

Piotr Skorupa ■

REDUKCJA UTRZYMUJĄCA SKUTECZNOŚĆ NA TLE PROJEKTU KSIĘGI PIERWSZEJ KODEKSU CYWILNEGO

I. Uwagi wstępne

I.1. Funkcja i cel

Redukcja utrzymująca skuteczność jest jedynym ze sposobów ograniczenia zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Jedną z odmian tzw. częściowej nieważności czynności prawnej, o której mowa w art. 58 § 3 k.c., a zatem instytucją prawną skierowaną na zachowanie w mocy umowy.

Zastosowanie redukcji dotyczy sytuacji, gdy dana część czynności prawnej (np. klauzula umowna) jednocześnie obejmuje treść dozwoloną i niedozwoloną. W przypadku wady całej klauzuli w grę wchodzi spór o ważność całej czynności prawnej. Jeżeli część klauzuli jest wadliwa, wówczas na pierwszym miejscu istotna jest ocena ważności pojedynczej klauzuli. Dopiero po ustaleniu jej nieważności późniejsze zastosowanie przesłanek w stosowaniu tzw. częściowej nieważności mogłoby zagrozić prawnemu bytowi całej czynności prawnej.

W doktrynie trafnie podkreśla się, że nieważność (w rozumieniu sankcja nieważności bezwzględnej: *ipso iure, ab initio*) jest „niestopniowalna”. Inną kwestią jest ograniczenie samej sankcji nieważności bezwzględnej jedynie do normatywnej części czynności prawnej. Wówczas identyczną co do treści sankcją

dotknięta jest tylko część czynności.¹ Stosowany w przypadku „klasycznej” odmiany nieważności częściowej zabieg „prostego oddzielenia” części czynności prawnej nie jest możliwy w ramach redukcji z przyczyn, formalnie rzecz ujmując, *stricte* redakcyjnych. Wprowadza to konieczność, że niezbędny jest zabieg wyodrębnienia treści dozwolonej z wadliwej klauzuli umownej. Wymaga to reformatoryjnego (adaptacyjnego) określenia treści tej części czynności prawnej. Taka ingerencja jest, przynajmniej formalnie, przełamaniem zasady autonomii woli. Powstaje zatem pytanie o podstawę prawną takiego zabiegu i granicę kognicji sądu.

Można uznać, że główną funkcją redukcji jest tworzenie buforu dla automatycznego stosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem takiej klauzuli umownej, a w dalszej kolejności przed otworzeniem ewentualnych wątpliwości co do ważności pozostałej części czynności prawnej w związku z tzw. hipotetyczną wolą stron.

Dystynkcja pomiędzy powyższymi odmianami nieważności częściowej, **sprowadza się w efekcie do metody ustalenia ilości i rodzaju skutków prawnych, jakie pozostają w mocy.**

Redukcja utrzymująca skuteczność jest *de lege lata* w prawie polskim trafnie uznana za możliwą w oparciu o normę prawną wynikającą z art. 58 § 3 k.c.² Jej zastosowanie pozwala na utrzymanie w mocy części postanowienia czynności prawnej, które wywołuje dozwolone skutki prawnej. Takie jednak ograniczenie sankcji nieważności bezwzględnej możliwe jest wyłącznie na gruncie konkretnych przypadków i wywołuje niekiedy dość spolaryzowane oceny.

Propozycja projektu Księgi Pierwszej nowego Kodeksu cywilnego z 2008 r. jest normatywnym potwierdzeniem obecnego stanowiska prawa polskiego. Jednocześnie poszerza zakres jej zastosowania. Wynika to z faktu unormowania nieważności częściowej jako instytucji prawnej stosowanej w przypadku każdego z naruszeń, jakie w systemie sankcjonuje się tzw. nieważnością z mocy prawa (tzw. nieważnością bezwzględną), tj. szerzej niż obecny art. 58 § 3 k.c.

Cel tej instytucji jest zagadnieniem determinowanym przede wszystkim przez zasadę reakcji proporcjonalnej do danego naruszenia, którą należy uznać za fundamentalną dla stosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Redukcja utrzymująca skuteczność ma prowadzić do urzeczywist-

¹ Por., wraz z dalszą literaturą, M. Gutowski, *Dopuszczalność stosowania art. 58 § 3 k.c. do podlegających uchyleniu uchwał zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia spółek kapitałowych*, PPH 2009, nr 12, s. 23; P. Księżak, *Komentarz do art. 58 kodeksu cywilnego* [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009, uw. 59.

² Tak F. Zoll, *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, TPr, 2000, nr 1-2, s. 13.

nienia tej zasady w przypadku wadliwości pewnej części postanowienia czynności prawnej.

Problem redukcji pojawia się przede wszystkim w prawie umów, w zasadzie dotyczy głównie tzw. nielegalności lub niemoralności umów. Mniejsze znaczenie instytucja ta mieć będzie w razie wad formy lub innych naruszeń zasad podejmowania lub determinowania treści czynności prawnych, które sankcjonowane są nieważnością z mocy ustawy (tj. zastosowaniem sankcji nieważności bezwzględnej). Aktualność redukcji powstaje w braku możliwości zastosowania ogólnych zasad częściowej nieważności, tj. - w pewnym skrócie - dokonania prostego oddzielenia wadliwej treści czynności prawnej od niewadliwej. Redukcja jest związana z możliwością odrzucenia zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem całego postanowienia czynności prawnej, jeżeli wedle literalnego brzmienia wywołuje ono jednocześnie dozwolone i niedozwolone skutki prawne. Wątpliwość co do celowości unieważnienia przez sąd (inny organ rozpoznający spór) całej klauzuli jest uzasadniona przede wszystkim **naruszeniem zasady proporcjonalności w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej względem danej klauzuli. Takie zaś nastawienie wymaga, obok normatywnego wsparcia, również aksjologicznego uzasadnienia.**

Odrzucenie stanu nieważności całego postanowienia - przyjęcie, że w pewnej części wywołuje ono skutki prawne - rodzi pytanie o podstawę prawną dla zmiany w ten sposób treści czynności prawnej (np. umowy). Widoczny jest tutaj konflikt z zasadą autonomii woli stron. Aktualne również stają się wątpliwości co do cech formalnych redukcji (jako ograniczenia zastosowania normy prawnej sankcjonującej nieważnością *ipso iure*), tj. w szczególności:

- czy sąd uprawniony jest do ingerencji w treść stosunku prawnego i narzucenia stronom własnej wersji klauzuli czynności prawnej *ex officio*,

- czy doniosłość ma tutaj kwestia odpowiedzialności za naruszenie normy sankcjonowanej nieważnością (tj. zastosowaniem sankcji nieważności bezwzględnej),

- czy strony mogą, podobnie jak w przypadku zastrzegania klauzul salwatoryjnych, wpłynąć pozytywnie lub negatywnie na dopuszczalność redukcji³.

³ W przypadku klauzul salwatoryjnych należy zastrzec, że ich znaczenie prawne upatrywać należy wyłącznie w powiązaniu z istotą art. 58 § 3 k.c. **Przepis ten nie jest bowiem normą merytoryczną, a jako norma sankcjonująca nie może być uznany za przepis względnie wiążący.** Adresatem normy sankcjonującej nie są strony, a sąd (lub inny organ) uprawniony do stwierdzenia naruszenia i zastosowania sankcji. Wydaje się zatem, że art. 58 § 3 nie może być uznany za normę merytoryczną i podlegać ocenie w kwestii możliwości zmiany jego zastosowania umową stron (klauzula salwatoryjna) – odmiennie A. Szlęzak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2006 r., V CSK 81/05, OSP 2007, nr 7-8, s. 541 i n.,* tenże: *Representations and warranties w umowach*

Wydaje się, że pierwszoplanową kwestią nie jest istnienie szczególnej podstawy prawnej do takiego zabiegu. Można zaryzykować tezę, że określony sposób rozumienia relacji treści przepisu prawnego do treści normy prawnej, która z niego wynika, umożliwiłaby już na gruncie klasycznej reguły tzw. nieważności częściowej dokonanie takiej modyfikacji postanowienia czynności prawnej.

Takie rozumienie nieważności częściowej budzi jednak istotne kontrowersje zarówno w prawie polskim, jak innych systemach *ius civile* lub *common law*. Przegląd głównych rozwiązań stosowanych dla dokonania redukcji utrzymującej skuteczność uzasadnia ogólny wniosek, że istnieje możliwość unormowania podstawy prawnej dla redukcji o charakterze ogólnym oraz szczególnym, tj. o węższym zakresie zastosowania, np. tylko w odniesieniu do konkretnie wskazanych naruszeń.

Projekt Księgi pierwszej nowego Kodeksu cywilnego w art. 101 § 3 wprowadza globalną odmianę prawnej podstawy dla redukcji utrzymującej skuteczność, która następuje na mocy **odpowiedniego** zastosowania przesłanek nieważności częściowej. Skłania to do analizy tego przepisu z perspektywy rozstrzygnięcia kluczowych problemów w stosowaniu redukcji utrzymującej skuteczność. Niezbędne jest ograniczenie się w dalszych uwagach do kluczowych zagadnień, jakie mają znaczenie w aspekcie kodyfikacyjnym. Szczególnie istotne jest wyodrębnienie kryteriów, wedle których sąd może orzec tą szczególną odmianę częściowej nieważności - ograniczyć zasięg sankcji nieważności bezwzględnej. Stosowanie tej instytucji prawnej jest bowiem domeną przede wszystkim prawa sędziowskiego - dotyczy trybu i celu stosowania sankcji nieważności bezwzględnej.

Cel powyższej normy prawnej zawiera bardzo duży ładunek aksjologiczny, stąd niezbędne jest spojrzenie na projektowaną podstawę prawną przez pryzmat realizacji zasady reakcji proporcjonalnej. Wskazane jest także odniesienie się do możliwości osiągnięcia redukcji utrzymującej skuteczność poprzez zastosowanie innych podstaw prawnych. Wymaga to przedstawienia w dalszej części omawianej instytucji prawnej przez pryzmat różnych sposobów ograniczenia zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem postanowienia czynności prawnej.

poddanych polskiemu prawu, PPH 2007, nr 10, s. 4. Zagadnienie to można porównać do analogicznego problemu oceny czy reguła dowodowa (art. 6 k.c.) ma charakter bezwzględnie wiążący, czy względnie wiążący. W tym przypadku również wątpliwości doktryny są niewłaściwie ukierunkowane. Rozwiązaniem tej kwestii jest bowiem fakt, że co do zasady swoboda umów nie umożliwia umówić się w zakresie materii prawnych powiązanych z prawem procesowym - Tak Z. Radwański/M. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna*. Tom 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 416.

I.2. Propozycja projektu Księgi pierwszej nowego Kodeksu cywilnego z 2008 r.

W art. 101 § 3 projektu stanowi się, że dla potrzeb przeprowadzenia redukcji należy – odpowiednio – zastosować konstrukcję tzw. częściowej nieważności czynności prawnej, tj. przepisy art. 101 § 1 i 2 projektu.

Przepis ten w § 1 stanowi, że gdy nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, inne części pozostają w mocy, chyba że co innego wynika z treści lub celu ustawy lub z dobrych obyczajów.

Przesłankami wprowadzającymi konieczność zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem całości czynności prawnej są okoliczności obiektywne. Doniosłość przesłanek subiektywnych wyraża art. 101 § 2, wskazując, że czynność prawna jest nieważna, jeżeli jej treść lub inne okoliczności wskazują, że bez części dotkniętych nieważnością nie zostałaby dokonana. Jednak tutaj pojawia się zastrzeżenie, które osłabia rolę subiektywnej przesłanki; możliwość odstąpienia od zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem całości czynności prawnej może być oparta na treści lub celu ustawy albo dobrych obyczajach. Ustawa może (zgodnie z zasadą substytucji) przewidywać bowiem zastosowanie tzw. regulacji rezerwowej, gdzie w miejsce tzw. „postanowień nieważnych” wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. W tym ostatnim przypadku warto odnotować, że nastąpiło przesunięcie podstawy prawnej do dokonania powyższej substytucji, która w obecnym Kodeksie cywilnym jest wskazana w art. 58 § 1 *in fine*. Przeniesienie zasady substytucji do przepisu normującego częściową nieważność jest zmianą raczej redakcyjną i wynika z kompleksowego charakteru art. 101 projektu.⁴

Należy zwrócić uwagę, że nieważności całości czynności prawnej uzależniona jest w pierwszej kolejności od brzmienia ustawy lub jej celu. Następnie normy moralne mogą rozstrzygać na niekorzyść utrzymania w mocy czynności prawnej. Wola stron, tzw. wola hipotetyczna, ma znaczenie zdecydowanie umniejszone względem obecnego art. 58 § 3 k.c. Zarówno przy utrzymaniu w mocy, jak i doprowadzeniu do stanu nieważności całej czynności prawnej.⁵

Po przytoczeniu przesłanek częściowej nieważności należy zacytować podstawę redukcji utrzymującej skuteczność. Zgodnie z § 3 art. 101 projektu, przepisy paragrafów poprzedzających **stosuje się odpowiednio do ustalenia wpływu nieważności części postanowienia czynności prawnej na jego inne części.**

⁴ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego, Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008 r., publ. m.in. <http://www.ms.gov.pl/projekty>, s. 110-111.

⁵ Por. szerzej Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 110-111.

I.3. Przesłanki redukcji utrzymującej skuteczność

Z treści tego przepisu wynikają następujące przesłanki redukcji utrzymującej skuteczność:

- a) wadliwość dotyczy wyłącznie części postanowienia czynności prawnej (np. części klauzuli umownej),
- b) brak jest możliwości prostego oddzielenia wadliwej części klauzuli od jej reszty, niezbędne jest jej wyodrębnienie z treści klauzuli wg kryteriów jakościowych albo ilościowych,
- c) zachodzi jednocześnie możliwość wyodrębnienia normatywnej części postanowienia umownego, która wywołuje dopuszczalne skutki prawne (także na mocy art. 56 k.c.⁶),
- d) konieczne jest dokonanie oceny tak wyodrębnionych i formalnie dopuszczalnych skutków prawnych w kontekście ogólnych przesłanek tzw. częściowej nieważności. Na gruncie redukcji utrzymującej skuteczność należy je zastosować **odpowiednio**. Wydaje się w efekcie, że zmiana lub brak zmiany treści stosunku prawnego, która miałaby nastąpić dzięki dozwolonym skutkom prawnym, **musi być zgodna z**:
 - ustawą (treścią lub celem),
 - dobrymi obyczajami,
 - treścią czynności prawnej (np. brak negatywnej klauzuli salwatoryjnej⁷),
 - hipotetyczną wolą stron.

Można zauważyć zatem, że redukcja utrzymująca skuteczność jest problemem związanym z identyfikacją cech modelowych tej formy ograniczenia zakresu zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (tj. ustaleniem trybu oraz kryteriów).

⁶ Przepis ten ujęty jest w art. 78 projektu.

⁷ Takie rozwiązanie zaproponowano w tzw. Kodeksie Gandolfiego (inne nazwy spotykane w literaturze: *Code Europeen Des Contrats*, *PAVIA Project*, *Projekt Pavia Academy of European Private Lawyers*, *Europejski Kodeks Umów*, *European Contract Code*). Informację o historii projektu oraz jego uczestnikach dostępne są na <http://www.accademiagiუსprivatistieuropei.it>. Na mocy takiej klauzuli reguła domniemania ważności pozostałej części umowy nie znajduje zastosowania, jeżeli rozbieżne zamiary stron wynikają m.in. z umowy (por. art. 144 § 3 ww. kodeksu). Tak sformułowany przepis daje podstawę do wyodrębnienia negatywnej klauzuli salwatoryjnej, na mocy której wydaje się możliwe – dzięki kodeksowej podstawie prawnej jako *lex specialis* względem podstawy nieważności części czynności prawnej – skuteczne umówienie się stron, że nieważność części umowy powoduje stan nieważności pozostałej części. Walorem takiej klauzuli jest uniknięcie uznaniowości sądu w określeniu treści pozostałej części umowy. Należy podkreślić, że bez ustawowej podstawy prawnej skuteczność takiej klauzuli wciąż podlegałaby ocenie sądu.

Przy wskazanym uprzednio ujęciu funkcji i celu redukcji utrzymującej skuteczność należy przyjąć, że jest to szczególna forma nieważności częściowej. Nie można jednak uznać, że na tyle odrębna, by rezygnować ze stosowania przesłanki subiektywnej lub obiektywnej. Wydaje się zatem, że przesłanki nieważności częściowej mogą być tutaj stosowane w sposób prosty - tak jak obecnie proponuje się w nauce polskiej. Jednak projektowana podstawa prawa nakazuje stosować zasady nieważności częściowej **jedynie odpowiednio**.

Kryterium odpowiedniego stosowania reguł nieważności częściowej może być dość problematyczne. Odpowiednie stosowanie przepisu, zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem doktryny i orzecznictwa, oznacza stosowanie danego przepisu wprost, z dokonaniem jego modyfikacji bądź niestosowaniem pewnej części przepisu, do którego następuje odesłanie.⁸

Można przyjąć wniosek, że przepis ten mniej krępuje sędziego (w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej wobec wadliwej klauzuli) niż ogólne przesłanki nieważności częściowej. Formalnie rzecz ujmując przewiduje się dopuszczalność wyboru, która przesłanka w danym przypadku decyduje o stanie nieważności danej klauzuli.⁹

Takie ujęcie podstawy prawnej odsłania doniosłość kwestii kluczowej, determinowanej celem redukcji utrzymującej skuteczność i jej podłożem aksjologicznym, tj. określenia granic kognicji sądu w zastosowaniu przesłanek nieważności częściowej z perspektywy celu redukcji utrzymującej skuteczność. Nie powinno przede wszystkim nastąpić, dzięki kompetencji do odpowiedniego stosowania normy prawnej, przekroczenie *ratio legis* redukcji. Taki skutek możliwy jest przez to, że na gruncie art. 101 § 3 projektu otrzymujemy przesłanki stosowania przez sędziego normy sankcjonującej nieważnością bez jednoczesnego przesądzenia dyrektyw jej stosowania. Zagadnienie to ma dużą doniosłość dla wykładni tego przepisu, szczególnie jeżeli uwzględni się, że formalne cechy modelowe sankcji nieważności bezwzględnej – tj. tryb stosowania tej normy modelowej – również nie są do końca powszechnie przyjmowane w nauce i judykaturze¹⁰.

⁸ Bliżej na temat *analogia legis* – por. Z. Radwański/M. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego...*, Tom 1, s. 434-437, wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem i judykaturą.

⁹ Następstwie zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej.

¹⁰ Zagadnienie to można jedynie zasygnalizować. Pogląd taki został zgłoszony w nowszej literaturze na kanwie stosowania sankcji nieważności bezwzględnej *ex officio* oraz korelacji takiego trybu z formalnym prawem cywilnym – por., wraz z dalszym piśmiennictwem, 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. 310, M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006,

I.4. Pozostałe zagadnienia

W omawianym przepisie następuje odwołanie do „części postanowienia”, jako przedmiotu sankcji nieważności bezwzględnej. Z punktu widzenia klasycznego podziału składników czynności prawnej, że przypadek wadliwości częściowej może dotyczyć składników o charakterze: *essentialia*, *accidentalialia* lub *naturalia negotii*.

Ujmując od nieco innej strony kwestię składników czynności prawnej, wydaje się, że większą doniosłość praktyczną w tym przypadku ma raczej stanowisko odwołujące się do koncepcji minimalnej treści czynności prawnej. Zakres minimalnej treści dla stron nie jest wówczas tożsamy z *essentialia negotii*, a strony mogą **starać się** nadać znaczenie krytyczne dla bytu umowy innym także elementom czynności prawnej.¹¹ Środkiem ku temu może być np. wspomniana negatywna klauzula salwatoryjna.

Wykładnia tej części art. 101 § 3 jest przedstawiona w uzasadnieniu projektu. Autorzy trafnie podkreślają, że przedmiotem sankcji nieważności bezwzględnej są skutki czynności prawnej, a art. 101 § 3 pozwala na dokonanie redukcji, jeżeli zabieg taki będzie zgodny z treścią lub celem ustawy albo z dobrymi obyczajami. Przypomina się, że „częścią postanowienia” może być myślowo wyodrębniona część określonej liczby (np. zbyt długi czas trwania stosunku może być zredukowany do okresu dopuszczalnego). Redukcja może pozwolić ograniczać sankcję nieważności bezwzględnej do „części” rozporządzającej, tj. skutku rozporządzającego z zachowaniem skutku zobowiązującego¹².

