

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010
Warszawa 2010

Piotr Skorupa ■

NORMATYWNE MODELE SANKCJI NIEWAŻNOŚCI BEZWZGLĘDNEJ A NIEISTNIEJĄCA CZYNNOŚĆ PRAWNA

1. Uwagi wstępne

Zagadnienie *negotium non existens* stanowi refleks znacznie szerszego problemu, jakim jest oddziaływanie w danym systemie prawa przyjętego modelu sankcji nieważności bezwzględnej, tj. ogólnie ujmując, instrumentu prawnego powodującego, że w wyniku dokonania czynności prawnej (złożenia oświadczenia woli) nie doszło do wywołania żadnych zamierzonych skutków prawnych.

Z perspektywy konstruowania instrumentów powodujących z mocy prawa, że czynność prawna nie wywoła żadnych zamierzonych skutków prawnych, a już powstałe skutki prawne są nieważne (tj. sankcji nieważności bezwzględnej), można sformułować pewną uwagę ogólną, że poglądy na temat *negotium non existens* (jako szczególnej odmiany wadliwej czynności prawnej), są z reguły reakcją na pewne niedoskonałości normatywnego modelu sankcji nieważności bezwzględnej. Szczególnie w aspekcie pewnych formalnych ograniczeń możliwości stosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Przypisanie czynności prawnej cechy „nieistnienia” – odmiennego od nieważności – może być także pewnym remedium na problem z wykładnią norm sankcjonowanych nieważnością bezwzględną, w szczególności brakiem możliwości zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej, pomimo np. sprzeczności z prawem stanowionym danej czynności prawnej.

Koncepcja tzw. „nieistniejących” czynności prawnych może być niekiedy przedmiotem kodyfikacji, w tym także odrębnej od sankcji nieważności bezwzględnej.

Prawo polskie dokonało jej dość szczególnej odmiany. Nastąpiło to na obszarze wadliwości uchwał osób prawnych.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przede wszystkim normatywny aspekt problematyki tzw. „nieistniejących” czynności prawnych i miejsce tej koncepcji wśród różnych modeli sankcji nieważności bezwzględnej. W szczególności rozważenie, czy w obecnym stanie prawnym oraz przy uwzględnieniu stosowanych modeli tzw. nieważności z mocy prawa (sankcji nieważności bezwzględnej), możliwa jest obrona koncepcji nieistniejącej czynności prawnej. Powstaje ponadto pytanie, czy zagadnienie to powinno być w ogóle przedmiotem regulacji: pozytywnej lub negatywnej. Kolejną kwestią jest wpływ tego problemu na dobór danego modelu cech sankcji nieważności bezwzględnej (normy prawnej sankcjonującej nieważnością z mocy prawa). To ostatnie zagadnienie ma znaczenie również wobec przyjętego modelu sankcji nieważności bezwzględnej w projekcie Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2008 r., który wydaje się być argumentem za odrzuceniem tzw. „nieistniejących” czynności prawnych.

2. Uwagi ogólne o pojęciu sankcji nieważności bezwzględnej oraz nieważności czynności prawnej

Doktryna tzw. „nieistniejących” czynności prawnych wymaga odniesienia do innych terminów związanych z omawianą problematyką, w szczególności głównych założeń, co do przyjętego rozumienia instytucji sankcji nieważności bezwzględnej. Pełne przedstawienie powyższej problematyki nie jest możliwe w ramach niniejszego artykułu¹. Pozostaje więc jedynie skrótowe przesądzenie tej kontrowersyjnej kwestii z perspektywy normatywnej (bez szerszego odniesienia do pewnych aspektów charakterystyki nieważności w prawie prywatnym, wynikającej z dorobku ogólnej teorii prawa).

Termin nieważność w systematyce sankcji, inaczej mówiąc typów wadliwych czynności prawnych i oświadczeń woli, jest określeniem wieloznacznym. W ogólnym jedynie ujęciu nieważność w prawie prywatnym może być rozumiana w kategoriach normatywnych (zdefiniowanych) oraz ontologicznych (synonim braku, nieistnienia)². Można tutaj przytoczyć wypowiedź T. Zielińskiego, który trafnie wyjaśnił, że termin „nieważność” jest abstrakcyjnym wytworem języka

¹ Por., zamiast wielu, M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 392 i nast.

² Por. szerzej, w szczególności w kontekście teorii faktów instytucjonalnych, T. Pietrzykowski, *Negotium non existens*, Rejent 2008, nr 12, s. 113 i nast.

prawniczego, a treścią i funkcją takiej wypowiedzi nie jest opis rzeczywistości. Znaczenie tego terminu to przede wszystkim wskazanie na fakt zaistnienia braku mocy prawnej – brak doniosłości prawnej danej czynności prawnej. Autor podkreślał, że uznanie czynności nieważnej, jako czynności nieistniejącej w sensie prawnym, opiera się na fikcyjnym założeniu, że czynność faktycznie dokonana nie istnieje – „w tym sensie, że pewne zdarzenia nie są przez prawo uznane”.³ W powyższym ujęciu widoczny jest wpływ naturalnego sposobu rozumienia słowa nieważność na dogmatykę prawa prywatnego i jego bliskość znaczenia z określeniem „nieistnienie”⁴.

W przepisach polskiego kodeksu cywilnego nie dodaje się do tego terminu przydawki „bezwzględna”. Niemniej jednak panuje niemal powszechna zgodność poglądów, doznająca tylko niekiedy wyłomów, że każdorazowe użycie w przepisie słowa „nieważność” oznacza normę prawną, która powoduje nieważność *ipso iure* skutków prawnych, wynikających (por. art. 56 k.c.) ze złożenia oświadczenia woli lub dokonania czynności prawnej. Czasem prowadzi to do nieporozumień i wyraźnego zawężenia pojęcia nieważności do sankcji nieważności bezwzględnej, co może mieć także doniosłe znaczenie praktyczne.⁵ Nieważność może być bowiem rozumiana w podwójny sposób, jako tzw. nieważność bezwzględna lub konsekwencja zastosowania innych sankcji wadliwej czynności prawnej.⁶ Powoduje to również utożsamianie sankcji nieważności bezwzględnej z następstwem jej zastosowania i obowiązywania.

Zważywszy na ten dwoisty charakter nieważności, można również przyjąć m.in. podział na nieważność *sensu largo* i *sensu stricte*. Jednocześnie należy zauważyć, że takie rozróżnienie nie jest niczym nowym w nauce. W ramach przykładu można tutaj przywołać podział na nieważność dokonaną i niedokonaną, jaki

³ T. Zieliński, *Znaczenie terminu nieważność w języku prawniczym*, Krakowskie Studia Prawnicze, 1970, t. III, s. 60–61. Autor także trafnie wskazuje, że głównym założeniem tej odmiany fikcji prawnej jest fakt, że stwierdzenie „czynność prawna nieważna wyznacza regułę postępowania”, wedle której należy czynność traktować jako niebyłą.

⁴ Por. także T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 118–119. Autor, wyjaśniając znaczenie naruszenia danych reguł dokonywania czynności prawnej (czyli faktu instytucjonalnego), trafnie stwierdza, że ich niedochowanie powoduje, że nie doszło w ogóle do dokonania czynności prawnej.

⁵ M. Grochowski, *Wadliwość umów konsumenckich (w świetle przepisów o nieuczciwych praktykach rynkowych)*, Państwo i Prawo 2009, nr 7, s. 62, 64. Autor ten trafnie ujmując – choć wynika to jedynie pośrednio z treści całego omawianego zagadnienia – nieważność w jednolitej konwencji skutku zastosowania (obowiązywania normy prawnej) sankcji nieważności względnej lub bezwzględnej.

⁶ Por. także J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983, s. 11.

zastosował F. C. von Savigny.⁷ Na gruncie wadliwości aktów prawnych H. Kelsen podobnie przyjmował, że nieważność względna, inaczej tzw. wzruszalność, to tylko warunkowa nieważność.⁸

W związku z tym ostatnim zagadnieniem, należy wyjaśnić relację zakresów znaczeniowych takich pojęć jak:

- sankcja nieważności bezwzględnej,
- nieważność – efekt zastosowania ww. sankcji.

W celu uniknięcia niejasności można nieważność w tym ostatnim znaczeniu określać np. jako stan nieważności.

Nieważność bezwzględna oraz inne odmiany sankcji (typów, postaci) wadliwych czynności prawnych (oświadczenia woli) jest jednym z mechanizmów wykluczających lub osłabiających skuteczność czynności prawnej. Dla uproszczenia, pomijając tryb stosowania sankcji nieważności bezwzględnej w prawie polskim, można przyjąć spojrzenie unifikujące wszystkie przyczyny wadliwości oraz ich następstwo, którym jest brak zamierzonych skutków prawnych czynności prawnej – czyli ich tzw. nieważność. Tak rozumiana nieważność jest synonimem bezskuteczności, nieistnienia, innymi słowy: fikcji prawnej braku zamierzonych skutków prawnych.⁹

Patrząc na moment wystąpienia stanu nieważności jako fundamentalną cechę sankcji nieważności bezwzględnej, która polega na wystąpieniu – co do zasady – stanu nieważności *ex lege* i *ab initio*, można dojść do wniosku, że rozróżnienie takie jest nazbyt sztuczne. Z perspektywy normatywnej można przyjąć, że istnieje jednak mocne oparcie dla takiego podejścia, np. ograniczenie terminem prawa do zastosowania sankcji nieważności absolutnej (tzw. dochodzenia nieważności) w niektórych systemach prawnych, np. prawie francuskim. W prawie polskim taki przypadek przewidziano np. w odniesieniu do testamentu – art. 945 k.c. oraz sprzecznych z ustawą uchwał spółek kapitałowych (art. 252 i 425 k.s.h.). Możliwe jest więc takie skonstruowanie modelu nieważności, że dopiero w drodze wytoczenia powództwa doprowadzić można do eliminacji zamierzonych skutków prawnych (tzw. nieważności czynności prawnej).

W tym miejscu można przywołać postulat nauki, gdzie zwraca się uwagę, że mówienie o nieważności *ab initio* czy też powstałej po unieważnieniu ma sens,

⁷ Był to tylko jeden podziałów stosowanych przez tego Autora – por. szerzej R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz. Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen – Mohr Siebeck 1998, s. 57–58.

⁸ M. Kamiński, *Nieważność decyzji administracyjnej. Studium teoretyczne*, Wolters Kluwer/Zakamycze 2006, s. 90.

⁹ W przypadku terminu bezskuteczność należy zastrzec, że nie można stosować tych pojęć zamiennie, ponieważ słowo „bezskuteczność” ma poszerzony – można rzecz, normatywnie zagwarantowany – zakres znaczeniowy, obejmujący przypadki niezwiązane z wadami.

gdy taka dystynkcja dotyczyć ma *ratio legis* normy sankcjonowanej, a dokładniej tam, gdzie mowa jest o kategorii podmiotów chronionych nieważnością.¹⁰

Wsparciem dla przyjęcia odrębności sankcji nieważności bezwzględnej od stanu nieważności jest również wzgląd na dorobek ogólnej teorii prawa (w szczególności związany z teorią faktów instytucjonalnych – czynności konwencjonalnych).

W nauce prawa cywilnego sformułowany został trafny pogląd odrzucający możliwość klasyfikacji czynności prawnej nieważnej jako czynności prawnej¹¹. Należy równolegle uwzględnić fakt, że przedmiotem normy sankcjonującej tzw. nieważnością bezwzględną są skutki prawne, jakie podmiot zamierza wywołać. Za wyłącznie pewien skrót terminologiczny należy zatem uznać mówienie o nieważnych czynnościach prawnych. Nieważność dotyka bowiem zamierzone skutki prawne. Czynność prawna w stanie nieważności nie umożliwia realizacji danych zamierzeń w obrocie prawnym.¹²

Wydaje się, że z powyższych przyczyn widzenia należy mówić o czynności prawnej podlegającej danej normie sankcjonującej, na mocy której następuje eliminacja częściowa lub całkowita skutków prawnych. Jednak już po zastosowaniu sankcji, można jedynie mówić o stanie nieważności czynności prawnej. Sytuacja prawna uczestników czynności prawnej jest w takim przypadku regulowana przede wszystkim zasadami przywrócenia stanu poprzedniego. Nie wynika ona z czynności prawnej, a ze stanu jej nieważności (rozumianego jako brak zamierzonych skutków prawnych).¹³ Nieważność czynności prawnej jest w takim ujęciu

¹⁰ M. E. Storme, *Harmonization of the law on (substantive) validity of contracts (illegality and immorality)*, [w:] *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag: Zum Siebzigsten Geburtstag*, J. Basedow, U. Drobnig, K. J. Hopt, H. Kötz (red.), Mohr Siebeck 1998, s. 202.

¹¹ Nieważności nie rozpatruje w kategoriach sankcji wadliwej czynności prawnej Z. Radwański. Autor wyjaśnia, że tzw. bezwzględnie nieważne czynności prawne nie należą do klasy czynności prawnych prawa cywilnego i nie powinno się ich rozpatrywać jako odmiany wadliwych czynności prawnych. Autor przyjmuje, że o wadliwych czynnościach prawnych można mówić tylko wtedy, gdy wywołują przynajmniej niepełne skutki prawne – por. szerzej Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, wyd. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 448. Z. Radwański stwierdza, że takie podejście do terminu nieważności jest sprzeczne z jednorodnym pojęciem nieważności, które przyjmuje ogólna teoria czynności konwencjonalnych – Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 9, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 338.

¹² Należy zasygnalizować ponadto, że samo pojęcie czynności prawnej jest jedynie pewnym abstrakcyjnym uogólnieniem, które pojawiło się znacznie później niż zagadnienie tzw. nieważności aktów prawnych, tj. różnych ograniczeń ich skutków prawnych.

¹³ Por. szerzej Z. Radwański, *Jeszcze w sprawie bezwzględnie nieważnych czynności prawnych*, Państwo i Prawo 1986, nr 6, s. 95; tenże [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, wyd. 2, s. 448. Autor przypomina, że ogólna teoria czynności konwencjonalnych, wypracowana na modelach gier, gdzie zachowania graczy mogą być jedynie uwzględniane, jeżeli odpowiadają

synonimem stanu nieważności, braku lub nieistnienia oraz nie byłaby rozumiana jako sankcja wadliwości, a wynik jej zastosowania (obowiązywania normy sankcjonującej brakiem zamierzonych skutków prawnych).

Takie rozróżnienie tylko pozornie jest mniej istotne w przypadku, gdy zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej i jej fundamentalne następstwo – całkowity brak zamierzonych skutków prawnych – wynika *ex lege*. Nie jest często możliwe uchwycenie widocznej i praktycznej różnicy pomiędzy sankcją nieważności bezwzględnej a jej następstwem – stanem nieważności, choć zależy to od np. innych cech tego modelu sankcji – np. wspomniane ograniczenia terminem¹⁴. W przypadku pozostałych odmian wadliwości możliwe jest, że oświadczenie woli (czynność prawna) zachowa swą ważność w następstwie wystąpienia określonych okoliczności, np. wpływ czasu przewidzianego do unieważnienia danej czynności prawnej, wyrażenie zgody (potwierdzenie) dokonane przez osobę trzecią.¹⁵ Sens praktyczny odróżnienia typów wadliwych czynności prawnych – od skutków prawnych zastosowania sankcji wadliwości – można zilustrować również tym, że często jeżeli w przepisie prawnym pojawia się termin nieważność, dopiero w wyniku wykładni rozstrzyga się, czy mamy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej czy też z innym przypadkiem wadliwej czynności prawnej.¹⁶

regułom gry, posługuje się jednorodnym pojęciem nieważności w przypadku działań nieefektywnych i sprzecznych z ustalonymi regułami. Autor przypomina równocześnie, że prawo cywilne posługuje się różnymi pojęciami nieważności, które służą dla określenia różnych ograniczeń efektywności czynności prawnej.

¹⁴ Zagadnienie to ma ponadto znaczenie w przypadku, gdy takie instytucje, jak: nieważność częściowa, konwersja i konwalidacja uznamy za sposób na wykluczenie zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej, nie zaś za wyłom od tzw. definitywnego skutku nieważności.

¹⁵ Należy doprecyzować, że w pewnych przypadkach skutek nieważności – w znaczeniu brak zamierzonych skutków prawnych – dotyczyć może jedynie określonej grupy podmiotów, np. bezskuteczność względna.

¹⁶ Np. spór dotyczący wykładni normy sankcjonującej *ex art.* 17 Kodeksu spółek handlowych, jako sankcji nieważności bezwzględnej albo bezskuteczności zawieszanej. Sankcję bezskuteczności zawieszanej przyjęto m.in. w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2007 r. (III CZP 31/07, publ. OSNC 2008/2/14, Biul. SN 2007/9, Lex 298667) lub w wyroku z dnia 19 stycznia 2007 r., III CSK 360/06, publ. LEX nr 270867, Biuletyn SN 2007, nr 6, s. 13. Unormowanie art. 17 § 1 Kodeksu spółek handlowych uznano za przypadek nieważności bezwzględnej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 859/2004, publ. LexPolonica nr 412022. Literatura na tle rozumienia art. 17 Kodeksu spółek handlowych jest dość bogata. Za bezskutecznością zawieszoną opowiada się np. Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, wyd. 2, s. 441–442, R. Pabis, *Skutki wadliwości czynności prawnych w świetle art. 17 § 1 i 2 k.s.h.*, Przegląd Prawa Handlowego 2001/6, s. 20–22. Por. także np. P. Antoszek, *Charakter prawny aktu głosowania współnika spółki kapitałowej*, Prawo Spółek 2005, nr 9, s. 2 i nast. Bliższe przedstawienie poglądów nie jest możliwe. Generalnie

Doniosłość wyróżniania różnych odmian sankcji nieważności można zilustrować argumentem odwołującym się do art. 2033 *Louisiana Civil Code*, w którym wyraźnie podkreśla się, że ostatecznym skutkiem zastosowania (obowiązywania) obu sankcji wadliwości (nieważności absolutnej lub relatywnej), jest przede wszystkim przyjęcie fikcji prawnej, że umowa nigdy nie istniała. Sformułowanie tego przepisu pokazuje również, że istota sankcji nieważności bezwzględnej, jako dolegliwości dla podmiotu zamierzającego wywołać skutki prawne, polega przede wszystkim na eliminacji możliwości powstania zamierzonych skutków prawnych.

3. Sankcja nieważności bezwzględnej jako model sankcji wadliwej czynności prawnej (oświadczenia woli)

Przydatność odróżnienia nieważności jako skutku od normy sankcjonującej, która do niego prowadzi, nie wydaje się być jedynie podyktowana poprawnością teoretyczną. Związana jest z możliwością konstruowania różnych modeli normatywnych sankcji nieważności bezwzględnej. W szczególności tzw. nieważności *sui generis*, tj. norm prawnych powodujących nieważność (brak) zamierzonych skutków prawnych z jednoczesną modyfikacją trybu wywołania takiego efektu oraz jego następstw – w prawie pracy, w prawie spółek prawa handlowego, itd.

W ujęciu klasycznym, sankcja ta z mocy prawa prowadzi do prawnego braku zamierzonych skutków prawnych¹⁷ (nieważności skutków prawnych) przez podjęcie czynności prawnej (złożenie oświadczenia woli); od początku (*ab initio*). Osadzenie wszystkich sankcji wadliwości na tym samym poziomie funkcjonalnym – środki prawne prowadzące do nieważności (braku) skutków prawnych, powoduje, że różnice pomiędzy poszczególnymi typami tzw. sankcji wadliwości sprowadzać się będą do:

można nadmienić, zwolennicy stosowania sankcji nieważności bezwzględnej opierają swe poglądy przede wszystkim na słowie „nieważny”, zawartym w art. 17 Kodeksu spółek handlowych oraz instytucji konwalidacji tzw. nieważnej czynności prawnej – tak np. A. Szumański [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych*, t. I, Warszawa 2002, s. 201–202, A. Koch, *Następstwa przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych na tle kodeksu handlowego i projektu prawa spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2000/6, s. 8–9. Poglądy o sankcji nieważności bezwzględnej często nietrafnie odnoszą się do słów, bez zważenia na okoliczność, że w art. 17 Kodeksu spółek handlowych mowa jest o stanie nieważności, który jest także skutkiem ziszczenia się sankcji bezskuteczności zawieszanej. W świetle najnowsze-
go orzecznictwa SN wypada stwierdzić, że rozumienie art. 17 Kodeksu spółek handlowych nie powinno prowadzić do kolejnych sporów.

¹⁷ Z uwzględnieniem skutków prawnych, powstających w oparciu o art. 56 k.c.

