyczące sądu koronnego w Birmingham w latach 70. XX wieku ujawniły brak zgody wśród ekspertów co do oceny werdyktów ławy przysięgłych, zarówno uniewinniających, jak i skazujących. Wyraźny wzorec pojawił się w przypadku uniewinnień. Osoby zaangażowane po stronie obrony miały tendencję do postrzegania uniewinnień jako uzasadnione, podczas gdy osoby zaangażowane po stronie prokuratury jako wątpliwe²³. obrońcy uznawali uniewinnienia za w pełni uzasadnione w 83% przypadków, w porównaniu z 65% przez adwokatów oskarżyciela i 48% przez policję²⁴. Adwokat obrony wyraził „poważne wątpliwości” tylko w około 10% przypadków uniewinnień, podczas gdy prokurator wyrażał "poważne wątpliwości" co do 26% uniewinnień, a policja - 44%. Co zdumiewające, policja wyrażała najwięcej wątpliwości zarówno w przypadku wyroków skazujących, jak i uniewinnień, co sugeruje ogólny sceptycyzm wobec werdyktów ławy przysięgłych. Choć wątpliwe mogą być zarówno uniewinnienia, jak i wyroki skazujące, to konsekwencje wątpliwych wyroków skazujących mogą być znacznie poważniejsze, wiążące się z pozbawieniem wolności. Baldwin i McConville zauważyli, że niewiele badań przeprowadzono dotychczas

²² Lloyd-Bostock 1999, s. 38.

²³ Baldwin 1979, s. 46.

²⁴ *Ibidem*.

w kwestii wątpliwych wyroków skazujących ławy przysięgłych, co pozostaje prawdą do dziś.

Koszty procesu z udziałem ławy przysięgłych

Sędziowie przysięgli za wypełnianie obowiązku obywatelskiego otrzymują wynagrodzenie. Podobnie jak sędziowie pokoju są także uprawnieni do zwrotu kosztów podróży i utraconego zarobku²⁵. W społeczeństwie angielskim coraz częściej pojawiają się głosy, iż koszty funkcjonowania ławy przysięgłych są w szczególności niewspółmiernie wysokie w stosunku do jakości wydawanych orzeczeń. Ławnicy są krytykowani, ponieważ pobierane przez nich honorarium. Ławę przysięgłych określa się nawet czasami przymiślnym terminem: *the jury-luxury*²⁶.

W tym miejscu należy wskazać, iż na przestrzeni czasu nastąpiło wiele reform, skierowanych z jednej strony na zwiększenie poziomu gwarancji udzielanych oskarżonym, ale z drugiej – optymalizacji kosztów postępowania, które państwo ponosi w związku z prowadzonymi postępowaniami sądowymi. Wydaje się, iż irracjonalnie wysokie koszty, które często ponoszone są na rzecz opłacenia przysięgłych, nie wpisują się w politykę racjonalizacji i optymalizacji kosztów, co ma wpływ na współczesne postrzeganie instytucji, jaką jest ława przysięgłych.

Rekapitulacja

Wydaje się, że ostatnimi czasy w Anglii pogląd, iż ława przysięgłych stanowi relikwitu przeszłości zyskał na popularności. Zakres i uprawnienia angielskiej ławy przysięgłych znacznie się zmniejszyły, a procesy z udziałem ławy przysięgłych są coraz częściej postrzegane jako nadmiernie kosztowne i czasochłonne. Ława przysięgłych niemalże zniknęła w sprawach cywilnych, a jej wykorzystanie w sprawach karnych zmienia się ze względu choćby na stały wzrost liczby procesów karnych i rosnące zainteresowanie rządu wydajnością sądownictwa i potrzebą prowadzenia kontroli przestępczości. Procesy z ławą przysięgłych są niezaprzeczalnie bardziej kosztowne i czasochłonne niż procesy w sądach pokoju. Rzetelność naukowa nakazuje jednak dodać, iż argumenty zarówno aprobujące, jak i negujące potrzebę funkcjonowania ławy przysięgłych,

²⁵ Juries Act 1974, section 19.

²⁶ Kulesza 2016, s. 55.

są często pochodną określonych ideologii, polityk kontroli i skuteczności w aspekcie kryminologii oraz obowiązującej retoryki sprawiedliwości.

Bibliografia

- Amlot R.
1998 *Leave the jury alone*, Med Sci Law, 38(2).
- Baker J.
2013 *The Law Merchant and the Common Law Before 1700*, Cambridge.
- Baldwin J. McConville M.
1979 *Jury Trials*, Clarendon Press, Londyn.
- Bushell's Case, 124 Eng. Rep. 1006 (1670).
- Devlin P.
1956 *Trial by the Jury*, Hamlyn Lectures, #8; Stevens and Sons, Londyn.
- Elliott C., Quinn F.
2017 *English Legal System*, Pearson Education, Londyn.
- Ford v. Blurton, 38 T.L.R. 801, 805 (1922)
- Geoff, L.
1988 The Mental Element in the Crime of Murder. 104 LQR 30.
- Human Rights Committee
2008 *Consideration of reports submitted by states parties Under article 40 of the Covenant. Concluding observations of the HRC, CCPR/C/GBR/CO/6*.
- Kulesza C.
2016 *Udział czynnika społecznego w orzekaniu w perspektywie historyczno-prawnoporównawczej*, "Białostockie Studia Prawnicze", z. 21.
- Lloyd-Bostock, S., & Thomas, C.
1999 *Decline of the "Little Parliament": Juries and Jury Reform in England and Wales*, "Law and Contemporary Problems", 62(2).
- Rex v. Ponting Crim LR 318 (1985)
- Rex v. Shipley, 99 Eng. Rep. 774, 820 (1784).
- Slapper G. Kelly D.
2017 *The English Legal System*, Routledge, Londyn i Nowy Jork.

- Stephens J.
1896 *The growth of trial by jury in England*, „Harvard Law Review”,
Vol. 10, No. 3.
- Street H., Robertson G.
1993 *Freedom, the Individual and the Law*, Penguin Books, Londyn.
- Ward v. James, [1966] 1 QB 273 (1965)
- Willmott D.
2016 *Is Jury Bias Preventing Justice for Rape Victims?*, The Conversation,
<https://theconversation.com/is-jury-bias-preventing-justice-for-rape-victims-60090> [dostęp: 1.04.2023]

JURY: A RELIC OF THE PAST OR THE LAST BASTION OF FREEDOM?

Abstract: The English jury evokes various and often very extreme emotions as to the legitimacy of maintaining this element of the process. On the one hand, the jury trial is seen as a ersatz of ancient law, a bulwark of liberty, and a means by which the common-sense views of the common people can influence decision-making and limit government powers; on the other hand, the jury is seen as a costly, sometimes even incompetent anachronism that only creates opportunities for exploitation by "professional criminals", with the costs of such practice being borne by the state. The chapter will begin with a historical look at the English jury, and then place the jury and its reform in the context of the English legal and political system. After outlining the role of the jury in civil cases, the next part of the article will analyze the importance of the jury in criminal cases. There have been recent changes or proposals for changes in all these areas. However, the impetus for change came both from direct political problems, high-profile cases involving jurors, but also from reliable and independently conducted research.

Keywords: jury, bench, English law, trial

ANALIZA PORÓWNAWCZA FUNKCJONOWANIA PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ NA GRUNCIE SYSTEMU COMMON LAW ORAZ SYSTEMU KONTYNETENTALNEGO

Abstrakt: Opis niniejszego opracowania należy rozpocząć od zaznaczenia istotnej różnicy pomiędzy samymi podstawami w systemach prawnych – różnica między prawem europejskim (kontynentalnym) i legislacją anglosaską (common law). Celem niniejszego artykułu jest charakterystyka szeroko pojętego prawa własności intelektualnej w kontekście porównawczym. Autor porównuje ze sobą zasady i funkcjonowanie prawa własności intelektualnej w państwach Europy, przede wszystkim Polski, analogicznie do zasad i funkcjonowania prawa własności intelektualnej w państwach, w których przyjęto system prawny common law (autor skupia się na Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych). Natomiast analiza prawa własności intelektualnej skupia się w głównej mierze na prawie autorskim – ochronie prawnoautorskiej oraz na prawie własności przemysłowej – w głównej mierze na etapach, kosztach oraz wymogach dotyczących uzyskania ochrony patentowej, oraz na zagadnieniach dotyczących znaków towarowych. Z uwagi na niedawne wystąpienie Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej w owym artykule nie zabrakło charakterystyki tego zjawiska. A przede wszystkim charakterystyki skutków, jakie zostały wywołane za sprawą Brexitu. Zaobserwować można przede wszystkim zmiany w stosunkach prawnych i gospodarczych Wielkiej Brytanii, natomiast dla niniejszego artykułu najistotniejsze są zmiany pomiędzy działalnością podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na terenie Zjednoczonego Królestwa – przede wszystkim działalności, które swoim obszarem obejmują wszelkie procesy twórcze człowieka, które wymagają uzyskania odpowiednio ochrony prawnej związanej z szeroko pojętą własnością intelektualną – prawo autorskie, patenty, a przede wszystkim znaki towarowe. Autor w swoim opracowaniu wyjaśnia również istotę funkcjonowania umów bilateralnych – dwóch konwencji, które zapewniają znaczący porządek w międzynarodowym ujęciu prawa własności intelektualnej, gdyż przez ich respektowanie standard ochrony praw autorskich na niemal całym świecie jest podobny. Mowa o Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych, która stanowi pierwszą umowę w sprawie respektowania praw autorskich pomiędzy suwerennymi krajami oraz o Powszechnej Konwencji o Prawie Autorskim (Universal

Copyright Convention) dotyczącej ochrony praw autorskich opracowanej przez UNESCO. Poprzez opracowanie niniejszego artykułu i analizę funkcjonowania prawa własności intelektualnej na podwalinach dwóch różnych od siebie systemów prawnych autor stara się dokonać oceny, który z przyjętych systemów w praktyce sprawuje się lepiej, a także stara się dostrzec przyszłościowe rozwiązania i kierunki rozwoju prawa własności intelektualnej.

Słowa kluczowe: własność intelektualna, common law, copyright, patenty, Brexit

Wprowadzenie do tematyki własności intelektualnej

Dynamiczny rozwój przedsiębiorstw i gospodarki – wszelkie innowacje, wynalazki, różnorodne pomysły i sposoby wytwarzania, oryginalny design, zaawansowane technologie, stanowią podstawę do rozwoju i funkcjonowania przedsiębiorstw. Wymienione rozwiązania stanowią szeroko pojętą własność intelektualną, która jest wyjątkowym dobrem, o charakterze niematerialnym i wymaga szczególnej ochrony. Własność intelektualna dotyczy się nie tylko dużych czy małych przedsiębiorstw, ale również każdego – osób fizycznych, których praca, bądź zainteresowania dotyczą działalności twórczej i mogą spełniać kryteria do uzyskania odpowiedniego typu ochrony. Należy również zauważyć, wszak oczywistą kwestią jest to, że nie każdy przejaw twórczości i kreatywności człowieka będzie podlegać ochronie, również nie każdy przejaw twórczości który spełnia kryteria do uzyskania odpowiedniej ochrony, ją uzyska, gdyż twórca zwyczajnie może być tym niezainteresowany i zezwoli na wykorzystywanie swojego wynalazku/utworu itp.

Prawo własności intelektualnej pozwala twórcy na zapewnienie sobie wyłączności właśnie w zakresie szeroko pojętych dóbr niematerialnych. Swoim obszarem obejmuje dość szeroki zakres tematyczny – jednakże obszarem najczęściej wyróżnianym i również obszarem wokół którego skupia się opracowanie w niniejszym artykule, skupia się na: patentach (wynalazkach), prawach ochronnych obejmujących wzory przemysłowe i znaki towarowe (własność przemysłowa), prawie autorskim i prawach pokrewnych. Cechą wspólną dla wszystkich praw własności intelektualnej jest to, że uprawniony uzyskuje możliwość zakazania innym eksploatacji swoich dóbr, co niesie ze sobą znaczące korzyści¹. Uprawnieni często rezygnują z ochrony, ponieważ uważają, że naruszenie ich praw jest mało prawdopodobne lub też obawiają się kosztów związanych z przyznaniem ochrony.

¹ Łazewski 2006.

Wprowadzenie

Tematem niniejszego artykułu jest przede wszystkim porównanie ze sobą rozwiązań i funkcjonowania praktycznego praw ochronnych przypisanych do własności intelektualnej w dwóch dominujących światowych systemach prawnych. Prawodawstwo anglosaskie, czyli system *common law*, oparte jest głównie na prawie zwyczajowy i precedensie (orzecznictwie sądowym, które ma charakter wiążący, co do następnie wydawanych orzeczeń w podanych sprawach). Natomiast prawodawstwo kontynentalne charakteryzuje się wyłącznością stanowienia prawa przez organy władzy ustawodawczej. Reasumując, w dzisiejszych systemach prawnych własność intelektualną stanowią przede wszystkim: prawo autorskie, znane również głównie jako anglojęzyczne *copyright*, znaki towarowe (tzw. *trademark*) i patenty.

Znaczenie traktatów bilateralnych w prawie własności intelektualnej

Własność intelektualna jest dziedziną, która nad wyraz potrzebuje i czerpie z międzynarodowych konwencji. Wynika to przede wszystkim z przedmiotu dóbr chronionych – nauka, sztuka, wynalazki mają międzynarodową wartość i są cenione oraz pożądane na całym świecie. Chronione dobra mają charakter niematerialny i odznaczają się aterytorialnością, wszak istnieją wszędzie i nigdzie².

Skupiając się nieco bardziej na aspekcie umów międzynarodowych z zakresu prawa autorskiego. Wszelkie utwory z dziedziny kultury i sztuki (muzyka, filmy, fotografie) nastawione są głównie na eksploatację, często przybiera ona charakter globalny, dlatego pożądane było i jest przyjęcie, że ochrona nie ogranicza się jedynie do autorów wywodzących się z danego kraju, ale poprzez umowy międzynarodowe rozciąga się również na autorów „obcych”, jest to krok w kierunku budowania uniwersalnego, międzynarodowego prawa autorskiego³. Faktem jednak jest to, że odstępienie od zasady terytorializmu w prawie autorskim nie oznacza od razu tego, żeby w różnych krajach występowały różnice co do zakresu i treści prawa autorskiego.

Najstarszą i przez wiele lat jedyną międzynarodową konwencją dotyczącą praw autorskich była Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 1886 r. Celem konwencji przede wszystkim było wyrównanie poziomu ochrony w różnych państwach świata i stworzenia uniwersalnego,

² Barta, Markiewicz, Matlak 2013, s. 973.

³ *Ibidem*.

międzynarodowego prawa autorskiego. Konwencja berneńska wielokrotnie została zmieniona, czego skutkiem są różne jej brzmienia, jednakże najpopularniejszy wydaje się być jej tekst paryski⁴. Konwencja przede wszystkim obejmuje „wszystkie dzieła literackie, naukowe i artystyczne”⁵. Warto nadmienić, że opiera się ona na dwóch zasadach – zasadzie konwencyjnego minimum ochrony, wszak interesy autorów wszystkich państw, które do konwencji przystąpiły zostały objęte przez minimum ochrony (ochrony utworów, praw osobistych i majątkowych) i zasadzie asymilacji.

Poza wieloma wersjami konwencji berneńskiej dopiero w drugiej połowie XX wieku za sprawą UNESCO powstała Powszechna konwencja o prawie autorskim, a jej głównym zadaniem było doprowadzenie do wzajemnego poszanowania praw autorskich na arenie międzynarodowej, głównie pomiędzy dwoma różnymi systemami prawnym – anglosaskim copyright i kontynentalnym systemem droit d’auteur.

Charakter międzynarodowy nie pojawia się jedynie w prawie autorskim, również w szeroko pojętym prawie własności przemysłowej od lat obowiązują międzynarodowe porozumienia. Podstawowym aktem chroniącym własność przemysłową jest Konwencja związkowa paryska o ochronie własności przemysłowej z dnia 20 marca 1883 r. nadzorowana przez World Intellectual Property Organization⁶. Przedmiotem ochrony konwencji jest oczywiście własność przemysłowa, do której zaliczamy: patenty, znaki towarowe, wzory użytkowe i wzory przemysłowe...

Prawo autorskie (*copyright*)

Na gruncie prawa polskiego należy zwrócić uwagę na jeszcze do niedawna niejednorodny charakter prawa autorskiego, wszak po odzyskaniu niepodległości państwo polskie posługiwało się czterema różnymi systemami praw autorskich (zabór niemiecki, austriacki, rosyjski oraz tereny Spiszu i Orawy)⁷. Pierwszą jednolitą kodyfikacją prawa autorskiego była Ustawa z dnia 29 marca 1926 r. *O prawie autorskim* i była ona przede wszystkim wynikiem do opisanego wcześniej przystąpienia przez Polskę do konwencji berneńskiej. Prawo autorskie sensu stricto dotyczy twórców i ochrony ich interesów w związku z tworzeniem utworów. Na gruncie prawa polskiego do funkcji

⁴ Barta, Markiewicz, Matlak 2013, s. 978.

⁵ Akt Paryski Konwencji Berneńskiej o Ochronie Dzieł Literackich i Artystycznych sporządzony w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r. art. 2 ust 1.

⁶ Nowicka 2008, s. 23.

⁷ Sieńczyło-Chlabicz 2015, s. 34.

prawa autorskiego przynależy regulacja stosunków związanych z eksploatacją i ochroną utworów⁸.

Do rozważań dotyczących stricte prawa autorskiego należy wnikliwie zapoznać się z powszechnie znaną definicją *utworu*. Jest to pojęcie niezwykle kluczowe, wszak to właśnie utwór jest przedmiotem ochrony prawa autorskiego. Na gruncie prawa polskiego, zgodnie z obowiązującą ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. *o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, art. 1 ust. 1 ustawy, utwór stanowić będzie „...każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór).”⁹ Ważnym aspektem, który nie wynika wprost z zacytowanego artykułu, jednakże jest on uwzględniony w wykładni i orzecznictwie, jest to, iż utwór stanowią jedynie rezultaty działalności człowieka, co więcej muszą zostać spełnione dwie przesłanki – twórczość (zgodnie z doktryną przesłanka ta zostaje spełniona, gdy powstaje nowy wytwór ludzkiego intelektu) i indywidualność. Należy również zauważyć, że przedmiotem ochrony prawa autorskiego nie może być wytwór masowy, uzyskiwany za pomocą rutynowego działania lub szablonu. Zgodnie z art. 1 ust. 4 ustawy uprzednio cytowanej „*Ochrona przysługuje twórcom niezależnie od spełnienia jakichkolwiek formalności.*”, co oznacza, że na gruncie prawa polskiego powstanie ochrony prawnoautorskiej nie jest uzależnione od dopełnienia wszelkich formalności, jeśli przedmiot nosi cechy twórczości i indywidualnego charakteru, wtedy uzyskuje on status przedmiotu prawa autorskiego. Postanowienie te jest zgodne na gruncie międzynarodowych ustaleń zwanych w Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych. Twórca nie musi wyrażać wyrażonej woli aby utwór został objęty ochroną prawną. Warto również zaznaczyć, iż dodanie utworu do rejestru utworów prowadzonych przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi, nie jest równoznaczne z tym, że utwór spełnia przesłanki ustawowe i jest objęty ochroną prawnoautorską.

System copyright, który występuje w kodyfikacji anglosaskiej na gruncie prawa respektowanego w USA oraz UK, traktuje prawo autorskie przede wszystkim jako zespół uprawnień majątkowych, przysługujących twórcy i również zespół norm, które mają zapewnić rozwój kultury, nauki i sztuki¹⁰. W dosłownym tłumaczeniu na język polski copyright oznacza prawo do kopiowania i w Wielkiej Brytanii uregulowane zostało poprzez wydanie

⁸ Sieńczyło-Chlabicz 2015, s. 37.

⁹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

¹⁰ Sieńczyło-Chlabicz 2015, s. 38.

Copyright, Designs and Patents Act 1988. Cel owej ustawy jest identyczny jak w Polsce, mianowicie ustawa chroni własność intelektualną osób fizycznych i wymaga uzyskania zgody twórcy przed jakimkolwiek jej wykorzystaniem. Copyright występujące w Zjednoczonym Królestwie jest bardzo zbliżone do systemu prawa autorskiego w Polsce, natomiast jeśli chodzi o copyright występujące na terenach Stanów Zjednoczonych, zauważalne są pewne odstępstwa, szczególnie istotne jest tło historyczne i liczne przemiany prawa autorskiego w tamtejszych rejonach. Z racji, że na terenach Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej duża rolę odegrali osadnicy z Wielkiej Brytanii, wówczas na tamtejszych ziemiach zastosowano rozwiązania prawne wywodzące się z modelu anglosaskiego. Początkowo autorzy dzieł uzyskiwali jedynie 14 lat monopolu na swoje dzieło, dodatkowo pod warunkiem ówczesnej rejestracji, utwór wówczas uzyskiwał zastrzeżenie poprzez *copyright* lub ©. W kolejnych latach prawo autorskie ulegało kolejnym zmianom, głównie dotyczyły one długości okresu ochronnego. Natomiast istotna zmiana nastąpiła w roku 1976, kiedy to powstała ustawa gwarantująca ochronę prawnoautorską do końca życia autora i 50 lat po jego śmierci. Obecnie USA przynależą do Konwencji berneńskiej i zgodnie z jej postanowieniami zobowiązani byli do zniesienia obowiązku rejestracji utworów w celu uzyskania ochrony prawnoautorskiej, nie oznacza to jednak, że całkowicie z tego zrezygnowano. Wielu autorów rejestruje swoje utwory i fakultatywnie zastrzega je pod znakiem „©”¹¹.

Patenty

Prawo patentowe stanowi najważniejszą gałąź prawa przemysłowego i jest ściśle powiązane z wszelkimi wynalazkami oraz nowymi technologiami. Poprzez uzyskanie ochrony patentowej wynalazcy chronią swoje wynalazki i zapobiegają wykorzystywaniu ich indywidualnych nowatorskich rozwiązań przez inne firmy. W polskim ustawodawstwie uzyskanie patentu na wynalazek wymaga już większych formalności niż uzyskanie ochrony prawnoautorskiej. Dany wynalazek musi zostać zgłoszony i zbadany pod kątem ścisłych kryteriów. Tryb dokonywania zgłoszeń oraz kryteria rozpatrzenia zgłoszenia określone są w przepisach ustawy z 30.06.2000 r. prawo własności przemysłowej, oraz w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 17.09.2001 r. w sprawie dokonywania i rozpatrywania zgłoszeń wynalazków i wzorów

¹¹ <https://www.sonoria.pl/2020/10/25/prawo-autorskie-w-stanach-zjednoczonych/>.

użytkowych. Nie każdy wynalazek może uzyskać ochronę patentową, musi on w tym celu spełnić odpowiednie przesłanki, wymienione zostały one enumeratywnie w katalogu z art. 24, ustawy prawo własności przemysłowej „patenty są udzielane – bez względu na dziedzinę techniki – na wynalazki, które są nowe, posiadają poziom wynalazczy i nadają się do przemysłowego stosowania”¹².