Wskazuje się przy tym trafnie na istotę pojęcia nieważności, argumentując, że „pod pojęciem nieważności części postanowienia kryje się w istocie stwierdzenie, że w określonej części postanowienie nie wywołuje skutków prawnych”¹³.

Należy przychylić się do powyższych zapatrywań na przedmiot sankcji nieważności bezwzględnej. Patrząc przez pryzmat celu, przedmiotem tej normy sankcjonującej są skutki prawne w tym znaczeniu, aby nie doszło do niedozwolonej w systemie zmiany treści stosunków prawnych. Pewnym skrótem myślowym, zastosowanym w tekście ustawy, jest stwierdzenie o nieważnych czynnościach prawnych lub oświadczeniach woli.

Zakres zastosowania redukcji utrzymującej skuteczność obejmuje każdy przypadek wadliwości danego postanowienia czynności prawnej, bez względu na

s. 443. W tym kierunku jak się wydaje wypowiada się także Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 9, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 339.

¹¹ Por. szerzej Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne - część ogólna*, t. 2, wyd. 2, prof. dr hab. Z. Radwański (red.), Warszawa 2008 r., s. 252-253, 254 i n.

¹² Por. szerzej Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 110.

¹³ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 110.

jej charakter. Istotna jest wyłącznie kwestia, by część postanowienia można wyodrębnić na mocy kryterium dopuszczalności skutków prawnych, które wynikają z danego postanowienia (także przy uwzględnieniu art. 56 k.c.). Ich analiza powinna dawać podstawy do przyjęcia wniosku, że celowe byłoby pozostawienie w mocy tych skutków prawnych, które nie są wadliwe, np. wspomnianego skutku zobowiązującego. W konsekwencji istotna jest zgodność wyniku redukcji z kryteriami ustawowymi lub normami moralnymi.

II. Redukcja utrzymująca skuteczność z perspektywy tzw. nieważności częściowej

II.1. Uwagi ogólne

Omówienie redukcji utrzymującej skuteczność wymaga wyjścia od dwóch przesłanek determinujących stosowanie tzw. nieważności częściowej, co w pewnym uproszczeniu można sprowadzić do następujących kwestii:

- a) **przesłanka obiektywna** – czy pozostała część umowy (czynności prawnej) może samodzielnie funkcjonować w obrocie. Przy tym kryterium należy zastrzec, że następuje tutaj konieczność kwalifikacji dopuszczalnych skutków prawnych i ustalenia, że kreują one wciąż samodzielną czynność prawną,
- b) **przesłanka subiektywna** – czy pozostała część umowy (czynności prawnej) realizuje cel i sens ekonomiczny umowy, innymi słowy: hipotetyczny zamiar stron.

W sytuacji wadliwości pewnej części danego postanowienia czynności prawnej (pojęciowo wyodrębnionej treści normatywnej danego postanowienia) **pojawia się podstawowe pytanie: którym kryterium kierować się przy ograniczaniu sankcji nieważności bezwzględnej do części postanowienia: obiektywnym czy subiektywnym.**

Zagadnienie komplikuje odejście od koncepcji klasycznej częściowej nieważności na rzecz uwzględnienia innych aspektów stosowania sankcji nieważności bezwzględnej, np. uwzględnienie jej funkcji odstraszenia (np. promowania zachowań zgodnych z ustawami, normami pozasystemowymi).

Refleksem powyższego problemu jest kwestia o charakterze proceduralnym: jak dalece sąd otrzymuje możliwość takiej reformatoryjnej (adaptacyjnej) ingerencji w treść stosunku prawnego, czyli wedle, jakich zasad ma nastąpić redukcja treści wadliwej klauzuli (i wyodrębnienie dozwolonej części czynności prawnej). Kwestia ta łączy się bezpośrednio z jednym z kluczowych aspektów najnowszej tendencji w kodyfikowaniu niektórych cech modelowych i podstaw do stosowania

sankcji nieważności bezwzględnej, w szczególności koncepcją tzw. sankcji sędziowskiej, zastosowanej w *The Principles of European Contract Law* i *Draft Common Frame of Reference* (w przypadku naruszenia *leges imperfecta*). Problem wytyczenia granic władzy dyskrejonalnej sędziego postuluje się rozwiązać za pomocą wskazania katalogu dyrektyw orzekania o eliminacji całości lub części niedozwolonych skutków prawnych. Wydaje się, że takie wskazówki mogą być przydatne dla analizy propozycji unormowania redukcji utrzymującej skuteczność. Wskazują one bowiem bezpośrednio na problem w kodyfikowaniu zarówno cech modelowych sankcji nieważności z mocy prawa, jak i konstrukcji nieważności częściowej, którego jednym z rozwiązań ma być model sankcji sędziowskiej.

W przypadku omawianej propozycji art. 101 § 3 projektu granice kognicji sądu w stosowaniu ww. przesłanek są raczej trudne do wytyczenia.

Pewne znaczenie dla wypracowania modelu dyskrejonalności sądu może posiadać specyfika konstruowania innych przepisów prawa sędziowskiego, np. miarkowanie kary umownej lub klauzula *rebus sic stantibus*.

Na gruncie *rebus sic stantibus* trafnie wskazuje się w nauce, że jest ona uzupełnieniem zasady *pacta sunt servanda*, jednocześnie będąc wyjątkiem od bezwzględnego przestrzegania umowy.¹⁴ Ingerencja sądu w zobowiązanie dotknięte zmianą okoliczności jest wyraźnie ograniczona do modyfikacji lub rozwiązania umowy. Nie jest dopuszczalne stworzenie całkiem nowego stosunku zobowiązaniowego, np. jego modyfikacja nie może być pretekstem do korygowania treści umowy wedle oceny sądu, ponieważ narusza to zasadę swobody umów. W nauce podkreśla się, że wyjątkiem jest sytuacja, gdy pierwotnie ukształtowany stosunek prawny narusza normy moralne. Wówczas sąd, modyfikując stosunek obligacyjny, musiałby ukształtować go w ten sposób, aby zasad tych już nie naruszał.¹⁵

Natomiast w przypadku miarkowania kary umownej kognicja sądu sprowadza się do dopuszczalności zmniejszenia wartości ustalonej przez strony kary bez możliwości ingerowania przez sąd w inny sposób w świadczenie kary umownej.¹⁶

Wypada zatem rozważyć, w jakim kierunku powinno się dążyć do wypracowania zasad i zakresu modyfikacji treści wadliwej klauzuli.

Dopiero w chwili ustalenia, że niezbędne jest przyjęcie sankcji nieważności bezwzględnej względem danej klauzuli umownej, aktualizuje się zastosowa-

¹⁴ Tak A. Brzozowski [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Tom 6, red. dr hab. A. Olejniczak, C.H. Beck 2009, s. 967; tenże: *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w świetle art. 357¹ k.c.* [w:] *W Kierunku Europeizacji Prawa Prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi J. Rajskiemu*, A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska (red.), Warszawa, 2007, s. 73.

¹⁵ A. Brzozowski [w:] *System Prawa Prywatnego...*, Tom 6, s. 992-993.

¹⁶ Por. szerzej P. Drapała [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Tom 5, prof. dr hab. E. Łętowska (red.), Warszawa 2006, s. 972 i n., s. 978.

nie ogólnych przesłanek nieważności częściowej. W powyższym stwierdzeniu kryje się pewna zależność redukcji od prostego przypadku nieważności częściowej. Często bowiem w pierwszej kolejności należałoby dokonać oceny możliwości usunięcia wadliwej części danego postanowienia. Rysuje się zatem możliwość skodyfikowania gradacji w stosowaniu form nieważności częściowej, właśnie poprzez obligatoryjne rozważenie możliwości wcześniejszej redukcji wadliwej klauzuli.

Nie wydaje się by projekt zastrzegał wyraźnie taką możliwość, choć wypada taki wniosek przyjąć w drodze wykładni. Wychodzi ona z założenia, że z domniemania niewadliwości czynności prawnej, jako zasady prawa prywatnego, wynika konieczność działania *ex officio*. Wobec powyższego zastosowanie redukcji utrzymującej skuteczność powinno poprzedzać wniosek o konieczności sankcjonowania nieważnością *ex lege* całej spornej klauzuli. Przesądzenie jednak pozycji wyjściowej stron w procesie od strony działania sądu z urzędu wydawałoby się celowe, zważywszy na wyjątkowość omawianego instrumentu. Tryb stosowania sankcji nieważności bezwzględnej też nie jest *de lege lata* wolny od kontrowersji, co przemawiać powinno za kodyfikacją bardziej szczegółową.

Doniosłość ww. zagadnienia ujawnia się przy stosowaniu przesłanki obiektywnej. W tym przypadku sprowadza się to do oceny czy dozwolone skutki prawne regulują zagadnienie objęte wadliwą klauzulą. Innymi słowy niezbędne jest zachowanie tożsamości przedmiotu redukcji, np. jeżeli strony umowy agencyjnej umówiły się wadliwie w kwestii ograniczenia działalności konkurencyjnej poprzez zastrzeżenie okresu dłuższego od 2 lat (art. 764⁶ k.c.), w trakcie którego agent uprawniony jest do wynagrodzenia w okresie przekraczającym 2 lata. Przyjęcie redukcji do okresu dozwolonego usuwałoby także uzgodnienie dotyczące wysokości wynagrodzenia za ograniczenie działalności konkurencyjnej. Taka konsekwencja byłaby zaś przekroczeniem celu ochronnego tego przepisu i mogłaby oznaczać niekorzystne następstwo redukcji dla agenta.

Wydaje się, że zastosowanie redukcji powinno nastąpić tutaj, jeżeli nie na mocy określonego zachowania podmiotu chronionego (skarga lub zarzut), to wyłącznie na korzyść podmiotu chronionego daną normą sankcjonowaną (zakazem lub nakazem). Przełamanie zasady zachowania założonej równowagi transakcyjnej i redukcja jednostronna na niekorzyść podmiotu naruszającego świadomie ustawę nie mogłaby raczej nastąpić bez wyraźnego umocowania w ustawie takiej funkcji represyjnej redukcji utrzymującej skuteczność.

Obok powyższego aspektu, znaczenia redukcji dla interesów stron, w dalszej kolejności przydatne jest unormowanie procesowej pozycji wyjściowej stron. Następnie celowe jest precyzyjne określenie **kluczowych** okoliczności (niezbędnych do uwzględnienia w procesie stosowania tej formy ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej), które mają naturę subiektywną. Rozumienie przesłan-

ki subiektywnej wydaje się bowiem rozstrzygające. Warto odnotować, że istnieje tendencja do osłabiania znaczenia przesłanki subiektywnej (np. w prawie niemieckim) wobec kłopotów, jakie wynikają z jej stosowania. Niekiedy zachowania uczestników czynności prawnej w trakcie jej wykonania mogą dopiero pomóc odtworzyć okoliczności dokonania danego uzgodnienia. Konkretny zaś układ interesów po wykonaniu – szczególnie częściowym – umowy, może radykalnie zmieniać sens danego uzgodnienia. Problem ten w polskiej nauce szczegółowo rozważył F. Zoll, analizując kontekst oceny *ex post* przesłanek ważności klauzuli umownej.¹⁷

Wypada więc zauważyć, że jest to zagadnienie dotyczące ogólnych reguł stosowania sankcji nieważności bezwzględnej, wśród których dogmatem jest **zasada uwzględniania wyłącznie okoliczności istniejących w chwili dokonywania czynności prawnej**. Z zasadą tą może kontrastować konieczność zastosowania redukcji utrzymującej skuteczność dla ochrony tej strony czynności prawnej, która straci na nieważności całego uzgodnienia umownego. Konieczność taka najczęściej jest mocno zabarwiona względami słusznościowymi. Zachodzi stąd pytanie co do potrzeby określenia kompetencji sądu w tym przypadku. W grę wchodzi zastosowanie otwartej dyskrecjonalności dla sądu albo wprowadzenie mechanizmów ją ograniczających.

Warto tutaj wskazać na aspekt praktyczny redukcji, wynikający z orzecznictwa sądów. Na uwagę zasługują np. rozstrzygnięcia dotyczące skutków zastrzeżenia kary umownej w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań pieniężnych.

Na kanwie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2003 r.¹⁸ można wskazać na praktyczne znaczenie **odpowiedniego** zastosowania reguł nieważności częściowej i dopuszczalności sądowego określenia (lub ustalenia) treści stosunku obligacyjnego. Sąd Najwyższy dopuścił utrzymanie w mocy klauzuli poprzez zastosowanie zabiegu interpretacyjnego, zbieżnego z zastosowaniem redukcji utrzymującej skuteczność. Strony zawarły umowę, w której jedna ze stron zobowiązała się, w razie opóźnienia w zapłacie za wykonanie umowy, do odsetek karnych wynoszących 0,2% wartości całego kontraktu za każdy dzień pozostawania w zwłoce. Umówiono się, że opóźnienie płatności nawet części wynagrodzenia skutkuje obowiązkiem zapłacenia powyższych odsetek karnych, ale liczonych od całej wartości umowy za każdy dzień zwłoki, nie zaś od wartości niezapłaconej kwoty. Sąd Najwyższy w całości zaaprobował stanowisko sądu drugiej instancji, wedle którego takie odsetki można naliczać jedynie od należnej i niezapłaconej kwoty, nie zaś od wartości całej umowy. Sądy orzekające w sprawie wyszły

¹⁷ Por. szerzej F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 12, 13.

¹⁸ II CK 120/2002, publ. LexPolonica nr 364028, OSP 2005/7-8, poz. 95.

z założenia, że „*de lege lata* można domagać się odsetek umownych za opóźnienie wyższych niż odsetki ustawowe; a sprzeczne z przepisami k.c. jest wyłącznie zastrzeżenie odsetek „*od wartości całej umowy bez względu na wysokość należności, z zapłatą której pozwany popadł w opóźnienie. W tej części zastrzeżenie dokonane w treści umowy należało uznać za nieważne na podstawie art. 58 § 1 i § 3 k.c. (...)*.”

W takim podejściu do art. 58 § 3 k.c. widoczna jest modyfikacja zasięgu działania sankcji nieważności bezwzględnej w oparciu o własną ocenę sądu co do rzeczywistych ustaleń stron, z uwzględnieniem dopuszczalności części zamierzonych skutków prawnych z perspektywy regulacji wytyczających zakres swobody umów.

Orzeczenie to spotkało się ze spolaryzowaną reakcją glosatorów. Krytyka oparła się przede wszystkim na dokonaniu przez sąd „pozbawionej podstaw wykładni umowy” oraz niedopuszczalnego - z powodu braku wyraźnego upoważnienia ustawowego - ukształtowania treści stosunku obligacyjnego.¹⁹

Ten kontekst krytyki świadczy *de lege ferenda* o celowości umocowania w ustawie redukcji utrzymującej skuteczność dla uniknięcia ww. zarzutów. Stanowi także o potrzebie równoległego określenia zasad przeprowadzenia takiej reformatoryjnej ingerencji w treść klauzuli.

Kolejnym przykładem jest rozstrzygnięcie SN, gdzie przyjęto, że art. 58 § 3 k.c. nie daje podstaw do konstruowania nieważności danej czynności prawnej „w pewnym zakresie”, „w odniesieniu do czegoś”.²⁰ Stanowisko takie dotyczyło sporów o skutki zawierania umów poręczenia bez zgody małżonka poręczyciela. W starszym orzecznictwie przyjmowano możliwość ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej uznając, że nieważność umowy poręczenia udzielonego bez zgody małżonka poręczyciela jest ograniczona do części dotyczącej majątku wspólnego. Trafnie uzasadniono, że wystarczałaby tylko sankcja niwecząca możliwość zaspokojenia się wierzyciela z majątku wspólnego.²¹ W uzasadnieniu wyroku SN z dnia 3 lutego 1998 r., wskazano, że umowa taka zawiera dające się wyrazić nie wyodrębnić części (skutki prawne). Możliwe jest w tej sytuacji stosowanie art.

¹⁹ Tak J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 10 października 2003 r. II CK 120/2002*, OSP 2005/7-8, s. 411, Lex Polonica nr 295487. P. Drapała zaaprobował takie podejście Sądu Najwyższego, jak się wydaje dzięki przyjęciu, że ustalenie rzeczywistej woli stron ma walor decydujący dla rezygnacji ze stosowania względem całego takiego postanowienia umowy sankcji nieważności bezwzględnej (*ex art. 58 § 3 k.c.*) – por. szerzej P. Drapała, *Kara umowna a „odsetki karne” – glosa do wyroku SN z dnia 10 października 2003 r. II CK 120/2002*, Monitor Prawniczy 2005 r., nr 19, s. 958-960.

²⁰ Tak orzeczenia SN z dnia 2 października 2003 r.; V CK 231/2002, publ. LexPolonica nr 1631455 oraz 12 października 2001 r., III CZP 55/2001, publ. LexPolonica 352911.

²¹ Por. także K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, C.H.Beck 2009, Legalis, komentarz do art. 36 k.r.i.o., nb. 8.

58 § 3 k.c., a „zagadnieniem redakcyjnym jest określenie części nieważnej w sentencji orzeczenia”²². Należy zastrzec, że problem rozstrzygano pod rządami art. 36 i 37 k.r. i o. sprzed nowelizacji kodeksu, która weszła w życie 20.01.2005 r.²³

Znaczenie ww. orzecznictwa dotyka podniesionej uprzednio kwestii rozumienia słów „część postanowienia”. Rzutuje na wzmożoną potrzebę wyjaśnienia w przepisie relacji pomiędzy skutkami prawnymi a wyodrębnieniem części czynności prawnej, z którą takie skutki można powiązać.

II.2. Uwagi o redukcji utrzymującej skuteczność z perspektywy ogólnych przesłanek nieważności częściowej na tle porównawczym

Nieważność częściowa jest szeroko stosowana w systemach prawnych powyższych tradycji prawnych, jednakże w nauce zwraca się uwagę na znaczne zróżnicowanie form jej stosowania oraz wpływu wadliwości części czynności prawnej na los prawny jej pozostałej części.²⁴

Podjęcie do omawianej instytucji w poszczególnych systemach tradycji *iuris civilis* i *common law* jest dość spolaryzowane. Można zaryzykować stwierdzenie, że przeważa stosowanie ogólnych zasad nieważności częściowej, tj. rozpatrywanie wadliwej klauzuli w oparciu o metodę jej prostego oddzielenia od pozostałej części czynności prawnej (umowy). Nie dokonuje się w takim przypadku pojęciowego wyodrębnienia niedozwolonej części klauzuli. Zwolennicy redukcji utrzymującej skuteczność w szczególności wskazują na cel ochronny tej instytucji, jej zastosowanie postuluje się nawet opierać na kryterium represji dla podmiotu od-

²² I CKN 478/97, publ. LexPolonica nr 331906, OSP 1998, nr 12 poz. 217. Warto odnotować, że SN wskazał na zasadę proporcjonalnego stosowania sankcji nieważności bezwzględnej stwierdzając, że „przeciwnie stanowisko rozszerza zakres nieważności bezwzględnej bez wyraźnego umocowania w ustawie i prowadzi do skutków niepożądanych społecznie, polegających na całkowitym uwolnieniu dłużnika od odpowiedzialności za zobowiązanie osobiste dotyczące także jego majątku odrębnego tylko ze względu na wadę czynności dotyczącej dorobku”. Podobnie ograniczenie sankcji przyjmują wyroki SN z dnia 9 czerwca 1997 r., III CKN 58/97, LexPolonica nr 405170 i 8 grudnia 1997 r., II CKN 472/97, LexPolonica nr 405147.

²³ Przepisy zmieniono ustawą z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2004.162.1691). W doktrynie podkreśla się, że *de lege lata* zawarcie przez małżonka umowy poręczenia w charakterze poręczyciela, bez względu na zakres poręczenia, nie jest czynnością zarządu majątkiem wspólnym, bowiem zobowiązanie małżonka nie dotyczy określonego składnika (lub oznaczonych składników) majątku wspólnego – por. szerzej M. Nazar [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, tom 11, prof. dr hab. T. Smoczyński (red.), C.H. Beck 2009, s. 332 i n., K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, prof. dr hab. Pietrzykowski (red.), 2010, wyd. 2, C.H. Beck 2010, wersja Legalis, komentarz do art. 36, nb 10.