- kręgu podmiotów uprawnionych do doprowadzenia czynności prawnej do ostatecznej i definitywnej nieważności (braku zamierzonych skutków prawnych),
- przypadków nałożenia na sąd obowiązku stosowania sankcji wadliwości z urzędu,
- możliwości ograniczenia realizacji sankcji terminem zawitym,
- dodatkowo w przypadku sankcji względnej bezskuteczności, nieważność skutków prawnych będzie uwzględniana wyłącznie na korzyść osoby uprawnionej.

Natomiast cechą wspólną jest ostateczny efekt, jaki następuje wskutek zastosowania danej sankcji – stan nieważności – brak zamierzonych skutków prawnych, który niekiedy (np. ochrona osób działających w dobrej wierze) może podlegać znaczącym wyjątkom.

Możliwości uzasadnienia powyższego stanowiska nie wyklucza ta okoliczność, że sankcja nieważności bezwzględnej a stan definitywnej nieważności czynności prawnej w prawie polskim w zasadzie nie będą się różnić pod względem trybu wystąpienia (choć np. wadliwość uchwał w spółkach kapitałowych pozwala na obronę twierdzenia o konieczności uzyskania sądowego potwierdzenia, że wystąpił stan nieważności). Można wskazać, że w praktyce w większości przypadków sytuacje sporne powodują jednak, że stwierdzenie nieważności wymagać będzie – *de facto*, nie *de iure* – wytoczenia powództwa. Różnica pomiędzy sankcją nieważności bezwzględnej a efektem jej zastosowania będzie wynikać tutaj – wedle prawa cywilnego formalnego – z konieczności wykazania interesu prawnego (art. 189 k.p.c.), np. z wykazania naruszenia danej normy sankcjonowanej nieważnością *ex lege* (np. jeżeli będzie dotyczyło niemoralności umowy).

W nauce zwraca się na pewną iluzoryczność mówienia o różnych typach nieważności pod względem czasu ich wystąpienia (*ab initio*, czy na mocy np. orzeczenia sądu), gdy ostatecznie po zakończeniu procesu sądowego występuje ten sam skutek prawny.¹⁸

Można ponadto zwrócić uwagę, że pomimo braku regulacji kodeksowej, w prawie polskim w charakterystyce sankcji bezskuteczności zawieszonej lub wzruszalności (tzw. względnej nieważności), widoczna jest tendencja do używania sformułowania, że np. brak potwierdzenia czynności „w końcowym efekcie prowadzi do nieważności bezwzględnej”¹⁹. Założenia dla odróżnienia stanu nieważności

¹⁸ Tak M. E. Storme, *Harmonization of the law on (substantive) validity*... s. 202.

¹⁹ Tak, w odniesieniu do bezskuteczności zawieszonej, M. Gutowski, *Nieważność czynności*..., s. 121, Również np. K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 879, stwierdza, że „bezwzględnie nieważna” jest również czynność prawna dotknięta początkowo sankcją bezskuteczności zawieszonej.

czynności prawnej od sankcji nieważności bezwzględnej można również wesprzeć wypowiedziami judykatury, w których to następuje wskazanie na zbieżność konsekwencji obu tych sankcji wadliwości.²⁰

4. Podstawowe modele sankcji nieważności bezwzględnej

Zagadnienie nieistnienia czynności prawnej jest emanacją problemów dotyczących ogólnej nauki o nieważności czynności prawnej (oświadczenia woli). Przede wszystkim łączy się z obowiązującym modelem sankcji, która powoduje stan nieważności skutków prawnych z mocy prawa oraz zakresem norm sankcjonowanych takim brakiem zamierzonych skutków prawnych. W kategoriach ontologicznych *negotium non existens* jest synonimem braku zamierzonych skutków prawnych, który ma miejsce w wyniku zastosowania normy sankcjonującej nieważnością bezwzględną. W kategoriach normatywnych czynność nieistniejąca może być oddzielona od zagadnienia stanu nieważności z mocy prawa i podlegać odrębnej kodyfikacji. Trafność i przydatność dla prawa prywatnego tej ostatniej formy regulacji wymaga oceny z perspektywy podstawowych modeli normatywnych sankcji nieważności bezwzględnej.

Z normatywnego punktu widzenia możliwe jest obowiązywanie w systemie prawnym dwóch norm sankcjonujących: nieważność z mocy prawa oraz nieistnienie czynności prawnej. Wówczas kwestia skutków prawnych zastosowania (obowiązywania) danej normy sankcjonującej może być przedmiotem odmiennej regulacji, np. zróżnicowanie cech obu sankcji co do terminów dla ich stosowania i kręgu osób uprawnionych do powołania się na nie (chronionych jej obowiązywaniem). Takie podejście można jednak uznać za niepożądane, ponieważ przy określonym unormowaniu cech nieważności bezwzględnej brak będzie miejsca dla doszukiwania się przypadków tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, czyli „jeszcze bardziej wadliwych” – niż nieważne czynności prawne (oświadczenia woli). Kolejnym problemem jest obecność innych – porównywalnych w następstwach – przypadków norm sankcjonujących, mówiących o uznaniu czynności prawnej za niedokonaną lub jej normatywnej części (np. warunku) za niezastrzeżoną.

²⁰ Np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30.06.2004 r., I ACa 1404/03, OSA 2005/11/43, publ. Lex 150926, wyraźnie zaznaczono, że bez względu na to, jak zostanie zakwalifikowany skutek odmowy potwierdzenia czynności zawartej z przekroczeniem umocowania, czy jako bezskuteczność umowy, czy też nieważność, to stwierdzenie nieważności umowy unicestwia jej byt prawny ze skutkiem *ex tunc*.

Scharakteryzowanie podstawowych modeli sankcji nieważności bezwzględnej jest zadaniem narażonym na problem zbytich uogólnień i uproszczeń. Jednak pewien podział podstawowych modeli normatywnych niezbędny jest dla przedstawienia problemu nieistniejącej czynności prawnej.

Oceniając ogólnie podejście prawa prywatnego do nieważności jako sankcji wadliwej czynności prawnej (w szczególności wyboru określonego modelu regulacji skutków prawnych jej zastosowania, terminologii oraz przesłanek sankcji nieważności bezwzględnej, tj. norm sankcjonowanych), należy wskazać, że w zasadzie brak jest zgody w zakresie wypracowania jednego modelu regulacji. Różnice dotyczą zarówno samych cech nieważności bezwzględnej oraz kręgu przypadków, kiedy dane naruszenie uzasadnia zastosowanie takiej sankcji – tj. zróżnicowania skutków naruszeń norm prawnych sankcjonowanych, wyrażających określone nakazy lub zakazy (tzw. przesłanek nieważności).

Dodatkowo można wskazać na różnice w typologii wadliwych czynności prawnej, wyrażające się w zróżnicowanym katalogu odmian (sankcji) wadliwości. Istotne jest także zjawisko przenikania się cech norm sankcjonujących (np. relatywna nieważność w prawie austriackim²¹) definitywnym brakiem zamierzonych skutków prawnych, a także wypracowywania różnych rodzajów nieważności czy bezskuteczności.

Główne odrębności dotyczą zakresu skutków prawnych, jako następstw zastosowania tej odmiany sankcji nieważności. Ponadto klasyczne skutki wad – opatrywanych nieważnością *ipso iure* – ustępują niekiedy na rzecz zastosowania silniejszej ingerencji w skuteczność czynności prawnej, która polega na przyjęciu braku jakichkolwiek roszczeń związanych z dokonaniem czynności prawnej, w tym wykluczeniu wzajemnych rozliczeń stron (w myśl maksymy *nemo auditur turpitudine suam allegans*). Ten ostatni problem łączy się przede wszystkim z problemem nielegalnych lub niemoralnych umów.

Powyższe rozbieżności wynikają przede wszystkim z różnic w systemach krajowych, gdzie np. tradycja francuska koncentruje się bliżej na określeniu kręgu podmiotów uprawnionych do powołania się na nieważność, zakładając przy tym wyłącznie sądowy tryb stwierdzenia nieważności, łącznie z przedawnieniem roszczenia o tak skonstruowane *de facto* unieważnienie czynności prawnej. Natomiast podejście systemów opartych na stanowisku prawa niemieckiego przyjmuje prymat określenia, kiedy nieważność ma miejsce *ab initio*, a kiedy wymagane jest unieważnienie czynności prawnej²². Rozwiązania systemów *common law*

²¹ Por. P. Bydlinski, *Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil*, wyd. 4, Wien 2007, s. 143–145, R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 91 i nast.

²² Tak M. E. Storme, *Harmonization of the law on (substantive) validity...*, s. 203.

cehuje większa koncentracja przy badaniu skutków wystąpienia danego naruszenia (wadliwości) na płaszczyźnie dostępności roszczeń umownych lub restytucyjnych. Jedynie pośrednie znaczenie ma fakt wystąpienia nieważności *ab initio*. Sam fakt wystąpienia stanu nieważności umowy nie determinuje jeszcze praw stron związanych z ewentualnym przywróceniem stanu poprzedniego. W szczególności naruszenie ustawy, zasad porządku publicznego lub norm moralnych zasadniczo prowadzi do niedostępności roszczeń restytucyjnych.²³

Ponadto dominuje sytuacja, gdzie konkretne modele normatywne nie eksponują oddzielenia stanu nieważności – braku zamierzonych skutków prawnych, od trybu, w jakim stan ten został osiągnięty, tj. danego rodzaju wadliwości.

Przy powyższym zastrzeżeniu konieczności pewnego uogólnienia należy wskazać na obecność dwóch zasadniczych modeli normatywnych nieważności czy też szerzej, typologii sankcji wadliwości czynności prawnej w kontekście pojęcia nieważność czynności prawnej (oświadczenia woli).

- Pierwszym podejściem do nieważności jest unormowanie, gdzie przewidywany jest jeden rodzaj nieważności, a inne odmiany sankcji wadliwej czynności prawnej mogą jedynie prowadzić do wystąpienia nieważności w określonym trybie (np. poprzez unieważnienie, odmowę zatwierdzenia czynności prawnej). Najczęściej w tym przypadku stosowana jest abstrakcyjna formuła normowania nieważności w prawie prywatnym. Przepisy odwołują się bowiem wyłącznie do terminu nieważność. Nie reguluje się, jakimi cechami formalnymi i materialnymi charakteryzuje się model nieważności.

- W drugim przypadku następuje ustawowe zdefiniowanie różnych odmian nieważności (względnej, bezwzględnej), często połączone z określeniem cech formalnych tak rozumianych odmian sankcji nieważności. Cechy te określają, w jakim trybie oraz od którego momentu następuje eliminacja zamierzonych skutków prawnych. Model ten można określić podejściem opisowym do nieważności. Zastosowana formuła kodyfikacji, poprzez definicje kodeksowych odmian nieważności, ma również tę zaletę, że wskazuje mocniej na ostateczny efekt sankcji nieważności – brak zamierzonych skutków prawnych (tj. stan nieważności).

Dodatkowo, w ramach konstrukcji sankcji nieważności bezwzględnej (i jej odpowiedników), można wyodrębnić dwa sposoby regulowania trybu stosowania tej normy sankcjonującej:

²³ Należy nadmienić, że taka wadliwość jest w systemach prawnych *common law* najczęściej rozpatrywana na gruncie kompleksowej instytucji *illegality*, wedle której ocenia się reakcję na określoną wadliwość, przede wszystkim od strony roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Ogólnie ujmując, sankcja w takim przypadku polega na odpadnięciu możliwości egzekucji roszczeń kontraktowych i niedostępności roszczeń restytucyjnych (*unenforceable contracts*).

- wedle kryterium podmiotów uprawnionych do wytoczenia powództwa o sądowe stwierdzenie nieważności bezwzględnej oraz
- wedle kryterium źródła i chwili wystąpienia braku skutków prawnych (stanu nieważności): *ab initio* i *ex lege*, czy też jednak w wyniku sądowego unieważnienia czynności prawnej.

Kolejną kwestią jest fakt, że zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej łączy się z ogólnym problemem braku ważności oświadczenia woli lub czynności prawnej oraz etapie, na jakim następuje stwierdzenie, że oświadczenie woli lub czynność prawna nie jest ważna *ab initio*.

Kwestia ta w pewnym uproszczeniu może zostać sprowadzona do konieczności badania wpływu określonych wad oświadczenia woli (czynności prawnej) w zależności od chwili i kontekstu ich wystąpienia.

W nauce trafnie dość skomplikowany stan prawny sprowadza się do zagadnienia:

- określenia przesłanek wiążącej mocy oświadczenia woli,
- wad oświadczenia woli,
- tzw. nielegalności lub niemoralności umowy (czynności prawnej)²⁴.

Można zwrócić przy tym uwagę, że model sankcji nieważności bezwzględnej może najczęściej nie być dopasowany do problemów związanych z zagadnieniem wiążącej mocy oświadczenia woli. Zagadnienie to łączy się z procesem wyrażania oświadczenia woli i tzw. formowaniem czynności prawnej (umowy). Głównie na tym pierwszym etapie pojawia się trend do wyodrębnienia kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych (np. wypowiedzi o braku oświadczenia woli jednej ze stron umowy, jako przykładu *negotium non existens*). W tym przypadku najczęściej jest możliwe wystąpienie sytuacji, gdy nie doszło do zgodnego złożenia oświadczeń woli albo brak jest zamiaru wywołania skutków prawnych. Nie jest również możliwe przyjęcie żadnych skutków prawnych nawet w świetle tzw. okoliczności towarzyszących. Ponadto należy stwierdzić, że gdy dany model sankcji nieważności bezwzględnej (lub jej odpowiedników w różnych systemach krajowych) ograniczony jest terminami przedawnienia (zawitymi) w jej stosowaniu, wówczas może dojść do sytuacji, gdzie pojawi się trudność w stwierdzeniu nieważności. Możliwe jest bowiem zaistnienie sytuacji zbyt wąskiego określenia przypadków sankcjonowania nieważnością bezwzględną wad w procesie składania oświadczenia woli lub zawierania umów (ogólnie dokonywania czynności prawnej).

²⁴ U. Drobnig, *General Principles of European Contract Law*, [w:] *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, P. Sarcevic & P. Volken (red.), Oceana 1986, (publ. na <http://www.cisg.law.pace.edu>), s. 313–137.

Opierając się na tym fakcie, że w prawie prywatnym nieważność jest pojęciem normatywnym nie zaś ontologicznym – w systemie przyjmuje się jej szczególne rozumienie, nie wydaje się celowe odwoływanie się do tych argumentów, że nieważność zachodzi wyłącznie w jednym układzie, a alternatywą może być tzw. „nieistniejąca” czynność prawna.

Tym samym można wyodrębnić klasyczny model sankcji nieważności bezwzględnej oraz jego podstawowe modyfikacje:

[Cechy formalne sankcji nieważności bezwzględnej *in abstracto*]

1. [*ex lege/ipsa iure*] tryb realizacji sankcji z mocy prawa, z całkowitym wyłączeniem kompetencji uczestników obrotu i sądu w odrzuceniu zastosowania sankcji,
2. [*ex tunc/ab initio*] brak oświadczenia woli i czynności prawnej w obrocie prawnym od momentu podjęcia – konieczność przywrócenia stanu poprzedniego oraz ewentualnie zapłaty odszkodowania,
3. [*erga omnes*] możliwość zastosowania sankcji przez każdego oraz w każdym czasie (brak przedawnienia lub terminów zawitych),
4. [*ex officio*] konieczność zastosowania sankcji przez organ rozpoznający spór z urzędu.

[Kierunki modyfikacji konstrukcji ogólnej]

1. konieczność orzeczenia stanu nieważności przez sąd, tj. brak tzw. nieważności z mocy prawa,
2. stan nieważności (brak) skutków prawnych na przyszłość lub od momentu orzeczonego przez sąd (np. częściowe przywrócenie stanu poprzedniego i odszkodowanie uzupełniające), ewentualnie także z urzędu, ale wyłącznie na korzyść osoby chronionej normą sankcjonowaną,
3. zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej wyłącznie przez osobę chronioną normą sankcjonowaną (tzw. nieważność relatywna, względna *ab initio*), z pozbawieniem drugiej strony możliwości powołania się na konieczność jej zastosowania, łącznie z pozbawieniem sądu możliwości uwzględnienia jej z urzędu,
4. konwalidacja – tj. utrzymanie pewnej części lub całości skutków prawnych w mocy – wyłączenie możliwości zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej wskutek:
 - a) wykonania czynności prawnej,
 - b) upływu czasu (termin zawity do dochodzenia stwierdzenia nieważności lub przedawnienie roszczeń wynikających ze stanu nieważności)
 - c) ochrony osób działających w dobrej wierze.

Należy wyjaśnić, że modyfikacja cech modelowych sankcji nieważności bezwzględnej może także być realizowana w aspekcie materialnego zasięgu tej normy sankcjonującej. Kwestia ta wydaje się w mniejszym stopniu korespondować z koncepcją *negotium non existens*, za wyjątkiem przypadku braku norm prawnych o zasięgu ogólnym, sankcjonujących nieważnością bezwzględną szczególnie rażące przypadki wadliwości (np. brak zdolności do czynnościach prawnych, brak wymaganej formy oświadczenia woli, niezgodność z ustawą lub normami moralnymi). Aktualność powyższych przypadków można jedynie zasygnalizować od strony teoretycznej, choć znaczenie ograniczenia zasięgu materialnego nieważności bezwzględnej jest widoczne na przykładzie np. francuskiej koncepcji *negotium non existens*.

Przy tak ogólnie zakreślonym punkcie odniesienia, należy przywołać główne założenia dotyczące możliwości wyodrębnienia kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych w prawie porównawczym. Koncepcja nieistniejących czynności prawnych jest różnie przyjmowana w systemach prawnych *common law* i *ius civile*.

5. Uwagi prawnoporównawcze

5.1. *Common law*

Generalnie w tradycji *common law* nie wyróżnia się tak rozumianego typu (sankcji) wadliwej czynności prawnej. Należy tutaj jednak zawrzeć dość istotne zastrzeżenie, związane z rozumieniem terminu nieważność umowy (*void*) – w znaczeniu zbieżnym z przyjętym w prawie polskim określeniem „nieważność bezwzględna”. Dla objaśniania tego pojęcia często używa się stwierdzenia, że nieważność umowy oznacza jej nieistnienie, a sąd stwierdza tak rozumianą nieważność umowy.²⁵ Można nadmienić, że np. w doktrynie francuskiej uznaje się amerykańskie rozumienie terminu *void* za porównywalne do kategorii „nieistniejącej umowy”.²⁶ Niekiedy wspomniana dwoistość znaczeniowa słowa nieważność –

²⁵ Tak np. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, praca zbiorowa Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française & Société de Législation Compare, *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (red.), Sellier. European Law Publishers, Monachium 2008, s. 375, R. Halson, *Contract Law*, Pearson Education 2001, s. 40. W nauce angielskiej termin *void* objaśnia się niekiedy jako prawny brak istnienia umowy – J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, wyd. 27, Cambridge 1998, s. 83.

²⁶ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 356.

związki z zakresem pojęciowym terminu nieistnienie – powoduje, że kodyfikuje się połączenie tych terminów, np. w kodeksie cywilnym Republiki Filipin.²⁷

Tym samym z punktu widzenia relacji do *negotium non existens* interesujące jest samo w sobie rozumienie instytucji nieważności umowy w tradycji *common law*.

W doktrynie amerykańskiej trafnie zwraca się uwagę, że określenie „nieważna umowa” jest wewnętrznym sprzeczne, ponieważ pojęcie „umowa” obejmuje zawsze pewien element egzekwowalności (*enforceability*). Podkreśla się przy tym, że taki problem nie zachodzi w sytuacji określenia „nieważne porozumienie”. W tym przypadku z tej przyczyny, że porozumienie nie zakłada dojścia do skutku stosunku prawnego, a jedynie łączy się ze złożeniem oferty i jej przyjęciem. Tak samo dopuszcza się użycie określenia nieważne oświadczenie woli (*void promise*). W tym ostatnim przypadku określenie *void promise* ma jedynie wskazać na zamiar wywołania skutku prawnego (bez implikacji co do tego, czy oświadczenie to będzie prawnie wiążące lub w inny sposób prawnie doniosłe).²⁸ Ponadto możliwa jest sytuacja rozbieżności pomiędzy ofertą i jej przyjęciem, wówczas nie jest to zarówno umowa ani porozumienie, jedynie są to oświadczenia woli. Podkreśla się jednak, że indywidualne oświadczenia woli stron nie są całkowicie pozbawione skutków prawnych, każde z nich może być bowiem prawnie skuteczne wobec stworzenia dla drugiej strony możliwości akceptacji.²⁹

Problem wspomnianej niekonsekwencji wynika z definicji umowy wskazanej w § 1 *Restatement (Second) of Contracts*, a także charakterystyki nieważności umowy przyjętej w komentarzu do § 7 *Restatement (Second) of Contracts*³⁰. Wyjaśnia się w nim, że w przypadku naruszenia umowy (zobowiązania), gdy prawo nie przyznaje środków ochrony prawnej lub w inny sposób nie wprowadza obowiązku świadczenia przez dłużnika, często stosowane jest określenie „nieważna umowa”. Zgodnie jednak z § 1 *Restatement (Second) of Contracts*, takie zobowiązanie nie jest umową; jest to oświadczenie woli lub porozumienie, które jest pozbawione skutków prawnych. Dalej stwierdza się, że jeśli słowo

²⁷ Ten system prawny jest w zasadzie połączeniem tradycji prawnej opierającej się na prawie hiszpańskim oraz wpływach tradycji *common law*. Rozdział 9 tego kodeksu nosi tytuł: *Void and Inexistent Contracts*. Przypadki umów nieważnych i nieistniejących określa art. 1409.