Prócz stricte stosowania prawa patentowego w systemie kontynentalnym, jakim jest system prawa polskiego nie można pominąć zagadnień związanych z ochroną patentową na szerszą skalę w świetle konwencji o udzielanie patentów europejskich. Ochronę patentową w krajach członkowskich Unii Europejskiej można uzyskać na podstawie patentów krajowych (tak jak w Polsce) lub na podstawie patentów europejskich udzielanych przez Europejski Urząd Patentowy w Monachium. O patent europejski mogą ubiegać się wynalazcy z całego świata, ale warto zaznaczyć, że uzyskana ochrona obowiązywać będzie na terenie jednego, kilku albo wszystkich państw, które są stronami konwencji. W myśl EPC patenty europejskie są udzielane na wynalazki bez względu na dziedzinę techniki, pod warunkiem że są one nowe, posiadają poziom wynalazczy i nadają się do przemysłowego stosowania.

Brytyjskie prawo patentowe respektuje zasady zawarte w konwencji o udzielaniu patentów europejskich, jednakże niektóre kwestie zostały uregulowane odmiennie. Warte uwagi wydają się być przede wszystkim znacznie węższe kryteria co do udzielania patentów¹³. Na podstawie wielokrotnie nowelizowanego *Patents Act 1977* wynalazek musi spełniać kryteria zbliżone do tych polskich, mianowicie musi być on nowy, nieoczywisty, odznaczać się poziomem wynalazczym oraz być przemysłowo stosowalny¹⁴.

W strukturze wewnątrzpaństwowej pojawiają się pewne rozbieżności przy ochronie pewnych rozwiązań. Skupiając się na porównywanych w niniejszym opracowaniu państwach tj. Polska, Wielka Brytania i USA za przykład może posłużyć ochrona patentowa programów komputerowych. W doktrynie ochrona programów komputerowych wzbudza kontrowersje, gdyż są zwolennicy uważający, że nie jest to adekwatny przedmiot do uzyskania ochrony patentowej, z racji że jest on wystarczająco chroniony przez prawo autorskie, z kolei zwolennicy reprezentują stanowisko, że tylko prawo patentowe jest w stanie ochronić użyte algorytmy do stworzenia programu¹⁵. Stanowisko

¹² Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej.

¹³ Cotter 2013, s. 163.

¹⁴ Por. *Patents Act 1977*, c. 37 § 1 (1).

¹⁵ Pawłowski 2018, s. 5.

w polskiej doktrynie i również w praktyce przyjmuje rygorystyczny pogląd, bowiem zgodnie z polskim prawem własności przemysłowej wszelki programy komputerowe i cyfrowe nie są uważane za wynalazki. Polska udziela patentu jedynie na rozwiązania sprzętowo-programowe, które oddziałują na materię¹⁶. Stanowisko to podziela również ustawodawstwo Wielkiej Brytanii i wszelki *software inventions* nie są chronione poprzez patent, nieco mniej rygorystycznie są traktowane wynalazki wspomagane komputerowo¹⁷. Sytuacja jest zupełnie inaczej unormowana w regulacjach USA. Patent w USA może uzyskać rozwiązanie dotyczące programów komputerowych, jednakże warunkiem jest oprogramowanie, które rozwiązuje konkretne problemy, za pomocą unikalnych algorytmów¹⁸.

Znaki towarowe (*trademarks*)

Znaki towarowe są niezwykle ważnym elementem obrotu gospodarczego, są one bardzo szeroko wykorzystywane w przemyśle, zarówno pojawiają się w funkcjonowaniu przedsiębiorstw, jak i w internecie. Podstawową funkcją znaku towarowego jest nadanie cech odróżniających – odróżnienie towaru jednego przedsiębiorstwa od towaru drugiego przedsiębiorstwa¹⁹. Zatem znakiem towarowym na gruncie prawa polskiego jest

„... każde oznaczenie umożliwiające odróżnienie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa oraz możliwe do przedstawienia w rejestrze znaków towarowych w sposób pozwalający na ustalenie jednoznacznego i dokładnego przedmiotu udzielonej ochrony[...] Znakiem towarowym, w rozumieniu ust. 1, może być w szczególności wyraz, włącznie z nazwiskiem, rysunek, litera, cyfra, kolor, forma przestrzenna, w tym kształt towaru lub opakowania, a także dźwięk.”²⁰

Nie każdy symbol może stanowić znak towarowy – znakiem towarowym mogą być jedynie oznaczenia, które posiadają łącznie wymienione enumeratywnie cechy: zmysłowa postrzegalność, jednolitość, samodzielność względem oznaczanego towaru, możliwość przedstawienia graficznego²¹. Znak towarowy po pomyślnej rejestracji zostaje objęty prawem ochronnym, które trwa 10 lat, jednakże możliwe jest jego wielokrotne przedłużenie.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Kluczka 2018, s. 108.

¹⁸ Pawłowski 2018, s. 5.

¹⁹ Sieńczyło-Chłabicz 2015, s. 474.

²⁰ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej. art. 121 ust. 1 i 2.

²¹ Sieńczyło-Chłabicz 2015, s. 474.

W USA ochrona znaków towarowych jest zagwarantowana aż na dwóch etapach – poprzez ustawodawstwo stanowe oraz pochodzącą z 1946 r. federalną ustawę Lanham Act (15 U.S.C.). Zgodnie z tekstem ustawy Lanham Act za znak towarowy uważa się „każde słowo, nazwę, symbol lub znak albo jakakolwiek ich kombinację służącą do zidentyfikowania i odróżnienia towarów, w tym rzadkich produktów, jednego podmiotu od tych wytwarzanych lub sprzedawanych przez inne podmioty oraz wskazania źródła pochodzenia dóbr, nawet jeżeli źródło to jest nieznanie”²². W USA znaki towarowe mają swoje klasyfikacje – dokonuje się podziału na znaki: rodzajowe, opisowe, sugestywne, arbitralne i fantazyjne. Jeśli znak jest odróżniany w drodze jednej z wymienionych kategorii wtedy posiada on zdolność dystynktywną i może zostać zarejestrowany w Patent and Trademark Office²³. Klasyfikacje znaków towarowych są nieco lepiej rozwinięte w kodyfikacji USA, niż polskiej. W Polsce znaki towarowe nie podlegają klasyfikacji, jednakże znane jest pojęcie abstrakcyjnej zdolności odróżniającej, bez której znak towarowy nie zostanie zarejestrowany i objęty ochroną.

Zmiany w ochronie własności intelektualnej w Wielkiej Brytanii po *Brexicie*

Wraz z początkiem 2020 r. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej na mocy umowy wystąpiło z Unii Europejskiej. Wystąpieniu z Unii i zakończeniu okresu przejściowego wywołało w Zjednoczonym Królestwie liczne zmiany gospodarcze, również na gruncie własności intelektualnej. Obszar zmian dotknął przede wszystkim regulacje związane ze znakami towarowymi (trademarks) oraz wzorami przemysłowymi. Do 2020 r. Najpopularniejszym rozwiązaniem dotyczącym ochrony znaku towarowego był po prostu unijny znak towarowy, który dalej funkcjonuje w państwach Unii Europejskiej. Ochrona unijnych znaków towarowych kształtuje się zupełnie tak samo jak opisywane kryteria ochrony znaków towarowych w Polsce, a jego ochrona trwa 10 lat z możliwością wielokrotnego przedłużenia na okres kolejnych 10 lat. Po zakończeniu okresu przejściowego ochrona prawna unijnych znaków towarowych oraz wspólnotowych wzorów przemysłowych zakresem terytorialnym nie obejmowała już Wielkiej Brytanii. Jeśli chodzi o przedłużenie ochrony dotychczas zarejestrowanych znaków, odbywa się ono zgodnie z regulacją przepisów krajowych. Natomiast aby zachować ochronę

²² Antoniuk 2004, s. 40.

²³ *Ibidem*.

zarówno na obszarze Unii Europejskiej i terytorium Wielkiej Brytanii należy uiścić podwójną opłatę²⁴. Reasumując zatem po wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej co do zasady znaki towarowe zgłoszone w Urzędzie Unii Europejskiej do spraw Własności Intelektualnej będą miały charakter jednolity na terytorium państw Unii Europejskiej, jednakże Wielka Brytania nie jest już częścią Unii, zatem konieczna będzie również rejestracja znaku towarowego na zasadach procedury krajowej w Urzędzie do spraw Własności Intelektualnej Wielkiej Brytanii. Niesie to za sobą niestety duże starty dla przedsiębiorców i osób, które są zainteresowane uzyskaniem ochrony znaku towarowego, ponieważ muszą one uiścić podwójną opłatę i również w razie przedłużenia okresu ochronnego, opłacić go podwójnie. Warto również nadmienić, iż zarejestrowany znak towarowy musi być faktycznie używany na terytorium Wielkiej Brytanii, aby nie został on unieważniony.

Niewielkie zmiany zaszły w związku z regulacją co do ochrony praw autorskich. Prawo autorskie przede wszystkim jest regulowane poprzez akty prawa międzynarodowego, zatem Brexit w żaden sposób nie wpływa na ich stosowanie. Jednakże warto pamiętać o wszelkich dyrektywach unijnych, które również wprowadzały małe zmiany w obszarze prawa autorskiego. Po wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa unijne dyrektywy nie będą już wiążące wobec regulacji Wielkiej Brytanii, co może spowodować niepożądane rozbieżności w dość spójnym dotychczas funkcjonującym systemie prawnym.

Podsumowanie

Szeroko pojętą własność intelektualna, szczególnie w kwestiach opracowanych w niniejszym artykule dotyczy przede wszystkim podstawowych zagadnień związanych z ochroną własności intelektualnej. Dzięki istnieniu wielu umów i aktów prawa międzynarodowego własność intelektualna na gruncie prawa autorskiego, patentów i znaków towarowych jest niemalże jednolita. Współcześnie za pomocą traktatów bilateralnych udało się wypracować kompromis i jednolitość nawet pomiędzy dwoma różnymi systemami prawnymi – common law i systemem kontynentalnym. W regulacjach pojawiają się drobne różnice, które są wynikiem regulacji krajowych, lecz należy zaznaczyć, że nie są one sprzeczne z regulacjami międzynarodowymi. Nawet mimo drobnych rozbieżności i tak można zaobserwować dużą spójność i krzyżowanie się regulacji, co ma niezwykle duże znaczenie szczególnie w obszarze prawa

²⁴ <https://uprp.gov.pl/pl/aktualnosci/informacje/brexit-a-ochrona-unijnych-znakow-towarowych-i-wspolnotowych-wzorow-przemyslowych>.

jaką jest własność intelektualna. Istotne jest to, aby każda osoba, której własność musi zostać objęta ochroną miała do tego równe prawo i była chroniona na tym samym poziomie. Reasumując w zakresie podstawowych pojęć i regulacji własność intelektualna na arenie międzynarodowej jest spójna, kwestie większych rozbieżności wynikają na gruncie innych gałęzi prawa, które z ochroną własności intelektualnej są powiązane, szczególnie jeśli chodzi o karnoprawne i cywilnoprawne aspekty ochrony dóbr niematerialnych.

Bibliografia

Antoniuk J.R

2004 *Ochrona znaków towarowych w internecie w amerykańskim prawie federalnym*. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. II.

Barta J., Markiewicz R., Matlak A.

2013 *Systemy Prawa Prywatnego, Prawo autorskie*, Tom 13. Warszawa.

Cotter T.F

2013 *Comparative Patent Remedies: a legal and economic analysis*. Oxford University Press.

Kluczka K.

2018 *Patent trolling w Wielkiej Brytanii*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, T. 23.

Łazewski M. i Gołębowski M.

2006 *Vademecum innowacyjnego przedsiębiorcy, własność intelektualna*, tom III.

Nowicka A.

2008 *Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa.

Pawłowski A.

2018 *Międzynarodowa Ochrona Patentowa*, Warszawa.

Sieńczyło-Chlabicz J.

2015 *Prawo Własności Intelektualnej*, Warszawa.

Wykaz aktów prawnych

Patents Act 1977, c. 37 § 1 (1).

Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej.

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Wykaz źródeł internetowych

<https://uprp.gov.pl/pl/aktualnosci/informacje/brexit-a-ochrona-unijnych-znakow-towarowych-i-wspolnotowych-wzorow-przemyslowych>.

<https://www.sonoria.pl/2020/10/25/prawo-autorskie-w-stanach-zjednoczonych/>.

**COMPARATIVE ANALYSIS OF THE FUNCTIONING
OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW ON THE BASIS
OF THE COMMON LAW SYSTEM AND THE CONTINENTAL
SYSTEM**

Abstract: The description of this study should begin with an important difference between the very bases in legal systems - the difference between European (continental) law and Anglo-Saxon (common law) legislation. The purpose of this article is to characterize the broadly understood intellectual property law in a comparative context. The author compares the principles and functioning of intellectual property law in European countries, especially Poland, analogously to the principles and functioning of intellectual property law in countries where the common law legal system has been adopted (the author focuses on Great Britain and the United States). On the other hand, the analysis of intellectual property law focuses mainly on copyright - copyright protection and industrial property law - mainly on the stages, costs and requirements for obtaining patent protection, and on trademark issues. Due to the recent withdrawal of Great Britain from the European Union, this article does not lack the characteristics of this phenomenon. And above all, the characteristics of the effects caused by Brexit. First of all, changes can be observed in the legal and economic relations of Great Britain, while for this article the most important are changes between the activities of entities conducting business activity in the United Kingdom - primarily activities that cover all creative processes of man that require appropriate legal protection related to broadly understood intellectual property - copyrights, patents and, above all, trademarks. In his study, the author also explains the essence of the functioning of bilateral agreements - two conventions that ensure a significant order in the international approach to intellectual property law, because by respecting them, the standard of copyright protection is similar almost all over the world. We are talking about the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, which is the first agreement on respecting copyright between

sovereign countries, and the Universal Copyright Convention on copyright protection developed by UNESCO. By developing this article and analyzing the functioning of intellectual property law on the foundations of two different legal systems, the author tries to assess which of the adopted systems works better in practice, and also tries to see future solutions and directions of development of intellectual property law.

Keywords: intellectual property, common law, copyright, patents, Brexit

MIĘDZY *COMMON LAW* A *EQUITY* – HISTORIA I STOSOWANIE PRAWA PRECEDENSOWEGO W WIELKIEJ BRYTANII

Abstrakt: System prawa w Wielkiej Brytanii składa się z dwóch współistniejących systemów, którymi są *common law* oraz *equity*. Pierwszy z nich kojarzony jest głównie z orzeczeniami sądów, zaś drugi rozumiany jest jako zasady słuszności. Historyczny rozwój pokazuje, że obydwa systemy mają wspólne korzenie. Dopiero z czasem pojawił się między nimi konflikt, który dotyczył przede wszystkim struktury sądownictwa. Sąd Kanclerski, reprezentujący system słuszności, stał się w XV wieku bardziej popularny niż sądy *common law*, ale jednocześnie ilość skarg spowodowała opóźnienia w jego pracy. Krytyka obejmowała również kwestię arbitralności rozstrzygnięć. Z działalnością kanclerza nie zgadzali się sędziowie, przy czym sam kanclerz dostrzegał potrzebę reform mających uzdrowić system *equity*. Ostatecznie jednak wydano w XIX wieku ustawy o sądownictwie, na mocy których sądy stały się władne orzekać na podstawie założeń pochodzących z obu systemów. Mimo to powyższy podział wciąż pełni doniosłą rolę. System *common law* operuje głównie środkami odszkodowawczymi, podczas gdy *equity* umożliwia nakazanie zachowania się w określony sposób. Trzeba także zwrócić uwagę na występujące między systemami relacje oraz odpowiedzieć na pytanie, czy w praktyce pojawiają się pomiędzy nimi sprzeczności. Na analizę zasługują również niektóre z czynności właściwych dla słuszności. W tym przypadku będzie to powiernictwo, szczególnie wykonanie i nakaz. Celem pracy jest przedstawienie historycznego rozwoju systemów *common law* i *equity* z uwzględnieniem antagonizmów kreujących się między nimi. Rozważania obejmują także współczesne znaczenie powyższego podziału, dzięki temu w kompleksowy sposób przedstawiono omawianą tematykę.

Słowa kluczowe: common law, equity, historia prawa brytyjskiego

Systemy prawne w Europie powszechnie dzieli się na system prawa kontynentalnego, który zwany jest również systemem *civil law*, oraz na system prawa precedensowego, znanego również pod nazwą *common law*. Zakończenie

tego podziału na tym etapie nie jest jednak w pełni zasadne, gdyż sam system prawa anglosaskiego cechuje się większą złożonością aniżeli wynikałoby z powyższego rozróżnienia. W Wielkiej Brytanii do dzisiaj dostrzega się różnice pomiędzy pojęciem *common law*, koncentrującym się tradycyjnie na precedensowych wyrokach sądowych, a *equity*, tłumaczonym m.in. jako „słuszność”. Koncepcja zastosowania zasady słuszności sięga czasów antycznych. Arystoteles w „Etyce nikomachejskiej” wskazuje na szlachetność zarówno sprawiedliwości, jak i słuszności, jednak przyznając wyższość drugiej z nich¹. Nawet najlepsze prawo stanowione jest bowiem zbiorem abstrakcyjno-generalnych norm, które dopiero poprzez słuszność można odnieść do konkretnej sprawy, ewentualnie korygując obowiązujące prawo oraz odczytując realną intencję prawodawcy². Podobnymi pojęciami posługiwał się rzymski jurysta Celsus, którego paremia rozpoczyna justyniańskie „*Digesta*”³. Głosi ona, że „prawo jest sztuką czynienia tego, co dobre i słuszne” (*ius est ars boni et aequi*). W pewnym sensie pojęć tych można użyć również do charakterystyki systemu prawa rzymskiego, gdzie prawo urzędnicze (*ius honorarium*) tworzone przez pretora operowało zasadą słuszności. Także w średniowiecznej Europie, w przypadku silnej władzy królewskiej, kompetencję do naprawiania niedoskonałości stanowionego prawa przez monarchę można odczytywać w rozważanych kategoriach⁴. Ostatecznie wartości te stały się punktem rozważań współczesnych filozofów i teoretyków prawa. Georg Hegel w „*Zasadach filozofii prawa*” zaznacza, że niezależnie od prawa stanowionego czy precedensowego sędziowie w swojej pracy orzeczniczej powinni poszukiwać rozwiązania przede wszystkim słusznego⁵. Podobnie uważa Ronald Dworkin, łącząc powyższe z problematyką integralności prawa⁶.

Należy stwierdzić, że współczesne znaczenie reguł rządzących systemami *common law* i *equity* w Wielkiej Brytanii nie może zostać wyczerpujący sposób omówione bez historycznej refleksji nad nimi. Przemiany, jakie one przechodziły, wynikające raz ze współpracy i współistnienia, a innym razem ze wzajemnego ścierania się, tkwią immanentnie w ich istocie do dzisiaj. Z tego też powodu pierwsza część niniejszego rozdziału dotyczyć będzie historycznego rozwoju *common law* oraz *equity*, zaś druga część poświęcona będzie współczesnemu znaczeniu i zastosowaniu obydwu systemów.

¹ Arystoteles 2012, s. 199.

² Baker 2019, s. 114.

³ Kamiński 2001, s. 81.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Hegel 1952, s. 142.

⁶ Dworkin 1986, s. 191.

I. Historyczny rozwój *common law* i *equity*

Badanie historycznego rozwoju obu systemów przynosi już na samym początku pewien problem techniczny, jakim jest wyznaczenie punktu startowego rozważań. Z pewnością znamienny był podbój normandzki w 1066 r. i przejście władzy przez Wilhelma I Zdobywcę, jednak aby uczynić zadość złożoności historycznej omawianej problematyki należy zwrócić uwagę na struktury prawne występujące przed XI wiekiem. W okresie ekspansji Imperium Rzymskiego część współczesnego Zjednoczonego Królestwa znalazła się pod rzymskim panowaniem, a więc podlegała wpływom prawa rzymskiego⁷. W działalności rzymskiego jurysty Papiniana można odnaleźć wzmianki o sprawach prowadzonych na forum w Yorku (współczesna Anglia). Podobnie w „*Digestach*” Justyniana można znaleźć wzmianki o sporach prowadzonych na terenach brytyjskich⁸. Należy jednak zgodzić się z powszechnie głoszoną opinią o braku ciągłości tradycji prawnej między rzymską Brytanią a wiekami późniejszymi, zaś ewentualne podobieństwa uzasadnić naturalnymi zapożyczeniami i ogólnym wpływem, jaki wywarł podbój rzymski. Odmienna koncepcja wskazuje na wpływ lokalnych królestw anglosaskich od V wieku aż do zjednoczenia w X wieku⁹. Za przykłady zachowanego prawodawstwa z tego okresu może posłużyć kodeks praw Ethelberta I z Kentu (VI-VII wiek) oraz prawa wprowadzone za panowania Athelstana (X wiek). Widoczne są w nich pewne aspekty mogące tworzyć wstępne fundamenty pod przyszłe *common law*¹⁰. Przede wszystkim daje się zauważyć chęć sprawowania nadzoru nad wymierzaniem sprawiedliwości przez władców, szczególnie w poważniejszych sprawach karnych. Służyć temu miał podział administracyjny na hrabstwa, który miejscami pokrywał się z dawnymi, niezależnymi królestwami. W każdym z nich działał szeryf (występujący również pod nazwą „*shire-reeve*”, gdzie *shire* można tłumaczyć właśnie jako hrabstwo), który powoływany był przez monarchę i ponosił przed nim odpowiedzialność za wykonywanie swoich obowiązków¹¹. W każdym hrabstwie działały również sądy. Dla jasności powyższego wywodu należy zaznaczyć, że w późniejszych wiekach stosowanie prawa i precedensów było właściwe dla sądów, zaś względy słuszności koncentrowały się w osobach piastujących określone urzędy,

⁷ Brand 2018, s. 430.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, s. 431.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

stał też wyprowadza się wniosek o stworzeniu pewnych zrębów przyszłego systemu prawnego.