²⁴ 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. 159.

powiedzialnego. Nieco mniejszą obecność znajduje formalne i bezpośrednie powoływanie się na potrzebę proporcjonalnego sankcjonowania danego naruszenia.

II.2.1. *Ius civile*

Patrząc na podejście do techniki legislacyjnej można wskazać, że dość trudno no wyszukać podobną do art. 101 § 3 projektu ogólną podstawę prawną, która uzupełniałaby instytucję częściowej nieważności. Jeżeli uznaje się możliwość redukcji (jako odmiany nieważności częściowej), z reguły następuje to w oparciu o szczególną podstawę prawną. Ponadto, w przypadku braku dedykowanej podstawy prawnej redukcja jest uzależniona od zapatrywań na dopuszczalność sędziowskiej korekty²⁵ i adaptacji umowy w zakresie wadliwej części (klausuli) w oparciu o inne mechanizmy, modyfikujące częściowo zasięg działania sankcji nieważności bezwzględnej (obok nieważności częściowej lub konwersji także instytucję odmiennego skutku naruszenia ustawy).

Trudności w wyszukaniu poglądów opowiadających się za redukcją potęgowane są faktem dość dużego podobieństwa redukcji do konwersji tzw. „nieważnej” umowy (czynności prawnej). Można spotkać się nawet z określeniem „konwersja poprzez redukcję”.²⁶ Wskazuje to na nierozrwalne związki redukcji utrzymującej skuteczność zarówno z nieważnością częściową, konwersją (jako odmianą

²⁵ Problem zakresu kognicji sądu jest niekiedy analizowany na kanwie wyzysku – por. np. A. N. Hatzis, E. Zervogianni, *Judge-Made Contracts: Reconstructing Unconscionable Contracts* (December 2006), publ. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=953669>, O. Ben-Shahar, *How to Repair Unconscionable Contracts* (July 2008), University of Michigan Law School, Law and Economics, Olin Working Paper No. 07-023; publ. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1082926>, <http://www.law.umich.edu>.

²⁶ Tak np. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker & 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. 507 oraz - na gruncie konwersji tzw. nieważnej umowy i propozycji unormowania tej instytucji w kodeksie Napoleona – art. 1143 tzw. projektu Catala – tak A. Ghazi [w:] P. Catala, *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*, s. 49. Raport w językach niemieckim, angielskim, włoskim i hiszpańskim opublikowany na stronie francuskiego Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://www.justice.gouv.fr>. Warto nadmienić, że w ww. projekcie konwersja została unormowana w **dziale o wykładni umów**. Podkreślono, że jej wprowadzenie ma realizować maksymę *ut res magis valeat quam pereat*. **Podstawa prawna konwersji zawiera *expressis verbis* odwołanie się do zabiegu redukcji** – por. art. 1143 projektu Catala: *Where a juridical act would otherwise be a nullity for failing to satisfy the conditions of validity governing the legal classification which the parties have chosen to give it, nevertheless it may continue to exist in a reduced form as long as it complies with the conditions of validity of another juridical act whose result conforms to the intentions of the parties*. Na temat założeń reformy, obok ww. raportu, por. np. I. Kluska-Żak, M. Żak, *Kierunki proponowanych zmian francuskiego prawa zobowiązań*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, z. 4, s. 1075.

nieważności częściowej), jak i zasadami wykładni umów. Redukcja jest rozpatrywana także jako jedna z form sędziowskiej korekty wadliwej klauzuli, obok takich instytucji jak wyzysk.²⁷

Pośród systemów prawnych tradycji *ius civile* koncepcja redukcji ma szczególnie silne oparcie w poglądach niemieckiej nauki i judykatury. Wydaje się, że wywarła ona dość wyraźny wpływ na poglądy polskiej nauki, choć jednocześnie jej dopuszczalność wywodzi się z innej podstawy prawnej.

Niemiecka doktryna uznaje tę instytucję (*Geltungserhaltende Reduktion*) za jedną z form, obok tzw. ilościowej nieważności (*quantitative Nichtigkeit*), nieważności częściowej.²⁸ Można spotkać się nawet z kwalifikacją redukcji utrzymującej skuteczność jako formy tzw. „jakościowej nieważności częściowej” (*qualitative Teilnichtigkeit*).²⁹ Stanowisko prawa niemieckiego opiera się na tym, że nieważność częściowa (na mocy przesłanek *ex* § 139 BGB) dotyczy ilościowej częściowej nieważności (*quantitative Teilnichtigkeit*). Natomiast jakościowa nieważność częściowa (*qualitative Teilnichtigkeit*) jest dokonywana w ramach konwersji. Różnica w stosunku do redukcji utrzymującej skuteczność sprowadza się w zasadzie do tego, że konwersja związana jest z jakościową zamianą całej wadliwej czynności prawnej w czynność zgodną z ustawą.³⁰

W prawie niemieckim problematykę redukcji łączy się przeważnie z wadliwością wskutek wyzysku lub tzw. nadmiernych więzi umownych.³¹ Generalnym kryterium zastosowania redukcji jest możliwość samodzielnego obowiązywania pozostałej części normatywnej klauzuli, (np. utrzymanie w mocy pełnomocnictwa po wykreśleniu słowa „nieodwołalnie”).³²

²⁷ Tak np. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 203.

²⁸ Por. F. Dorn [w:] *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, Allgemeiner Teil*, red. M. Schmoeckel, J. Rücker, R. Zimmermann, Tübingen Mohr Siebeck 2003, s. 670.

²⁹ Tak np. F. J. Säcker, J. Mohr, *Fallsammlung zum BGB Allgemeiner Teil*, Springer 2010, s. 281.

³⁰ Por. szerzej na ten temat np. H. Heiss, *Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung*, 1999 Mohr Siebeck, s. 191 i n., W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft. Bd. 2*, Berlin-Heilderberg-New York 1979, s. 589-590. Ten ostatni Autor, uznając konwersję za szczególnie przypadek nieważności częściowej (jakościowej), otwarcie stwierdza, że problem rozgraniczenia § 139 i § 140 BGB nie przedstawia istotnego znaczenia. Na gruncie prawa polskiego odwoływanie się przy okazji konwersji do nieważności częściowej można wyszukać np. w wyroku Sądu Najwyższego z 23 lipca 1998 r., I PKN 245/98, publ. LexPolonica nr 335049.

³¹ Tak w piśmiennictwie niemieckim np. R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz. Parteibezogene Einschränkung Der Nichtigkeit Von Rechtsgeschäften*, Tübingen - Mohr Siebeck 1998, s. 354.

³² M. Coester [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin Sellier – de Gruyter 2008, s. 183.

Dopuszczalność redukcji jest natomiast jednym ze spornych zagadnień prawa ogólnych warunków handlowych. Z dość nielicznymi wyjątkami odrzuca się redukcję niedozwolonej klauzuli do dopuszczalnej treści określonej z wykorzystaniem przepisów dyspozytywnych.³³ Tytułem uzasadnienia podkreśla się najczęściej, że tylko bezskuteczność całej klauzuli pozwala zachować klarowność sytuacji prawnej stron, oraz że profesjonalista stosujący ogólne warunki umowne nie zasługuje na tego typu ochronę. W przeciwnym przypadku cel ustawy (np. ochrona konsumenta) nie zostałby zachowany, odpadałaby także odstraszająca funkcja sankcji (tzw. bezskuteczności) klauzuli.³⁴ Niemieckie orzecznictwo stoi na stanowisku, że możliwość redukcji utrzymującej skuteczność dla podmiotu stosującego takie klauzule praktycznie wprowadza brak ryzyka - czyli brak sankcji. Zachęcałoby to do maksymalnie jednostronnego chronienia swych interesów w umowie.³⁵

Warto zauważyć, że w niemieckim piśmiennictwie wyjątkowo postuluje się szczególnie przypadek redukcji, jak się wydaje oparty na rozwiązaniu słusznosciowym i możliwy pod dość istotnym warunkiem, że redukcja utrzymująca skuteczność nie nastąpi do stopnia dopuszczalnego, lecz do poziomu adekwatnego w danych okolicznościach. Niekiedy wskazuje się, że w tym wariantcie wyniki redukcji zbiegają się często z tymi, które inaczej niż w przypadku uchylenia całej klauzuli, miałyby miejsce poprzez tzw. uzupełniającą wykładnię umowy.³⁶

Od strony przesłanek w stosowaniu redukcji warto odnotować promowanie celu naruszonej normy. W niektórych wypowiedziach nauki jest to kryterium podstawowe. Wyjaśnia się w takim przypadku, że podstawowym uzasadnieniem dla rozważania możliwości redukcji lub podstawowej formy częściowej nieważności, jest zwrócenie szczególnej uwagi czy cel ochronny - tak sankcjonowanej (merytorycznej) normy prawnej - zostanie osiągnięty tylko przez całkowitą nieważność klauzuli (lub nawet całej czynności prawnej), czy też możliwe jest utrzymanie jej częściowej ważności. Taką formę częściowej nieważności klauzuli umownej - jedynie w zakresie sprzecznym z zakazem ustawowym - przyjmuje

³³ R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 354. Autor w ramach wyjątków wskazuje na pogląd dopuszczający redukcję, jeżeli prowadzi to do rezultatów korzystnych dla konsumenta. W polskim orzecznictwie wskazano, że kreuje to swoistą sankcję cywilną dla profesjonalisty i taką możliwość należy wykluczyć (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r.; III CZP 62/2007; publ. LexPolonica nr 1468665, OSNC 2008/7-8 poz. 87.).

³⁴ Por. w szczególności K. Uffmann, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010, s. 239 i n., s. 286 oraz np. H. Brox, W.-D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB: Lehrbücher der Rechtswissenschaft*, Wolters Kluwer 2007, s. 135.

³⁵ Por. Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions...*, s. 659.

³⁶ Por. M. Coester [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 183-184.

się w szczególności, gdy naruszona ustawa ma na celu ochronę jednej ze strony umowy oraz jednocześnie cel ochronny będzie naruszony, jeśli strona chroniona w wyniku całkowitej nieważności utraci korzyści wynikające z umowy.³⁷ Poglądy takie idą tak dalece, że niekiedy postuluje się by osoba chroniona powinna być nie tylko uprawniona do doprowadzenia do nieważności całego postanowienia, lecz dodatkowo by mogła żądać utrzymania w mocy umowy z prawnie dopuszczalną - zredukowaną - treścią.³⁸

W prawie francuskim wyróżnia się redukcje jakościową jako odmianę redukcji utrzymującej skuteczność (np. art. 920 kodeksu Napoleona).³⁹ Orzecznictwo stosuje ponadto interesującą koncepcję częściowej nieprawidłowości przyczyny zobowiązania, która to pozwala na redukcję nadmiernej sumy zobowiązania jednej ze stron, bez doprowadzenia do stanu nieważności całości zobowiązania.⁴⁰

Możliwość redukcji uzależniona jest niekiedy dość istotnie od pewnej przychylności w celowościowej interpretacji ogólnych przesłanek stosowania sankcji nieważności bezwzględnej i jej ograniczenia wg konstrukcji częściowej nieważności (lub sankcji nieegzekwowalności, porównywalnej do nieważności bezwzględnej). W ramach przykładu można wskazać na prawo holenderskie, gdzie stwierdza się, że sposób skodyfikowania przesłanek sankcji nieważności bezwzględnej powoduje, że „w teorii” nie stwarza to przestrzeni dla redukcji utrzymującej skuteczność.⁴¹ Uznaje się to za zaletę, ponieważ sąd i uczestnicy procesu mają większą jasność skutków prawnych naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.⁴² Wskazuje się jednocześnie na skłonność judykatury do utrzymywania w mocy umowy poprzez odrzucenie nieważnych klauzul

³⁷ F. Dorn [w:] *Historisch-kritischer Kommentar...*, s. 671. Autor w ramach analizy tej instytucji przypominał, że już w 1906 r. Najwyższy Sąd Rzeszy na tej podstawie uznał klauzulę umowną sprzeczną z ustawą nie za całkowicie nieważną, lecz utrzymał ją z ustawowo dopuszczalną treścią. Sąd stwierdził, że naruszona regulacja powinna chronić kupującego, stąd nie istnieje żaden powód, by nieważność umowy „dalej przedłużać, niż jest to konieczne do osiągnięcia tego celu”.

³⁸ R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 354-355. Wniosek ten Autor formułuje w oparciu o prezentowaną przez siebie teorię o potrzebie zorientowania na interesy indywidualne stosowania sankcji nieważności bezwzględnej (relatywizacji trybu i następstw wg tego kryterium).

³⁹ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 505.

⁴⁰ Por. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 506. Autorzy podkreślają jednak, że zakres zastosowania tego zabiegu jest sporny.

⁴¹ Por. A.C. van Schaick [w:] *Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III). A Commentary II*, Kluwer Law International 2006, s. 243.

⁴² Tak A.C. van Schaick [w:] *Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III)*... s. 243-244.

i zastąpienie ich niewadliwymi klauzulami, jak się wydaje, wyłącznie w oparciu o uznaniowość sędziego.⁴³

II.2.2. *Common law*

W systemach prawnych tradycji *common law* co do zasady odrzuca się możliwość redukcji. Konsekwentnie prezentuje się restrykcyjne stanowisko w zakresie stosowania przesłanek nieważności częściowej i możliwości sędziowskiej zmiany treści umowy. Jeżeli dopuszcza się możliwość redukcji, wówczas wymaga to wystąpienia ogólnych przesłanek dopuszczalności uzupełnienia części umowy dla zachowania jej ważności. Ta cecha odróżnia redukcję od zabiegu zwykłego oddzielenia nieważnej części umowy. Odrzucenie możliwości redukcji klauzuli umownej powoduje, że jedynym środkiem do utrzymania jej w mocy jest właśnie oddzielenie nieważnego postanowienia w całości. Podejście takie reprezentuje na tle umów o zakazie działalności konkurencyjnej np. prawo kanadyjskiej prowincji Quebec - w odróżnieniu od prawa francuskiego, przyjmującego w takim przypadku możliwość redukcji nieważnych klauzul.⁴⁴

Odnosnie do ogólnych zasad nieważności częściowej w aspekcie dokonania redukcji można nadmienić, że możliwe jest doszukanie się szczególnego przypadku redukcji utrzymującej skuteczność poprzez ograniczenie zakresu (treści) zobowiązania strony umowy, bez jednocześnie uchylania całego obowiązku. Równolegle w wielu wypowiedziach doktryny widoczny jest nacisk na niedopuszczalność sądowego określenia na nowo treści umowy i odejście od tego, co zostało wyrażone formalnie w umowie.

W *common law* dopuszczalność takiej formy częściowego utrzymania ważności wadliwej umowy najczęściej poddawana jest analizie przy umowie nielegalnej, dotkniętej sankcją nieegzekwowalności (*unenforceable contracts*)⁴⁵, z punktu

⁴³ A.C. van Schaick [w:] *Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III)*... s. 247.

⁴⁴ M. Cumyn, *Nullity of Contracts in Québec Law, An Overview And Comparison With The Common Law of Illegal Contracts*, Uniform Law Conference of Canada, Civil Law Section, Regina, Saskatchewan 2004, publ. na <http://www.ulcc.ca>, s. 9 (uw. 37). W przypadku umowy pożyczki prawo do redukcji (obok innych środków prawnych) przyznane jest sądowi na mocy art. 2332 The Civil Code of Quebec - M. Cumyn, *Nullity Of Contracts in Québec...*, s. 9 (uw. 38).

⁴⁵ Sankcja ta może być w pewnych przypadkach, np. na gruncie anglosaskiej doktryny nielegalnych umów (*illegality*) uznana za porównywalną z kontynentalną odmianą nieważności *ab initio* i *ipso iure*. Z punktu widzenia prawa kontynentalnego objaśnia się niekiedy, że nieegzekwowalność jest przypadkiem pośrednim pomiędzy sankcją nieważności bezwzględnej a sankcją wzruszalności umowy (względnej nieważności), ponieważ umowa może uzyskać skuteczność na mocy decyzji sądu – tak, na podstawie wypowiedzi doktryny angielskiej, W. Van Gerven, *The Concept of Provisional Validity. The Doctrine of Nullity*

widzenia zachowania w ten sposób możliwości jej wykonania w wyniku odrzucenia niedozwolonych części umowy (doktryna *severance*⁴⁶).

Stanowiska systemów krajowych są zróżnicowane w przypadku poszczególnych kryteriów tej instytucji. Najogólniej ujmując wyróżnia się przesłanki szczegółowe (przesłanki pozytywne). Ponadto, takie ograniczenie sankcji nie obejmuje umów nieegzekwowalnych z powodu sprzeczności z zasadami porządku publicznego (*public policy*) lub sprzecznych z normami moralnymi, w tym nielegalnych ze względu na przestępczy charakter świadczenia, np. oszustwa podatkowe (przesłanka negatywna).⁴⁷

Patrząc przez pryzmat relacji z redukcją utrzymującą skuteczność zwraca uwagę sposób stosowania przesłanki pozytywnej o znaczeniu podstawowym, którą jest możliwość fizycznego i dosłownego oddzielenia nieważnych postanowień umowy od jej pozostałej części⁴⁸. Zabieg ten jest na tyle mechaniczny, że określa się go regułą „niebieskiego ołówka” (*the blue pencil rule*).⁴⁹ Istota tej reguły sprowadza się w pewnym uproszczeniu do wykluczenia możliwości dokonania przez sąd ponownego określenia zobowiązania stron względem tego, co zostało wyrażone przewidziane w umowie. Kładzie się przy tym nacisk na okoliczność, że nie można dokonać zmiany słów lub dodać nowych, jakie strona składająca oświadczenie woli mogła była dokonać.⁵⁰ Jeżeli zastosowanie tej formy ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej (lub sankcji nieegzekwowalności) jest dopuszczalne, następuje to w dwojaki sposób:

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. 520.

⁴⁶ Również stosowana jest nazwa *severability* – tak H. Kötz [w:] *Casebook On the Common Law of Europe. Contract Law*, H. Beale, D. Tallon, L. Bernardeau, R. Williams, Oxford, Portland, Hart Publishing 2002, s. 315. Nazwa ta jest w prawie amerykańskim używana np. w przypadku oceny sporów wynikających z wadliwości klauzuli o arbitraż w przypadku nieważności umowy i ustalenia dopuszczalności dochodzenia roszczeń z takiej umowy przed sądami powszechnymi.

⁴⁷ Por. szerzej np. G. C. Cheshire, C. H. Fifoot & M. Furmston's *Law of Contract*, wyd. 11, London 1986, s. 404, R. Halson, *Contract Law*, Pearson Education 2001, s. 230.

⁴⁸ Niekiedy w piśmiennictwie, podkreślając techniczną możliwość oddzielenia niedopuszczalnej części umowy, przyjmuje się zarazem, że pozostała część umowy nie może stać się pozbawiona znaczenia, gdyż wówczas sąd nie będzie uprawniony do zmiany treści umowy – tak np. G. Monahan, *Essential Contract Law*, wyd. 2, Routledge Cavendish 2001, s. 125.

⁴⁹ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, wyd. 27, Cambridge 1998s. 400. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, s. 78 wskazuje, że tego typu regułę powinny także stosować sądy niemieckie przejawiające rosnącą skłonność do redukowania niedopuszczalnych postanowień umownych do prawnie akceptowalnego poziomu.

⁵⁰ G. C. Cheshire, C. H. Fifoot & M. Furmston's *Law...*, s. 406.

- a) możliwość dokonania przez sąd zredukowania zakresu zobowiązania umownego poprzez wydzielenie niedopuszczalnej części umowy,
- b) alternatywnie dopuszcza się także uchylenie całego zobowiązania umownego.⁵¹ To rozwiązanie jest zbliżone do - szczególnie aktualnej w przypadku nieważności częściowej - zasady substytucji odpowiednich przepisów prawa (*statutory severance*⁵²) w miejsce nieważnych postanowień umownych lub nawet dokonania konwersji tzw. reszty umowy w inną ważną umowę.