²⁸ Tak A. Corbin, *Corbin on Contracts*, J. M. Perillo (red.); J. E. Murray et al., Matthew Bender & Company, Inc., LexisNexis Group, Albany 2007, § 1.7, s. 22.

²⁹ Por. szerzej A. Corbin, *Corbin on...*, § 1.7, s. 22. Autor zwraca m.in. uwagę, że oświadczenie woli lub porozumienie, które całkowicie nie wywołuje żadnych zmian w stosunkach prawnych, łącznie z takimi następstwami jak np. *estoppel*, może być poprawnie nazwane *void promise* / *void agreement*.

³⁰ *The Restatement (Second) of Contracts* (1981); por. § 1 oraz komentarz a) do § 7 *The Restatement (Second) of Contracts*.

„umowa” zostało zdefiniowane w odniesieniu do czynności stron – bez względu na skutki prawne ich czynności, to umowa może zostać, „bez popadania w niekonsekwencję”, określona jako „nieważna”.

Formułowanie powyższych poglądów wywiera wpływ na praktykę i powoduje, że dość często w przypadku wystąpienia nieważności umów określenie „nieistniejąca umowa” stosowane jest jako synonim.³¹

Nie jest to jednak powszechne podejście do relacji tych terminów. W prawie amerykańskim można również spotkać się z wypowiedziami sądów, odróżniających pojęcie umów „nieistniejących” od nieważnych. Przyjmuje się nawet praktyczne konsekwencje związane z ustaleniem, że umowa nie może być uznana za nieważną, a jej wadliwość nakazuje uznać jej nieistnienie. Sytuacja taka została szczegółowo umówiona np. w orzeczeniu sądu apelacyjnego stanu Oregon z 2008 r. w sprawie *Dess Properties, LLC v. Sheridan Truck & Heavy Equipment, LLC*.³² W tej sprawie powództwo m.in. o zasądzenie honorarium adwokackiego i innych kosztów, uregulowane umową na wypadek ewentualnego sporu sądowego, zostało oddalone. Zgodnie z prawem stanu Oregon, możliwe było przyznanie stronie takiego honorarium wyjątkowo w sytuacji sankcji nieważności bezwzględnej (lub wzruszalności) umowy.³³ Natomiast możliwość taka nie zachodziła w razie ustalenia nieistnienia umowy. Sąd za taki przypadek uznał sytuację, gdy nie doszło do zawarcia umowy, a jedynie strony uzgodniły sam jej projekt.

³¹ Tak np. w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego USA z 1.10.2001 r. *Beverly Burden, et al. v. Check into Cash of Kentucky, Llc, et al.* (United States Court Of Appeals for The Sixth Circuit, publ. m.in. www.openjurist.org) Takie podejście zostało ocenione krytycznie – choć raczej na tle pewnych implikacji tego orzeczenia, m.in. odrzucenia możliwości sankcji nieważności ograniczonej do części umowy, w sprawie *Match-E-Be-Nash-She-Wish Band of Pottawatomis Indians v. Kean-Argovitz Resorts Llc* (United States Court of Appeals, Sixth Circuit z 8.06.2004 r., publ. m.in. www.openjurist.org). Podobnie o nieistnieniu umowy wypowiada się orzecznictwo sądów na tle umów naruszających zasady wolnej konkurencji – por. szerzej np. B. M. Malsberger, *Covenants Not to Compete. A State-By-State Survey*, wyd. 5, vol. 1, BNA Books 2006, s. 16, 34. Na zamieszanie terminologiczne pod tym względem w prawie USA zwracają także uwagę J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 356–357.

³² Publ. m.in. www.publications.ojd.state.or.us.

³³ Podobnie orzeczono w sprawie *Golden Pisces, Inc. v. Fred Wahl Marine Construction, Inc.*, 2007 (Sąd Apelacyjny USA, 9 Okręg, sprawa nr 05-3547, publ. na <http://www.ca9.uscourts.gov/>), opierając się, poprzez zastosowanie § 163 *Restatement (Second) of Contracts*, na uznaniu nieważności umowy, a tym samym, że w ogóle nie była to umowa. Taka sytuacja powoduje, że nie jest możliwe uznanie częściowej ważności umowy (w zakresie uzgodnionych kosztów adwokackich w razie spraw sądowych z umowy) – por. również omówienie tego orzeczenia w: A. Corbin, *Corbin on...*, suplement do § 1.7, s. 102.

W uzasadnieniu podkreślono, że określenie nieważna umowa ma ustawowe znaczenie i nie obejmuje przypadku *nonexistent contracts*.³⁴

W powyższym przypadku ten typ wadliwości związany jest z rażącym naruszeniem procesu zawierania umowy. Można przyjąć, że powyższe rozumiane jest raczej jako przypadek tzw. niedojścia umowy do skutku (por. w prawie polskim art. 76 k.c.). Taki wniosek można zilustrować odwołaniem się do unormowań § 163 lub § 174 *Restatement (Second) of Contracts*³⁵, gdzie punktem wspólnym wyodrębnienia tzw. „nieistniejących” umów jest wystąpienie wadliwości skutkującej brakiem uformowania umowy (np. przymus fizyczny).

W prawie amerykańskim problem praktycznego znaczenia kategorii nieistniejących umów widoczny jest np. na kanwie sporów co do możliwości żądania postępowania arbitrażowego w przypadku niektórych przyczyn nieważności klauzuli arbitrażowej lub nieważności umowy, w której znajduje się zapis na taki sąd.³⁶

Należy nadmienić, że w uzasadnieniu orzeczeniu Sądu Najwyższego USA *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* z 2006 r. (przypis nr 1 uzasadnienia) zostało użyte dość kontrowersyjne stwierdzenie, że zagadnienie ważności umowy

³⁴ W uzasadnieniu oparto się na przywołanym komentarzu do § 7 *Restatement (Second) of Contracts* oraz wypowiedzi A. Corbina. Sąd ten jednocześnie krytycznie ocenił definicję nieważnej umowy, o której mowa w Black's Law Dictionary, wedle której określenie nieważna umowa jest synonimem pojęcia nieistniejącej umowy. W uzasadnieniu powołano dalsze orzecznictwo, gdzie także oddziela się sytuację nieważności od nieistnienia umowy.

³⁵ § 163 *Restatement (Second) of Contracts*: [When a Misrepresentation Prevents Formation of a Contract]: *If a misrepresentation as to the character or essential terms of a proposed contract induces conduct that appears to be a manifestation of assent by one who neither knows nor has reasonable opportunity to know of the character or essential terms of the proposed contract, his conduct is not effective as a manifestation of assent.*

§ 174 *Restatement (Second) of Contracts*: [When Duress by Physical Compulsion Prevents Formation of a Contract]: *If conduct that appears to be a manifestation of assent by a party who does not intend to engage in that conduct is physically compelled by duress, the conduct is not effective as a manifestation of assent.*

³⁶ Por. bliżej orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, z 1967 publ. m.in. na <http://lp.findlaw.com/> lub <http://supreme.justia.com> oraz *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* z 2006 r. (546 U.S. 440 publ. m.in. na <http://lp.findlaw.com/>). Por. także szerzej, wraz z dalszym orzecznictwem i doktryną na ten temat, A. S. Rau, *Separability in the United States Supreme Court*, publ. na www.ssrn.com/abstract=893601, s. 17, 31). Z nowszych orzeczeń por. np. wyrok Sądu Najwyższego stanu Texas z 15.10.2008 r., w sprawie *Morgan Stanley & Co., Inc.*, nr 07-0665, publ. m.in. na <http://www.supreme.courts.state.tx.us>, wraz z dokonany tam przegląd innych rozstrzygnięć sądów. Zagadnienie to związane jest także z doktryną *separability*, tj. tzw. nieważności częściowej – por. szerzej, S. J. Ware, *Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, Nevada Law Journal, Vol. 8, nr 107 z 2007, (publ. także na <http://ssrn.com/abstract=1018526>).

(klausuli o arbitrażu) należy odróżnić od tej kwestii, czy jakkolwiek umowa została zawarta, czy też w ogóle było możliwe jej zawarcie przez określoną osobę; np. brak podpisania umowy, brak umocowania do działania w cudzym imieniu, czy wreszcie istnienie zdolności psychicznej do złożenia oświadczenia woli. Tych okoliczności nie rozpatruje się z perspektywy ważności umowy, a jej istnienia. Takie podejście zostało poddane krytyce w piśmiennictwie, w szczególności za nadmierne skoncentrowanie się na sposobie sformułowania żądania pozwu, a tym samym nazbyt wąskie rozumienie określonych kategorii wadliwości³⁷. Podkreśla się, że takie stanowisko implikuje zachodzenie różnicy pomiędzy nieważnością a nieistnieniem³⁸. Zważywszy na istotę przyczyn wadliwości umowy trafnie została zwrócona uwaga, że w sytuacji szczególnie poważnych przypadków wad (np. sfałszowanie podpisu strony umowy, działanie bez umocowania w cudzym imieniu, brak zdolności do czynności prawnych, zawarcie umowy z osobą psychicznie chorą lub małoletnim), należy uznać, że jakkolwiek sformułowany jest zarzut pod adresem ważności umowy, w istocie zawiera on jednocześnie zarzut braku porozumienia o arbitrażu (klausuli umownej). Stwierdza się, że w takich przypadkach nie można kierować zarzutów przeciwko klausuli o arbitrażu bez jednoczesnego odnoszenia się do ważności całej umowy.³⁹ W kwestii przydatności powyższego rozróżnienia braku (nieistnienia) umowy od jej nieważności podkreśla się, że jest to zagadnienie ugruntowane w tradycji kontynentalnej i nie ma przydatności na gruncie dopuszczalności rozstrzygania sporów o ważność klauzul arbitrażowych.⁴⁰

5.2. *Ius civile*

Wpływ przyjętego modelu sankcji nieważności bezwzględnej na wyodrębnienie *negotium non existens* najbardziej widoczny jest w systemach tradycji *ius civile*. Wstępnie należy podkreślić, że stanowiska różnych systemów praw krajowych są mocno zróżnicowane, choć z rysującą się przewagą odrzucenia takiej kategorii sankcji czy też odmiany wadliwej czynności prawnej.

W prawie niemieckim za nieistniejącą czynność prawną najczęściej uznaje się umowę, która nie została zawarta lub oświadczenie złożone bez zamiaru

³⁷ Por. szerzej S. J. Ware, *Arbitration Law's Separability...*, s. 111.

³⁸ Por. w szczególności A. S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 14 i nast.

³⁹ A. S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 14–15.

⁴⁰ Por. szerzej A. S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 18–22. Autor na tle niektórych z wypowiedzi nauki francuskiej, stosunku zakresu pojęciowego nieważności i nieistnienia umowy, podkreśla bezużyteczność oraz trudność w logicznym uzasadnieniu poszczególnych przykładów „nieistniejących” umów.

związania się.⁴¹ Formułowane są jednak wypowiedzi krytykujące mówienie o takim rodzaju wadliwości. Przede wszystkim w niemieckim prawie przeważająca większość poglądów wyróżnia zbiorczą kategorię, nadrzędną wobec terminu „nieważność”, wadliwych czynności prawnych (*fehlerhaftes Rechtsgeschäft*). Termin ten odnoszony jest do ukończonej, tj. dokonanej, ale dotkniętej określonymi wadami czynności prawnej. Wadliwa czynność prawna jest odróżniana od nieistniejącej czynności prawnej (*Nicht-Rechtsgeschäft*) oraz tzw. czynności prawnej „niedoszłej do skutku” (*nicht zustande gekommene*) lub „niekompletnej” (*unvollständige Rechtsgeschäft*). Podkreśla się, że te dwa ostatnie terminy są porównywalne swym zakresem znaczeniowym, jeżeli przesłanki stanu faktycznego czynności prawnej nie zostały urzeczywistnione. Innymi słowy – tzw. „obiektywny stan faktyczny” nie został w przypadkach tak wadliwych czynności prawnych zrealizowany.⁴² Zwraca się także uwagę na sytuację, gdzie strony umowy nie doszły do porozumienia w sprawie istotnych części postanowień uzgadnianej umowy, wówczas nie istnieją elementy stanu faktycznego czynności prawnej.⁴³

Powyższe zapatrywania są niekiedy kwestionowane. Tytułem przykładu można wskazać na argumentację odwołującą się do treści § 154 ust. 1 BGB, który stanowi o „niezawartej” umowie. W tym przypadku wyjaśnia się w nauce niemieckiej, że lepszym rozwiązaniem jest stosowanie określenia o „niezawartej” lub „niedoszłej do skutku” czynności prawnej, bez odwoływania się do pojęcia „nieistniejącej czynności prawnej”.⁴⁴ Na uzasadnienie podnosi się także, że praktyczna różnica pomiędzy czynnością prawną nieważną a niedoszlą do skutku polega głównie na tym, że § 141 BGB (o potwierdzeniu czynności prawnej nieważnej) nie znajduje zastosowania do niedoszłej do skutku czynności prawnej.⁴⁵ Natomiast w odniesieniu do

⁴¹ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 379, por. ponadto, wraz z dalszym piśmiennictwem, M. Kamiński, *Nieważność decyzji...*, s. 153–154. W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft: Bd. 2*, Berlin-Heilderberg-New York 1979, s. 550, za tzw. „nieistniejącą” uznaje umowę sprzedaży pozbawioną oznaczenia ceny lub podstaw do jej określenia. Autor ten przyznaje przy tym, że praktyczne znaczenie takiego rozróżnienia jest niewielkie, choć z drugiej strony wskazuje, że nieistniejąca czynność prawna nie podlega konwersji (§ 140 BGB) ani nie może zostać potwierdzona.

⁴² W poglądach tych istotne znaczenie ma dość zgodnie przyjęta definicja czynności prawnej jako stanu faktycznego, składającego się z oświadczenia woli, z którym system prawny wiąże skutki prawne – por. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, s. 23, 24, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, wyd. 6, München 1983, s. 302–303.

⁴³ Por., wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 15–16.

⁴⁴ Por., wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 15.

⁴⁵ R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 16.

zakresu zastosowania terminu „nieważność”, przypomina się, że poza przypadkiem braku realizacji wszystkich elementów stanu faktycznego, doktryna niemiecka za przykład niedoszłej do skutku czynności prawnej podaje brak oświadczenia woli, które jest niezbędne do dokonania czynności prawnej. Warto nadmienić, że ten przypadek niemiecka doktryna uznaje za dowód funkcjonowania problemu płynnej granicy nieważnej czynności prawnej, szczególnie, gdy rozpatruje się ustawowo uregulowane przypadki wad oświadczenia woli. Regulacja normatywna takich wad oświadczenia woli jak zastrzeżenie potajemne (§ 116 zd. 2 BGB), czynność pozorna (§ 117 ust. 1 BGB) i oświadczenie nie na serio (§ 118 BGB) uznawana jest niekiedy za dowód na okoliczność poprawności w stosowaniu terminu „nieważność” oświadczenia woli zamiast „nieistnienie” lub „niedokonanie”⁴⁶.

W prawie holenderskim koncepcja czynności nieistniejącej nie odgrywa istotnej roli. W doktrynie wskazuje się, że holenderski Najwyższy Sąd (*Hoge Raad*) odwołał się do tej koncepcji np. w celu odrzucania ważności małżeństwa, wadliwego w poważnym stopniu. Zwraca się tutaj uwagę na racje słusznościowe, jakie głównie stały za takim podejściem, ponieważ nie ma w prawie holenderskim, zarówno pod rządem starego kodeksu, jak i nowego, nieważności małżeństwa *ipso iure*. Przewidziana jest jedynie możliwość jego unieważnienia. Należy jednak nadmienić, że w holenderskiej nauce sygnalizuje się, że potrzeba podobnych decyzji może pojawić się w przypadku naruszenia zasad tworzenia osób prawnych, gdzie także nie przewiduje się nieważności z mocy prawa (czyli sankcji nieważności bezwzględnej). Jednocześnie uznaje się, że poza ww. przypadkami koncepcja nieistniejących czynności prawnych „nie ma nic więcej do zaoferowania” względem tego, co zapewnia instytucja nieważności *ipso iure*.⁴⁷

Największe znaczenie koncepcja tzw. „nieistniejących” czynności prawnych zdobyła w prawie francuskim. Stan ten dopiero przy okazji reformy Kodeksu Napoleona – wedle aktualnego projektu Catala, ma ulec zmianie.

W prawie francuskim sankcja nieistnienia, inaczej mówiąc, kategoria nieistniejących umów, została wypracowana w XIX w. Początkowo stosowana była w prawie rodzinnym, następnie pojecie to zostało wykorzystane w innych gałęziach prawa. Już od początku stosowania tej kategorii wadliwości borykano się z problemem oddzielenia obszaru objętego nieważnością od nieistnienia czynności prawnej.⁴⁸

⁴⁶ Por. R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 16–17. Warto podkreślić, że Autor ten zastrzega, że poprawność w mówieniu o nieważności oświadczenia woli występuje „w każdym razie zgodnie z treścią ustawy”.

⁴⁷ Tak A. S. Hartkamp [w:] *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius (red.), Kluwer Law International 2006, s. 154.

⁴⁸ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 375.

Następnie zastosowanie kategorii nieistnienia uległo tak znacznemu poszerzeniu, że pojawił się problem, czy celowe jest jeszcze utrzymanie instytucji nieważności absolutnej. Nieistnienie na początku XX w. stało się w pełni opracowaną koncepcją wadliwości, a za cechę główną przyjmowano założenie, że nieistnienie wynika ze znacznie poważniejszych wad niż w przypadku sankcji nieważności. Zaczęto tym samym w nauce francuskiej przyjmować trójpodział sankcji (norm sankcjonujących), opierający się na założeniu, że brak skutków prawnych czynności prawnej wynika z sankcji:⁴⁹

- nieistnienia,
- nieważności absolutnej,
- nieważności relatywnej.⁵⁰

W tym miejscu należy jedynie wskazać na możliwość pewnego uproszczenia, że sankcja „nieistnienia” będzie bliższa tradycyjnemu w nauce polskiej rozumieniu sankcji nieważności bezwzględnej. Tylko taka „nieważność” nie wymaga orzeczenia sądu dla swego obowiązywania.⁵¹

W piśmiennictwie wyjaśnia się, że w prawie francuskim pochodzenie różnienia pomiędzy stanem nieistnienia czynności prawnej a nieważnością można także objaśniać obowiązaniem zasady, że sąd nie może stwierdzić nieważności, jeżeli nie ma wyraźnego przepisu ustawowego, który to umożliwia (zasada *pas de nullité sans texte*). Norma ta usprawiedliwiona była postulatem legalizmu, by sankcja nieważności była stosowana jedynie w ramach ustawowo wytyczonych granic. Ograniczenie takie, np. w przypadku małżeństwa, które nie może zostać unieważnione, prowadziło do niepożądanych rezultatów, jeżeli np. zachodziłaby okoliczność, wedle której oczywiste jest, że małżeństwo nie mogło być zawarte i utrzymane w mocy. Dla pogodzenia zasady, dopuszczającej sankcję nieważności tylko w przypadkach przewidzianych w przepisach, zostało zaproponowane pojęcie czynności nieistniejącej. Na jej podstawie umowa w każdym przypadku, kiedy nie mogła być uznana za ważną

⁴⁹ Również inne systemy prawne skodyfikowały trójpodział sankcji braków lub wad dotyczących procesu formowania umowy, oparty na nieistnieniu, nieważności absolutnej oraz nieważności relatywnej – np. prawo cywilne Libanu, gdzie nie zachodzi konieczność stwierdzenia sądowego tej wadliwości i nie ma terminu przedawnienia w razie wystąpienia do sądu o takie ustalenie – por. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 379.

⁵⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376.