Znaczne zmiany przyniósł wspomniany już podbój normandzki Wilhelma I Zdobywcy w 1066 r. Pod jego rządami (1066-1087) wymianie uległa dotychczasowa elita anglosaska, którą zastąpili dostojnicy z Normandii. Poddaje się w wątpliwość kwestię zapoznania się najeźdźców z dotychczasowym prawem, czy chociażby jego przetłumaczenia na zrozumiały dla nich język. Pewne jest natomiast wprowadzanie przez nich praw stosowanych w północnej Francji, skąd przybyli¹². Pomimo zapewne większego wpływu prawodawstwa normandzkiego aniżeli anglosaskiego, nie stworzyło ono jednolitego prawa na angielskich terenach. Można co najwyżej mówić o obowiązku regionalnych zwyczajów, ale niewielka liczba spisanych aktów prawnych utrudnia potwierdzenie tego stanowiska. Wiadomo jednak, że zaczęły wtedy kreować się sądy królewskie, które miały umocnić panującego władcę. Funkcjonowały one początkowo w pobliżu monarchy w ramach Rady Królewskiej (*curia regis*), aby w XII wieku ewoluować w stałe organy sądowe oraz sądy podróżujące po kraju¹³. Pierwsze oznaki kreowania się stałych sądów można zauważyć za panowania Henryka II (1154-1189), kiedy to osoby zajmujące się z polecenia władcy skarbcem królewskim zostały na stałe ulokowane w Pałacu Westminsterskim. Początkowo do kompetencji tychże osób należało sprawowanie kontroli nad poborem podatków przez szeryfów w poszczególnych hrabstwach, jednak w latach 60. XII wieku część najważniejszych członków królewskiego skarbcza zyskała uprawnienia do rozstrzygania sporów cywilnych między poddanymi, ale tylko w indywidualnych przypadkach. W tym wydaniu upatruje się początek istnienia Sądu Skarbowego (*Court of Exchequer*). Mniej więcej w tym samym okresie powstał również Sąd Ławy Królewskiej (*Court of King's Bench*) oraz Sąd Spraw Pospolitych (*Court of Common Pleas*)¹⁴. Z kolei sędziowie podróżujący po hrabstwach, zwani *itinerant justices*, mieli za zadanie zapewnić efektywność obowiązującego prawa. W tym celu mieli zorganizować sesję sądową wszystkich mieszkańców danego hrabstwa (tzw. *commissiones in eyre*), podczas której przedstawiano skargi oraz relacjonowano wydarzenia sędziom, którzy następnie wydawali właściwy osąd¹⁵. Jednakże, aby dane postępowanie mogło się rozpocząć musiała istnieć odpowiednia skarga (*writ*) potwierdzona królewską pieczęcią nadzorowaną przez

¹² Brand 2018, s. 430.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Kamiński 2001, s. 82.

kanclerza. Orzeczenia charakteryzowały się znaczną swobodą, przez co można by mówić o pewnych kategoriach słuszności. Przyjmuje się, że do połowy XIV w. w ogóle nie było potrzeby korygowania sposobów orzekania, gdyż wyroki miały odzwierciedlać wartości sprawiedliwości i słuszności¹⁶. Z czasem jednak doszło do ustabilizowania się procedur oraz ograniczenia liczby *writ*s, a co za tym idzie, pojawiła się potrzeba wprowadzania koniecznych korekt w ukształtowanym systemie *common law*. Dlatego też konieczne było wykreowanie się urzędu, który opierałby się w swojej działalności na zasadach słuszności, czyli *equity*. Założenia te spełniał urząd kanclerza.

Kanclerz właściwie od samego początku istnienia urzędu pełnił funkcję prawej ręki króla. Początkowo był członkiem Rady Królewskiej, zaś urząd piastowali dożywotnio wpływowi baronowie. Jednak w 1238 r. Henryk III, poprzez powołanie następców kanclerza, doprowadził do wyodrębnienia się tego urzędu z rady¹⁷. Jak już zostało wspomniane, rolą kanclerza było nadzorowanie pieczęci królewskiej widniejącej na pozwoleniach umożliwiających wszczynanie postępowań sądowych. Jego kompetencją było zatem stwierdzanie, czy dane żądanie może zostać zaspokojone przez którąś ze skarg wymienionych w Rejestrze Oryginalnych Skarg. Mimo to kanclerze rozszerzali listę skarg, co wywołało niezadowolenie ze strony baronów i unormowanie tej kwestii w Postanowieniach Oxfordzkich z 1258 r. Określiły one, że kanclerz mógł wydawać nowy rodzaj skargi, o ile uzyskał zgodę monarchy oraz Rady Królewskiej. W 1285 r. osłabiono jednak te wymogi, gdyż zgodnie ze Statutem Westminsterkim zezwolono kanclerzowi na wydanie skargi, jeśli istniała skarga do niej podobna. Ograniczenie praw kanclerza do wydawania skarg związane było z postępującym sztywnieniem procedur obowiązujących przed sądami *common law*¹⁸. Jednocześnie poddani, w przypadku niemożności wszczęcia postępowania z braku uzyskania skargi lub uzyskawszy wyrok ich zdaniem niesprawiedliwy, odwoływali się bezpośrednio do monarchy. Był on bowiem uosobieniem prawa i to w jego imieniu orzekali sędziowie. Zadanie odpowiadania na prośby poddanych władcy przekazywali kanclerzom, natomiast w 1349 r. król Edward III nakazał kierowanie tych próśb bezpośrednio do kanclerza. Nie tylko znał on istniejące skargi i mógł na podstawie tej wiedzy rozpatrywać petycje, ale mógł przy tym opierać się bezpośrednio na poczuciu słuszności¹⁹. Nie od razu jednak doszło do antagonizmów między kanclerzem

¹⁶ *Ibidem*, s. 83.

¹⁷ Kamiński 2001, s. 82-83.

¹⁸ *Ibidem*, s. 83.

¹⁹ *Ibidem*, s. 83-84.

reprezentującym *equity* a sędziami *common law*. Jeszcze w XIV wieku w rozpatrywaniu próśb poddanych kanclerzowi pomagali sami sędziowie, gdyż celem tego postępowania miało być przede wszystkim usunięcie nieprawidłowości, które pojawiły się w procesie stosowania prawa. Spór powstał jednak z dwóch powodów. Z jednej strony doszło do ustabilizowania się procedur sądowych, zaś sędziowie związani bardziej z parlamentem aniżeli z monarchą byli niechętni ich zmianom. Z drugiej zaś strony problematyczne okazało się samo postępowanie przed kanclerzem. Na podstawie petycji kanclerz zapoznawał się z daną sprawą i w przypadku stwierdzenia ryzyka wydania niesprawiedliwego wyroku lub zamiaru jego wprowadzenia w życie mógł zarządzić jego uchylenie lub niewszczywanie. Decyzja co do losu prośby zależała od uznania kanclerza, podczas gdy sądy stosowały prawo na podstawie jasnych reguł. Ponadto, urząd kanclerski był związany z królem. Upatrywanie w powstałym w ten sposób Sądzie Kanclerskim sposobu na obejście wyroków sądowych poprzez stosowanie przez kanclerza zasady słuszności musiało nieuchronnie prowadzić do konfliktu obu systemów²⁰.

Kreujące się antagonizmy potęgowała rosnąca popularność Sądu Kanclerskiego, co szczególnie widać przez cały wiek XV. Przyczyniła się do tego przede wszystkim prostota proceduralna. Do wszczęcia postępowania przed kanclerzem nie była potrzebna skarga, zaś kanclerz nie analizował obowiązującego prawa tak szczegółowo jak sędziowie²¹. Sprawy były rozpatrywane w trybie, który można określić jako bliski osobom zainteresowanym rozstrzygnięciem. Ilość spraw wnoszonych przed oblicze kanclerza rosła jednak w zbyt szybkim tempie i już w XVI wieku można mówić o swoistym zalaniu Sądu Kanclerskiego petycjami²². Innym problemem była kwestia wykształcenia osób pełniących urząd kanclerza. Do I poł. XVI wieku kanclerzami zostawały przede wszystkim osoby duchowne, znające się co prawda na prawie naturalnym, ale nie koniecznie na prawie powszechnym. Szczególnie widoczne stało się to podczas piastowania urzędu kanclerza przez kardynała Wolsey'a (1515-1529), który nie mając doświadczenia prawniczego w wyraźny sposób nie zgadzał się ze znawcami *common law*, arbitralnie uchylając orzeczenia sądowe²³. Z większą rozwagą do tego problemu podszedł jego następca, kanclerz Tomasz More (1529-1532), który zapoczątkował obejmowanie stanowiska kanclerskiego przez osoby wykształcone w prawie powszechnym.

²⁰ *Ibidem*, s. 84.

²¹ Baker 2019, s. 110-112, 114.

²² *Ibidem*, s. 112-113.

²³ *Ibidem*, s. 115.

Chociaż wyrażał on pogląd o rygoryzmie obowiązującego prawa i potrzebie jego korygowania przez słusność, to zamiast walczyć z sędziami próbował ich przekonać do wprowadzania koniecznych zmian w orzecznictwie. W pewnym stopniu odniósł sukces, jednak był on na tyle niewielki, że ugruntował tylko różnice między *common law* a *equity*²⁴. Absolutnie bezprecedensową sytuacją była otwarta wojna między kanclerzem Ellesmere (1596-1617) a czołowym przedstawicielem prawa precedensowego Edwardem Coke’iem²⁵. Powołany jeszcze za panowania Elżbiety I lord Ellesmere zdawał się być odpowiednim kandydatem na to stanowisko ze względu na prawnicze wykształcenie. Z czasem jednak powielił błąd kardynała Wolsey’a, gdyż wszelką krytykę swojej osoby uznawał za atak na instytucję monarchii, co spowodowało dezaprobatę sędziów. Ostatecznie spór dotyczył prawa do ponownego rozpatrywania spraw już rozstrzygniętych przez Sąd Kanclerski. Edward Coke uważał, że narusza to zasady proceduralne obowiązujące przed sądami *common law*, podczas gdy kanclerz Ellesmere wyrażał zdanie przeciwne. Spór rozstrzygnął w 1616 r. król Jakub I na korzyść kanclerza, chociaż nie bez znaczenia zapewne było popadnięcie Coke’a w niełaskę w oczach monarchy. Co prawda już w 1617 r. Ellesmere zmarł, a jego następca zabiegał o utrzymanie prawidłowych relacji z sądami *common law*, to spór ten był wyrazem nawarstwiających się różnic i animozji²⁶.

Ilość petycji oraz popularność Sądu Kanclerskiego szła w parze ze spowolnieniem procedury rozpatrywania próśb oraz podnoszonymi argumentami o arbitralność wydawanych decyzji. Znamienne w angielskiej literaturze prawniczej stało się porównanie zmienności słusności do zmienności stopy kanclerza (tj. zmian personalnych na tym stanowisku)²⁷. Z tego powodu próbowano wprowadzić jakieś ogólne wskazówki mające pomóc w rozstrzyganiu spraw. W „Dialogach między doktorem teologii a studentem *common law*” Krzysztofa St. Germain’a wskazano co prawda na wyższość *equity* nad prawem powszechnym, ale zaznaczono także, że słusność oparta jest na pewnych ogólnie akceptowanych zasadach, które kierują sprawy ku ich właściwemu osądzeniu. W świetle tych rozważań potrzebna staje się wiedza o wcześniejszych orzeczeniach Sądu Kanclerskiego. Już w 1557 r. powstaje pierwszy spis rozstrzygnięć sądu, zaś w pierwszych latach wieku XVII mówi się o słusności

²⁴ Baker 2019, s. 115-116.

²⁵ Kamiński 2001, s. 85-86.

²⁶ Baker 2019, s. 117-118.

²⁷ Kamiński 2001, s. 85.

jako „uregulowanej formie sprawiedliwości”²⁸. Wdrażanie kluczowych reform rozpoczyna się jednak w II poł. XVII wieku. Koncentrowały się one przede wszystkim na ustabilizowaniu się i wejściu w życie z góry określonych reguł opartych na słuszności, zaś środek ciężkości zadań kanclerza przeniósł się z korygowania na uzupełnianie prawa powszechnie obowiązującego. Kwintesencję reform można sprowadzić do trzech okresów historycznych oraz reprezentujących je trzech kanclerzy. Pierwszy etap przypada na koniec XVII wieku oraz piastowanie urzędu kanclerza przez Lorda Nottinghama (1673, 1675-1682)²⁹. Skoncentrował się on w swojej działalności na problemie arbitralności orzeczeń. Uważał on, że Sąd Kanclerski, tak jak każdy inny organ sądowy, powinien kierować się z góry określonymi i znanymi powszechnie zasadami, nawet jeśli chodzi o orzekanie na podstawie poczucia słuszności. Aby tego dokonać przeniósł on część rozwiązań stosowanych przez sądy *common law* na grunt systemu prawa kanclerskiego. Można to nazwać swego rodzaju odpowiedzią na krytykę zawartą w porównaniu słuszności do stopy kanclerza. Uznawał on ponadto, że chociaż słuszność nie jest oderwana od prawa w ścisłym tego słowa znaczeniu, to wyroki Sądu Kanclerskiego mogą być co najwyżej drogowskazem naprowadzającym na wydanie prawidłowego orzeczenia³⁰. Innego zdania był XVIII-wieczny kanclerz Hardwicke (1736-1756). Z jednej strony swoje poglądy opierał na dostrzeganiu subiektywności słuszności, z drugiej zaś strony był świadomy wad wynikających z systemu zbudowanego na takim przekonaniu. W rezultacie w czasach sprawowania przez niego urzędu precedens utworzony przez poprzednie wyroki Sądu Kanclerskiego mógł zostać uchylony tylko wtedy, gdy stał w sprzeczności z istotą zasady słuszności. W praktyce oznaczało to, że sądownictwo kanclerskie upodobniło się do sądów *common law* pod kątem związania precedensem³¹. Powyższe reformy ugruntował i umocnił XIX-wieczny kanclerz Eldon (1801-1805, 1807-1827), ale jednocześnie doprowadził je do pewnych skrajności. Podjął on zdecydowaną walkę z postrzeganiem słuszności przez pryzmat „stopy kanclerza” poprzez dogłębne zapoznawanie się z każdą sprawą oraz wydawanie orzeczeń opartych na pewnej ogólnej regule przyświecającej danemu rozstrzygnięciu, zachowując jednak swój kazuistyczny charakter³². Ocena jego działalności jest dość trudna i moim zdaniem nie jest możliwe ocenienie go w sposób

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, s. 86.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Baker 2019, s. 119, 121-122.

jednoznacznie pozytywny lub negatywny. Z pewnością walka z arbitralnością wyroków była w czasie piastowania przez niego urzędu wyjątkowo skuteczna. W życie weszły powszechnie znane zasady systemu *equity*, co w połączeniu z precedensowym charakterem prac Sądu Kanclerskiego pozwalało przewidywać finał sprawy. Jak widać, sposób działania zaczął się tym samym zbliżać do działania sądów *common law*. Z drugiej jednak strony pragmatyzm Lorda Eldona nie sprzyjał sprawności postępowania³³. Wręcz przeciwnie, czas pracy znacznie się wydłużył, co kładło się cieniem na wyeliminowaniu arbitralności. Nie pomogło nawet powołanie pierwszego wicekanclerza w 1813 r. W połowie XIX wieku nikt już nie miał wątpliwości, że popularny niegdyś system sądownictwa kanclerskiego podjął walkę z arbitralnością i przewlekłością postępowania jednocześnie. Z pierwszej bitwy wyszedł zwycięsko, zaś w drugiej definitywnie poległ.

Następcy Lorda Eldona próbowali zwalczać opóźnienia w pracy sądu poprzez powołanie dwóch wicekanclerzy w 1842 r. oraz utworzenie Kanclerskiego Sądu Apelacyjnego w 1851 r. Nieuchronnie jednak system *equity* zbliżał się do systemu *common law*. W 1854 r. przyjęto ustawę o procedurze prawa precedensowego, na mocy której Sąd Kancelaryjny zyskał uprawnienia do rozstrzygania pytań prawnych, zaś sądy powszechne uprawniono do wydawania nakazów oraz przyjmowania linii obrony opartej na przesłankach słuszności³⁴. Ostatecznie za panowania królowej Wiktorii parlament przyjął dwie ustawy o sądownictwie. Pierwsza z nich pochodzi z roku 1873, zaś druga z 1875 r. Tworzyły one Sąd Najwyższy (*Supreme Court of Judicature*), który w praktyce wchłonął Sąd Kanclerski oraz naczelne sądy *common law*. Składał się on z Wysokiego Sądu Sprawiedliwości (*High Court of Justice*, wyrażenie to odpowiada również izbie Sądu Najwyższego, tak też jest niekiedy tłumaczone) oraz Sądu Apelacyjnego (*Court of Appeal*). Z kolei *High Court of Justice* składał się z pięciu wydziałów, których nazwy odpowiadały zlikwidowanym sądom. Współcześnie liczbę wydziałów zredukowano do trzech. Są to Wydział Kanclerski, Wydział Ławy Królewskiej oraz Wydział Rodzinny³⁵. Dla zupełności wyводу oraz jasności przekazu należy wspomnieć, że *Supreme Court of Judicature* w 1981 r. został przemianowany na Sąd Najwyższy Anglii i Walii (*Supreme Court of England and Wales*), zaś na początku XXI wieku zyskał miano sądu wyższej instancji jako *Senior Courts of England and Wales*, dla odróżnienia od wyodrębnionego wtedy Sądu

³³ Kamiński 2001, s. 87.

³⁴ Baker 2019, s. 122-123.

³⁵ Kamiński 2001, s. 87.

Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (*Supreme Court of the United Kingdom*). Poza wspomnianym już Sądem Apelacyjnym oraz *High Court of Justice*, w jego skład wchodzi obecnie także Sąd Koronny (*Crown Court*). W ustawie z 1873 r. wskazano, że utworzony w ten sposób organ sądowy ma orzekać w sprawach dotychczas należących do właściwości *common law*, jak i *equity*. Nie scalono jednak samej egzystencji obydwu systemów, gdyż w przypadku podnoszenia przez stronę argumentów ze słuszności, sąd miał orzekać na tej właśnie podstawie, a więc podobnie co były Sąd Kanclerski. Początkowo jednak próbowano zlikwidować całkowicie tę odmiennosc. Pierwszy przewodniczący Sądu Apelacyjnego, George Jessel, próbował wdrożyć założenia *equity* do prawa precedensowego, z czym nie zgadzał się jego następca, Lord Esher, zwolennik pozostawienia rozdzielności systemów. Paradoksalnie, spory te u schyłku XIX wieku okazały się całkowicie zbędne. Niezależnie bowiem od przyjętej koncepcji, nie dochodziło do znaczących zmian. W rezultacie wysunięto tezę, zgodnie z którą same *common law* i *equity* nigdy nie były ze sobą sprzeczne, a historyczny konflikt koncentrował się na strukturze sądownictwa³⁶. Prawo precedensowe realizowało zasady słuszności, zaś słuszność nie byłaby w stanie istnieć jako zupełnie samodzielny byt bez prawa powszechnego. Nie można jednak powiedzieć, że byty te są ze sobą tożsame, gdyż do dzisiaj się je rozróżnia. Chociaż w ustawach o sądownictwie przyznano pierwszeństwo słuszności, to ostatecznie samo *common law* również ewoluowało. Sędziowie, poza prawem w ścisłym tego słowa znaczeniu, dostrzegli użyteczność słuszności, posługując się nią czasami w orzeczeniach lub przynajmniej posiłkując się jej założeniami w celu zrozumienia sensu i celu litery prawa. Pozostałością po dawnym podziale są także aspekty proceduralne funkcjonujące w Wydziale Kanclerskim, gdzie rolę pierwszoplanową zdaje się do dzisiaj odgrywać właśnie *equity*³⁷. Mimo to nie używa się obecnie określenia „sąd słuszności” podkreślając, że również wspomniany wydział jest przede wszystkim „sądem prawa”, a *equity* stosowana jest w szerszym jej znaczeniu³⁸.

II. Współczesne znaczenie *common law* i *equity*

Chociaż strukturalny podział na organy stosujące *common law* i *equity* uległ w większości rozpadowi, brytyjscy prawnicy do dzisiaj rozróżniają te pojęcia. Jest to istotne przede wszystkim z punktu widzenia spraw, które

³⁶ Baker 2019, s. 123-124.

³⁷ *Ibidem*, s. 124.

³⁸ Kamiński 2001, s. 92-93.

ze względu na swoją naturę pasują bardziej do jednego z tych systemów, nie dopuszczając do zastosowania obojętności w wyborze. Rozróżnieniem jest także katalog środków prawnych dostępnych w poszczególnych systemach, a także charakter rozstrzygnięć, które sądy mogą wydać w oparciu o nie. Należy również zauważyć, że w praktyce o wyborze podstawy roszczenia decyduje pożądaný efekt, który strona procesowa chce uzyskać. Uogólniając zagadnienie, system *common law* operuje środkami prowadzącymi do uzyskania odszkodowania, zaś system *equity* dąży do zobligowania drugiej strony do zachowania się w określony sposób. Z pierwszego systemu skorzysta zatem osoba, której sprawa dotyczy niewłaściwego wykonania zobowiązania lub w ogóle jego niewykonania, deliktów będących efektem niedbalstwa, zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia, oszustw tudzież naruszeń prawa własności. Z kolei system słuszności znajdzie zastosowanie np. w przypadku nadużycia zaufania w stosunku prawnym, stwierdzenia obowiązywania prawa własności czy też pozbawienia prawa własności dłużnika, który nie ma możliwości spłacenia należnego długu. Na podstawie *equity* sąd może również orzec o nieważności czynności prawnej³⁹. Jak już wskazano, powyższy podział jest pewnym uogólnieniem, gdyż na podstawie słuszności możliwe jest orzeczenie odszkodowania, jednak w innych sytuacjach. Dlatego prawnikom wykształconym i doświadczonym w procedurach właściwych dla systemu kontynentalnego często trudno jest określić, kiedy będą mieli do czynienia z *common law*, a kiedy z *equity*. Jednakże jak wynika z praktyki prawników angielskich, podział ten kieruje się pewną logiką, którą da się opanować. Pomocna w tym jest wiedza z zakresu ewolucji obydwu systemów. W podrozdziale I wielokrotnie wskazywano na wykształcanie się słuszności jako uzupełnienia prawa powszechnego. Miało ono pomagać prawu tam, gdzie niedomagało lub prowadziło do oczywiście niesprawiedliwych rozstrzygnięć. Wszelkie spory wynikały z kompetencji poszczególnych instytucji sądowych, gdyż w obu przypadkach podstawą aksjologiczną była sprawiedliwość i potrzeba jej realizacji. *Equity* było zatem narzędziem, które miało naprawiać pojawiające się błędy.