Przypadki przeprowadzenia redukcji - jako odstępstwa od reguły *blue pencil* - opierają się także na unormowaniu danej kwestii bezpośrednio w ustawie. Przykładem jest art. 1437 The Civil Code of Québec, który przewiduje redukcję zobowiązania w przypadku klauzuli abuzywnej w obrocie konsumenckim lub ogólnie w umowach adhezyjnych w obrocie poza konsumenckim. Kolejnym przykładem jest rozwiązanie, które w prawie australijskim, w sekcji 4 The Restraint Of Trade Act 1976 r., przyjęto w zakresie sankcji względem klauzul ograniczających swobodę działalności konkurencyjnej. Takie ograniczenia są ważne w zakresie, w jakim nie naruszają zasad porządku publicznego. Nie są istotne kwestie redakcyjne, tj. czy znajdują się w wyodrębnionych klauzulach umowy (*severable terms*). W przypadku naruszenia, „rozsądnie ocenianego”, poziomu ograniczenia zakazu konkurencji, sąd przyzna wykonalność takiej klauzuli poprzez redukcję do dopuszczalnego, rozsądnego w danych okolicznościach, poziomu. Przewiduje się także prawo do zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem całej klauzuli w razie stwierdzenia, że doszło do naruszenia równowagi w kontraktowaniu⁵³.

W prawie angielskim - bez podstawy ustawowej - możliwość dokonania redukcji postanowienia umownego (*reduction of a promise*⁵⁴) przyjęto głównie

⁵¹ Por. m.in. The Law Commission, *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, (Consultation Paper 154, 1999 r., http://www.lawcom.gov.uk/illegal_transactions_effect.htm), s. 46; w piśmiennictwie australijskim por. np. P. Gillies, *Concise Contract Law*, Federation Press, Sydney 1988, s. 168-169. Należy zastrzec, że ze względu na pewne odrębności w rozumieniu przesłanek sankcji nieważności bezwzględnej większą precyzją byłoby nazwanie instytucji *severance* zbiorem reguł dotyczących utrzymania częściowej skuteczności (ważności) czynności prawnej. Trudno bowiem zachowanie w mocy części skutków prawnych łączyć z klasycznie rozumianym w *iuris civile* pojęciem sankcji nieważności bezwzględnej.

⁵² G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London 1987, s. 392. W prawie angielskim akty prawne z reguły zawierają sformułowanie o nieważności lub braku skutków jednego postanowienia umowy.

⁵³ P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 169

⁵⁴ Obok tego określenia używa się także terminu *severance of promises* – tak G. H. Treitel, *The Law...*, s. 388.

w przypadkach przekroczenia dopuszczalnego zakresu ograniczenia działalności konkurencyjnej lub wyłączności w stosunkach handlowych (*restraint of trade*).⁵⁵ Jednak uzależnia się taki zabieg od możliwości podzielenia obowiązku wynikającego z przyjęcia zakazu działalności na dwa zobowiązania, by nie doprowadzić do rezultatu sprzecznego z naturą i celem uzgodnienia stron; na wydzieleniu obowiązków, jakie powinny być zachowane bez naruszania sensu i treści umowy.⁵⁶

Wyjątkiem jest redukcja zakresu zobowiązania pracownika, jeżeli sąd oceni, że nierozsądnie zaakceptował on zbyt szeroki zakaz konkurencji, a pracodawca działał umyślnie. Wówczas sąd określi ten obowiązek na podstawie wiedzy oraz świadomości praw pracowniczych, aż do poziomu prawnie dopuszczalnego. Aksjologicznym podłożem jest praktyczna niedostępność drogi sądowej dla pracowników, przeważnie z powodów obaw przed kosztami procesów.⁵⁷

Nieco innym wyjątkiem, opierającym się na *stricte* sędziowskiej sankcji w razie wystąpienia określonej wadliwości, jest rozwiązanie przewidziane w prawie Nowej Zelandii. W tym przypadku przewiduje się uznaniowość do dokonywania przez sąd korekty umowy nieegzekwowalnej ze względu na jej nielegalność, która spowodowana jest przekroczeniem w umowie dopuszczalnego zakresu ograniczeń działalności konkurencyjnej (*restraints of trade*). Zgodnie z Sekcją 8 Illegal Contracts Act 1970, w szczególności pkt 2, dość wyraźnie wychodzi się poza tradycyjnie przyjmowane w *common law* założenia doktryny *severance*. Przepis ten pozwala na utrzymanie wykonalności i skuteczności prawnej umowy; nawet jeżeli nie byłoby możliwe oddzielenie części sprecznej z prawem poprzez proste wykreślenie wadliwej klauzuli. Sąd może uznać za nieważną taką klauzulę i utrzymać w mocy tak zmienioną umowę. Może również w taki sposób zmienić dane postanowienie, aby miało brzmienie, które powinno było - rozsądnie oceniając - w umowie zawarte, a dzięki temu utrzymać w mocy tak zmodyfikowaną umowę. Granicą dla kognicji sądu jest sytuacja, gdy taka zmiana warunków transakcji powoduje, że nie byłoby, rozsądnie oceniając, celowe utrzymanie w mocy umowy.

Przywołaną normę prawną można uznać jednocześnie za swoistą instytucję o charakterze konwalidacyjnym, która wprowadza możliwość reformatoryjnej i adaptacyjnej ingerencji w umowę stron. Jest przykładem bardzo elastyczne-

⁵⁵ Umowy, które zabraniają lub regulują możliwość prowadzenia działalności konkurencyjnej lub narzucające wyłączność handlową (*contracts restraint of trade*) podlegają restrykcyjnej ocenie pod względem ich ważności i legalności - por. szerzej np. G. H. Treitel, *The Law...*, s. 346 – 369.

⁵⁶ Tak G. C. Cheshire, C. H. Fifoot & M. Furmston's *Law...*, s. 406.

⁵⁷ Tak w znanym orzeczeniu *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.* [1913].

go podejścia ustawodawcy do problemu związanego z zakresem kompetencji sądu w stosowaniu przesłanek nieważności częściowej.

Warto zwrócić również uwagę na aktualne rozumienie instytucji częściowej ważności umowy w prawie kanadyjskim. Obok wspomnianego powyżej modelu tradycyjnego, wypracowane zostało nowe narzędzie dla rozpatrywania niektórych przypadków nielegalności umowy. W odróżnieniu od tradycyjnej nazwy, dodaje się sformułowanie o tzw. hipotetycznym (pojęciowym) oddzieleniu (*notional severance*).

Dopuszczalność tej odmiany *severance* sprowadza się do konieczności zachowania przesłanek, które są połączeniem klasycznej reguły „*blue pencil*” oraz kryteriów subiektywnych:

- a) pozostała część umowy musi być tzw. „rdzeniem porozumienia”, mieć samodzielność i przydatność dla stron,
- b) na mocy generalnej klauzuli rozsądku zachodzić powinna możliwość przypisania stronom zamiaru utrzymania porozumienia bez oddzielonych postanowień,
- c) niedopuszczalne postanowienie powinno być możliwe do prostego oddzielenia, bez zmiany lub dodawania umowie nowej treści (w tym ostatnim przypadku podkreśla się wagę testu „*blue pencil*”).⁵⁸

W piśmiennictwie objaśnia się sens tej odmiany częściowej nieważności jako zabieg redukcji.⁵⁹

Nowe podejście do *severance* zapoczątkowało orzeczenie Najwyższego Sądu Kanady w sprawie *New Solutions Financial Corporation v. Transport North American Express Inc.* z 2004 r., które jednocześnie jest przykładem praktycznego znaczenia zastosowania redukcji. Analiza rozstrzygnięcia prowadzi do wniosku, że założono w dorozumiany sposób, że jeżeli strony przestrzegałyby ustawowych ograniczeń (co do maksymalnej wysokości odsetek w umowie pożyczki), wybrałyby właśnie maksymalną wysokość ustawową. Natomiast zastosowanie tradycyjnej reguły „*blue pencil*” spowodowałoby usunięcie z umowy postanowień sprzecznych z ustawą, a tym samym efektywnie znacznie niższa byłaby wartość odsetek i innych kosztów pożyczki, opierających się na pozostałej części umowy utrzymania w mocy.⁶⁰ W uzasadnieniu w szczególności położono nacisk na konieczność

⁵⁸ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective Contracts: The Uniform Illegal Contracts Act*, październik 2008 r., raport nr 52, publ. www.bcli.org, s. 16.

⁵⁹ M. Cumyn, *Nullity of Contracts in Québec Law...*, s. 7, 10.

⁶⁰ Orzeczenie omówione w The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 22, tekst orzeczenia opublikowany na <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc7/2004scc7.html>.

uwzględnienia specyfiki konkretnej umowy oraz rodzaju naruszenia prawa (stopnia nielegalności).

W piśmiennictwie kanadyjskim przyjmuje się jednocześnie, że umowy rażąco niezgodne z ustawą, czy wręcz już o celu kryminalnym, będą uznane za nieważne *ab initio*.⁶¹ W innych orzeczeniach przyjmuje się, obok klasycznego spojrzenia na ważność częściową, konieczność zwrócenia uwagi na to czy cel zakazu ustawowego może być tylko zachowany poprzez odmowę przyznania z umowy środków ochrony prawnej (sankcję nieegzekwowalności). Tym samym przesunięty został akcent w stronę przyjmowania dopuszczalności środków ochrony prawnej *ex contractu* jako zasady.⁶²

Redukcję uznaje się za dopuszczalną także w razie zobowiązań przekraczających poziom określony przepisami. Podkreśla się przy tym wagę oceny jej następstw - czy dzięki redukcji możliwe jest zwiększenie zobowiązania dla osiągnięcia minimum ustawowego⁶³. Takie rozwiązanie przewiduje prawo Nowej Zelandii w sekcji 7 Illegal Contracts Act 1970, zgodnie z którym sąd może również w taki sposób zmienić treść umowy.

Także w prawie amerykańskim, odmiennie niż na gruncie tradycyjnej doktryny *severance*, dopuszcza się zmianę umowy w przypadku jej częściowej nieegzekwowalności („nieważności”). W ramach takiej zmiany dopuszcza się także redukcję utrzymującą skuteczność. Punktem wyjścia do zmiany umowy jest klauzula generalna rozsądku, która pozwala na odstępienie od reguły „*blue pencil*”. Tryb rezygnacji z tej zasady określono w Restatement (Second) of Contracts, które dają prymat mechanizmowi, pozwalającemu sądowi zmieniać nieważne postanowienie umowne do stopnia rozsądnego w danych okolicznościach i utrzymać ważność oraz skuteczność prawną tak zmodyfikowanej klauzuli. Sądy dążą do ograniczenia ryzyka przekroczenia sensu tej regulacji poprzez przyjęcie obowiązku udowodnienia, że nieważne postanowienia umowne były w czasie zawarcia umowy przyjęte w dobrej wierze i zgodnie z zasadami uczciwego postępowania.⁶⁴

Unormowanie *Restatement (Second) of Contracts*, podobnie jak w innych systemach *common law*, przyjmuje dwa podejścia do problemu częściowej waż-

⁶¹ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 22.

⁶² The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 22. Autorzy raportu dopuszczają możliwość szerokiego zastosowania koncepcji *notional severance* do różnych typów umów, w tym ograniczeń działalności konkurencyjnej.

⁶³ M. Cumyn, *Nullity of Contracts in Québec Law...*, s. 7.

⁶⁴ Por. C. James Levin, A. R. Brown [w:] *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, T. L. Stark (red.) ALM Publishing 2003, s. 546, wraz z przywoływanym tam orzecznictwem i literaturą.

ności umowy: uzależnione od kryterium podzielności i niezależności zobowiązań umownych stron, w szczególności odpowiadających sobie obowiązków, jakie umożliwiają częściowe wykonanie umowy.⁶⁵

Jeżeli nie jest możliwe dokonanie podziału umowy i wydzielenie części zgodnej z prawem, wówczas mimo to sąd może zachować ważność pozostałej części umowy. Zabieg ten określa się doktryną „niezbędnej części umówionej transakcji” (*essential part of the agreed exchange* - § 184 pkt 1 *Restatement (Second) of Contracts*).⁶⁶ Zgodnie z tym przepisem, sąd może zachować skuteczność prawną niewadliwej części umowy wyłącznie na korzyść strony, której nie dotyczy poważne naruszenie zasad porządku i interesu publicznego, będącego podstawą sankcji nieegzekwowalności umowy. Następnie warunkiem jest, by świadczenie wynikające z nieegzekwowalnej części umowy nie było podstawową częścią transakcji. Komentarz do tej zasady wyjaśnia, że określenie takie - czy świadczenie jest podstawową częścią uzgodnionej transakcji - zależy od ocenianej subiektywnie jego doniosłości w świetle całości uzgodnień dokonanych pomiędzy stronami.⁶⁷ Na mocy tych samych przesłanek, zgodnie z § 184 pkt 2, możliwe jest zachowanie ważności części postanowienia umownego, jeżeli strona dochodząca wykonania tego postanowienia umowy zawarła je w dobrej wierze i zgodnie z rozsądnymi standardami uczciwego postępowania w obrocie⁶⁸. W komentarzu podaje się jako przykład omyłkowe umówienia się o odsetki przekraczające prawnie dopuszczalną granicę. Jeżeli strony nie wiedziały o tym przekroczeniu, wówczas dokonana będzie redukcja do poziomu dopuszczalnego maksimum. W przypadku gdy pożyczkodawca wiedziałby o tej wadliwości, cała umowa byłaby uznana za nieważną.⁶⁹

⁶⁵ C. James Levin, A. R. Brown [w:] *Negotiating and Drafting...*, s. 542-543. Przykładem takiej częściowej i jednostronnej ważności umowy jest sytuacja przyznania przez sąd częściowej zapłaty na mocy w całości nieważnej umowy (o wykonanie instalacji wodno – kanalizacyjnej). Umowa była nieważna ze względu na nieposiadanie przez wykonawcę licencji wymaganej do tego typu usług. Sąd przyznał zapłatę za materiały użyte przez wykonawcę, pomijając jednocześnie przyznanie zapłaty za robociznę.

⁶⁶ § 184 (When Rest of Agreement Is Enforceable) (1) *If less than all of an agreement is unenforceable under the rule stated in § 178, a court may nevertheless enforce the rest of the agreement in favor of a party who did not engage in serious misconduct if the performance as to which the agreement is unenforceable is not an essential part of the agreed exchange.*

⁶⁷ Por. C. James Levin, A. R. Brown [w:] *Negotiating and Drafting...*, s. 544.

⁶⁸ § 184 (2) *A court may treat **only part of a term as unenforceable** under the rule stated in Subsection (1) if the party who seeks to enforce the term obtained it in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing.*

⁶⁹ C. James Levin, A. R. Brown [w:] *Negotiating and Drafting...*, s. 543 – 545. W oficjalnym komentarzu do tej reguły wyjaśnia się również, że uzasadnienie jest oczywiste, by odrzucić nieegzekwowalność całej umowy z powodu sprzeczności z interesem publicznym jedynie małej części umowy, jeżeli uwzględni się przypadki częstego zawierania umów wielostronnych i złożonych, na których strony pokładają znaczące zaufanie.

Elementów redukcji można doszukać się także w amerykańskim podejściu do skutków zawarcia umowy z rażącym pokrzywdzeniem drugiej strony, tj. w warunkach wyzysku (§ 2-302 The Uniform Commercial Code). Wydaje się, że redukcja utrzymująca skuteczność została połączona z klasycznymi zasadami zrównoważenia świadczeń stron. Sąd może bowiem dokonać częściowego ograniczenia zastosowania tzw. nadmiernych postanowień umowy w celu uniknięcia rażącego pokrzywdzenia jednej ze stron.⁷⁰ Podobne uregulowanie znajduje się w § 208 Restatement (Second) of Contracts. W komentarzu do tego przepisu wyjaśnia się, że brak adekwatności we wzajemnych zobowiązaniach stron nie prowadzi samoczynnie do unieważnienia transakcji. Znaczna dysproporcja w wartości wymiennych świadczeń może jednakże potwierdzać defekt w procesie zawierania transakcji oraz być dostateczną podstawą do odmowy spełnienia określonych zobowiązań umownych (poprzez zastosowanie § 364 Restatement (Second) of Contracts, dotyczącego skutków niesłuszności kontraktowej). Identyfikacja redukcji utrzymującej skuteczność w powyższych przepisach opiera się na formalnym skodyfikowaniu możliwości unieważnienia lub redukowania wadliwych klauzuli umownych - czyli ingerencji adaptacyjnej w samą treść umowy. Odmienne sankcja wygląda w prawie polskim (art. 388 k.c.), które zasadniczo opiera się na konstrukcji redukcji świadczeń, aż do doprowadzenia do stanu nieważności całej umowy (poprzez zastosowanie nieważności względnej), tj. na bezpośredniej ingerencji w treść stosunku prawnego poprzez modyfikację skutków prawnych - bez wnikania się w formalne unieważnianie lub redukowanie wadliwych klauzul.

Powyższe uwagi uprawniają do stwierdzenia, że argumentacja dla odrzucenia redukcji opiera się przeważnie na zarzucie naruszenia autonomii woli stron poprzez sędziowską ingerencję w treść umowy. Ponadto, na braku pewności prawa poprzez niemożliwość przewidzenia orzeczenia sądu. Kolejne zastrzeżenia można ująć w kategoriach proceduralnych, tj. niesprecyzowaniu szczegółowych zasad i przypadków dokonywania redukcji w kontekście poszczególnych rodzajów umów.

Przed oceną art. 101 § 3 projektu warto rozważyć możliwość redukcji utrzymującej skuteczność poprzez zastosowanie sankcji sędziowskiej w określeniu skutków wadliwości go postanowienia czynności prawnej.

⁷⁰ Por. C. J. Levin, A. R. Brown [w:] *Negotiating and Drafting...*, s. 545. Autorzy podają przykład orzeczenia, na mocy którego sąd zredukował poziom odsetek z 200 % do 24 % (tzw. *substantial unconscionable term*).

II.3. Dopuszczalność redukcji utrzymującej skuteczność na mocy sankcji sędziowskiej wg *Draft Common Frame of Reference* i *The Principles of European Contract Law*

W świetle powyższych uwag widoczne staje się zagadnienie fundamentalne dla oceny poprawności zaproponowanej kodyfikacji redukcji utrzymującej skuteczność, tj. zakres kognicji sądu w określeniu sposobu modyfikacji wadliwego postanowienia umownego. Określenie modelu uznaniowości sądu jest fragmentem innego problemu - wskazania ogólnych granic (w tym trybu ingerencji adaptacyjnej sądu w treść umowy stron) w przypadku ograniczania stosowania sankcji nieważności bezwzględnej.

Całkowite lub częściowe odstępianie od stosowania sankcji nieważności bezwzględnej jest dość skomplikowanym zagadnieniem. Opierać się może na zastosowaniu następujących instrumentów prawnych:

- a.) **tzw. częściowej nieważności oraz jej szczególnych odmian:** konwersji, sankcji wadliwości klauzuli umownej wzorców umów zawieranych w obrocie konsumenckim, sankcji tzw. uznania postanowienia umownego za „niezastrzeżone”,
- b.) **utrzymaniu w mocy części skutków prawnych na mocy tzw. konwalidacji lub wobec osób działających w dobrej wierze** (innymi słowy: stosowanie sankcji nieważności bezwzględnej wyłącznie w zakresie skutków prawnych niedozwolonych z punktu widzenia doniosłości wykonania czynności prawnej lub względem osób działających w złej wierze),
- c.) w tym przypadku pośrednio - **zmianie zakresu przywrócenia stanu poprzedniego, połączonego z przyznaniem prawa do odszkodowania,**
- d.) **modyfikacji formalnych cech modelowych sankcji nieważności bezwzględnej** jako globalnej normy sankcjonującej, co do zasady w trybie *ex lege*, wystąpieniem stanu nieważności czynności prawnej (oświadczenia woli). Następuje to w oparciu o zastosowanie takich mechanizmów jak np. w obecnym art. 58 k.c. lub § 134 BGB:
 - **zasada substytucji** – wykorzystanie tzw. regulacji rezerwowej do uzupełnienia czynności prawnej,
 - **zastrzeżenie odmiennego skutku naruszenia ustawy.**

W efekcie otrzymujemy dość skomplikowany tygiel instytucji prawnych wpływających na potencjalną decyzję sądu. Poziom komplikacji rośnie jeżeli uwzględnimy, że w *common law* skutki pewnych naruszeń - tradycyjnie sankcjonowanych w *ius civile* nieważnością bezwzględną (lub różnymi jej odmianami, np. nieważności absolutną we Francji i Hiszpanii) - rozpatruje się w ramach

instytucji *illegality*. W tym przypadku możliwe jest sankcjonowanie umowy brakiem skutków prawnych (tj. stanem ich nieważności identycznym ze skutkiem sankcji nieważności bezwzględnej) wskutek wystąpienia pewnych naruszeń zaistniałych na etapie wykonywania umowy⁷¹.