⁵¹ Por. W. van Gerven, *The Doctrine of Nullity Refined*, [w:] *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, t. II, E. von Caemmerer, M. Rheinstein, S. Mentschikoff, K. Zweigert (red.), *Mohr Siebeck* 1969, s. 506–507.

i obowiązującą, a przepisy nie wprowadzały możliwości jej unieważnienia, uznawana była za nieistniejącą.⁵²

Koncepcja ta budzi, podobnie jak w prawie polskim, kontrowersje ze względu na jej częstą beзуżyteczność i nielogiczne założenia oraz brak możliwości jasnego oddzielenia przypadku tzw. nieistnienia od sankcji nieważności.⁵³ Trafnie zauważa się, że rozróżnienie to dotyczy jedynie podstawy prawnej, na mocy której wykluczone zostaną skutki prawne zamierzone przez strony, ponieważ zarówno czynność nieistniejąca, jak i nieważna ze względu na sankcję nieważności bezwzględnej lub nieważności relatywnej, nie wywiera żadnych skutków prawnych.⁵⁴ Rozróżnienie pomiędzy czynnościami nieistniejącymi uznawane jest dzięki temu za mało praktyczne.

W przypadku tego ostatniego stwierdzenia W. van Gerven zwraca jednak uwagę również na zalety takiego podejścia do następstw danej wadliwości,⁵⁵ którego raczej brak w przypadku francuskiego modelu nieważności absolutnej i relatywnej. Jak wynika z zastrzeżeń Autora pod adresem możliwości oddzielenia od siebie nieważności absolutnej i relatywnej, koncepcja *negotium non existens* mogłaby być sposobem dla wypracowania sankcji, jakiej cechy odpowiadałyby klasycznemu modelowi sankcji nieważności bezwzględnej: brak przedawnienia albo możliwości potwierdzenia przez strony, zastosowanie sankcji nieistnienia bez konieczności uzyskania orzeczenia sądu, przez każdego kto ma interes prawny. Przeciwnym modelem sankcji byłaby wzruszalność – zastosowanie sankcji wyłącznie przez osobę uprawnioną.⁵⁶ Autor ten zastrzega jednak, że mimo takich, dość swoistych przewag, koncepcja czynności prawnej nieistniejącej nie wytrzymuje próby praktyki, a rozróżnienie pomiędzy czynnością nieistniejącą a wzruszalną jest mało uchwytne. Nawet w takiej sytuacji, zawsze jest przejaw dokonanej transakcji, która to sankcja wymaga w razie sporu orzeczenia sądu. W. van Gerven trafnie skonstatował, że czynienie dystynkcji, że sąd potwierdza nieistnienie czynności prawnej, a nie dokonuje jej unieważnienia (stwierdzenia nieważności) jest w efekcie kwestią raczej akademicką.⁵⁷

Należy nadmienić, że w nauce polskiej także zwrócono uwagę, że dążenie do identyfikacji tzw. czynności nieistniejących wynikało właśnie ze szczególnej

⁵² Por. W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 506–507.

⁵³ J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376.

⁵⁴ Por. W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 507.

⁵⁵ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 508.

⁵⁶ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 507.

⁵⁷ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 508.

konstrukcji Kodeksu Napoleona, który nie zawiera na wzór innych systemów prawnych tradycji *iuris civilis* ogólnej podstawy dla nieważności czynności prawnych naruszających zakaz ustawowy.⁵⁸

Z tych przyczyn postuluje się porzucenie tej koncepcji na rzecz poprawnie zdefiniowanych zakresów obu odmian sankcji nieważności oraz sprecyzowania przesłanek ich stosowania (tj. norm sankcjonowanych).⁵⁹

Cechy nieistnienia czynności prawnej, jako odmiany sankcji wadliwości, próbowano wypracować w orzecznictwie. Francuski Sąd Kasacyjny stwierdził m.in., że roszczenie o stwierdzenie nieistnienia czynności prawnej jest nieprzedawnialne, jeżeli dotyczy umowy pozbawionej jednego z jej koniecznych elementów.⁶⁰ Właśnie tutaj najbardziej widoczna jest różnica względem obu rodzajów norm sankcjonujących nieważnością (absolutną i relatywną), które nie mogą być zastosowane po upływie terminu przedawnienia.⁶¹

Również w kwestii braku przedawnienia ujawniły się różnice poglądów. Niektórzy autorzy zaproponowali jednak przedawnienie w terminie 30 lat (stosowany w przypadku zastosowania sankcji nieważności absolutnej)⁶². Większa zgodność poglądów panuje w zakresie przyjęcia, że nieistnienia nie można ratyfikować ani potwierdzić (np. w przypadku braku ceny w umowie sprzedaży).⁶³

Od strony różnic materialnych, względem modeli sankcji nieważności w prawie francuskim, w myśl tzw. teorii organicznej, „nieistnienie” przyjmuje się w przypadku braku przesłanek niezbędnych do zawarcia umowy (brak zgodnych oświadczeń woli stron, przedmiotu umowy, *causae* lub formy). Tylko takie wady powodują, że uznaje się czynność prawną za odpowiadającą tzw. czynności prawnej nieważnej *ipso iure* (*nul de plein droit*). Natomiast naruszenia w zakresie zdolności do czynności prawnych lub oświadczeń woli są sankcjonowane nieważnością relatywną, a czynność prawna istnieje do czasu jej unieważnienia.⁶⁴

⁵⁸ J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 125. Autorka podkreśliła, że art. 1108 Kodeksu Napoleona pozwala na wytyczne granicy pomiędzy czynnościami nieistniejącymi a czynnościami nieważnymi.

⁵⁹ Por. W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 508.

⁶⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376.

⁶¹ Por. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376–377.

⁶² Obecnie termin przedawnienia roszczenia o stwierdzenie nieważności absolutnej wynosi 10 lat – por. I. Kluska-Żak, M. Żak, *Kierunki proponowanych zmian francuskiego prawa zobowiązań*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, z. 4, s. 1075.

⁶³ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 378.

⁶⁴ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 506–508.

W prawie francuskim wypracowano także podziały związane z tzw. nieistnieniem umowy. Materialne nieistnienie obejmuje przypadki całkowitego braku materialnego aktu (zachowania), np. w razie braku ceremonii małżeństwa. Prawne nieistnienie obejmuje przypadki, kiedy nie zostaną zachowane prawne przesłanki ważności czynności prawnej (przewidziane *ad validatem*). Jednak tutaj następuje odwołanie do pierwszego rodzaju nieistnienia, ponieważ naruszenie prawnych przesłanek powinno być tak doniosłe, by było porównywalne z całkowitym – materialnym brakiem czynności prawnej.⁶⁵

W projekcie reformy francuskiego kodeksu cywilnego, odrzucono dosyć wyraźnie możliwość stosowania tej odmiany sankcji wadliwości.⁶⁶ Kontekst zmiany i ich uzasadnienie ma duże znaczenie dla oceny problematyki doboru modeli sankcji nieważności, także z perspektywy tendencji do tworzenia wyjątków od klasycznego modelu sankcji nieważności bezwzględnej. Warto podkreślić, że głównym uzasadnieniem dla przyjęcia powyższej regulacji była przede wszystkim potrzeba wprowadzenia jednolitej systematyki sankcji wadliwości, tj. zastosowanie sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej.

W oficjalnym uzasadnieniu nowych przepisów o sankcjach nieważności kładzie się nacisk na kwestię promowania tzw. nowoczesnej koncepcji sankcji nieważności. Kontrastuje ona ze wspomnianymi, tzw. teoriami organicznymi, rozwijanymi od XIX wieku, a które przeważają do chwili obecnej w niektórych przypadkach, np. w razie braku kauzy.

Przy okazji zmiany regulacji przesłanek przewidzianych dla ważności umowy projektowane zmiany wyraźnie blokują możliwość odwołania się do koncepcji

⁶⁵ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materiale...* s. 377–378. Jako przykład podaje się m.in. brak oświadczenia woli (za wyjątkiem braku zdolności do czynności prawnych – wówczas stosuje się relatywną nieważność). Kolejnym przypadkiem jest fikcyjna osoba prawna, w szczególności brak *affectio societatis*. Jednak tutaj ujawniły się próby różnicowania poszczególnych przykładów wadliwości osoby prawnej – por. bliżej J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 378.

⁶⁶ P. Catala, *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*, Angielskie tłumaczenie J. Cartwright i S. Whittaker, s. 9–14. W wersji oryginalnej: *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription remis par Pierre Catala – Avant-Projet De Reforme Du Droit Des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Et Du Droit De La Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, publ. <http://www.justice.gouv.fr>. Co do ogólnego zarysu zmian francuskiego Kodeksu cywilnego, por., wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, E. Hondius, *The Two Faces of the Catala Project – Towards a New General Law of Obligations*, publ. *European Review of Private Law* 2007, nr 6, Kluwer Law International BV lub <http://igitur-archive.library.uu.nl>, s. 835 i nast., I Kluska-Żak, M. Żak, *Kierunki proponowanych zmian...*, s. 1071 i nast.

sankcji nieistnienia czynności prawnej (umowy) w razie braku zgody na zawarcie umowy (braku oświadczenia woli). Brak taki może wynikać z niemożliwości przejawienia woli przez osobę, która posiada zdolność do czynności prawnych, jednakże nie może jej wyrazić z przyczyn umysłowych (psychicznych), istniejących w czasie dokonywania czynności prawnej (art. 1109 projektu *Catala*). Kolejnym przypadkiem jest złożenie przez strony oświadczeń woli, które nie zawierają uzgodnionych *essentialia negotii* umowy.

Powyższe naruszenia przesłanek do zawarcia umowy nie są sankcjonowane tzw. nieistnieniem umowy. W ich przypadku przyjęto, że zastosowanie ma sankcja nieważności relatywnej – art. 1109-2 projektu *Catala* (*nullité relative*). W komentarzu podkreśla się, że ta odmiana sankcji nieważności wpisuje się w nowoczesną koncepcję nieważności. Zastosowanie tej sankcji uzasadnione jest także potrzebą harmonizacji skutków wystąpienia powyższych nieprawidłowości w podejmowaniu czynności prawnej, poprzez zastosowanie sankcji tej samej, jak w przypadku innych wad oświadczeń woli. Przywołuje się tutaj postulat natury doktrynalnej, tj. konieczność usunięcia niepewności związanej z pojęciem nieistnienia umowy, a tym samym poprzez regulację ustawową zakończenie sporu w tym zakresie.⁶⁷

Warto wspomnieć, że planowany w projekcie *Catala* sposób skodyfikowania sankcji wadliwych czynności prawnych odwołuje się do ugruntowanych w prawie francuskim odmian nieważności: absolutnej i relatywnej. Zgodnie z art. 1129 projektu *Catala*, przesłanka zastosowania powyższych sankcji nieważności polega na naruszeniu przesłanek wymaganych do ważności umowy. Przepis ten ma także walor normy porządkującej, a określenie nieważność w tym przepisie obejmuje oba rodzaje sankcji nieważności⁶⁸.

Warunki wymagane do ważności umowy, to wedle art. 1108 projektu *Catala*:

- zgoda (oświadczenia woli) umawiających się stron,
- ich zdolność do kontraktowania (czynności prawnych),
- przedmiot przedsięwzięcia,
- oraz przyczyna, która uzasadnia przedsięwzięcie.

W przypadku czynności prawnej dokonywanej przez pełnomocnika, obok powyższych musi być także umocowanie do działania w cudzym imieniu. Znaczenie formy dla ważności umowy określają art. 1127 i nast. projektu *Catala*, który to przepis odsyła jednak dalej, wskazując, że rygor niezachowania wymaganej formy każdorazowo jest określany albo wprost w przepisie, albo determinowany charakterem interesu chronionego wymogiem zachowania formy szczególnej.

⁶⁷ Y. Lequette, G. Loiseau, Yves-Marie Serinet [w:] P. *Catala, Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*, tłumaczenie J. Cartwright i S. Whittaker, s. 29.

⁶⁸ Art. 1129: *La convention qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nulle.*

Problemy terminologiczne w zakresie rozumienia różnych rodzajów nieważności twórcy projektu akcentują w rozwiązaniu przyjętym w art. 1129-1. Przepis ten definiuje oba rodzaje sankcji nieważności.⁶⁹

W innym systemie opartym na tradycji romańskiej, prawie belgijskim, początkowo (orzeczenie belgijskiego Sądu Kasacyjnego z 9.01.1936 r.) przyjęto koncepcję nieistniejących czynności prawnych, która została odrzucona w orzeczeniu Sądu Kasacyjnego z 21.10.1971 r. Sprawilo to, że w doktrynie przykłady nieistniejących czynności prawnych zostały przeniesione na obszar stosowania sankcji nieważności absolutnej.⁷⁰

Na zakończenie powyższych uwag należy wskazać również, że na koncepcję tzw. „nieistniejących” czynności prawnych można natrafić w doktrynie włoskiej. Taki rodzaj wadliwości jest definiowany jako kategoria społeczna, przydatna dla objaśnienia niektórych luk prawnych w sankcjonowaniu szczególnych postaci wadliwości, jeżeli ich uregulowanie jest nazbyt sztywne. Podkreśla się, że nie zachodzi żadna różnica pomiędzy nieistnieniem a nieważnością, jedynie można takiej doszukać się w stopniu wadliwości dotyczącej umowę.⁷¹

5.3. *Negotium non existens* na tle międzynarodowych prac nad unifikacją prawa umów (prawa prywatnego)

Koncepcja nieistniejącej czynności prawnej nie została wykorzystana szerzej przy pracach nad projektami unifikacji prawa umów, np. reguły modelowe *Common Frame of Reference* lub *Principles of European Contract Law* zupełnie pomijają ten problem. Pomimo jednak braku unormowania pozytywnego wydaje się, że nie jest możliwe uznanie, że istnieje przestrzeń dla obrony tej anachronicznej koncepcji. W przypadku *Draft Common Frame of Reference* (wersja 2009 r.), w definicjach sankcji wadliwych czynności prawnej, podanych w załączniku do tych zasad, przesądza się, że zakres znaczeniowy stosowanych terminów obejmować powinien każdą odmianę wady. Nieważność bezwzględna (*void*) łączy się zarówno z pojęciem czynności prawnej, jak i stosunku prawnego. Tym samym mówienie

⁶⁹ Art. 1129-1 projektu Catala: *La nullité est dite absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de l'intérêt général.*

Elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde d'un intérêt privé. Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu.

⁷⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 375.

⁷¹ Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 379.

o poważniejszym przypadku wadliwości – od tej skutkującej nieważnością bezwzględną – nie będzie zgodne z definicją tej sankcji wadliwości.⁷²

Jedynym wyjątkiem jest uregulowanie sankcji nieistnienia umowy w European Contract Code (dalej ECC lub projekt *Gandolfiego*).⁷³ W kodeksie została przyjęta i skodyfikowana koncepcja nieistnienia umowy (ang. *non-existence*, niem. *Nichtbestehen des Vertrages*, fr. *inexistence*) w dość oryginalnej formule, jako jedna z sankcji wadliwości. Wydaje się, że jest to pewna ilustracja zapatrywań włoskiej nauki na temat cech nieistniejącej umowy. Odnośnie do sposobu sankcjonowania takiej wadliwości, opiera się on zasadniczo na przesłance braku społecznego pojęcia porozumienia. W art. 137 ECC przyjmuje się, że umowa nie istnieje w razie braku faktu, zachowania, oświadczenia lub sytuacji, którą zewnętrznym można rozpoznać i odnieść do społecznego pojęcia porozumienia⁷⁴. Przepis ten nie definiuje jednocześnie „nieistnienia”, a podaje jedynie przykłady sytuacji, gdzie brak jest „społecznego pojęcia porozumienia”. Zgodnie z art. 137 § 2 pkt a) ECC, w szczególności przyjmuje się, że nie istnieje żadna umowa, jeżeli nie ma adresata lub osoby zdolnej do akceptacji oferty (oświadczenia woli) i nie istnieje potencjalna osoba (np. poczęte dziecko, spółka przed rejestracją), która w przyszłości mogłaby być adresatem⁷⁵. Natomiast pkt b) tego przepisu wskazuje, jako kolejny przykład nieistnienia umowy, brak przedmiotu oferty lub oświadczenia złożonego w celu dokonania czynności prawnej (dokonania „aktu autonomii prywatnej”)⁷⁶.

⁷² Por. definicje sankcji nieważności bezwzględnej (*void*), wzruszalności (*voidable*) oraz – jak się wydaje – stanu nieważności (*invalid*) wedle Draft Common Frame of Reference (DCFR) – “*Void*”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is automatically of no effect from the beginning; “*Voidable*”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is subject to a defect which renders it liable to be avoided and hence rendered retrospectively of no effect; “*Invalid*” in relation to a juridical act or legal relationship means that the act or relationship is void or has been avoided.

⁷³ Jest to jeden z prywatnych projektów kodyfikacyjnych, tzw. projekt Gandolfiego (inne nazwy spotykane w literaturze: *Code Europeen Des Contrats*, *PAVIA Project*, *Projekt Pavia Academy of European Private Lawyers*, *Europejski Kodeks Umów*). Projekt ten był opracowywany w latach 1990–1999; jego poprawiona wersja opublikowana w latach 2002 i 2004 r. Informację o historii projektu oraz jego uczestnikach dostępne są na <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>.

⁷⁴ Art. 137 § 1: *In the absence of a fact, an act, a declaration, a situation which can be externally recognized and referred to the social notion of agreement, no contract shall exist.*

⁷⁵ Art. 137 § 2 pkt a): *unless and until such time as there is an addressee or person capable of accepting the offer or declaration which is intended to qualify as an act of private autonomy or unless there exists a potential future person such as a conceived child or a company before registration;*

⁷⁶ Art. 137 § 2 pkt b): *unless there exists an object of the offer or declaration made in order to carry out an act of private autonomy;*

Kolejna grupa przyczyn nieistnienia umowy, zgodnie z postanowieniami art. 137 § 2 pkt c) i d) ECC, obejmuje przypadki, gdzie przyjęcie oferty istnieje, nie może jednak wywołać skutków prawnych – spowodować powstania stosunku prawnego⁷⁷. Zgodnie z pkt c) tego przepisu w sytuacji, gdy przyjęcie oferty nie odpowiada treści oferty z powodu jej dwuznacznej natury, przyjmuje się, że umowa nie istnieje. Wyjątkiem jest przypadek akceptacji oferty niezgodnie z jej treścią, co pociąga za sobą domniemanie odrzucenia oferty i złożenia nowej – por. art. 16 § 6 ECC. Również gdy przyjęcie oferty zawiera klauzule umowne różniące się od oferty, ale nie różniące się w sposób istotny, wówczas jeżeli oferent nie sprzeciwia się niezwłocznie modyfikacjom, umowa jest zawarta zgodnie z treścią przyjęcia oferty (art. 16 § 7 ECC)⁷⁸. Unormowanie art. 137 § 2 pkt d) obejmuje przypadki, gdzie zaistniały fakty, zachowanie, oświadczenie albo sytuacja, jednak są do tego stopnia niekompletne, że nie mogą być prawnie ważne i uznane za odmienny lub zredukowany projekt umowy, albo w stosunku do których to nie można oczekiwać, że inne elementy są następczo możliwe do uzupełnienia obok nich⁷⁹.

Zakres wyliczenia przesłanek sankcji nieistnienia może budzić wątpliwości, co dostrzegli Autorzy tego kodeksu, wprowadzając swoiste domniemanie stosowania sankcji nieważności w razie wątpliwości, czy uznać umowę za nieistniejącą (art. 137 § 3 ECC).⁸⁰ Zgodnie z art. 138 § 1 ECC, następstwa nieistnienia powodują:

- absolutny brak jakichkolwiek skutków wynikających z umowy, za wyjątkiem:
- zobowiązania do przywrócenia stanu poprzedniego oraz
- odpowiedzialności z tytułu szkód wyrządzonych osobom trzecim w zakresie, o którym mowa w art. 161 ECC (negatywny interes).

Na treść tego przepisu warto zwrócić uwagę także z tej przyczyny, że zakłada on wyrażnie, że do skutków takiej wadliwości należy powstanie powyższych zobowiązań. W art. 138 § 2 ECC podkreśla się, że następstwa nieistnienia zachodzą z mocy samego faktu wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 137 § 1 i 2 ECC. Nie jest możliwe dokonanie żadnego unormowania ani korekty takiej umowy i każdy kto ma interes prawny może się powołać bez ograniczenia czasem

⁷⁷ Tak J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 338.