Mimo to problematycznym aspektem jest relacja *common law* i *equity*. Łatwo sobie wyobrazić sytuację, w której orzeczenie wydane w jednym systemie opowiada się za jakimś prawem, podczas gdy drugi system neguje to prawo. Aby rozwiązać taki problem należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na kryterium przedmiotowe. Część spraw może być bowiem rozpatrywana jedynie w systemie opartym na słuszności i wtedy o żadnej sprzeczności

³⁹ Kusaj 2014, s. 222-223.

czy konflikcie nie da się mówić. Mowa będzie wtedy o wyłącznej właściwości któregoś z systemów, np. dla systemu *equity* właściwe będą sprawy związane z powiernictwem⁴⁰. Problem nie wystąpi również wtedy, kiedy orzeczenia różnią się charakterem. Zazębianie się systemów wystąpi natomiast wtedy, kiedy co prawda sprawa nie podlega pod wspólną jurysdykcję, ale systemy oddziałują na siebie w ramach pomocniczości. Przed wejściem w życie ustaw o sądownictwie pomocniczość uwidaczniała się w ingerencji kanclerza w rozstrzygnięcia sądów *common law*. Obecnie tego typu pomocniczość pełni funkcję wzmocnienia roszczenia powoda⁴¹. O krok dalej należy pójść w sytuacji stwierdzenia właściwości obydwu systemów. Możliwa jest wtedy sytuacja, w której sprawa podlega jurysdykcji zarówno *common law*, jak i *equity*. Wbrew pozorom, nie zawsze oznaczało to możliwość wyboru dogodniejszego systemu. Do II poł. XIX wieku istniał obowiązek udania się zarówno do sądu powszechnego, jak i Sądu Kanclerskiego. Jeden sąd orzekał w sprawie sankcji, zaś drugi badał, czy dane roszczenie jest zasadne. Po unifikacji sądownictwa, kiedy to sędziowie zyskali uprawnienia do orzekania w zgodzie z wartościami obydwu systemów, *equity* pełni funkcję uzupełniającą w ścisłym tego słowa znaczeniu wobec *common law*. Jeśli bowiem ochrona w ramach *common law* przestała być możliwa do uzyskania albo nigdy nie istniała, pustkę tę wypełni słuszość⁴². Załóżmy, że osoba zobowiązana wobec mnie nie wypełniła swojego zobowiązania. *Common law* przyznałoby mi w takiej sytuacji prawo do odszkodowania. Mnie jednak z jakiegokolwiek powodu bardziej zależy na określonym zachowaniu ze strony takiej osoby, czego jednak prawo powszechne nie przewiduje. W takiej sytuacji mogę ubiegać się o zastosowanie zasad słuszości, które są władne do wydania satysfakcjonującego mnie orzeczenia. Należy przy tym wysunąć wnioski, że unifikacja sądownictwa umożliwiła stronom uzyskanie wpływu na stosowany system. Relacja między *common law* a *equity* stawia ostatecznie pytanie o możliwość wystąpienia sprzeczności między obydwoma systemami. W odpowiedzi na ten problem doktryna prawa brytyjskiego przyjęła idealistyczny sposób postrzegania prawa. Realizuje się on w mechanizmach mających na celu wyeliminowanie ewentualnych sprzeczności. Z tego powodu usiłuje się porządkować roszczenia, przypisując się je do jednego z systemów, a także uwidaczniać różnice między nimi. Sędziowie natomiast mają w swoich wyrokach dążyć do godzenia reguł słuszości i prawa powszechnego. Chociaż nie da się w pełni wykluczyć konfliktów między systemami i wynikających

⁴⁰ *Ibidem*, s. 224-225.

⁴¹ Kusaj 2014, s. 225-226.

⁴² *Ibidem*, s. 225.

z tego niepewności prawnych, praktyka prezentuje się w optymistyczny sposób. Ilość sprzeczności, których wyeliminowanie byłoby wyjątkowo problematyczne, jest bowiem znikoma⁴³.

Kompletność rozważań o współczesnym zastosowaniu *common law* i *equity* wymaga poddania analizie konstrukcji prawnych właściwych wyłącznie dla jednego z systemów. Ich pełny katalog byłby zapewne bardzo obszerny, toteż zasadne jest przyjęcie pewnego ograniczenia. Pomocna jest w tym myśl Fryderyka W. Maitlanda, który stwierdził, że najważniejszym osiągnięciem systemu *equity* było wykreowanie instytucji powiernictwa oraz trzech środków zaradczych w postaci szczególnego wykonania, nakazu oraz sądowego zarządu nieruchomościami⁴⁴. Biorąc pod uwagę autorytet autora tych słów, jedynie tym zagadnieniom zostanie poświęcona uwaga. Powiernictwo (*trust*) to nic innego jak przekazanie przez właściciela własności rzeczy innej osobie przy równoczesnym zastrzeżeniu, że rzecz pozostanie w posiadaniu pierwszego właściciela. Przy jego zastosowaniu powstawał specyficzny stosunek prawny, w którym nowy właściciel (*trustee*) był uznawany przez *common law*, ale jednocześnie stawał się zobowiązanym wobec byłego właściciela (*beneficiary*), który pozostawał nim w świetle *equity*⁴⁵. Pewne założenia aksjologiczne tej instytucji widnieją już w jej nazwie, gdyż angielska nazwa powiernictwa, a mianowicie *trust*, oznacza również „zaufanie”. Początkowo powiernictwo wykorzystywane było przez zakony muszące mieć środki na utrzymanie, ale nie mogące ze względu na swoje przekonania być właścicielami. Później dodano do tego aspekt z prawa spadkowego, gdyż poprzez umiejętne określanie osoby właściciela można było unikać płacenia wysokich podatków. Na przestrzeni wieków powiernictwo znalazło również zastosowanie w utrzymaniu własności przez zamężną kobietę, operowaniu własnością wobec osób niepełnoletnich i niepełnosprawnych oraz tworzeniu spółek kapitałowych i organizacji charytatywnych⁴⁶. Zaufanie jest wartością zarówno piękną, jak i kruchą. Mogło się zdarzyć, że właściciel w świetle *common law* postanowił nie wywiązać się ze swojego obowiązku. Prawo powszechne nie udzielało ofiarom koniecznych środków ochrony, jednak z pewnością taka sytuacja nie mogła zostać uznana za sprawiedliwą i słuszną. Wtedy też interweniował kanclerz, chroniąc właścicieli w świetle *equity* poprzez wydanie nakazu wzywającego do spełnienia zobowiązania. Czynność ta była o tyle skuteczna,

⁴³ *Ibidem*, s. 224.

⁴⁴ Maitland 1949, s. 22.

⁴⁵ Kamiński 2001, s. 87-88.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 88.

że niezastosowanie się do niej mogło skutkować pozbawieniem wolności. Stosunek prawny nie ulegał zmianie, a sprawiedliwości stawało się zadość. *Common law* zostawało uzupełnione przez *equity*.

Doktryna wyróżnia powiernictwo dobroczynne, publiczne i prywatne. Pierwsze z nich związane jest oczywiście z działalnością na rzecz społeczeństwa, natomiast rozróżnienie dwóch pozostałych wynika z uprawnionego podmiotu. W przypadku powiernictwa publicznego jest nim społeczeństwo jako całość, zaś przy powiernictwie prywatnym jest nim zindywidualizowana jednostka. Ponadto w ostatniej z kategorii wyróżnia się powiernictwo utworzone zgodnie z przewidzianymi procedurami oraz wynikające z innych przepisów. Powiernictwo prywatne utworzone w sposób inny niż przewidziany przez prawodawcę może przybrać formę powiernictwa wynikowego (*resulting trust*) lub powiernictwa konstruktywnego (*constructive trust*)⁴⁷. W pierwszym przypadku własność wynika z powiernictwa i wraca do właściciela w świetle *equity*. Taka sytuacja będzie miała miejsce np. wtedy, kiedy zlecam komuś kupienie określonej rzeczy za moje pieniądze. Bardziej skomplikowana jest struktura *constructive trust*. Chociaż nie została ona ujęta w szczegółowych regułach, co wynika z chęci pozostawienia większej swobody sądom, to można sformułować dwie naczelnne zasady zawierające kwintesencję tej instytucji. Przyjmuje się, że między stronami koniecznie musiało istnieć zaufanie, które następnie uległo rozpadowi. Jednocześnie ze względu na to właściciel stawał się w istocie powiernikiem⁴⁸. Z powiernictwem konstruktywnym będziemy mieć do czynienia np. w przypadku ustanawiania identycznego testamentu przez współmałżonków i jego zmiany po śmierci jednego z nich. Problematyka ta występuje również w kwestii nieformalnych związków, czego dowiodła sprawa *Eves v. Eves*. Strony założyły rodzinę, miały wspólne nazwisko, jednak nie mogli zawrzeć małżeństwa. Podczas kupna domu własność przypadła panu Eves. Problem pojawił się, kiedy związek dobiegł końca. W rozstrzygnięciu sąd stwierdził, że w świetle *common law* pan Eves jest właścicielem, jednak niesłuszne byłoby ignorowanie roszczeń pani Eves. W rezultacie w świetle *equity* pan Eves stał się powiernikiem domu⁴⁹. Ustanowienie powiernictwa nie wynikało z woli którejkolwiek ze stron, a było wynikiem zaistniałej sytuacji oraz istniejącego niegdyś zaufania.

W systemie *common law* strona może żądać odszkodowania, zaś w systemie *equity* możliwe jest dochodzenie określonego zachowania się. Służy temu

⁴⁷ Kamiński 2001, s. 88-89.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 89.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 90.

instytucja szczególnego wykonania. Znajduje ona zastosowanie przede wszystkim w prawie umów, kiedy przedmiot umowy jest indywidualnie określony. Historycznie sprawy z tego zakresu dotyczyły wstrzymywania uzgodnionej sprzedaży ziemi. Zainteresowanemu kupnem bardziej zależało na wyegzekwowaniu wykonania transakcji aniżeli na jakimkolwiek odszkodowaniu. Przyjmuje się, że aby wydać dekret o szczególnym wykonaniu, system *common law* musi nie zapewniać odpowiedniej pomocy, zaś sam dekret ma być niezbędny i wykonalny. Obecnie instytucja ta ma szerokie granice zastosowania, czego wyrazem było chociażby dopuszczanie przez sądy umów akcyjnych ropy naftowej w czasie kryzysu w latach 70. XX wieku, kiedy premierem był Edward Heath⁵⁰. Mimo to orzecznictwo wypracowało też pewne ograniczenia. Przykładem jest tzw. „zasada czystych rąk”, która nakazuje wnioskodawcy zachowywanie się w sposób sprawiedliwy i zgodny z zasadami słuszności, jako że właśnie te wartości zostają naruszone i o ich ochronę strona się ubiega. Znacznie szersze zastosowanie w kontekście przedmiotowym ma nakaz (*injunction*), który nie ogranicza się jedynie do umów, a funkcjonuje na wielu innych płaszczyznach. Nakłada on na stronę obowiązek zachowania się w określony sposób, zarówno poprzez działanie, jak i zaniechanie. Warunkiem wnioskowania o wydanie nakazu jest wykazanie, że ma się uprawnienia w świetle któregośkolwiek z systemów⁵¹. Orzeczenie może mieć charakter stały lub czasowy, a do jego wydania stosuje się zasady podobne do tych, które znajdują zastosowanie przy szczególnym wykonaniu. Ewentualne działanie *common law* musi więc zostać uznane za niezadowalające, a sam nakaz musi być realnie wykonalny i podlegający sankcji. Nie może o niego ubiegać się osoba, która sama postępuje wbrew przyjętym zasadom, zaś istota nakazu nie może być rażąco krzywdząca dla drugiej strony. Przykładami działania tej instytucji jest nakaz opuszczenia domu przez osobę znęcającą się nad rodziną i sprawy związane ze zniesławieniem oraz pozbywaniem się majątku w celu uniemożliwienia wierzycielom zaspokojenia długu⁵².

III. Konkluzja

System prawny Wielkiej Brytanii można określić, nawiązując do tytułu rozdziału, mianem balansującego między *common law* a *equity*. Oba te systemy mają wspólne korzenie, które z jednej strony od razu się rozeszły,

⁵⁰ Kamiński 2001, s. 90.

⁵¹ *Ibidem*, s. 91.

⁵² *Ibidem*, s. 91-92.

a z drugiej zawsze pozostawały blisko siebie. Znamienna jest współpraca sędziów i kanclerza przez kilka wieków. Nawet jeśli z czasem pojawiły się konflikty, to nie sposób nie zauważyć, że koncentrowały się one na strukturze sądownictwa, a nie na egzystencji czy regułach w obrębie obydwu systemów. Dowodem na to jest historia prawa w XIX wieku, gdzie już samo przyznanie sądom kompetencji do orzekania w oparciu o jednocześnie *common law* i *equity* przyniosło oczekiwane rezultaty. Unifikacja sądownictwa była natomiast zwieńczeniem dzieła. Rozróżnianie prawa powszechnego i słuszności jest dla angielskich prawników mniej więcej tym, czym dla polskich prawników jest podział na prawo cywilne, karne i inne. W rezultacie, oba systemy do dzisiaj znajdują zastosowanie, chociaż doktryna musiała wspomóc się wypracowaniem mechanizmów użytecznych przy różnych kombinacjach relacji między systemami. Każdy z nich ma istotne znaczenie oraz przynosi odpowiednie rozwiązania służące społeczeństwu. Prawo powszechne sprawiedliwie reguluje rzeczywistość, ale to słuszność służy mu pomocą, kiedy potrzebuje uzupełnienia. Sędzia orzeka na podstawie prawa, ale dostrzega możliwości wynikające z obydwu praw. Pomimo, że kiedyś słuszność zyskiwała przewagę, obecnie należy przyjąć, że jest na odwrót. Trafne jest występujące w literaturze porównanie brytyjskiego systemu prawnego do płaszcza, który wiele przeżył i potrzebował naprawy. Zarówno główny materiał, jak i łąty są konieczne, aby okrycie było funkcjonalne. *Common law* pozbawione *equity* byłoby jak dziurawy płaszcz, a *equity* bez *common law* to jedynie kawałki tkaniny latające na wietrze⁵³. Dopiero po zszyciu ich w całość uzyskamy płaszcz, który będzie w stanie chronić społeczeństwo przed szkodliwym chłodem naruszeń prawa.

Bibliografia

Arystoteles

2012 *Etyka nikomachejska*, Warszawa.

Baker J.

2019 *An Introduction to English Legal History*, Oxford.

Brand P.

2018 *The Beginnings of the English Common Law (to 1350)*, [in:] *The Oxford Handbook of European Legal History*, H. Pihlajamäki, M. D. Dubber, M. Godfrey (ed.), Oxford.

⁵³ Cross, Radcliffe, Hand 1971, s. 133.

- Cross G., Radcliffe G. R. Y., Hand G. J.
1971 *The English Legal System*, Londyn.
- Dworkin R.
1986 *Law's Empire*, Londyn.
- Hegel G.
1952 *Philosophy of Right*, tłum. Knox, Oxford.
- Kamiński I. C.
2021 *Miejsce słuszności w anglosaskiej tradycji prawnej*, Państwo i Prawo, z. 12.
- Koszowski M.
2009 *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*, Warszawa.
- Kusaj M.
2014 *System equity w Wielkiej Brytanii – rozwój i funkcja*, [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka (red.), Wrocław.
- Maitland F. W.
1949 *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge.

BETWEEN COMMON LAW AND EQUITY – THE HISTORY AND APPLICATION OF CASE LAW IN GREAT BRITAIN

Abstract: The legal system in the United Kingdom consists of two coexisting systems: common law and equity. The former is mainly associated with court rulings, while the latter is understood as principles of fairness. Historical development shows that both systems have common roots. Only over time did a conflict arise between them, which mainly concerned the structure of the judiciary. The Chancellor's Court, representing the system of justice, became more popular in the 15th century than the common law courts, but at the same time the number of complaints caused delays in its work. Criticism also included the question of arbitrariness of the decisions. Judges disagreed with the chancellor's activities, but the chancellor himself saw the need for reforms to heal the equity system. Eventually, however, in the 19th century the Judiciary Acts were enacted, under which the courts became competent to adjudicate on the basis of assumptions derived from both systems. Nevertheless, this division still plays an important role. The common law system operates mainly

through compensatory measures, while equity allows for ordering behaviour. It is also necessary to draw attention to the relationship between the systems and to answer the question of whether there are contradictions between them in practice. Also worthy of analysis are those selected from the actions appropriate to fairness. In this case, it will be a trust, a specific performance and an injunction. The aim of the paper is to present the historical development of common law and equity systems, taking into account the antagonisms created between them. Considerations also include the contemporary meaning of the above division, thanks to which the topic is presented in a comprehensive way.

Keywords: common law, equity, history of British law

MAŁŻEŃSTWO COMMON LAW - KIEDY TO SĘDZIA MÓWI CEREMONIALE „TAK” W IMIENIU PARY

Abstrakt: Celem rozdziału jest przedstawienie informacji odnośnie do małżeństwa opartego na prawie zwyczajowym, którego korzenie sięgają przez stare prawo anglosaskie aż do Rzymu oraz Grecji. Jest to sytuacja, w której para bez licencji małżeńskiej lub udziału w ceremonii ślubnej uzyskuje prawa, które przypadają sformalizowanemu prawnie małżeństwu. Do uznania małżeństwa common law konieczne jest orzeczenie sędziego, które opiera się na kazuistycznym rozpatrzeniu poszczególnych okoliczności sprawy- jest to typowy precedens schematyczny dla krajów anglosaskich i przeciwstawny systemom prawa europejskiego. Instytucja ta nie jest jednak obrządkiem powszechnym. W Stanach Zjednoczonych istnieje tylko w niewielkiej ilości stanów, w Kanadzie uznawane są tylko małżeństwa zwyczajowe oparte o konkretny cel, w Wielkiej Brytanii sądownictwo całkowicie odcina się od tej praktyki. Powszechna krytyka owej instytucji opiera się na skomplikowaniu wydawania orzeczeń w tych sprawach, gdzie muszą szczegółowo zostać rozpatrzone wszelkie, nawet najdrobniejsze kwestie życia codziennego pary, w tym zagadnienia najważniejsze tj. czy precedens zezwala przedmiotowo na uznanie takiej relacji, jaki jest wymagany czas wspólnego zamieszkiwania pary, czy strony faktycznie zamierzałyby zostać małżeństwem gdyby posiadały taką możliwość, czy rodzina i przyjaciele traktują parę jako małżeństwo bądź przyszłe małżeństwo- wspólnym czynnikiem natomiast we wszelkich sprawach jest konieczność posiadania zdolności prawnej przez obie strony do zawarcia małżeństwa. Nie tylko wokół samego procesu istnieje wiele kontrowersji, ale również w samym rozumowaniu instytucji w społeczeństwie. Błędnie myli się małżeństwo zwyczajowe z domniemanym małżeństwem, konkubinatem, czy nawet czasami z małżeństwem ceremonialnym. Sędziowie argumentują często, że sprawy w tym zakresie stanowią trudne wyzwanie, są mętne i zbędne patrząc na fakt jak łatwo osiągnąć określony prawie stan cywilnym jakim jest małżeństwo. Problematyka tego rozdziału opiera się na zapoznaniu się reliktową instytucją małżeństwa common law oraz zastanowieniu się nad zasadnością jej istnienia.

Słowa kluczowe: małżeństwo, common law, zwyczaj, precedens, system anglosaski.

WSTĘP

Małżeństwo common law wyradzało się z głęboko zakorzenionych zwyczajów, które kształtują się od początku istnienia człowieka jako cywilizowanego bytu na powierzchni ziemi. Ludy poprzez długotrwałą praktykę oraz powtarzalność zachowań wykształciły przy podparciu tego zgodnym przekonaniem społecznym- pewne normy zwyczajowe, o których nie decydują czynniki prawa stanowionego, które muszą przejść odpowiedni tryb legislacyjny. Zwyczaj nie wymagają instytucjonalnego potwierdzenia. Pomimo mozolności wytwarzania się zwyczajów traktowane są one jako kultywowany obowiązek a jednocześnie przywilej obywateli. Choć obecnie wszelkie kraje opierają na prawie bardziej ugruntowanym to w przypadku systemów common law zwyczaj był podstawą do wykształcenia się precedensu. Common law nazywany w Polsce prawem precedensowym to typ systemu prawnego, który obowiązuje głównie w państwach anglosaskich, gdzie orzekanie sądowe uznawane jest również za źródło prawa. W takim przypadku tworzenia prawa wiąże się nie tylko z istnieniem stanowionych norm prawnych, ale także oparciem prawa na rozstrzygnięciach sądowych, które czerpią z wcześniejszych precedensów. Precedensem jest natomiast zasada lub reguła prawna obowiązująca w danym kraju rozstrzygania przez sąd we wszystkich podobnych sprawach, które będą przedmiotem rozstrzygania w przyszłości. W ten sposób anglosaski system zataił granicę pomiędzy stanowieniem a stosowaniem prawa. Sędziowie wiedzą, że precedensu tak naprawdę się nie tworzy tylko odkrywa. Wymaga to ściśle ustalonej praktyki, która zezwoli na niepodważanie merytorycznego rozstrzygnięcia.

Prawo rozwija się i choć zasady prawa pozostają niezmiennie, to jednak (i jest to jedna z zalet prawa zwyczajowego) ich stosowanie ma się zmieniać wraz ze zmieniającymi się okolicznościami czasów. Niektórzy mogą nazwać to regresem, ja nazywam postępem ludzkiej opinii.¹

W rozwoju postępu ludzkiej opinii wykształciła się instytucja małżeństwa common law. Jest to małżeństwo oparte na prawie zwyczajowym, którego korzenie sięgają starego prawa angielskiego oraz czasów starożytnych. Istnieje ono na niewielkiej ilości obszarów np. w niektórych stanach USA, Kanadzie, Izraelu. Jeżeli nie zamieszkuje się jednego z obszarów przewidującego precedensu małżeństw common law, drogą do legalnych uprawnień będzie jedynie ceremonialne powiedzenie swojej drugiej połowie *tak*, natomiast

¹ Samuel Taylor Coleridge.

na terenach dopuszczających mamy możliwość orzeknięcia ceremonialnego *tak* za parę przez sędziego. Po co taki byt, który związany jest z wieloma mitami i wieloma komplikacjami? Pary mogą unikać licencjonowanego małżeństwa z wielu indywidualnych powodów, takich jak strach przed oficjalnym zobowiązaniem, wymuszenie braku podjęcia się ceremonii ze względu na sytuację finansową, brak zainteresowania takim zobowiązaniem w sytuacji życiowej, w której się znajdowali do momentu pojawienia się potrzeby posiadania statusu małżeństwa.