W powyższych przypadkach norma sankcjonująca (tzw. nieważność z mocy prawa) jest przedmiotowo lub podmiotowo ograniczana w swym zastosowaniu, niekiedy wedle dość niejasnych i ocennych kryteriów.

Najnowsze europejskie projekty unifikacji i harmonizacji prawa prywatnego, w szczególności *Common Frame of Reference*, podjęły próbę uporządkowania tej skomplikowanej materii. Przyjęty został - jako tendencja wiodąca - prymat zasady reakcji proporcjonalnej do danego naruszenia, jako naczelnej dyrektywy rządzącej sposobem stosowania sankcji wadliwych czynności prawnych. Innymi słowy - wytyczającej zasięg skutków prawnych wadliwości oświadczeń woli (czynności prawnych).

Zasada ta powoduje, że w razie wadliwości punktem wyjściowym jest promowanie ważności częściowej czynności prawnej, czyli utrzymanie ważności dopuszczalnych skutków prawnych oświadczenia woli (czynności prawnej). Tak rozumiana zasada ważności częściowej - zachowanie skutków prawnych w części dozwolonej w systemie prawnym - jest wynikiem zastosowania kilku środków prawnych. Przykładem głównym - obok nieważności częściowej - jest prymat zasady częściowego unieważnienia umowy (tj. doprowadzenia do stanu jej nieważności wyłącznie w pewnej części), dominujący w *PECL* i *CFR*.

Z punktu widzenia redukcji przydatne jest wskazanie pewnego aspektu koncepcji sankcji sędziowskiej. Dość szczególnej odmiany modyfikacji cech formalnych sankcji nieważności bezwzględnej przewidzianej w przypadku naruszenia przepisów (o charakterze *leges imperfecta*), które nie są opatrzone odrębnym rygorem zastosowania danej sankcji wadliwości. Podlegają one wówczas co do zasady „jedynie” pod globalną normę sankcjonującą nieważnością z mocy ustawy. Podstawowym celem ww. koncepcji jest próba uregulowania tego wysoce kontrowersyjnego zagadnienia.

Konstrukcja sankcji opiera się na uznaniowej decyzji sędziego. Jest to jedno z głównych odstępstw od klasycznej regulacji następstw niezgodności z ustawą. Dyskrecjonalność wzorowano na formule tzw. uporządkowanej uznaniowości (*structured discretion*) zastosowanej, np. przy okazji pierwszego projektu reformy prawa angielskiego dotyczącej skutków nielegalności umów lub trustów.⁷²

⁷¹ Zarzut *illegality* powoduje nieco inny skutek niż w razie sankcji nieważności bezwzględnej. Porównywalny do zobowiązania naturalnego - *unenforceable* (niezaskarżalność, nieegzekwowalność), z jednoczesnym skutkiem jak w razie świadczenia niegodziwego.

⁷² Była to pierwotna propozycja z początku prac nad reformą sankcji za nielegal-

W pierwszej kolejności wytyczony jest zakres uznaniowości. Przepis art. 15:102 § 2 PECL wyjaśnia, że jeżeli przepis bezwzględnie wiążący nie przewiduje skutków jego naruszenia, umowa może zostać uznana za skuteczną w pełnym zakresie, za częściowo skuteczną, za bezskuteczną lub podlegać zmianie. Takie elastyczne podejście do ustalania następstw naruszenia wynika przede wszystkim z przyjęcia, że jest możliwe również dokonywanie naruszeń prawa natury „jedynie technicznej”.⁷³ Zwrócić trzeba uwagę, że treść tego przepisu przy tej okazji wskazuje na przedmiot sankcji, tj. skutki prawne.

Sankcja sędziowska daje możliwość do dokonania reformatoryjnej ingerencji w treść umowy lub jej skutki prawne. Tym samym pozwala na nowo określić treść stosunku prawnego również poprzez redukcję danej klauzuli umownej. Dopuszczalność stosowania redukcji wynika z konstrukcji sankcji za naruszenie ustawy, przewidzianej w przepisach art. 15:102 PECL lub art. II-7:302 DCFR. Przemawia za tym sformułowanie art. 15:102 pkt 2), zgodnie z którym, jeżeli przepis bezwzględnie wiążący nie przewiduje skutków jego naruszenia, umowa może również podlegać zmianie (zostać równolegle, zgodnie z tym przepisem, uznana za w pełni skuteczną, za częściowo skuteczną, za bezskuteczną). Przepis ten nie wyjaśnia kolejności działań i czy zachodzi konkurencja tych działań. Wydaje się, że zadecydują okoliczności konkretnego przypadku. W komentarzu do tego przepisu wskazuje się z perspektywy prawa holenderskiego na fakt, że art. 15:102 PECL wprowadza bardziej elastyczne rozwiązanie i swobodniejsze orzekanie o skutkach danego naruszenia.⁷⁴ Swobodę sędziego ogranicza się przepisem, który można określić jako dyrektywę stosowania sankcji cywilnej (por. art. 15:102 § 2 i § 3 PECL). Przyjmując wspomniany model tzw. ograniczonej i uporządkowanej sankcji sędziowskiej (*structured discretion*), jednocześnie nakłada się na sąd obowiązek uwzględnienia pewnych ustawowo określonych czynników.⁷⁵

ność umowy (*illegality*), zaprezentowana w 1999 r. w raporcie *Illegal Transactions: the Effect of Illegality on Contracts and Trusts* (Consultation Paper No 154). W roku 2009 r. nastąpiło zarzucenie tej koncepcji na gruncie prawa umów na rzecz dalszego rozwoju instytucji *illegality* w orzecznictwie (*case law*) - por. szerzej nowsze stanowisko angielskiej The Law Commission prezentowane na <http://www.lawcom.gov.uk/illegal>.

⁷³ H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles* [w:] *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp, E.H. Hondius (red.), wyd. 3, Kluwer Law International 2004, s. 420, O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmermann (red.), *Principles of European Contract Law. Part III*, Kluwer Law International 2003, s. 214.

⁷⁴ A.C. van Schaick [w:] *Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III)*..., s. 251.

⁷⁵ W oficjalnym komentarzu do PECL następuje odwołanie do ww. stanowiska angielskiej The Law Commission - por. O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmermann (red.), *Principles of European...*, Part III, s. 220-221.

Przepis art. 15:102 § 3 PECL ma charakter postulatu i jednocześnie dyrektywy w orzekaniu sankcji dzięki wskazaniu, że **decyzja sądu powinna być proporcjonalna i odpowiednia do naruszenia** oraz wymienia się w nim przykładowe kryteria, jakie mają zostać uwzględnione przy określaniu następstw naruszenia. Uzyskanie takiego rozstrzygnięcia, ma być osiągnięte poprzez uwzględnienie wszystkich istotnych okoliczności danego przypadku, w szczególności:

- 1.) cel naruszonego przepisu,
- 2.) kategorię osób, które przepis ma chronić,
- 3.) inne sankcje, które mogą wynikać z naruszenia tego przepisu,
- 4.) stopień naruszenia,
- 5.) charakter umyślny lub nieumyślny naruszenia,
- 6.) związek między umową a naruszeniem.

W komentarzu do ww. przepisu podkreśla się, że wykaz ten nie jest wyczerpujący ani też rozłączny, stąd może okazać się w praktyce, że będą okoliczności te stosowane równocześnie.⁷⁶ W nauce wyjaśnia się trafnie, że przepis ten nie zamyka sądu w alternatywie pomiędzy nieważnością a ważnością umowy lecz pozwala także na utrzymywanie jej w mocy - poprzez dokonanie modyfikacji w określonych warunkach.⁷⁷ Zmiana reformatoryjna opierać się zatem będzie na tych samych okolicznościach, co orzeczenie dotyczące dwóch podstawowych rozstrzygnięć.

Jak widać na powyższym przykładzie możliwość dokonania redukcji utrzymującej skuteczność opiera się na koncepcji uporządkowanej władzy dyskrecyjnej sędziego.

Sankcja sędziowska powoduje z kolei, że trudno jest przewidzieć efekt końcowy sporu. Można to uzasadnić tym, że niekiedy sędzia - obok skutków prawnych wynikających bezpośrednio z umowy - może określać również roszczenia związane z przywróceniem stanu poprzedniego (restytucyjne) oraz roszczenia odszkodowawcze.

Jako przykład można wskazać, że ocena kryterium ochronnego naruszonego przepisu, ustalenie rodzaj naruszonego interesu, może uprawniać sąd do jednostronnej sankcji braku skutków prawnych (ich nieważności) dla podmiotu odpowiedzialnego za naruszenie. Pozostawiać zaś sąd może pełną skuteczność dla

⁷⁶ Por. O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmermann (red.), *Principles of European...*, Part III, s. 216.

⁷⁷ R. Zimmermann [w:] *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, H.L. MacQueen, R. Zimmermann, Edinburgh University Press 2006, s.15, tenże: *The Principles of European Contract Law, Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundation for a New, European Scholarship of Private Law* [w:] *Beyond Borders. Perspectives on International and Comparative Law. Symposium in Honour of Hein Kötz*, Wolters Kluwer Deutschland 2006, s. 123.

osoby chronionej (tj. udzielenie pożyczki konsumentowi przez profesjonalistę naruszającego zakaz ustawowy, które to naruszenie powoduje, że wyłącznie konsument może dochodzić wykonania umowy albo roszczeń restytucyjnych i o odszkodowanie).⁷⁸ Może to budzić zrozumiałą niechęć. W polskim orzecnictwie wskazano, w dość zbliżonym stanie faktycznym, że takie podejście kreowałoby swoistą sankcję cywilną dla profesjonalisty, stąd należy możliwość taką wykluczyć.⁷⁹

Przy tak wytyczonym zakresie dyskrejonalnej władzy sądu nauka dopuszcza możliwość orzeczenia o ograniczeniu skutków prawnych umowy tylko w pewnym okresie czasu.⁸⁰

W odniesieniu do możliwości modyfikacji umowy przez sędziego wskazuje się, że rozwiązanie takie koresponduje np. z aktualnym orzecnictwem niemieckim, gdzie bez wyraźnej podstawy normatywnej - ocena sądu oparta jest głównie na dyskrejonalności - przyjęto możliwość odejścia od alternatywnego rozumienia skutków naruszenia ustawy (nieważność albo ważność), na rzecz utrzymania w uzasadnionych przypadkach umowy w zmienionej formie.⁸¹

Wśród innych okoliczności uwzględnianych przy stosowaniu sankcji sędziowskiej warto zwrócić uwagę na konieczność zbadania powagi naruszenia oraz umyślności naruszenia. W tym przypadku ujawnia się konieczność rozstrzygnięcia fundamentalnego problemu dla zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Kryterium to dotyczy trzech możliwych sytuacji: gdy obie strony nie miały świadomości naruszenia, miała ją tylko jedna ze stron albo wiedziały obie strony. Jeżeli jedna ze stron nie wiedziała oraz nie powinna była wiedzieć o naruszeniu, wówczas rozumienie tego kryterium zdaje się zmierzać w stronę całkowitego wykluczenia sankcji⁸². Zagadnienie to jest także aktualne w prawie polskim.⁸³

Odnosnie do instytucji modyfikacji umowy postuluje się, by zabieg ten dokonać w taki sposób, jakby umowa była od początku uformowana w przypadku równorzędnej pozycji stron. Modyfikacja skutków prawnych powinna być dopuszczalna wówczas, jeżeli przemawia za tym dyspozycja naruszonego przepisu, a uzasadnieniem jego obowiązywania jest ochrona jednej ze stron umowy. Ponadto

⁷⁸ Por. H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality...*, s. 422.

⁷⁹ Tak ww. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r.; III CZP 62/2007; publ. LexPolonica nr 1468665.

⁸⁰ O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmermann (red.), *Principles of European...*, Part III, s. 216.

⁸¹ Tak R. Zimmermann [w:] *European Contract Law: Scots...*, s. 15.

⁸² Por. H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality...*, s. 423.

⁸³ Tak w zacytowanym wyroku SN z 28.10.2005 r., II CK 174/05, OSNC Nr 9/2006 r., poz. 149. Orzeczenie to trafnie krytycznie oceniono w nauce prawa - por. szerzej M. Gutowski, *Glosa do wyroku SN z 28.10.2005 r., II CK 174/05*, Monitor Prawniczy 2007, nr 18, P. Księżak, *Glosa do wyroku SN z 28.10.2005 r.*, Monitor Prawniczy 2007, nr 23.

ważność umowy powinna być zgodna z interesem lub wartościami, które ma chronić naruszony przepis. W innych przypadkach nie będzie dostatecznie doniosłych powodów za utrzymaniem w mocy umowy. Po stwierdzeniu nieważności umowy strony mają możliwość zawsze zawarcia ponownego ważnego kontraktu.⁸⁴

Podobnie powyższą konstrukcję utrzymano w praktycznie identycznej formie, w *Common Frame of Reference*. Model sędziowskiej kompetencji opiera się także na ograniczonej i jednocześnie „uporządkowanej” uznaniowości. Czynniki, jakie sąd musi rozważyć, są identyczne jak w PECL (por. art. II-7:302 § 2 i 3 DCFR). Zgodnie z art. II-7:302 § 2 DCFR, sąd ma następujące możliwości decyzji:

- a.) uznać umowę za ważną,
- b.) unieważnić ze skutkiem wstecznym umowę, w całości lub części,
- c.) lub zmienić umowę lub jej skutki prawne.

Prawo do adaptacyjnej zmiany umowy - a co za tym idzie - także do redukcji utrzymującej skuteczność wydaje się stanowić pewien dogmat w najnowszym podejściu do następstw pewnych naruszeń, sankcjonowanych nieważnością *ab initio*.

Widoczne jest to także w najnowszej wersji: *Revised Principles of European Contract Law*, która przy okazji prac nad *Common Frame of Reference* została zaproponowana przez jedną z grup badawczych: *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française & Société de Législation Compare* (AHC-SLC Group).⁸⁵

Zasady Grupy AHC-SLC proponują w przypadku sankcji sędziowskiej dość znaczną modyfikację rozwiązań *The Principles of European Contract Law*, a tym samym kontrastują z projektem *Common Frame of Reference*. Zgodnie z art. 4:304 ust. 2 *Revised PECL*, jeżeli naruszony przepis nie jest zagrożony żadną sankcją wadliwości, określenie sankcji, która powinna być zastosowana - określenie zakresu braku skutków prawnych umowy - następuje w oparciu o zasadę reakcji proporcjonalnej. Przepis ten nakazuje, aby brak skutków prawnych był proporcjonalny do tego co jest wymagane, dla naprawienia interesów, w których wyrządzono uszczerbek. Sankcja może dzięki temu polegać na całkowitej lub częściowej tzw. bezskuteczności umowy. Zachowano przy tym uprawnienie sądu do dokonania modyfikacji umowy jako równoprawnej sankcji za naruszenie *ius cogens*.⁸⁶

⁸⁴ A.C. van Schaick [w:] *Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III)*..., s. 251.

⁸⁵ Szerzej na temat prac grupy AHC-SLC por. B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud [w:] J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials*..., s. XXVII-XXVIII.

⁸⁶ Por. art. 4:304 *Revised PECL*: [Identification of the Applicable Sanction (modification of article 15:102 (I) and (2): Contracts Infringing Mandatory Rules - PECL)]: (1) *An illegal contract is, in principle, subject to the sanction provided for by the mandatory rule which has been infringed.* (2) **if the infringed mandatory rule does not provide for an**

Jak widać nie ma żadnych przeszkód, aby redukcję utrzymującą skuteczność oprzeć na takiej - dość ogólnikowej - podstawie prawnej. Sposób kodyfikacji uprawnienia sądu do redukcji może opierać się także na wykorzystaniu znacznie bardziej transparentnego rozwiązania *Draft Common Frame of Reference*. Jednakże zachowanie sądu w obu trybach stosowania redukcji opierać się będzie głównie na zasadzie *non ratione imperii, sed imperio rationis*, wobec niemożliwości bardziej szczegółowego ustawowego unormowania tej odmiany nieważności częściowej. **Z tej ostatniej przyczyny propozycja art. 101 § 3 projektu z 2008 r. może być uznana za równorzędną do ww. propozycji prawa modelowego.**

II.4. Uwagi o redukcji utrzymującej skuteczność *de lege lata* w prawie polskim

W prawie polskim co do zasady przyjmuje się możliwość zastosowania redukcji utrzymującej skuteczność, najczęściej doktryna odwołuje się do koncepcji zaproponowanej przez F. Zolla. Można ją uznać za reprezentatywną dla obecnego stanowiska prawa polskiego. Autor przypomniał, że na tle przesłanek tzw. częściowej nieważności czynności prawnej powstaje problem ustalenia zakresu czynności prawnej podlegającej tej sankcji. Zagadnienie to dotyczy bowiem ustalenia czy sankcja nieważności bezwzględnej dotyczy samego postanowienia, jako części redakcyjnej czynności prawnej, czy sankcja obejmuje tzw. normatywną część czynności prawnej.⁸⁷

F. Zoll trafnie przyjmuje, że utrzymanie czynności prawnej w pozostałej części w mocy dotyczy normatywnej zawartości czynności prawnej. Zwraca uwagę, że pojęcie części czynności prawnej może dotyczyć jedynie „normatywnej części”, nie zaś tekstu związanego z określoną redakcją czynności prawnej. Autor trafnie podkreśla, że jednostki redakcyjne nie mają mocy prawnej, stąd z danej klauzuli umownej mogą wynikać dające się rozgraniczyć normy prawne.⁸⁸

F. Zoll za cel podstawowy tej instytucji uznaje ochronę strony umowy przed niekorzystnym skutkiem zastosowania nieważności częściowej.⁸⁹ Autor zauważa, że drugim sposobem uzyskania takiej ochrony może być dokonanie oceny skutków zachowania ważności części umowy - w szczególności jej weryfikacja *ex post* - pod względem tego czy nieważność częściowa nie przyznaje stronie umowy korzyści nieuzasadnionych w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego

applicable sanction, the contract may be rendered either totally or partially ineffective, or even be modified. The scope of the ineffectiveness must be proportional to what is required to make good the damaged interests.

⁸⁷ F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 9.

⁸⁸ F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 12, 13.

⁸⁹ F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 10.

go. Autor zwraca uwagę, że należałoby wówczas wyróżnić sankcję inną niż nieważność bezwzględna. F. Zoll wyjaśnia istotę zabiegu redukcji, że jest to ocena ważności czynności prawnej dokonywana *ex ante*, która prowadzi w konsekwencji do podobnego rozstrzygnięcia, jak ocena *ex post*.⁹⁰

Powyższe zagadnienie można uznać za kluczowe w praktyce stosowania redukcji utrzymującej skuteczność. Trudno przyjąć, że w razie sporu sędzia po minie ocenę całokształtu okoliczności pozwalających na ocenę, jakie znaczenie ma redukcja klauzuli do poziomu niewadliwego, a jakie doprowadzenie do stanu nieważności całej klauzuli umownej. W tym ostatnim przypadku może pojawić się dalszy problem, którym jest ewentualny wpływ nieważności całej klauzuli na ważność pozostałej części umowy.

Należy zauważyć, że możliwość uwzględnienia okoliczności *ex post* dla ważności umowy unormowano w przywołanych powyżej art. 15:102 ust. 3 i art. 7:302 ust. 3 DCFR, gdzie wyjątkowo, ale wprowadza się możliwość naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących na etapie wykonania umowy i zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej.⁹¹ Ocena *ex post* dla ważności umowy dopuszczalna jest także wg projektu nowego rozdziału o nielegalności umów *UNIDROIT PICC* z 2008 r. Zgodnie z art. 1 i art. 3 wykonanie umów może naruszać fundamentalne zasady systemu prawnego lub przepisy bezwzględnie obowiązujące i prowadzić do nielegalności umowy częściowej lub całkowitej, powodującej tzw. bezskuteczność umowy.⁹²

Pomijając ogólną podstawę do dokonania redukcji należy podkreślić, że instytucja ta może być stosowana *in casu* w odniesieniu do każdego przypadku, gdzie co do zasady zastosowanie znajduje sankcja nieważności bezwzględnej. Na gruncie prawa spółek przyjmuje się, że określenie wyższej wartości kapitału docelowego, niż dopuszcza art. 444 § 3 k.s.h., stanowi podstawę do odmowy wpisania spółki (bądź zmiany statutu) do rejestru przez sąd. Jeżeli mimo tej wadliwości wpis zostanie dokonany, należy uznać, że postanowienie jest skuteczne, ale jego zakres jest ograniczony do maksymalnej wysokości przewidzianej przez art.