⁷⁸ Art. 137 § 2 pkt c): *if the acceptance – apart from what is stated in Art. 16 paras. 6 and 7 – does not correspond with the offer because of the equivocal nature of the latter;*

⁷⁹ Art. 137 § 2 pkt d): *if the fact, act, declaration, or situation, while existing, are incomplete to such a point that they cannot be legally valid either as a different and reduced contractual scheme or in expectation of other elements that may possibly supervene.*

⁸⁰ Art. 137 § 3: *If there is doubt, the contract shall be considered null rather than non-existent.*

na taką wadliwość. Powołanie się na sankcję nieistnienia umowy następuje w dwóch trybach: zainteresowany może powiadomić drugą stronę o sytuacji nieistnienia umowy poprzez złożenie stosownego oświadczenia pisemnego, które zawiera niezbędne okoliczności dotyczące przyczyn tej wadliwości. Może także zostać skierowane do sądu powództwo o sądowe ustalenie po terminie 6 (3) miesięcy po otrzymaniu zawiadomienia o nieistnieniu umowy, ponieważ ten czas zostaje pozostawiony stronom dla ewentualnego pozasądowego uregulowania sporu (por. art. 172 ECC).

6. Stanowisko prawa polskiego

W prawie polskim zarówno nauka, jak i judykatura wyróżnia obok czynności nieważnych bezwzględnie, tzw. czynności nieistniejące (*negotium non existens*). Zagadnienie to nabrało w ostatnich latach istotnego znaczenia w zasadzie wyłącznie w związku z problematyką wadliwości uchwał zgromadzeń wspólników (walnych zgromadzeń) spółek kapitałowych. Problem ten wywołał ogromne kontrowersje w nauce i judykaturze.⁸¹

W ostatnich latach prawo polskie na obszarze wadliwości uchwał w pewnym zakresie dokonało kodyfikacji tej koncepcji „nieistnienia”. Pominięta została jednak kwestia określenia cech takiej sankcji oraz wyjaśnienie trybu jej zastosowania. Należy jednocześnie zauważyć, że sposób kodyfikacji opiera się na unormowaniu zagadnień procesowych, z których pośrednio wynika, że w systemie identyfikuje się uchwały nieistniejące. Zmiana stanu prawnego jest istotna wobec dość powszechnego kwalifikowania pewnej kategorii uchwał jako odmiany czynności prawnej, w tym planowanego unormowania w nowym Kodeksie cywilnym, że uchwała ma charakter czynności prawnej, jeżeli określa skutki prawne.⁸²

Najszerze z możliwych zastosowań, odnośnie do wadliwości uchwał, ma art. 17 pkt 4²) Kodeksu postępowania cywilnego, który stanowi, że do właściwości

⁸¹ Z nowszych wypowiedzi na temat nieistniejących uchwał prawnych w prawie polskim, wraz z przytoczoną tam dalszą literaturą i orzecznictwem, por. np. D. Kulgawczuk, *Uchwały nieistniejące – ujęcie systemowe (cz. 1)*, Prawo Spółek 2009, nr 9, s. 6 i nast.; tenże: *Uchwały nieistniejące – ujęcie systemowe (cz. 2)*, Prawo Spółek 2009, nr 10, s. 41 i nast.

⁸² Por. art. 81–art. 83 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2008 r. wraz z uzasadnieniem - Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego, Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008 r., publ. m.in. <http://www.ms.gov.pl/projekty>, s. 94–95. Propozycja projektu – w wymiarze normatywnym – przesądza, że określona grupa uchwał poddana będzie w pewnym zakresie przepisom przewidzianym dla czynności prawnych. Można nadmienić, że również przy okazji reformy Kodeksu Napoleona, w art. 1101-1 tzw. projektu *Catala*, uchwały zdefiniowane są jako tzw. kolektywna czynność prawna.

sądów okręgowych należą sprawy o uchylenie, stwierdzenie nieważności albo o ustalenie nieistnienia uchwał organów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną⁸³. W przypadku spółdzielni o nieistnieniu mowa w art. 42 § 9 Prawa spółdzielczego. Unormowanie tej wadliwości nastąpiło w sposób odbiegający od całej konstrukcji tego przepisu. Przepis art. 42 – w § 2 oraz § 3 określa przesłanki sankcji nieważności bezwzględnej lub wzruszalności uchwał. Natomiast w § 9 tego artykułu stanowi się, że orzeczenie sądu ustalające nieistnienie albo nieważność uchwały walnego zgromadzenia bądź uchylające uchwałę ma moc prawną względem wszystkich członków spółdzielni oraz wszystkich jej organów. Oprócz dość lakonicznego wzmiankowania o możliwości wystąpienia przypadków nieistnienia uchwały – w kontekście tzw. poszerzonej prawomocności orzeczenia unieważniającego uchwałę – brak jest dalszych unormowań na temat cech tego rodzaju sankcji wadliwości.

Podobna technika legislacyjna występuje w ustawie o spółdzielni europejskiej z 22.07.2006 r.⁸⁴, gdzie w art. 3 stanowi się, że sąd rejestrowy może wydać zaświadczenie, o którym mowa w art. 29 ust. 2 rozporządzenia⁸⁵, mimo wytoczenia powództwa o uchylenie albo o ustalenie nieważności, albo o ustalenie nieistnienia uchwały o połączeniu, jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że powództwo to jest oczywiście bezzasadne. W przypadku gdy po wydaniu zaświadczenia sąd prawomocnym orzeczeniem stwierdza nieważność albo nieistnienie uchwały o połączeniu albo ją uchyli, członek spółdzielni uczestniczącej w połączeniu, który poniósł szkodę w wyniku dokonania wpisów na podstawie uchwały uznanej za nieważną, nieistniejącą albo uchylonej, może dochodzić jej naprawienia od SCE bez względu na winę członków jej organów.

Możliwość identyfikacji wadliwości polegającej na nieistnieniu czynności prawnej zdaje się także zachodzić aktualnie w prawie polskim w przypadku umów. Wynika to z rozporządzenia z dnia 11 lipca 2007 r., dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”)⁸⁶. Zgodnie z art. 10 istnienie

⁸³ Można nadmienić, że w świetle powyższych przepisów pozostaje problem oceny, jaki jest wpływ na prawo materialnego zmiany stanu prawnego. W przypadku np. zaskarżania uchwał naruszających ustawę spółek kapitałowych, przepisy art. 252 § 1 (i art. 425 § 1), stanowią, że art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego nie stosuje do powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały walnego zgromadzenia sprzecznej z ustawą. Tym samym powstaje problem podstawy prawnej żądania uznania uchwały spółki kapitałowej za „nieistniejącą”.

⁸⁴ Dz.U. z 2006, nr 149, poz. 1077.

⁸⁵ Rozporządzenie w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE) (1435/2003/WE); Dz.Urz.UE L.2003.207.1.

⁸⁶ Dz.U.UE L.07.199.40.

i ważność umowy lub jednego z jej postanowień ocenia się według prawa, które zgodnie z niniejszym rozporządzeniem byłoby dla niej właściwe, gdyby umowa lub jej postanowienie były ważne. W przepisie tym wyodrębnia się zatem problem samego istnienia, jednocześnie łącznie z zagadnieniem ważności. Z podobnych przyczyn wypada także wskazać na analogiczne rozwiązanie Konwencji rzymskiej, która w art. 8 reguluje prawo właściwe do oceny istnienia i ważności umowy. W odniesieniu do skutków nieistnienia lub nieważności zrównuje się je, choć ze wskazaniem, że rozróżnienie ma znaczenie terminologiczne. M. Wojewoda, komentując ten przepis, wyjaśnia, że przesądzenie, że mamy do czynienia z umową nieistniejącą eliminuje konieczność badania jej ważności⁸⁷. Autor wyjaśnia, że analiza istnienia umowy koncentruje się na tym, czy w ogóle została ona dokonana. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy doszło do złożenia oświadczenia woli w świetle okoliczności towarzyszących i obowiązujących przepisów. Następnie trzeba badać, czy oświadczenie woli jest niewadliwe (w sensie normatywnym) oraz złożone na serio, tj. w celu wywołania rzeczywistych skutków prawnych. Kolejnym krokiem jest ustalenie, czy oświadczenia woli zostały złożone przez wszystkie strony umowy, w szczególności, czy nastąpiło przyjęcie oferty.⁸⁸ W przypadku stwierdzenia, że nie doszło do zawarcia umowy, wówczas zasady rozliczeń stron powinny być poddane takiemu samemu reżimowi jak przy jej nieważności.⁸⁹

W ramach przeglądu głównych wypowiedzi nauki i orzecznictwa na temat nieistniejącej czynności prawnej można wskazać na obecność dwóch głównych problemów:

- ustalenie kryteriów odróżnienia tzw. nieistniejącej czynności prawnej od tzw. nieważnej czynności prawnej (w stanie nieważności), np. katalogu wad sankcjonowanych nieistnieniem;
- określenie praktycznych następstw nieistnienia, w kontekście różnic z czynnościami prawnymi w stanie nieważności, w szczególności dotyczących sytuacji prawnej stron umowy, np. na płaszczyźnie rozliczeń restytucyjnych.⁹⁰

⁸⁷ M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, Wolters Kluwer 2007, s. 233, 234.

⁸⁸ M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego...*, s. 234, 239–250.

⁸⁹ M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego...*, s. 247, 401.

⁹⁰ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem, P. Księżak, *Komentarz do art. 58 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009, uw. pkt III 9, stwierdza, że po spełnieniu świadczenia w wykonaniu nieistniejącej czynności prawnej zobowiązującej, *solvensowi* przysługuje *condictio indebiti*, natomiast w razie wykonania nieważnej czynności prawnej – *condictio sine causa* (art. 410 § 2 k.c.). W tym pierwszym wypadku nie można żądać zwrotu, jeśli świadczący wiedział, że do świadczenia nie był zobowiązany,

Kwestią o mniej doniosłym znaczeniu jest poprawność teoretyczna identyfikacji tego typu wadliwej czynności prawnej. Wydaje się, że pod tym względem problem ten należy rozstrzygnąć na niekorzyść zwolenników tej kategorii i uznać *negotium non existens* za synonim stanu nieważności.⁹¹ Z problemem właściwej konstrukcji modelu sankcji nieważności bezwzględnej związana jest, wskazana w ogólnej nauce prawa okoliczność, że przede wszystkim mówienie o nieistnieniu czynności prawnej łączy się z dokonywaniem pewnej gradacji ważności czynności prawnej.⁹² W tym przypadku powstaje pewien paradoks, że czynności prawnej w stanie nieważności nie uznaje się za jedną z postaci wadliwych czynności prawnych, a miejsce to zajmuje kategoria najpoważniejszych przypadków naruszeń norm sankcjonowanych. T. Pietrzykowski zwraca uwagę, że od strony teoretycznej, głównym tłem sporu o wyodrębnienie tzw. „nieistniejących” czynności prawnych jest koncepcja tzw. faktów instytucjonalnych; w prawie polskim szerzej rozwinięta jako nauka o czynnościach konwencjonalnych, w tym regułach konstytutywnych.⁹³

Z punktu widzenia omawianej problematyki istotna jest w sumie jedna konstatacja, że istnienie faktów instytucjonalnych jest wynikiem przyjęcia przez człowieka określonej konwencji (reguł), na mocy której pewne zachowania uzyskują pewien sens (znaczenie). T. Pietrzykowski podkreśla, że naruszenie danych reguł postępowania powoduje, że nie powstaje dany fakt instytucjonalny (np. czynność prawna). Innymi słowy, zaistnienie czynności prawnej może nastąpić w wyniku jej ważnego dokonania, tj. zgodnie z odpowiednimi regułami.⁹⁴ Można również podkreślić, że sformułowanie o zaistnieniu czynności prawnej dotyczy w istocie wywołania skutków prawnych, jakie należy łączyć z czynnością prawną. Wadliwość danego zachowania spowoduje bowiem, że skutki prawne będą

natomiast w razie *negotium non existens* nie ma takiego wyłączenia (art. 411 pkt 1 k.c.). Ponadto Autor podkreśla, że jeśli czynność nieistniejąca miała stanowić świadczenie (np. przelew wierzytelności), nie ma możliwości orzeczenia przepadku takiego świadczenia – możliwość taka powstaje przy czynnościach nieważnych. Należy nadmienić, że Autor ten stoi na stanowisku, że od czynności nieważnej należy odróżnić czynność nieistniejącą, np. w przypadku podjęcia działań zmierzających do dokonania czynności prawnej, które ostatecznie nie doprowadziły do uformowania aktu prawnego ze względu na brak jego materialnych składników, tj., jak wyjaśnia Autor, przede wszystkim nie doszło w ogóle do złożenia oświadczenia woli.

⁹¹ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem, trafną analizę problemu nieistniejących czynności prawnych dokonaną przez T. Pietrzykowskiego (T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 109 i nast.).

⁹² Por. szerzej T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 109 i nast.

⁹³ Por. szerzej T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 113.

⁹⁴ T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 117–118.

niedopuszczalne, co można skrótowo określić mianem nieważności czynności prawnej. Również na tym tle ujawnia się problem wieloznaczności terminu „nieważność” i konieczności normatywnego (tj. konwencyjnego) rozstrzygnięcia tego zagadnienia.

Wracając na chwilę do wskazanej uprzednio konwencji terminologicznej, wydaje się, że także z tej przyczyny nieważności nie można łączyć z abstrakcyjnym pojęciem czynności prawnej, ponieważ nieważność dotyczy skutków prawnych, ich braku, jeżeli przy podjęciu czynności prawnej naruszono reguły ważnego dokonania czynności prawnej. Trudno jest inaczej rozumieć pojęcie nieważności czynności prawnej niż jako mówienie, raczej mało precyzyjne, o nieważności (braku) zamierzonych skutków prawnych.

W ogólnej nauce prawa formułowane są także wypowiedzi podkreślające, że np. koncepcja reguł konstytucyjnych (w tzw. wersji konotacyjnej) może pozwalać jednak na „bardziej klarowne” niż uprzednio, wyjaśnienie różnic pomiędzy czynnościami nieważnymi a nieistniejącymi.⁹⁵ Należy wskazać na stwierdzenie S. Czepity, który podkreśla, że każde naruszenie reguły konstruującej czynność prawną, jeżeli obwarowane jest sankcją nieważności, powoduje, że postępowanie niezgodne z tego rodzaju regułą nie jest czynnością prawną. Tym samym nie ma żadnej różnicy pomiędzy czynnościami nieważnymi a nieistniejącymi.⁹⁶

W piśmiennictwie potrzebę wyodrębnienia tego rodzaju wadliwości najczęściej uzasadnia się tym, że w odróżnieniu od tzw. „czynności prawnych nieważnych bezwzględnie”, są to czynności „daleko bardziej wadliwe” i głównie z tej przyczyny wywodzi się zasadność identyfikacji tego rodzaju sankcji⁹⁷ lub kategorii „czynności”. Przeważnie wśród wad uzasadniających wyodrębnienie czynności prawnej nieistniejącej wskazuje się w literaturze i orzecznictwie na pominięcie w czynności prawnej jej konstytucyjnych elementów, takich jak brak oświadczeń woli, gdy nie uzgodniono *essentialia negotii*, a ponadto stwierdza się ogólnie, że przy tego typu czynnościach nie występuje w ogóle zewnętrzny stan faktyczny czynności,

⁹⁵ Por. szerzej S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 192, 193. Autor zwraca jednak uwagę na problem metodologii: rozróżnianie tego typu czynności zależy od tego, jaka zostanie przyjęta wersja konotacyjna koncepcji reguł konstytucyjnych.

⁹⁶ S. Czepita, *Reguły konstytucyjne...*, s. 193–194. Autor wyjaśnia, że przyjęcie globalnej wersji koncepcji reguł konstytucyjnych powoduje, że różnica ustaje pomiędzy ww. czynnościami i jak to określa: „w aspekcie analitycznym” brak jest możliwości wykazania różnic pomiędzy nieważnością bezwzględną a *negotium non existens*.

⁹⁷ Należy wyjaśnić, że koncepcja nieistniejących czynności prawnych zdaje się mówić o normie sankcjonującej nieistnienie czynności prawnej. Słowa sankcja jednak się w tym kontekście nie używa w prawie polskim.

np. oświadczenia woli nie na serio.⁹⁸ Innymi słowy, że jest to przypadek wadliwości poważniejszej niż ta, która sankcjonowana jest nieważnością *ex lege*,⁹⁹ co powoduje, że należy przyjąć, że w ogóle nie zaszła dana czynność prawna.

Doktryna, jako jedną z podstawowych różnic względem czynności prawnej, która podlega sankcji nieważności bezwzględnej, niemal tradycyjnie wskazuje, że w przypadku czynności *non existens* – brak jakiegokolwiek przejawu czynności prawnej, zewnętrznego stanu faktycznego. Ponadto brak ten powoduje niemożliwość zastosowania konstrukcji konwalidacji lub konwersji.¹⁰⁰ Pod dość niejasnym pojęciem „zewnętrzny stan faktyczny” czynności prawnej w piśmiennictwie rozumie się sam fakt dokonania „czynności nieważnej”. Powoduje to, że uczestnicy czynności prawnej identyfikują ją mimo wszystko jako czynność prawną danego rodzaju. Takiego pozoru czynności prawnej nie można natomiast doszukać się w sytuacji czynności nieistniejącej.¹⁰¹

W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r.¹⁰², zastosowano sankcję „nieistnienia” w oparciu o art. 72 § 1 k.c. Sąd Najwyższy przypomniał, że przepis ten nakazuje uznawać umowę za zawartą dopiero z chwilą, z którą strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. W ocenie Sądu Najwyższego, jeżeli strony w ogóle nie powzięły jakiegokolwiek woli co do kwestii będącej jednym z istotnych postanowień umowy, w konsekwencji nie można uznać, że umowa pomiędzy stronami była zawarta, ale z uwagi na brak wymaganej formy nie była ważna. Takie rzekome porozumienie należy uznać za czynność prawną nieistniejącą (*negotium non existens*).¹⁰³ W ramach krótkiego komentarza należy stwierdzić, że nie powinno się sytuacji, gdzie nie zostaje zawarta umowa, zrównywać w skutkach z wadliwością. Istotą wadliwości, w największym skrócie, jest działanie niezgodne z wymogami nałożonymi przez system prawa lub normy moralne – naruszenie przesłanek ważności obowiązujących przy podejmowaniu czynności prawnej (składaniu oświadczenia woli) albo wadliwe określanie treści lub celu czynności prawnej, a które to naruszenia sankcjonowane jest brakiem zamierzonych skutków prawnych (tzw. nieważnością).

⁹⁸ K. Gandor, *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, Studia Cywilistyczne 1963, t. IV, s. 59.

⁹⁹ T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 110–111.

¹⁰⁰ Tak np. M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 176, K. Gandor, *Konwersja nieważnych...*, s. 59.

¹⁰¹ Por. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 105.

¹⁰² II CSK 327/2006, publ. LexPolonica nr 1034660.

¹⁰³ Tak również w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 r. II CSK 327/2006; publ. LexPolonica nr 1034660. Podobnie wypowiada się S. Wyszogrodzka, *Dyssens w polskim prawie cywilnym*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2004, nr 4, s. 959.

Ponadto przyjmuje się omawianą konstrukcję, jeżeli jedna ze stron umowy podawała się przy jej zawarciu za inną osobę, wówczas ze względu na oszustwo nie można mówić o skutecznym zawarciu umowy, ale o jej nieistnieniu (braku umowy).¹⁰⁴

Formułowane są niekiedy również poglądy dzielące, na zasadzie podziału logicznego, czynności prawne na czynności prawne istniejące i nieistniejące. Do tej ostatniej kategorii prawnej mają być zakwalifikowane wszystkie zdarzenia prawne, które nie są objęte definicją czynności prawnej.¹⁰⁵

Identyczny skutek przypisuje się w niektórych wypowiedziach naruszeniu zasad reprezentacji osoby prawnej. Argumentacja koncentruje się tutaj na okoliczności, że do czasu złożenia wymaganej liczby oświadczeń woli, wola osoby prawnej w ogóle nie zostaje wyrażona. Dzięki temu strony są zobowiązane do zwrotu drugiej stronie otrzymanych świadczeń na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a umowę należy uznać za nieistniejącą, nie zaś nieważną.¹⁰⁶

Brak jest jednak w ww. przypadku zgodności poglądów. W sytuacji, gdy wymagana jest łączna reprezentacja dwóch piastunów organu osoby prawnej, a czynność prawna zostaje dokonana bez oświadczenia woli drugiego członka zarządu czy prokurenta, przyjmuje się w literaturze również sankcję bezwzględnej nieważności. Dodatkowo postulując przy tym, że taką sankcję należy wyłącznie przyjąć, jeżeli bezsporne jest, że brakujące oświadczenie woli nie zostanie złożone albo będzie odmienne od już złożonego.¹⁰⁷ W przypadku, gdy nie jest możliwe

¹⁰⁴ S. Rudnicki, *Glosa do wyroku SN z 24.09.2003 r., III CKN 356/01*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2004, nr 10, s. 520. Autor zaznacza także skutek uznania danego zachowania za *negotium non existens*, który polega na tym, że nie można do takiej czynności stosować żadnych sankcji, np. art. 58 k.c. Podobnie K. Osajda, *Jeszcze o istnieniu czynności prawnych nieistniejących (głos w dyskusji)*, [w:] *Europeizacja prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Tom II, Wolters Kluwer 2008, s. 110.