Nagle jednak może pojawić się konieczność posiadania przez parę praw i obowiązków zalegalizowanego małżeństwa. Pojawia się pytanie- Co możemy teraz zrobić? Pary w systemie civil law nie mają innego wyjścia jak zawrzeć formalne, oficjalne małżeństwo natomiast pary w systemie common law mogą zwrócić się do sędziego aby ich relacja nabrała skutków prawnych bez warunków wstępnych licencji małżeńskiej lub udziału w ceremonii ślubnej. Aby zawrzeć małżeństwo common law potwierdzone przez sędziego para musi spełniać jednak pewne wymagania (w większości wspólne dla tej instytucji w różnych państwach czy też stanach). Samo wspólne mieszkanie nie wystarczy dla potwierdzenia małżeństwa na podstawie prawa zwyczajowego, pomimo że jest to jeden z czynników. Niektóre sądy określają ilość czasu jaki para musi razem zamieszkiwać, w stanach wykształciła się w społeczeństwie zasada siedmiu lat, która jest jednak mitem, ponieważ wymagany czas jest zawsze określony poprzednimi orzeczeniami sądu w podobnych sprawach. Obie strony muszą jednak zamierzać być małżeństwem oraz posiadać prawo lub zdolność do zawarcia małżeństwa – zgodę obu stron na zawarcie związku małżeńskiego, posiadanie przez nich odpowiedniego wieku oraz posiadanie zdolności umysłowej w granicach wyrażenia zgody na dostosowanie się do natury małżeństwa oraz obowiązków z niego wynikających np. zobowiązań finansowych. Zostaje jeszcze jeden wymóg społeczny- obie strony relacji muszą uznawać się przed przyjaciółmi oraz rodziną jako para, która byłaby małżeństwem tj. mogą mieć przyjęte to samo nazwisko albo odnosić się do siebie publicznie jako mąż, żona, małżonek i pochodne albo posiadać wspólnie rachunek bankowy, karty kredytowe bądź zobowiązania finansowe jak np. wspólny zakup domu, samochodu, dzielenie wydatków, a nawet złożenie wspólnego zeznania podatkowego. Innymi słowy- pomimo nieposiadania statusu małżeństwa, wobec świata musimy być tak postrzegani. Sędzia po rozstrzygnięciu wszelkich kwestii w procesie wydaje orzeczenie, w którym przyznaje parze przywileje oraz utrudnienia związane z małżeństwem. Takie kwestie są jednak trudne do rozstrzygnięcia i budzą wiele wątpliwości i muszą wystąpić jasne

i przekonujące dowody. Zwykle to upośledzony ekonomicznie partner dąży do uznania. Takie uznanie małżeństwa opartego na prawie zwyczajowym pomogło wielu kobietom, które często były ekonomicznie zależne od swoich partnerów. Należy jednak posiadać świadomość, że po uznaniu małżeństwa common law należy się rozwieść na zasadach tradycyjnych, zwyczaj przewiduje bowiem małżeństwo na nim oparte jednak rozwodu już nie.

Bardzo typowym kontekstem byłaby kobieta, która żyła z mężczyzną i była od niego całkowicie zależna finansowo. To on zarabiał pieniądze, ona wykonywała prace domowe. [To jest] bardzo tradycyjny rodzaj związku, ale nigdy oficjalnie się nie pobrali. [Bez małżeństwa zwyczajowego] nie jest uprawniona do żadnych świadczeń z Ubezpieczeń Społecznych, ponieważ to wszystko dzięki płatnej pracy. Jeśli byli legalnie małżeństwem, mogła pobierać świadczenia małżeńskie lub, jeśli on nie żyje, zasiłki wdowy. Ale ponieważ nie byli oficjalnie małżeństwem, ona nic nie dostaje.²

HISTORIA MAŁŻEŃSTW COMMON LAW

Skąd jednak wziął się tak oryginalny twór? Co ciekawe na samym początku należy doszukiwać się małżeństw common law nie w historii anglosaskiej, a w Rzymie³ czy Grecji⁴, których to prawo było przecież podwaliną dla prawa civil law krajów europejskich. W tych starożytnych państwach małżeństwa były prywatnymi umowami między osobami ze względu na ich status majątkowy. Decyzję o zawarciu umowy podejmował ojciec panny młodej- starano się to robić jak najwcześniej, ponieważ na osoby stanu wolnego nakładano wysokie kary pieniężne, a samo już oficjalne przyrzeczenie, że się owe małżeństwo zawrze pozwalało owej kary uniknąć. Para stawiała się przyrzeczonymi w Grecji, w Rzymie zaś narzeczonymi. Samo wspólne uznanie małżeństwa było już w dużej mierze tym, co kwalifikowało parę jako małżeństwo. Urzędnicy cywilni, czy też religijni nie brali udziału w ceremoniach zaślubin i nie rejestrowano legalnego związku- dopiero z biegiem rozwoju cywilizacyjnego małżeństwo zaczęło przekształcać się w oficjalny, zalegalizowany związek czy to przed bogami czy urzędnikiem. W przypadku tych nieformalnych ustaleń, kiedy pary zamieszkiwały razem bez ceremonii, ich wspólne zamieszkiwanie przez umiarkowany okres czasu wystarczyło aby uznać ich za małżeństwo i nie niosło to ze sobą sankcji rozproszonych ze strony społeczeństwa- starożytni

² Jill Hasday, profesor prawa rodzinnego University of Minnesota Law.

³ Mc Krause 2014.

⁴ Zeman 2009.

za najważniejszy z celów społecznych obierali kult rodzinny i wychowania i jeżeli ktoś do tego dążył było to pochwalane.

Imperia Rzymskie oraz Greckie doczekały swojego kresu i pojawiła się chrześcijańska, choć na początku anarchiczna złożona z plemion Europa. Kiedy pojawia się jednak luka dla dominacji, pojawia się również nowe państwo dominujące i tak o to dynastia Karolingów rozpoczęła swój rozrost. Pojawiło się małżeństwo oficjalne kształtowane w myśl prawa kanonicznego, jednak znany był również przypadek tzw. małżeństwa duńskiego. Nie był to konkubinatu, ponieważ jak w przypadku małżeństw *common law* również wyrażał się oficjalny charakter takiego związku przy przyznaniu praw, które były jednak ograniczone w stosunku do małżeństwa oficjalnego. Dzieci takich par nie były traktowane jak bękart, ale posiadały też słabszą pozycję prawną niż dzieci z oficjalnych małżeństw ceremonialnych. Karol Wielki poprzez takie działania zawierał relacje swoich córek. Wymogiem nabrania charakteru oficjalnego było obdarowanie *Morgengabe*⁵ panny młodej przez panna młodego w noc poślubną⁶. Duńczycy musieli być wielkimi wielbicielami wolnej miłości ponieważ w latach 1241-1683 twierdzili, że jeżeli ktoś zamieszkuje ze swoją kochanką przez trzy lata i ją utrzymuje oraz wykonuje z nią codzienne czynności to staje się ona jego prawowitą żoną i panią domu.⁷ Nieoficjalnymi relacjami były również małżeństwa niewolników czy służących, którzy przede wszystkim nie posiadali praw do ich zawierania. Całym tym procesem kierowali ich panowie. Te rodzaje małżeństw istniały w zakresie działań legalnych, ale istniały również małżeństwa nielegalne uskuteczniane poprzez porwanie, które było ścigane zarówno z mocy prawa kanonicznego jak i z mocy prawa świeckiego. W średniowieczu pojawił się również dysonans, który występuje do dzisiejszych czasów w pewnych kulturach Czarnej Afryki- czy w małżeństwie ważniejsza jest zgoda obojga zainteresowanych, czy też nierozzerwalne połączenie krwi poprzez spłodzenie potomstwa? Wiele niejasnych zagadnień wymusiło na Kościele narzucenie świętości sakramentu małżeńskiego od X wieku i podporządkowanie go pod wolę i szacunek wobec Jezusa Chrystusa. Traktowanie małżeństwa jako umowy prywatnej zawieranej przez nieoficjalne ustalenia miało być urąganiem czci bożej, a średniowieczna Europa tak wychowana w duchu miłości i zasad bożych bała się potępienia i zaczęła

⁵ Dar poranny – występujący w społecznościach germańskich zwyczaj polegający na tym, że mężczyzna po spędzeniu nocy poślubnej składał swojej żonie podarunek stanowiący dla niej rekompensatę za utracone dziewictwo. W przypadku niezadowolenia z nocy poślubnej nie składał go wcale.

⁶ Grodziski 1990 s. 67.

⁷ Codex Holmiensis (Jyske Lov), 1241.

te rezolucję propagować. Wymagana zgoda kościoła prowadziła jednak do sytuacji wyłączenia możliwości zawarcia małżeństwa dla niektórych, ze względu na konieczności pokrycia kosztów tego obrządku lub stanu urodzenia- nieoficjalne małżeństwa były więc dalej kultywowane tylko już potajemnie.

Kierując swój wzrok w stronę krajów angielskich, to nawet po ustaleniach Soboru Laterańskiego IV z 1215 r., który wyraźnie odniósł się do małżeństwa, a nawet po kolejnych Soborach, które ustanowiły małżeństwo jako jeden z sakramentów, widzimy że małżeństwa potajemne, nieoficjalne są na porządku dziennym, zaczęły być one jednak karane.

Potajemne małżeństwa i składanie o nich świadectwa przez księdza są zabronione. Małżeństwa, które mają być zawarte, muszą być ogłaszane w kościołach przez kapłanów, aby w razie uzasadnionych przeszkód mogły być ujawnione. Jeśli istnieją wątpliwości, niech rozważane małżeństwo będzie zakazane, dopóki sprawa nie zostanie wyjaśniona.⁸

Sytuacja powodowana chęcią poślubienia kolejnej żony poprzez Henryka VIII Tudora i doprowadzenia przez niego za zgodą parlamentu angielskiego oraz prymasa Thomasa Cranmera do rozłamu w Kościele w celu utowrowania drogi do anglikanizmu doprowadziła, że taka postawa samego króla, nie zachęcała społeczeństwa anglosaskiego ani do poszanowania instytucji małżeństwa ani do jego legalnego zawierania. Oficjalnie przyzwalano jedynie na małżeństwa ceremonialne, faktycznie jednak nie skupiano się jednak na weryfikowaniu tego. Dopiero w ustawie o małżeństwach z 1753⁹ roku Anglia zniosła małżeństwa potajemne lub małżeństwa common law, wymagając aby ceremonia była zawierana przez kapłana Kościoła Anglii. Przepis ten objął również Walie, ale już nie Szkocje. Pary, które pragnęły obejść wymagania np. wiekowe do zawarcia małżeństwa udawały się do parafii Gretna Green położonej na południu Szkocji lub innych podobnych przygranicznych wiosek aby zawierać ślub zgodnie ze szkockim prawem aby dalej kontynuować tradycje zawierania ślubów potajemnych. Możliwością zawarcia małżeństwa common law kusiły również angielskie kolonie zamorskie tj. dzisiejsza Kanada czy też Stany Zjednoczone. Małżeństwo common law w tamtych czasach oparto na zasadzie umowy małżeńskiej według słów *per verba de praesenti*¹⁰.

⁸ Schroeder 1937.

⁹ Lord Hardwicke's Marriage Act.

¹⁰ Słowami czasu teraźniejszego.

GDZIE MOŻEMY SPOTKAĆ SIĘ Z MAŁŻEŃSTWEM COMMON LAW?

Tradycja małżeństwa common law przetrwała do dziś w zakresie systemu common law jednak tylko na coraz mniej liczniejszych obszarach. Znacznie zróżnicowane pod względem tej możliwości są Stany Zjednoczone, gdzie małżeństwo common law można zawierać w Iowa, Rhode Island, Teksasie, Utah, Oklahomie, Kolorado, Kansas, Montanie oraz Dystrykcie Kolumbii. W tych stanach małżeństwo common law jest raczej zunifikowane dlatego po bliższym przyjrzeniu się regulacji jednego stanu możemy mieć obraz procesu we wszystkich stanach. Rhode Island jest jednym z niewielu stanów, które nadal uznają małżeństwa prawa zwyczajowego, które nie są oficjalnie zarejestrowane lub w inny formalny sposób ustanowione. Stany mają dość ułatwione wymagania dotyczące uznanych małżeństw. Jednak należy pamiętać, że nie tylko ze względu na stan orzeczenie sędziego może się różnić, ale również ze względu na hrabstwo- to właśnie one, oddolnie starają się wprowadzać rygorystyczne zasady odnośnie do zawierania małżeństwa opartego na tradycji. Poza wszelkimi wymogami wcześniej już wspomnianymi podstawą małżeństw common law pomimo braku ich prawnego, ceremonialnego zawarcia jest właśnie nic innego jak prawne uznanie sędziego. Dlaczego Amerykanie dążą do takiego uznania? Zawarcie małżeństwa opartego na prawie zwyczajowym znacznie wpływa na postępowanie prawne dotyczące innych spraw. Podnosi się tutaj kwestie rozwodu, czy też separacji- jeśli jeden z partnerów jest w ciężkiej sytuacji życiowej, szczególnie zaś finansowej to małżonek zwyczajowy nie może po prostu od niego odejść. Separacja oraz rozwód odbywają się już na podstawie prawa tradycyjnego, nie ma możliwości zaistnienia tych dwóch sytuacji jako zwyczajowe. W przypadku natomiast śmierci jednego z małżonków prawa zwyczajowego drugi uzyskuje prawo spadkobrania, które w przypadku braku pozostawienia testamentu i wspomnieniu w woli zmarłego swojej drugiej połówki w nieformalnym związku mogłoby być niemożliwe. Udowodnienie takie małżeństwa nie jest jednak łatwe, mówi się że jest to szara strefa regulacji prawnych i wymaga wzmoczonej interpretacji sędziów, którzy zmuszeni są z największą dokładnością ocenić wszelkie aspekty. Sędziowie w USA bardziej niż na fakt zamieszkania razem przy ocenie zwracają się w stronę odbioru danej pary przez społeczeństwo. Zbiera się wiele zeznań świadków, które mają dowiedzieć, że interakcje wykonywane przez parę na forum odbierane jako małżeńskie. Stawiane są pytania czysto subiektywne- Kiedy pierwszy raz Pan/Pani ich zobaczyła myślał/a Pan/Pani, że są małżeństwem? Czy miał/a

Pan/Pani świadomość, że para chciałaby zawrzeć związek małżeński, czy wspominali o tym kiedykolwiek? Jak widać nie sama prawda, a często przedstawienie odpowiednich świadków decyduje o wydanym orzeczeniu, dlatego ta kwestia bardzo mętna zarówno w Rhode Island jak i wszelkich pozostałych stanach pozostaje w rozważaniach odnośnie do zniesienia tej praktyki i to nie tylko ze strony opinii sądownictwa, a również samego społeczeństwa.

Kanada natomiast w tym wypadku zastosowała szczególne rozwiązanie- nie ważny jest obszar orzekania, ważny jest cel. Małżeństwa common law w myśl koncepcji prawnej Kanady są zakazane poprzez regulacje kodeksu karnemu Kanady¹¹, który stanowi, że każdy kto zawiera udawany związek małżeński bądź zawiera go bez potrzebnego prawnego umocowania popełnia przestępstwo i podlega karze. Nie istnieje wobec tego pełna forma tej instytucji jak w przypadku Stanów Zjednoczonych i chociaż nie należy jej mylić z konkubinatem to Kanada wprowadza utrudnienie w zrozumieniu tego połówicznego zastosowania poprzez określenie go mianem konkubinatu common law. Rozwiązanie to pojawiło się poprzez jednoczesną niechęć sądownictwa kanadyjskiego do potwierdzania małżeństw na podstawie zwyczaju a chęć ułatwienia życia parą w związkach jednopłciowych - ta właśnie chęć często skłania jeszcze państwa do stosowania owej praktyki. Przy kanadzie należy poruszyć sprawę Quebecu, jedynej prowincji Kanady gdzie zamiast zastosowania common law mamy orzekanie na podstawie civil law - prowincja ta tak jak inne państwa prawa stanowionego nie uznaje instytucji nawet połówicznego małżeństwa zwyczajowego.

Irlandia całkowicie odcięła się od małżeństw czy też konkubinatów common law i postanowiła, że prostszym i mniej zawiłym środkiem będzie przeniesienie niektórych przywilejów związku małżeńskiego na grunt par będących w konkubinacie. Zielona wyspa mogła jednak pozwolić sobie na ten ruch poprzez zaistnienie Ustawy o małżeństwie z 2015¹² roku, która przewiduje małżeństwa osób tej samej płci w Irlandii. Uznawanie małżeństw tej samej płci, dzięki poprawce do konstytucji Irlandii stało się nie tylko opcjonalne, a raczej obowiązkowe. Do jej wykształcenia podstawą była jednak Ustawa o związkach partnerskich oraz niektórych prawach i obowiązkach konkubentów z 2010 r., która zezwoliła parę tej samej płci na konkubinaty. Ustawa ta jednak nie przewidywała legalnego zawarcia małżeństwa przez pary tej samej płci. Jakie przywileje małżeńskie uzyskały związki partnerskie? Partnerzy

¹¹ Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46).

¹² Ustawa o małżeństwie nr 35 z 2015 r.; wcześniej projekt ustawy nr 78 z 2015 r.

nie mogli adoptować dziecka wspólnie, ale mógł to zrobić jednej z nich mimo, że pozostawał w związku jednopłciowym- nie był dyskryminowany z tego powodu. Zakres przywilejów dotyczył w większej mierze kwestii finansowych nie zaś rodzinnych. Przewidziano dziedziczenie majątku, uprawnień emerytalnych oraz uzyskanie świadczeń alimentacyjnych w przypadku rozpadu związku. Widzimy jednak ja duża przepaść dzieli Irlandie oraz obszary Stanów Zjednoczonych, co mogło być spowodowane powiązaniem z angielskim podejściem do sprawy. Wielka Brytania po swojej burzliwej historii, która była raczej przeświadczeniem dla wolnej miłości oraz burzliwości instytucji małżeństwa, które było trawione jak rozkład przez robactwo, całkowicie odcięła się od małżeństw common law, pozostawiając to wyrażenie jako termin określający niezamężne pary heteroseksualne, które również uznawane są za konkubinat. Jest to jednak zwyczajowe uproszczenie terminologiczne przyjęte przez społeczeństwo, które nie niesie za sobą żadnych skutków prawnych. Jest to więc termin stosowany dla określenia kohabitacji, która oznacza nieformalne życie razem pary tworzącej związek, w którym osoby wspólnie zamieszkujące przez dłuższy czas, prowadzą gospodarstwo domowe i utrzymują związki seksualne.¹³ Pary takie nie korzystają z żadnych szczególnych praw, nie są ze sobą w żaden sposób powiązane finansowo jako małżonkowie- kiedy kończy się kohabitacja o podziale majątku decyduje prawo własności każdego z partnerów. Co więcej angielskie sądownictwo starało się wymazać plamę na swojej historii poprzez przekonywanie wszystkich, którzy chcieli ich tylko wysłuchać, że nie mają oni swojego udziału w rozwoju instytucji małżeństwa common law oraz, że zdarzenia sprzed ustawy o małżeństwie z 1753 r. są nieprawdziwe, a ponad to gdybyśmy mogli je potwierdzić jako uznawane to czym innym jest rozumienie małżeństwa zwyczajowego dziś i kiedyś oraz, że możliwość spełnienia formalnych wymagań małżeństwa w historycznym społeczeństwie była mniejsza i podsumowując to ich w całości usprawiedliwia i przekreśla możliwość wkładu Wielkiej Brytanii w ową instytucje. W obrębie Wielkiej Brytanii pozostała jednak czarna owca, zarówno kiedyś jak i dziś Szkocja miała dużo swobodniejsze podejście do tematu i do roku 1939 kiedy to pojawiła się Ustawa o małżeństwie przewidywano tam aż cztery formy małżeństwa nieregularnego. Para mogła albo w obecności dwóch świadków wyrazić swoją wolę, że bierze się kogoś za małżonka albo mogło być zawarte korespondencyjnie lub poprzez spełnienie obowiązków małżeńskich. Czwarty rodzaj przetrwał do 2006 roku i był zbliżony do regulacji irlandzkiej, ponieważ

¹³ Slany 2008, s. 135.

opierał się na konkubinacie. Do tego czasu Szwecja była jedyną jurysdykcją europejską zezwalającą w starym stylu na małżeństwa common law. Dodatkowo w odróżnieniu od innych miejsc, jasno określono okres, przez który para musiała razem zamieszkiwać i co zadziwiające czas ten był wyjątkowo krótki, ponieważ wynosił tylko minimum 20 dni. Chociaż wymogi formalne były identyczne jak w stanach w USA to Szkoci nigdy w terminologii nie używali określenia małżeństwa common law, ta instytucja jest u nich rozpowszechniona językowo jako *marriage by cohabitation with habit and repute*¹⁴.

Istnieją również kraje, które z małżeństwem prawa zwyczajowego musiały się wręcz zmierzyć, ze względu na inne regulacje prawne. Takim krajem są Indie, które próbowały rozwiązać problem przemocy domowej wobec kobiet. Indie do dziś określane są gniazdem brutalnej przemocy wobec kobiet pomimo powszechnego na całym świecie rozkwitu feminizmu oraz praw równości oraz wolności. Jest to kraj przyzwolenia dla gwałtów, pobić oraz zamykania ścieżek rozwojowych dla kobiet, a kiedy kobieta zostaje ofiarą i chce podjąć środki, które by zadośćuczyniły za doznaną przez nią krzywdę, najczęściej nie zostaje nawet przez służby wysłuchana. Państwo chciało jednak podjąć kroki w tym kierunku i stąd wydanie aktu prawnego¹⁵ mającego na celu zapobiegawcze zachowania dla krzywdzących dla kręgu damskiego zdarzeń. Sędziowie wskazali, że ustawa może mieć odniesienie do par, które nie mają zawartego formalnego małżeństwa, że spełnienie przesłanek małżeństwa zwyczajowego jest podstawą dla kobiet do dochodzenia swoich roszczeń. Para taka musi być pełnoletnia, być stanu wolnego oraz wykazać, że w oczach społeczeństwa jest traktowana jako małżeństwo. Częstym dowodem w tych sprawach jest uprawdopodobnienie, że partnerka wypełniała obowiązki będące w roli żony. Często legalne związki nie są tam zawierane ze względu na bezprawne sprzedaże kobiet mężczyznom, którzy od czasu takiej umowy określają siebie jako małżonków. Co do samego przedstawienia dokumentu umowy, który jest zawierany zazwyczaj pomiędzy ojcem a nowym mężem, Sąd Najwyższy nie zajmuje jednoznacznego stanowiska. Można dopuścić taki akt jako dowód w sprawie, ale zależne jest to tylko od składu orzekającego. Ciężar dowodu nie spoczywa jednak w tej sprawie ani na żonie, ani na mężu tylko na stronie trzeciej- rodzinie, dzieciach. Poza przypadkiem przemocy domowej system prawny Indii nie uznaje możliwości małżeństwa w ramach prawa zwyczajowego.