⁹⁰ Por. szerzej, F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 10-11. F. Zoll stwierdza, że takiej sankcji w zasadzie prawo polskie nie zawiera, za wyjątkiem art. 484 § 2 k.c., który przepis można uznać za szczególny przypadek sankcji wynikającej z oceny *ex post* - ocena postanowienia o karze umownej dokonywana jest *ex post*.

⁹¹ Por. np. O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmerman (red.) *Principles of European... Part III*, s. 214 i n. Podobnie, jak ww. przepisy PECL i DCFR, kwestie znaczenia wykonania dla oceny ważności reguluje w doktrynie amerykańskiej § 178 pkt 3 oraz § 184 *Restatement (Second) Of Contracts*.

⁹² Tak M. Furmston w komentarzu do art. 1 opublikowanym na <http://www.unidroit.org>. Projekt ten został znacznie zmodyfikowany w toku dalszych prac.

444 § 3 k.s.h.⁹³ Natomiast w przypadku przekroczenia granic uprzywilejowania wskazanych w art. 196 k.s.h. przyjmuje się, że sankcja nieważności bezwzględnej obejmuje postanowienia umowy spółki wyłącznie w części przyznającej niedozwolone uprzywilejowanie; bez odnoszenia sankcji do całości postanowienia umowy o uprzywilejowaniu udziału.⁹⁴

W przypadku naruszenia art. 83 Prawa upadłościowego i naprawczego,⁹⁵ (*nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły*), polegającego na sprzecznej z ww. przepisem klauzuli w umowie najmu (przewidującą np. rozwiązanie umowy) przyjęto, że zamiast sankcji nieważności bezwzględnej całej klauzuli, można dzięki redukcji przyjąć ograniczenie zakresu jej zastosowania i nadać jej tę treść, że dotyczy ona jedynie przypadku ogłoszenia upadłości likwidacyjnej najemcy.⁹⁶

Pewne elementy redukcji można zidentyfikować w miarkowaniu kary umownej, jeżeli taki zabieg opierać się będzie na przesłance rażącego wygórowania kary umownej (art. 484 § 2 *in fine* k.c.) oraz zmniejszenia świadczenia uzyskanego (art. 388 k.c.). Zabieg redukcji jest tutaj powiązany z ukrytym zarzutem sprzeczności z normami moralnymi żądania spełnienia świadczenia wedle pierwotnej treści zobowiązania.⁹⁷ Uwaga ta łączy się z tym, że redukcja utrzymująca skuteczność związana jest z wadliwością skutków prawnych i niedozwoloną treścią normatywną czynności prawnej, która powoduje ich powstanie. Różnicą jest to, że w powyższych przypadkach brak jest formalnej możliwości dokonania zmiany treści danej klauzuli umownej, a wyłącznie redukowane są skutki prawne w zakresie praw i obowiązków stron.

Analizując szereg rozwiązań ustawowych można zauważyć, że niektóre przepisy przewidują swoisty zabieg redukcji *ex lege*. Taki sam efekt może wynikać z istoty regulacji semiimperatywnej.

⁹³ Tak K. Kohutek, A. Rachwał, M. Spyra, M. Wyrwiński, *Spółka akcyjna i spółka komandytowo-akcyjna*, Warszawa 2005, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (wersja LexPolonica, Rozdział VI, pkt 4, uw. 6) z powołaniem się na pogląd M. Romanowskiego (M. Romanowski, *Kapitał docelowy*, PPH 2002, nr 8, s. 4).

⁹⁴ Tak M. Wyrwiński, F. Zoll (red.), *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2004, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, (wersja LexPolonica: rozdział II, pkt 3, uw. 6).

⁹⁵ Dz.U. z 2003, nr 60, poz. 535, z późn. zm.

⁹⁶ A. Grzywacz, M. Rusinek, M. Porzycki, F. Zoll (red.), *Najem lokalu użytkowego*, Warszawa 2003, LexPolonica, rozdział 15, pkt 2.

⁹⁷ Podobnie o tym aspekcie redukcji wypowiada się M. Cumyn, *Nullity Of Contracts in Québec...*, s. 9 (uw. 36 i 38).

W polskiej nauce wypowiedziano się także w kwestii dopuszczalności redukcji w umowach z udziałem konsumentów. Jest to część ogólnego zagadnienia związanego z możliwością stosowania redukcji utrzymującej skuteczność w przypadku klauzul jednostronnie narzuconych.

W piśmiennictwie generalnie odrzucono redukcję w przypadku umów zawieranych w obrocie konsumenckim. Na uzasadnienie przywołuje się argument wynikający z samej treści przepisów kodeksowych. Podkreśla się, że w świetle przepisu art. 385¹ § 1 k.c. możliwość taka jest wykluczona, ponieważ niedozwolone postanowienie umowne nie wiąże w całości konsumenta. Nie jest możliwe zastosowanie sankcji bezskuteczności jedynie w zakresie niedozwolonej treści. Byłoby to także sprzeczne z obowiązkiem jednoznacznego określenia wzorców umownych stosowanych w obrocie konsumenckim, a redukcja powodowałaby, że konsument nie mógłby zorientować się o zakresie swoich praw i obowiązków. W konsekwencji wykluczona poprzez sankcję klauzula może zostać jedynie zastąpiona poprzez dyspozytywny przepis prawa.⁹⁸

Redukcja w powyższym przypadku została także wykluczona w sposób pośredni w orzecznictwie, gdzie wyjaśniono, że w świetle art. 385¹ § 1 i 2 k.c. ingerencja sądu w treść stosunku umownego łączącego strony ma charakter negatywny oraz nie może doprowadzić do zwichnięcia równowagi kontraktowej. Zwrócono uwagę, że badanie zakresu uznania określonych postanowień umowy za niedopuszczalne powinno uwzględniać, że art. 385 § 2 k.c. wyklucza odwołanie się do art. 56 k.c., jako instrumentu uzupełnienia treści stosunku umownego.⁹⁹

Na tle tego ostatniego orzeczenia ujawnia się kolejne zagadnienie, jakim jest problem redukcji utrzymującej skuteczność w kontekście sędziowskiej modyfikacji treści umowy. Powstaje tutaj poważna wątpliwość, jak dalece sąd może wejść w kompetencję stron umowy.

Na tle omawiania roli sądu w ustalaniu treści umowy stron pojawiło się piśmiennictwie zastrzeżenie przeciwko redukcji, z powołaniem się na przyznanie nadmiernej władzy dyskrecjonalnej sądowi. Zostało to m.in. uzasadnione wskazaniem, że naruszenie ustawy powinno niekiedy powodować nieważność klauzuli

⁹⁸ Por. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, wyd. 2, C.H. Beck 2002, s. 343, M. Bednarek [w:] *System Prawa Prywatnego...*, Tom 5, s. 643, 666. Podobnie przyjął F. Zoll, który przy tym wskazał, że zasada *contra proferentem* nakazuje ponadto odrzucenie wykładni utrzymującej skuteczność - F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 13-14.

⁹⁹ Tak przywołana wcześniej uchwała SN z dnia 29 czerwca 2007 r.; III CZP 62/2007. W piśmiennictwie trafnie zauważono, że odrzucenie redukcji przez SN powoduje pogorszenie sytuacji chronionego konsumenta, ponieważ zarówno uznanie klauzuli za abuzywną, jak i rezygnacja ze stosowania tzw. sankcji bezskuteczności nie oznacza rezultatu korzystnego w okolicznościach rozpatrywanej sprawy – tak M. Szczepańska, *Glosa do uchwały SN z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07*, LEX 2009.

umownej bez możliwości utrzymania jej częściowej skuteczności; zwłaszcza, gdy takie postanowienie umowy jest wynikiem nadużycia pozycji kontraktowej jednej ze stron.¹⁰⁰ Zamiast redukcji zaproponowano, aby uzasadnieniem sądowego ustalenia treści umowy było wykorzystanie zasad współżycia społecznego *ex art.* 56 k.c. dla uzupełnienia umowy.¹⁰¹

Wydaje się, że powyższa propozycja zmierza raczej w stronę przyjęcia dopuszczalności redukcji. Proponowane rozwiązanie efektywnie prowadzi do redukcji niedozwolonej treści do dopuszczalnego poziomu wskutek oznaczenia przez sąd nowych praw lub zobowiązań stron. Redukcja wchodzi w rachubę dla zablokowania niedozwolonych skutków prawnych wskutek przekroczenia w danym postanowieniu czynności prawnej zakresu dopuszczalnej treści normatywnej. Jeżeli zachowanie dozwolonych skutków prawnych może być osiągnięte dwutorowo: poprzez redukcję lub uzupełnienie treści umowy po formalnym usunięciu danej klauzuli, to zastosowanie redukcji wydaje się znacznie mniej kłopotliwym rozwiązaniem. Pozwala także na uniknięcie dość sztucznego zabiegu, gdzie uprzednio należy uznać za nieważną daną klauzulę, a następnie określić jej treść w innym formalnie trybie.

Należy przy tym zastrzec, że w procesie wykładni umowy, wymuszonej nieważnością częściową, art. 56 k.c. pełni istotną rolę, m.in. mówiąc, jakie należy wiązać, w ramach dopuszczalnych granic, skutki z przejawioną wolą stron. W orzecznictwie przyjęto, że zastosowanie art. 56 k.c. może mieć skutek bardzo istotny dla uratowania ważności umowy, np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2006 r.¹⁰² uznano, że niewskazanie podstaw do ustalenia ceny nie zawsze powoduje, że umowa sprzedaży nie dochodzi do skutku, ponieważ rozważenia wymaga możliwość zastosowania art. 536 § 2 k.c., którego celem jest utrzymanie w mocy umowy sprzedaży, jeżeli tylko z oświadczeń woli wynika, że strony miały zamiar doprowadzenia do powstania stosunku zobowiązaniowego¹⁰³.

¹⁰⁰ Ł. Węgrzynowski, *Sądowe ustalanie treści stosunku umownego*, PPH 2007, nr 5, s. 46 - s. 47.

¹⁰¹ Por. szerzej Ł. Węgrzynowski, *Sądowe ustalanie...*, s. 47-49. Autor konsekwentnie wyjaśnił, że jeżeli potrzeba uzupełnienia umowy jest następstwem nieważności częściowej, sądowa rekonstrukcja jest ułatwiona, ponieważ nieważna klauzula jest swoistym dowodem do oceny, jaka była wola stron. Taka rekonstrukcja mogłaby osłabiać zarzut, że odwoływanie się do zasad współżycia społecznego narusza autonomię woli stron

¹⁰² III CSK 349/2006, publ. LexPolonica nr 1096148.

¹⁰³ Cz. Żuławska [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom I, Warszawa 2007 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (wyd. VIII LexPolonica), w komentarzu do art. 536 k.c. podkreśla, że w przypadku skutków nieokreślenia ceny, umowa nie dochodzi do skutku na skutek nieziszczenia się warunku zawieszającego, od którego strony uzależniły powstanie skutków tej czynności prawnej. Autorka odrzuca stanowisko przyjmujące sankcję nieważności bezwzględnej, ponieważ nie jest to zgodne z zasadą

II.5. Szczególne przypadki redukcji utrzymującej skuteczność w aspekcie przydatności jej pozytywnej kodyfikacji

Pewne wnioski dla oceny projektowanej podstawy prawnej można wyciągnąć z analizy przypadków nieco odmiennych od klasycznej formuły redukcji. Warto je pokrótce prześledzić.

II.5.1. Nieważność ilościowa

Zgodnie z wcześniejszymi uwagami należy redukcję uznać za formę jakościowej nieważności w odróżnieniu od tzw. nieważności ilościowej. Polega ona na zmniejszeniu lub zwiększeniu takich postanowień czynności prawnej, które odbiegają od poziomu dopuszczalnego ustawowo lub określonego na mocy kryterium równowagi kontraktowej, czyli w oparciu o wnioskowanie słusnościowe.

W prawie polskim nieważność częściowa łączy się z nieco innym zagadnieniem, którym jest instytucja zastrzeżenia odmiennego skutku niezgodności z ustawą, o którym mowa w art. 58 k.c. *in fine*. Zastrzeżenie to pozwala na taką formę modyfikacji cech modelowych sankcji nieważności bezwzględnej, by w efekcie doszło do tzw. nieważności ilościowej danej klauzuli umownej. Przykładem takiej modyfikacji jest np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., w którym sąd, uznając za sprzeczne z zasadą równości stron nierównomierne uregulowanie umowne, dokonał redukcji ilościowej zobowiązania jednej ze stron, w celu zrównania z pozycją drugiej strony umowy.¹⁰⁴

Przy redukcji ilościowej, w szczególności związanej ze zmianą wartości kwotowej w wyniku zastosowania częściowej nieważności, trudno jest wytyczyć jedną zasadę takiego ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej *in abstracto*. Dodatkowo zagadnienie to często można rozpatrywać na gruncie skutków prawnych wyzysku, więc redukcja wadliwej klauzuli odchodzi na dalszy plan.

Porównywalny sposób częściowego ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej można wyszukać także na gruncie zastrzegania wygórowanych odsetek w umowie. W judykaturze przyjęto, że określone postanowienie jest nieważne tylko w takiej części, w jakiej narusza zasady współżycia społecznego.¹⁰⁵ Takie

benigna interpretatio oraz z regułą minimum konsensu, na której to podstawie do zaistnienia umowy nie jest konieczne uzgodnienie wysokości ceny w konkretnej kwocie.

¹⁰⁴ I ACa 1909/2005, publ. LexPolonica nr 1189316, Sąd za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego uznał odsetki za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego w wysokości 2% dziennie, czyli 750% rocznie, gdy kontrahent sankcjonowany był karą umowną w rozmiarze czterokrotnie mniejszym za naruszenie terminu dla spełnienia świadczenia niepieniężnego.

¹⁰⁵ Por. np. wyrok SN z dnia 8 stycznia 2003 r. (II CKN 1097/2000, publ. LexPolonica nr 358498) stwierdzający, że postanowienie umowy zastrzegające rażąco wygórowane odsetki jest nieważne w takiej części, w jakiej, w danych okolicznościach sprawy, zasady

podejście odpowiada rozwiązaniu *Common Frame of Reference* w przypadku naruszenia zasad fundamentalnych (art. II-7:301 DCFR).

Zastosowana nieważność częściowa z odwołaniem się do naruszenia zasad współżycia społecznego w tym konkretnym przypadku straciła aktualność wskutek zmiany prawa. Ważna pozostała jednakże tendencja do stosowania mechanizmu redukcji przy wadliwości klauzuli czynności prawnej wynikającej z naruszenia równowagi kontraktowej.¹⁰⁶ Uzupełnienie treści umowy, jak się wydaje, nastąpiło w oparciu o przepisy ogólne, tj. art. 56 i 65 k.c.

Równocześnie należy podkreślić, że niekiedy w polskim piśmiennictwie wskazuje się, że zgodnie z art. 58 § 2 k.c. nie jest możliwe dokonanie takiego zabiegu, ponieważ z mocy art. 58 § 2 k.c. interpretacja sądu sprowadziłaby się do tego, by najpierw uznać klauzulę umowną za niedopuszczalną ze względu na naruszenie zasad współżycia społecznego, a następnie określić jej treść w oparciu o reguły słusznościowe (zasady sprawiedliwości kontraktowej).¹⁰⁷

Zapratyrywania takie są zbytnim uproszczeniem omawianej instytucji prawnej. Zabieg redukcji ma na celu niedopuszczenie do powstania skutków prawnych zamierzonych przez strony, jeżeli te oznaczają przekroczenie poziomu akceptowanego przez system prawny. Jednocześnie możliwe jest uznanie części treści normatywnej danej klauzuli za niewadliwą. W tej ostatniej ocenie kryje się niekiedy złożony i wieloetapowy proces wnioskowania w ramach sędziowskiej kompetencji do tej odmiany modyfikacji cech sankcji nieważności bezwzględnej i dopuszczalności jej ograniczenia na mocy art. 58 § 3 k.c. (tzw. nieważności częściowej). Aktualna jest tutaj ocena poprzez wnioskowanie redukcyjne: dozwolone skutki prawne wynikają z części klauzuli, która wyodrębniona jest pojęciowo, wskutek niemożliwości przeprowadzenia zabiegu prostego oddzielenia. Czy takie jakościowe i pojęciowe wyodrębnienie dozwolonej części będzie opierać się na wcześniejszym formalnym uznaniu wadliwej klauzuli za nieważną, czy na pominięciu tej kwestii i wskazaniu jakie skutki prawne uznaje się za niedozwolone, ma

współżycia społecznego ograniczają zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 2 i 3 k.c.) lub wyrok SN z dnia 23 czerwca 2005 r. (II CK 742/2004, publ. LexPolonica nr 1611388), gdzie przyjęto, że postanowienia umów zastrzegające nadmierne odsetki nie stają się nieważne w całości, a jedynie co do nadwyżki, a nieważność części umowy w przedmiocie wysokości odsetek wywołuje skutek, jak gdyby wysokość ta nie była w inny sposób oznaczona. Podobnie wyrok SN z dnia 27 lipca 2000 r., IV CKN 85/2000, publ. LexPolonica nr 348273.

¹⁰⁶ Aktualnie, wskutek zmiany przepisów (z dniem 20.02.2006 r. - na mocy art. 1 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2005, nr 157, poz. 1316) postanowienia sprzeczne z zakazem zastrzegania odsetek przekraczających ustawową granicę ulegają ustawowej konwersji na odsetki maksymalne - art. 359 § 2² k.c. (lub redukcji do poziomu dopuszczalnego).

¹⁰⁷ Por. Ł. Węgrzynowski, *Sądowe ustalanie...*, s. 47.

znaczenie wyłącznie z punktu widzenia kompetencji i zakresu uznaniowej władzy sądu. Efekt jest bowiem ten sam, jednak jeden ze sposobów może być uznany za przekroczenie granic uznaniowości sądu, wyłącznie z zarzutem prawotwórczej wykładni przesłanek art. 58 § 3 k.c.

W efekcie tego typu wątpliwości stanowią kolejny argument przemawiający za wprowadzeniem podstawy prawnej do dokonywania redukcji utrzymującej skuteczność.

II.5.2. Wykładnia utrzymująca skuteczność

Wykładnia utrzymującą skuteczność jest przez F. Zolla uznawana za przejaw „znacznie łagodniejszej postaci” redukcji utrzymującej skuteczność. Określenie to zarówno trafnie definiuje naturę prawną, jak zarazem określa relację obu instytucji. Autor powołuje jako podstawę prawną tej odmiany wykładni art. 65 § 1 i § 2 k.c. W drodze wykładni utrzymującej skuteczność możliwe jest przyjęcie, że kwestionowana część umowy pod względem ważności może zostać uznana za ważną.¹⁰⁸

W doktrynie niemieckiej wykładnia utrzymująca skuteczność (*geltungserhaltende Auslegung*) ujmowana jest jako wynik łączonego zastosowania częściowej nieważności (§ 139 BGB) i konwersji (§ 140 BGB). Stanowisko prawa niemieckiego sprawdza się - w pewnym skrócie - do poglądu, że obie te instytucje nie muszą być stosowane niezależnie od siebie, czy też jedna po drugiej, lecz wchodzą w relacje między sobą i oba te mechanizmy wzajemnie się przenikają, względnie mogą się uzupełniać.¹⁰⁹ Ponadto - omawiając wspólne cechy reguł częściowej nieważności i konwersji - wskazuje się, że normy prawne, które wynikają z treści § 139 i § 140 BGB wychodzą z założenia, że strony przy zawarciu umowy nie przewidziały okoliczności sankcjonowanych stanem nieważności *ex lege* (w szczególnych przypadkach reguły § 139, § 140 BGB mają zastosowanie nawet przy świadomości naruszenia sankcjonowanego nieważnością bezwzględną) ale nie dokonały niewadliwej czynności prawnej. Podkreśla się, że obie instytucje promują kryterium hipotetycznej woli stron jako czynnika determinującego decyzję w kwestii ryzyka losu prawnego umowy (całkowite unieważnienie lub utrzy-

¹⁰⁸ Por. szerzej F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 10, 14.