¹⁰⁵ K. Osajda, *Jeszcze o istnieniu czynności...*, s. 108 i nast. W przypadku takiego podziału, można przywołać stwierdzenie T. Pietrzykowskiego, *Negotium...*, s. 111, który trafnie zauważa, że w konsekwencji np. picie kawy byłoby *negotium non existens*.

¹⁰⁶ Por. K. Osajda, *Jeszcze o istnieniu czynności...*, s. 110, P. Bączek, *Skutki czynności prawnych dokonanych z naruszeniem zasady łącznej reprezentacji w spółkach kapitałowych*, Prawo Spółek 2004, nr 11, s. 16.

Podobnie w uchwale z dnia 5 kwietnia 2007 r. (IPZP 3/2007; OSNP 2007, nr 21–22 poz. 308), Sąd Najwyższy wskazał, że skutki niezgodnej z prawem czynności powodującej ustanie stosunku pracy podlegają ocenie na drodze postępowania sądowego, oraz że wyjątkowo jedynie przyjmuje się, że czynność rozwiązująca stosunek pracy w ogóle nie została podjęta (jest czynnością *non existens*) z uwagi na to, że dokonała jej osoba nieuprawniona do podejmowania tego typu czynności w imieniu pracodawcy, a pracodawca tej czynności nie potwierdził.

¹⁰⁷ R. Szczęsny, *Zakres prokury a zasady reprezentacji spółek handlowych*, Prawo Spółek 2006, nr 2, s. 23–24.

przyjęcie takiego założenia, stwierdza się, że ważność czynności prawnej jest zawieszona, analogicznie do art. 63 k.c.¹⁰⁸

Z. Radwański zwraca uwagę na praktyczną nieprzydatność takiej konstrukcji oraz jej sprzeczność z definicją czynności prawnej. Autor stwierdza, że określenie „czynność nieistniejąca” można jedynie utrzymać w przypadku sytuacji, gdy zachowanie podmiotu nie może zostać zakwalifikowane jako tzw. materialny substrat dla oświadczenia woli (np. oświadczenia nie na serio). Ponadto gdy dla dokonania czynności konieczne jest więcej niż jedno oświadczenie woli i nie zostały złożone wszystkie wymagane oświadczenia (np. brak dostatecznej ilości głosów dla podjęcia uchwały lub brak odpowiedzi na ofertę).¹⁰⁹

Jako podstawową różnicę względem nieważnej czynności prawnej wskazuje się, że czynności nieistniejące nie wywołują żadnych skutków prawnych, natomiast nieważna czynność prawna nie jest czymś niebyłym i może wywołać skutki prawne, które nie odpowiadają treści oświadczenia woli, lecz wynikają z faktu samego dokonania czynności prawnej. W takim przypadku istnieje zewnętrzny stan faktyczny, z którym prawo przedmiotowe łączy niekiedy skutki prawne, tzw. skutki pośrednie, tj. konwalidację oraz, jak się to określa, skutek natury funkcjonalnej – konwersję.¹¹⁰

Należy zgłosić zastrzeżenie, że zagadnienie czynności prawnej *non existens* nie pozostaje w bezpośrednim związku z konwalidacją i konwersją.¹¹¹ W przypadku najpoważniejszych wad oświadczenia woli (czynności prawnej) następuje utrata możliwości zastosowania mechanizmów ograniczających lub wykluczających działanie sankcji nieważności bezwzględnej z przyczyn ogólnych, niezwią-

¹⁰⁸ Tak R. Szczyński, *Zakres prokury...*, s. 23. Autor nadmienia, że można przychylić się do sankcji nieważności bezwzględnej i rozważać skutek konwalidacji nieważnej czynności prawnej, następującej z chwilą złożenia brakującego oświadczenia woli. Autor odrzuca sankcję bezskuteczności zawieszoną, ponieważ nie można uznać prokurenta za osobę trzecią wobec spółki. Natomiast W. Pyziół [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo Spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2002, s. 48, przyjmując, że prokura łączna nie wymaga łącznego działania prokurentów, uznaje, że w przypadku złożenia oświadczenia tylko przez jednego prokurenta, mamy do czynienia z czynnością niezupełną (art. 63 k.c.) do czasu jej potwierdzenia przez drugiego prokurenta łącznego.

¹⁰⁹ Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, s. 428; tenże [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, wyd. II, Ossolineum 1985, s. 577. Autor tym terminem określa również ogólną sytuację, gdy oświadczenie woli, które ma być złożone drugiej osobie, nie doszło do niej w taki sposób, by mogła się zapoznać z jego treścią. Tym samym nie nastąpiło dokonanie czynności prawnej.

¹¹⁰ J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 104. Podobnie na przykładzie konwalidacji wypowiada się M. Kruszyński, *Uchwały nieistniejące*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 7, s. 44–46, z powołaniem się na dalszą literaturę.

¹¹¹ Podobnie, w odniesieniu do konwersji, M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 68.

zanych z konstrukcją *negotium non existens*. Warto nadmienić, że instytucje te dotyczą możliwości uniknięcia braku skutków prawnych (stanu nieważności) dzięki zająciu przesłanki umożliwiającej dokonanie odstąpienia od zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Dzięki temu dopuszczalne jest zachowanie w mocy skutków prawnych, wynikających ze złożenia oświadczenia woli (dokonania czynności prawnej), w części lub wyjątkowo w całości (np. konwalidacja wskutek wykonania).

Bez przybliżania instytucji konwalidacji i konwersji, można wskazać, że wystąpienie tak poważnych wad, jakie kwalifikują zwolennicy wyróżniania *negotium non existens*, wyklucza zastosowanie konwalidacji, ponieważ brak jest:

- prawnie doniosłego wykonania czynności prawnej (lub realizacji innej prawem przewidzianej alternatywnej przesłanki ważnego podjęcia czynności prawnej).¹¹² Dla konwalidacji wymagana jest wyraźna podstawa prawna. Wówczas czynność pierwotnie wadliwa – sankcjonowana nieważnością bezwzględną – ulega konwalidacji z powodu ustania lub eliminacji przyczyn, jakie zostały uwzględnione przy wprowadzeniu normy prawnej sankcjonowanej nieważnością bezwzględną – tj. ostatecznie nie następuje naruszenie normy sankcjonowanej.
- albo woli stron co do dokonania innej niewadliwej czynności prawnej (w przypadku konwersji) i brak możliwości jej ustalenia w trybie redukcyjnego wniosku. Warto nadmienić, że np. w nauce niemieckiej podkreśla się, że hipotetyczna wola stron nie występuje, jeżeli w ogóle nie doszło do złożenia oświadczenia woli jednej ze stron¹¹³.

¹¹² Warto wspomnieć, że w holenderskim kodeksie cywilnym przewidziana jest ogólna podstawa dla konwalidacji. Na mocy art. 3:58 holenderskiego kodeksu cywilnego (*Burgerlijk Wetboek*), nieważna czynność prawa może ex post stać się ważna (ulec ratyfikacji), jeżeli prawny warunek do jej ważności został wypełniony już po dokonaniu czynności prawnej. Konwalidacja nie obejmuje, zgodnie z ust. 2 tego przepisu, braku zdolności do czynności prawnej oraz, zgodnie z ust. 3, nie może naruszać praw osób trzecich nabytych do momentu konwalidacji. Tytułem przykładu holenderska doktryna podaje przypadek, gdy przeniesienie własności nie będzie nieważne z powodu braku prawa własności, jeżeli jednak nastąpi nabycie tego prawa – por. A. S. Hartkamp [w:] *Introduction to Dutch...*, s. 155. Regulacja ta jest raczej wyjątkowa na tle innych systemów prawnych, najczęściej występują tylko szczególne podstawy do odstąpienia od zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Niekiedy stosuje się także koncepcję prawnej doniosłości wykonania zobowiązania – np. doktryna part performance w tradycji common law. Bliżej na ten temat – por. G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London 1987, s. 144 i nast., G. C. Cheshire, C. H. Fifoot & M. Furmston's, *Law of Contract*, wyd. 11, London 1986, s. 206–215, P. Richards, *Law of Contract*, Pearson Education 2005, s. 100–101, J. Corrin Care, *Contract Law in the South Pacific*, Routledge Cavendish 2001, s. 157 i nast.

¹¹³ W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, s. 550.

Wśród instytucji, które wprowadzają brak możliwości zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (tzw. konwalidacji nieważnej czynności prawnej), doniosłą rolę może pełnić również zastrzeżenie terminu zawitego do dochodzenia roszczeń o stwierdzenie nieważności bezwzględnej. Instrument ten na gruncie prawa polskiego został wykorzystany w konstrukcji sankcji wadliwości testamentu lub sankcji za naruszenie ustawy przez uchwałę spółki kapitałowej. Nie jest to zatem skutek funkcjonowania w prawie prywatnym pojęcia *negotium non existens* i podłoże dla dokonania rozróżnienia względem sankcji nieważności bezwzględnej.

Kolejną kwestią jest fakt, że wspomniane skutki prawne nie wynikają z czynności prawnej znajdującej się w stanie nieważności, a wynikają ze istoty stanu nieważności – braku zamierzonych skutków prawnych (przede wszystkim przywrócenie stanu poprzedniego) albo z zachowania będącego źródłem naruszenia danej normy sankcjonowanej nieważnością bezwzględną (np. odszkodowanie).

Kolejnym z praktycznych aspektów wyodrębnienia *negotium non existens* jest wskazywana w niektórych poglądach doktryny niemożliwość zastosowania przepisów o skutkach sankcji nieważności bezwzględnej, np. art. 497 k.c. w zw. z art. 496 k.c., gdyż te „nie mają zastosowania do umów nieistniejących”.¹¹⁴ Poglądy takie są raczej nietrafne. Uzasadniałoby się w ten sposób arbitralne odrzucanie ww. przepisów, z powołaniem się na nieznanie do tej pory kodeksowi cywilnemu następstwa wadliwości. Takie zapatrywania można uznać za swoisty dowód, niejako natury empirycznej, na okoliczność przydatności odrzucenia konstrukcji nieistniejących czynności prawnych ze względu na jej ryzyko dla uczestników obrotu.

Generalnie przeciwko *negotium non existens* zarzuca się trudności w zdefiniowaniu tego rodzaju wadliwości i wskazuje na wątpliwą granicę pomiędzy nieważnością a nieistnieniem czynności.¹¹⁵ Podkreśla się m.in. brak możliwości wytyczenia takiego odstępstwa od wymagań ustawowych dotyczących danej czynności prawnej, jakie skutkować powinno nieistnieniem czynności prawnej.¹¹⁶ Wskazuje się ponadto na argument natury normatywnej, gdzie w aktualnie obowiązujących przepisach prawa cywilnego brak jest tego typu sankcji wadliwości.¹¹⁷ Ten argument nie wydaje się jednak do obrony na gruncie aktualnej typologii wadliwości

¹¹⁴ Por. szerzej P. Bączek, *Skutki czynności prawnych...*, s. 16–17.

¹¹⁵ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska wprost stwierdza, że trudno uzasadnić sens konstrukcji, która oznacza po prostu, że czynności prawnej nie ma (por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, wyd. II, Ossolineum 1985, s. 705–706). Por. również S. Sołtyński, *Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2006, nr 1, s. 8–9.

¹¹⁶ Tak np. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 107.

¹¹⁷ Tak. T. Gilbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach...*, s. 80.

uchwał w powyżej przywołanych przepisach. Przeciwnicy koncepcji czynności prawnej nieistniejącej trafnie podkreślają, że pomimo tego, że czynności takie naruszają w sposób oczywisty wymagania ustawowe dla danego rodzaju czynności, „dużo bardziej niż czynności nieważne bezwzględnie”, to jednak brak jest możliwości przeprowadzenia wyraźnej dystynkcji między obu rodzajami wadliwości, czy też określenia stopnia odstępstwa, kwalifikującego czynność z określoną wadą za nieistniejącą.¹¹⁸

S. Sołtysiński, kwestionując dopuszczalność wyróżniania *negotium non existens*, z zastosowaniem koncepcji reguł konstytutywnych, wskazał m.in. na słabość definicji tego pojęcia, jaką przyjmuje ogólna teoria prawa.¹¹⁹ S. Sołtysiński podkreślił, że sięganie do tej koncepcji jest możliwe wyłącznie, gdy termin ten obowiązuje w prawie stanowionym.¹²⁰

M. Gutowski przeciwko konstrukcji czynności prawnej nieistniejącej trafnie wskazuje na podstawowy problem – sprzeczność logiczną¹²¹. Kwestia ta jednak, jak zaznacza Autor, może być usprawiedliwiona tym, że zakłada się nieistnienie w sensie normatywnym. M. Gutowski podkreśla, że pojęcie czynności nieistniejącej jest nieprzydatne dla rozważań prawniczych i należy postulować stosowanie terminu nieważność bezwzględna, dla uniknięcia tworzenia „odrębnej kategorii pojęciowej”.¹²² Jednocześnie, zdaniem Autora, tylko praktyka w wyniku, której pojęcie czynności nieistniejących funkcjonuje w języku prawniczym, mogłaby przemawiać za tym, by w sposób ostrożny zaakceptować pojęcie *negotium non existens*, jako służące do określenia skrajnej, tzw. „brzegowej postaci wadliwości”.¹²³ Ten rodzaj wadliwości należy, zdaniem Autora, odnieść wyłącznie do najpoważniejszych naruszeń reguł konstrukcji czynności prawnych, a granica pomiędzy

¹¹⁸ T. Gilbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach...*, s. 80.

¹¹⁹ Por. szerzej S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych i nieistniejących czynnościach prawnych ze szczególnym uwzględnieniem uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni*, [w:] *W Kierunku Europeizacji Prawa Prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi J. Rajskiemu*, Warszawa, 2007, s. 316. Autor jednocześnie tytułem przykładu wskazuje na odmienne poglądy w doktrynie, formułowane na gruncie pozorności lub braku świadomości i swobody, gdzie np. B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej [w:] *System prawa cywilnego...*, t. 1, s. 656 i 659) oraz Z. Radwański przyjmują, że nie doszło do złożenia oświadczenia woli (Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, s. 383). J. Preussner-Zamorska (*Nieważność czynności...*, s. 44) oraz T. Zieliński (*Znaczenie terminu...*, s. 67), stoją na stanowisku, że argumenty wynikające z art. 82 i 83 § 1 k.c. wskazują wyraźnie na to, że jednak dochodzi do złożenia wadliwego oświadczenia woli.

¹²⁰ Por. szerzej S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych...*, s. 311, 317.

¹²¹ Podobnie K. Mularski, *Pozorność oświadczenia woli. Zarys problematyki semiotycznej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2007, z. 3, s. 626.

¹²² M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 70–72.

¹²³ M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 70, 73.

czynnością nieważną a *negotium non existens* mogłaby polegać na braku oświadczenia woli, tj. sytuacji, gdy zachowanie podmiotu nie może być zakwalifikowane jako oświadczenie woli i nie może być za takie uznane.¹²⁴

Należy obok powyższych argumentów wspomnieć, że odrzucenie koncepcji nieistniejących czynności uzasadnia się także trafnym zarzutem braku podstawy normatywnej do wyodrębnienia takiej sankcji, kategorii wadliwości.¹²⁵

W nowszym orzecznictwie można zaobserwować główne przyjęcie koncepcji czynności nieistniejącej również w sytuacji zachowań, w których nie można rozpoznać oświadczenia woli¹²⁶.

W świetle powyższych wypowiedzi wydaje się, że rysuje się pewna zgodność co do tego, że tzw. nieistnienie powinno odnosić się jedynie do przypadku, gdy w czynności prawnej brak jest koniecznego do jej dokonania składnika, jakim jest oświadczenie woli, które to dla istnienia czynności prawnej może być nawet wadliwe, powinno zostać jednak złożone zgodnie z warunkami jego skuteczności prawnej.¹²⁷

Tym samym problem czynności nieistniejącej można powiązać ponadto z kwestią relacji pojęć: czynność prawna a oświadczenie woli, tj. czy czynność prawną można sprowadzić jedynie do oświadczenia woli, czy też ujmować ją jako stan faktyczny, który zawiera także inne jeszcze elementy. Zajęcie określonego stanowiska w tej sprawie prowadzi do istotnej konsekwencji praktycznej. Przyjmując, że czynność prawna składa się dodatkowo z innych elementów, zachodzi konieczność uznania – w braku któregoś z tych dalszych elementów – że czynność prawna nie istnieje. Nie jest to więc w ogóle czynność prawna wadliwa.¹²⁸

Stwierdzenie to nie jest jednak powszechnie akceptowane w nauce. J. Gwiazdomorski, na gruncie omawiania instytucji czynności prawnych podejmowanych pod wpływem błędu, zwraca uwagę, że czynność taka jest ważna oraz w pełni

¹²⁴ Por. szerzej M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 70. Autor ponadto wskazuje na oświadczenia nie na serio, ruchy spowodowane przemusem fizycznym oraz sytuacje, w których nie zostało złożone oświadczenie woli, na które składa się kilka zachowań (zbyt mała liczba głosów w głosowaniu).

¹²⁵ M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” piastuna organu osoby prawnej*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, 7, s. 58.

¹²⁶ Tak uchwała SN z dnia 14 września 2007 r. III CZP 31/07, publ. OSNC 2008/2/14, Biul. SN 2007/9, Lex 298667. Sąd Najwyższy odrzucił natomiast konstrukcję *negotium non existens* w przypadku czynności dokonanej w imieniu osoby prawnej bez kompetencji do działania w charakterze jej organu.

¹²⁷ Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 września 2003 r. (PK 336/2002; OSNP 2004/18 poz. 314) stwierdził, że „czynność prawna nieistniejąca” to sytuacja, gdy ktoś nie zachował się w sposób, który uzasadniałby zakwalifikowanie tego zachowania jako oświadczenia woli.

¹²⁸ Por. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 46.

skuteczna i tylko osoba, która podjęła taką czynność prawną, może doprowadzić do jej unieważnienia poprzez oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych.¹²⁹ Tym samym, jeżeli nastąpi wyeliminowanie jednego z dwóch oświadczeń woli wymaganych do zawarcia umowy, nie przyjmuje się skutku nieistnienia umowy.

W ramach podsumowania należy podkreślić, że stanowisko prawa polskiego nie stanowi większego wyłomu od ogólnych problemów związanych z identyfikacją nieistniejących czynności prawnych, pomimo dokonania kodyfikacji tej koncepcji w zakresie uchwał osób prawnych i tzw. ułomnych (ustawowych) osób prawnych.

7. Nieistniejąca czynność prawna w świetle tendencji do tworzenia alternatyw dla sankcji nieważności bezwzględnej

Przed przejściem do dalszych uwag, należy skrótowo odnieść się do przypadków wytworzenia innych odmian wadliwości, jakie mogą wynikać z danego modelu sankcji nieważności bezwzględnej. Stanowią one próbę odejścia od problemów wynikających z różnorodnych koncepcji na temat nieważności i bezskuteczności w prawie prywatnym. Wydaje się, że pojawia się tutaj pewna zależność, oparta na precyzji normatywnego modelu sankcji nieważności bezwzględnej, która objawia się w szerszym korzystaniu z takich alternatyw w danym systemie prawa.

7.1. „Niedojście” czynności prawnej do skutku jako szczególna sankcja za naruszenie wymaganej formy

W prawie polskim przewidziana jest w art. 76 k.c. sankcja za naruszenie *pactum de forma* poprzez odwołanie się do terminologii pomijającej termin nieważność. Konstrukcja wynikająca z art. 76 k.c. ma znaczenie ze względu na możliwość wyodrębnienia typu wadliwości, gdzie wystąpienie danej przesłanki ważności (tutaj formy) wymagane jest, by czynność prawna doszła do skutku.

Taką konwencję terminologiczną zachowuje się w projekcie *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego* z 2008 r. Zgodnie z art. 109 projektu, jeżeli ustawa lub porozumienie stron uzależniają ważność czynności prawnej od daty pewnej, czynność taka dochodzi do skutku z chwilą poświadczenia daty przez notariusza. W uzasadnieniu wyjaśnia się, że art. 109 projektu reguluje sytuację, gdy data pewna zastrzeżona została pod sankcją nieważności czynności prawnej. Jednocześnie – promując potrzeby obrotu – dopuszcza się możliwość poświadczenia daty w terminie

¹²⁹ Por. szerzej J. Gwiazdomorski, *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1971, z. 1, s. 62–63.

późniejszym. W takim przypadku uważa się, że czynność prawna została dokonana w chwili poświadczenia daty przez notariusza.¹³⁰ Przesądzono więc trafnie, że w miejsce rozstrzygania problemu doboru sankcji za naruszenie normy sankcjonowanej, celowe jest proste określenie, kiedy zaistnieją zamierzone skutki prawne.