¹⁴ Małżeństwo przez konkubinacj na mocy nawyku i renomy.

¹⁵ Ustawa o ochronie kobiet przed przemocą domową z 2005 r.

Nawet kraje równouprawnione płciowo jak Izrael, który opiera się na równej miłości Boga wobec wszystkich swoich dzieci zastosowały wyłom z ślubu ceremonialnego poprzez przyrzeczenie składane przed samym najwyższym piastunem. Uznano *yeduim batsibur*¹⁶, który jest odpowiednikiem małżeństwa common law. To rozwiązanie jest zadziwiające kiedy spojrzymy na Wielką Brytanie, która pomimo systemu prawa precedensowego całkowicie odcięła się od tej instytucji, a Izrael ze swoim prawem mieszanym i oddaniu praworządności taką instytucję przewiduje. Para może uzyskać korzyści praktycznie takie same jak oficjalne małżeństwo jeśli przejdzie prawidłowo dwa testy- intymny oraz ekonomiczny, samo poświadczenie społeczne nie zdecyduje o ich statusie. Test ekonomiczny polega (tak jak w przypadku Stanów Zjednoczonych) na wspólnocie finansowej tj. posiadania wspólnego rachunku bankowego, wspólnego nabycia rzeczy czy też wspólnych zeznań podatkowych. Test intymności jest typowo izraelski, bo ma dowodzić wzajemnej wierności, lojalności oraz miłości pary. Najczęściej to rozwiązanie ma zastosowanie jeżeli w żaden sposób zgodny z prawem para nie może zawrzeć małżeństwa a posiadanie jego przywilejów wymusza na nich ich sytuacja życiowa.

MAŁŻEŃSTWO COMMON LAW A KRAJE CIVIL LAW

W krajach o systemie civil law małżeństwa prawa zwyczajowego nie mają zastosowania, ponieważ byłoby to sprzeczne z naczelną jego zasadą stanowiącą o skodyfikowaniu przepisów w system referencyjny, który służy jako główne źródło prawa. Jednak problem, który próbowała rozwiązać Kanada tj. relacje jednopłciowe pojawia się również w systemach prawa stanowionego. Francja zainspirowana małżeństwami common law wprowadziła *Pacte civil de solidarité*¹⁷, który pomimo całkowitego odejścia od czynnika zwyczaju opiera się na takich samych założeniach. PACS jest kontraktem, który legalizuje nieformalny związek bez względu na płeć jeżeli partnerzy posiadają zdolność prawną do zawarcia małżeństwa. Muszą być to również osoby stanu wolnego, które udowodnią, że ich związek jest oparty na zasadach małżeńskich. Francuskie ustawodawstwo umożliwiło skorzystanie z tego rozwiązania nie tylko obywatelom francuskim, ale również po uzyskaniu Certificat de coutume¹⁸ obywatelom innych narodowości. Uznanie takiej relacji nie odbywa się na podstawie orzeczenia sędziego a na podstawie uzyskania wpisu do rejestru. Para musi

¹⁶ Para znana publicznie.

¹⁷ Obywatelska umowa solidarności.

¹⁸ Zaświadczenie o zdolności prawnej do zawarcia PACS.

sporządzić pisemną umowę i przekazać ją do sądu właściwego ze względu na swoje miejsce zamieszkania. Po sprawdzeniu tożsamości oraz zdolności do zawarcia małżeństwa zainteresowanych- co poprzedzone jest złożeniem znacznej ilości dokumentów m.in. pisemnej umowy PACS jako naczelnie wymaganej, honorowego oświadczenia o braku pokrewieństwa między partnerami czy dokument potwierdzający rozwód jeżeli jedna ze stron była kiedyś w związku małżeńskim, sekretarz sądu wpisuje umowę do Rejestru obywatelskich umów solidarności. Należy tutaj zwrócić uwagę, że jasno pozostała postawiona kwestia relacji pomiędzy spokrewnionymi, której w regulacjach odnośnie do małżeństw common law nie znajdziemy. Możemy jednak z góry założyć, że skoro nie możemy doszukać się ani jednego orzeczenia w sprawie chęci uznania prawa zwyczajowego pomiędzy spokrewnionymi to zostało to wykluczone. Powracając do Francji- Jakie są konsekwencje prawne PACS? Głównie finansowe, ponieważ pojawia się współodpowiedzialność za długi, za deklaracje podatkowe, koszty leczenia któregokolwiek z partnerów oraz możliwość zwolnienia z podatku po zmarłym partnerze. Jednak w przypadku chęci rozwiązania takiej umowy wystarczającym jest złożenie jednostronnego oświadczenia woli w sądzie, w którym uprzednio zarejestrowano nasz związek. Wydawać by się mogło, że jest to odpowiednik podejmowanego przez nas zagadnienia i często jest tak przez niezainteresowanych zgłębieniem tematu mylony- w rzeczywistości jest to jednak konkubinaty zarejestrowany. Skąd możliwość tak znacznej pomyłki stanu prawnego dwóch osób?

MĘTNE WODY ZWYCZAJU

Jednoznaczna interpretacja małżeństwa common law jest ze względów praktycznych niemożliwa, na co wpływa zróżnicowanie tej instytucji zależnie od obszaru, różnice terminologiczne, a nawet zależność dopuszczalności zastosowania małżeństwa zwyczajowego w zależności od konkretnych sytuacji lub chęci osiągnięcia tylko zamierzonych celów. Ze względu na taki stan faktyczny często jest błędnie rozumiane jako inne rodzaje instytucji. Zdarza się, że małżeństwo oparte na prawie zwyczajowym jest synonimiczne zastępowane wyrażeniem małżeństwa domniemanego. Małżeństwo domniemane jest bowiem pozornie ważnym małżeństwem, które jest zawierane w sposób oficjalny, poprzez wyrażenie zgody obu partnerów, z których co najmniej jeden z nich pozostaje w dobrej wierze. Okazuje się jednak w późniejszym czasie, że takie małżeństwo jest nieważne, ponieważ pojawia się przeszkoda, która ujawnia się w postaci tego, że jedna z osób chcących zawrzeć stosunek

małżeński, jest już w takim związku. Osoba, która była w dobrej wierze i była wolnego stanu cywilnego domaga się zachowania swoich praw wynikających z zawartego małżeństwa i wtedy właśnie pojawia się nam małżeństwo domniemane. Zarówno małżeństwo common law jak i domniemane w systemie precedensowym zależne są od jurysdykcji, należy jednak pamiętać, że osoba w małżeństwie zwyczajowym staje się prawnie związana małżeństwem, natomiast w domniemaniu taki status prawny jej nie przysługuje. Obie te instytucje służą jednak ochronie interesów i dóbr prawnych co najmniej jednej ze stron relacji. O wiele głębiej sięgającą nieprawidłowością jest mylenie małżeństwa zwyczajowego z konkubinatem. Pierwsze może powstać na bazie drugiego, ale nie są to instytucje synonimiczne. Konkubinat spełnia na pierwszy rzut oka wymogi konieczne do spełnienia przy wydaniu prawomocnego orzeczenia stwierdzenia małżeństwa common law. Zazwyczaj są to dwie osoby, które osiągnęły formalnie wymagany wiek pełnoletności, mieszkają razem, wykonują wspólnie zadania życia codziennego, czasem wychowują wspólnie dzieci czy też posiadają wspólne rachunki bankowe. Nie istnieje jednak żadna podstawa wynikająca czy to z orzecznictwa, czy z aktu prawnego, która sankcjonuje taką relację jako posiadającą przywileje małżeńskie. Istnienie jednak konkubinatów zarejestrowanych, jak we wspomnianej już Francji, co pogłębia niezrozumienie tematu. Konkubinat zarejestrowany, który powoduje skutki prawne na miarę ślubu, jednak nie wymaga głosu sędziego, a formalnego zatwierdzenia przez urząd po przebadaniu szeregu dokumentów. Miara ślubu odnosi się tutaj głównie do współdzielenia elementów majątkowych oraz możliwości dziedziczenia po swojej parze, których konkubenci niezarejestrowani nie posiadają. Nie dziwi jednak błędna interpretacja małżeństw common law, skoro samo pełne w rozumieniu prawa małżeństwo oficjalne ma charakter mętny, zależny od sytuacji społeczno-ekonomicznej, prawnej, socjalnej czy religijnej poszczególnych obszarów. Należy pamiętać, że w niektórych państwach małżeństwa z przymusu, poligamia czy aranzacja są normalnym, legalnym bytem. Tak samo w przypadku małżeństw common law, które przecież oparte na zwyczaju. Całą dyskusję w tych zakresach można podsumować polskim przysłowiem *Co kraj to obyczaj, co rodzina to zwyczaj* wskazującym na fakt, że nawet już najmniejsze ugrupowania społeczne mogą warunkować sytuację.

Doktrynalne nieklarowne zagadnienie jest też mało przystępne praktycznie. Nie ma żadnej utartej formuły do określania małżeństwa opartego na prawie zwyczajowym.

Powodem, dla którego państwa lubią małżeństwa celebracyjne, małżeństwa ustawowe, jest to, że istnieje cienka linia: albo jesteś żonaty, albo nie. W przypadku prawa zwyczajowego nie jest to takie jasne. Zawsze musisz iść i udowodnić swoją stronę i zawsze jest ta niepewność. Prawo nie lubi niepewności. Prawo lubi jasne linie. Myślę więc, że coraz więcej państw zdaje sobie z tego sprawę i pozbywa się tego.¹⁹

Sami obywatele coraz rzadziej korzystają z tej instytucji, widząc jak niepewne jest uznanie małżeństwa common law ze względu na niechęć sędziów do podejmowania się owych zawiłanych spraw. Wołają oni stosować istniejący konkubinaty, czy to zarejestrowany czy też nie. Decydowanie się na takie rozwiązanie jak małżeństwo zwyczajowe jest zazwyczaj wymuszone nagłą zmianą sytuacji życiowej pary. Ciężko jest znaleźć same przykładowe sprawy z zakresu małżeństwa prawa zwyczajowego, a co dopiero takową przeprowadzić. Orzecznictwo, które jest szerzej dostępne dotyczy zazwyczaj przełomu w prawie jak np. sprawa *M przeciwko H* podjęta przez Sąd Najwyższy Kanady. Sprawa z 1999 roku dotyczyła sytuacji prawnej dwóch lesbijek i była przełomowym orzeczeniem w sprawie praw par tej samej płci do równego traktowania. Sądowictwo kanadyjskie nie chciało ingerować w instytucje małżeństwa, ale pragnęło podtrzymać konstytucyjną zasadę demokratyzmu oraz równości. Rozwiązaniem tej sytuacji była instytucja małżeństwa common law, która przyznała parze praw małżeńskie w mniejszym stopniu, ale równe w obszarze kwestii finansowych. Najwięcej spraw standardowych można zaobserwować w Stanach Zjednoczonych. Przedstawiana jest wtedy wola poświadczająca życia jak małżeństwo. Sprawą, którą można przytoczyć jest sprawa przed Stanowym Sądem Najwyższym w Rhode Island dotycząca Kevina Gauglera oraz Angeli Luis²⁰. Sąd Najwyższy orzekła na korzyść Kevina Gaudlera, uchylając wcześniejsze orzeczenie sędzi sądu rodzinnego Patricii Asquith z 2016 roku stanowiące, że para jest małżeństwem common law. Dokonano zrewidowania ustaleń faktycznych dotyczących zachowania stron w trakcie ich dwudziestotrzyletniego związku. Ustalono, że zebrane dowody oraz zeznania stron były sprzeczne, a para honorowała się jako małżeństwo w przypadkach dla nich korzystnych tj. strony nie miały żadnych wspólnych rachunków bankowych, a w zeznaniach podatkowych określały się jako stanu wolnego, ale jeśli chodziło o korzyść w postaci uzyskania ubezpieczenia dla Pani Luis to Pan Gaudler nazwał ją w swoim formularzu żoną. Wybrali więc oni tylko przywileje praw małżeńskich przy uniknięciu obciążeń na co uwagę zwrócili sędziowie.

¹⁹ Sędzia amerykański Zavos.

²⁰ *Angela Luis v. Kevin Gaugler*, nr 2016-334-Appeal (11 czerwca 2018 r.).

Pokazuje to, że nawet na obszarach o największej popularności małżeństw common law sądy coraz mniej optymistycznie podchodzą do kwestii potwierdzenia tej instytucji, a kiedy się po nią sięga wykorzystuje się ją raczej jako środek zastępczy dla równości w traktowaniu par homoseksualnych.

KONKLUZJA

Małżeństwo prawa zwyczajowego musi być oparte na przekonujących dowodach, sytuacja musi być spójna oraz kompleksowa. Ten relikwyt przeszłości zrodzony już za czasów Rzymian i Greków, który potem przeniknął do kultury anglosaskiej początkowo miał stwarzać możliwość uzyskiwania praw małżeńskich w trudnych sytuacjach- przy brakach finansowych uboższych, czy też chłopów, czy też w czasach wojen, które były w średniowieczu powszechne albo miało służyć nawet uniknięciu samego etapu skomplikowanej formalizacji przy zawieraniu sojuszków między monarchami, czy szlachtą poprzez aranżowane małżeństwa. Wyrodzony ze zwyczaju byt, który zaniknął całkowicie w państwach systemu civil law, do dziś występuje na nielicznych obszarach systemu precedensowego, co może być zależne od faktu, że zarówno ten system jak i instytucja posiadają wspólną podstawę. Stosowanie małżeństwa opartego na prawie zwyczajowym nie wzbudza jednak entuzjazmu w dzisiejszych czasach, a raczej krytykę tej praktyki. Postuluje się wycofanie linii orzecznictwa z tego zakresu i ogranicza się użycie instytucji tylko w konkretnych przypadkach jak użycie przemocy wobec kobiet w gospodarstwie domowym albo par homoseksualnych. Wycofanie postuluje się również poprzez argument błędnej interpretacji instytucji, która jest niezrozumiała nie tylko ze względu na przedstawienie dowodów w sprawie, ale również na sama używaną terminologię przez co obywatele nieczęsto z niej korzystają. To wszystko oraz powszechny rozwój legalizacji małżeństw jednopłciowych oraz rozrost praw konkubinatów pozwalają nam przypuszczać, że w przyszłości małżeństwa common law pozostaną jedynie na kartach historii i instytucja w czasach przyszłych całkowicie zaniknie.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne/Orzeczenia

Codex Holmiensis (Jyske Lov), 1241.

Lord Hardwicke's Marriage Act, Parlament Brytyjski 1753,

Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Parlament Federalny Kanady.

Ustawa o związkach partnerskich oraz niektórych prawach i obowiązkach konkubentów, Parlament Irlandii 2010.

Ustawa o ochronie kobiet przed przemocą domową, Parlament Indii 2005.

Ustawa o małżeństwie nr 35 z 2015 r., Parlament Irlandii.

Pacte civil de solidarité, PACS, Parlament Francji 1999.

Angela Luis v. Kevin Gaugler, nr 2016-334-Appeal, 2018.

Książki

Mc Krause S.

2014 *Życie w starożytnym Rzymie.*

Zeman K.

2009 *Ideaty wychowawcze starożytnej Grecji wobec wyzwań współczesności.*

Grodziski S.

1978 *Franciszek Józef I.*

Zientara B.

1968 *Historia powszechna średniowiecza.*

Slany K.

2008 *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie.*

Shahar L.

2005 *Common-Law in Israel from the Perspective of the Civil Theory of Family Law.*

Schroeder H.J.

1937 *Kanony Soboru Laterańskiego IV (1215)*, tłum. Herder B.

COMMON LAW MARRIAGE - WHEN THE JUDGE SAYS A CEREMONIAL "YES" ON BEHALF OF THE COUPLE

Abstract: The purpose of this chapter is to provide information on common law marriage, which has its roots through old Anglo-Saxon law as far as Rome and Greece. This is a situation in which a couple without a marriage license or participation in a wedding ceremony obtains the rights that accrue to a legally formalized marriage. To recognize a common law marriage, a judge's ruling is required, which is based on a case-by-case consideration of the individual circumstances of the case - this is a typical schematic precedent for Anglo-Saxon countries and opposed to European law systems. This institution, however, is not a universal rite. In the United States, it exists only in a small number of states, in Canada only customary marriages based on a specific purpose are recognized, in Great Britain the judiciary completely dissociates itself from this practice. The common criticism of this institution is based on the complexity of issuing judgments in these cases, where all, even the smallest issues of the couple's daily life must be considered in detail, including the most important issues, i.e. whether the precedent allows for the recognition of such a relationship as the required period of cohabitation of the couple, whether the parties would actually intend to get married if they had such a possibility, whether family and friends treat the couple as a marriage or a future marriage - the common factor in all cases is the need for both parties to have legal capacity to marry. There is a lot of controversy not only around the process itself, but also in the very reasoning of institutions in society. Customary marriage is mistakenly confused with implied marriage, cohabitation, and even sometimes with ceremonial marriage. Judges often argue that cases in this area pose a difficult challenge, are vague and unnecessary when looking at the fact how easy it is to achieve a legally defined marital status, which is marriage. The subject matter of this chapter is based on getting acquainted with the relic institution of common law marriage and reflecting on the legitimacy of its existence.

Keywords: marriage, common law, custom, precedent, Anglo-Saxon system.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION W SYSTEMIE *COMMON LAW* – RÓŻNORODNOŚĆ POLUBOWNYCH METOD ROZWIĄZYWANIA SPORÓW PRAWNYCH WSPIERAJĄCYCH ANGLOSASKI WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI

Abstrakt: Celem niniejszych rozważań jest przedstawienie wachlarza możliwości zakończenia sporu prawnego poprzez stosowanie środków klasyfikowanych jako *ADR* w systemie prawa zwyczajowego w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej ze szczególnym uwzględnieniem mediacji. System ten dysponuje największym katalogiem metod zaliczanych do *ADR* w obrębie jednego państwa. W ramach *ADR* funkcjonują tak różnorodne instytucje jak: *early neutral evaluation*, *expert determination*, mediacja, mediacja-arbitraż, mediacja-rekomendacje, *ombudsman*, *regulators*, *neutral fact finding*, koncyliacja. Mają one zastosowanie w sprawach, w których jedną ze stron konfliktu jest podmiot administracji państwowej; sprawach rodzinnych, a także cywilnych bez względu na ich charakter przedmiotowy: prawo pracy, gospodarcze, sprawy konsumenckie, sąsiedzkie. Odnośnie do instytucji mediacji wskazać należy na rozbieżności w zakresie definicji oraz wyodrębnianych, konstytuujących ją zasadach. Spór w literaturze dotyczy zwłaszcza zasady dobrowolności. Polemika na tym tle obejmuje m.in. obowiązek wykazania w ww. sprawach uczestnictwa w mediacji na etapie przedsądowym. W kontekście spraw karnych, mediacja ujmowana jest w odniesieniu do koncepcji sprawiedliwość naprawczej (*restorative justice*), stosowanej w Anglii już od lat siedemdziesiątych dwudziestego wieku. Podejście to nie doczekało się ostatecznie wiążącej definicji. Charakteryzowane jest jako filozofia odpowiedzialności karnej, wykorzystująca metody *ADR*, będące formą kontestacji wobec resocjalizacyjnej i retributywnej funkcji sprawiedliwości. W modelu sprawiedliwości naprawczej zachowanie przestępne nie jest bowiem traktowane jako problem prawny a konflikt w wymiarze społecznym. Celem sprawiedliwości naprawczej jest wyrównania krzywdy, do której doszło w wyniku czynu przestępczego a nie wymierzenie kary. W tym modelu sprawca z własnej woli podejmuje działania naprawcze, zaś ofiara uczestniczy w sposób bezpośredni lub pośredni w dyskusji na temat formy zadośćuczynienia. Jest to podejście bardzo rozpowszechnione w Wielkiej Brytanii, zwłaszcza w przypadku nieletnich sprawców.

W tym kontekście szczególne miejsce zajmuje instytucja *Community Resolution CR* – porozumienie quasi-mediacyjne stosowane jako przedsądowy środek oddziaływania *pre-court measures*. Badania pokazują, że instytucja mediacji na stałe znalazła miejsce w anglosaskim systemie wymiaru sprawiedliwości, mimo że w Królestwie funkcjonują trzy, niezależne systemy mediacyjne (Anglii i Walii; Szkocji i Irlandii Północnej). Polifoniczność dobierania środków rozwiązywania sporów prawnych odpowiednich do potrzeb obywateli i stanów faktycznych stanowi niewątpliwy fenomen. Należy jednakże pamiętać, że filarem systemu *common law* jest nadrzędne znaczenie precedensu, tj. optyka oparta na zgłębianiu konkretnego przypadku pod kątem ochrony praw jednostki, a abstrakcyjny interes państwa pozostaje niejako tłem. Naturalną zatem konsekwencją jest dojrzałość obywateli do samostanowienia i deklarowane zaufanie do instytucji prawnych opartych na zasadach umożliwiających negocjowanie i zachowanie kontroli nad ostatecznie przyjętym rozwiązaniem sporu (porozumieniem). W przeciwieństwie do postawy biernego oczekiwania na wyrok. Pragmatyczne korzyści stosowania metod *ADR* dostrzegane są w niższych kosztach, a także zapobieganiu przewlekłości postępowań sądowych.

Słowa kluczowe: Alternative Dispute Resolution (ADR), negocjacje, arbitraż, mediacja, ugoda.

Wprowadzenie

Mechanizmy prougodowe postrzegane są dziś jako kluczowa cecha brytyjskiego systemu sprawiedliwości. Nawet więcej, są jego nieodzownym elementem. W Raporcie z lipca 2021 r. *The Civil Justice Council* wskazuje: „doszliśmy do wniosku, że ADR można uczynić obowiązkowym, z zastrzeżeniem szeregu czynników. Konieczne są dalsze prace w celu określenia rodzajów roszczeń i sytuacji, w których obowiązkowe ADR byłoby właściwe i najbardziej skuteczne dla wszystkich zainteresowanych, zarówno w obecnym systemie, jak i w odniesieniu do sprawiedliwości online.¹

W wielu krajach europejskich nadal toczy się dyskusja nad zasadnością i przestrzenią dla stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów prawnych², a implementowane regulacje normatywne (inspirowane często Dyrektywami Parlamentu Europejskiego) umożliwiające korzystanie z nich na każdym etapie postępowania sądowego, nie przekładają się na powszechność występowania, co koreluje z brakiem świadomości lub zaufania do metody

¹ The Civil Justice Council, 2021, *Report Compulsory ADR*, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report-1.pdf> [dostęp: 01.08.2023]; “We have concluded that (A)DR can be made compulsory, subject to a number of factors. More work is necessary in order to determine the types of claim and the situations in which compulsory (A)DR would be appropriate and most effective for all concerned, both in the present system and in relation to online justice.