¹⁰⁹ Por. szerzej H. Heiss, *Formmängel...*, s. 214 i cytowana przy tej okazji literatura przedmiotu. Autor podkreśla, że rozdzielanie tych instytucji przez zastosowanie alternatywne lub użycie następujące jedno po drugim (najpierw częściowa nieważność, potem konwersja) byłoby chybione i niezgodne z ich istotą. W nauce niemieckiej jest sygnalizowany spór co do kolejność zastosowania ww. przepisów, co ww. Autor komentuje stwierdzeniem, że wszystko jedno czy § 139 BGB prowadzi do nieważności łącznej czy częściowej, treść nieważnych części umowy jest dostępna po konwersji.

manie danej części umowy).¹¹⁰ Na tle relacji uregulowań przesłanek nieważności częściowej i konwersji (§ 139, § 140 BGB) w doktrynie niemieckiej formułuje się - jako ogólnie obowiązującą - zasadę stosowania wykładni utrzymującej skuteczność. Jej odmianą jest wykładnia zapewniająca zgodność z ustawą (*gesetzeskonforme Auslegung*) oraz wykładnia zapewniająca zgodność ze zwyczajami (*sittenkonforme Auslegung*).¹¹¹

Przyjmuje się, ponadto że wykładnia utrzymująca skuteczność nie może być stosowana przy czynnościach nieważnych z braku wymaganej formy. H. Heiss podkreśla, że nie jest możliwe, aby przy tego typu wadliwości ustalono czynność prawną, która zostałaby zawarta przy zachowaniu formy. Dlatego wykładnia utrzymująca skuteczność (tj. jej podtyp: *gesetzeskonforme Auslegung*) przy przepisach określających formę powoduje w efekcie przyjęcie, że czynność prawną w ten sposób dopasowuje się do ustawowego przepisu o formie. W konsekwencji możliwe jest utrzymanie w mocy czynności prawnej, ale wyłącznie takiej, która nie jest objęta wymogiem określonej formy i zarazem odpowiada hipotetycznej woli stron.¹¹² Można doprecyzować, że przy takich wypowiedziach widoczny jest wpływ abstrakcyjnej siatki pojęciowej, ponieważ poprzez tą metodę wykładni chodzi bardziej o utrzymanie w mocy skutków prawnych, wynikających ze złożenia oświadczeń woli.

Związki wykładni utrzymującej skuteczność z konwersją są też widoczne w wypowiedziach polskich doktryny, choć nie formułuje się ich *expressis verbis*. Przykładem jest wypowiedź T. Wiśniewskiego dotycząca konsekwencji umówienia się stron umowy agencyjnej na zakaz konkurencji po rozwiązaniu umowy bez określenia okresu obowiązywania klauzuli o zakazie konkurencji, tj. z naruszeniem jednej z przesłanek ważności określonych przez art. 764⁶ zd. 2 k.c. Autor - w przypadku braku określenia tego okresu w umowie albo gdyby ograniczenie to zastrzeżono na okres przekraczający dwa lata - przyjmuje, że należy odrzucić możliwość konwersji polegającej na przyjęciu, że zakaz konkurencji ma trwać dwa lata. Jako uzasadnienie wskazuje literalne brzmienie art. 764⁶ § 2 k.c., które zdaniem T. Wiśniewskiego powoduje, że zakres czasowy zakazu konkurencji ma charakter *essentiale negotii*; jako składnik tego typu zastrzeżenia umowy agencyjnej. Zdaniem Autora, nie można zastosować reguły art. 58 § 1 k.c. *in fine*, ponieważ w razie takiego naruszenia brak jest przepisu ustawowego, który przewidywałby wystąpienie takiego skutku, a dodatkowo ze względu na przedmiotowo

¹¹⁰ H. Heiss, *Formmängel...*, s. 214-215.

¹¹¹ H. Heiss, *Formmängel...*, s. 215, a także przywołany tam główny twórca tej koncepcji J. Hager (w pracy doktorskiej: J. Hager, *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, München, C.H. Beck 1983).

¹¹² H. Heiss, *Formmängel...*, s. 215-217.

istotny charakter tego elementu czynności prawnej, odpada też możliwość zastosowania art. 58 § 3 k.c.¹¹³

Powyższe uwagi stanowią uzasadnienie dla wprowadzeniem pozytywnej podstawy prawnej do dokonania redukcji utrzymującej skuteczność. Jednocześnie skłaniają do określenia - jako jednej z przesłanek jej stosowania - okoliczności subiektywnej. W tym ostatnim przypadku chodzi o to, że stanowisko T. Wiśniewskiego miałoby swe uzasadnienie, jeżeli zakaz działalności konkurencyjnej został narzucony i strona słabsza w ogóle nie miała faktycznej zdolności co do jego negocjowania. Względy dogmatyczne mogłyby uzasadniać odrzucenie redukcji ze względu na osłabienie funkcji odstraszałającej sankcji nieważności bezwzględnej. Jej brak potęguje także niepewność sytuacji uczestników sporu w stosowaniu przez sędziego ogólnej formuły częściowej nieważności.

Kolejnym wnioskiem jest fakt, że bez podstawy prawnej wykładnia utrzymująca skuteczność, jako podtyp redukcji utrzymującej skuteczność, byłaby obciążona ryzykiem zarzutów o jej charakterze prawotwórczym czy *contra legem*, itp. (podobnie rzecz się ma w przypadku zalet ustawowej podstawy do konwersji tzw. nieważnej czynności prawnej, która rozstrzyga spór o jurekcyjną naturę prawną konwersji).

Warto także odnotować znaczenie problemu związanego z rozumieniem relacji zasady podstawienia (substytucji) z art. 58 § 1 *in fine* k.c. do przesłanek nieważności częściowej, który należy rozstrzygać za pomocą redukcji lub wykładni utrzymującej skuteczność. Jedynie wyraźne wykluczenie w przepisie ustawy, jak np. w przypadku niedozwolonych klauzul w umowach konsumenckich, może uzasadniać dopuszczalność odrzucenia *a limine* ww. możliwości zachowania w mocy skutków prawnych klauzuli umownej za pomocą redukcji jej treści do poziomu zgodnego z ustawą.

Redukcję oraz wykładnię utrzymującą skuteczność należy odróżnić od sytuacji wykładni na rzecz dłużnika (*in favorem debitoris*). Różnica jednak polega wyłącznie na tym, że wykładnia na rzecz dłużnika będzie aktualna w każdym przypadku, natomiast redukcja lub wykładnia utrzymująca skuteczności, jedynie jeżeli będziemy mieć do czynienia z wadliwością klauzuli czynno-

¹¹³ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2007 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (wydanie VIII *LexPolonica*), komentarz do przepisu art. 764⁶ § 2 k.c. Odmienne przyjmuje na tle naruszenia tego przepisu K. Włodarska (K. Włodarska, *Umowa agencyjna*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008; wersja *LexPolonica*, rozdział VII pkt 2), która uznaje, że możliwe jest zastosowanie redukcji utrzymującej skuteczność do wszystkich przypadków, w których układ sił między stronami umowy jest zróżnicowany. Autora trafnie uznaje, że w sytuacji, gdy klauzula zakazu konkurencji jest klauzulą jednostronnie narzuconą, można uznać jej całkowitą nieważność.

ści prawnej. Może więc w praktyce wystąpić przypadek, że zastosowanie redukcji będzie przypadkiem wykładni na korzyść dłużnika. Należy mieć także na uwadze, że cechą wykładni *in faworem debitoris* jest m.in. jednostronne nastawienie na jego rzecz, stąd praktyczne pole zastosowań tej odmiany wykładni jest często wykluczone w przypadkach, gdzie strony występują w roli dłużnika i wierzyciela jednocześnie.¹¹⁴

II.5.3. Dokonanie redukcji utrzymującej skuteczność na mocy instytucji zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia ustawy

Cel poniższych uwag dotyczy krótkiego przedstawienia miejsca redukcji utrzymującej skuteczność wśród innych form ograniczenia zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem wadliwej części czynności prawnej. Kluczowe w tym przypadku jest rozumienie instytucji zastrzeżenia odmiennego skutku niezgodności z ustawą oraz obowiązywanie przepisów dyspozytywnych lub semiimperatywnych w danej sprawie. Zastrzeżenie innego skutku niezgodności z ustawą oznacza w istocie ukrytą konstrukcję częściowego lub całkowitego ograniczenia zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (bez stosowania przesłanek nieważności częściowej, o których mowa w art. 58 § 3 k.c.)

Powstaje konieczność oceny, z jaką modyfikacją można tutaj mieć do czynienia. Instytucja zastrzeżenia odrębnego skutku sprzeczności z ustawą opiera się na art. 58 § 1 k.c., który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że:

- a.) właściwy przepis przewiduje inny skutek, np. brak sankcji nieważności bezwzględnej lub samą modyfikację jej cech formalnych - np. poprzez zmianę trybu lub skutków prawnych jej zastosowania,
- b.) w szczególności inny skutek może polegać na tym, że na miejsce „nieważnych postanowień” czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

Znaczenie tej podstawy do modyfikacji cech formalnych i zasięgu zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej wzmocnione jest *expressis verbis* w projekcie Księgi pierwszej nowego Kodeksu cywilnego, gdzie art. 98 dobitniej niż to czyni art. 58 k.c. formułuje okoliczności uzasadniające taką modyfikację – poprzez przywołanie obok treści ustawy również jej celu. **Taka sytuacja powoduje, że cel ustawy może stanowić niezależną podstawę do redukcji utrzymującej skuteczność treści postanowienia czynności prawnej.** Sytuacja taka nastąpiła w prawie niemieckim i było to pewne remedium na problematyczną koncepcję hipotetycznej woli stron.

¹¹⁴ Na temat wykładni na korzyść dłużnika por. szerzej Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 2, s. 81-82.

Rola instytucji zastrzeżenia odmiennego skutku niezgodności z ustawą jest w projekcie wzmocniona poprzez wyodrębnienie zasady substytucji, obecnie ujętej w art. 58 § 1 k.c., do innego przepisu oraz formalne powiązanie z przesłankami częściowej nieważności (por. art. 101 § 2). Przesądza się przy tym, że przepisy substytucyjne („odpowiednie przepisy ustawy”), tzw. regulacja rezerwowa, znajdują zastosowanie w razie, gdy powstanie z przesłanki subiektywnej (treść umowy lub inne okoliczności) ryzyko nieważności całej umowy. Zgodnie z art. 101 § 2 projektu, czynność prawna jest nieważna, jeżeli jej treść lub inne okoliczności wskazują, że bez części dotkniętych nieważnością nie zostałaby dokonana. W takim przypadku ponowione jest zastrzeżenie odmiennego skutku naruszenia ustawy poprzez wskazanie, że z treści lub celu ustawy albo dobrych obyczajów może wynikać co innego, w szczególności, że w miejsce postanowień nieważnych wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

Powyższa regulacja pokazuje, że treść normy prawnej musi uwzględniać, że doprecyzowanie innego skutku niż zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej nie zawsze polega na substytucji przepisów w miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej. Aktualna może być bowiem inna forma ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej.

Przy takim brzmieniu art. 101 § 2 i art. 98 § 1 projektu rysuje się zasadniczy problem: czy brak możliwości zastosowania substytucji (obowiązywania przepisów rezerwowych dla danej klauzuli umownej) zawsze powoduje konieczność zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem całości postanowienia. **Możliwe są do wyodrębnienia następujące przypadki zastosowania zastrzeżenia odmiennego skutków prawnych naruszenia ustawy:**

- a.) zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej względem całej czynności prawnej lub całej klauzuli umownej,
- b.) modyfikacja skutków sankcji nieważności bezwzględnej pod względem jakościowym lub ilościowym, tj. częściowa nieważność skutków prawnych, w tym redukcja utrzymująca skuteczność,
- c.) modyfikacja momentu wystąpienia stanu nieważności; np. brak skutków prawnych czynności prawnej wyłącznie na przyszłość (tzw. nieważność *ex nunc*) albo co do trybu doprowadzenia do stanu nieważności czynności prawnej (wyłącznie na korzyść podmiotu chronionego lub przeciwko osobom działającym w złej wierze).

Powyższe rozumienie instytucji zastrzeżenia odmiennego skutku może być zbieżne w praktycznych następstwach z efektami stosowania sankcji sędziowskiej dla określenia jakie skutki należy łączyć z wadliwością czynności prawnej lub jej

klauzuli. Natomiast wąskie rozumienie zasady zastrzeżenia odmiennego skutku powoduje, że naruszenie ustawy każdorazowo skutkuje zastosowaniem sankcji nieważności bezwzględnej, jeżeli naruszony przepis nie będzie regulować innych następstw naruszenia. Pomija się przy tym słowa ustawy o przykładowym jedynie wyliczeniu innych skutków prawnych naruszenia. Takie inne następstwa – poza substytucją innych przepisów – mogą polegać na, np. sankcji braku związania częścią czynności prawnej (por. art. 385¹ k.c.). Należy wspomnieć, że w nauce w ramach wykładni zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia trafnie przywołuje się inne możliwe sankcje wadliwości, np. bezskuteczność względna lub wzruszalność.¹¹⁵

Od strony formalnej istotna jest szczególna właściwość dynamicznego rozumienia instytucji zastrzeżenia odmiennego skutku niezgodności z ustawą. Dzięki temu można uzasadnić obowiązywanie alternatywnego trybu stosowania redukcji utrzymującej skuteczność.

Przykładem takiego podejścia jest stanowisko prawa niemieckiego, wypracowane przy okazji wykładni globalnej podstawy prawnej sankcji nieważności z powodu sprzeczności z ustawą (§ 134 BGB). W jej wyniku przyjęto pogląd - o dość ogólnym zasięgu zastosowania - że zgodnie z ww. przepisem, według tzw. miarodajnego sensu prawnego naruszonej ustawy (*maßgeblichem Normzweck des verletzten Gesetzes*), nieważność czynności prawnej może ograniczać się tylko do części czynności prawnej bez konieczności ustalania i oceny hipotetycznej woli stron. Stanowisko to zakłada, że częściowa ważność czynności prawnej może wynikać już z samego sensu naruszonej normy prawnej, nie zaś z § 139 BGB, który odwołuje się właśnie do konieczności ustalenia hipotetycznej woli stron.

Niemiecka doktryna wyjaśnia, że częściowa nieważność wymagana przez cel danego zakazu ustawowego pozwala zapobiec m.in. sytuacji, że strona umowy - chroniona takim zakazem - straci korzyści wynikające z umowy w wyniku zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej względem całej klauzuli umownej lub umowy. Wyjaśnia się także, że zakres zastosowania § 139 BGB został zredukowany przez przepisy szczególne, poprzez zastosowanie ogólnej podstawy sankcji nieważności (§ 134 BGB), co spowodowało, że pytanie o wolę bądź interes stron stało się zbędne. W efekcie w prawie niemieckim dość szerokie uznanie zdobył pogląd, że rzeczywista bądź hipotetyczna wola stron czynności prawnej,

¹¹⁵ Tak A. Janiak, *Komentarz do art. 58 kodeksu cywilnego* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, A. Kidyba (red.), LEX 2009, uw. 18. Autor ten przy okazji tej uwagi trafnie przyjmuje, że w przypadku spółek kapitałowych, zastrzeżenie odmiennego skutku powoduje, że uchwały sprzeczne z ustawą nie są „bezwzględnie nieważne”, lecz podlegają unieważnieniu przez sąd (nieważność względna).

(np. w szczególności sprzedawcy, który nie sprzedałby swoich towarów za niższą cenę), pośrednio uznana została za pozbawioną znaczenia.¹¹⁶

Niekiedy propozycje naukowe są bliskie sankcji karnej opartej na kryterium winy w naruszeniu. Przykładem jest pogląd dopuszczający możliwość zastosowania powyższej odmiany redukcji w przypadku naruszeń tzw. jednostronnych ustaw zakazujących. Podkreśla się wówczas, że powinna występować tzw. połowiczna nieważność częściowa (*halbseitige Teilnichtigkeit*). W takim przypadku strona chroniona zakazem zatrzymuje swoje roszczenia umowne, odpowiada wobec drugiej strony (działającej niezgodnie z zakazem ustawowym) tylko z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Taka „w połowie ważna” czynność prawna stanowi podstawę prawną do wykonania umowy wobec strony naruszającej zakaz ustawowy, jednak nie stanowi podstawy prawnej do bezpłatnego korzystania z przedmiotu umowy. Ogólnie ujmując przyjęto także, że w przypadku zakazów ustawowych, które nie są skierowane przeciwko celowi umowy (skutkowi w wykonaniu danego świadczenia), ale przeciwko sposobowi wykonania umowy, mającym na celu spełnienie świadczenia, należy ograniczyć nieważność (tj. zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej) do roszczenia o wykonanie umowy, natomiast już wykonaną czynność prawną należy uważać za skuteczną. Warto odnotować, że pojawiła się w niemieckiej doktrynie krytyka takiej modyfikacji przesłanek nieważności częściowej.¹¹⁷

W piśmiennictwie polskim dopuszcza się zastosowanie wykładni w celu skorzystania z zastrzeżenia odmiennego skutku.¹¹⁸ Problemem jest określenie jak dalece w procesie wykładni można modyfikować klasyczne cechy i skutki sank-

¹¹⁶ Por. szerzej F. Dorn [w:] *Historisch-kritischer Kommentar*..., s. 671-672 wraz z bogatym orzecznictwem i literaturą cytowanym na tle ww. problematyki. Autor wskazuje także, że podobnie, wbrew zasadzie § 139 BGB, redukcję przyjęto na gruncie przepisów, które obowiązują na korzyść „strony słabszej pod względem gospodarczym”. Przykładem jest np. § 74 HGB (Handelsgesetzbuch: niemiecki kodeks handlowy), dotyczący przekroczenia ustawowego zakresu dopuszczalnego zakazu konkurencji w stosunkach handlowych, co powoduje bezskuteczność częściową klauzuli.

¹¹⁷ Tak F. Dorn [w:] *Historisch-kritischer Kommentar*..., s. 674 i powołana tam dalsza literatura w odniesieniu do propozycji autorstwa W. Flume (por. W. Flume, *Allgemeiner Teil*..., s. 347-348). Można zaryzykować stwierdzenie, że niedogodność związana z koncepcją woli hipotetycznej oraz domniemanie całkowitej nieważności stanowiły wyraźny motyw do dokonania tak znacznego wyłomu w rozumieniu znaczenia zastrzeżenia odmiennego skutku i przyjęcia innej podstawy prawnej do częściowego ograniczania zasięgu sankcji nieważności bezwzględnej oraz innego kryterium zasięgu przedmiotowego stosowania tej sankcji.

¹¹⁸ Tak m.in. Z. Radwański [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, wyd. II, Ossolineum 1985, s. 528; Podobnie np. K. Szczepanowska-Kozłowska, *Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży*, Glosa 2007, nr 2, s. 116.

cji nieważności bezwzględnej albo wręcz całkowicie wykluczyć jej zastosowanie. Wydaje się, że zasadą powinno być dopuszczenie rozwiązań elastycznych, tj. bez ograniczania się do przypadków, gdy naruszony przepis będzie *expressis verbis* przewidywał skutki naruszenia. Należy podkreślić, że Kodeks cywilny z 1964 r. nie opiera się na jednolitej konwencji wskazywania odmiennych skutków naruszenia danych postanowień imperatywnych. Zróżnicowanie następstw naruszenia ustawy potęgowane jest tendencją do ograniczania swobody umów poprzez konstrukcję przepisów semiimperatywnych - wprowadzają one jednocześnie minimum ochrony - konstrukcja sankcji nieważności bezwzględnej jest tutaj zespolona z regulacją pozytywną.