Z perspektywy problematyki nieistniejącej czynności prawnej istotne jest, że na tle obecnego sformułowania art. 76 k.c. występuje pewien spór, jak rozumieć tak sformułowaną sankcję za naruszenie umówionej formy. W nauce, przyjmując zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej, na uzasadnienie wskazuje się, że wymagana forma ma charakter konstytutywny, jej spełnienie stanowi niezbędną przesłankę oświadczeń woli kontrahentów, czynność prawna dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu umówionej formy.¹³¹

Zwolennicy odmiennego podejścia stwierdzają, że rygor niezachowania umówionej formy szczególnej czynności prawnej jest przykładem odwołania się do koncepcji nieistniejącej czynności prawnej¹³². Podkreśla się przy tym, że nie jest to sankcja nieważności bezwzględnej, ponieważ wadliwość formy dotyczy naruszenia umowy o formie, a nie przepisu ustawy. Jedynie w przypadku niezgodności z normą prawną możliwe byłoby przyjęcie sankcji nieważności bezwzględnej. Sankcją za naruszenie wymogu umówionej formy, jeżeli zaznaczono wyraźnie jej niezbędność, ma być tzw. niedojście czynności prawnej do skutku.¹³³

Na tle takiego odróżnienia skutków sankcji nieważności bezwzględnej od przypadku uznania, że nie została zawarta umowa ujawnia się pewien problem oderwania się znaczenia sankcji nieważności bezwzględnej od przypadków, dla których miało takie abstrakcyjne uogólnienie być wprowadzone. Innymi słowy – jaki zakres ograniczenia skuteczności prawnej miał nastąpić oraz w jakim trybie takie ograniczenie lub całkowita eliminacja zamierzonych skutków prawnych jest realizowana.

Sformułowanie zastosowane w art. 76 k.c. dotyczy identycznej w swym zakresie i skutkach, bezpośrednich oraz pośrednich, sytuacji prawnej, jak ta, którą

¹³⁰ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego, Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008 r., publ. m.in. www.ms.gov.pl/projekty, s. 121. Szerzej na temat propozycji projektu por. J. Gołaczyński, *Propozycje zmian formy czynności prawnych w nowym kodeksie cywilnym*, Rejent 2008, nr 2, s. 74 i nast.

¹³¹ Tak A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 238. Podobnie sankcję nieważności bezwzględnej przyjmuje np. A. Jedliński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I Część ogólna*, red. A. Kidyba, LEX 2009, komentarz do art. 76 kodeksu cywilnego oraz W. Robaczyński [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX, 2009, uw. nr 4 do art. 76.

¹³² Tak J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, CH Beck, Warszawa 2006, publ. Legalis, komentarz do art. 76 k.c., nb. 3.

¹³³ Tak Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, wyd. 2, s. 144.

powoduje sankcja nieważności bezwzględnej. Pogląd przeciwny można wyłączenie wspierać argumentem, że zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej nie jest zgodne z terminologią art. 76 k.c., który literalnie rozstrzyga, że czynność prawna nie dochodzi do skutku. Wniosek ten potwierdza ponadto przywołane powyżej uzasadnienie dla ww. art. 109 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego. Świadczy to zatem o ugruntowanym zamierzeniu ustawodawcy. Niemniej jednak nie może być tutaj przyjęty przypadek uznający „niedojście do skutku” umowy za nieistniejącą czynność prawną. Jeżeli czynność prawna nie dochodzi do skutku, wówczas jest to sytuacja, gdy czynność prawna nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych (jest to więc stan nieważności czynności prawnej *ex lege*).

Dla zilustrowania różnicy w modelach nieważności oraz porównywalnych unormowaniach należy sięgnąć do historii redakcji tego przepisu. Regulacja art. 76 k.c. przeszła ewolucję w prawie polskim, ponieważ w kodeksie zobowiązań posłużono się terminem nieważność.¹³⁴ Polski art. 76 k.c. jest bardzo zbliżony w swej terminologii do prawa austriackiego, gdzie art. 884 ABGB stanowi: *jeżeli strony zobowiązały się do zawarcia umowy w formie szczególnej, wówczas umowę bez zachowania tej formy nie uważa za zawartą*.¹³⁵ Terminologia ta jest zgodna z ogólną koncepcją kodyfikacyjną w prawie austriackim, wyrażającą się w braku generalnej podstawy prawnej do zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej za nie dochowanie wymaganej formy.¹³⁶ Można więc uznać, że powstaje pytanie, czy norma prawna – wynikająca art. 76 k.c. – nie została ujęta jedynie w odmienną (od reszty przypadków sankcji nieważności bezwzględnej) terminologię. Można to stwierdzenie uzasadnić tym, że w prawie polskim zastrzeżona jest globalna podstawa prawna dla sankcji nieważności bezwzględnej w razie naruszenia przepisów o wymaganej formie (art. 73 § 1 k.c.). Tytułem dalszego przykładu można wskazać na podobne rozwiązanie prawa niemieckiego, gdzie § 125 zd. 2 BGB stanowi – z zastosowaniem terminologii podobnej do polskiej, że brak formy,

¹³⁴ Por art. 109 k.z.: § 1. *Ważność oświadczenia woli zależna jest od zachowania szczególnej formy tylko w przypadkach, w których ustawa lub umowa wyraźnie wymaga zachowania pewnej formy pod rygorem nieważności. § 2. Jeżeli według woli stron zawarcie umowy ma nastąpić w pewnej formie, domniemywa się, że strony zastrzegły zachowanie umówionej formy pod rygorem nieważności.* Podobnie skutek naruszenia *pactum de forma* regulował art. 64 Przepisów ogólnych prawa cywilnego: *jeżeli strony zastrzegły w umowie, że czynność prawna między nimi ma być dokonana w określonej formie, niezachowanie zastrzeżonej formy pociąga za sobą nieważność tej czynności.* Por. także np. orzeczenie SN z 29.09.1952 r. (C 2036/52; OSNCK 1953/4/110) na tle ww. przepisu.

¹³⁵ Art. 884 ABGB: *Haben die Parteien für einen Vertrag die Anwendung einer bestimmten Form vorbehalten, so wird vermutet, daß sie vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen.*

¹³⁶ Por. szerzej na ten temat H. Heiss, *Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck 1999, s. 19–21.

określonej przez czynność prawną, w razie wątpliwości pociąga za sobą nieważność czynności prawnej.¹³⁷

Należy podkreślić, że pominięcie odwoływania się do sankcji nieważności bezwzględnej i bezpośrednie nawiązanie do sankcji polegającej na braku czynności prawnej jest rozwiązaniem, które w warunkach polskiego rozumienia terminu nieważność (jako synonimu sankcji nieważności bezwzględnej) nie ma znaczenia praktycznego. Jedyny wyjątek zachodziłby w przypadku rozpatrywania problemu ewentualnych rozliczeń stron, jeżeli należałoby rozpatrywać rozliczenia innej umowy, jako czynności prawnej objętej *pactum de forma*. Jak zostało wskazane powyżej, niekiedy zwolennicy identyfikacji kategorii nieistniejącej czynności prawnej, w ujęciu skrajnym tej koncepcji, dostrzegają możliwość różnicowania sytuacji prawnej stron umowy nieważnej a nieistniejącej. Należy także nadmienić, że prawo polskie nie łączy bezpośrednio z modelem sankcji nieważności bezwzględnej problemu skutków prawnych nielegalnych lub niemoralnych czynności prawnych (głównie umów), dotyczącego uznania jako zasady niedostępności roszczeń związanych z przywróceniem stanu poprzedniego. Zagadnienie to związane jest z tzw. świadczeniem niegodziwym. Także z tej przyczyny nie istnieje aspekt praktyczny, opierający się na cechach *negotium non existens*.

7.2. Sankcja uznania postanowień umownych za niezastrzeżone

Problem ten łączy się z modelem sankcji nieważności bezwzględnej i *negotium non existens* w tym miejscu, że stosowanie rozwiązania odwołującego się do terminu „niezastrzeżone postanowienie” pozwala unikać dwuznaczności terminologicznej wynikającej ze słowa nieważność lub „czynność dochodzi do skutku”, a jest to jednocześnie objaśnienie cech takiej sankcji.

Pochodzenia tej sankcji upatruje się jeszcze w prawie rzymskim, w przepisach kodeksu Justyniana o prawie spadkowym.¹³⁸

Odwołanie do sankcji uznania klauzuli umownej za niezastrzeżoną w prawie polskim jest sporadyczne. Kodeks cywilny używa tej konwencji terminologicznej jedynie w art. 94 oraz 962 k.c. (w tym ostatnim przypadku słowo „niezastrzeżony” zastąpione jest słowem nieistniejący). Szerzej w użyciu jest konwencja

¹³⁷ Szczegółowo na temat niemieckiej doktryny i orzecznictwa dotyczącego wadliwości czynności prawnej ze względu na naruszenie wymaganej formy – por. H. Heiss, *Formmängel...*, s. 9 i nast.

¹³⁸ Por. szerzej J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 381–382, wraz z dalszą literaturą. Autorzy wskazują, że w oryginalnym brzmieniu Kodeksu Napoleona jedynie art. 900 odwoływał się do pojęcia klauzuli niezastrzeżonej. Obecnie takie sformułowanie jest dość szeroko stosowane w prawie francuskim.

terminologiczna odwołująca się do sankcji nieważności bezwzględnej względem klauzuli umownej (art. 311, 473 § 2, 586 § 3, 647¹ § 6, 709⁸, 709¹², 760¹ § 2, 760² § 4, 761³ § 3, 761⁴, 761⁵ § 1 i 2, 807 § 1, 855 § 2, 869 § 2, 957). Stosowana jest także szczególna odmiana, polegająca na bezskuteczności postanowienia umownego w odniesieniu do określonej osoby (art. 600 § 1 zd. 2 *in fine*, art. 832 § 1 k.c.).

W innych systemach prawnych różnie wygląda podejście do tej odmiany wadliwości.

Prawo włoskie nie odwołuje się do konstrukcji sankcji „niezastrzeżenia” klauzuli umownej, co wyjaśnia się elastycznym podejściem do przypadków nieskuteczności umowy.¹³⁹

Natomiast w prawie francuskim termin „niezastrzeżona klauzula” (*réputé non écrit*) objaśnia się na tle pojęcia nieważności, gdzie sankcję taką uznaje się niekiedy za szczególny przypadek nieważności częściowej. W orzeczeniu francuskiego Sądu Kasacyjnego z dnia 7.03.2006 r. zwraca się jednak uwagę na niewłaściwość stosowania takiego porównania, ponieważ francuskie rozumienie sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej opiera się na domniemaniu ważności do czasu stwierdzenia nieważności przez sąd. Natomiast klauzulę „niezastrzeżoną” uznaje się za nieważną *ab initio*. Tym samym inny jest cel takiej sankcji.¹⁴⁰

W nauce francuskiej wyjaśnia się, że analiza historyczna tego terminu pozwala na sprecyzowanie trzech podstawowych cech takiej sankcji:

- potrzeba pozbawienia klauzuli jej wiążącej mocy,
- utrzymanie ważności całej pozostałej części czynności prawnej,
- podkreślenie braku znaczenia takiego spornego postanowienia dla stron, które je zastosowały.

W prawie francuskim sankcję taką stosuje się w ramach odmowy nadania wykonalności postanowieniom umowy, które uznaje się za niezastrzeżone. Sąd, w przeciwieństwie do sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej, jest uprawniony do zastosowania tej sankcji z urzędu. Orzecznictwo i nauka przyjmuje, że roszczenie o stwierdzenie, że klauzula umowna powinna być uznana za niezastrzeżoną, nie podlega przedawnieniu.¹⁴¹ Widoczny jest więc w tym przypadku trend, by pewne właściwości sankcji tzw. nieistnienia odnieść do normatywnej części czynności prawnej (czyli do niedopuszczalnych skutków prawnych). Jest to zrozumiałe, jeśli uwzględni się francuskie podejście do obu rodzajów sankcji nieważności.

¹³⁹ Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 380.

¹⁴⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 382.

¹⁴¹ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 383.

Szwajcarski kodeks cywilny posługuje się tym terminem w art. 483, a kodeks zobowiązań używa tego terminu znacznie częściej (art. 995, 999, 1002, 1226, 1104, 1109, 1110, 1115). Stosowana jest także odmiana tej sankcji, odwołująca się do terminologii „klauzula uważana za nieważną” (art. 1123, 1125 Szwajcarskiego Kodeksu zobowiązań). Warto nadmienić, że np. z punktu widzenia prawa francuskiego uznaje się taką konwencję terminologiczną za wprowadzającą możliwość wystąpienia potencjalnych nieporozumień.¹⁴²

Ponadto ten rodzaj sankcji stosowany jest także w prawie belgijskim, kodeksie cywilnym Quebecu, czy w § 211¹⁴³ amerykańskich *Restatement (Second) of Contracts*¹⁴⁴.

W prawie niemieckim wyróżnia się dwa rodzaje sankcji odnoszących się do wadliwości klauzuli umownej:

- klauzule nieuwzględniane w umowie (nie podlegające inkorporowaniu do stosunku prawnego, *Nichteinbeziehung*). W tym przypadku postanowienia takie nie tworzą części umowy (§ 305 ust. 2, § 305c BGB).¹⁴⁵
- oraz klauzule bezskuteczne (*Unwirksamkeit*), ponieważ są uznane za abuzywne (§ 307–309 BGB). W tym przypadku postanowienia takie nie wywołują skutków prawnych.

W nauce stwierdza się, że aspekt praktyczny sprowadza się do tego, że nie wywierają one żadnych skutków prawnych, a umowa obowiązuje w pozostałym zakresie (§ 306 BGB), natomiast terminologia jest zastosowana z 2 przyczyn:

- sankcja „braku inkorporacji do umowy” opiera się na całokształcie okoliczności związanej z zawieraniem umowy, nie tylko na samej treści klauzuli – dotyczy jedynie specyficznych stanów faktycznych,
- sankcja bezskuteczności wynika z wadliwości treści umowy.¹⁴⁶

¹⁴² Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 384.

¹⁴³ § 211 *Restatement (Second) of Contracts* dotyczy sankcji za naruszenie przesłanek uznania ogólnych warunków umów za część umowy – por. szerzej na ten temat, wraz z dalszym piśmiennictwem, np. W. D. Slawson, *Binding promises: the late 20th century reformation of contract law*, Princeton University Press 1996, s. 54–56.

¹⁴⁴ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 383–385.

¹⁴⁵ M. Coester [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin Sellier – de Gruyter 2008, s. 182.

¹⁴⁶ Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 386–387.

8. Sankcja „nieistnienia” czynności prawnej a dany model sankcji nieważności bezwzględnej

Spojrzenie na problem *negotium non existens* z perspektywy nieważności bezwzględnej odśladuje szereg problemów, których przesądzenie możliwe jest w zasadzie wyłącznie w prawie stanowionym, poprzez przepisy określające cechy modelowe sankcji nieważności bezwzględnej. Ogólnie ujmując, często dokonanie określonego wyboru modelu tej sankcji może skutkować znacznym usztywnieniem sposobu reagowania na określone naruszenia norm prawnych sankcjonowanych. Automatyczne powodowanie stanu nieważności nie zawsze pozwala na rozwiązania odzwierciedlające postulaty słuszności i sprawiedliwości. Ilustracją tej uwagi jest aktualna tendencja do wprowadzenia kryterium proporcjonalności w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej, np. tzw. ograniczona sankcja sędziowska (*structured discretion*), przyjęta w *Draft Common Frame of Reference* w sytuacji niezgodności z *leges imperfectae* (art. II-7:302 § 2 i § 3 DCFR). Ta ostatnia sytuacja wynika z niejako naturalnej skłonności do wyszukiwania rozwiązań elastycznych dla uniknięcia pewnych skrajnych i paradoksalnych następstw nieważności czynności prawnej. Niekiedy jednak dochodzi do sytuacji odwrotnej. Przyznanie prymatu zasadzie bezpieczeństwa obrotu (najczęściej przez eliminację możliwości stosowania sankcji nieważności bezwzględnej w każdym czasie albo poprzez wprowadzenie takiego prawa wyłącznie dla osoby chronionej daną normą sankcjonowaną) powoduje, że następuje dążenie odwrotne w celu wyszukania alternatywy dla sankcji nieważności bezwzględnej i eliminacji czynności prawnej z obrotu. Wynika to z tej przyczyny, że z danej perspektywy aksjologicznej nie jest możliwe zaakceptowanie ostatecznej ważności skutków prawnych wynikających z dokonania czynności prawnej. Kwestia wyróżniania czynności nieistniejących łączy się także ze wspomnianym problemem natury ogólniejszej, jaką jest sytuacja, gdy przepisy prawa nie pozwalają na usunięcie wszystkich nieprawidłowości związanych z dokonywaniem czynności prawnych (oświadczenia woli).

Z perspektywy porównawczej wynika, że dążenie do wyodrębnienia pojęcia nieistniejącej umowy (czynności prawnej) jest najczęściej skutkiem wprowadzania ograniczeń co do możliwości stwierdzenia, że czynność prawna jest w stanie nieważności (podlegała sankcji nieważności bezwzględnej). Podstawowym ograniczeniem jest tutaj wspomniane zastosowanie dawności (termin zawity, przedawnienie). Brak możliwości stwierdzenia stanu nieważności powoduje, że wypracowywany jest alternatywny tryb dla osiągnięcia tego samego efektu – stanu nieważności, poprzez uznanie, że dana czynność w istocie jest nieistniejąca.

Ograniczenie skargi o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał walnych zgromadzeń terminami zawitymi, posiadające przecież swoją aksjologię,

powoduje, że nie zawsze uzyskane w ten sposób efekty, utrzymanie w mocy pewnych uchwał, mimo że *prima facie* są one wadliwe, można ocenić jako prawidłowe (np. problem rejestracji sfałszowanej uchwały w sądzie). Jednocześnie różnie można oceniać trafność obecnej formuły kodyfikacji nieistniejących uchwał poprzez pozostawienie judykaturze i doktrynie stworzenie kryteriów ich identyfikacji. Wydaje się, że nie będzie możliwe osiągnięcie zadowalającej zgodności poglądów w tej materii. W szczególności nie przekonują argumenty o przydatności takich kryteriów, jak tzw. rażące naruszenia proceduralne, czy też ogólnie naruszenia prawa poważniejsze niż w sytuacji podlegania sankcji nieważności bezwzględnej. Ta ostatnia okoliczność ma praktycznie zawsze zabarwienie aksjologiczne, ponieważ – pomimo niedopuszczalności zastosowania normy sankcjonującej nieważnością bezwzględną – w danym przypadku celowe jest uznanie czynności prawnej jako niedokonanej, niebyłej, nieistniejącej w sensie prawnym. Przywoływaną na uzasadnienie argumentację niektórych poglądów należy uznać wyraz dla poszukiwania rozwiązań słusznościowych i unikanie naruszenia poczucia sprawiedliwości. Na tym głównie tle np. pojawiła się potrzeba wypracowana w niemieckiej nauce koncepcji nieistniejących wyroków¹⁴⁷. Wynikała ona z praktycznej potrzeby zapobieżenia przypadkom, kiedy nie można było przyjąć nieważności bezwzględnej orzeczenia.¹⁴⁸ Jednocześnie, postulat słuszności może nie być aktualny we wszystkich przypadkach poglądów o uchwałach nieistniejących. W prawie polskim poglądy w tej materii – pod rządem kompleksowej regulacji sankcji wadliwości uchwał w spółkach kapitałowych – były uznawane także za sposób do obchodzenia tych przepisów¹⁴⁹. Obecnie zarzut ten wydaje się tracić aktualność ze względu na zmianę Kodeksu postępowania cywilnego.

Zważywszy na to, że przeważnie podstawowym kryterium rozróżnienia czynności nieważnych i nieistniejących jest brak oświadczenia woli, należy zwrócić uwagę, że jest to pierwszy etap na którym możliwe jest naruszenie reguł ważnego złożenia oświadczenia woli i dokonania czynności prawnej. Istotne w tym przypadku, dla uniknięcia mówienia o nieistniejących czynnościach prawnych,

¹⁴⁷ Na temat uzasadnienia podważenia mocy obowiązującej aktów prawnych z wykorzystaniem koncepcji nieistnienia por. także J. Forystek, *Nieakt (actum non existens) w demokratycznym państwie prawa*, TPP 2001, nr 2, s. 75 i nast.