² W kontekście sporów konsumenckich szerzej Romanowska 2013, s. 73-74; 2015, s. 286-310.

lub „gospodarza” (arbitra, koncyliatora, mediatora, rzecznika) zarówno po stronie uczestników jak i sędziów³. W tej perspektywie Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej prezentuje ugruntowane i konsekwentnie budowane podejście do ADR w ramach systemu sądownictwa⁴. Niniejsze rozważania będą próbą analizy podejmowanych w tym zakresie reform wymiaru sprawiedliwości, orzecznictwa stanowiącego filar systemu *common law*, kierunków dyskusji w doktrynie oraz wdrażanych działań. Na tak zarysowanym tle zaprezentowany zostanie katalog możliwości pozostawionych do dyspozycji obywatelowi Wielkiej Brytanii w przypadku sporu, zarówno przed wszczęciem procedury sądowej jak i w jej trakcie. W tym kontekście mediacja zajmuje szczególną pozycję⁵. Na koniec podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie o szanse i zagrożenia oraz przyszłość ADR we współczesnej Anglii.

Droga ku „obligatoryjności” ADR

W Białej Księdze (1998 r.), rozważając proponowane przez Lorda Woolfa reformy wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych, rząd przyjął za cel dążenie do poprawy zakresu dostępnych obywatelom opcji rozwiązywania sporów bez formalnego procesu sądowego. Dostrzeżono potrzebę wprowadzenia bardziej elastycznych instrumentów w odniesieniu do okoliczności konkretnego stanu faktycznego (*case*). „Istnieje kilka różnych modeli i alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ADR), w tym mediacji (*mediation*), arbitrażu (*arbitration*) i programy rzecznika (*ombudsman*). Rozważamy, jaki wkład mogą one wnieść do sprawiedliwego i skutecznego *wymiaru sprawiedliwości* w sprawach cywilnych”⁶. Reformatorzy wywierali wpływ na wprowadzenie *Alternative Dispute Resolution* nie tylko jako drogi *stricte* alternatywnej, równoległej czy poprzedzającej dla procedury sądowej lecz optowali za włączeniem tych metod w ramy postępowania cywilnego⁷.

Do postępu w zakresie ADR w ogromnym stopniu przyczyniły się

³ Ładysz 2014, s. 24-26.

⁴ Zakorzenianie ADR w anglosaskim systemie prawnym ukazują kolejne wydania podręcznika „The Jackson ADR Handbook”; Blake, Browne, Sime 2021, *The Jackson ADR Handbook*, Oxford.

⁵ Rol 2019, s. 63.

⁶ White Paper 1998, *Modernising Justice*, Roz. 1, par. 1.19.

⁷ Rule 1.4 (2) of the Civil Procedure Rules; Sir Gavin Lightman uważa, że zasada przydała mediacji siły (hefty boost) por. Sir Gavin Lightman, 2014, *ADR, arbitration, and mediation*, [w:] *Chartered Institute of Arbitrators*, Betancourt and Crook (red.), s. 645, <https://ssrn.com/abstract=2405428> [dostęp:01.08.2023].

publikacje sprawozdań Lorda Woolfa w latach 1995 i 1996. Był to kamień milowy w rozwoju ADR w zakresie rozwiązywania sporów cywilnych (zwłaszcza innych niż rodzinne). Lord Woolf poświęcił rozdział alternatywnym metodom wymierzania sprawiedliwości, wskazując na oczywiste zalety ich wykorzystywania, jak choćby oszczędność ograniczonych środków finansowych czy uzyskanie szybszych rezultatów. Jego zdaniem sądy powinny odgrywać ważną rolę w zakresie informowania o dostępności ADR i zachęcać do korzystania z nich.⁸ Lord Woolf zarysował perspektywę współczesnych stosunków i sporów cywilnych (*new landscape*) oraz ich odbicie w postępowaniu sądowym. Wskazał, że przyszłości spory sądowe będą mniej kontrydiktoryjne, a bardziej oparte na kooperacji uczestników. Dążąc do realizacji tej wizji Lord Woolf zaproponował sądom uprawnienia do „karania” braku podjęcia owej współpracy przez strony zarówno przed, jak i w trakcie postępowania sądowego.

Zmiany wprowadzone na mocy *Civil Procedure Rules*, stanowiących realizację reformy Lorda Woolfa weszły w życie w kwietniu 1999 r. Miały na celu zwiększenie i utrwalenie dostępu do wymiaru sprawiedliwości. W efekcie sądy otrzymały narzędzia w postaci szerokich uprawnień do zarządzania sprawami, w tym prawo do nakazania stronom podjęcia próby mediacji lub innej formy ADR oraz do zawieszenia postępowania na czas ich trwania. W ten sposób nałożony na uczestników obowiązek rozwiązania sporu w pierwszej kolejności w drodze ADR (przed rozpoczęciem procesu sądowego lub skorzystania z propozycji sędziego w tym zakresie), stał się częścią angielskiego prawa zwyczajowego.

Omawiane zasady wybrzmiały również w *Funding Code* (2000 r.) w kontekście możliwości odrzucenia wniosku o pomoc prawną lub zwrotu kosztów z tego tytułu w postępowaniu sądowym w przypadku, gdy strona nie skorzysta z ADR⁹.

Reforma została wsparta przez znaczące instytucje. Lord Chancellor w 2001 r. ogłosił, zasadę stosowania ADR we wszystkich sprawach, w których stroną jest instytucja rządowa. Wprowadzono obowiązek zamieszczania mediacyjnych klauzul umownych w tego typu kontraktach. Z katalogu spraw przeznaczonych do mediacji wyłączono: przestępstwa umyślne (*intentional wrongdoing*), nadużycie władzy, sprawy dotyczące łamania praw człowieka, a także sprawy o niejasnym statusie prawnym.

⁸ Alternative Dispute Resolution w systemie common law Alternative Dispute Resolution w systemie common law The Rt Hon the Lord Woolf 1995. *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Lord Chancellor's Department.

⁹ Romanowska, 2010, 108-109.

Jednym z pierwszych precedensów stała się sprawa *Cowl i in.* przeciwko *Radzie Miasta Plymouth* dotycząca sporu powstałego w związku z decyzją Plymouth o zamknięciu dwóch domów opieki, z których w jednym (*Granby Way*) zamieszkiwali powodowie¹⁰, gdzie wyraźnie podkreślono, że strony konfliktu, zamiast mnożyć koszty sądowe, powinny być skorzystać z mediacji. Lord Woolf wskazał, że zapomniano w tym przypadku o zasadzie unikania za wszelką cenę rozprawy sądowej, zanim nie zostaną wyczerpane inne możliwości rozwiązania sporu.

W sprawie *Dunnett* przeciwko *Linii Kolejowym (Railtrack Plc)*¹¹ wyrok Sądu Apelacyjnego zapadł na kanwie wygranej sprawy przez Linie Kolejowe w pierwszej instancji. Spór dotyczył śmierci koni należących do powoda na torach (w związku z zaniedbaniem dotyczącym zamknięcia przejazdu). Po wniesieniu apelacji, sąd drugiej instancji skierował strony do mediacji. *Railtrack Plc* licząc na zwycięstwo nie skorzystało z tej możliwości w postępowaniu apelacyjnym. Mimo, iż *Linie Kolejowe* wygrały, zostały obciążone kosztami procesowymi z uwagi na odmowę skorzystania z ADR. Lord Woolf stwierdził, że obie strony postępowania sądowego muszą być już teraz w pełni świadome wkładu, jaki *Alternative Dispute Resolution* mogą wnieść w rozwiązywanie sporów w sposób, który zarówno zaspokaja potrzeby stron i społeczeństwa oraz oszczędza czas, koszty i stres. „Dziś wiedza o ADR powinna być na tyle wystarczająca, aby odmowa skorzystania, w szczególności, gdy w grę wchodzi pieniądze publiczne, była stanowiskiem nie do obrony”. W sprawie *Shirayama Shokusan Co Ltd* przeciwko *Danova Ltd*¹² Sąd Najwyższy nakazał przeprowadzenie ADR, pomimo oporu jednej ze stron. W świetle przywołanych orzeczeń odmowa skorzystania z ADR, a w szczególności z mediacji, obarczona została dużym ryzykiem, mimo że mediacja w świetle prawa nie jest instytucją obowiązkową.

Zagadnienie nałożenia swoistych sankcji (kosztów) w związku z odmową podjęcia próby mediacji ponownie stało się przedmiotem postępowania przed Sądem Apelacyjnym w sprawie *Halsey* przeciwko *Milton Keynes General NHS Trust*¹³ przedmiotem sporu było *medyczne zaniedbanie*. Werdykt dotyczył jednak przede wszystkim kwestii o ogólnym znaczeniu - czy w każdym przypadku sąd uprawniony jest, by nałożyć sankcję w postaci poniesienia kosztów przez stronę wygrywającą sprawę z powodu odmowy udziału w

¹⁰ (2001) EWCA Civ 1935.

¹¹ (2002) EWCA Civ 302.

¹² (2003) EWHC 3006 (Ch); (2004) 1 WLR 2985.

¹³ (2004) EWCA Civ 576.

alternatywnym rozwiązywaniu sporów. Sąd wyraził wątpliwość, które podejście należy przyjąć, mimo iż zagadnienie było już wielokrotnie przedmiotem dociekań. Sąd Apelacyjny zwrócił się o stanowisko do interwenientów, a mianowicie *Law Society, the Civil Mediation Council, the ADR Group, the Centre for Effective Dispute Resolution*. Sąd Apelacyjny nie przyjął argumentu *the Civil Mediation Council*, że powinno istnieć „nieograniczone domniemanie na rzecz mediacji”. Przychylił się natomiast do stanowiska *Law Society*, zgodnie z którym decyzja czy mediacja została „nierozsądnie” odrzucona, powinna zależeć od wielu czynników, które byłyby oceniane przez sąd w konkretnej sprawie. W wyroku uznano, że sądy nie są uprawnione, by zmuszać strony do korzystania z alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ADR), ponieważ stanowiłoby to naruszenie prawa do rzetelnego procesu sądowego, zagwarantowanego art. 6 *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Wyrok przełamał dotychczasową linię orzecniczą. W sprawie *Halsey* Sąd Apelacyjny wyraził „pozytywne i negatywne wzmocnienie mediacji cywilnej”. Potwierdzono, że sąd posiada jurysdykcję w zakresie nałożenia sankcji dotyczących kosztów na strony wygrywające, które bezzasadnie odmówiły mediacji. Jednakże przy podejmowaniu przedmiotowej decyzji, należy wziąć pod uwagę takie czynniki jak: czy strona wygrywając miała przesłanki merytoryczne by przypuszczać, że zostaną zwrócone jej koszty, a także czy strona przegrywająca może wykazać, że mediacja miała rozsądną perspektywę powodzenia.

Sprawa ta odbiła się szerokim echem w doktrynie. Wzmiankowane rozstrzygnięcie było postrzegane przez niektórych komentatorów, jako odejście od kierunku, w którym zmierzały ostatnie wyroki sądowe dotyczące ADR. W odniesieniu do przedstawionej złożoności kwestii obowiązku korzystania z ADR Lord Dyson stwierdził: „jedną rzeczą jest zachęcanie stron do wyrażenia zgody na mediację, a nawet zachęcać je w najostrejszych słowach. Czym innym jest nakazanie im tego. Wydaje nam się, że zmuszenie naprawdę niechętnych stron do mediacji byłoby naruszeniem ich prawa dostępu do sądu”¹⁴. W Raporcie z lipca 2021 r. *The Civil Justice Council*¹⁵ wskazuje, że sądy są upoważnione do wydania postanowienia w zakresie obowiązkowego korzystania z ADR, ze względu na zapewnioną stronom możliwość powrotu do postępowania sądowego, co gwarantuje realizację prawa do sądu i nie narusza art. 6 *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Istnieją jednak czynniki, które należy wziąć pod uwagę na gruncie rozpatrywania konkretnej sprawy:

¹⁴ Tolson, 2017, s. 3.

¹⁵ The Civil Justice Council, s. 6.

- wysokość kosztów i czas trwania;
- specyfika sprawy (specjalistyczny obszar, stopień skomplikowania);
- stopień zaufania do podmiotu świadczącego usługi ADR;
- czy strony zaangażowane w ADR potrzebują dostępu do pomocy prawnej;
- etap postępowania;
- czy warunki obowiązku uczestnictwa są na tyle jasne dla stron, aby uzasadnić ich egzekwowanie.

Podkreślenia wymaga, że orzecznictwo sądowe nie dotyczyło wyłącznie mediacji, ale także innych metod określanych jako ADR. W sprawie *Lomax* przeciwko *Lomax*¹⁶ Sąd Apelacyjny rozważył uprawnienie do nakazania *Early Neutral Evaluation*, gdy jedna strona nie wyraziła zgody. Sprawa oscylowała wokół interpretacji *Civil Procedure Rules*¹⁷. Lord Justice Moylan wydał wyrok główny, w którym stwierdził: „W każdym przypadku *Early Neutral Evaluation* nie uniemożliwia stronom rozstrzygnięcia sporu przez sąd, jeśli nie rozstrzygną one sprawy na rozprawie *ENE* lub po jej zakończeniu. Nie utrudnia to w żaden istotny sposób dostępu strony do sądu. O ile obejmuje dodatkowy krok w procesie, nie jest to w żadnym sensie «niedopuszczalne ograniczenie». Moim zdaniem jest to krok w procesie, który może pomóc w sprawiedliwym i rozsądnym rozstrzygnięciu spraw”.

Dyskusje wokół obligatoryjności ADR ukazują ich silną, utrwaloną pozycję w brytyjskim systemie. Nie chodzi bowiem o to czy powinny być stosowane i czy pociąga to za sobą korzyści dla stron, samego rozstrzygnięcia sprawy, a w efekcie społeczeństwa - lecz czy powinno się nakładać sankcję za ich niedoceniecie. Mimo niewątpliwych zalet metody ADR nie mogą zastępować sądu lub ograniczać do niego dostępu tworząc swoiste „zasłony dymne”, ale wspierać jego funkcjonowanie.

Bogactwo metod ADR w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej

Termin alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów został zdefiniowany w glosariuszu *Civil Procedure Rules* – jako „zbiórca opis metod rozstrzygnięcia sporów w inny sposób niż poprzez zwykły proces sądowy”¹⁸.

¹⁶ (2019) 1 WLR 6527.

¹⁷ Civil Procedure Rules (CPR, 3.1(2) m).

¹⁸ The Civil Justice Council, 2021, s. 7-9.

Brytyjski system dysponuje szerokim wachlarzem metod zaliczanych do ADR funkcjonujących obrębie jednego państwa. Katalog procedur w ramach ADR jest niezwykle różnorodny, obejmując wszelkie techniki rozwiązywania sporów, w których strony są wspierane w poszukiwaniu porozumienia przez osobę trzecią (z wyjątkiem negocjacji). W ramach zaproponowanej definicji mieści się również system internetowy lub połączenie systemu internetowego i np. mediatora dostępnego w razie potrzeby¹⁹. Procesy ADR różnią się znacznie pod względem: kosztów i obciążenia czasowego, charakteru i zakresu zaangażowania sądu, roli neutralnej osoby trzeciej, rodzajów rozwiązań i środków zaradczych, jakie może zapewnić ten proces oraz zakres, w odniesieniu do zwykłego postępowania sądowego²⁰.

Negocjacje (*negotiation*) stanowią często pierwszy wybór dla osób, które znalazły się w konflikcie. W wielu sprawach gospodarczych strony mogą rozwiązywać spory, przyjmując podejście „karty na stół” i próbując wynegocjować porozumienie. W razie potrzeby istnieje możliwość skorzystania z usług specjalisty lub pełnomocnika, który zgodnie z przekazaną instrukcją negocjuje w imieniu strony. To najbardziej elastyczna i odformalizowana metoda. Negocjacje można zdefiniować jako dowolną formę bezpośredniej lub pośredniej komunikacji, w ramach której strony mające sprzeczne interesy, omawiają formę wszelkich działań możliwych do podjęcia w celu zarządzania i ostatecznego rozwiązania sporu między nimi. W negocjacjach nie uczestniczy bezstronna osoba trzecia, która pomogłaby w rozmowach ani nie jest sporządzana opinia eksperta. Uczestnicy są zdani tylko na siebie, co skutkuje koniecznością podjęcia współpracy z interlokutorem, by osiągnąć kompromis. Jest to sposób najszybszy, stosunkowo tani, dający szansę na zachowanie dobrych relacji i dyskrecji. Prowadzenie rozmów nie wyklucza możliwości dochodzenia swoich roszczeń na drodze sądowej, gdy próba wypracowania kompromisu skończy się fiaskiem. Negocjacje nie mają najczęściej wiążącego prawnie charakteru, co oznacza, że jakiegokolwiek oświadczenia złożone przez którąkolwiek ze stron w celu rozstrzygnięcia sporu nie może być później wykorzystane przeciwko drugiej stronie w sądzie. Podjęcie etapu negocjacji przed wniesieniem sprawy do sądu jest bezwzględnie wymagane w przypadku niektórych spraw np. *medical negligence*. Warto zwrócić również uwagę na *grievance and compliant procedures*, które są obowiązkowym elementem

¹⁹ Rogacka-Łukasik, 2019, s. 184-190.

²⁰ The Civil Justice Council 2021, s. 7-9.

postępowania przy sporach z urzędami lub z przedsiębiorstwami, by móc dochodzić swoich praw wykorzystując np. instytucję ombudsmana²¹.

Metodą pozwalając skorzystać z wiedzy eksperckiej jest *Early Neutral Evaluation (ENE)* – wczesna neutralna ocena. Została wyszczególniona w *Regułach postępowania cywilnego*²² w kontekście uprawnienia sądu do zarządzania sprawami. Zgodnie z wzmiankowanymi regulacjami „sąd może podjąć wszelkie inne kroki lub wydać inne zarządzenia w celu prowadzenia sprawy i wspierania nadrzędnego celu, w tym wysłuchania wczesnej neutralnej oceny [ENE], dążąc do ułatwienia stronom załatwienia sprawy”. W ramach *ENE* strony wyznaczają niezależnego i bezstronnego rzeczoznawcę (może być nim również sędzia lub sędzia w stanie spoczynku) dokonującego oceny merytorycznej ich spraw. Wydana opinia nie jest prawnie wiążąca, ale może stanowić podstawę podjęcia negocjacji oraz podpisania porozumienia. Bazując na doświadczeniu i wiedzy neutralnego eksperta *ENE* wykorzystywane jest do analizy konkretnej sprawy, pod kątem prawnym, mocy zgromadzonych dowodów lub aspektów specjalistycznych czy technicznych. W tym zakresie podobna jest do *neutral fact finding* (niewiążąca ekspertyza techniczna) *ENE* umożliwia uczestnikom wczesną ocenę mocnych i słabych stron ich argumentów. Jest to mechanizm stosowany przez sądownictwo. Sąd Gospodarczy posiada własny system *ENE*²³. Strony mogą uzgodnić, że ocena *ENE* ma być wiążąca. W przypadku, gdy *ENE* odbywa się na drodze sądowej, strony nie wnoszą specjalnej opłaty, ale ponoszą pewne obowiązkowe opłaty sądowe. Inaczej jest, gdy wybierają eksperta poprzez organizację, wówczas opłata jest określana zgodnie z jej cennikiem²⁴.

Praktyka korzystania z bezpłatnej pomocy wyspecjalizowanego *ombudsman* (rzecznika) w przypadku sporów z instytucjami państwowymi czy prywatnym jest powszechna w Zjednoczonym Królestwie. Można mówić raczej o systemie *ombudsman*, gdyż rzecznicy powoływani są do pomocy Brytyjczykom w określonych rodzajach spraw (praw obywatelskich, opieki społecznej, emerytalny, konsumencki, finansów, transportu, energii, kolejowy, turystyki itp.). Różnią się właściwością merytoryczną, procedurami i zakresem kompetencji. Dla przykładu *The Parliamentary and Health Service Ombudsman* (Rzecznik Praw Obywatelskich) łączy w sobie dwie ustawowe funkcje (Rzecznika

²¹ Romanowska 2010, s. 104.

²² Civil Procedure Rules 3.1(2)(m).

²³ np. par. 18.11, Chancery Guide.

²⁴ Sneddon 2019.

Parlamentarnego ds. Administracji oraz Komisarza ds. Służby Zdrowia) odpowiednio jego rolą jest rozpatrywanie skarg dotyczących niesprawiedliwego traktowania lub złej obsługi ze strony departamentów rządowych i innych organizacji publicznych w Anglii. Programy rzeczników tworzone są też przez sektor prywatny, zrzeszając np. firmy komercyjnej danego sektora. Ich klienci mają wówczas możliwość skorzystania z pomocy rzecznika również na zasadzie bezpłatności. Jak już wyżej wspomniano, zgłoszenie sprawy do *ombudsmana* wymaga podjęcia wcześniejszych negocjacji z drugą stroną (instytucją lub podmiotem gospodarczym) w pierwszej kolejności złożenia skargi bezpośrednio do niej. Dopiero po wyczerpaniu tej drogi *ombudsman* może zająć się sprawą, zanim strona zwróci się do sądu. Po uznaniu skargi za zasadną, rzecznik analizuje sprawę i podejmuje decyzje, co należałoby zrobić, aby naprawić sytuację, biorąc pod uwagę stanowiska obu stron, przekazane dowody, regulacje prawne, dobre praktyki branżowe. Wachlarz możliwych decyzji obejmuje m.in. przeprosiny, podjęcie zaleconych działań (np. przyznanie debetu, rabatu) lub odszkodowania (do ustalonej górnej granicy). Po wydaniu decyzji przez *ombudsmana* strona nadal może dochodzić swoich roszczeń w sądzie (z wyłączeniem *ombudsmana* ds. Emerytur). Rzecznik praw obywatelskich sektora publicznego nie może zmusić zaskarżonej organizacji do przestrzegania wydanych zaleceń, ale organizacje zazwyczaj się do nich stosują²⁵.

W literaturze przedmiotu panuje spór czy arbitraż należy zaliczać do ADR, gdyż jego charakter zbliżony jest do postępowania sądowego²⁶. W sprawie *Northern Regional Health Authority przeciwko Derek Crouch Construction*²⁷ Sir John Donaldson wskazał, że arbitraż niewiele różni się postępowania sądowego, tyle, że odbywa się w sektorze prywatnym. Polega na wydaniu wiążącego rozstrzygnięcia przez osobę trzecią (arbitra bądź zespół arbitrów), na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów²⁸. Aktem regulującym arbitraż w Anglii jest *The Arbitration Act*²⁹. Celem postępowania arbitrażowego, zgodnie z przywołanym aktem, jest osiągnięcie uczciwego rozstrzygnięcia sporu dokonanego przez bezstronny trybunał, z zastrzeżeniem, że odbędzie się to bez zbędnej zwłoki i kosztów. Przy czym stronom pozostawić należy pewną swobodę, co do sposobu rozwiązania ich sporu, z zastrzeżeniem

²⁵ Maer & Priddy 2018, s. 6.