Przepisy szczególne mogą przewidywać odmienny skutek naruszenia danego przepisu poprzez proste wskazanie, jakie wówczas stosuje się przepisy, np. art. 586 § 3 k.c., który stanowi, że postanowienia umowne mniej korzystne dla kupującego są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy tego artykułu. Znaczące jest, że brak sformułowania, że stosuje się przepisy art. 586 § 1 i § 2 k.c., nie prowadziłby w zasadzie do wątpliwości co do ważności pozostałej części czynności prawnej z uwagi na semiimperatywność tej regulacji. W drodze wykładni należałoby przyjąć, że wówczas stosuje się zasady korzystniejsze. Ten ostatni wniosek staje się aktualny na tle art. 647¹ § 6 k.c., który stanowi, że odmienne postanowienia umów, o których mowa w tym artykule, są nieważne. Brak tego przepisu mógłby nawet teoretycznie prowadzić do zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (formalnie umowa jest sprzeczna z ustawą), jeżeli nie byłoby się możliwe zastosowanie konstrukcji częściowej nieważności. Podobnie skonstruowane są art. 709⁸ § 1 k.c., art. 709¹³ § 2 k.c., art. 760¹ § 1 k.c., art. 761³ § 3 k.c., art. 761⁵ k.c., art. 855 § 2 k.c.¹¹⁹

Powyższe rozwiązania opierają się na rozstrzygającej roli funkcji ochronnej przepisu, którego semiimperatywność powoduje, że na zasadach swobody umów strony mogą wyłącznie umówić się korzystnej dla strony chronionej. Wydaje się, że przepisy takie *ex definitione* nie wymuszają konieczności badania ważności części pozostałej. Przekroczenie dozwolonej treści powoduje *ex lege* konieczność akceptacji automatycznej niemal redukcji do ram wytyczonych ustawową granicą. Możliwe jest wyłącznie korzystniejsze uregulowanie danego zagadnienia.¹²⁰

¹¹⁹ Podobnie ustawy szczególne, np. art. 19 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (tekst jednolity: Dz. U. 2004 r., nr 223, poz. 2268, ze zm.); art. 109 ustawy prawo autorskie i prawa pokrewne (Dz.U. z 2006, nr 90, poz. 631, ze zm.), art. 28 ust. 4 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. 2002 r., nr 169, poz. 1385, ze zm.)

¹²⁰ W kwestii pośredniego wpływu wiążącego charakteru norm na zasadę swobody umów - w szczególności por. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC - konstrukcja prawna*, C.H. Beck 2005, s. 219-224.

Powstaje pytanie czy do tego samego rezultatu można dojść wyłącznie w ramach redukcji utrzymującej skuteczność, bez wprowadzenia minimalnego zakresu ochrony. Wydaje się, że nie zawsze byłoby to możliwe. Kontrahent strony chronionej danym zakazem (normą sankcjonowaną nieważnością *ipso iure*) mógłby bowiem po zawarciu umowy uznać, że lepszym rozwiązaniem od wykonania umowy jest podniesienie zarzutu, że bez niedozwolonych postanowień umowy nie zawarłby umowy. Unika w ten sposób konieczności realizacji pozytywnego interesu umownego. **Jest to swoista taktyka opierająca się na sytuacyjnym paradoksie sankcji nieważności bezwzględnej; zarówno obowiązywanie klauzul, jak i jej nieważność oznaczają zawsze korzyść dla jednej ze stron.**

Powyższe przykłady wskazują na tą okoliczność, że wprowadzanie przepisów semiimperatywnych ma walor obiektywizujący rozstrzyganie sporów oraz ogranicza ryzyko niewłaściwego zastosowania redukcji utrzymującej skuteczność, np. odmienny skutek może polegać także na dokonaniu ilościowej redukcji niedozwolonej treści czynności prawnej, np. art. 593 § 1 k.c. (prawo odkupu może być zastrzeżone na czas nie przenoszący lat pięciu; termin dłuższy ulega skróceniu do lat pięciu). Bez tej regulacji należałoby badać czy dokonać redukcji, czy też ustalić całkowitą nieważność. Trudno bowiem byłoby uzasadnić rozstrzygnięcie, że strony wybrałyby dany termin.

Przyjęcie odmiennego skutku wynikać będzie z przyjęcia na gruncie danej gałęzi prawa zasady odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu cywilnego. W szczególności odmienny skutek naruszenia należy przyjąć na podstawie art. 2 k.s.h.¹²¹ lub art. 300 k.p. **Przepisy te są generalną podstawą odmiennego skutku naruszenia ustawy - jeżeli nie ma danej regulacji rezerwowej - w obrębie zarówno odrzucenia stosowania samej sankcji nieważności bezwzględnej, jak zmiany niektórych z jej skutków.** To ostatnie zastrzeżenie odnosić się będzie przede wszystkim do konieczności przyjęcia skutków stanu nieważności czynności prawnej wyłącznie *ex nunc*.

III. Wnioski końcowe

Proponowane w art. 101 § 3 Projektu wprowadzenie normatywnej podstawy dla redukcji utrzymującej skuteczność należy co zasady uznać za rozwiązanie trafne i wzmacniające efektywność prawa. **Pozytywna kodyfikacja powoduje**

¹²¹ Por. szerzej, wraz z dalszą literaturą i orzecnictwem na temat odrębności w zakresie stosowania sankcji nieważności bezwzględnej na gruncie prawa spółek m.in. M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, wyd. II, Lex Polonica, komentarz do art. 2 k.s.h. oraz R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski [w:] *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe*, Warszawa 2001 Wydawnictwo Prawnicze, Lex Polonica, komentarz do art. 2 k.s.h.

bowiem, że stosowanie redukcji utrzymującej skuteczność nie będzie podlegało inflacji poglądów nauki i orzecznictwa, a oparta będzie na wyraźnej podstawie prawnej. Spowoduje to dezaktualizację wielu wątpliwości, które zostały zasygnalizowane powyżej. Wsparcie prawa pozytywnego ma duże znaczenie dla praktyki zważywszy na dość dogmatyczne i aksjomatyczne rozumienie pojęcia sankcji nieważności bezwzględnej i nieważności w prawie prywatnym oraz zasad ograniczenia sankcji do części czynności prawnej (tzw. nieważności częściowej). Dążenie do promowania zasady reakcji proporcjonalnej w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej jest dzięki temu wzmocnione na dość istotnym obszarze tych przypadków wadliwości, które klasyczne spojrzenie na zasadę *utile per inutile non vitiatur* sankcjonowałoby stanem nieważności (następstwem sankcji nieważności bezwzględnej). W nauce zwraca się trafnie uwagę, że generalne ujęcie zasady *utile per inutile non vitiatur* nie zawsze daje oczekiwane rezultaty.¹²²

Wzmocnieniu ulega nowoczesna tendencja do ograniczenia zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej w tych przypadkach, gdzie w drodze wykładni możliwe jest ustalenie pożądanego dla stron zakresu normatywnego czynności prawnej i utrzymanie go (tj. skutków prawnych) w mocy. **Innymi słowy: wzmocniono ten fragment zasady reakcji proporcjonalnej do danego naruszenia.**

Przedstawienie ww. przypadków stanowi o tym, że redukcja utrzymująca skuteczność jest w skutkach instytucją o dość szczególnym charakterze. Analiza wypowiedzi doktryny polskiej i zagranicznej prowadzi do ogólnego wniosku, że rezultat jej zastosowania nie może być sprzeczny z przepisami ustawy (w szerokim rozumieniu, również bez naruszania wymogów co do formy lub zdolności prawnej i do dokonywania czynności prawnej) ani prowadzić do rezultatów sprzecznych z założeniami słuszności i rozsądku. Nie można także stracić z pola widzenia ochronnej funkcji przepisów wprowadzających określone zakazy lub nakazy (tj. *ratio legis* norm sankcjonowanych).

Dzięki wysunięciu na plan pierwszy tylko tak ogólnego ograniczenia, można przyjąć, że projekt Księgi pierwszej z 2008 r. w przypadku ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej do pewnej części czynności prawnej, a precyzyjniej - zachowanie w mocy części normatywnej, która wywołuje dozwolone skutki prawne - przewiduje następujące mechanizmy:

- a.) konwersja (nieważność jakościowa) - zmiana całej czynności prawnej,
- b.) klasyczna nieważność częściowa - proste usunięcie wadliwej klauzuli,

¹²² Tak R. Zimmermann, *The Law of Obligations...*, s. 76-77. Autor stwierdza wprost, że rozwój instytucji częściowej nieważności na podstawie reguły *utile per inutile non vitiatur* w europejskich kodyfikacjach wynika z niewłaściwego zrozumienia rzymskiej zasady, co m.in. tłumaczy zjawisko przejścia do wnioskowań *in concreto* za pomocą teorii hipotetycznej woli stron.

c.) redukcja utrzymująca skuteczność (nieważność ilościowa) - zmiana treści wadliwej klauzuli.

Zgodnie z wcześniejszymi uwagami, zabieg redukcji nie wymaga odrębnej podstawy normatywnej. Jego dopuszczalność może bowiem być dziełem celowościowej wykładni (często połączonej z innymi metodami) naruszonego przepisu oraz jednoczesnym zastosowaniem przesłanek nieważności częściowej lub konstrukcji odmiennego skutku naruszenia. Ponadto, w *Draft Common Frame of Reference* możliwość taka *ex definitione* wynika z konstrukcji sankcji sędziowskiej. Wszystkie możliwe tryby różnią się znacznie pod względem możliwości weryfikacji rozstrzygnięcia sądu.

W przypadku sankcji sędziowskiej, ograniczonej koniecznością rozstrzygnięcia normatywnie sprecyzowanych dyrektyw jej stosowania, zachowana jest większa pewność, że redukcja będzie wynikiem bardziej wyważonej oceny niż w sytuacji nieskrępowanej władzy dyskrecjonalnej. Jedynym problemem jest uniknięcie przy dyrektywach uporządkowanej sankcji sędziowskiej popadania w rozwiązania skrajne: nazbyt rozbudowany katalog okoliczności prawnie relewantnych ograniczy efektywność prawa, nadmierna ogólnikowość natomiast zaszkodzi jego pewności, a nawet podważy sens tworzenia katalogu. Może wręcz nastąpić sytuacja, gdzie nazbyt rozbudowany katalog niepotrzebnie zwróci uwagę sędziego na konieczność analizowania mniej istotnych w sprawie okoliczności.

Przy redukcji można pokusić się o zastosowanie wyłącznie takich wskázówek w orzekaniu, jakie są doniosłe z perspektywy podstawowego celu tej formy ograniczenia sankcji nieważności bezwzględnej. Za taką należy uznać (jako konkretyzację i emanację zasady reakcji proporcjonalnej) szkodę dla osoby chronionej, która powstałaby wskutek stanu nieważności całej klauzuli oraz brak jej winy w danym naruszeniu. Istotne jest tutaj równoległe ustalenie, że nie następuje naruszenie interesów ogólnych, co mogłoby usprawiedliwiać zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej w ramach jej funkcji odstraszałającej. Refleksja ta jest obecna w rozwiązaniu art. 99 projektu, gdzie trafnie przyznano prymat koherentności systemu.¹²³

Doniosłość praktyczna rozważanej problematyki dotyczy przede wszystkim instytucji o charakterze sankcyjnym, gdzie najczęściej może dojść do przekroczenia ustawowych lub pozaustawowych norm wytyczających zakres swobody umów. Tym bardziej pożądane jest spojrzenie na ten aspekt doprecyzowania zasad zastosowania tej instytucji, m.in. w oparciu o obligatoryjne rozważenie przesłanki odpowiedzialności za dane naruszenie.

¹²³ Por. bliżej Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 108-109.

Na gruncie propozycji projektu w regulowaniu sankcji nieważności bezwzględnej (dział IV Księgi pierwszej) widoczna jest tendencja do wprowadzenia uznaniowości w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej poprzez zastosowanie dwóch odrębnych konstrukcji nakazujących ustalenie czy w razie naruszenia ustawy (lub nieważności czynności prawnej) nie zachodzić powinien inny skutek, w oparciu o zastosowanie treści lub celu ustawy (art. 98 § 1 projektu *in fine*) albo wg treści lub celu ustawy lub dobrych obyczajów (art. 101 § 1 i 2 projektu). Odwołanie się do możliwości skorzystania z sądziego z systemu norm moralnych dla zastosowania nieważności częściowej w sytuacji, gdy treść lub inne okoliczności wskazują, że bez części dotkniętych nieważnością nie zostałyby dokonana czynność prawna, a nawet przełamania woli stron w wyborze nieważności całej czynności prawnej w razie wadliwości jej części, **należy uznać za podstawę do dość dużej dyskrecjonalności.**

Z tego powodu można poddać pod rozagę sens skorzystania z przykładowego wyliczenia okoliczności uwzględnianych przez sąd przy zabiegu redukcji (tzn. dyrektyw orzekania). Największe znaczenie powinno mieć ustalenie wspomnianego zamiaru strony odpowiedzialnej za naruszenie normy sankcjonowanej nieważności bezwzględną oraz kryterium korzyści dla podmiotu lub interesu chronionego daną normą sankcjonowaną. W dalszej kolejności należałoby również dopuścić posiłkowe oparcie się na ocenie *ex post* zachowania stron na etapie wykonania czynności prawnej.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że oddzielenie przesłanek nieważności części czynności prawnej (jak najbardziej trafne) w odrębną całość powoduje, że zakres redukcji może dotyczyć również innych przypadków zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej, niż tylko sprzeczność z ustawą lub dobrymi obyczajami, w szczególności naruszenia wymaganej formy czynności prawnej.

Jednocześnie wypada zasygnalizować pewne wątpliwości, dotyczące kwestii formalnych, m.in. sformułowania o **odpowiednim** stosowaniu przesłanek nieważności częściowej. Powoduje to, że może powstać wątpliwość, opierająca się na obecnym rozumieniu cech formalnych sankcji nieważności bezwzględnej w prawie polskim: **czy należy stosować redukcję *ex officio*, czy na wniosek, a także czy prawo do utrzymania w mocy części czynności prawnej w zredukowanej treści przysługuje wyłącznie podmiotowi chronionemu normą sankcjonowaną** - w niektórych stanach faktycznych może to przypominać swoistą sankcję karną dla jednej ze stron. W polskim orzecznictwie odrzucono zdecydowanie takie podejście (tak w przywołanej powyżej uchwale Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r.).

Wyeksponowanie regulacyjnej mocy norm moralnych w projekcie - dobrych obyczajów - wzmacnia pozycję sądu dla ingerencji w treść stosunku prawnego. Może to powodować pewną inflację w stosowaniu redukcji utrzymującej

skuteczność związaną głównie z problemem prawotwórstwa sądowego, a nawet przy pewnym rozumieniu *in concreto* przesłanki odpowiedniego stosowania przepisów o nieważności częściowej, tj. promowania przez sędziego wyłącznie obiektywnych albo subiektywnych okoliczności.¹²⁴

Wydaje się, że byłoby usunięcie w projekcie przesłanki stosowania odpowiedniego przepisów o nieważności części czynności prawnej na rzecz stosowania ich wprost.

Ostatni wniosek dotyczy celu omawianych instytucji.

Celem sankcji nieważności bezwzględnej jest niedopuszczenie do zabronionej zmiany treści lub powstania stosunku prawnego. Cel redukcji utrzymującej skuteczność jest co do zasady ten sam, jednak sens tej instytucji prawnej sprowadza się do zapewnienia – akceptowalnych dla uczestników czynności prawnej - efektów, jeżeli klasyczna odmiana sankcji nieważności częściowej oznaczać będzie naruszenie sensu uzgodnionej transakcji. W tym ostatnim przypadku kontekst pragmatyczny i aksjologiczny, kreując uwarunkowania dopuszczalności utrzymania częściowej ważności czynności prawnej, i korekty stanu całkowitej nieważności, stał się uzasadnieniem dla wypracowania elastycznych reguł częściowej nieważności i częściowej zaskarżalności umów w *Principles of European Contract Law*, *Common Frame of Reference* i *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Mechanizmy takie trafnie zespolono z innymi środkami ochrony prawnej.

Z tej ostatniej perspektywy celowe wydaje się wprowadzenie normy prawnej uprawniającej do żądania odszkodowania od strony odpowiedzialnej za naruszenie (w ramach interesu negatywnego, z rozstrzygnięciem możliwości domagania się odszkodowania w zakresie utraconych korzyści). Powinna ona stanowić alternatywę dla redukcji utrzymującej skuteczność w tym przypadku, jeżeli sąd odstąpi od reformatoryjnej ingerencji w klauzulę czynności prawnej na rzecz jej nieważności. Zapewni to realną ochronę praw podmiotu chronionego naruszonymi sankcjonowanymi normami.

Można na zakończenie zgłosić postulat, aby zasada proporcjonalnej reakcji do danego naruszenia nie stanowił kanwy do przekroczenia granic kompetencji w dokonaniu sądowego określenia treści danej klauzuli umownej. Chęć uniknięcia zbytniego rygoryzmu sankcji nieważności bezwzględnej nie powinna tworzyć kolejnego problemu, tj. niepewności prawa oraz naruszać autonomii woli stron.

¹²⁴ Jeżeli przewagę ma kryterium subiektywne (ogólnie ujmując możliwa do ustalenia wola stron co do obowiązywania fragmentu zamierzonych skutków prawnych), wówczas większe znaczenie ma inicjatywa stron czynności. Położenie nacisku na przesłankę obiektywną prowadzi do poszerzenia roli sądu w określeniu wpływu nieważności części czynności prawnej na jej pozostałą część.

REDUCING UPHOLDING EFFECTIVENESS IN THE LIGHT OF THE DRAFT OF BOOK ONE OF THE CIVIL CODE

The article discusses the concept of the so-called “reducing upholding enforcement” (validity) of juridical acts in the light of the draft of Book One of the new Polish civil code (published in 2008). The draft contained a dedicated legal basis allowing courts to reduce the terms (i.e. contractual rights or obligations) of a contract which is invalid – it is so called “reducing upholding effectiveness”. In the article an analysis has been carried out of the most important theoretical and practical backgrounds. The main concern is about the scope of the judge’s power to reduce or even revise the term of the juridical act (contract) and its limit. The comparative context of reduction has also been presented.

Reduction is one of the ways to avoid nullity of the juridical act, especially contract clause and is one form of partial invalidity. The main function of it is to protect parties from the disadvantageous and sometimes unexpected effects of invalidity, especially those effects for a party protected by the sanction of nullity (“weaker party”).

Reducing the scope of the void term leads to the legal effects of a juridical act remaining in force to the extent allowed and valid in the realm of private law (for instance to cut out the part infringing mandatory rules).

This paper includes also comparative remarks on the admissibility of such a reduction in chosen legal systems *ius civile* and *common law* tradition. Amongst *ius civile* systems the doctrine of reduction is widely accepted in German law (called *Geltungserhaltende Reduktion*).

In the common law tradition, reduction is rather inadmissible as a principle. There is a restrictive approach for partial invalidity within the doctrine of severance in contract law. Even though the severability of the contract is only partly invalid, it is widely recognised that reducing invalid contractual terms is hard to accept because of the blue pencil rule and prohibition of such interventions in contractual matters. The article discusses exceptions which can be found in some countries (especially New Zealand or Québec law on illegal contracts).

The fundamental problem arising in the area of reducing upholding effectiveness is connected with the fine line between reducing the scope of a void term as a part of the juridical act and revising the matter hidden behind the invalid part of the juridical act. In other words, with the limitations of the courts’ discretion in rewriting an invalid clause.

Effects which are intended by reducing the scope of a void term can be achieved in other legal ways. The main alternative is the concept where the sanc-

tion of invalidity is established by the judge – in a structured discretion form – which was proposed in the model rules of The Principles of European Contract Law and Draft Common Frame of Reference. That approach reveals some aspects of a structured discretion useful to propose some amendments for the Polish normative basis of reduction. These are statutory factors which are supposed to be taken into consideration when a court exercises its power to sever, reduce or revise an invalid clause or obligation. One basic factor should prevent the so called innocent party from suffering injustice flowing from making a part of a juridical act null and void. This could be done by refusing partial invalidity and instead reducing or revising the invalid part (especially contract term).

A version of a legal ground presented by the draft of Book One of the new Polish civil code to reduce the scope of the juridical act clause should be accepted as a step forward in the promotion of justice and efficiency of private law regulations. Implementation of that legal doctrine is supposed to be more detailed and include some aspects of structured discretion i.e. factors limiting the courts' power to reduce or revise a void clause.