¹⁴⁸ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem – M. Kamiński, *Nieważność decyzji...*, s. 151 i nast. Kategoria nieistniejących aktów prawnych jest niekiedy rozpatrywana na tle wadliwości aktów prawnych UE, również w sytuacji poważniejszych naruszeń niż nieważność – por. P. Bogdanowicz, *Czy w prawie wspólnotowym istnieje kategoria tzw. Aktów nieistniejących?*, Rzeczypospolita z dnia 28.05.2008 r., 2008 nr 123, s. C8.

¹⁴⁹ Tak m.in. M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 68, M. S. Tofel, *Uchwały nieistniejące na gruncie kodeksu spółek handlowych*, Państwo i Prawo 2007, nr 4, s. 76–77.

jest zwrócenie uwagi na szeroki zakres rozumienia wadliwości polegającej na naruszeniu ustawy. Uzasadnieniem powyższego stwierdzenia może być wadliwa umowa, również w stopniu najbardziej rażącym – np. brak zgodnych oświadczeń woli, *essentialia negotii*, sfałszowanie podpisów. Przypadki takie należy uznać za podlegające sankcji nieważności bezwzględnej. Każde z takich naruszeń może być uznane za sprzeczność z ustawą albo normami moralnymi, a więc objęte dyspozycją art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.¹⁵⁰ Należy podkreślić, że brak składników przedmiotowo istotnych umowy jest naruszeniem przepisów ustawy, normujących dany typ czynności prawnej. Przy umowach nienazwanych możliwe jest odwołanie się do ogólnych zasad zawierania umów poprzez zarzut niezgodności z naturą (właściwością) stosunku prawnego.

Identyczny zarzut można kierować pod adresem braku oświadczenia woli jednej ze stron umowy (np. brak podpisania umowy). Brak oświadczenia woli wydawałby się na tyle obiektywnym czynnikiem, że może stanowić dystynkcję pomiędzy czynnościami nieważnymi, co podważyłoby argument o nieczytelnej granicy między stanem nieważności czynności a czynnościami *non existens*. Nie jest to jednak argument zawsze trafny. Trudno bowiem pominąć pytanie o przykład praktyczny, gdzie powstanie spór na tle braku oświadczeń woli. Jeżeli oświadczenie będzie w stanie nieważności – wskutek zastosowania danej sankcji wadliwości, wciąż będzie to oświadczenie woli, podlegające normie sankcjonującej nieważnością. Jeżeli w ogóle nie zostałyby złożone, ale zaistniało z jakiejś raczej mało realnej przyczyny w obrocie, to również wystarczające jest powództwo o ustalenie z art. 189 k.p.c., że nie istnieje określony stosunek prawny lub prawo, będący skutkiem ważnego oświadczenia woli lub czynności prawnej. Wydaje się również, że problem wyróżniania czynności nieistniejących na tej płaszczyźnie wynikać może z braku uwzględnienia okoliczności, jaka np. wyjaśniona była w art. 50 § 1 k.z., zgodnie z którym czynność prawna powstawała przez zgodne oświadczenia woli dwóch stron.

Normatywne podejście do koncepcji czynności prawnej ilustruje także przykład z prawa niemieckiego, gdzie np. oświadczenia woli nie na serio, czyli brak oświadczenia woli, jest odrębnie opatrzony sankcją nieważności bezwzględnej. Warto przypomnieć tutaj także art. 33 k.z., który podobnie stanowił, że nieważne jest oświadczenie woli, ujawniające, że względu na okoliczności, w których złożone zostało, brak zamiaru wywołania skutków prawnych. Kolejnym problemem jest nadanie pojęciu czynności prawnej kształtu pozanormatywnego i opieranie

¹⁵⁰ W przypadku art. 353¹ k.c. można zauważyć, że ten trafnie krytykowany przez naukę prawa prywatnego przepis jest w sposób raczej niezamierzony, m.in. globalną podstawą do postawienia zarzutu naruszenia ustawy w każdym przypadku wadliwości umowy w prawie polskim.

się przy określonych poglądach na definicji czynności prawnej. Można zwrócić uwagę, że brak oświadczenia woli w czynności prawnej mówi o naruszeniu reguł jej ważnego dokonywania, nie zaś skutku nieistnienia czynności prawnej. Warto przypomnieć, że w początkowym okresie wypracowywania pojęcia czynność prawna była ona rozumiana jako synonim terminu oświadczenia woli.¹⁵¹

Ponadto trzeba podkreślić, że przeciwko tej konstrukcji, poza zarzutem braku precyzji i pominięcia obowiązywania w polskim prawie szerokiego ujęcia przesłanek sankcji nieważności bezwzględnej, można wskazać na wybiórczą kwalifikację wad. Jako przykład należy przywołać umyślne zobowiązanie się do świadczenia pierwotnie i obiektywnie niemożliwego, tj. również bez zamiaru wywołania umówionego skutku prawnego. Jest to szczególny przypadek oświadczenia nie na serio, sankcjonowany obok nieważności bezwzględnej także odpowiedzialnością odszkodowawczą (art. 387 § 2 k.c.)¹⁵². Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku sankcjonowania pozorności absolutnej, gdzie również brak jest zamiaru wywołania skutków prawnych. Jednocześnie w ramach przyjętej konwencji ustawowej zastrzega się w takim przypadku zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej, nie pozostawiając miejsca dla koncepcji *negotium non existens*.¹⁵³

Jednocześnie należy dostrzec, że od strony określonej koncepcji kodyfikacyjnej nie istnieje przeszkoda, by zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej zastrzec dla wad dotyczących treści lub celu czynności prawnej (por. art. 58 k.c.). Natomiast pewne naruszenia na etapie formowania czynności prawnej – tzw. naruszenia reguł ważnego dokonywania czynności prawnej, obejmować sankcją nieistnienia (czy też mówieniem o braku skutków prawnych, albo że czynność prawna nie doszła do skutku).

¹⁵¹ Kontekst historyczny rozwoju pojęcia czynności prawnej przedstawia w polskim piśmiennictwie m.in. A. Szpunar, *Uwagi o pojęciu czynności prawnej*, Państwo i Prawo 1974, nr 12, s. 6–7.

¹⁵² W tym miejscu należy nadmienić, że instytucja pierwotnej niemożliwości świadczenia jest wynikiem pewnej pomyłki w zastosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej – por. szerzej R. Zimmermann, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Centro Di Studi e Ricerche Di Diritto Comparato e Straniero (red.), Saggi, Conferenze e Seminari, nr 48, Roma 2002, s. 30; tenże: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, s. 687 i nast. W aktualnych projektach unifikacyjnych nastąpiło odejście od tej doktryny – por. np. art. 7:102 *Draft Common Frame of Reference* wraz z uzasadnieniem *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Ch. Von Bar, E. Clive (red.), Tom I, 2009, s. 454.

¹⁵³ W nowych wypowiedziach nauki postuluje się *de lege ferenda* rezygnację z odrębnego sankcjonowania pozorności absolutnej nieważnością bezwzględną – por. szerzej K. Mularski, *Pozorność oświadczenia woli...*, s. 625–627.

Trzeba jednak pamiętać, że byłoby to nietrafne od strony pragmatycznej. W świetle koncepcji reguł konstytutywnych (faktów instytucjonalnych) należy ponadto przyjąć, że czynność prawna jest albo ważna albo znajduje się w stanie nieważności, wobec zastosowania normy sankcjonującej wystąpieniem stanu nieważności. Definitywna nieważność – stan nieważności – oznacza to samo, co nieistnienie w kategoriach ontologicznych. Brak jest widocznej przesłanki kodyfikacyjnej do takiego swoistego podzielenia nieważności na dwa jej rodzaje.

Również aktualny model sankcji nieważności bezwzględnej nie wymusza poszukiwania podstawy prawnej dla *negotium non existens*. Należy podkreślić, że prawo polskie nie zakłada zastosowania dawności (przedawnienia lub wygaśnięcia roszczenia) przy ustaleniu stanu nieważności czynności prawnej (oświadczenia woli), za powyższym wyjątkiem dotyczącym testamentu albo – złagodzonego możliwością podniesienia zarzutu – przypadku naruszających ustawę uchwał osób prawnych. Nie nastąpiło także ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do sądowego stwierdzenia, że dana czynność znajduje się w stanie nieważności (zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej). Ponadto, pomimo pewnych postulatów nauki prawa oraz niektórych wypowiedzi sądów, panuje niemal powszechna zgodność co do obowiązku stosowania sankcji nieważności bezwzględnej przez sąd z urzędu¹⁵⁴.

Trudno zatem wyodrębnić pole praktyczne dla uzasadnienia funkcjonalności tego pojęcia oraz uzasadnienie takiej rozbudowy systemu sankcji wadliwych czynności prawnych.

Pewnym problemem są wypowiedzi piśmiennictwa o różnym statusie w przypadku restytucyjnych rozliczeń w związku z przywróceniem stanu poprzedniego

¹⁵⁴ Należy jednak podkreślić, że M. Gutowski (M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 447) oraz S. Sołtysiński, (S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych...*, s. 310), stoją na stanowisku, że wskutek zamian w Kodeksie postępowania cywilnego *de lege lata* „nieważność podlega uwzględnieniu zgodnie z zasadami obowiązującymi w postępowaniu cywilnym.”

W judykaturze poglądy na ten temat nie są do końca jednoznaczne – np. uchwała SN z dnia 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006 nr 4, poz. 63, postanowienie Sądu Najwyższego z 15.05.2007 r., V CSK 37/07, publ. LEX nr 442585, w której stwierdza się, że obowiązek uwzględnienia nieważności czynności prawnej spoczywa na sądzie w każdym stanie sprawy, jednakże możliwość zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej z urzędu dopuszczalna jest tylko na podstawie materiału zgromadzonego, zgodnie z regułami wskazanymi w art. 479[12] § 1 i art. 381 Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/2007, publ. LexPolonica nr 1811245, OSNC 2008/6 poz. 55, przypomniał, że sąd drugiej instancji „rozpoznaje sprawę”, a nie sam środek odwoławczy, co ma miejsce w wypadku skargi kasacyjnej (art. 398¹³ § 1 k.p.c.). W takim ujęciu zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej nie dotyczyłoby jedynie Sądu Najwyższego. Można zauważyć, że tego typu problemy są domeną abstrakcyjnego modelu normatywnego sankcji nieważności bezwzględnej, który może być zachwiany, np. jak w powyższym przypadku, wskutek wpływu formalnego prawa cywilnego.

w razie stanu nieważności a nieistnienia czynności prawnej. Wydaje się to stanowić dowód na znaczenie, jakie wywiera na problem *negotium non existens* dany model sankcji nieważności bezwzględnej. Tendencja do formułowania takich tez świadczy o potrzebie wykorzystania w prawie pozytywnym, np. normy porządkującej, że niezależnie od powagi wady, oświadczenia woli (czynności prawne) mogą wyłącznie znajdować się w stanie nieważności ich skutków prawnych.

Z tą ostatnią kwestią łączy się tym samym ingerencja w ustawowy model sankcji nieważności bezwzględnej, zarówno od strony jego cech formalnych, jak i materialnego zasięgu zastosowania tej odmiany normy sankcjonującej. Kodyfikacja związana z rozwiązaniem problemu *negotium non existens* może polegać na pozytywnym uregulowaniu, tj. wprowadzeniu instytucji prawnej, regulującej taką kategorię sankcji wadliwości. Pomijając fakt, że od strony dorobku ogólnej nauki prawa byłby to zabieg raczej nieprawidłowy i mało przydatny, należałoby wówczas przyjąć, że doszłoby w ten sposób do wyodrębnienia pewnych kategorii wadliwości, należących bez takiej interwencji ustawowej do przypadków sankcjonowanych nieważnością bezwzględną.

Negatywne unormowanie tego zagadnienia może polegać na wprowadzeniu normy prawnej wykluczającej konstrukcję *negotium non existens*, o charakterze zamykającym krąg wszelkiego rodzaju wadliwości w zbiorze przypadków sankcjonowanych wyłącznie tzw. nieważnością z mocy prawa (bezwzględną) lub względną, np. na wzór projektowanej reformy Kodeksu Napoleona.

Można również zwrócić uwagę na inny sposób regulacji, związany z definiowaniem różnych sankcji nieważności, można rzec – opisowym modelem sankcji nieważności bezwzględnej, gdzie stanowi się, że ostatecznym skutkiem zastosowania (obowiązywania) obu sankcji nieważności (art. 2033 Louisiana Civil Code) jest przyjęcie fikcji prawnej, że umowa nigdy nie istniała. Z tej perspektywy mówienie o *negotium non existens* byłoby sprzeczne z materiałem normatywnym. Podobnie wygląda kształt modelu sankcji nieważności w Civil Code of Québec. Unieważnienie umowy (w wyniku zastosowania sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej) wywołuje klasyczne następstwa, które określone są w art. 1422 Civil Code of Québec: umowa uważana jest jakby nigdy nie istniała, każda ze stron jest zobowiązana zwrócić świadczenie, jakie otrzymała od drugiej strony;¹⁵⁵ a także może zostać przyznane odszkodowanie.

Poza stanowiskiem powyższych tzw. mieszanych systemów prawa, istnieje także rozwiązanie odwołujące się do określenia sankcji za naruszenia na pierwszym etapie formowania czynności prawnej, tj. naruszenia tzw. reguł ważnego

¹⁵⁵ Art. 1422 Civil Code of Québec: *A contract that is null is deemed never to have existed. In such a case, each party is bound to restore to the other the prestations he has received.*

wyrażenia oświadczenia woli (dokonania czynności prawnej). To ostatnie rozwiązanie można wyszukać w przepisie art. 98 projektu *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego* z 2008 r.

9. *Negotium non existens* w świetle art. 98 projektu *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego* z 2008 r.

W ramach uwag końcowych należy odnieść się do projektu *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego*, który przepisy o sankcji nieważności bezwzględnej czynności prawnej wyodrębnia w osobnym dziale, zatytułowanym: „Nieważność czynności prawnej”.

Ogólną cechą sankcji nieważności – zachowując terminologię projektu – jest utrzymanie dotychczasowego podejścia do modelu regulacji sankcji nieważności bezwzględnej i pozostawienie od strony formalnej abstrakcyjnej formuły kodyfikacji tej normy sankcjonującej. Podobnie jak w obecnym art. 58 k.c. nie następuje bowiem bliższe sprecyzowanie pojęcia nieważności w kontekście skutków prawnych naruszenia norm sankcjonowanych oraz procedury określania tychże skutków prawnych. W aspekcie materialnym wprowadza się szereg zmian w zakresie zastosowania tej sankcji w przypadku poszczególnych naruszeń norm sankcjonowanych (np. art. 99 i 100 projektu).

W uzasadnieniu ww. projektu wskazuje się, że zmiany mają na względzie uelastycznienie stosowanych sankcji, tak by były one proporcjonalne i wpływały na dokonywaną czynność prawną tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne z punktu widzenia chronionych interesów.¹⁵⁶ Jedno z naczelných założeń kodyfikacyjnych nawiązuje wyraźnie do kryterium proporcjonalności w określaniu skutków wystąpienia wadliwości czynności prawnej oraz do kryterium chronionych interesów. Kryterium proporcjonalności jest obecnie założeniem fundamentalnym przepisów o nieważności *Common Frame of Reference*.

W przypadku naruszenia ustawy lub moralności, zgodnie z odpowiednikiem obecnego art. 58 k.c. – art. 98 § 1 projektu, czynność prawna, której treść lub cel sprzeciwia się ustawie, jest nieważna, chyba że co innego wynika z treści lub celu ustawy.

Uzasadnienie projektu wyjaśnia ponadto, że w art. 98 odróżnia się przypadki, w których z ustawą lub dobrymi obyczajami sprzeczna jest treść lub cel czynności prawnej, od sytuacji, w których wadliwość dotyczącej innych aspektów dokonania czynności, a w szczególności procedury jej dokonania: trybu, obowiązków

¹⁵⁶ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 106.

informacyjnych, miejsca, czasu, ponieważ wyraźne rozstrzygnięcie tej kwestii jest pożądane z punktu widzenia pewności prawa¹⁵⁷.

Ten punkt widzenia powoduje, że wyraźnie zostało zaakcentowane, że naruszenie reguł dokonywania czynności prawnej powoduje nieważność czynności prawnej, wyłącznie, gdy wynika to z ustawy lub z jej celu albo z dobrych obyczajów (art. 98 § 3 projektu). Pojęcie reguł nie jest zdefiniowane, w uzasadnieniu podane jest wyliczenie przykładowe¹⁵⁸.

W ramach krótkiego komentarza można tym samym wskazać, że problem *negotium non existens* powinien stracić na znaczeniu, ponieważ ta odmiana wadliwości dotyczy wyłącznie pierwszego etapu formowania czynności prawnej. W razie wadliwości treści lub celu czynności prawnej co do zasady nie postuluje się identyfikacji *negotium non existens*. Prawidłowe rozumienie projektowanego modelu sankcji nieważności bezwzględnej powinno więc uwzględniać, że każde naruszenie reguł dokonywania czynności prawnych jest objęte globalną normą sankcjonującą. Nie można wytyczyć pola zastosowania dla kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, nawet w przypadku braku oświadczenia woli. Należy wyrazić nadzieję, że obecna propozycja utrzyma się w toku dalszych prac, pomimo braku unormowania pojęcia reguł. Wydaje się, że ugruntowane rozumienie reguł ważnego podejmowania czynności prawnej powinno pozwolić na eliminację koncepcji *negotium non existens* w przypadku czynności prawnych. Pomijając tę okoliczność, należałoby rozważyć mocniejsze podkreślenie niedopuszczalności identyfikacji tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, niż to jakie zdaje się wynikać z aktualnego brzmienia art. 98 projektu, ze względu na wspomniane unormowanie tzw. nieistniejących uchwał w cywilnym prawie formalnym.

¹⁵⁷ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 106.

¹⁵⁸ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 107.

NORMATIVE MODELS OF SANCTIONS OF ABSOLUTE NULLITY AND NON-EXISTENT JURIDICAL ACT

The article discusses the concept of the so-called *negotium non existens* (non-existent juridical act, especially contract) from the point of view of various normative models of absolute nullity i.e. this type of nullity which makes an juridical act automatically legally ineffective (in *common law* an equivalent of *void* contracts). The main objective of the article is to justify a thesis that in the light of the general model features of sanctions of absolute nullity and invalidity features, the rejection of this structure should be postulated. The basic argument is a contradiction between the concept of invalidity and the difficulties to specify criteria of differentiating between the sanction of non-existence and the sanction of absolute nullity. Both void and non-existent juridical acts are treated by the law as if they had never existed or happened and can not be enforced.

The scope of the article covers Polish law and also main occurrences of non-existent juridical acts presented in some legal systems of *ius civile* and the *common law* tradition. There is no consistent approach as to where defects make contract non-existent or “only” void – e.g. in the contracting process. Special attention was paid to the French legal viewpoint, where the concept of non-existent contracts has gained a particularly strong position and was widely accepted as a result of, *inter alia*, the operation of the *pas de nullité sans texte* principle. According to the reform in the realm of the law of obligation (the so-called *Catala’s* draft) the drafters proposed that the concept of non-existent contracts (juridical acts) should be rejected by law. The article also takes into account the standpoints expressed in the so-called private projects of contract law unification with regard to the concept of non-existent juridical acts, where only the *Gandolfi* draft contract code has codified this concept as an alternative to void contracts.

The distinguishing of the category of the so-called non-existent juridical act refers to a reflection of a much wider problem, namely the impact of the adopted model of the sanction of absolute nullity upon a given system of private law. In this context, the article presents one of the basic aspects of the *negotium non existens* concept, which is an influence of certain imperfections of the normative model of nullity upon the distinguishing of such invalid juridical acts. The concept of the so-called “non-existent” juridical act may even be an object of codification, as a separate remedy to invalidate juridical acts.

Due to significant variations in understanding the notion of nullity in the area of private law, especially contract law, the article also discusses basic features of nullity as a sanction – i.e. a sanctioning norm which means that a juridical act does not produce any intended legal effects. This article held that a distinction

should be made between invalidity and the sanction of nullity. For invalidity is presented as a final effect of application of different sanctions of defective juridical acts, including a consequence of a sanction of absolute nullity. Meanwhile, the article defines absolute nullity as one of the sanctions of invalidity which, as a principle, makes a juridical act null and void from the beginning and no intervention of a court is needed. At the same time, it is not possible to talk about a uniform model of formal features of this sanction, which is confirmed by a comparative review of different kinds of nullity. Depending on a given norm, a model of absolute nullity (or analogous type of nullity) may be subject to modifications. With reference to such modifications of statutory (normative) models of sanctions of absolute nullity, a question may arise with finding legal grounds to avoid defective juridical acts. In such cases, the concept of *negotium non existens* is applied to justify the legal grounds on which a juridical act is void from the beginning, if, due to certain reasons, for instance a limitation period, it is not possible to apply this sanction of nullity.