²⁶ Skibińska 2019, s. 18-20; Błaszczak 2012, s. 15; Duszka-Jakimko 2011, s. 82-85.

²⁷ (1984) EWCA Civ J0217-3.

²⁸ Dupont, Kirk, Mcdermont, Anderson 2018, s. 9.

²⁹ The Arbitration Act 1996 r.

gwarancji ochrony zasad porządku publicznego³⁰. Decyzja o skorzystaniu z arbitrażu jest podejmowana na długo przed powstaniem sporu, podczas konstruowania kontraktu, jako klauzula arbitrażowa. Nie wszystkie spory mogą być skierowane do postępowania arbitrażowego, zasada autonomii stron musi ulec nadrzędnym zasadom prawa stanowionego, a także zasadom współżycia społecznego. Katalog przeszkód uniemożliwiających wykonanie wyroku trybunału arbitrażowego obejmuje przypadki: wydania wyroku w następstwie krzywoprzysięstwa lub oszustwa; wystąpienie ryzyka, że strona przegrana będzie musiała dokonać płatności nie tylko w Anglii, ale również w innej jurysdykcji; zachodzi przypuszczenie, że wydany wyrok jest dotknięty bezprawnością; wydania wyroku z naruszeniem praw podstawowych (*rules of natural justice*); kiedy wyrok jest na tyle niejasny, co do zobowiązań strony przegranej, że wykonanie wyroku jest niemożliwe³¹.

Korzyści płynące z mediacji zostały dostrzeżone na całym świecie. Jak wyżej dowiedziono Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej jest jednym z nielicznych państw europejskich, w którym mediacja stała się istotnym elementem systemu sprawiedliwości zarówno w sprawach cywilnych jak i karny, co wynika z przyjętego modelu sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*).

Mediacja (łac. *mediatio* – pośrednictwo, *mediare* – pośredniczyć w sporze) to konstruktywny sposób rozwiązania konfliktu w drodze rozmowy przy udziale neutralnej osoby trzeciej w strategii wygrany – wygrany (*win-win*). Ch. W. Moore dowodzi, że mediacja jako instytucja istniała od zarania dziejów i posiada długą i barwną historię we wszystkich niemal kulturach świata. Judaizm, chrześcijaństwo, islam, hinduizm, buddyzm, konfucjanizm, i wiele lokalnych kultur ma długie tradycje skutecznego stosowania mediacji³². Lord Woolf wskazywał w przywołanym wyżej raporcie, że mediacja jest oferowana przez szereg organizacji prywatnych i dobrowolnych. W przeciwieństwie do innych form ADR nie prowadzi do rozstrzygającego orzeczenia, ale jest chyba najlepiej opisana jako forma ułatwionych negocjacji, w których neutralna strona trzecia prowadzi uczestników do ich własnego rozwiązania. Mediacja może być stosowana w szerokim zakresie sporów. „W wielu przypadkach prowadzi do rezultatu, który nie byłby możliwy przy ścisłym zastosowaniu prawa”.

³⁰ Part I Arbitration Pursuant to on Arbitration Agreement (1), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>.

³¹ Cudowska 2019, s. 166.

³² Moore 2012, s. 35-54.

Według *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych*³³ wdrożonej w Wielkiej Brytanii w 2011 r. „mediacja“ oznacza zorganizowane postępowanie o dobrowolnym charakterze, bez względu na jego nazwę lub określenie, w którym przynajmniej dwie strony sporu próbują same osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania ich sporu, korzystając z pomocy mediatora. Postępowanie takie może zostać zainicjowane przez strony albo może je zaproponować lub zarządzić sąd lub nakazać prawo państwa członkowskiego (art. 3).

Zgodnie z informacjami opublikowanymi (20 lipca 2021 r.) na brytyjskiej rządowej stronie³⁴ mediacja to elastyczny i poufny proces stosowany w celu rozstrzygnięcia sporu między dwiema lub więcej osobami, firmami lub innymi organizacjami polegający na wyznaczeniu mediatora, który jest niezależną i bezstronną osobą trzecią, aby pomóc stronom w omówieniu kwestii, negocjacjach i dojściu do satysfakcjonującego dla obu stron rozwiązania.

Aby rozmowa przy udziale mediatora mogła być nazwana mediacją, musi odbywać się z poszanowaniem i akceptacją koronnych zasad: bezstronności mediatora, jego neutralności wobec przedmiotu sporu, poufności oraz dobrovolności. Poufność gwarantuje, że wszelkie informacje przekazywane mediatorowi, treści rozmów, proponowane rozwiązania, objęte są tajemnicą. Daje to poczucie bezpieczeństwa i stanowi przestrzeń do nieskrępowanej komunikacji. Mediator jest bezstronny, nie opowiada się za racją jednej ze stron, dba o równowagę np. by każdy z uczestników mógł się swobodnie wypowiedzieć, by mieli równe prawa. Neutralność co do przedmiotu konfliktu oznacza, że mediator nie zakłada z góry jak powinni postąpić uczestnicy, jak zakończyć spór, które rozwiązanie powinno zostać przyjęte ani które bardziej odpowiadałoby jego preferencjom czy interesom. „Mediatorzy są wykwalifikowani w pomaganiu stronom w znalezieniu drogi przez spór, ale nie narzucają rozwiązań”³⁵. Zamierzonym rezultatem jest osiągnięcie przez strony porozumienia, które jest udokumentowana, zwykle w formie ugody podpisanej przez strony i tym samym staje się prawnie wiążące. Jeżeli postępowanie sądowe jest w toku, za zgodą zaangażowanych stron zapada orzeczenie określające, co zostało uzgodnione w trakcie mediacji (*consent order; a Tomlin order*).

³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. U. UE L z dnia 24 maja 2008 r.

³⁴ <https://www.gov.uk>, [dostęp:01.08.2023].

³⁵ *Ibidem*.

Mediacja okazała się instytucją niezwykle inspirującą. W Anglii powstały procesy obejmujące możliwość wykorzystania zalet i niwelowania słabszych aspektów poszczególnych ADR w ramach łączonych procedur³⁶. Wyłoniła się mediacje-arbitraż, arbitraż-mediacje. Wprowadzono również sądową formę mediacji zwaną *Court Settlement Process*. Jest to proces będący połączeniem *early neutral evaluation* i mediacji. Został on po raz pierwszy zaproponowany w 2005 r. przez *HHJ Toulmina CMG QC* i wprowadzony przez Sąd ds. Technologii i Budownictwa (TCC) Metodę opisano jako „poufny, dobrowolny i niewiążący proces rozstrzygania sporów”. W praktyce sędzieja TCC, za zgodą stron może pomóc im w podjęciu ugody.

W kontekście środków stosowanych wobec nieletnich, pozostających w kompetencjach policji, na szczególną uwagę zasługuje *Community Resolution (CR)* – porozumienie quasimediacyjne. Mediację karną i mediację w sprawach nieletnich wprowadzono w Anglii i Walii już w latach siedemdziesiątych XX. w. Wyrosła tam na gruncie idei sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*)³⁷. Według Jima Consedine jest to filozofia, która „karanie zastępuje pojednaniem; zemstę na sprawcach – pomocą dla ofiar; alienację i nieczułość – wspólnotą i zjednoczeniem; negatywizm i destrukcję – naprawą, przebaczeniem i łaską”³⁸. W centrum zainteresowania staje ofiara i potrzeba zadośćuczynienia za wyrządzone szkody a tłem jest naprawa stosunków międzyludzkich i poczucie społecznej sprawiedliwości³⁹. Porozumienie quasi-mediacyjne zaliczane jest do środków przedsądowych (*pre-court measures*) i znajduje zastosowanie w odniesieniu do sprawców, popełniających czyn karalny po raz pierwszy w sprawach drobnymi przestępstw: zabór mienia nieznacznej wartości, zakłócanie porządku publicznego, wandalizm i napady. *Community Resolution* wymaga aktywności ofiary, sprawcy i funkcjonariusza policji. Ofiara wyrażając zgodę na procedurę, zamiast podjąć bardziej formalne kroki, uczestniczy w ustalaniu odpowiednich dla danej sytuacji działań naprawczych (przeprosiny, wyrównanie poniesionych strat, upomnienie itp.) Uzgodnienia w tym zakresie mogą toczyć się podczas konferencji naprawczej *face to face* lub wahałowo. Sprawca bierze udział w procesie i wyraża zgodę na formę zadośćuczynienia. Funkcjonariusz jest niczym arbiter,

³⁶ Gould, Liang, Elliott 2022, s. 155-156; podobne procesy rozwoju mediacji dostrzec można Stanach Zjednoczonych, por. Jakubiak-Mirończuk 2008, s. 63.

³⁷ por. Matysiak-Błaszczyk, Rajewska de Mezer 2016, s. 175-176.

³⁸ Consedine 2004, s. 228.

³⁹ Buczkowski 2018, s. 14.

który ostatecznie decyduje, czy wypracowane porozumienie jest odpowiednie i wystarczające w okolicznościach danej sprawy⁴⁰.

Ważnym elementem budowania silnego systemu wymiaru sprawiedliwości była w Anglii zmiana priorytetów, z sądowych, kontradiktoryjnych bitew ku metodom pozwalającym zakończyć spór zgodnie z przyjętym przez strony porozumieniem. Mediacja stała się najpopularniejszą formą ADR w Anglii. Z jej stosowaniem wiąza się korzyści w postaci: zachowania relacji między stronami, ich wpływu na ostateczne rozwiązanie, szybkości procedury. Jest też bardziej opłacalna pod względem finansowym niż sądowy sposób rozstrzygania sporów.

Dyskusje wokół ADR a wyzwania współczesności

“Nobody is forced to mediate and nobody is forced to settle.
In many ways that is the key to mediation’s success” [Bill Wood]

Jak już zostało wcześniej nakreślone, wewnętrzna dyskusja dotycząca ADR w Anglii nie dotyczy bezsprzecznych zalet ich stosowania oraz oszczędności, jakie co roku przynosi to wymiarowi sprawiedliwości. Wątpliwości powstają na kanwie precedensów związanych z „karaniem kosztami“ strony za nieskorzystanie z ADR. Powoduje to uzasadnione zastrzeżenia związane z zachowaniem zasady dobrowolności ADR, a także naruszeniem prawa do rzetelnego procesu.

W debacie wybrzmiał głos profesor Dame Hazel Genn, która wcześniej dokonała pozytywnej oceny mediacji w kontekście sporów w sądzie okręgowym (2001). Według niej mediacja przyczyniła się do zawierania ugód w szerokim zakresie spraw cywilnych⁴¹. W swoich wykładach *Hamlyn Lectures* (2008 r.) Genn wskazała jednak również na ograniczenia mediacji i niebezpieczeństwa związane z jej niewłaściwym stosowaniem. Podkreśliła, że nie jest przeciwna ADR jako „ważnemu uzupełnieniu sądów, które powinno być dostępne dla każdego, kto rozważa postępowanie sądowe”. Jednak jej zdaniem dążąc do obligatoryjności ADR kierowano się przede wszystkim oszczędnością publicznych pieniędzy.

Law Society of England and Wales (stowarzyszenie zawodowe reprezentujące prawników w jurysdykcji Anglii i Walii) wspiera wykorzystanie wszystkich

⁴⁰ Muskała 2014, s. 35-36.

⁴¹ Jackson 2016, s. 3.

form ADR w okolicznościach, w których może to być pomocne stronom w dojściu do porozumienia. Popiera również zasadę „postępowania sądowego tylko w ostateczności”. Jednakże zwraca uwagę, że mediacja nie jest panaceum i nie jest odpowiednia we wszystkich przypadkach. Nie powinna też być obowiązkowa. Odnosząc się do rządowego projektu wprowadzenia obowiązkowej mediacji w większości drobnych roszczeń cywilnych (do 10 000 GBP). *Law Society* w 2022 r. zgłosiło zastrzeżenia dotyczące ograniczenia w ten sposób dostępu do wymiaru sprawiedliwości⁴².

Według corocznego audytu *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)*, *The Tenth Mediation Audit. A survey of commercial mediator attitudes and experience in the United Kingdom*⁴³, wartość spraw rozstrzyganych w drodze mediacji każdego roku wynosi około 20 mld GBP. Od 1990 r., czyli od momentu rozpoczęcia mediacji cywilnych i handlowych w Anglii i Walii, łączna wartość wynegocjowanych spraw zbliża się do 195 miliardów funtów. Według autorów audytu od 1990 roku zawód mediatora przyczynił się do oszczędności rządu 50 miliardów funtów⁴⁴. Stosownie do udostępnionych danych rynek mediacji cywilnych i handlowych w Anglii i Walii w pełni otrząsnął się z załamania spowodowanego lockdown`em. Pandemia Covid-19 spowolniła działalność mediacyjną, a ogólna aktywność spadła o około 35% (w okresie od marca do września 2021 r.). W ciągu ostatniego roku (2022) deficyt ten został jednak zniwelowany i najnowsza analiza pokazuje, około 3% wzrostu w stosunku do poziomów sprzed pandemii. W audycie wybrzmiewa głos, że mediacja dotarła do pożądanego celu w ramach głównego nurtu systemu sądownictwa, ale przejście do obowiązkowej mediacji wydaje się kolejnym wyzwaniem na horyzoncie. Na tym tle można stwierdzić, że dyskusja dotycząca obligatoryjności ADR trwa nadal.

Pandemia Covid-19 przyspieszyła rozwój ADR online i otworzyła dyskusję na temat szerszego wykorzystania w tym zakresie kontaktów zapośredniczonych. Rada Mediacji Cywilnej (*CMW*) w przywołanym na wstępie przedmiotowych rozważań raporcie (dot. legalności obowiązkowych ADR w kontekście art. 6 *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*) wśród typów ADR wyszczególniono: *Online processes*, wskazując, że mogą obejmować narzędzia bardzo proste, *stricte* techniczne jak „licytacje w ciemno” (*blind bidding systems*) lub

⁴² <https://www.lawsociety.org.uk/campaigns/consultation-responses/increasing-mediation-use-civil-justice-system> [dostęp: 01.08.2023].

⁴³ *The Tenth Mediation Audit. A survey of commercial mediator attitudes and experience in the United Kingdom*, London 2023, <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2023/02/Tenth-CEDR-Mediation-Audit-2023.pdf> [dostęp: 1.08.2023].

⁴⁴ *Tenth Mediation Audit 2023*, s. 17.

bardziej zaawansowane narzędzia, takie jak AI. Zakłada się, że narzędzia te zaprogramowane zostaną również do generowania opcji lub sugerowanie rozwiązań. Choć wprost nie mówi się o zastąpieniu „bezzstronnej osoby” - sztuczną inteligencją” pozytywnie ocenić należy wszelki udoskonalenia techniczne, które mogą wesprzeć organizację i przebieg ADR.

Zalet ADR nie sposób przecenić, obejmują one szeroki katalog korzyści, od nieformalnego i elastycznego charakteru po poufność, szybkość i niższe koszty, co ma niezwykle istotne znaczenie w perspektywie długotrwałych postępowań sądowych. W związku z pandemią poczyniono znaczne inwestycje w platformy technologiczne, które umożliwiają dalsze funkcjonowanie ADR online. Rosnące zaufanie do takich platform, które pozwalają na wirtualne flipcharty, dzielenie stron na różne wirtualne pokoje, a nawet prywatne funkcje czatu, sprawiło że mediacja stała się bardziej dostępna niż kiedykolwiek. Mając na względzie niedawne propozycje brytyjskiego rządu dotyczące zwiększenia i rozszerzenia usług mediacyjnych należy przypuszczać, że ADR pozostaną elementem głównego nurtu wymiaru sprawiedliwości „na wyspach”.

Bibliografia

- Blake S., Browne J., Sime S.
2021 *The Jackson ADR Handbook*, Oxford.
- Błaszczak M.,
2012 *Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów (wybrane zagadnienia)*, „Kwartalnik ADR”, Nr 2(18).
- Buczkowski K.
2018 *Wymiar sprawiedliwości wobec nieletnich w wybranych krajach*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa.
- Consedine J.
2004 *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, Warszawa.
- Civil Justice Council
2021 *Compulsory ADR*, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report-1.pdf> [dostęp:05.04.2023].
- Civil Procedure Rules – Glossary
2017 <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/glossary> [dostęp:01.08.2023].

Cudowska M.

2019 *Zdatność arbitrażowa w postępowaniu insolwencyjnym. Analiza prawnoporównawcza*, Białystok.

Dupont P., Kirk E., Mcdermont M. A., Anderson B.

2018 *Promoting access to injustice? Alternative dispute resolution and employment relations in the UK*, University of Bristol.

Duszka-Jakimko H.

2011 *Alternatywne formy rozwiązywania sporów – tradycje anglosaskie w kontynentalnej kulturze prawnej*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne”, Nr IX.

Gould N., Liang O., Elliott F.

2022 *Conflict Avoidance and Alternative Dispute Resolution in the UK Construction Industry*, „Amicus Curiae”, Vol 4, No 1.

Jackson R.

2016 *Civil Justice Reform and Alternative Dispute Resolution*, Oxford.

Jakubiak-Mirończuk A.

2008 *Zmiany zachodzące w charakterze form alternatywnego rozwiązywania sporów sądowych – rozwój idei „zarządzania sporem*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” Nr 4, s. 63-90.

Ładysz I.

2014 *Znaczenie mediacji jako alternatywnej metody rozwiązywania sporów w Polsce w latach 2006-2012*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego”, Nr 8/2 s. 22-35.

Maer L., Priddy S.

2018 *The Parliamentary Ombudsman: role and proposals for reform*, Briefing Paper Nr 7496, London.

Matysiak-Błaszczuk A., Rajewska de Mezer J.

2016 *Mediacja jako szansa pojednania sprawcy i ofiary przestępstwa w sprawach z zakresu prawa karnego*, „Studia Edukacyjne”, Nr 39.

Moore Ch. W.

2012 *Mediacje. Praktyczne strategie rozwiązywania konfliktów*, tłum. A. Cybulko, M. Zieliński, Oficyna Wolters Kluwer 2012.

Muskała M.

2014 *«Diversion» w wymiarze sprawiedliwości wobec nieletnich w Anglii i Walii*, "Resocjalizacja Polska" Nr 8.

Rogacka-Łukasik A.

2019 *Złożenie skargi przez konsumenta za pośrednictwem ODR (Online Dispute Resolution) – internetowego systemu rozstrzygania sporów*, "Opolskie Studia Administracyjno-Prawne", T. 17 (1).

Rol M.

2019 *Mediacja jako alternatywny sposób rozwiązywania sporów na tle stosowania prawa – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik ADR”, Nr 2(46).

Romanowska M.

2013 *Alternative Dispute Resolution w dążeniach Unii Europejskiej do zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego*, [w:] *Lizbońska Unia Europejska. Zagadnienia wybrane*, red. J. W. Tkaczyński, Kraków.

2015 *Alternatywne sposoby rozstrzygania sporów w realizacji polityk szczegółowych Unii Europejskiej*, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/261310/romanowska_alternatywne_sposoby_rozstrzygania_sporow_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp:01.08.2023].

Sneddon L.

2019 *Early Neutral Evaluation*, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---early-neutral-evaluation/> [dostęp:5.04.2023].

Skibińska M.

2019 *Komponenty pojęcia „alternatywne rozwiązywanie sporów” w literaturze polskiej i anglosaskiej jako determinanty przynależności różnych metod do ADR*, „Kwartalnik ADR”, Nr 4(48).

Tolson S.

2017 *Alternative Dispute Resolution*, Cambridge.

Zych T.

2017 *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, Toruń.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN THE COMMON LAW SYSTEM - A VARIETY OF AMICABLE METHODS OF RESOLVING LEGAL DISPUTES SUPPORTING THE ANGLO-SAXON JUSTICE SYSTEM

Abstract: The purpose of these considerations is to present a range of possibilities for ending a legal dispute by using measures classified as ADR in the common law system in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, with particular emphasis on mediation. This system has the largest catalog of ADR methods within one country. Within ADR there are such diverse institutions as: early neutral evaluation, expert determination, mediation, mediation-arbitration, mediation-recommendations, ombudsman, regulators, neutral fact finding, conciliation. They apply to cases where one the party to the conflict is a state administration entity; family and civil cases, regardless of their subject matter: labor law, economic law, consumer law, neighborhood law. With regard to the institution of mediation, discrepancies in the scope of definitions and the separate principles constituting it should be pointed out. The dispute in the literature concerns especially the principle of voluntariness. The controversy in this context includes obligation to demonstrate in the above cases of participation in mediation at the pre-trial stage. In the context of criminal cases, mediation is perceived in relation to the concept of restorative justice, which has been used in England since the 1970s. This approach has not yet received a binding definition. It is characterized as a philosophy of criminal liability, using ADR methods, which are a form of contestation against the social rehabilitation and retributive function of justice. In the model of restorative justice, criminal behavior is not treated as a legal problem, but a conflict in the social dimension. The purpose of restorative justice is to compensate for the harm caused by a criminal act, not to impose punishment. In this model, the perpetrator voluntarily undertakes corrective action and the victim participates directly or indirectly in the discussion about the form of redress. This approach is very common in the UK, especially in the case of juvenile offenders. In this context, a special place is occupied by the institution of Community Resolution CR - a quasi-mediation agreement used as a pre-court measure of pre-court measures. Research shows that the institution of mediation has found a permanent place in the Anglo-Saxon justice system, despite the fact that there are three independent mediation systems in the Kingdom (England and Wales; Scotland and Northern Ireland). The polyphony of selecting means of solving legal disputes appropriate to the needs of citizens and facts is an undoubted phenomenon. However, it should be remembered that the pillar of the common law system is the overriding importance of precedent, i.e. optics based on examining a specific case in terms of the protection of individual rights, and the abstract interest of the state remains a kind of background. Therefore, a natural consequence is the maturity of citizens for self-determination and the declared trust in legal institutions based on principles that enable negotiation and control over the finally adopted solution to the dispute (agreement). As opposed to the attitude of passive waiting for the verdict. The pragmatic benefits of using ADR methods are seen in lower costs, as well as in preventing excessive length of court proceedings.

Key words: Alternative Dispute Resolution (ADR), negotiation, arbitration, mediation, an agreement.

ISBN 978-83-67527-82-8